



جامعة بلحاج بوشعيب عين تموشنت

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم حقوق

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون خاص

## حماية الوراثة من التصرفات الملحقة بالوصية

تحت إشراف الأستاذة:

إبراهيمي آسيا

إعداد الطالبين:

– جليل قويدر بن يونس

– عبد القادر معروف عماد الدين

أعضاء لجنة المناقشة

جامعة بلحاج بوشعيب عين تموشنت	رئيسا	استاذ محاضر "أ"	بوجاني عبد الحكيم
جامعة بلحاج بوشعيب عين تموشنت	مشرفة ومقررة	استاذ محاضر "أ"	إبراهيمي آسيا
جامعة بلحاج بوشعيب عين تموشنت	ممتحنا	استاذة مساعد "ب"	مقدس أمينة

السنة الجامعية : 2023 – 2024

## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

{...وَأَنْ لَيْسَ لِلإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى ﴿39﴾ وَأَنْ سَعِيَهُ سَوْفَ يُرَى ﴿40﴾ ثُمَّ يُجْزَاهُ الْجَزَاءَ الْأَوْفَى ﴿41﴾  
وَأَنْ إِلَى رَبِّكَ الْمُنْتَهَى ﴿42﴾...}

صدق الله العظيم

سورة النجم آية [39-42]

## شكر وتقدير

الشكر الجزيل والحمد الكثير لله العلي القدير الذي بنعمته تتم الصالحات، والسلام على نبيه محمد

صلى الله عليه وسلم

أما بعد: يشرفني أن أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى الأستاذة المشرفة الدكتورة "براهيمي آسيا" والتي لم تبخل علي بتوجيهاتها القيمة، فكانت نعم الأستاذة لما أحاطتني به من عناية من خلال ملاحظاتها القيمة التي أنارت لي طريق البحث والتقصي فلها كل عبارات الشكر والتقدير، دون أن أنسى الأستاذ الدكتور "بوجاني عبد الحكيم" و الأستاذة "بردان صافية" اللذان لم يبخلا علينا يوما بتوجيهاتهما " حفظهما الله ورحاهما عرفانا مني بالجميل.

وأرجو من الله سبحانه وتعالى أن يجعل هذا العمل في ميزان حسناتهما.

كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر إلى كل أساتذة قسم الحقوق وطلبة الماستر تخصص أسرة وإلى كل من وسعه القلب واسمه لم يذكر.

## إهداء

أهدي عملي المتواضع:

إلى الذي لم يبخل علي بحنانه وعطفه، الذي شجعني ودفعني لطريق  
العلم إلى أبي أطال الله في عمره وألبسه ثياب الصحة  
إلى أبي الغالي "عبد القادر معروف زاوي"  
إلى من جعل الجنة تحت أقدامها وسهلت الشدائد بدعائها  
إلى الإنسانية العظيمة التي لطالما تمننت أن تقر عينها لرؤيتي في يوم كهذا  
أمي العزيزة "بن صالح سميرة"  
إلى من شددت عضدي بهم فكانوا لي ينابيع ارتوي منها  
إلى خيرة أيامي وصفوتها  
إلى اخوتي وسندي في الحياة  
إلى كل من كان عوناً وسنداً في هذا الطريق  
للأصدقاء الأوفياء ورفقاء السنين  
لأصحاب الشدائد والأزمات  
إلى من أفاضني بمشاعره ونصائحه المخلصة  
إلى كل من راهن على عدم وصولي إلى هنا وها قد وصلت  
إليكم عائلي  
إلى الأساتذة الكرام  
إلى كل الذين ساعدوني لهم الشكر والثناء .

عماد الدين

## إهداء

بسم الله أبدأ كلامي الذي بفضلته وصلت لمقامي، الحمد لله والشكر على ما آتاني.

أهدي هذا العمل المتواضع

الى من أثار لي درب العلم والمعرفة وحرص علي منذ الصغر

واجتهد في تربيتي والاعتناء بي والدي الحبيب الغاليان على قلبي فلا شيء عندي أعظم

من دين أو من به وامرأة عظيمة قامت بتربيتي، وأب أفخر دائما عندما يختتم اسمي باسمه

أطال الله عمرهما وحفظهما من كل سوء .

إلى أخواتي العزيزات وأخي الغالي

إلى كل من تجمعني به صلة رحم والى كل من ساندني من قريب أو بعيد ولو بكلمة

مشجعة

إلى الذين سهروا من أجل تعليمي حروفا من ذهب فأثاروا دربي لأصل الى هذه اللحظة

إليكم أساتذتي الكرام.

فإليكم جميعا أهدي هذا العمل فجزاكم الله عنا خير جزاء .

يونس

# مقدمة

منذ فجر التاريخ، ارتبط مفهوم الملكية ارتباطاً وثيقاً بالإنسان، بدافع حبّه الفطري للمال والتملك والسيطرة التي لازالت راسخة فيه إلى يومنا هذا ولقد سعى البشر عبر العصور الماضية إلى حيازة الأموال والتصرف بها، إذا ومن خلال هذا فقد برز الميراث بطريقة عامة والوصية بصفة خاصة كطريقتين أساسيتين لاكتساب الملكية بعد وفاة أصحابها، وذلك وفقاً للشرائع والقوانين المقررة، فكلتا الحالتان تعطي الأحقية الفرد الوارث للتصرف في المال الموروث وهذا ما أوضحه التأصيل التاريخي للوصية خلال عدة فترات زمنية غابرة ففي الفترة المصرية فقد ألهموا الأفراد على أن الوصية لا تعطى إلا كتابة، فقد كان الفرد الموصى له كل الحق في التمتع بالمال و التبديل و التغيير فيه كما يشاء، وأنه إليه التركية حتى قبل الموت الفرد أي أثناء حياته فهذا فقد كانت كل الأفضلية الفرد الموصى له أكثر من أي أحد آخر.

أما بالنسبة للوصية عند الإغريق فكانت لها تقديس كبير و عميق في نفوسهم فلم يسمحوا بخروج أموالها إلى الأجانب (طرف دخيل)، حتى التأصيل الروماني كان له رأي خاص للوصية خلال تلك الفترة باعتبار تفتحهم خلال تلك الحقبة فلا قيود ولا حجوزات للفرد الموصي. ولكن خلال الفترة الإسلامية فقد أعيد إحياء للوصية كأنها وسيلة جديدة تسموا بقيم كبيرة من أجل إعطاء لكل دي حق حقه.

وقد تناول المشرع الجزائري موضوع الوصية في قانون الأسرة، من المادة 184 إلى المادة 201، وزاد في معرفة الوصية باللجوء إلى القانون المدني الذي يعتبر ضابطاً لقانون الأسرة، إذ أنه السيطرة القانونية، وقانون الأسرة ذات إتجاه ديني، ولما كانت للوصية أهمية كبيرة من الناحية الشرعية والقانونية كسبب للملكية في القانون المدني الجزائري، فقد جاء ذكرها في المواد من 775 إلى 777، وقد نص في أول هذه المواد على أن قانون الأحوال الشخصية وقانون الأحوال الشخصية وتسري النصوص القانونية المتعلقة بها على الوصية. قد يقوم الأشخاص بأفعال بسبب رغبتهم في التحايل على الأحكام المقيدة للقانون و ذلك بحرية إرادته فيتم إخفاء الوصية من أجل الحصول على الحرية المطلقة، دون أي قيد أو شرط، في التصرف والالتزام بقواعد القانون المتعلقة بالوصية، وذلك بمعاملة من يحاول التهرب من أحكامه بما يخالف نيته. واعتبار سلوكه وصية رغم ظهوره بشكل مختلف. كالهبة والوقف والإقرار والإبراء في حالة الوفاة، وذلك حفاظاً على حقوق الورثة. وهذا يدفعنا لإعداد هذه الدراسة التي تحقق الحماية للورثة من التصرفات الملحقة بالوصية، وذلك باقتصار على القانون الجزائري بمصادره، والشريعة الإسلامية دون الدخول في التشريعات المقارنة، مع التركيز على ما أصدرته المحكمة العليا من قرارات متعددة في هذا الشأن، وتداخلها مع مذاهب الفقه الإسلامي.

### ❖ أهمية الموضوع:

لهذا الموضوع أهمية بالغة في جوهره من الناحيتين العملية اليومية والعلمية، باعتبار أن الوصية قضية ذات طابع متداول في حياة الإنسان الاعتيادية وخاصة عند الأفراد المتنازعين على الإرث، باعتباره موضوع حساس. وتتجلى هذه الأهمية في ضرورة حماية الأشخاص من انتهاك حقوقهم أثناء تقسيم التركة بعدم إعطاء لكل ذي حق حقه مع تفضيل البعض عن الآخر.

## ❖ أسباب اختيار الموضوع:

من خلال العرض المقدم فقد تبين لنا بأن دوافعنا لاختيار هذا الموضوع لم تكن عشوائية بل كانت في محلها وذلك لما سنقدمه في نقاط مدرجة كالتالي:

### ❖ الأسباب الشخصية:

1. انصباب اهتمامنا على هذا النوع من المواضيع التي فيها علاقة مباشرة بالقدر وحقوقه.
2. غموض الموضوع من عدة جوانب مما أدى إلى معالجته من جهة غموضه.
3. تقديم الإضافة للمجتمع من أجل كسب أكبر قدر من المعرفة في هذا المجال.

### ❖ الأسباب الموضوعية:

1. قلة الدراسات في هذا المجال بالتحديد بالرغم لما تكتسبه الوصيّة من أهمية بالغة في المجتمع.
2. تسليط الضوء على الجانب القانونية و الشرعية من جهة معاكسة لما تم معالجته من قبل.
3. خطورة الموضوع و ما يكتسبه من دور رئيسي وحساس في المجتمع.

### ❖ الإشكالية:

إذاً ومن خلال معالجتنا لهذا الموضوع فإنه يتبادر أمامنا عدة نقاط مبهمّة تحتاج لإجابة و توضيح، وعلى ضوء هذا فإنه يمكننا طرح التساؤل الآتي:

- فيما تتمثل آليات حماية الورثة من التصرفات الملحقة بالوصية؟ وكيف تُتصّل هذه الحماية في الشريعة والقانون؟

### ❖ أهداف الموضوع:

1. بيان إهتمام الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري بحقوق الورثة فيما يتعلق بالتصرفات الملحقة بالوصية.
2. إيضاح الضرر الملحقة من إحتيال المورث على القانون و أحكام الوصيّة.

### ❖ الدراسات السابقة:

بإطلاعي على الدراسات السابقة ذات الصلة بموضوع الدراسة لم أجد إلا ثلاث دراسات لم تتخصص بل تحدثت عن هذا الموضوع بصفة عامة .

1. كانت تحت عنوان حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الطالب القاضي زروق عبد الرؤوف الدفعة 14 قضاء غليزان.
2. فقد اندرجت تحت عنوان الضوابط الشرعية والقانونية التي تقيد الوصية الطالب مزقيش بومدين، مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر تخصص أحوال شخصية.
3. حماية الورثة من الوصية المستترة بين الشريعة والقانون الجزائري، حران سميرة، مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر تخصص احوال شخصية.



## ❖ الصعوبات والعراقيل:

لا يخلو أي بحث و في أي مجال من الصعوبات والعوائق، و من أهم هذه الصعوبات التي كانت عائقا أمامنا من أجل إتمام مذكرتنا:

1. نقص المراجع المتعلقة بهذه الدراسة إن لم نقل ندرتها رغم أن الموضوع موجود كثيرا في حياتنا، وهذا راجع إلى عدم وجود نظام قانوني خاص به بل هو متفرع بين قانون الأسرة الجزائري و القانون المدني.

2. قلة الدراسات السابقة خاصة في قانون الأسرة رغم ما يكتسبه هذا الموضوع من أهمية بالغة.

## ❖ المنهج المتبع:

وقد اعتمدنا في هذا الموضوع على المنهج التحليلي و ذلك من أجل تحليل كافة المواد المندرجة في هذا النوع من المواضيع و القرارات انطلاقا من مواد قانون الأسرة الجزائري مرورا بمواد قانون الأسرة الجزائري، وصولا بقرارات المحكمة العليا

## تقسيم الموضوع:

إذا ومن أجل الإلمام بالموضوع كافة فقد إرتئينا أن نقسم هذا الموضوع إلى فصلين مستقلين حيث أننا سنوضح في الفصل الأول طبيعة الوصية من الناحية القانونية و الشرعية و تبيان أحكامها وهذا ما سنعالجه في مبحثي هذا الفصل، فسنتناول في الأول (مفهوم الوصية) أما في المبحث الثاني (أحكام الوصية و مبطلاتها).

أما الفصل الثاني فإنه يندرج تحت عنوان الاجراءات الوقائية من التصرفات الملحقة بالوصية. والذي سندرس في مبحثيه (ذاتية التصرفات الملحقة بالوصية) والمبحث الثاني (الآليات الوقائية لحماية الورثة من هذه التصرفات).

# الفصل الأول

## الإطار المفاهيمي للوصية

تُعتبر الوصية تصرفاً تبرعياً صادراً من جانب واحد، حثت عليه الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة. إنها باب من أبواب الخير التي تقرب الإنسان من ربه، وتزيد في الخير والازدهار على المجتمع، حيث تنشر المحبة والوئام وروح التآخي بين الناس.

لهذا السبب، اهتم المشرع بها ونظمها في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة والقانون المدني، وفقاً لأحكام القانون والعرف. تُعتبر الوصية تصرفاً خطيراً يؤثر على الذمة المالية للمتبرع وورثته، مما يتطلب التفكير العميق قبل اتخاذها.

مصطلح الوصية يُعدّ من أعمال الخير ويُسهم في إفشاء الخير وصدّ الشر، وهي رمز للتضامن والتكافل الاجتماعي بناءً على العدل والرحمة والمساواة. يعود تاريخ الوصية إلى عهد الإسلام، وفُتحت معها أبواب الإنفاق في سبيل المصالح العامة. وقد ذُكرت الوصية في الشريعة الحكيمة، كما قال تعالى: "كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ". وهذا ما سنوضحه ونفسره تفسيراً شاملاً على النحو التالي:

المبحث الأول: مفهوم الوصية.

المبحث الثاني: أحكام الوصية ومبطلاتها.

## المبحث الأول

### مفهوم الوصية

لطالما شغلت الوصية حيزًا هامًا في مختلف الحضارات عبر العصور، وتنوعت تعريفاتها ومفاهيمها لتتوافق مع احتياجات كل مجتمع. ففي كل حقبة زمنية، اعتبرت الوصية أداة لتحقيق رغبات الشعوب وتلبية احتياجاتهم، بما يتماشى مع الظروف السائدة في ذلك الوقت، و على ضوء هذا فإنه يمكننا تبيان و توضيح مفهوم الوصية في الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري ، وهذا ما سنتطرق إليه تفصيلا من خلال المطالبين الآتيين:

### المطلب الأول

#### تعريف الوصية

تتعدد تعريفات الوصية عامة إلى عدة أشكال و مفاهيم من تبيانها من الجهة اللغوية مروراً بالتعريف الاصطلاحي وصولاً إلى الناحية القانونية، وهذا سنوضحه في سياق هذا المطلب.

#### الفرع الأول: الوصية لغة

الوصية مشتقة من وصى، وهو الأمر يفعل شيء أو تركه بما فيه نفع للمأمور أو للأمر في مغيب الأمر في بيته أو فيما بعد موته، وشاع إطلاقها على أمر بشيء يصلح بعد موت الموصي<sup>1</sup> ويقال أوصيت له أي بجمال، وأوصيت إليه أي جعلته وصيا فهما. يقال أوصي إلى فلان بكذا أي عهد إليه، كما لو عهد إليه بتدبير الصغار وغير العقلاء من بعد موته أو في حال غيبته، جاء في لسان العرب أوصى الرجل ووصاء عهد إليه قال رؤية وصاني العجاج فيما وصيتي، وتأتي الوصية بمعنى الوصل قال الجوهري: ..... ووصيت الشيء بكذا وصلته"<sup>2</sup>

ولا فرق في اللغة بين الوصية الإيضاء ومن الفعل الثلاثي وصي وصيت الشيء ، وصله وطننا أرضا واصمة: أي أن نباتها متصل قد امتلأت منه .

قال ابن فارس الواو والصاد والحرف المعمل أصل واحد يدل على وصل شيء تم ومنه وصيت الليلة باليوم أي وصلتها، وذلك في عمل عمله. قال: والوصية في هذا القياس كأنه كلام يوصى أي يوصل وصيته

<sup>1</sup> أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العربي ، دار النشر أدب الحوزة، ج 15 ، ص 395

<sup>2</sup> الدكتور جرادة لخضر، الوصية في قانون الأسرة الجزائري و التبرع بالأعضاء البشرية، ألفا للوثائق للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2022، ص45.

(مضعف)، وصية واور الظاهر من كلام بن فارس أنه لا يفرق بين وصى الثلاثي والرباعي بل يرى أن المادة واحدة أيضا والمعنى واحد<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: الوصية اصطلاحا

تعدد تعريفات الوصية من الجانب الفقهي من خلال تعدد واختلاف المذاهب

#### أولاً: المذهب المالكي

عرفت على انها عقد يصبح ساريا بعد موت صاحب التركة في قول الإمام ابن عرفه من المالكية هي "عقد يجيب حقا في ثلث عقده" يلزم بموته او نيابة عنه بعده.<sup>2</sup> فان هذا التعريف قد اوضح عده مفاهيم في المذهب المالكي المتبع من طرفه على أنه لا يمكن التصرف في المال المتروك إلا بعد موت الفرد. كما عرفها الإمام الكوخي في قوله : « الوصية ما أوجبها الموصي في ماله تطوعا بعد موته، أو في مرضه الذي مات »<sup>3</sup> يتمتع الموصي بصلاحيّة تقسيم تركته من خلال كتابة وصية تحدد ممتلكاته والمستفيدين من كلّ جزء.

#### ثانياً: المذهب الشافعي

جاء أصحاب هذا المذهب بعدة تعريفات منها ما يلي: عرفها الشربيني بقوله: " الإيضاء يعم الوصية والوصايا لغة، والتفرقة بينهما من اصطلاح الفقهاء وهي تخصيص الوصية بالتبرع المضاف لما بعد الموت، والوصاية بالعهد الذي يقوم على من بعده"<sup>4</sup> ، بمعنى آخر هو أن الوصية هي هدية تقدمها لشخص أو جهة بعد موتك. يمكنك من خلالها التبرع بأموالك أو ممتلكاتك، أو تخصيصها لأعمال خيرية ،وعرفها الشيرازي بأنها: " عهد خاص مضاف إلى ما بعد الموت"<sup>5</sup> وهذا التعريف يشمل كل أنواع من التصرفات لا تعتبر من قبيل الوصية كالعطية في مرض الموت، فإن لكل منهما حكم مختلف عن الآخر، كما لا تتناول هذه التعاريف الوصية بفعل العبادات وقضاء الواجبات لأن الوصية بها واجب، فكانت بذلك واجبة شرعا وليست تبرعا. ومبتغى تعريف الشافعية للوصية يطلق على ما يلي: "العين المتبرع بها، كما يشمل الإيضاء ويعرف بأنه إثبات تصرف بعد الموت سواء كان فيه تبرع أم لا"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> طويل سعيدة، مقبرش حورية، لمساعدة اليامنة، خثة نجاح، الوصية في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر علوم إسلامية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، 2019/2018، ص6.

<sup>2</sup> الدكتور جرادة لخضر، نفس المرجع، ص 48.

<sup>3</sup> أحمد بوفاتح، أحكام الوصية في القانون الجزائري،مخبر بحث الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الأغواط، الجزائر، 2022، 1704ص.

<sup>4</sup> أحمد بو فاتح، أحكام الوصية في القانون الجزائري ، المرجع السابق، ص 1705

<sup>5</sup> سفيان ذبيح، إثبات الوصية و اجراءات تثبيت الملكية المكتسبة عن طريقها في التشريع الجزائري، مجلة الصدر للدراسات الثانونية و السياسية، المجلد04، العدد01، 2022، ص 81.

<sup>6</sup> أحكام للوصية في القانون الجزائري، أحمد بوفاتح، نفس المرجع ، ص 1705.

وتعريف الشافعية للوصية لا بمعنى الإيلاء يوافق تعريف الحنفية، وإن قيده الشافعيون، إذ التدبير ليس وصية عند الحنفية، وإن كان له حكم الوصية حيث تخرج من الثلث.

### ثالثاً: المذهب الحنبلي

جاء أصحاب هذا المذهب بعدة تعريفات توضيحية من أجل الوصول إلى تعريف صحيح و دقيق الوصفية ، ومن بينها نذكر منها ما يلي:

عرفها أبو الخطاب بقوله: " هي التبرع بما يقف نفوذه على خروجه من الثلث".<sup>1</sup>

حيث أنه قد أدخل هذا التعريف في مضمون الوصية ما لا يعتبر كذلك كالعطية، في مرض الموت، حيث اعتبر أن تبرعات المريض مرض الموت وصية، والصحيح أنها غير كذلك ولا تأخذ حكم الوصية<sup>2</sup> إذن هذا التعريف لا يشمل كل أنواع الوصايا بقسمة التركة بين الورثة، أو الوصية بحقوق العباد، أو الوصية بتأجيل دين.

تعرف الوصية في الشرح الكبير : الوصية بمال هي: " التبرع به بعد الموت"، ومثل هذا التعريف ورد في المعنى لابن قدامة. يتضح من هذا التعريف أن الوصية تكون بمال فقط ولا تشمل غيره.

### الفرع الثالث: الوصية قانوناً

يُشكّل مفهوم الوصية في التشريع الجزائري موضوعاً هاماً، ونظراً لما يكتنفه من تعقيدات قانونية، سنقوم برحلة تعريفية شاملة به، مع تبيان كيفية إثباتها وتنفيذها.

تعتبر الوصية تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد حث عليه المشرع الجزائري. تُعدّ من أبواب العبادات التي تقرب الإنسان من ربه، وتُعيد بالثواب والازدهار على أتم وجه. فهي تنشر الخير والمحبة والإيثار بين الناس، ولذلك اهتم بها المشرع ونظمها في كل من قانون الأسرة والقانون المدني.

### أولاً: في قانون الأسرة

عرف المشرع الجزائري الوصية في قانون الأسرة وذلك من خلال المادة 184 من القانون نفسه على انها: "تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريقه التبرع"<sup>3</sup>، حيث يستفاد ويستنتج منه أن المشرع الجزائري واجبة كانت أو مندوبة، بمال كانت أو بغيره، فهي بذلك تشمل التمليك. باستعماله مصطلح "تمليك" جعل من هذا التعريف جامعا وشامل لكل أنواع الوصايا ، كما تشمل الوصية بالمنافع من السكن لدار أو الزراعة لأرض، والوصية لشخص ما. وذلك باعتبار الوصية تتم بدون عوض باعتبارها ما أوجبه الموصي في ماله.

<sup>1</sup> الدكتور جرادة لخضر، المرجع السابق، ص 49.

<sup>2</sup> أحمد بوفاتح، أحكام الوصية في القانون الجزائري، نفس المرجع، ص 1705.

<sup>3</sup> زروق عبد الرؤوف، حموش محمد، حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري، مذكرة تخرج شهادة المدرسة العليا للقضاء، 2005-2006، ص4.

هذا ويستفاد كذلك من مصطلح "تبرع" إخراج الوصايا التي تتبني على بيع أو إيجار أن الوصية لا تنفذ إلا بعد الموت الموصي، وبالتالي يخرج عن غيرها من عقود التبرعات.<sup>1</sup>

### ثانياً: في القانون المدني

معظم أحكام الوصية موجودة في قانون الأسرة لكن هذا لا ينفي خضوعها إلى أحكام القانون المدني وهذا ما ورد في نص المواد 776 و 777 و 408<sup>2</sup> منه، حيث أوضحت المادة 408 من الفقرة الأولى من القانون المدني على أنه: "إذا باع مريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون جائزاً إلا إذا اقره باقي الورثة"<sup>3</sup>، فهنا على سبيل المثال قد ذكرت أن البيع الذي يتم من المريض مرض الموت لورث يأخذ حكم الوصية منه لذلك فإن هذا التصرف لا نجده في قانون الأسرة أما المادة 777 من نفس القانون فإنها تنص على أنه: "يعتبر التصرف وصيه وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص آخر لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقه ما حيازة الشخص متصرف فيه والانتفاع منه مده حياتهما لم يكن هناك دليل يكلف ذلك".

يُستنتج من هذه المادة أنّ وجود نصوص مماثلة في القانون المدني كان شرطاً أساسياً لتمكن قانون الأسرة من تضمين مثل هذا النوع من الوصايا.

بعد ذلك نص المادة 776 من القانون المدني الجزائري على أنه: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مريض مرض بقصد التبرع يعتبر تبرعاً مضافاً إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف". بمعنى أنه بمعنى أنه تطبق أحكام الوصية إذا قام الشخص المريض مرض الموت بالتبرع بتركته.<sup>4</sup>

إذا وبناءً على ما تم ذكره سابقاً، يمكننا التأكيد على أن أحكام الوصية قد تم ربطها بشكل وثيق بين القانون المدني وقانون الأسرة في الجزائر. حيث يكمل كل قانون الآخر من خلال النصوص والأحكام الواردة فيهما من قبل المشرع الجزائري.

<sup>1</sup> باشا سلوى، عشيو سعاد، التصرفات الملحقة بالوصية في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر قانون خاص، جامعة محمد الصديق بن يحيى، 2015-2016، ص 8.

<sup>2</sup> المواد "776"- "777"- "408" من الأمر رقم 58-73 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل و الاماكن بالقانون رقم 05-07 المؤرخ في 13 ماي 2007.

<sup>3</sup> المادة 408، الأمر رقم 58-73 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم بالقانون رقم 05-07 المؤرخ في 13 ماي 2007.

<sup>4</sup> باشا سالوة، عشيو سعاد، المرجع السابق، ص.09

## المطلب الثاني

### مشروعية الوصية

لعب الإسلام دورًا رياديًا في الحفاظ على الوصية وتطبيق ما أوصى به ديننا الحنيف و الابتعاد عن كل ما هو مخالف له ، مستمدًا أحكامه من القرآن الكريم والسيرة النبوية الشريفة. وسنوضح ذلك بالتفصيل من خلال الفرعين التاليين:

#### الفرع الأول: في القرآن الكريم

من أهم تعاليم القرآن الكريم هو تأكيده على ضرورة الوصية، وذلك لضمان حصول كل من الأبوين وأصحاب العسبة والفروع على حقوقهم المادية والمعنوية بعد وفاة الموصي و هذا ما أوضحه الله عز وجل من خلال كتابه الكريم في قوله: «{ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ }<sup>1</sup>.

فقد أمر الله تعالى في هذه الآية الكريمة بالابتعاد عن كل ما لا ينصح به الوالدين والأقربين، دون تحديد مبالغ أو معايير محددة لمن يجب العطاء، مع التأكيد على عدم تغيير أو تبديل هذه الوصايا لقوله تعالى: «فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ»<sup>2</sup>.

ولكن ما أوضحتها سورة البقرة في آيتها رقم "181" فإنه يمكن إجراء التعديلات في حال عدم وجود ضرر أو تحقيق مصلحة شخصية وقد جاء ذلك من خلال قوله عز وجل: «فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ»<sup>3</sup>.

سوف في ثلث ما يملك واعطاء الباقي لي وردده حسب القواعد وقد حددت ذلك ولكل وارث نصيبه<sup>4</sup> وهذا ما نصت عليه آيات القرآن الكريم التي بداها بقوله عز وجل: «يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَّاتِ»<sup>5</sup>.

ومن خلال هذه الآية هو انه تم تقديم الوصية على الدين وهذا عكس ما مذكور في الميراث.

<sup>1</sup> سورة البقرة الآية 180

<sup>2</sup> سورة البقرة الآية 181

<sup>3</sup> سورة البقرة الآية 182

<sup>4</sup> الدكتور جرادة لخضر، المرجع السابق، ص 47.

<sup>5</sup> سورة النساء الآية 11



### الفرع الثاني: في السنّة النبوية

ولكن من خلال أهميتها ومستواها فإنه يجب أن يقدمها القرآن الكريم على عده نقاط مؤشرات لتوضيح الوصية وهذا من خلال سورة النساء التي خصصها سبحانه عز وجل من أجل الموارد تفصيلاً فقط قيدت هذه الأخيرة الوصية في الإسلام بقيدتين:

أولاً: عدم استغلال الوارث للتركة إلا بموافقة الورثة لقوله النبي صلى الله عليه وسلم: «إِنَّ اللَّهَ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقِّهِ، فَلَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ»<sup>1</sup>.

ثانياً: تحديد مقدارها بالثلث لقوله في التركة لا يجوز التصرف فيه إلا عن طريق موافقتهم ورضاهم ذلك<sup>2</sup>

### المطلب الثالث

#### أنواع الوصية

شهدت الوصية عبر التاريخ تنوعاً هائلاً، شمل ذلك تعدد تعريفاتها وتسمياتها، وتنوع أنواعها وأصنافها. وتشمل هذه الأنواع الوصية الواجبة والوصية الاختيارية، والتي سنناقشها تفصيلاً في هذا الموضوع.

#### الفرع الأول: الوصية الواجبة

تنوعت تعريفات الوصية الواجبة، حيث عرّفها البعض على أنها وصية قانونية تُوضع لحماية الأحماد من تقلبات الزمن وظلم الورثة خلال فترة حياتهم.

وهذا ما جاء به بعض الفقهاء فقط اعتبرت على أنها «تنزيل أبناء منزله أصلهم الذي توفي قبل جدهم كما لو كان حياً»<sup>3</sup>، أما بالنسبة في التشريع الجزائري فقد اعتبرت أن هذه التسمية خاطئة واستبدلها بعبارة قانونية أخرى وهي التنزيل.

وأوضحت المادة 169 من قانون الأسرة الجزائري على أنها «من توفي وله أحماد وقد مات مورثهم قبله او معها وجبه تنزيله منزله أصلهم في التركة بالشرائط التالية»<sup>4</sup> وهذا إذا لم يكن هناك أحماد.

<sup>1</sup> الدكتور جريدة لخضر، الوصية في قانون الأسرة الجزائري و التبرع بالأعضاء البشرية، المرجع السابق، ص43.

<sup>2</sup> الدكتور جريدة لخضر، نفس المرجع، ص43.

<sup>3</sup> الدكتور بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار

الخلدونية، الطبعة الأولى، 2008، ص50.

<sup>4</sup> المادة "169" من الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو سنة 1984 و المتضمن

قانون الأسرة، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005

## 1- شروط وجوب التنزيل:

لكي يرث الأحفاد عن أجدادهم، يجب أن تنطبق عليهم عدة شروط، نذكر منها ما يلي:  
**الشرط الأول:** فقد أوضحتها المادة 171 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: « لا يستحق هؤلاء الأحفاد أن كانوا وارثين للأصل جدا كان أو جدة...<sup>1</sup>»، ذلك لأن التنزيل تعويض عما يفوت الفرد من الميراث بسبب حجه بغيره مثال توفي وترك بنت بنت أخ هنا بنت الإبل لا تستحق التنزيل لأنها ثالث السدس من التركة فردا.<sup>2</sup>

**الشرط الثاني:** نصت عليه المادة 171 من قانون الأسرة أو كان قد أوصلهم جدا كان أو جده قد أوصل الفرع مقدار ما يستحقه بالتنزيل تلزم الوصية.<sup>3</sup>  
 في حال توفي الموصي دون انتظار قبول الورثة للوصية، وعندما أوصى بأكثر مما يستحقه أحد الورثة، تُعتبر هذه الزيادة وصية اختيارية.

**الشرط الثالث:** نصت عليه المادة 171 من قانون الأسرة" أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحقه في هذه الوصية"، فلا يُورث من وهب فرعاً من عائلته أكثر من نصيبه في الميراث دون مقابل فإذا وهب شخص فرعاً من عائلته مالا أو عقاراً في حياته دون مقابل، فإن ذلك يُعدّ سلفه يُحسم من نصيبه في الميراث. ولا يُؤخذ من نصيب الوريث في الميراث ما وهبه لفرع من العائلة دون مقابل، إلا إذا كان قد وهبه أكثر من نصيبه.<sup>4</sup>

**الشرط الرابع:** أوضحتها المادة 172 من قانون الأسرة<sup>5</sup> جاء فيها انه لا يكون الأحفاد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم ما لا يقلوا عن منابر ورثتهم من أبيه أو أمه فان ورث اقل من ذلك وجبات تنزيلهم في التركة.

## 2- مقدار التنزيل:

جاء في المادة 170 من قانون الأسرة أنه قد أوجب هذا القانون التنزيل جعله عوضا عما فات الأحفاد من أصلهم الذي مات من قبل مورثه و أن يكون قدره قدر معلوما بحيث لا يكون مثالا النزاع بين هؤلاء وبين الورثة فقدروا نصيبهم بما كانوا يستحقه أصلهم ميراثا بشرط أن يكون في حدود الثلث التركة.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> المادة "171" من الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة

<sup>2</sup> مكي أسماء، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 31، الجزء الرابع، ص 84.

<sup>3</sup> مكي أسماء، نفس المرجع، ص 85.

<sup>4</sup> مكي أسماء، نفس المرجع، ص 84.

<sup>5</sup> نصت المادة "172" من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "أن لا يكون الأحفاد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم ما لا يقل عن مناب مورثهم من أبيه أو أمه. ويكون هذا التنزيل للذكر مثل حظ الأنثيين".

<sup>6</sup> نورالدين بلعجال، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، 2021/2020، ص 11.

فإذا أوصى صاحب التركة قبل موته لأحفاده بمثل نصيب فرعه المتوفي قبله وكانت الوصية مساوية من ثلث التركة ونفذت كما هي.

وإذا أوصى بأقل من نصيبي فرعها المتوفي وكاله الوصية اقل من ثلث التركة أكمل النصيب والفرع إلى الثلث ونكون هنا بصدد وصيه واجبه.

وان كان نصيب الفرع المتوفي أكثر من الثلث كانت الوصية واجبه في مقدار الثلث وفيما زاد تكون الوصية اختياريه تأخذ أحكامها أن اجزها الورثة نفذت وإن الظهر بطلت في حدود الثلث فين كان مساويا له اقل منه فان كان أكثر منه وجبله مقدار الثلث فقط ولا حق لهم فيما زاد مطلق لان الفرض أنا صاحب التركة لم ينشأ وصيه لذا لا يمكن توقيف الجزء الزائد عن الثلث على الإجازة الورثة وهذا الحكم ينطبق أيضا إذا أوصى صاحب التركة في بعض المستحقين وترك الآخر فانه يعطي لمن تركه نصيبه في الوصية كاملا من باقي الثلث أن كان فيه متسرع لذلك وان لم يكن باقي الثلث كافيا كمل له نصيبه بما أوصى به لغيره ويقدم التنزيل أو الوصية الواجبة عن غيره من الوصايا الاختيارية عند التنفيذ.

### 3- موقف القضاء الجزائري من وجوب التنزيل:

لم يعرف القانون الجزائري لتنزيل إلا بعد القانون 84-11 حيث كان الأحكام الوصية تخضع قبل هذا التاريخ لأحكام الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك<sup>1</sup> الذي لم يقل أحدا من فقهاء بالتنزيل بيانه إلى ان جاءت المادة "169" من قانون الأسرة<sup>2</sup> فكرست التنزيل على المذهب الحنفي الذي يقول بالوصية الواجبة بخلاف مذهب المطبق قبل صدور قانون الأسرة فقد جرت العادة في المجتمع الجزائري بتنزيل الأحفاد من قبل جدهم ويطلق عليه عامه الناس بالغرس أو الغراسة يقوم الجد بغرس أحفاده في موضع أبيهم المتوفي قبله كي ينوبهم ما كان ينوب أبوهما أمامهم حين وفات جدهم

### الفرع الثاني: الوصية الاختيارية

نظم قانون الأسرة الجزائري هذه الوصية في المواد من (184) إلى 201 منه، وأحال ما لم ينص عليه من أحكام إلى الشريعة الإسلامية طبقا للمادة (222) من نفس القانون المذكور أعلاه.

### 1- تعريف الوصية الاختيارية:

سميت أيضا بالوصية الشرعية، وهي التصرف الإرادي المقصود لذاته الصادر من الشخص في حياته عن وعي وأهلية وتمييز.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة.

<sup>2</sup> نصت المادة 169 من قانون الأسرة على ما يلي: " من توفي وله أحفاد و مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة بالشرايط التالية".

<sup>3</sup> باشا سالوة، عشيو سعاد، المرجع السابق ، ص15

بمعنى أن الوصية الاختيارية أو الشرعية هي التي تنشأ بإرادة الموصي، ابتداءً، ويشترط أن يكون هذا الموصي حياً، متمتعاً بأهلية كاملة ويكون مدركاً وواعياً. ورد النص على الوصية الاختيارية في كتاب الله تعالى: "كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين"<sup>1</sup>. أما في السنة النبوية قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم"<sup>2</sup>.

## 2- مقدار الوصية الاختيارية:

مقدارها هو الثلث طبقاً لنص المادة (185) من قانون الأسرة الجزائري بقولها: تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث توقف على إجازة الورثة"<sup>3</sup>. ومن بين الدلائل الموضحة لكيفية معرفة مقدار الوصية قوله صلى الله عليه وسلم لسعد بن أبي وقاص الذي أراد الإيصاء بثلاثي ماله أو بنصفه، إن لم يكن ليرثه إلا ابنتيه له: "الثلث والثلث عشر، إنك إن تذر وريثك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس"<sup>4</sup>، تشكل الوصية الثلث من أموال الموصي، شأنها في ذلك شأن الوصية بصفة عامة. وتعدّ الوصية الشرعية جائزة شرعاً، استناداً إلى القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، وإجماع العلماء المسلمين على ذلك.

<sup>1</sup>سورة البقرة الآية 180.

<sup>2</sup> باشا سالوة، عشيو سعاد، المرجع السابق، ص 15.

<sup>3</sup>المادة "185" من الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة.

<sup>4</sup> باشا سالوة، عشيو سعاد، المرجع السابق، ص 16.

## المبحث الثاني

### أحكام الوصية ومبطلاتها

من خلال هذا المبحث فإننا سنوضح أحكام الوصية عن طريق التطرق إلى أنواعها مفسرين إياهم من خلال المطلب الأول، ذاكرين بعدها أركان الوصية ومبطلاتها وهذا في المطلب الثاني.

#### المطلب الأول

##### أركان الوصية

بناءً على أحكام قانون الأسرة والشريعة الإسلامية، لكي تكون الوصية صحيحة شرعاً وقانوناً، يجب توافر أربعة أركان أساسية، ولكن من دون توافر هذه الأخيرة مع أغلبية الشروط فإنه قد يؤدي إلى بطلانها وهذا ما سنفسره في سياق هذا المطلب.

تنص أحكام قانون الأسرة والشريعة الإسلامية على مجموعة من الشروط لإنشاء وصية صحيحة، حددها أغلب الفقهاء بأربعة أركان أساسية، وهي: الصيغة، الموصي، الموصى له، والموصى به. وسنوضح كل ركن من هذه الأركان على النحو التالي.

##### الفرع الأول: الصيغة

إن الأصل في صيغ التصرفات أن تكون منجزة، ولا يخرج عن هذه القاعدة إلا الوصية؛ فهي تأتي بالتنجيز، وذلك بحكم طبيعتها لأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، وبالتالي فإن صيغتها لا تكون إلا مضافة إلى أجل<sup>1</sup>.

والأجل هنا هو وفاة الموصي، كما يمكن أن تكون صيغة الوصية معلقة على شرط بحيث إذا تحقق هذا الشرط أصبحت الوصية قائمة، ورغم ذلك تظل مضافة إلى أجل، وقد اختلف الفقه في ركن الصيغة من حيث توافق الإرادتين؛ أي الإيجاب و القبول وانقسموا في ذلك إلى آراء:

فالأحناف وخاصة الإمام-زفر-قال أن الوصية تلزم بالموت من غير حاجة إلى قبول، وأنها لا ترتد بالرد عنده، وحجته أن ملك الموصى له يثبت بالخلافة كما يثبت ملك الوارث،<sup>2</sup> ويرى جمهور الفقهاء أن للموصى له حق الرد، لأنه لا شيء يدخل في ملك الإنسان جبراً عنه غير الميراث بمقتضى نص الشارع، ولأن الموصى له يجب أن يعطى حق الرد دفعا لاحتمال الضرر، فضرر المنة ثابت، ومن الناس من لا يقبله، و لأن الموصى به قد يكون ملزماً بمؤن أكثر مما فيه من نفع.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> زروق عبد الرؤوف، حموش محمد، المرجع السابق، ص 5.

<sup>2</sup> زروق عبد الرؤوف، حموش محمد، المرجع نفسه، ص 5-6.

<sup>3</sup> محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، دار الفكر العربي، مصر، 1988، ص 11.

- أن القبول لا يكون إلا بعد الوفاة، ولا عبء به في حياة الموصي.
  - أن الوصية تنشأ بما يجب من الموصي - وهو ركنها الوحيد.
  - ولكن شرط ثبوت الملكية أو لزومها هو القبول بعد وفاته؛ لأن القبول إنما هو لثبوت الملكية لا لإنشاء التصرف، فكان لا عبء به إلا عند تنفيذ أحكامه.
  - أن القبول أو الرد لا يشترط فور وفاة الموصي، بل يثبت على التراخي، وأنه يقبل عن المجنون والمعتوه والصبي غير المميز ممن له الولاية عليه.
- أما قانون الأسرة فقد اشترط في المادة<sup>1</sup> 191 فقرة 1 منه تصريح الموصي بالوصية فقط دون حاجة لاقتترانه بالقبول من الموصى له وأكدت 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 اقتترانه بالإيجاب؛ وعليه 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 وإشارة...<sup>2</sup>، و بالرجوع إلى الأحكام العامة للقانون المدني فإن التعبير عن الإرادة حسب المادة 60 منه يكون باللفظ، وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون ضمنا حسب الفقرة الثانية منها .
- هذا بالنسبة لركن الصيغة، أما بقية الأركان من موصي، وموصى له ،وموصى به فإن بعض الفقهاء يوردها في باب شروط الوصية ويعتبرونها شروطا لا تصح الوصية إلا بها.<sup>3</sup>

### الفرع الثاني: الموصي

- قانون الأسرة بالرغم من أنه من المعروف أن مناط التكليف في الأحكام الشرعية هو البلوغ، وهو المبدأ الوارد بنص المادة 40 من القانون المدني التي تحدد سن الرشد القانوني ببلوغ 19 سنة كاملة، والتي هي نفس السن الواردة بالمادة 186 من قانون الأسرة .
- الرضا: يجب أن يتوافر رضا الموصي بالإيصاء، كما هو الحال في باقي التصرفات خاصة في الهبات والتبرعات، وإلا كانت غير صحيحة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> نصت المادة 191 من قانون الأسرة على ما يلي: "بتصريح الموصي أمام الموثق تحرير عقد بذلك".

<sup>2</sup> محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص 13-14.

<sup>3</sup> زروق عبد الرؤوف، حموش محمد، المرجع السابق، ص 06 .

<sup>4</sup> زروق عبد الرؤوف ، حموش محمد، المرجع نفسه، ص 07.

ولهذا فمن المتفق عليه فقها و قضاء أن وصية المكره و الهازل والمخطئ باطلة، كما لا تصح وصية السكران، لأنه لا قصد له والوصية هنا تضر بورثته.

### الفرع الثالث: الموصى له

يشترط في الموصى له أن يكون موجودا، معلوما، أهلا للملك، والإستحقاق، وألا يكون جهة معصية، ولا قاتلا للموصي أو وارثا له .

**1- أن يكون الموصى له موجودا:** وهذا عند إنشاء الوصية، ووجوده قد يكون حقيقة، أو حكما (تقديرا) كالحمل أو المعدوم.

فقد تعرضت لمسألة الوصية للحمل كل من المادة 187 من قانون الأسرة التي نصت على أنه : "تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا..." ، والمادة 134 منه التي جاء فيها : "لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا، و يعتبر حيا إذا 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 يولد حيا"، وأوضحت كل هذه المواد على ضرورة الولادة المصحوبة بعلامة ظاهرة للحياة<sup>1</sup> وهذا ما جاء موافقا لما ذهب إليه أحكام الفقه الإسلامي.

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<sup>2</sup>، وهذا ما يصطلح عليه بالوصية للمعدوم، ولا يراد به من كان موجودا ثم انعدم . وهي الحالة الوحيدة التي لم يورد القانون الجزائري نصا بشأنها؛ لذا نطبق عليها أحكام المذهب المالكي<sup>3</sup>، التي تجيز الوصية للمعدوم، .

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

قد قرر جمهور الفقهاء هذا الشرط حتى يمكن تنفيذ الوصية؛ ذلك أنها لا تلزم إلا بقبول الموصى له (المواد 184 و192 من قانون الأسرة)، إلا أنهم استثنوا من هذا الشرط الوصية لله تعالى و لأعمال البر<sup>4</sup>، و أساس

<sup>1</sup> زروق عبد الرؤوف، حموش محمد، نفس المرجع، ص06.

<sup>2</sup> محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص70.

<sup>3</sup> عمار نكاع، عقود التبرع، اللعبة و الوصية ، محاضرات موجهة لطلبة الأولى ماستر ، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة 1، 2022/2021، ص 60.

<sup>4</sup> زروق عبد الرؤوف، حموش محمد، المرجع السابق، ص07

ذلك وجود مفهوم التكافل في مثل هذه الوصايا، كما أن أعمال البر و الإحسان تأخذ حكم النوع الواحد و إن تعددت لإتحاد القصد منها.

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

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

**4- ألا يكون الموصى له جهة معصية:** و يقصد بالجهة المعصية الجهة المحرمة شرعاً و قانوناً، فالوصية شرعت لتكون قريبة أو صلة، و شرعت للإصلاح و الخير لا من أجل الفساد و المنكر و الخروج عن المعقول.

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

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

وبالرجوع إلى القانون المدني فإننا نجده أقرب إلى هذا الرأي من خلال المواد 97 و 98 منه<sup>3</sup>.

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

وقال الحنابلة أن القتل المانع من الإرث و الوصية هو القتل بغير حق سواء كان عمداً أم خطأ، مباشرة أم تسبباً، أما إذا حصلت الوصية بعد الجرح المفضي إلى الموت كانت صحيحة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> باشا سالوة، عشيو سعاد، المرجع السابق، ص 19.

<sup>2</sup> زروق عبد الرؤوف، حموش محمد، المرجع السابق، ص 08

<sup>3</sup> نصت المواد "97" و "98" من القانون المدني على ما يلي: "إذا إلتزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف النظام العام او للأداب كان العقد باطلاً". / " كل إلتزام مفترس ..... أن يثبت ما يدعيه".

<sup>4</sup> زروق عبد الرؤوف، حموش محمد، المرجع السابق، ص 10



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

وذهب المذهب المالكي إلى أن القتل يمنع الإستحقاق في الوصية، و هذا استنادا إلى قوله - صلى الله عليه وسلم -: "لا وصية لقاتل"<sup>1</sup> ، غير أنه يرى أن الوصية تصح للقاتل خطأ؛ لأنها تملك كالهبة، أما إذا حصل القتل عمدا بعد إنشاء الوصية حرم الموصى له من الوصية، كما تنفذ الوصية التي تنشأ بعد الإصابة المفضية إلى الوفاة احتراما لإرادة الموصي.

بالرجوع إلى قانون الأسرة ، فإنه أخذ بما ذهب إليه الفقه المالكي؛ حيث اشترط قتل الموصى له للموصي عمدا لعدم استحقاق الوصية و هذا في المادة 188 منه<sup>2</sup> ، فالعبرة إذن بالقتل العمد عدوانا بدون حق و ليس بالقتل الخطأ ، و هذا ما يساير ما جاءت به المادة 137 من قانون الأسرة المتعلقة بالميراث بصفة عامة، وعليه فإنه لا يستحق الوصية قاتل الموصي عمدا سواء كان فاعلا أصليا أو شريكا أو شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام و تنفيذه، و لا يستحقها من كان عالما أو مدبرا للقتل و لم يخبر السلطات المعنية ( كل هذا إذا لجأنا للتفسير الموسع لأحكام المواد 137 و 135 من قانون الأسرة )، و يشترط هنا أن يكون الموصى له أهلا للمسؤولية الجزائية دون عذر قانوني ، و ألا يكون في حالة دفاع شرعي. وما يلاحظ في هذه الأحكام هو الإنسجام بين كل من قواعد قانون الأسرة من جهة والقانون المدني و قانون العقوبات من جهة أخرى .

**6- ألا يكون الموصى له وارثا للموصي:** وهذا مصداقا لقوله - صلى الله عليه وسلم - : "إن الله أعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث"<sup>3</sup> ، و عن ابن عباس قوله : قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : "لا وصية لوارث إلا أن يثاء الورثة"<sup>4</sup> .

وقد اختلفت قوانين الدول الإسلامية في شأن جواز الوصية لوارث من عدمه، أما المشرع الجزائري فقد أخذ بهذا الشرط بنص المادة 189 من قانون الأسرة، و قضت به المحكمة العليا في قراراتها . وهذا ما سنقتصر عليه فيما يخص هذا الشرط، وذلك لأننا سنشرحه بإسهاب ضمن المطلب الموالي.

### الفرع الرابع : الموصى به

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

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

<sup>1</sup> زروق عبد الرؤوف، حموش محمد، المرجع السابق، ص 08

<sup>2</sup> نصت المادة "188" من قانون الأسرة الجزائري هي ما يلي: «لا يستحق الورثة الوصفية من قبل الموصي عمدا».

<sup>3</sup> عمار نكاع، المرجع السابق، ص. 64.

<sup>4</sup> زروق عبد الرؤوف، حموش محمد، نفس المرجع، ص 09.

- نوع يصلح أن ينتقل بالميراث أي يصح أن يكون تركة كالأموال الحقيقية أي النقود، والأشياء العينية، و الحقوق التي تتعلق بها كحقوق الإرتفاق ونحوها، ونوع لا يكون من الحقوق التي تورث ولكن 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.<sup>1</sup>

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

**2- أن يكون الموصى به متقوما و قابلا للتمليك:** وهذا 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>2</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، و غيرها من الحقوق الشخصية و المهنية المحضة .

**3- 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، ولذا لا تصح الوصية بملك الغير حتى وإن ملكه بعد الوصية ثم مات، و إن أجازها الغير بعد الوفاة فيكون ذلك هبة منه و لا تتم إلا بالقبض<sup>3</sup>.

وهذه الأحكام أكدها المشرع الجزائري في المادة 190 من قانون الأسرة التي تشترط أن يكون الإيضاء بالأموال التي يملكها الموصي عند الوصية، ويقصد 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، وإلا بطلت الوصية .

إلا أن هناك مسألة تصح فيها الوصية مع أن الموصى به غير موجود وقت الوصية ولا وقت الوفاة، وذلك إذا ما أوصى بغلة بستانه فتكون له الغلات المستقبلية ما دام حيا، لأن الوصية بالغلة من قبيل الوصية

<sup>1</sup> زروق عبد الرؤوف، حموش محمد، المرجع السابق، ص9.

<sup>2</sup> زروق عبد الرؤوف، حموش محمد، المرجع نفسه، ص 10.

<sup>3</sup> محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص102.

بالمنافع، وهذه الأخيرة تجوز الوصية بها مع أنه يحصل عليها وقتا بعد آخر في المستقبل بعد وفاة الموصي

1

#### 4- ألا يكون الموصى به مستغرقا بدين: يشترط لنفاذ 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، فأداؤها واجب بينما الوصية في غير الواجبات مندوبة أو مباحة، والواجب مقدم على المندوب والمباح في أحكام الفقه.

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

#### 5- ألا يزيد الموصى به عن ثلث التركة: نصت المادة 185 من قانون الأسرة على أنه: " تكون الوصية

في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة"<sup>2</sup> ، وهذه هي الحدود الشرعية و القانونية للوصية، كما جاء في الحديث الشريف عن سعد ابن أبي وقاص حيث قال الرسول - صلى الله عليه وسلم - وسعد في مرض الموت: "الثلث والثلث كثير" ويقول - صلى الله عليه وسلم - "إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم عند مماتكم".

## المطلب الثاني

### طرق إثبات الوصية وتنفيذها

تُعَدّ الوصية تصرفًا قانونيًا هامًا يُتَّيْح للموصي التّصَرُّف في أمواله بعد وفاته حسب رغبته. ويجب إثبات الوصية وفقًا للطرق القانونيّة لضمان تنفيذها.

#### الفرع الأول: إثبات الوصية

لكي تنشأ الوصية صحيحة لأبد من توافر وسائل إثبات، وقد حدد المشر وسيلتين لإثبات الوصية بنص المادة 191 من قانون الأسرة الجزائري كما يلي: تثبت الوصية بـ:

<sup>1</sup> زروق عبد الرؤوف، حموش محمد، المرجع السابق، ص 12.

<sup>2</sup> المادة(185) من الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة.

1- بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك .

2- حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم، ويؤشر به على هامش نقل الملكية .

فالأصل أن الوصية تثبت بموجب عقد توثيقي واستثناءا بموجب حكم قضائي يؤشر به على هامش أصل الملكية.<sup>1</sup>

### 1- الوصية بالعقد التوثيقي:

أوجب المشرع الجزائري التصريح بالوصية أمام الموثق وذلك من طرف الموصي مهما كان محل الوصية عقارا أو منقولا، ووجب على الموثق احترام الإجراءات الواجب توافرها في العقود الإحتفائية.<sup>2</sup> حيث أن إثبات الوصية يكون بورقة رسمية صادرة عن الموثق وإفراغها في قالب رسمي<sup>3</sup> طبقا للمادة 324<sup>4</sup> من القانون المدني الجزائري: العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة.... وعند تحرير العقد يجب الإشارة بدقة إلى صفة الموصي والموصى له والموصى به، وذلك لمنع اللبس عن كل ما يمكن أن يؤدي إلى اشتباه الوصية بما يشابهها من عقود، ومن الضروري حضور شاهدي عدل وشاهدي تعريف عند الاقتضاء.<sup>5</sup>

تعد الوكالة في الوصية صحيحة وجائزة ويتم ذلك بتعيين الموصي وكيل له للقيام بالتصرف في حالة ما إذا لم يرغب في الحضور شخصيا لاعتبارات يقدرها أو الموانع علما أن كل نصرف يستطيع الشخص القيام به بنفسه يمكنه توكيل غيره بشأنه، إلا في ما يخص حلف اليمين أو أداء الشهادة، أما العقد الذي يحزره قناصل الجزائر بالخارج الذين أعطى لهم المشرع صفة الموثق طبقا للمادة 93/2 المرسوم الرئاسي 403-02 ونصها: يؤهل رئيس المركز القنصلي على الخصوص لممارسة الأعمال التالية.... تحرير الوصايا وغيرها من العقود الأحادية الطرف والتي يقدمها له هؤلاء الرعايا والتصديق على صحتها واستلامها وإيداعها. القاضي هنا لا يثبت الوصية إلا إذا قام دليل على وجودها إما بورقة عرفية موقعة من قبل الموصي قبل وفاته، وتصريح الشهود بوجود وصية طبقا للمادة 171 من قانون التسجيل فإن الورثة والموصى لهم يلتزمون

<sup>1</sup> شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهيئة- الوصية- الوقف) دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية و الإجتهااد القضائي، دار الهومة، ص 223.

<sup>2</sup> العقود الإحتفائية هي عقود رسمية نص عليها المشرع الجزائري في المادة 324 مكرر 3 من قم المعدلة بموجب القانون رقم 05/10 المؤرخ في 20/06/2005 المعدل والمتمم للأمر 75/58 المتضمن القانون المدني، وتعتبر الوصية عقدا احتفائيا.

<sup>3</sup> دكتور بن شويخ رشيد، مرجع السابق، ص 70.

<sup>4</sup> المادة 324 من القانون المدني الجزائري.

<sup>5</sup> عبد الله عبيد ، أحكام الوصية في التشريع الجزائري ، مذكرة تخرج ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر ، جامعة العربي تبسي، الجزائر، 2019-2020، ص 45.

بتقديم تصريح مفصل عن التركة التي بقيت بعد موت الهالك، كما أنه يجب تحرير عريضة لدى الموثق لمعرفة أنصبة الورثة ونصيب الموصى له.

## 2- الوصية بحكم قضائي:

في الحالة الاستثنائية بوجود مانع قاهر دون الحصول على تصريح أمام الموثق وعدم إفراغ الوصية في شكل رسمي يمكن استصدار حكم قضائي ويؤثر به على هامش أصل الملكية طبقاً للمادة 191/2 من قانون الأسرة الجزائري، الحكم القضائي هذا هو الحائز لقوة الشيء المقضي فيه ويكون بنشر الموصى له دعوى أمام القضاء طالبا فيها تثبيت الوصية نتيجة ما بين يديه من وسائل إثبات.<sup>1</sup>

ومثال عن المانع القاهر الذي من شأنه أن يحول دون تصريح الموصي بوصيته لدى الموثق، وفاته بحدوث سيارة بعدما اتجها إلى الموثق من أجل تحرير وصيته، وقدم ملف كامل بما فيه المستندات الأولية والمعلومات الخاصة بهويته وهوية الشهود، بحيث يمكن للموصي له رفع دعوى إثبات الوصية أمام الجهات القضائية المختصة واستصدار حكم قضائي مثبت للوصية.<sup>2</sup>

أما بالنسبة للجهة القضائية المختصة بالنظر في دعوى إثبات الوصية فتختلف بحسب موضوع الدعوى، إذا تم رفع دعوى مستقلة بإثبات الوصية ننظر إلى موضوع الوصية، إذا كانت حصة مفرزة ننظر لنوع الوصية فإن كانت عقارا مثلا أو سهما شائعا في عقار يكون الاختصاص النوعي للقسم العقاري طبقاً للمادة 512 من قانون الإجراءات المدنية التي تنص على: ينظر القسم العقاري على الخصوص في القضايا الآتية: 7...- في الهبات والوصايا المتعلقة بالعقارات .... أما الاختصاص المحلي للمحكمة التابع لها العقار طبقاً للمادة 40/1 من قانون الإجراءات المدنية، أما إذا كان موضوع الوصية المراد إثباتها سهم شائع في جميع ممتلكات الموصي، فإن مركز الموصى له في هذه الحالة هو مركز الخلف العام مثل باقي الورثة.

ينعقد الاختصاص النوعي لمحكمة شؤون الأسرة باعتبارها صاحبة الاختصاص في دعاوى التركة التي تشمل قسمتها بما فيها تنفيذ الوصية، ويكون الاختصاص المحلي للمحكمة التي بها موطن المتوفي.

## الفرع الثاني: تنفيذ الوصية

لم يتناول القانون مسألة تنفيذ الوصية، لذا لا بد من الرجوع إلى الأصول العلمية في الشريعة الإسلامية، كما نصت عليها المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري- كل ما لم يرد في هذا القانون يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية.

ولا شك أنه لم يشترك الموصي ولا الموصى لهم في تنفيذها، إذ كان الموصي ميتاً وكان الموصى لهم يعتبرون أصحاب حقوق فقط، وبالتالي فإن المسؤول عن تنفيذ الوصية هو إما ولي الوصية، إما ولياً وصياً.

<sup>1</sup> محمد محدد الشركات والمواريث دراسة بالقرارات والأحكام القضائية ما من فلسطينية 1904، ص 48.

<sup>2</sup> بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 70.

التركة (إذا كان الموصى له مسمى) أو القاضي. عند القيام بذلك، من المهم أن تنقل له ليس فقط من هو المسؤول، ولكن أيضاً أسباب القيام بذلك. يمكن للورثة السماح بالوصية، مهما كانت، لمنع أي نزاعات. ومن الممكن أن تكون هناك وصية لا تجوز للورثة.

وعليه يمكن القول أن تنفيذ الوصية ليس مطلقاً وهذا مؤداه أنه يسبق تنفيذ الوصايا سداد ديون الموصي كما أن التنفيذ مفيد وهذا لما أقره الشرع، فالوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا المندوبة و المباحة.<sup>1</sup> ويعتبر منفذ الوصية مسؤولاً شأنه شأن الوكيل العادي وهذا عن الأضرار الناتجة عن عمله أو إهماله ولا يجوز إعفائه من كل مسؤولية قد تترتب عليه وإذا تعدد المنفذون كانوا مسؤولين جميعاً بالتضامن عن أموال التركة.<sup>2</sup>

فإذا كانت التركة خالية من الديون أو فيها ديون حاضرة أخذ أصحاب الوصية نصيبهم دون تأخير. وقد تنشأ مشكلة إذا كانت الوصية بمال وكانت التركة كلها غائبة مالياً أو ديوناً، أو إذا كان جزء من التركة مالياً موجوداً ومالياً غائباً، فيؤجل تنفيذ الوصية حتى يحضر المال الغائب. فإن وجد بعضه قسم بين الموصى له والورثة، مع مراعاة حصة كل منهم.

كما أن المشرع لم يفرق بين الوصية في العقار والوصية في المنقول. ومع ذلك، واستناداً إلى القواعد العامة، فإن المعاملات القانونية المتعلقة بالعقارات يجب أن تراعي الإجراءات الشكلية المطلوبة قانوناً، وإلا كانت باطلة بطلاناً مطلقاً، وذلك وفقاً لنص المادة 793 من القانون المدني الجزائري: الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقارات. لا يجوز نقل الملكية سواء بين المتعاقدين أو ضد الغير إلا مع مراعاة الإجراءات التي نص عليها القانون، وخاصة القوانين التي تنظم إدارة تسجيل العقارات.<sup>3</sup>

لكي تخضع الوصية لإجراء التوثيق العقاري، يجب تسجيلها كمرحلة أولى لنقل ملكية العقار بعد إثباتها بمستند رسمي أو حكم قضائي، ومن ثم إخضاعها للتسجيل والتوثيق إجراءات من أجل استقرار المعاملات بين أفراد المجتمع.

1- تسجيل الوصية الواردة على عقار بعد ثبوت الوصية عن طريق محرر رسمي صادر عن الموثق أو حكم قضائي لأبد من تسجيل الوصية عن طريق مفتش التسجيل المكلف بتسجيل جميع التصرفات التي أخضعها القانون للتسجيل أو التي أراد أصحابها إعطائها تاريخاً ثابتاً بغض النظر عن طبيعتها ( عقارا أو منقولا ) مع خضوع العملية لدفع حقوق التسجيل.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الوصية، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 315.

<sup>2</sup> العربي بلحاج، نفس المرجع، ص 316.

<sup>3</sup> أنظر إلى المادة 793 من القانون المدني الجزائري.

<sup>4</sup> بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 70.

إذا سجل الموصي الوصية وهو حي ومات مصراً عليها، انتقلت ملكية العقار إلى الموصي عند وفاته. أما إذا انسحب منها بعد تسجيلها وجب تدوين التراجع على هامش تسجيل الوصية. وتجدر الإشارة إلى أن كل الأموال الموجودة في الجزائر والتي تنقل بالميراث أو الوصية تخضع لرسم نقل الملكية بغض النظر عن جنسية الشخص المتوفى أو الورثة أو الموصى لهم، أما الأموال الموجودة في الخارج والتي لا تخضع لرسم نقل الملكية ولو كانت ملكاً لجزائري مقيماً في الجزائر.

2- شهر الوصية على عقار: بعد الشهر العقاري أهم إجراء لكسب الملكية أو الحقوق العينية الأصلية بصورة نهائية في العقارات على وجه التحديد من خلال المحافظة العقارية حسب ما نصت عليه المادة 15 من الأمر رقم 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري التي تنص على كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إظهارهما في مجموعة البطاقة العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية<sup>1</sup>. فالمشعر الجزائري لم يلزم الموصى له أن يقوم بالشهر كون الوصية لا تعد عقداً بمفهوم المادة 54 من القانون المدني الجزائري<sup>2</sup>.

ولكن بالرجوع إلى الأحكام العامة للتسجيل العقاري، يمكننا القول أنه لا أثر لانتقال الحق العقاري إلا بعد إعلان التصرف القانوني بنقل الملكية، وبالتالي لا يمكن نقل ملكية الموصى له إلى العقار. الموصى له حتى بعد شهر، ولو لم ينص القانون على ذلك.

وتشهر الوصية في مكتب المحافظة العقارية بعد وفاة الموصي وقبول الموصي له للوصية إذا كان الموصى به عقار وفقاً لأحكام قوانين الشهر العقاري وذلك حماية المصلحة الموصى له وتحقيق الاستقرار في المعاملات حتى يكون الغير الذي تعامل مع الموصى له على بيئة من مدى ضرورة الشيء الموصى به<sup>3</sup>. فالملكية في العقارات لا تنتقل إلا بإجراء الشهر مهما كان نوع التصرف الواقع على هذا العقار. كذلك جاءت المادة 29 من القانون 90/25 المتعلق بالتوجيه العقاري لتأكيد هذا المبدأ فنصت على تثبيت الملكية الخاصة للأموال العقارية والحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري<sup>4</sup>. وعليه يتوجب على الموصي له حياة سند رسمي مشهر يثبت به حقه في ملكية العقار الموصى به.

<sup>1</sup> الأمر رقم 74-75 المتضمن قانون إعداد مسح الأراضي و تأسيس السجل العقاري.

<sup>2</sup> جاءت المادة 54 في مضمونها على ما يلي: «العقد اتفاق يلزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما

<sup>3</sup> شيخ نسيمه المرجع السابق، ص 226-227.

<sup>4</sup> قانون رقم 90/25 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري، عدد 49 المعدل والمتمم بالأمر رقم 1995/25/25 المؤرخ في 25/09/1995، جر، عدد 55 المؤرخة في 27 سبتمبر.



كما تنص المادة 39 من المرسوم 76/263: عندما يتم إشهار شهادة موثقة بعد وفاة تثبت الانتقال المشاع لأملاك باسم مختلف الورثة أو الموصى لهم.... أو المادة 88 من نفس المرسوم التي تنص على: لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في المحافظة العقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن لعقد أو للقرار القضائي أو الشهادة الانتقال عن طريق الوفاة... والمادة تتحدث عن وجوب شهر الشهادة التوثيقية، حتى يتمكن بذلك الوارث في التصرف فيما انتقل له من عقارات وكذلك الموصى له فيما انتقل له بالوصية من عقارات. أما عن أجال شهر الوصية فطبقاً للمادة 99 من المرسوم 76/63: إن أجال إتمام الإجراء تحدد كما يلي: بالنسبة للشهادات الموثقة شهران ابتداء من اليوم الذي قدم الالتماس إلى الموثق، ويرجع هذا الأجل إلى أربعة أشهر إذا كان أحد المعنيين يسكن في الخارج... وفي حالة ما إذا كان إجراء الإشهار في مكتبين أو أكثر فإن الأجل المنصوص عليه يمدد بخمسة عشر (15) يوماً كاملاً بالنسبة لكل مكتب غير أن هذه المادة عدلت بموجب نص المادة 31 من قانون المالية وأصبحت ثلاثة (03) أشهر من تاريخ إصدارها من طرف الموثق وتمدد إلى (05) أشهر في حق من كان مقيماً خارج الجزائر، ويتحمل الموصى لهم المسؤولية المدنية في حالة تصرفهم في العقارات المنتقلة لهم بالوصية إذا ما أحدثت هذه التصرفات ضرراً للغير وذلك ما لم يحقهم الجديد لأثر من ستة (06) أشهر<sup>1</sup>.

### المطلب الثالث

#### مبطلات الوصية

تعتبر الوصية صحيحة إذا استوفت جميع الشروط التي تمّ ذكرها سابقاً، والتي تشمل شروط انعقاد الوصية، وما يشترطه القانون في صفات الموصي والموصى له والشيء الموصى به، بالإضافة إلى مسألة قبول الوصية. أما إذا لم تُستوفَ بعض هذه الشروط أو جميعها، فإنّ الوصية تصبح باطلة. ومن بين الحالات التي تُبطل الوصية نذكر ما يلي.

#### الفرع الأول: رجوع الموصي عن الوصية

بما أنّ الوصية عقد غير لازم، يجوز للموصي التراجع عنها في أي وقت يشاء. فالموصي هو من أبدى رغبته في الوصية، ولا تصبح الوصية نافذة إلا بعد وفاته. لذلك، لا يترتب على رغبة الموصي أي حق للموصى له قبل وفاة الموصي. وبالتالي، يتمتع الموصي بحرية الاختيار بين الإبقاء على الوصية أو التراجع عنها، وقد نصت المادة (192) من قانون الأسرة على أنه: "يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمناً"<sup>2</sup>.  
و يمكن للموصي التراجع عن الوصية بطريقتين:

<sup>1</sup> عبد الله عبيد، نفس المرجع، ص 52.

<sup>2</sup> الدكتور بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 31



أ- الطريقة الصريحة: وهي أن يعلن الموصي صراحةً رغبته في التراجع عن الوصية، إما شفهيًا أو كتابةً.

وهذا متفق عليه فقهيًا وقانونًا، لأنه صريح في عدول الموصي عن وصيته وهو يملك العدول متى شاء. ولا يعد رجوعًا: ندمت على الوصية التي أوصيت بها فلان أو تعجلت أو أخرت الوصية، لأن التأخير لا يستلزم السقوط كتأخير الدين عن المدين، وكذلك كل وصية أوصيت بها لفلان فهي حرام ال يدل على الرجوع، أو تغيير الموصى له من زيد لخالد مثالا.<sup>1</sup>

ويتم تحرير عقد الرجوع عن الوصية بالإرادة المنفردة دون اشتراط قبول الموصى له ومن دون تسبيب طلبه، ويتم ذلك الرجوع بحضور شاهدي عدل وإتباع الإجراءات المقررة قانونًا لذلك<sup>2</sup>

في حال تمت الوصية وأصبحت نافذة المفعول، أي أنّ ملكية الموصى به قد انتقلت للموصى له بشكل قانوني، ثم تعرض الموصى به للتلف أو التغيير، فإنّ الوصية لا تلغى.

وذلك لأنّ الموصى به في هذه الحالة يُعدّ مالا من أموال الموصى له، وبالتالي فهو تحت ملكيته ومسؤوليته يُعدّ الحكم القضائي أحد وسائل إثبات الوصية، وبالتالي يمكن للموصى له استخدامه لإثبات رغبة الموصي في التراجع عن الوصية، خاصةً إذا لم يكن هناك دليل واضح على ذلك.

ب- التصريح الضمني: يُعدّ أي تصرف مادي يقوم به الموصي على الشيء الموصى به بعد كتابة

الوصية دليلاً على رغبته في التراجع عن الوصية، وذلك إذا كان هذا التصرف يدل بشكل واضح على عدوله عن إرادته السابقة

ومن الأمثلة على ذلك: إخراج الموصي للمال الموصى به من ملكيته، مع منح الموصي للغير حقًا على الشيء الموصى به يتعارض مع حق الموصى له.<sup>3</sup>

وإن إثبات الرجوع الضمني في الوصية، أي قيام الموصي بإلغاء الوصية بطريقة غير مباشرة، يكون أسهل بعد وفاته مقارنةً بإثبات الرجوع الصريح. ويرجع ذلك إلى أن الرجوع الضمني يُعدّ واقعة مادية، أي حدثًا ملموسًا يمكن إثباته بأي وسيلة من وسائل الإثبات مثل شهادة الشهود أو الخبراء أو المستندات. على عكس الرجوع الصريح، الذي يتطلب إثباته عادةً كتابةً من الموصي تعلن صراحةً رغبته في التراجع عن الوصية.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> طویل سعیده، مقیرش حوریة، لمساعدة الیامنة، ختة نجاح، المرجع السابق، ص 44.

<sup>2</sup> الدكتور جرادة لخضر، المرجع السابق، ص 230.

<sup>3</sup> أشواق زهدور، مبطلات الوصیة فی القانون الجزائري، مجلة القانون الاقارب و البيئة، المجلد 10، العدد 01، 2022، 130.

<sup>4</sup> طویل سعیده، مقیرش حوریة، لمساعدة الیامنة، ختة نجاح، المرجع السابق، ص 46.

وقد نص المشرع الجزائري بشأن هذا المسألة على نوعين من التصرف التي لا تعبر بذاتها رجوعاً عن الوصية وهي: رهن الشيء الموصى به والتصرف في الموصى به لشخص ثان. حسب المادتين (193-194)<sup>1</sup> وهو استثناء والرهن إعمال للقواعد العامة التي تعتبر الرهن تأميناً عينياً للدين.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني: رد الموصى له الوصية

سبق أن أشرنا بأن القبول هو لتأكيد حق الموصى له في الوصية. كما أن رده لها يعد من مبطلات الوصية، شريطة أن يكون الرد بعد وفاة الموصي.<sup>3</sup> جاء في نص المادة 201 من قانون الأسرة على أنه: "تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي أو بردها".<sup>4</sup>

وعليه فالوصية تبطل إذا ردها الموصى له بعد وفاة الموصي، ويعتبر هذا الرد سبباً مبطلاً للوصية على أساس أنه لا يمكن إلزام الموصى له بشيء غير راضٍ به على خلاف نظام الميراث حيث تنتقل التركة من المورث إلى الوارث جبراً عنه، ومن غير الحاجة إلى صدور القبول منه .. ويُجمعُ جمهور الفقهاء على أنّ رفض الموصى له للوصية قبل وفاة الموصي لا يُعتدُّ به، ويظلّ للموصى له الحقّ في قبولها بعد وفاة الموصي.<sup>5</sup> أما بالنسبة للحنفية، فيرون أنّ رفض الموصى له للوصية بعد قبولها يبطلها، لكن بشرط موافقة الورثة أو أحدهم على هذا الرفض.

وبوجه عام، لا تُصبح الوصية نافذة المفعول إلا بعد وفاة الموصي.

وإذا تعدد الموصى لهم في الوصية الواحدة فقبل بعضهم الوصية، وردها البعض الآخر نفذت الوصية في حق من قبلها، وبطلت في حق من رفضها وردها، على أنه إذا توفي الموصى له قبل رد الوصية انتقل حقه

<sup>1</sup> نصت المواد "192" و "193" من الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة على ما يلي: "يجوز الرجوع في الوصية صراحة وضمناً ... بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها" / " رهن الموصي به لا يعد رجوعاً في الوصية "

<sup>2</sup> الدكتور جرادة لخضر، المرجع السابق، ص 230.

<sup>3</sup> الدكتور بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 33.

<sup>4</sup> المادة 201 من الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة.

<sup>5</sup> زبير خزانة ، نفاذ الوصية على العقار في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات ميل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، ص 33.

في الرد إلى ورثة طبقا للمادة 198 من قانون الأسرة الجزائري، والتي جاء فيها " إذا مات الموصى له قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الرد.<sup>1</sup> كما نشير إلى أن الوصية تبطل في حالة تعذر وجود الجهة الموصى لها، اللهم إلا إذا كانت الوصية لجهة غير موجودة، وستوجد في المستقبل.

### الفرع الثالث: قتل الموصي له

يعد القتل من مبطلات الوصية، فمن قتل أو تسبب في قتل الموصى فاعلا أصليا أو شريكا يحرم من الوصية. وذلك قياسا على أحكام الميراث وتطبيقا للقاعدة الفقهية التي تقول: "من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه."<sup>2</sup>

كما ذهب أصحاب المذهب الحنفي والحنبلي إلى أن الوصية للقاتل تبطل. نظرا لقوله صلى الله عليه وسلم لا وصية للقاتل .. أما أصحاب المذهب الشافعي فقد اعتبروا أن القتل لا يمنع من استحقاق الوصية، لأن الوصية تملك، فشابهت الهبة وخالفت الإرث. أما أصحاب المذهب المالكي فيرون أنه إذا كان القتل بعد الوصية فيمنعها، وإن كانت بعد الجرح ولم يقتل وحدثت الوصية قبل الموت فلا يؤثر القتل في هذه الحالة، بل تنفذ الوصية.<sup>3</sup>

وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 188 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها : " لا يستحق الوصية من قتل الموصى عمدا.<sup>4</sup>

كما نصت المادة 135 من قانون الأسرة الجزائري على أنه يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم:

1- قاتل المورث عمدا وعدوانا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا .

2- شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى حكم بالإعدام أو تنفيذه .

<sup>1</sup> المادة "198" من الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة.

<sup>2</sup> الدكتور بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص35

<sup>3</sup> زبير خزان، محمد العبد فنيك، المرجع السابق، ص 33-34.

<sup>4</sup> المادة (188) من الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة.

### 3- العالم بالقتل أو تدبيره، إذا لم يخبر السلطات المعنية.<sup>1</sup>

يُعدّ القتل العمدي العدوانى، الذي يتوافر فيه القصد الجنائي، السبب الحقيقي الوحيد الذي يُسقط حق الموصى له في الوصية.

أما فيما يخص القتل الخطأ، فإنه لا يعد مانعا من موانع إستحقاق الوصية بعد وفاة الموصى، وهذا ما يستفاد من مفهوم المخالفة لنص المادة 188 من قانون الأسرة الجزائري، حيث جعل المشرع القاتل الخطأ له الحق في الميراث دون الدية أو التعويض وبالتالي من باب أولى أن يكون له الحق في الوصية. إضافة إلى ذلك يشترط أن يكون القاتل بالغا، بحيث تكون له القدرة على التمييز بين الفعل المخالف للقانون، والفعل غير المخالف للقانون، فإن لم يكن بالغا عاقلا فلا يمنع فعله الوصية له.

### الفرع الرابع: هلاك الموصى به

تبطل الوصية إذا هلك الموصى به المعين بالذات أو بالنوع، سواء كان الوصية به كله أو بجزء شائع منه. فلو أوصى بمسكن أو بجزء شائع فيه كنصفه مثلاً، ثم هلك قبل قبول الموصى له بطلت الوصية سواء كان الهلاك قبل موت الموصى أو بعده، لقوات محل الوصية. ولو أوصى بكل مزرعته أو بسهم شائع فيها كثلثها، ثم هلكت المزرعة قبل قبوله بسبب غير موجب للضمان بطلت الوصية. وإذا كان هلاكها بسبب موجب لضمان لا تبطل الوصية الإنتقال حق الموصى له إلى البديل<sup>2</sup>. ويتضح من كل ذلك أنه إذا كان الهلاك قد حدث قبل تحقق القبول من الموصى له، فإن الوصية تكون باطلة بطلانا مطلقا، لاستحالة محل الإلتزام، وتطبيقا لذلك تبطل الوصية إذا كان الموصى به معيناً بالذات وهلك قبل صدور القبول من الموصى له، لقوات محل الوصية. لذلك يستحيل ثبوت أو بقاء حكم التصرف دون وجود محله.

يتبين مما تقدم أن هلاك العقار إذا كان صادرا بعد وفاة الموصى وقبل صدور القبول من الموصى له، فإن مصير الوصية البطلان لانعدام محلها، لأن المشرع علق نفاذها على قبولها من طرف الموصى له أو ورثته في حالة وفاة الموصى له قبل صدور القبول منه.<sup>3</sup>

في حال تمت الوصية وأصبحت نافذة المفعول، أي أنّ ملكية الموصى به قد انتقلت للموصى له بشكل قانوني، ثم تعرض الموصى به للتلف أو التغيير، فإنّ الوصية لا تلغى.

وذلك لأنّ الموصى به في هذه الحالة يُعدّ مالا من أموال الموصى له، وبالتالي فهو تحت ملكيته ومسؤوليته

<sup>1</sup> المادة (135) من الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة.

<sup>2</sup> زبير خزان، محمد العيد فنيك، المرجع السابق، ص 35.

<sup>3</sup> الدكتور جريدة لخضر، المرجع السابق، ص 232.

كما تكون الوصية باطلة في حالة ما إذا تمت بمال مملوك للغير، وذلك قياسا على قواعد بيع ملك الغير المنصوص عليها في القانون المدني<sup>1</sup>. وعلى ذلك تكون الوصية باطلة في حالة قيام الموصي بالإيحاء بشيء لا يملكه عند إنشائه للوصية، لأنه مال مملوك للغير على أساس أن القانون يعطي للموصي الحق في الإيحاء بالأموال التي تدخل في ملكه سواء كانت عينية أو منفعية، تطبيقا لما قضت به المادة 190 من قانون الأسرة الجزائري. وعليه إذا وصى الموصي بأموال لا تدخل في ملكيته كان الجزء الأصلي هو بطلان الوصية إلا في الحالات التالية:

**أولا:** إذا ثبتت ملكية الموصى به للموصى فيما بعد الإيحاء قياسا على ما جاءت به المادة 398 من قانون المدني الجزائري حيث نصت في فقرتها الثانية على أن وكذلك يعتبر البيع صحيحا في حق المشتري إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد البيع<sup>2</sup>.

بناءً على ذلك، إذا تمكن الموصى له من اكتساب الموصى به بعد كتابة الوصية، فإنّ الوصية لا تلغى، وذلك لأنّ المانع الذي حال دون انتقال ملكية الموصى له قد زال

**ثانيا:** حالة إقرار المالك الحقيقي لعقد الوصية. إذ لا مصلحة في بطلان الوصية مادام المالك قد أقر بذلك، هذا وإن بطلان الوصية في هذه الأحوال تكون نتيجة لإعدام محلها، إذ لا بقاء لوصية في شيء قد انعدم. سواء كان الهلاك بأفة طبيعية، أو بفعل فاعل<sup>3</sup>.

إن الهلاك يكون في الموصى به المعين، لأن من شروط الموصى به أن يكون معينا، فلا يتصور هلاك الموصى به إذا لم يكن معينا.

ومن جهة أخرى أن الإلتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني إذا كان محل الإلتزام شيئا معينا بالذات.

غير أن عدم هلاك الموصى به، وثبوت ملكيته للموصى، لا يكفي لانتقال الحق للموصى به إلى الموصى له. إذ أن هذا الأخير لا يستفيد من ملكية الموصى به إذا كان هناك سبب من الأسباب القانونية التي تكون عائقا في إنتقال الموصى به إلى ملكه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> بير خزان، محمد العيد فنيك، المرجع السابق، ص 35.

<sup>2</sup> زبير خزان، محمد العيد فنيك، نفس المرجع، ص 36.

<sup>3</sup> أشواق زهدور، المرجع السابق، ص 136.

<sup>4</sup> زبير خزان، محمد العيد فنيك، ص 37.

**الفرع الخامس: موت الموصى له**

تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي في الوصية بالأعيان، أو المنافع، سواء علم الموصي بموته أو لم يعلم، لأن التملك له لا لغيره، وبموته أصبح غير أهل للتمليك فلا يصح صرفه لغيره وكذلك إذا مات بعد موت الموصي.<sup>1</sup>

وقبل ابتداء مدة الانتفاع في الوصية بالمنفعة. وتعد وفاة الموصى له من مبطلات الوصية من حيث المبدأ، وقد نص المشرع الجزائري في المادة 201 من قانون الأسرة الجزائري<sup>2</sup> على أن تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي .

كما أن الوصية من عقود التبرع لشخص معين بالذات، ولا تلزم إلا بوفاة الموصي مصرا على وصيته وقبول الموصي له بعد وفاته.

<sup>1</sup> أشواق زهدور، المرجع السابق، ص 137.

<sup>2</sup> نصت لمادة 201 من الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة على ما يلي: "تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي، أو بردها."

## خلاصة الفصل:

تتعدد مفاهيم الوصية من عدة نواحي نذكر منها التعريف اللغوي الذي يقصد به إن الوصية مشتقة من الفعل وصى و التعريف الاصطلاحي الذي تحدد تعريفه من خلال اختلاف المذاهب منها المالكي و الشافعي إلى الحنبلي وصولاً إلى التعريف القانوني الذي جاء ممزوجاً بين قانون الأسرة و القانون المدني مع توضيح مشروعيتها من القرآن الكريم و السيرة النبوية العطرة لقوله تعالى: "كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ".

و من أنواع الوصية نذكر الوصية الواجبة التي عرفها البعض على أنها وصية قانونية توضع لحماية الاحفاد و ظم الورثة خلال فترة حياتهم و الوصية الاختيارية التي نظمها قانون الأسرة الجزائري في المواد 184-201 أما اركان الوصية فتتوافر فيها أربعة الصيغة الموصي الموصي له و الموصي به و من أجل سرية الوصية كان لا بد من طرق من أجل إثباتها و تكون إما عن طريق عقد توثيقي أو حكم قضائي و بهذا يمكن للفرد تنفيذها بصفة كاملة خالية من الشوائب و لكن إذا لم تتوافر فيها جميع هذه الآليات فإن الوصية تبطل بصفة نهائية

## الفصل الثاني

### الإجراءات الوقائية من التصرفات

### الملحقة بالوصية



تُعدّ الوصية من أهمّ التصرفات القانونية التي تُمكن الفرد من تنظيم مصيره بعد وفاته، وتوزيع أمواله وممتلكاته حسب رغبته. ولكن، قد يجد بعض الأشخاص صعوبةً في التعبير عن جميع رغباتهم من خلال الوصية، أو قد يواجهون قيودًا قانونيةً تمنعهم من تحقيق جميع أهدافهم، لذا، ظهرت التصرفات الملحقة بالوصية كحلّ بديلٍ أو تكميليةٍ للوصية، تُتيح للأفراد المزيد من المرونة في التخطيط لمستقبلهم بعد وفاتهم. تعتبر تصرفات المريض مرض الموت و التصرف لوأرث مع الاحتفاظ بالحيازة من التصرفات الملحقة بالوصية. و بالرغم من أن هذه التصرفات ليست وصية في و لكنها تأخذ أحكامها، حيث اعتبرها المشرع وصية مستترة قرر تقييدها عن طريق أسس من أجل فعاليات كبيرة لحماية الورثة. إذا وعلى ضوء ما تم توضيحه في هذا التمهيد فإننا سنتناول كل من هذه التصرفات في مبحث مستقل:

المبحث الأول: ذاتية التصرفات الملحقة بالوصية.

المبحث الثاني: الآليات الوقائية لحماية الورثة من هذه التصرفات.

## المبحث الأول

### ذاتية التصرفات الملحقة بالوصية

إن البحث في التصرفات القانونية وحرية المرء في التصرف في أمواله يحتاج إلى الكثير من التفصيل بل ويطول التفصيل فيه لما له من أهمية بالغة في مجال القانون، بل ويعتبر اللبنة الأساسية التي تبنى عليها المواد القانونية، وإنما قصدنا من خلال هذا المبحث التمهيدي أن يكون بمثابة الجسر الذي نعبر به للوصول إلى لب الموضوع الذي نبحث فيه وهو تصرف المريض مرض الموتو تصرف الحياة، لأن هذه التصرفات تحدث في وقت يبعث الشك والحيرة في نفوس الورثة المحتملين والدائنين، فقد يحدث أن يتصرف المورث المفترض بما يخالف القانون وما يتعارض مع قواعده القانونية وذلك لهوى في نفسه أو غرض في نيته، لذلك سوف نتناول أولاً ماهية التصرفات الملحقة بالوصية في مطلبين اثنين نوضح في أولهما تعريف مرض الموت وبيان شروط قيامه و كيفية إثباته و أهم أحكام هذا التصرف، و بنفس الطريقة نرتقي إلى المطلب الثاني فيما يخص الحياة و سنقسم فصلنا إلى (المطلب الأول) تعريف المريض مرض الموت وتبيان حكمه وفي (المطلب الثاني) تصرف الوارث مع الاحتفاظ بالحياة و أحكامه.

## المطلب الأول

### تعريف المريض مرض الموت

الارتباط مفهوم مرض الموت ارتباطاً وثيقاً بأحكام الشريعة الإسلامية، فقد اتجهنا إلى ناء المفهوم الفقهي لمرض الموت من ينابيع الفقه الإسلامي في مختلف المذاهب فلقد تعددت هذه المفاهيم من كل نواحي الفقه و هذا ما سنوضحه فيما يلي:

#### الفرع الأول: تعريف المريض مرض الموت فقهاً و قانوناً

##### أولاً: تعريفه في الفقه الإسلامي

##### أ- عند المالكية:

عرفه الإمام مالك بأنه "كل مرض أقعد صاحبه عن الدخول أو الخروج فإنه يحجر فيه عن مال احبه<sup>1</sup> لم يشترط في هذه الحالة لدى جمهور المالكية أن تكون وفاة المالك ناتجة عن مرض، بل اكتفوا بكثرة موته واعتقاد الناس باحتمالية وفاته.

<sup>1</sup> الدكتور جريدة لخضر المرجع السابق ص 53. بعارسية فتيحة مشري بلال تصرفات المريض مرض الموت في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في قانون الأسرة، جامعة المسيلة كلية الحقوق و العلوم السياسية 2021/09.2020، ص 9.

**ب- عند الحنفية**

اختلفت عبارات فقهاء الحنفية في تحديد مرض الموت الذي يحجر به، فذكر بعضهم أن المريض مرض الموت من لم يخرج لقضاء حوائج نفسه، ومنهم من حدده بأن يكون المريض صاحب فراش قد أضناه المرض، وفرقوا في ذلك بين المرأة والرجل فقالوا مرض الموت أن لا يقدر الرجل أن يذهب في قضاء حوائج نفسه خارج الدار، والمرأة لحاجتها داخل الدار.

وقد ذهب أبو الليث وهو من فقهاء الحنفية إلى عدم اشتراط أن يكون صاحب فراش في مرض الموت بل العبرة للغلبة.<sup>1</sup>

**ج- عند الشافعية**

ورد في عبارة الإمام الشافعي كل مرض كان الأغلب منه أن الموت مخوف منه هذا ما يفيد أنه يشترط في المرض أن يكون الموت منه غالباً.<sup>2</sup>

**د- عند الحنبلية**

عرف فقهاء الحنبلة مرض الموت بأنه كل ما يكثر حصول الموت منه، و الا يشترط أن يكون الهالك منه غالباً، بل الفرض أن يكون سبباً صالحاً للموت.

ولا يكاد الفقه يختلف حول تحديد معنى مرض الموت أو المقصود به، لكنه يختلف في بيان الشروط اللازمة للقول بوجوده.

فبعض الفقه يعرف مرض الموت تعريفاً يفهم من سياق حديثه عن حالة المريض حين يقول : ( ان المريض مرض الموت هو الذي يكون في حالة يغلب عليه فيها الهلاك لا محالة بسبب ما هو فيه وأن يتصل الموت به سواء أكان الموت بسببه أم نتيجة سبب آخر ».

والبعض يوجب فيقول: أن مرض الموت هو مرض يتصل به الموت مع غلبة الهلاك فيه.

وواضح من هذا التعريف أنه يشترط شرطان لا بد من توافرها معا حتى تكون بصدده ما يعرف بمرض الموت:

**1-** أن يكون المرض بحسب طبيعته من الأمراض التي يغلب على الظن فيها تحقق الهلاك لا

محالة، والفيصل في القول بذلك من عدمه هو الرجوع الى أهل الخبرة أي الاطباء الاختصاصيين.<sup>3</sup>

**2-** أن ينتهي المرض بالموت فعلاً ، ومفاد ذلك أنه اذا برىء المريض من أحد الأمراض ثم أصيب

بمرض ثان أعقبته الوفاة، وكان قد أبرم تصرفاً قانونياً أثناء مرضه الأول ، لم يكن ذلك التصرف مبرماً

<sup>1</sup> بعارسية فتيحة مشري بلال نفس المرجع، ص 9.

<sup>2</sup> الدكتور جرادة لخضر، المرجع السابق، ص 54.

<sup>3</sup> بعارسية فتيحة مشري بلال ، المرجع السابق، ص 9

أثناء مرض الموت ومن ثم لا يكون تصرفا ملحقا بالوصية ، فلا يسرى عليه حكمها ، هذا من جهة ومن جهة أخرى فان الموت اذا اتصل بالمرض كان التصرف الذي أبرم خلاله قد تم في مرض الموت حتى ليو نشأ الموت عن سبب آخر كالقتل أو الموت حرقا أو غرقا . وهكذا يمكن القول بعبارة وجيزة أنه اذا تخلف أحد الشرطين المتقدمين كانت تصرفات الشخص سليمة وسارية لان المرض لم يكن بمرض موت . ويسير مع الاتجاه السابق فريق آخر من فقهاء القانون المدني ويعرف مرض الموت أيضا تعريفا مستمدا من الشريعة الإسلامية اذ يرى فيه مرضا يغلب فيه الهلاك وتصل به الموت .

ومفاد هذا أيضا أن الشرطين المتقدمين لا بد من توافرها حسب هذا الرأي حتى تكون بصدد ما يعرف بمرض الموت . ولكن هناك من الفقهاء من يقترب من هذا التعريف ، ولكنه يضيف شرطا ثالثا الى الشرطين المتقدمين فحواه أنه يجب أن يقعد المرض المريض عن التماس مصالحه المألوفة وقضائها كما يقوم الاصحاء بها والواقع أن هذا الشرط لم يأت هباء ، لان هناك من فقهاء الشريعة الاسلامية من يذهب هذا المذهب مشترطا من بين ما يشترط . يقعد المرض المريض عن صلته ويحول بينه وبين المشي ، بحيث بي لازما فراشه فلا يقدر على قضاء حاجاته مثلما يفعل الاصحاء .

ولكن يلاحظ أن هذا المعيار اذا بق على بعض الأمراض كمن اعتراه السل فانه سيكون مرنا ، لان هذا المرض قد يستمر لبضع سنوات بل انه قد يستغرق باقي عمر الشخص وقد يطول ذلك ، لذا رأى الفقهاء وضع حد تقديري للفترة التي يمكن القول بأن المريض أثناءها في حالة مرض الموت ، فقول بأن العلة اذا امتدت عاما من غير أن تتبدل أو تتغير فان التصرفات بعد مضي هذا العام تعتبر كتصرفات الاصحاء فان تغير حالهم كان حكم تصرفاتهم كحكم المريض الغالب هلاكه ابتداء من وقت التغيير بشرط اتصال المرة ، « . وهذا قول أرى أنه أقرب الى تحقيق العدالة ، فاذا ما يء المريض من سقمه فان تصرفاته وقت فرض أو خشية الهلاك تعد تصرفات سارية كتصرفات الاصحاء .<sup>1</sup>

### ثانياً: تعريفه في القانون الجزائري

اقتصر المشرع في القانون المدني على بيان أحكام البيع في مرض الموت، دون أن يبين المقصود بهذا المرض، ونفس الشيء فعله في قانون الأسرة حيث ذكر الهبة في مرض الموت، وأشار إليه في الوقف في قانون الأسرة دون تعريف مرض الموت.

تنص المادة 776 في الفقرة الأولى منها من القانون المدني الجزائري على ما يلي : "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت و تسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية اليت تعطي إلى هذا التصرف".<sup>2</sup>

<sup>1</sup> زروق عبد الرؤوف ، حموش محمد المرجع السابق، ص 46.

<sup>2</sup> المادة 776 من القانون المدني.

من خلال هذا ينص القانون الجزائري على أن أي تصرف يقوم به الشخص في مرض الموت بهدف التوريث، بغض النظر عن المسمى الذي يطلق عليه، يعتبر وصية حتى لو اتخذ شكل عقد. مع ذلك، تخضع صحة مثل هذا التصرف للتقدير من قبل القاضي المختص.

فالظاهر من هذه المادة أن العبرة تكون بالقصد أي بالنية وليس بظاهر العقد أو شكله، على أن تخضع هذه المالية للسلطة التقديرية للقاضي الناظر في الموضوع.<sup>1</sup>

وعليه فالمشروع الجزائري لم يقدّم بتعريف مرض الموت، إلا أنه بينه من خلال التصرفات التي يقوم بها المريض مرض الموت كالبيع، الذي صرحنا به المادة (408) من القانون المدني الجزائري<sup>2</sup>، وكذا الهبة من خلال المادة (204) من نفس القانون.<sup>3</sup>

نص قرار المحكمة العليا المؤرخ في 09 جويلية 1984، الفاصل في الملف رقم 33719، و المنشور بالمجلة القضائية عدد 03 لسنة 1989، أن القضاء الجزائري ربط مرض الموت بشروط معينة، حتى تكون أمام مرض الموت المراد تعريفه مما سبق. وقد جاءت هذه الشروط في القرار المذكور أعلاه صريحة متمثلة في الأوصاف التالية:

أولاً: أن يكون المرض خطيراً.

ثانياً: أن يكون آخر الأمراض. أن يؤدي هذا المرض بالمريض إلى الموت.

فالمرض الخطير، هو ما يؤدي إلى الموت، وهو عكس المرض العادي الذي قالت عنه العلامة وهبة زحيلي: "الأمراض غير المخوفة كالجرب، ووجع العين والصداع اليسير، والحمى المؤقتة و يوماً أو يومين فهذا حكم صاحبه الصحيح لأنه لا يخاف منه في العادة".<sup>4</sup>

### الفرع الثاني: طرق إثبات مريض مرض الموت و شروط

عندما يقارب الإنسان حتفه يسيطر الهلاك على كيانه، ويصبح الموت حقيقة واقعة لا مفر منها. يدل مضطربة لدى المريض تدفعه إلى تصرفات غير عقلانية مدفوعاً بالضغط النفسية والمحيطية به. قد على ذلك انقطاع المريض عن ممارسة حياته الطبيعية واهتماماته تخلق هذه الظروف حالة نفسية تلحق هذه

<sup>1</sup> شيخ نسيم، المرجع السابق، ص 183.

<sup>2</sup> المادة 408 القانون المدني على مايلي: " إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزاً إلا إذا أقره باقي الورثة. أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلاً للإبطال"

<sup>3</sup> المادة 204 من القانون المدني على ما يلي: " : لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط غير ممكن، أو على شرط مخالف للأداب أو النظام العام، هذا إذا كان الشرط واقفاً أما إذا كان الشرط فاسخاً فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم غير أنه لا يقوم الالتزام الذي علق على شرط فاسخ مخالف للأداب أو النظام العام، إذا كان هذا الشرط هو السبب الموجب للالتزام."

<sup>4</sup> باشا سالوة، عشيو سعاد، المرجع السابق، ص24.

التصرفات الضرر بمن حوله، خاصة ذويه وأصحاب الأموال المرتبطين به فيجوز إثبات ذلك بكافة الطرق القانونية و لكن بعد تحقق من جميع شروطه و هذا ما سنوضحه في ما يلي:

**أولاً: شروط مرض الموت عند المريض**

**ثانياً: إثبات مرض الموت عند المريض**

**أولاً: شروط مرض الموت**

هناك شروط يجب توافرها لكي يكون المرض مرض موت وهي:

- ❖ أن يقعد المريض عن قضاء حوائجه
- ❖ أن يغلب في المرض خوف الموت (غلبة الهالك).
- ❖ أن ينتهي المرض بالموت فعال.
- ❖ أن يموت المريض قبل مرور سنة من إصابته بالمرض.

سنعرض هذه الشروط وفقاً للفروع الآتية بالتفصيل :

**أ- أن يقعد المريض عن قضاء حوائج:**

في حالة مرض الموت، يصبح الشخص عاجزاً عن إدارة شؤونه ورؤية مصالحه، كما كان يفعل في حالة الصحة، ويتم تحديد ذلك بناء على جنس العريض:

- إذا كان المريض رجلاً فإن عجزه عن رؤية مصالحه الخارجية، مثل إدارة أعماله وممتلكاته هو ما يحدد كونه في مرض الموت.
- إذا كانت المريضة امرأة فإن عجزه عن رؤية مصالحها الداخلية، مثل إدارة شؤون منزلها ورعاية أسرتها، هو ما يحدد كونه في مرض الموت.

قال صاحب المبسوط "إن الإنسان في العادة قلما يخلو من نوع من مرض في باطنه وال يجعل بذلك في حكم المريض، بل المريض إنما يفارق الصحيح، في أن الصحيح يكون في السوق و يقوم بحوائجه، و المريض يكون صاحب ف ارش في بيته وهذا لأنه مازال يمكن الوقوف على حقيقته يعتبر فيه السبب الظاهر، ويقام ذلك مقام المعني الخفي تيسيراً، و لأن الإنسان ال يخلو من الأمراض، فإذا قدر على رؤية مصالحة فال بعد عادة ذلك مرضاً، و ال يشترط أن يكون صاحب الفراش.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> رقام آية، علوي جيهان بيع المريض مرض الموت في قانون الأسرة مقارنة مع أحكام الشريعة الإسلامية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر، جامعة 8 ماي 1945 الجزائر 2021/2022، ص 16.

ويخرج عن نطاق تحقق هذا الشرط حالة ما إذا كان ال شخص قد وصل من الشيخوخة إذ قد يصل الإنسان إلى هذا المدى من العمل وال يكون به مرض و إن كان في حاجة إلى معاونة شخص ليقضي له مصالحه نتيجة ضعف ووهن صحته فالشيخوخة ليست مرض موت و إنما هي دور من الأدوار الطبيعية لحياة الإنسان أما مرض الموت فهو المرض الذي يعتريه الإنسان شيخا كان أم شابا و ينتهي بالموت.<sup>1</sup>

نستنتج مما سبق أنه لا يشترط في مرض الموت لزوم صاحبه الفراش على وجه الاستمرار والاستقرار بل يكفي أن يلازمه وقت اشتداد العلة به، كما ال يشترط فيه أن يؤثر على سلامة إدراك المريض أو ينقص من أهليته للتصرف، و من ثم فإن ذهاب المورث إلى المحكمة ، و إقراره بصحة توقيعه على العقود المطعون عليها ال يمتنع معه اعتبار مرضه مرض موت متى كان شديدا يغلب فيه الهالك و أنتهى فعال بموته.

توقف الشخص عن ممارسة بعض نشاطاته الرياضية أو الثقافية والاجتماعية بسبب المرض ال يعد توقفا عن العمل المعتاد طالما ظل يمارس مهنته و حرفته كالمعتاد.

### ثانياً: أن يغلب في المرض خوف الموت غلبة الهالك

إشترط فقهاء الشريعة الإسلامية و شارح القانون المدني الاعتبار المرض مرض موت أن يكون المرض مخوفاً، أي يغلب على الظن فيه الهالك عادة، سواء كان مرضا خطي ار ال يب أر منه في الغالب أحد، أو مرضا بسيطا مزمنًا يتزايد و يتطور يوما بعد يوم حتى تصبح حالة المريض سيئة يخشى عليه فيها الموت. أما الأمراض العادية، و التي ال تحل إلى هذا الحد من الخطورة و التي يشفى منها الإنسان غالبا ويصاب بها أكثر من مرة، فإنها ال تعتبر مرض موت كالصداع ، و نزلة البرد و السعال والرمد الربيعي و الحديدي... و ما شابه ذلك من الأمراض فإن المريض بها ال يعتبر مريض مرض موت و تصرفاته تكون تصرفات الأصحاء.<sup>2</sup>

وبعد في حكم مرض الموت الحالات التي يحيط الإنسان فيها خطر الموت و يغلب فيها و يعد في حكم مرض الموت الحالات التي يحيط الإنسان فيها خطر الموت و يغلب فيها الهالك و لو لم يكن مريضا، كما لو كان الإنسان في منطقة حرب أهلية طاحنة أو جنديا محاربا مع الجيش الذي يكون في حالة حرب مع العدو، أو كان في منطقة كوارث حدثت بها زلزال أو براكين أو انهيارات أرضية ضخمة جدا، كما يعد الإنسان في مرض الموت أو أشرف على الحرق بأن حاصرته النيران ، فكل هذه الظروف التي يحيط فيها بالإنسان خطر الموت.

<sup>1</sup> رقام آية، علوي جيهان، المرجع السابق، ص17.

<sup>2</sup> رقام آية، علوي جيهان، نفس المرجع، ص 18.

**ثالثاً: أن ينتهي المرض بالموت فعال**

وهو شرط أساسي وإل يكفي أن يصيب المرض شخص يقعه عن عمله ويصيبه بخوف الموت فحسب بل البد أن يتصل المرض بالموت، وإذا أصيب شخص بمرض أقعده وخاف الموت لكنه شفي ال يعتبر مرض موت، ويقع تصرفه صحيحاً. إن الأمراض قد تطول عدة سنوات في الإنسان ثم تنتهي بالموت، وهو ما يحصل في الأمراض المزمنة والقاعدة في معالجة مثل تلك الحالات أن المرض هنا ال يعتبر مرض موت إذا طال دون أن يشتد المرض بحيث يطمئن المريض بأن المرض قد وقف سيره لم يعد منه خطر، ولو كان قد أقعده المرض ما دام لم يعد يغلب فيه خطر الموت الحال. وكذلك إذا مرض الشخص انتهى بموته دون أن يكون ذلك المرض مما يغلب فيه الهالك، كالإنفلونزا از البسيطة والروماتيزم العادي وأم ارض الأسنان والعيون، والخ والجروح الخفيفة .... فإن مرضه ال يعد مرض موت، ويكون حكم ما أبرمه من تصرفات أثناء هذا المرض حكم التصرفات المبرمة حال الصحة. خلال السنوات الأخيرة تقشي مرض كوفيد 19 الذي أحدث أزمة عالمية وحصد المائين من الوفيات حول العالم نظراً لخطورته، والتي أكدتها التقارير الطبية والذي يؤدي للوفاة ال محالة.

**ثانياً: إثبات مرض الموت .**

قال الدكتور السنهوري " ومرض الموت بالشروط متقدمة الذكر واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق ، ومنها البيئة والقرائن، وأكثر ما يثبت بالشهادات الطبية الدالة على حالة المريض في أواخر الأخيرة، وعلى الورثة اللذين يطعنون بتصرف مورثهم بأنه صدر في مرض الموت يقع عباء إثبات المرض، ولما كانوا يعتبرون خلفاً لمورثهم وليسوا في ار من حيث ثبوت التاريخ، فأن تاريخ التصرف العرفي يكون حجة عليهم كما هو حجة على مورثهم، فإذا كان التصرف مؤرخاً تاريخاً عرفياً في وقد ثبت أن المورث لم يكن فيه مريضاً، كان هذا التاريخ العرفي حجة عليهم، ولكن لهم أن يثبتوا أن هذا التاريخ قد قدم عمدا الخفاء أن التصرف قد صدر في مرض الموت، وأن التاريخ الذي صدر فيه التصرف متاخ ار عن التاريخ السوري المذكور في التصرف، ويقع في وقت كان فيه المورث في مرض موته، فإذا أثبتوا ذلك ولهم أن يثبتوا بجميع طرق الإثبات أنهم يثبتون غشا وواقعة مادية أصبحوا من الغير من حيث سريان التصرف، ولم يعد التصرف الصادر من المورث يسري في حقهم إلا في حدود " .<sup>1</sup>

كما أن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي بان المريض وقبل موته كان مريض موت وهذا ما أكدته الفقرة الثانية من المادة 776 من القانون المدني الجزائري و التي نصت على: "... وعلى ورثة المتصرف

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني العقود التي تقع على الملكية والمقايضة)، دار إحياء التراث

العربي بيروت، لبنان الجزء 4، ص 321-322.



أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت و لهم إثبات ذلك بجميع الطرق، وال يحتج الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً.<sup>1</sup> وعليه سنقوم بمعالجة إثبات مرض الموت في الفقه الإسلامي و في التشريع الجزائري، مخصصين لهذا الإثبات في الفقه الإسلامي و في التشريع الجزائري.

### أولاً: طرق الإثبات في الفقه الإسلامي

إذا تحققت الشروط السالفة ذكرها بمريض مرض الموت، اعتبر مرض الموت واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات منها البيئية والقرائن و أكثر ما يثبت ذلك بالبيينة الشخصية) أي الشهود (الدالة على حالة المريض في أواخر أيامه، وبتقص حياة المريض في أيامه الأخيرة، و إذا طعن الورثة في تصرفات مورثهم بدعوى صدورها عنه في مرض موته كأن ادعوا أنه وهب أحد دائنيه أو ورثتهم ماله أو ابرأ ذمته من مال له عليه، أو أقر له بمال معين و هو مريض وما أشبه ذلك، و لم يجزوها و ادعى الشخص المتصرف له أن هذه التصرفات وقعت من مورثهم في صحته فإنه ينبغي التفريق هنا بين ما إذا خلت دعوى كل من الطرفين من البيئية و بين ما إذا اقتترنت بالبيئية و بين دعوى أحدهما بالبيئية دون الأخرى كما يلي:<sup>2</sup>

#### 1- إذا خلت د كل منهما من البيئية:

وقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين: أحدهما للحنفية والحنبلية و هو أن القول قول مدعي صدورها في المرض، لأن حالاً المرض أدنى من حال الصحة، فما لم يتيقن حال الصحة يحمل على الأدنى، ولأن هذه التصرفات من الصفات العارضة، فهي حادثة و الحادث يضاف إلى أقرب وقت من الحكم الذي يترتب عليه، و الأقرب هنا المرض المتأخر زمانه عن زمان الصحة، فكان القول قول من يدعي حدوثها في المرض، إذ هو الأصل ، و لو أراد مدعي الصحة استحلاف مدعي المرض لكان له ذلك.<sup>3</sup>

ترى المذاهب الشافعية والزيدية، بالإضافة إلى بعض الحنفية، أن تصرفات الشخص قبل وفاته تعتبر صادرة في صحة العقل، ما لم يثبت العكس. فعلى من يدعي صدور تصرف ما في مرض الموت عبء الإثبات، أي يقع على عاتق الورثة أو الدائنين.

<sup>1</sup> المادة 776 من القانون المدني الجزائري.

<sup>2</sup> عائشة محمد إسماعيل الأمين إثبات تصرفات المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، المجلة القانونية، الخرطوم 2021، ص 1158.

<sup>3</sup> رقام أية علوي جيهان، المرجع السابق، ص 22.

## 1- إذا اقترنت كل منهما بالبنية:

ذهب الحنفية إلى أنه ترجح بينة وقوعها في حال الصحة على بيئة وقوعها في المرض إذ أن الأصل لديهم في الأدلة أن الأصل اعتبار حال المرض، أي افتراض أن سبب الوفاة هو المرض، و المرض حادث والأصل إضافة الحادث إلى أقرب وقت من الحكم الذي يترتب عليه و هذا تعليل الرأي عندهم، والأقرب إلى الصواب هو المرض المتأخر زمانه عن الصحة، فلهذا كانت البيئة الراجحة بيئة من يدعي حدوثها في زمن الصحة، إذ البيئات شرعت في إثبات خلاف الأصل. ومن هنا قالوا إذا: " أقر لوارثه ثم مات اختلف المقر له مع الورثة فقال: كان في الصحة و صح الورثة قالوا كان في العرض فالقول الورثة، وان برهنا بينة المقر له الأولى لم يكن بيئة، فله أن يحلف الورثة"<sup>1</sup>.

وقد بين بعض الفقهاء بالقول: " ادعت امرأة أن زوجها طلقها في مرض موته ومات، وهي في العدة ولها الميراث، وأدعى الورثة أن الطلاق كان في الصحة، فالقول لها، وإن برهنا وقتا واحدا، فبيئة الورثة على طلقها هي الصحة الأولى. " أما مجلة الحكام العدلية تنص على أنه ترجح بيئة الصحة على بيئة المرض، مثلاً: إذا وهب أحد مالا لأحد ورثته ثم مات وادعى باقي الورثة أنه وهبه في مرض موته وادعى الموهوب له أنه وهبه في حال صحته، ترجح بيئة الموهوب له"<sup>2</sup>.

وجاء في المادة 2306 من مجلة الأحكام الشرعية: " الأصل عدم المرض فلو اختلف الموهوب له مع ورثة الواهب في مرضه حين الهبة، فالقول قول من يدعي صحته. وكذلك كانت الهبة في وقت معلوم واختلف في مرضه، فالقول للمدعى صحته"<sup>3</sup>.

كما نصت المادة 2307 من ذات المجلة على أنه " الأصل في المرض عدم الخوف، فلو وهب المريض ثم اختلف ورثته مع الموهوب له هل المرض مخوف أو لا، فالقول قول الموهوب له"<sup>4</sup>.

## ثانياً : طرق الإثبات في التشريع الجزائري

أما بالنسبة للقانون فقد كفل لكل الأطراف الحق في الإثبات بكل طرق الإثبات المتاحة سواء بالكتابة الفقرة الأولى من المادة (324) مكرر (6) من القانون المدني الجزائري<sup>5</sup>، أو بشهادة الشهود في المادتين

<sup>1</sup> عائشة محمد إسماعيل الأمين المرجع السابق، ص 1109.

<sup>2</sup> رقام آية، علوي جيهان، المرجع السابق، ص 23.

<sup>3</sup> أحمد بن عبد الله القاري، مجلة أحكام الشرعية، مطبوعة النهامة، الطبعة الثالثة، 2005، ص 659.

<sup>4</sup> أحمد بن عبد الله المقاري نفس المرجع، ص 659.

<sup>5</sup> اوضحت المادة 324 مكرر 6 في نصها الصريح ما يلي: يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم وذوي الشأن. غير أنه في حالة شكوى بسبب تزوير في الأصل، يوقف تنفيذ العقد محل الاحتجاج بتوجيه الاتهام، وعند رفع دعوى فرعية بالتزوير، يمكن للمحاكم، حسب الظروف ايقاف تنفيذ العقد مؤقتا.

(335) (336) قانون مدني<sup>1</sup> ، كما نص على الإثبات بالقرينة في المادة (337)<sup>2</sup> والإثبات بالإقرار في المادة (341) والمادة (1/342) من القانون المدني<sup>3</sup> غير أننا نجد أن أهم طريقة لإثبات مرض الموت بأن نرجع إلى أهل الخبرة من الأطباء لأنها مسألة فنية لا يستطيع أيا كان أن يفصل فيها، كما أنه لا يمكن بناء حكم عليها إذا كانت صادرة من غير مختص في المجال الطبي.

أكدت المحكمة العليا في أحكامها على ضرورة إثبات قيام مرض الموت "بشكل قاطع، وذلك عند الطعن في صحة تصرفات الشخص المريض خلال تلك الفترة. وتشمل طرق الإثبات كافة الوسائل القانونية المتاحة، مع ترك سلطة التقدير النهائي للمحكمة في تحديد ما إذا كان المرض يعد مرض موت أم لا<sup>4</sup>.

إن إثبات مرض الموت يقع على عاتق المدعي بأن التصرف قد حدث في مرض الموت للمطالبة بإبطال تصرف المريض الذي توفي جراء هذا المرض وعليه الاستشهاد بخبرة الأطباء وشهاداتهم، خاصة إذا كانوا قد عالجوا المريض قبل وفاته.

## المطلب الثاني

### الأحكام الخاصة لبعض التصرفات في مرض الموت

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

#### الفرع الأول: البيع في مرض الموت

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

<sup>1</sup> أقرت المواد 336/335 من القانون المدني الجزائري في فحواها على ما يلي: 335: "يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريبا الاحتمال ثبوت بالكتابة./336: "يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما كان يجب إثباته بالكتابة : إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي - إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته".

<sup>2</sup> أنظر إلى المادة 337 من القانون المدني الجزائري.

<sup>3</sup> نصت المواد 341/342 الفقرة I في مضمونها على التالي: 341: "الاقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه ذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة./342ف1: "ولا يتجزأ الاقرار على صاحبه الا إذا قام على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى.

<sup>4</sup> مزقيش بومدين، المرجع السابق، ص43.

الورثة، أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه و من أجل ذلك يكون قابلاً للإبطال <sup>1</sup>.

فهذا الحكم ينطبق على البيع فقط، وتطبيقاً للقواعد السالفة الذكر فإن تطبيق هذا الحكم يقتضي أن يثبت أولاً من صدر له التصرف عكس القرينة التي نصت عليها المادة 3/776 من القانون المدني بأن يثبت أن التصرف رغم صدوره في مرض الموت كان مقابل و ليس تبرعاً <sup>2</sup>.  
غير أن المشرع الجزائري على خلاف بعض التشريعات الأخرى لم يبين هل أن البيع تم دون ثمن أصلاً أو بأقل من قيمة المبيع أو إذا كان فيه محاباة تجاوز ثلث التركة .  
فبالرجوع إلى القواعد العامة، إذا تم البيع دون ثمن أصلاً أو تم مقابل ثمن بخس يصل إلى حد التفاهة لم يأخذ التصرف حكم البيع لمخالفته المادة 351 من القانون المدني حيث يعتبر ركن الثمن منعداً و بالتالي يبطل عقد البيع <sup>3</sup>.

ومن ثم تسري على التصرف أحكام المادة 776 من القانون المدني لاعتباره تصرفاً تبرعياً. و فيما عدا هذه الحالة إذا كان البيع بأقل من القيمة الحقيقية للمبيع، فإن بعض التشريعات كالقانون المصري إعتبرت البيع سارياً في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تجاوز ثلث التركة بما فيها البيع ذاته، أما إذا جاوزته فإن البيع فيما يجاوز الثلث لا يسري في حق الورثة إلا إذا أقره أو رد المشتري للتركة ما بقي بتكملة الثلثين <sup>4</sup>

على خلاف ما هو متعارف عليه في بعض القوانين، لم ينص القانون الجزائري على حكمٍ مُخصصٍ لمعاملة التصرفات المُبرمة في حالة المرض، ولم يُفرّق بينها بناءً على قيمة البيع الحقيقية وقيمة البيع المُسجّلة.

وإنما خضعت هذه التصرفات لأحكام المادة 408 من القانون المدني، والتي سنشرح تفاصيلها لاحقاً. يعود سبب ذلك إلى اعتبار القانون أن مثل هذه التصرفات تُمثّل بيعاً، حيث خصّ المشرع البيع في مرض الموت بأحكامٍ خاصةٍ، وذلك لوجود احتمالٍ عالٍ لوجود شبهة تحايلٍ في تحديد الثمن، خاصةً إذا كان المشتري أحد الورثة.

<sup>1</sup> المادة 408 من القانون المدني.

<sup>2</sup> تنص المادة 776 البقرة 3 على ما يلي: " إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت إعتبر

التصرف صادراً على سبيل التبرع مالم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك..

<sup>3</sup> توضح المادة 351 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: « البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي.

<sup>4</sup> عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، المجلد التاسع، ص 224.

زرورق عبد الرؤوف، حموش محمد، المرجع السابق، ص 48.

ونتيجة لذلك، خصص القانون أحكاماً محددةً لمعاملة بيع المريض تختلف عما ورد بقريئة المادة 776 من القانون المدني، و فرق بين البيع لوارث و البيع لغير وارث، كما أنه أورد بالمادة 409 منه إستثناء على الحالتين السابقتين يتعلق بحماية الغير حسن النية .

### أولاً: البيع في مرض الموت لوارث

وفقاً للفقرة الأولى من المادة 408 من القانون المدني، فإنّ بيع شخصٍ لأحد ورثته شيئاً من أمواله في مرض الموت لا يصبح نافذاً إلاّ بموافقة باقي الورثة.

والمقصود بمصطلح "لا يكون ناجزاً" في المادة هو أنّ البيع صحيحٌ ولا يُعتبر باطلاً، لكنّه غير قابل للتنفيذ إلاّ بعد موافقة الورثة، ففي حال موافقة الورثة، يصبح البيع نافذاً في حقهم من تاريخ إبرامه. أمّا في حال رفضهم، فلا يصبح البيع نافذاً في حقهم، ويُعتبر الشيء المبّيع جزءاً من تركة المورث.

وإذا وافق بعض الورثة على البيع ولم يقره آخرون، فإنه ينفذ على من أقره بنسبة حصصهم في الميراث، ولا ينفذ على الباقين. والملاحظ هنا أن المشرع طبق أحكام الوصية على البيع لوارث يحتضر، فجعل نفاذ التصرف متوقفاً على قبول بقية الورثة، أي أنه أرفق البيع بأحكام الوصية بطريقة غير مباشرة. ونقصد بالورثة من ثبتت أهليتهم عند وفاة الموصي المريض، ولو لم يكونوا ورثة وقت البيع. أما من كان وارثاً وقت البيع ولم يصبح وارثاً وقت وفاة الموصي، فليس له أن يقرر التصرف فيه أم لا.

وعلى ذلك يكون الوارث الذي لم تكن له هذه الصفة وقت البيع. وقد تم البيع له وقت وفاته. وله حق الاعتراض وعدم قبول نفاذ البيع في حدود حصته. ولا يصح إقرار الورثة أو امتناعهم عن التصرف فيه إلا إذا صدر بعد وفاة المتوفى. الإقرار قبل الوفاة لا يصح، كما لو كان مسجلاً في نفس الوثيقة التي تثبت تصرف الوارث، لأن حالة الوارث وحقه في الميراث لا تثبت إلا بعد وفاة المتوفى.

يشترط لصحة الإقرار نفس الشروط المطلوبة لأي عمل تطوعي آخر. يجب أن يكون الوريث المعترف بالغا عاقلاً وليس تحت الوصاية القانونية، مع احتمال بطلان إقراره تماماً. كما يجب أن يكون الإقرار صريحاً، حيث أن الصمت أو أي سلوك آخر لا يعد دليلاً كافياً على إقرار البيع الصادر أثناء مرض الموت. تجدر الإشارة إلى أن المشرع أصاب عندما استعمل في الفقرة الأولى مصطلح "إقرار" وليس "إجازة"، لأن الإجازة تلحق التصرف القابل للإبطال وتصدر من أحد أطراف التصرف ولا تلحقه إذا كان باطلاً بطلاناً مطلقاً.<sup>1</sup>

وقد أورد الدكتور علي سليمان جملة من الإنتقادات للفقرة الأولى من المادة 408 من القانون المدني، منها أن النسخة الفرنسية جاءت بشرط لم يرد في النص العربي فاشتترطت أن يتم البيع في حالة اشتداد حدة المرض و في صدد هذا الإنتقاد فقد أوضح و أقر بالتالي في قوله: "أخطأت النسختان العربية والفرنسية في بيع مرض الموت ، فنصت الفقرة الأولى من المادة 408 على أنه اذا كان البيع لوارث فانه

<sup>1</sup> زروق عبد الرؤوف، حموش محمد، المرجع السابق، ص 50.

لا ينفذ 133 في حق الورثة الآخرين إلا إذا أقره ، ثم أضافت الفقرة الثانية «أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فانه يعتبر غير مصدق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال».

"وألاحظ أولاً على هذا النص أن النسخة الفرنسية أنت فيه بشرط لم يرد في النص العربي فاشتترطت أن يتم البيع في فترة حدة المرض واشتداده ."

في حين أن فقهاء الشريعة الإسلامية التي هي مصدر حكم تصرفات المريض مرض الموت لم يشترطوا هذا الشرط بل اختلفوا حول المدة التي يعتبر التصرف خلالها صادرا في مرض الموت فقط و من بين هذه الإنتقادات التفرقة بين البيع لوارث وجعله معلقا على إقرار بقية الورثة و البيع لأجنبي وجعله قابلا للإبطال<sup>1</sup> .

### ثانيا: البيع في مرض الموت لغير وارث

وتعتبر الفقرة الثانية من المادة 408 من القانون المدني أن البيع لغير الوارث في حالة الوفاة غير مقبول، ولهذا فهو قابل للإبطال. والملاحظ في هذا النص أنه يتسم بالغموض والغموض، ومن أسباب ذلك الاختلاف بين النص العربي والنسخة الفرنسية في أساس العقوبة. فالنص العربي يعتبر الصفقة غير مقبولة وبالتالي قابلة للإبطال، بينما النسخة الفرنسية تقول: ويفترض أن البيع تم دون موافقة صحيحة، فهو بحسب النص العربي مبطل.

القابلية للإبطال هو أن البيع غير مصادق عليه، وهذا مصطلح غريب على أحكام القانون المدني<sup>2</sup>، أما النص الفرنسي فيرى أن الأساس هو عيب الشاب الرضا، مع أنه من المقرر قانونا أن يكون الفسخ إما بسبب الإهمال أو الخطأ أو الإكراه أو الخداع أو الاستغلال، وهو ما ليس كذلك في الحالة. لمريض مصاب بمرض عضال، إذ أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن تصرفات المريض غير مشروعة. ويشوبها خلل في رضاه، ولكن العيب فيها أنها تمس بحقوق الورثة التي تتعلق بثلاثي التركة.

ومن بين الإنتقادات الموجهة للفقرة الثانية للمادة 408 من القانون المدني أنها تعتبر التصرف لغير وارث قابلا للإبطال ، و هذا ما يتعارض مع نص المادة 185 من قانون الأسرة التي تنص : تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث توقف على إجازة الورثة" و التي جاءت وفقا لمبادئ الشريعة الإسلامية السابق الإشارة إليها في الفصل الأول ، حيث كان من الأجدر أن يعتبر المشرع البيع لأجنبي وصية أيضا ، و يعلق نفاذها على إقرار الورثة فيما يجاوز الثلث<sup>3</sup> .

إضافة إلى ذلك إذا اعتبرنا أن البيع هنا قابل للإبطال ، بالرجوع إلى الأحكام العامة للقانون المدني فإن طلب الإبطال يكون لصالح من شاب رضاه عيب من عيوب الرضا، فإذا سلمنا بأن رضا المريض

<sup>1</sup> زهدور محمد، نفس المرجع، ص 133/134.

<sup>2</sup> زروق عبد الرؤوف، حموش محمد، ص 52.

<sup>3</sup> زهدور محمد، المرجع السابق، ص 134.

مرض الموت مشوب بعيب من العيوب حسب الفقرة الثانية فيكون له وحده الحق في طلب الإبطال، وهنا فإن المريض قد مات و بما أن الورثة يعتبرون من الغير بالنسبة لتصرفات مورثهم المريض مرض الموت ولا تنفذ في حقهم، فإن من غير الممكن القول بأن حق طلب الإبطال انتقل إليهم من المورث باعتبارهم خلفا عاما له؛ فهم لا يعتبرون خلفا عاما بالنسبة لتصرفاته في مرض الموت .

و فضلا عن ذلك فإن المذهب المالكي يعتبر الوصية لازمة نهائيا بعد موت الموصي بحيث لا يجوز لأحد إبطالها أو تعديلها، فقد جاء عن الإمام مالك - رضي الله عنه - أنه قال : "إذا مات الموصي لزمّت الوصية، وليس لغيره أن يغير شيئا من ذلك و لا يبطله ولا يبدله بغيره " .

وكذلك إذا افترضنا أن موافقة المريض كانت باطلة، فإن موافقته فيها نفس العيب عند البيع لأحد الورثة، وبناء على كل ما سبق، لا مجال للحديث عن إمكانية البطلان. بل الأصح هو هل يكون التعامل واجب التنفيذ أم لا، خاصة أن الإبطال لا يكون إلا بحكم من القضاء، بينما التنفيذ أو عدم التنفيذ لا يحتاج إلى حكم قضائي إلا إذا وقع نزاع على مقدار الثلث. التي قد يوصى بها.

يظهر في الأخير أن نص المادة 408/2 من القانون المدني قد خالف ما أجمع عليه فقهاء الشريعة الإسلامية من أن للشخص حرية التصرف بالوصية في ثلث أمواله دون أن يتوقف تصرفه في الثلث على إجازة الورثة.<sup>1</sup>

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

قد يقوم المشتري من المريض مرض الموت ببيع العين المبيعة إلى آخر أو بترتيب حق عيني آخر عليها بمقابل لصالح الغير كالرهن أو الانتفاع أو الارتفاق، فباستعمال الورثة المتضررين من البيع في مرض الموت حقهم المبين في المادة 408 من القانون المدني يتهدد مركز الغير و يمكن أن يلحق به بالغ الضرر،<sup>2</sup> و من ثم يمس ذلك باستقرار التعامل و عليه فإن العدالة استلزمت حماية هذا الغير من الضرر الذي يصيبه من ذلك؛ فجاء المشرع بالمادة 409 من نفس القانون و التي تنص على ما يلي: " لا تسري أحكام المادة 408 على الغير الحسن النية إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع"<sup>3</sup>. وعليه فإن هذه المادة تلزم توافر شرطين أساسيين هما:

**الشرط الأول:** حتى يستفيد الغير من الحماية المقررة بهذه المادة يجب أن يكون اكتسابه لملكية المبيع

أو للحق العيني عليه بعوض ، و إلا كان الورثة أولى بالحماية إذا انتقل الحق إليه تبرعا، بحيث يجوز للورثة أن يتبعوا العين في يد المتبرع له، وأن يستوفوا منها حقهم غير مثقل بالحق الذي كسبه الغير

<sup>1</sup> زروق عبد الرؤوف، المرجع السابق، ص 53.

<sup>2</sup> أنظر المادة 408 من القانون المدني الجزائري السابقة للذكر.

<sup>3</sup> المادة 409 من القانون المدني الجزائري.



عليها، وذلك ما لم تكن العين منقولا و حازه .المتبرع له بحسن نية ، إذ يصبح مالكا بمقتضى الحياة في هذه الحالة .

وإذا كان المبيع عقارا فحتى يستفيد الغير من أحكام المادة 409 من القانون المدني يجب أن يكون التصرف الذي اكتسب به الحق العيني على العقار في سند رسمي مشهر المشتري و عليه لا يكون لها فورته البائع يعتبرون من الغير بالنسبة للتصرفات التي يبرمها أثر بالنسبة لهم إلا من تاريخ شهرها في مجموعة البطاقات العقارية<sup>1</sup>.

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

أما إذا كان هذا الغير سيء النية بأن أخبره الورثة قبل أن يقدم على ذلك بعدم إجازتهم ل تصرف مورثهم الذي تم في مرض موته، فلا يجوز له عندئذ الاستفادة من هذه الحماية، و يجوز للورثة تتبع العين تحت يده أو استرجاع العين غير متقلة بالحق العيني الذي كسبه عليها. و عليه إذا توافر الشرطان سالفا الذكر فإن الغير يحتفظ بحقه الذي كسبه على العين المبيعة، فإن كان قد تلقى الملكية عن المشتري فلا يجوز نزعها منه، و إن كان قد ترتب له حق عيني آخر على المبيع فإن هذا الأخير يعود إلى التركة متقلا بحق الغير كالإنتفاع أو الإرتفاق أو الرهن مثلا، و هذا بعد استعمال الورثة الحق الوارد في المادة 408 من القانون المدني<sup>2</sup>.

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

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

#### أولا: الهبة في مرض الموت

تنص المادة 202 من قانون الأسرة أن : "الهبة تملك بلا عوض ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> زروق عبد الرؤوف، حموش محمد، المرجع السابق، ص 54.

<sup>2</sup> زروق عبد الرؤوف، حموش محمد، نفس المرجع، ص 54.

<sup>3</sup> أنظر المادة 202 من قانون الأسرة.



وبذلك فإن الهبة بوصفها تمليكاً بلا عوض كانت من أشد التبرعات الضارة بالمتصرف ضرراً محضاً، لذا أحاطها المشرع بضوابط هامة، لا سيما تلك المتعلقة بأهلية المتبرع، فإذا كان الواهب أهلاً للتبرع من غير المرض جاز له أن يهب شرعاً و قانوناً كل ماله لمن يشاء وارثاً كان أم أجنبياً طبقاً للمادة 205 من قانون الأسرة.<sup>1</sup>

إلا أن حرية الشخص في الهبة تنقيداً إبتداءً من مرض الموت، و يحق لصاحب المصلحة الطعن فيها بعد الوفاة، وذلك طبقاً للمادة 204 من قانون الأسرة التي تنص على أن: "الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية".<sup>2</sup>

وكذلك في المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني و المواد 15:16 من الأمر 75-74 المؤرخ في 12/11/1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري إضافة إلى نص المادة 776 من القانون المدني التي تنطبق على الهبة أيضاً .

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.

وعليه 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 و المتعلقة بالهبة في مرض الموت والتي اعتبرت هذه الأخيرة وصية منها القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث بتاريخ 16/03/1999 والقرار الصادر عن نفس الغرفة 21/02/2001 بتاريخ و أكدت المحكمة العليا على أن القضاء بإبطال الهبة في مرض الموت دون مراعاة المبدأ القانوني الذي يعتبرها وصية ويستفيد منها الموهوب له في حدود ما يسمح بذلك موضوع الوصية بعد مخالفة للقانون.<sup>3</sup>

وأكثر من ذلك فقد ذهبت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 13/03/1998 إلى اعتبار الهبة وصية إستناداً إلى قرينة يستخلص من خلالها إضافة الهبة إلى ما بعد الموت حيث جاء فيه: "... و من المقرر قانوناً أن الهبة تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية . ومتى تبين - في قضية الحال - أن الهبة موضوع النزاع أقامها المرحوم لزوجته ذاكراً بأنه في حالة ما إذا وجد بعد وفاته ورثة آخرون وشرعيون

<sup>1</sup> أنظر المادة 205 من قانون الأسرة الجزائري

<sup>2</sup> أنظر المادة 204 من القانون المدني الجزائري.

<sup>3</sup> أنظر إلى قرارات المحكمة العليا سنة 2001/1999.

تحدد الهبة حسب القانون و هو ما يجعلها في شكل وصية مضافة إلى ما بعد الموت في حين أن الشريعة الإسلامية لا تسمح بالوصية للوارث... " مؤسسة قرارها على أحكام الشريعة الإسلامية.

### ثانيا: الوقف في مرض الموت

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

ينقسم الوقف إلى وقف عام و وقف خاص و قد نص هذا القانون بالمادة 32 منه على حق الدائنين طلب إبطال الوقف في مرض الموت إذا كان الدين يستغرق جميع أمواله و لكنه لم يتضمن أي حكم يتعلق بالورثة، لكن بالرجوع إلى قانون الأسرة فقد نصت المادة 215 على تطبيق المادة 205 منه على الوقف والتي تنص على اعتبار الهبة في مرض الموت و الأمراض والحالات المخيفة وصية<sup>1</sup> و عليه فإن الوقف في مرض الموت يأخذ حكم الهبة في مرض الموت و تسري عليه ما أخذ به جمهور الفقهاء، وهو ما قضت به المحكمة العليا أحكام الوصية و هذا ما يطابق في قرار لها : " حيث أن المادتين 215 و 204 من قانون الأسرة تنص على بطلان الحبس في مرض الموت و الحالات المخيفة " و حماية للورثة من تصرفات مورثهم الماسة بحقوقهم فإن المحكمة العليا اعتبرت في عدة قرارات لها أن عقد الحبس الذي يحرر بسوء نية بقصد حرمان أحد الورثة من الميراث يعد باطلا بغض النظر عن وقوعه في مرض الموت من عدمه<sup>2</sup>

إضافة إلى ذلك فإن الوقف الخاص يشترط فيه إكتساب الموقوف عليه الإنتفاع أثناء حياة الواقف، فالواقف على النفس ثم الورثة يأخذ حكم الوصية حيث يقول خليل أن الوقف باطل إذا لم تتم حياة الموقوف عليه قبل إفلاس أو موت الواقف أو قبل مرض الموت ، وعليه إذا ظل الواقف ينتفع بالعين الموقوفة إلى حين وفاته فلا يمكن أن ينفذ الوقف الخاص إلا على أساس أنه وصية طبقا لقرينة المادة 777 من القانون المدني، وما يؤكد ذلك هو أن المواد التي كانت تنظم الوقف الخاص ألغيت بموجب القانون 02-10 السابق الذكر وأحالت المادة الأولى معدلة على الأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول

<sup>1</sup> أنظر إلى المواد 215 و 205 من قانون الأسرة الجزائري.

<sup>2</sup> محمودي عبد العزيز، المرجع السابق، ص 85.

بها، فيفهم من ذلك أن الوقف الخاص يخضع للأحكام المطبقة على الهبة والوصية حسب الحالة التي يقررها الواقف في العقد.<sup>1</sup>

### ثالثاً: الإبراء و الإقرار في مرض الموت

يأخذ كل من الإبراء و الإقرار في مرض الموت حكم التصرفات التبرعية في مرض الموت ونوضح ذلك فيما يأتي. نصت المادة 306 من القانون المدني على أنه : تسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع".<sup>2</sup>

مع مراعاة نية التبرع الصريحة في التبرئة، فإن وفاة المريض عن دينه تأخذ حكم الوصية تطبيقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، بالإضافة إلى تطبيق الحكم العام للتصرفات الشرعية التي يصدرها الشخص في مرض الموت بقصد التبرع كما هو منصوص عليه في المادة 776 من القانون المدني، وبالتالي تنطبق عليه القيود الواردة في الوصية. وهو ما تم ذكره سابقاً.

أما بالنسبة للإقرار فإنه من الوسائل التي وضعها المشرع للإعفاء من الإثبات، إذ أنه يعفي الخصم من إقامة الدليل على ما يدعيه، ويجوز الطعن في الإقرار بكل ما يجوز الطعن به في التصرف القانوني. والإقرار إما أن يكون قضائياً أو غير قضائي، وقد عرف المشرع الإقرار القضائي بالمادة 341 من القانون المدني .أنه إقرار الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة .<sup>3</sup>

والإقرار القضائي يكون حجة على المقر، و لكنه يقتصر عليه و لا يتعداه كقاعدة عامة، فإذا أقر الشخص قضائياً ثم مات قبل صدور الحكم فإن إقراره لا ينصرف إلى ورثته، لكن إذا صدر الحكم قبل وفاته، فإن هذا الحكم يكون حجة عليهم.

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

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

<sup>1</sup> زروق عبد الرؤوف، حموش محمد، المرجع السابق، ص 56./

<sup>2</sup> أنظر إلى المادة 306 من القانون المدني الجزائري.

<sup>3</sup> أقرت المادة 341 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه ذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة.

## المطلب الثالث

## التصرف للوارث مع الاحتفاظ بالحياة والانتفاع

بالإضافة إلى التصرفات التي يبرمها مريض مرض الموت والتي تأخذ حكم الوصية فقد تصدر من المورث بعض التصرفات وهو في كامل صحته رغبة منه في محاباة بعض الورثة على آخرين، وذلك من خلال القيام بإخفاء وصيته في صورة تصرف منجز، كالبيع مثلاً تحايلاً منه على القانون وتهرباً من الأحكام المقيدة للوصية كان يقوم ببيع عين ويذكر في العقد ثمناً صورياً لا يلتزم به المشتري في حقيقة الأمر أو أن يبقى محتفظاً بحق الانتفاع بالعين طوال حياته أو أن يسبغ على التصرف شكل الهبة مع ورود نفس الشرط السابق الذكر، وقد يذهب أحياناً إلى أبعد من ذلك بحيث يمنع من صدر في حقه التصرف أن يتصرف في العين ما دام هو على قيد الحياة. لذا فقد تصدى المشرع لهذه التصرفات بحيث أقام قرينة قانونية تمنع المورث من التحايل على القانون وهذا ما جاء في نص المادة 777 من القانون المدني التي جاء في نصها : " يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حياة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك ". إذا وعلى ضوء ما استسقينا من هذا التمهيد فإننا سنوضح تعريف هذا التصرف مع مراعاة شروطه في المطلب الأول ، مع ذكر ماهي طرق الدفاعية التي سنت من أجل حماية الورثة منه في المطلب الثاني.

الفرع الأول: مفهوم تصرف للوارث مع الاحتفاظ بالحياة

الفرع الثاني: شروط تصرف للوارث مع الاحتفاظ بالحياة

الفرع الثالث: أحكام التصرف للوارث مع الاحتفاظ بالحياة

## الفرع الأول: مفهوم تصرف للوارث مع الاحتفاظ بالحياة

بكل وضوح، يُعدّ أيّ تصرف يقوم به شخص سليم العقل، لا مريض، وصية نافذة، بغض النظر عن المسمى المُطلق عليه، طالما احتفظ المتصرف بشرطين أساسيين: حياة الشيء المتصرف فيه و الانتفاع بالشيء مدة حياته ، بتعبير آخر، يُمكن اعتبار أيّ تصرف يقوم به شخص سليم العقل، مع احتفاظه بحياة الشيء والانتفاع به مدى الحياة، بمثابة وصية نافذة، حتى لو لم تُسمى صراحةً وصيةً.

## أولاً: تعريف تصرف للوارث مع الاحتفاظ بالحياة

نص المشرع الجزائري في المادة 777 من القانون المدني على ما يلي: " يعتبر .التصرف وصية، وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى 52 لنفسه بطريقة ما حياة الشيء المتصرف فيه و الانتفاع به مدى حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك. <sup>1</sup>

<sup>1</sup> الشيخ نسيم ، المرجع السابق، ص 186.

وبصدد هذا النص ، بات من الجلي أن أي تصرف يقع من أي شخص في حالة صحته لا في مرضه يعتبر دائما وصية أيا كانت التسمية التي أطلقت عليه طالما احتفظ المتصرف لنفسه بشيئين هما: حياة الشيء المتصرف فيه من جهة ، والانتفاع به مدة حياته من جهة أخرى . و اذن فيمكن القول بأن ذلك النص قد أتى بقرينة قانونية بسيطة تقدر أنه يعتبر وصية تصرف الشخص لورثته تصرفا مقترنا بشروط معينة. وحده القرينة ما كانت لتقوم بشكل ملزم عند انعدام مثل هذا النص.<sup>1</sup>

وإذن فيمكن القول بأن ذلك النص قد أتى بقرينة قانونية بسيطة تفيد انه يعتبر وصية تصرف لورثته تصرفا مقترنا بشروط معينة وهذه القرينة ما كانت لتقوم بشكل ملزم عند انعدام مثل هذا النص، والفقهاء لم يعط تعريف للمسالة وان كان قد أعطى تعريفا بها.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني: شروط تصرف للوارث مع الاحتفاظ بالحياة

حتى تقوم القرينة القانونية الواردة في المادة 177 من القانون المدني و الخاصة بالتصرف للوارث ، مع الاحتفاظ بحياة الشيء والانتفاع به مدى الحياة ، ينبغي توافر شروط معينة تعالجها من خلال ما يلي:

أولاً: أن يكون التصرف لأحد الورثة .

ثانياً: أن يحتفظ المتصرف بحياة العين المتصرف فيها مدى الحياة

ثالثاً: أن يحتفظ المتصرف بالانتفاع بالعين مدى الحياة .

### أولاً: أن يكون التصرف لأحد الورثة

توجب المادة 777 من القانون المدني أن يتم التصرف للوارث وذلك بصريح العبارة ، ومعنى هذا ترتيب القانون الآثار القانونية تتبع نتائج الأخذ لهذه الصفة أن يتم التصرف لوارث.<sup>3</sup>

أي أن يكون الشخص الذي قام المتصرف بالتصرف اليه ممن يرثون المتصرف ، وينظر في ثبوت هذه الصفة الى وقت وفاة المورث كما هو الشأن بالنسبة الى الوصية.<sup>4</sup>

وتتفرع هذه الأخيرة إلى ما يلي:

### 1- انعقاد التصرف للوارث:

يجب لكي يأخذ التصرف حكم الوصية تطبيقاً للمادة 777 من القانون المدني أن يكون تاماً من قبل المورث حال حياته لأحد ورثته ، فإن كان لغيره لا تقوم القرينة القانونية وإن كان البعض يرون أن المورث قد يلجأ إلى الوصية المستترة للإيحاء بغير الوارث بأكثر من ثلث التركيبة لوجود علاقة قوية بينهما ويلتمسون تطبيق أحكام المادة محل الشرح.

<sup>1</sup> زهدور محمد المرجع السابق، ص 41

<sup>2</sup> الدكتور جرادة لخضر المرجع السابق، ص 56

<sup>3</sup> أنظر المادة 777 من القانون المدني الجزائري.

<sup>4</sup> زهدور محمد المرجع السابق ، ص 44

فإن الدكتور رمضان أبو السعود يرى أن التصرف لغير الوارث مع الاحتفاظ بحياسة العين والانتفاع بها مدى الحياة إن لم يصلح كقرينة قانونية ، فلا أقل من إعتبره قرينة قضائية وسواء اعتبر قرينة قانونية أو قضائية فهو في الحالتين يقبل إثبات العكس.<sup>1</sup>

والعبرة في تحديد الوارث بوقت وفاة المتصرف لا بوقت انعقاد التصرف فيعتبر وارثا من أصبح كذلك وقت وفاة المصرف ، و لو لم يكن وارثا وقت التصرف . و لا يعتبر وارثا من لم يعد كذلك وقت الوفاة ، ولو كان وارثا وقت التصرف).

والوارث الذي يطعن في التصرف الصادر من مورثه في صورة بيع منجز بأن حقيقته وصية ، و أنه قصد به الإحتيال على قواعد الإرث للقرينة شرعا إضرارا بحقه فيه يجوز له إثبات هذا التحايل بأي طريقة من طرق وها ما أكدته محكمة النقض المصرية في حكم صادر بتاريخ 1946.05.11 كما اعتبرت محكمة النقض المصرية في حكم صادر بتاريخ 1946.05.16 أن الوارث يعتبر في حكم الغير فيما يخص التصرفات الصادرة من مورثه إلى وراث آخر فيجوز له اثبات خلاف العقد بكل طرق الإثبات. إن الوارث بذلك بعد من الغير لأن حقوقه قد تعلقته بثلي التركية ، فليس للمورث أن يمس هذه الحقوق ولذلك اعتبر القانون المدني الوارث من الغير بالنسبة المورثة ، و في هذه الحالة لا يعتبر خلفا عاما له و أجاز له الطعن في هذا التصرف على إعتبره من الغير لا يسري في حقه إلا بما هو ثابت من تقييد<sup>2</sup>

## 2 - نتائج الأخذ بصفة الوارث في تطبيق المادة 777 من القانون المدني:

ان حق الوارث المتعلق بالطعن على تصرفات مورثة تطبيقا لأحكام المادة 777 من القانون المدني مصدره القانون مباشرة<sup>3</sup> ، وليس بحق يتلقاه من مورثه باعتبار أن التصرف لأحد ورثته مع الاحتفاظ بالحياسة والانتفاع مدى الحياة يفترض فيه قصد التحايل على نظام الإرث المقرر شرعا وأن هذا الحق لا ينشأ إلا بعد وفاة المورث وبه تثبت الصفة الشرعية للطاعن كوارث ( و من ثم فإذا صادف وإن أجرى المريض التصرف الأجنبي فإن تطبيق نص المادة 777 سالفه الذكر يتعطل بوصفه قرينة قانونية و يطبقه القاضي في النزاع على أساس أنه قرينة قضائية . كأن يكون البيع محرراً بخط المشتري ولم يسجل إلا قبل وفاة البائع بيومين أو تسجيل العقد قبل الوفاة عمدة قليلة ثم شهره بعد الوفاة مباشرة ) . وإن القضاء حر بما هو ثابت في مبادئ القانون من أن يأخذ بهذه القرينة أو لا يأخذ ، لأنها تعتبر كسائر القرائن القضائية تخضع المطلق تقديره وواسع نظره تحت رقابة المحكمة العليا فيما يخص التسبيب ،

<sup>1</sup> محمودي عبد العزيز حماية الوارث من الوصية المستترة في التشريع الجزائري، بحث لنيل درجة الماجستير ، جامعة البليدة، كلية الحقوق 2000-2001، ص 91.

<sup>2</sup> محمودي عبد العزيز المرجع السابق، ص 92.

<sup>3</sup> نصت المادة 777 من القانون المدني الجزائري في مضمونها على التالي: " يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حياسة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك."

والذي يعتبر وجها من أوجه الطعن بالنقض حين إثارته طبقا لما هو منوه عنه قانونا بنص المادة 4/233 من قانون الإجراءات المدنية .

### ثانيا: أن يحتفظ المتصرف بحياسة العين المتصرف فيها مدى الحياة

تبعاً للشرط الأول للمتعلق بتطبيق المادة 777 مدني 136، يجب على الوارث أن يثبت أن المتصرف يجوز العين المتصرف فيها مدى الحياة ، فهل هذه الحياسة مشترطة في هذه المادة محل الشرح ، و لذلك يجب أن نبين المطالب في النقطتين التاليتين :

أولاً: المقصود بالحياسة .

ثانيا: الحياسة مدى الحياة كشرط في إعمال قرينة المادة 777 من مدني ...

### أولاً: المقصود بالحياسة

الحياسة وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء أو حق من الحقوق ، بقصد الظهور بمظهر المالك<sup>1</sup> أو صاحب حق عيني آخر، سواء أكان هذا الشخص هو صاحب الحق أو لم يكن كذلك وتتحقق هذه السيطرة الفعلية المباشرة أعمال تتفق و مضمون الحق و عادة ما يباشرها المالك نفسه . فإذا لم يعرف القانون المدني الجزائري المبادرة تعريفاً مباشراً ، فإن القانون المدني الأردني عرفها بموجب نص المادة 1/1171 منه بما يلي : " الحياسة سيطرة فعلية من الشخص بنفسه أو بواسطة غيره على شيء أو حق يجوز التعامل فيه ". ثم المادة 105 من القانون المدني الكويتي : " الحياسة هي سيطرة شخص بنفسه أو بواسطة غيره على شيء مادي. ظاهر عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر بأن يباشر عليه الأعمال التي يباشرها عادة صاحب الحق ... على هذه التعاريف كان لا بد للحياسة من توافر عنصران أساسيان هما العنصر المادي والعنصر المعنوي.

### العنصر المادي:

يتمثل في مجموع الأعمال المادية التي يأتيها الحائز ، و هي في العادة من قيام المالك كإحراز الشيء والانتفاع به، حتى يظهر الحائز بمظهر صاحب الحق<sup>2</sup>.

### العنصر المعنوي:

يتمثل في إتجاه نية الحائز إلى مباشرة تلك الأعمال الحساب نفسه فتكون له نية الظهور بمظهر المالك ". والحياسة لا ترد بمعناها الصحيح إلا على الحقوق العينية أما الحقوق الشخصية ، فلا ترد عليها و يجب أن ترد على الأشياء المادية التي يمكن التسلط عليها تسلطاً مادياً، والحق محل الحياسة قد يكون عقاراً أو منقولاً وقد يكون مفرزاً أو شائعاً، في حين أن الدكتور رمضان أبو السعود يرى أن الحياسة هي سيطرة

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني ( أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن

الملكية حق الانتفاع مع حق الارتفاق)، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان الجزء التاسع، ص 784.

<sup>2</sup> محمودي عبد العزيز المرجع السابق، ص 92.



فعلية على شيء أو حق فتجوز حيازة الحقوق العينية كحق الانتفاع و حق الارتفاق وحقوق الرهن المختلفة ، كما تجوز حيازة الحقوق الشخصية .<sup>1</sup>

ويتعين التمييز بين الجائز و المالك الظاهر فالمالك الظاهر بعد أنه المالك استنادا إلى خطأ شائع ففكرة الملكية الظاهرة تقوم أساسا على الاعتماد العام والخاطئ الذي لا يطابق الحقيقة بأن شخصا هو المالك ، أما الحيازة فنقوم على سلوك الحائز الذي يسيطر على الشيء و يظهر بمظهر صاحب الحق العيني و هو ليس كذلك إذ يحميه القانون بدعاوى تعرف بدعاوى الحيازة طبقا لما هو منصوص بالمواد 817 و ما بعدها من القانون المدني " .

### ثانيا: الحيازة مدى الحياة كشرط في إعمال قرينة المادة 777 من القانون المدني الجزائري

الحيازة بركنيها المادي والمعنوي تعد كسب من أسباب كسب الملكية ، أي أنها تعكس سلطة غير المالك على شيء بوضع يده عليها ، ويظهر بصورة المالك الحقيقي الذي له حق التصرف في الشيء محل الحيازة ، غير أن الحيازة التي تعد شرطا لقرينة المادة 777 من القانون المدني تختلف عن الحيازة كسب من أسباب كسب الملكية ، إذ أنه لتحسيد الركن المادي لمالك على شيء و إن تصرف فيه إلا أنه بإعمال أحكام الوصية يظل مملوكا له.

غير أن الأستاذ رمضان أبو السعود يرى أن احتفاظ المتصرف بحيازة العين بأي طريقة معناه أن يكون حائزا بإعتباره منتفعا لا مالكا ، و هو قول مردود ذلك أن المشرع إعتبر هذا التصرف وصية و الموصي يبقى مالكا للشيء الموصى به.

ويقول الأستاذ زهدور محمد بأن الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ، و من ثم فإنه يجوز حسب القاعدة العامة للموصي الرجوع في وصيته ، و من ثم له أن يتصرف في ماله فيكون تصرفه صحيحا لأنه مالك، كما أن إحتفاظ المتصرف بحيازة العين المتصرف بها عبارة عن واقعة مادية يجوز إثباتها بكل الطرق ). على هذه الأسس اختلفت الحيازة المنوه بها بالمادة 777 مدني عما سواها لأن المشرع يعالج بها أمرا بالغ الأهمية يتعلق بالتحاييل على الميراث المتعلق بالنظام العام ، ويسهل الإثبات بهذه القرينة و اتصلت هذه القرينة بالجانب الموضوعي لإتصالها موضوع الحق اتصالا وثيقا .<sup>2</sup>

### ثالثا: أن يحتفظ المتصرف بحقه في الانتفاع بالعين المتصرف فيها مدى الحياة

أوضحها الدكتور زهدور محمد في قوله: " أن يحتفظ المتصرف بحقه في الانتفاع بالعين طوال حياته وقد قررت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد أنه يجب أن يستند الاحتفاظ بالعين الى مركز قانوني يفيد حق الانتفاع، فلا يكفي إذن مجرد الانتفاع الفعلي".<sup>3</sup>

<sup>1</sup> محمودي عبد العزيز، نفس المرجع، ص94.

<sup>2</sup> زهدور محمد، المرجع السابق، ص 97.

<sup>3</sup> زهدور محمد المرجع نفسه، ص،45.



أما بالنسبة في التشريع الجزائري فقد نص القانون المدني على أن الشرط الأخير لتطبيق المادة 777 من القانون المدني هي أن يحتفظ المتصرف بالانتفاع بالشيء المتصرف فيه مدى حياته. ولتوضيح هذا الشرط تحدد معنى الانتفاع طبقاً للقواعد العامة حيث لم يعرفه القانون المدني.

لكن الفقه عرفه كما يلي: " هو حق عيني في الانتفاع بشيء مملوك للغير، فتكون له سلطة استعماله و استغلاله بشرط الاحتفاظ بذات الشيء لردّه إلى صاحبه عند نهاية حق الانتفاع الذي يجب أن ينتهي حتماً بموت المنتفع " وعليه فإن المادة 777 من القانون المدني تشترط أن يحتفظ المتصرف باستعمال الشيء المتصرف فيه بنفسه، وكذا باستغلاله لحساب الخاص وهذا طوال حياته . و يكون ذلك بطرق مختلفة، وأكثرها انتشاراً هي أن يشترط لنفسه في عقد بيع يصدر منه حق الانتفاع بالعين المبيعة مدى الحياة، مع منع المشتري من التصرف في الرقبة، و بذلك يبقى حائزاً للعين مدى حياته بصفته من تقعا لا مالكا، دون حاجة لتتبع حقه في الانتفاع في يد الغير بفضل شرط المنع من التصرف في الرقبة.

كما أنه قد يتم اللجوء إلى طريقة أخرى للاحتفاظ بالانتفاع بأن يستأجر العين مدى حياته من المتصرف إليه يبدل إيجار يحصل على مخالصة به دون أن يدفعه فعلاً، فيتمكن المتصرف من الاحتفاظ بالانتفاع بموجب عقد الإيجار . و يجب أن يكون الانتفاع بالعين مدى الحياة مستنداً إلى حق ثابت لا يستطيع المتصرف إليه تجريدّه منه، فمجرد الانتفاع الفعلي الذي لا يستند إلى حق قانوني لا يكفي لقيام القرينة القانونية على الإيضاء؛ ومن ذلك توثيق و شهر التصرف في العقار بدون شرط لصالح الوارث مع بقاء المتصرف منتفعاً به ، إذ أن زمام الانتفاع يكون موكولاً إلى إرادة المتصرف إليه و له أن ينتزع الإنتفاع من يد المتصرف متى شاء ، كما لا يكفي أن يحتفظ المتصرف بالانتفاع لحساب الغير طيلة حياة المتصرف، فحق الانتفاع هنا يكون مقرراً له ذا الغير .<sup>1</sup>

ويقع عبء إثبات توافر هذه الشروط على من يدعي توافرها من الورثة ، فإذا أثبتوا توافر الشروط السابقة الذكر مجتمعة أمكن استخلاص القرينة الواردة بنص المادة 777 من القانون المدني والتي تقيد اعتبار التصرف وصية مستترة كما سيأتي بيانه .<sup>2</sup>

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

<sup>1</sup> محمودي عبد العزيز المرجع السابق، ص 46.

<sup>2</sup> أنظر إلى المادة 777 من القانون المدني الجزائري السابقة للذكر.

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

### الفرع الثالث: أحكام التصرف للوارث مع الاحتفاظ بالحياة

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

### الصنف الأول: خضوع التصرف لأحكام الوصية

عند توافر الشروط السابقة الذكر تقوم قرينة قانونية على أن تصرف المورث لأحد ورثته بعد وصية مستترة، وهذا من شأنه أن يجعل الوارث في منزلة الموصى له لا في منزلة المشتري باعتبار أنه لم يحز العين الموصى بها و لم ينتفع بها إلا عند موت المورث، وهذا من أحكام الموصى له .  
فقد ألحق المشرع بموجب هذه القرينة التصرف بالوصية وذلك لرد التحايل على أحكام الوصية بأن يعمد المورث إلى ستر وصيته في شكل تصرف منجز كبيع أو هبة، أي أنه يخلع على تصرفه وصفا قانونيا غير صحيح، فحسم المشرع التكييف القانوني له باعتباره وصية و اعتبار سلطة تكييفه لقاضي الموضوع الذي يطبق القواعد القانونية المقررة للتصرف بعد القيام بتكليفه، ومن ثم إذا نجح الطاعن في إثبات طعنه بأن التصرف وصية مستترة فإن الوصية لا تجوز للوارث - باعتبار المتصرف إليه هنا وارث. وبالتالي تكون موقوفة على إجازة الورثة فمن أجازها سرت في حقه ومن لم يجزها كانت غير نافذة في حقه والوارث الذي يطعن في تصرفه من الغير بالنسبة لمورثه، لأن حقوقه تعلق بالتركة فليس للمورث المساس بهذه الحقوق، فهو لا يعد خلفا عاما هنا لذا أحيى له الطعن في التصرف بحيث لا يسري في حقه إلا بما هو ثابت من تقييد وهذا باعتبار أن الوارث يستمد حقه في الطعن من القانون مباشرة و ليس بحق يتلقاه من مورثه لأن التصرف لأحد الورثة مع الاحتفاظ بالحياة والانتفاع مدى الحياة يفترض فيه قصد التحايل على نظام الإرث المقرر شرعا، ومن ثم لا يكون الحكم الصادر قبل المورث بصحة التصرف بالبيع مثلا حجة عليه؛ إذ يعد الوارث في حكم الغير فيما يختص بتصرفات مورثه الضارة به و الماسة بحقه في الإرث.<sup>1</sup>

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

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق، المجلد التاسع، ص 234.

تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك ومن المقرر أيضا أنه لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة. .... ولما كان ثابتا - في قضية الحال - أن قضاة الاستئناف لما قضاوا ببطلان عقد الهبة وعدم تنفيذ التصرف باعتباره وصية لوارث يكونوا بقضائهم كما فعلوا طبقوا القانون تطبيقا صحيحا.<sup>1</sup> وكذا القرار الصادر عنها بتاريخ 1991/05/28 الذي قرر نفس المبدأ.<sup>2</sup>

إلا أن هناك جملة من الملاحظات حول المادة 777 من القانون المدني إذا كان التصرف لوارث في شكل هبة و يمكن إجمالها فيما يلي : يرى البعض أن نص المادة 777 من القانون المدني يتعارض مع أحكام بعض التصرفات التي قد تسري عليها هذه المادة، وبالأخص عقد الهبة، حيث تقضي المادة 202 من قانون الأسرة<sup>3</sup> بتحويل الواهب إدراج بعض الشروط على الموهوب له بينما بتطبيق المادة 777 عليها نجد بأن اشتراط الواهب حق حيازته للموهوب والانتفاع به طيلة حياته يجعل من الهبة وصية، وهذا ما يشكل تعارضا على حد قول أصحاب هذا الرأي إلى درجة اعتبارهم أن المادة 777 من القانون المدني قد ألغيت فيما يخص الهيئة بنص المادة 223 من قانون الأسرة التي تقضي : "تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون<sup>4</sup> و الفقرة الثانية للمادة 2 من القانون المدني<sup>5</sup> لتنظيم موضوع الوصية من جديد في قانون الأسرة . إلا أن هذا الرأي مردود عليه لأن المادة 777 من القانون المدني و إن وردت ضمن القواعد الموضوعية.

#### الصنف الثاني: طبيعة هذه القرينة و إثبات عكسها

إن التصرف لوارث مع الاحتفاظ بحيازة العين والانتفاع بها مدى الحياة، و إن قام قرينة قانونية على أن التصرف وصية مستترة، فإنه ليس بالقرينة القاطعة طبقا لنص المادة 777 من القانون المدني الذي جاء في آخره : ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك وعليه فهي قرينة بسيطة يجوز لمن تصرف له المورث أن يدحضها بأن يثبت عكس ذلك أي بأن يثبت أن التصرف رغم توافر شروط المادة لم يكن وصية، بل كان في الحقيقة بيعا أو هبة، و هذا حتى ولو أثبت ذلك عن طريق تقديم قرائن فضائية مضادة كأن يثبت أن

<sup>1</sup> قرار المحكمة العليا، الملف 59.240 المجلة القضائية العدد الثالث، 1992، ص 57.

<sup>2</sup> قرارات المحكمة العليا الملف 74.249 المجلة القضائية، العدد الثاني، 1993، ص 28.

<sup>3</sup> أقرت المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي : " الهبة تملك بلا عوض. ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف على انجاز الشرط".

<sup>4</sup> المادة 223 من قانون الأسرة الجزائري.

<sup>5</sup> أفصلت المادة الثانية في فقرتها الثانية على أنه : " وقد يكون الإلغاء ضمنا إذا تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع نص القانون القديم أو نظم من جديد موضوعا سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم".

التصرف بيع بإقامة الدليل على واقعة دفع ( الثمن، أو أن يثبت أن التصرف قصد به انتقال الملكية حال حياة المتصرف .<sup>1</sup>

أو أن يثبت أنه قد تنازل عن شرط المنع من التصرف و أن احتفاظه بالحيازة يرجع إلى أن المشتري قاصر وقد باشر الحيازة نيابة عنه باعتباره وليا، أو أن احتفاظه بما كان بموجب عقد إيجار مقابل بدل إيجار محدد، أو أن يثبت أن احتفاظه بمنفعة العين مدى حياته يقابله إنقاص الثمن بما يتناسب مع هذه المنفعة .

وقد قضت المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 05/03/1990 : "... و اشترط الواهب على الموهوب لها بأن تبقى الأموال الموهوبة بحيازته وتحت إدارته وتصرفه إلى ما بعد مماته، و بما أن الطاعنة لم تثبت عكس ما جاء في العقد لا من حيث علاقتها بالواهب، أو من حيث التدليل على حيازتها الفعلية والمادية للشيء الموهوب إبان حياة الواهب وعلى ذلك لا يعتبر ما قضى به المجلس حرقا للقانون ... و إن قضاة المجلس لما قضوا ببطلان وعدم تنفيذ التصرف طبقوا الشريعة الإسلامية أحسن تطبيق".<sup>2</sup>

وعليه فإذا أثبت من تصرف له المورث عكس القرينة القانونية على النحو الذي سبق بيانه فإن التصرف لا يعتبر وصية و لا تسري عليه أحكامها، بل يبقى تصرفا منجزا بيعا أو هبة أو غيرها، وتسري عليه الأحكام الخاصة بكل تصرف، أما إذا لم يتمكن المتصرف إليه من إثبات العكس تسري على التصرف أحكام الوصية ومن ثم لا تنفذ في حق الورثة إلا بإجازتها - باعتبارها وصية لوارث - و يمكن للموصي هنا (المتصرف) أن يرجع عنها في حال حياته و بالتالي تسقط بالعدول عنها، كما أنها تسقط بموت الموصى له قبل موت الموصى<sup>3</sup>، وهذا طبقا للمادتين 192 و 201 من قانون الأسرة.<sup>4</sup>

وهذا ما يحدث غالبا، حيث تبقى قرينة المادة 777 من القانون المدني قائمة الصعوبة دحضها بإثبات العكس العدة أسباب منها أنه غالبا ما يتم إبرام هذه التصرفات بموجب محرر رسمي خصوصا وأنها تكون في كثير من الأحيان في شكل هبة للعين - خاصة العقار - مع الإحتفاظ بالحيازة أو الانتفاع مدى الحياة، وهذا ما يجعل الأمر يصل إلى حد كبير من الصعوبة في إثبات عكس هذه القرينة لما للمحرر الرسمي من حجية مطلقة في الإثبات لا يدحضه إلا الطعن بالتزوير حسب ما تقضي به المادة 324

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

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

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

<sup>4</sup> أنظر إلى المواد 192 و 201 من قانون الأسرة الجزائري.

مكرر 5 من القانون المدني<sup>1</sup> و إن كان يمكن إثبات العكس بدليل يوازي على الأقل الورقة الرسمية إلا أن هذا الأخير لا يعدو إلا أن يكون تعديلا للعقد الأصلي عن طريق تنحية القيد أو الشرط نفسه . وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أن البعض يرى أن المادة 777 من القانون المدني تتعارض مع مبدأ إستقرار المعاملات، خصوصا منها المعاملات العقارية باعتباره هدف كل التشريعات؛ وذلك لأن شرط الإحتفاظ بالحيازة والانتفاع مدى الحياة شرط جائز إدراجه في العقد و لكن أعمال المادة 777 يسمح بالطعن في العديد من العقود التي تتضمنه خاصة إذا طالت الفترة الزمنية الممتدة بين تاريخ إبرامه وتاريخ الطعن فيه كحالة إبرامه ضد مصلحة الوارث القاصر، وفي هذا مساس باستقرار المعاملات خاصة إذا حدثت تعاملات لاحقة على العقار محل التصرف مما يؤثر على حقوق الغير حسن النية الذي تم التعامل لصالحه .

## المبحث الثاني

### أسس حماية الوارث من تصرفات الوصية الملحقة

وفقاً للشريعة الإسلامية، المصدر الأساسي لقانون الأسرة الجزائري، يتمتع الوارث بحقوق محددة في أموال المورث حتى قبل وفاته. وتشمل هذه الحقوق الحق في جزء محدد من مال المورث: يُسمى هذا الجزء بـ "الفرض" ويحدده الشرع لكل وارث حسب درجة قرابته من المورث. الحق في التصرف في جزء من مال المورث: يُسمى هذا الجزء بـ "الوصية" ويحق للمورث أن يوصي به لشخص محدد، سواء كان من الورثة أو من غيرهم، وذلك بشرط ألا يتجاوز ثلث التركة.

ولكن، حرص المشرع الجزائري على حماية حقوق المورث وأمواله من أي تصرفات غير قانونية، فقرر بطلان أي معاملة تتم على تركة إنسان على قيد الحياة: حتى لو تمت برضاه، وذلك لحماية المورث من أي استغلال أو ضغط قد يتعرض له. (المادة 92/2 من القانون المدني)، حظر الاستيلاء على أموال التركة: وذلك لضمان توزيعها بشكل عادل بين الورثة وفقاً للشريعة الإسلامية. (المادة 363/1 من قانون العقوبات).

وبذلك، وازن المشرع الجزائري بين حقوق الوارث وحقوق المورث، وحرص على حماية أموال التركة من أي تصرفات غير قانونية. في بعض الحالات، قد يلجأ المورث إلى تصرفات معينة بهدف حرمان بعض الورثة من نصيبهم الشرعي في الميراث، أو تفضيل بعضهم على البعض الآخر، أو حتى تقسيم تركته خلال حياته. وتتخذ هذه التصرفات عادةً شكل عقود بيع أو هبة، بهدف إنجازها وتحويل الملكية بشكل نهائي. ولكن، يُعتبر هذا

<sup>1</sup> نصت المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ويعتبر نافذاً في كامل التراب الوطني".

التصرف تحايلاً على القانون، ومحاولة للهروب من القيود المفروضة على حرية الموصي في كتابة وصيته. ولذلك، فقد وضع المشرع الجزائري مجموعة من القرائن التي تدل على وجود نية التحايل في تصرفات المورث، ومن أهمها:

- أن يكون المورث قد شعر بدنو أجله، وقام بتفضيل أحد الورثة أو شخص غريب عنه من خلال عقد بيع أو هبة.
- أن يكون المورث مريضاً مرض الموت، وقام بإجراء تصرف لصالح أحد الورثة أو شخص غريب، مع ربط هذا التصرف بوفاته.

وقد نصت المادة 777 من القانون المدني الجزائري على هذه القرائن، واعتبرها قرينة قانونية على وجود نية التحايل في تصرفات المورث. وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد عدّ هذه التصرفات المنجزة من قبيل الوصية، وبالتالي تخضع لأحكام الوصية من حيث الشروط والأحكام.

وسيتم تناول هذه الأحكام بالتفصيل في الفصل الثاني من هذا الموضوع..

المطلب الاول: منع التحايل على أحكام القانون

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تكييف التصرفات القانونية

المطلب الثالث: أساس حماية الورثة من تصرفات المريض مرض الموت

## المطلب الاول

### منع التحايل على أحكام القانون

كثيرا ما يلجأ الأفراد من الناحية العملية إلى وصف تصرفاتهم بأنها تصرفات منجزة كالبيع مثلا أو الهبة، رغم أنها تكون في حقيقتها تصرفات مضافة إلى ما بعد الموت، وهذا ما يعتبر سترا للوصية تحايلا على أحكام القانون الأمرة المقيدة الحرية الإيضاء، والتي سبق الإشارة إليها ؛ لأن القصد هنا هو التبرع من ناحية، و إضافة التمليك إلى ما بعد الموت من ناحية أخرى ، وهي بذلك تحقق كل أهداف الوصية دون أن تتقيد بأحكامها الأمرة فيلجأ الطرفان مثلا إلى إظهار الوصية بمظهر البيع فيذكر في العقد ثمن صوري لا يلتزم المشتري به في حقيقة الأمر، أو يصبغون عليه مظهر الحبة بإبرامه في شكل تصرف منجز.<sup>1</sup> ولكن يحرص على أن تبقى للبائع المزايا العملية للملكية فيحتفظ البائع بحق الانتفاع بالعين المبيعة طول حياته، أو يشترط منع التصرف في العين محل العقد طوال حياة المتصرف، والواقع أنه لا يجب

<sup>1</sup> مزقيش بومدين، الضوابط الشرعية و القانونية التي تقيد الوصية، مذكرة نهاية الدراسة لإستكمال متطلبات شهادة الماستر تخصص أحوال الشخصية، جامعة زيان عاشور، الجلفة،2014/2015، ص26.

التقيد في هذا الصدد بما يضيفه الأفراد على تصرفاتهم من أوصاف، وإنما يجب الإعتداد بما يثبت من الناحية الواقعية.

وعليه يكون لكل ذي مصلحة كالوارث - بوصفه من الغير - أن يتمسك بالتصرف الحقيقي، وأن يثبت التحايل و قصد التبرع و إضافة التملك إلى ما بعد الموت، وغالبا ما يتم الإثبات عن طريق القرائن القضائية ، كأن تستخلص منه نية التبرع من كون المتصرف إليه لم يقبض لمنا 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 والاحتفاظ به لدى المتصرف طوال حياته<sup>1</sup>.

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

لذا وتيسيرا 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 والمواد 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>.

وبالمقابل، فإن خلو العقد من شروط القرينة القانونية لا يصلح دليلا لنفي الوصية المستقرة، 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 الجواز إثبات التحايل على القانون بكافة طرق الإثبات.

ولتوضيح ذلك يجب في هذا المجال التفرقة بين أعمال الدفع بالصورية والدفع بالتحايل على نظام الإرث: إذ أن الصورية هي أن يتعمد المتعاقدان إخفاء حقيقة علاقتهم تحت مظهر كاذب، ونجد أمانا تصرفا ظاهرا يخفي تصرف حقيقيا مختلفا عنه، و له شروط أخرى مستترة هي التي اتجهت إرادة المتعاقدين إليها

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، الجزء التاسع ، ص 230.

<sup>2</sup> أنظر إلى المواد 215/204 من قانون الأسرة الجزائري.



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

وعليه على الوارث الذي يدعي الصورية عبء الإثبات، إذ أنه يدعي خلاف الظاهر بإعتبار 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 بهما التحايل على القانون، باعتبار أن التركة حق مقرر للوارث و أن الوصية لا تنفذ إلا بعد وفاة المورث، وبذلك متى تعدت نصابها مست بالميراث، فهنا يتغير المركز القانوني للورثة من الخلف العام إلى الغير، وبالتالي جاز لهم الإثبات بكافة الطرق دون التقييد بقاعدة عدم جواز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة على أساس وجود غش أو تحايل على القانون.

## المطلب الثاني

### سلطة القاضي في تكييف التصرفات القانونية

في حالة تستر الوصية تحت وصف آخر تظهر جليا سلطة القاضي في تكييف التصرف حماية للمورثة، و بالتالي تثار هذا مسألة تفسير وتكييف التصرفات تكييف القاضي التصرف يقتضي أولا تفسير إرادة للمتعاقدين، 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<sup>2</sup> .. و التفسير مسألة موضوعية لا يخضع فيها القاضي الرقابة المحكمة العليا ما دام قد التزم القواعد التي نص عليها المشرع في التفسير، بأن استخلص إرادة المتعاقدين من وقائع حقيقة مطابقة للثابت في أوراق الدعوى وتؤدي فعلا للنتيجة التي استخلصها، إلا أن رقابة المحكمة العليا تنصب على احترامه لقواعد التفسير المنصوص عليها بالمواد 111 و 112

<sup>1</sup> زروق عبد الرؤوف ، المرجع السابق ، ص.30

<sup>2</sup>المواد 111 و 112 من القانون المدني الجزائري نصت على ما يلي: المادة 111 : إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين.

أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات.

المادة 112 : يؤول الشك في مصلحة المدين.

غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعى.



من القانون المدني منها عدم الانحراف على عبارات العقد الواضحة قاعدة تفسير الشك المصلحة المدين مع استثناء عقود الإذعان.

وبعد إستخلاص القاضي إرادة المتعاقدين يسقط عليها حكم القانون من أجل تكييف التصرف والكشف عن ماهيته، أي إعطائه الوصف القانوني.. و لا تنقيد المحكمة بالتكييف الذي جاء به الأطراف بل تصححه من تلقاء نفسها ، شأن قواعد التكييف في ذلك شأن سائر القواعد القانونية تطبقها المحكمة تلقائيا و لا تطلب عليها دليلا، و عليه إذا تعمد المتعاقدان أن يكيفا التصرف تكييفاً غير صحيح بقصد التحايل على القانون و أحكام الميراث بستر الوصية في مظهر تصرف منجز مثلا، فالقاضي يصحح هذا التكييف و يرد على المتعاقدين قصدهما<sup>1</sup>.

فالعبرة بالواقع و ليس بما يضيفه الأشخاص، وقد يثبت للقاضي أن العقد وصية، ويستعين 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 محضه، لأنه يترتب على التكييف آثار قانونية إذ أنه يطبق القانون على الواقع، و تطبيق القانون من المسائل القانونية .. فأثار 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.

### المطلب الثالث

#### أساس حماية الورثة من تصرفات المريض مرض الموت

قد تنتاب الشخص حال حياته فترة مرض يغلب فيه هلاكه، وتؤدي به إلى الوفاة فعلا، حيث يشعر خلالها المريض بدنو أجله وهي حالة تعرف فقها وقانونا 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 وكذا المادة 204 وغيرها من قانون الأسرة، وذلك حماية لورثة المريض. لما يقتضي الأمر بنا أن توضح مفهوم مرض الموت ومن ثم نبين أساس تقييد تصرفات المريض و المتمثل في تعلق حق الورثة بأمواله منذ مرضه.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> مزقيش بومدين ، المرجع السابق ، ص 28.

<sup>2</sup> انظر الى المواد 409/408/776 السالفة الذكر

## الفرع الأول: مفهوم مرض الموت

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

في الرجوع للفقهاء الإسلامي فقد وردت العديد من التعريفات منها : "مرض الموت هو الذي يغلب فيه خوف الموت ، و يعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجاً عن داره إن كان من الذكور، وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث و يموت على ذلك الحال قبل مرور سنة، سواء كان صاحب فراش أو لم يكن.<sup>1</sup>

ويعرفه البعض أنه المرض الذي يتحقق فيه أمران أحدهما أن يكون مرضاً من شأنه أن يحدث الموت غالباً، وثانيهما أن يموت الشخص بالفعل موتاً متصلاً به<sup>2</sup> . و التعريف السائد لمرض الموت في الفقه الإسلامي هو أنه "المرض الذي يغلب فيه الهلاك ويعجز الشخص عن القيام بمصالحه، و يتصل به الموت فعلاً، ولو كان المريض قد توفي لسبب آخر كحادث مثلاً ما دامت وفاته قد وقعت في أثناء هذا المرض "

وبالرغم من اختلاف هذه التعريفات في عباراتها وتضارب ظواهرها، إلا أن هذا الاختلاف إنما يدور حول الأمارات و الأوصاف الظاهرة التي يتبين بها مرض الموت، ولكن المعنى المقصود في مرض الموت هو أن يكون المريض في حال يغلب فيها الهلاك و يتوقعه، وتكون تصرفاته لخوف الموت المرتقب ، و يؤخذ مما تقدم أن هناك شروطاً ثلاثة ليكون المرض مرض موت من شأنها أن تقيم في نفس المريض حالة نفسية هي أن أجله قد دنا، وأنه مشرف على الموت، وهذه الشروط هي كالاتي .

## 1- أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه:

ومفاد هذا الشرط أنه يجب أن يجعل المرض المريض عاجزاً على قضاء مصالحه العادية المألوفة، وهي المصالح التي من العادة أن يقوم بها و هو في صحته كالعامل و التسوق ، وكذا عن قضاء الحوائج المنزلية إذا كان المريض من الإناث. و لا يشترط ليكون المرض مرض موت أن يقعد صاحبه الفراش، فقد لا يلزمه إياه و يبقى مع ذلك عاجزاً عن قضاء مصالحه.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، ص 313.

<sup>2</sup> محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص 7.

<sup>3</sup> قزميش بومدين ، المرجع السابق ، ص 30.

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

## 2- أن يغلب في المرض خوف الهلاك:

إضافة إلى الشرط الأول فإنه يجب أن يغلب على المرض خوف الموت، لأنه ليس كل مرض يغلب فيه الهلاك، ستستبعد الأمراض التي يشفى منها المريض عادة والأمراض البسيطة حتى وإن أقعدت المريض عن قضاء مصالحه أو أدت به إلى الوفاة، لأن هذه الأمراض لا يغلب فيها الهلاك، وإنما يغلب فيها الشفاء فتأخذ تصرفاته في هذه الحالة حكم حالة الصحة، كما تستبعد أيضا الأمراض المزمنة إذا طالت بحيث يطمئن المريض إلى ابتعاد خطر الموت العاجل.<sup>1</sup>

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

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

## 3- أن ينتهي المرض بالموت فعلا:

أي أن يعقب الموت المرض مباشرة بحيث لا يفصل بينهما فترة صحة ، وهذا سواء كان الموت بسبب المرض نفسه أو بسبب آخر كالموت حرقا أو غرقا، فإذا تصرف شخص في ماله أثناء مرض أقعده عن قضاء مصالحه، و غلب فيه خوف الموت كان تصرفه معتدا به حال حياته فإذا انتهى بالموت جاز الطعن فيه على أساس أنه تم في مرض الموت، أما إذا ارىء منه كان حكم تصرفه هو حكم تصرف الأصحاء.<sup>2</sup>

ويتجه الرأي الغالب في الشريعة الإسلامية إلى أنه يشترط وفاة المريض قبل سنة من بدء المرض إذا مضى أكثر من هذه المدة على بلده المرض و لم يموت المريض لم يعتبر مريضا مرض موت ولو كان المرض من الأمراض المزمنة، لأن القاعدة في هذه الأمراض أنها لا تعتبر للوهلة الأولى مرض موت إذا

<sup>1</sup> زروق عبد الرؤوف ، المرجع السابق ، ص23.

<sup>2</sup> زروق عبد الرؤوف ، نفس المرجع ، ص 24.

طالت دون أن تشتد. بحيث يطمئن المريض إلى أنه لم يعد هناك خطر داهم و لم يعد يغلب خطر الموت العاجل، لكن إذا اشتد المرض و ازداد و ساءت حالة المريض حتى أصبحت تتذر بدنو أجله و انتهت بالموت فعلا فيعتبر مرض موت من الوقت الذي اشتد فيه حتى و لو بقي مشتدا أكثر من سنة، و لم يمت إلا بعد انقضائها وهذا لتولد الشعور في نفسه بأنه مهدد بالموت في أي وقت<sup>1</sup>. ولأن المناط في وضع الأحكام المتعلقة بالمريض مرض الموت هو خوفه من الملاك فقد ألحق بالمريض كل الأصحاء الذين يكونون في أحوال تجعلهم يترقبون الموت لشعورهم بدنو الأجل، حيث تأخذ تصرفاتهم حكم تصرفات المريض مرض الموت كالمقاتل إذا التحمت الطائفتان و لم تستبين الطائفة القاهرة و الطائفة المقهورة، والمحكوم عليه بإعدام الذي ينتظر التنفيذ، ومن ركب البحر وكان على متن سفينة أشرفت على العرق، والعبوس إذا عرف الأمر بقتل المحبوسين، ومن داهمه حريق لا سبيل للنجاة منه، ومن عقد عزمه على الإنتحار ... إلى ..<sup>2</sup>.

بالرجوع إلى قرارات المحكمة العليا المتعلقة بالتصرفات في مرض الموت فإن العديد منها يشير إلى وقوع التصرف في مرض الموت دون إعطاء تعريف دقيق له د باستثناء بعض القرارات، كالقرار الصادر بتاريخ 09/07/1984 حيث قضت أنه : "من المقرر فقها وقضاء أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض. الأخير إذا كان خطيرا و يجر إلى الموت و به يفقد المتصرف وعيه و الميزة".

غير أنه يؤخذ على هذا التعريف أنه يخرج عن الإطار الذي رسمه فقهاء الشريعة الإسلامية المرض الموت من حيث كونه لا يؤثر على أهلية المريض و تمييزه.

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

إضافة إلى الأسس العامة لتقييد تصرفات المورث واعتبارها وصية في بعض الحالات و التي سبق ذكرها، فإن علة تقييد التصرفات الصادرة في مرض الموت ترجع إلى منع الإضرار بالورثة لتعلق حقهم بأموال المريض من وقت المرض ، لكي يحصل الورثة على حقهم في الثلثين من التركة.

فمن المقرر في الفقه الإسلامي أن حق الورثة يتعلق بأموال مورثهم لا من وقت موته فحسب، بل من وقت المرض الذي يموت فيه باعتبار أن حقهم في التركة يثبت بالموت، ولما كان المرض الذي أفضى إلى الموت هو سببه العادي ثبت حق الورثة من وقت حدوث ذلك المرض لأن الحقوق و الأمور تضاف إلى أسبابها، وبالتالي يثبت حق الخلافة لهم من نزول المرض به، فالمريض بحلول مرض الموت به يكون في حالة نفسية تجعله يعتقد دنو أجله، وهو بذلك إذا تبرع بماله أو تصرف فيه فإنما يقصد أن ينقل

<sup>1</sup> قزميش بومدين ، المرجع السابق ، ص 31.

<sup>2</sup> زروق عبد الرؤوف ، المرجع السابق، ص 24.

هذا المال إلى غيره بعد موته لا في المدة المحددة القصيرة التي تقدر له الحياة فيها، و لا يستطيع الشخص أن ينقل ماله بعد موته بتصرف إرادي إلا إذا كان عن طريق الوصية .  
ومهما يكن وجه تعلق حق الورثة في الخلافة حال مرض الموت فإنه من المنطق عليه أن ذلك الحق ثابت، ولكن يثير الفقهاء اختلافا في تكييف هذا الحق، حيث يذهب فريق إلى اعتباره حق ملكية كامل يثبت بمجرد المرض، ويذهب آخرون إلى اعتبار أن حق الملكية يكون لهم عند الموت و لكن يستند إلى وقت بدء المرض.<sup>1</sup>

كما يذهب البعض الآخر إلى اعتبار أن حق الورثة عند المرض ليس بحق ملكية بل هو حق و مهما يكن فإنه حق يقيد من تصرفات المريض، إلا أنه يجب التفرقة هنا بين الحقوق التي تتعلق بمال خلافة أو إرث . المريض، فهي مرتبة في الإخراج كما يلي : حق المريض نفسه الذي يتعلق بقضاء مصالحه، وحاجاته الأصلية كالنفقة على نفسه و على من تلزمه نفقته و أجره الطبيب، و ثمن الدواء، ونحو ذلك ، فإن هذه التصرفات جائزة وتخرج عن دائرة المنع .

حق الدائن إذا كان على المريض دين، وهو يتعلق بكل المال إن كان مستغرقا له، أو ما يساويه من أموال إذا كان غير مستغرق . حق الورثة و يتعلق بثلاثي مال المريض الخالي من الديون . وتجدر الإشارة هنا إلى أن المريض مرض الموت أثناء مرضه ليس لأحد عليه من سلطان، و إنما ينظر في تصرفاته بعد وفاته، فإن كانت تمس بحق الورثة كان لهم الاعتراض عليها دون أن يكون ذلك في حياته، لأن المرض لا بعد مرض موت إلا إذا اتصلت به الوفاة فعلا، ولا يمكنهم الاعتراض قبل تحقق السبب للمنشئ للحق.

واعتمادا على ما سبق فإن تقييد تصرفات المريض مرض الموت لا يرجع إلى نقص أو العلام أهليته و لا إلى عيب في إرادته، فالمريض مرض الموت لا يفقد أهليته و لا تنقص هذه الأهلية فما دام حيا محتفظا بقواه العقلية فإن أهليته كاملة إلى آخر لحظة من حياته ، باعتبار أن مرض الموت ليس من أسباب نقص الأهلية أو فقدها، و ليس عيبا يشوب الإرادة طبقا لأحكام القانون المدني، أما إذا حدث أن أفقد المرض تمييز المريض فإن تصرفاته هذا تخضع للأحكام العامة في القانون المدني و بالتالي تكون باطلة<sup>2</sup>.  
وما يلاحظ هنا أن المشرع اعتبر في الفقرة الثانية من المادة 408 من القانون المدني<sup>3</sup> أن البيع في مرض الموت إذا تم للغير فإنه يكون قابلا للإبطال ، و بالرجوع إلى النسخة الفرنسية لها بعدها تعتبر البيع في هذه الحالة بدون تراض، وهذا ما يستشف منه أخذ المادة بأن مرض الموت عارض من عوارض الأهلية أو عيب في الإرادة، كما أن المحكمة العليا اعتمدت نفس الموقف الغريب بموجب القرار الصادر.

<sup>1</sup> زروق عبد الرؤوف ، المرجع السابق ، ص 25.

<sup>2</sup> قزميش بومدين ، المرجع السابق ، ص 34.

<sup>3</sup> أنظر المادة 408 من القانون المدني السابقة الذكر.

## خلاصة الفصل:

منذ ظهور الوصية كطريقة للحفاظ على الأموال الموزعة بين الورثة، ظهرت التصرفات الملحقة بها كطرق بديلة عنها تتيح للفرد المزيد من السلاسة في وضع مخططهم بعد وفاتهم، نذكر منها تصرف المريض مرض الموت و تصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحياة.

فقد أقر المشرع الجزائري و الفقه الإسلامي تصرف المريض مرض الموت من خلال مواد في القانون المدني الجزائري ممزوجة مع المذاهب الفقهية المتبعة، مع تبيان أهم شروطه كأن ينتهي المرض بموت فعال، متدرجين إلى طرق إثباته من الناحية الفقهية و الناحية القانونية حتى مثل إلى أحكامه.

أما تصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحياة فقد إندرج مفهومه تحت طائلة القانون المدني الجزائري وصولاً إلى أهم الأحكام المتعلقة بهذا التصرف مروراً بشروطه.

ولكن بالرغم من كل هذا ظهرت إختراقات لهذه التصرفات وهذا ما سبب ظلاماً و تفرقة بين الورثة مما عدة المشرع الجزائري إلى تقييدهم و حصرهم وهذا عن طريق أسس سنّها من أجل المحافظة على حق الورثة و حمايتهم من أي تقلبات ناتجة عنهم.

# خاتمة

من خلال البحث يتبين لنا أن المشرع الجزائري قد سعى لبسط حماية الوارث ليس فقط من تلك التصرفات التي تشكل تعدي على حقه في الإرث، بل كفل تنظيم محكم لنظام الموارث بالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية، كما حرم التعدي على التركة وقيد كل من يحاول الإيذاء بأمواله بقيود تتمثل في عدم تجاوز الموصي به لثلث التركة فيما عدا إجازة الورثة، ورغم هذه القيود فإنه أطلق الحرية للتصرفات المنجزة حال الحياة كالهبة ولو أدت لحرمان الورثة من كل التركة دون المساس بالضوابط القانونية التي تحكم هذه التصرفات،

وعليه نصل إلى بعض النتائج منها:

- تبيان مفاهيم الوصية من عدة جوانب.
  - تعدد المذاهب الفقهية في شرح الوصية.
  - توضيح تعريف الوصية عند المشرع الجزائري بداية من القانون الأسرة وصول إلى القانون المدني.
  - تبيان المشرع الوصية من الناحية الدينية عن طريق القران الكريم.
  - تعدد أنواع الوصية منها الواجبة والاختيارية.
  - لا وصيه دون أركان.
  - تثبت الوصية عن طريق عقد توثيقي من طرف الموصي أو بحكم قضائي يرفع أمام القضاء من طرف الموصى له.
  - تنفيذ الوصية بواسطة ولي الوصية أو القاضي.
  - إذا لم تتوافر الوصية على كفاه معالمها الصحيحة خاليه من الشوائب فان هذه الأخيرة تعتبر باطله.
  - اختلاف المصادر في تحديد مفهوم تصرف مريض مرض الموت.
  - اعتبار مريض مرض الموت التصرف الأكثر شيوعا.
  - تنوع شروط إثبات هذا النوع من التصرف.
  - إثبات مرض الموت في الفقه الإسلامي عن طريق تبيان النيان، أما بالنسبة إلى التشريع الجزائري فقد ذكر ذلك في مواد القانون المدني.
  - عدم إمكانية البيع عند المريض بمرض الموت دون إقرار باقي الورثة وقبولهم على ذلك.
  - عدم إمكانية الهبة للمريض بمرض الموت.
  - إقرار تصرف للوارث مع الاحتفاظ بالحيازة في المواد القانون المدني.
  - تعدد شروط هذا التصرف في التشريع الجزائري موضحا من خلال نصوص القانونية.
  - توضيح أهم أسس الموضوعية من طرف المشرع الجزائري من اجل من اجل حماية الورثة.
  - منع المشرع الجزائري التحايل في الوصية من خلال وضعه للقانون المدني وقانون الأسرة.
  - منح الأحقية الكاملة للقادم من اجل تفسير هذه التصرفات
- وأخذنا بعض التوصيات التي هي:
- ضرورة تعديل المواد السابقة الذكر لتفادي الغموض وتكريس التطبيق الصحيح للقانون.



- 
- بسط الحماية إلى الدائنين وليس فقط الورثة لأن القاعدة العامة تقضي بأن الدين مقدم على الوصايا.
  - ضرورة الترجمة الصحيحة للمواد لمنع التعارض بين النسخة العربية والفرنسية خاصة مع توفر الإمكانات وأهل الاختصاص في ذلك باعتبار أن ذلك يشكل ظاهرة تمس الكثير من نصوص القانون المدني والقوانين الأخرى.
  - كما يجب على القضاء أن يؤدي دوره الكامل المنوط به باعتبار أن القانون مهما نظم من الأمور يبقى نسبياً، وأن القاضي هو الذي يتصدى باجتهاده من خلال أعمال تفسير العقود والتكييف الصحيح لتلك التصرفات الساترة الضارة بحق الإرث.

## قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

ا.المصادر:

1.القرآن الكريم.

2.النصوص التشريعية:

❖ الأوامر:

1) الأمر رقم 73-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1976، المتضمن القانون المدني المعدل و  
الاماكن بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007.

الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404، الموافق لـ 09 يونيو 1984 المتضمن قانون  
المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 الأسرة الجزائري.

2) امر رقم 75 - 74 مؤرخ في 8 ذي القعدة عام 1395 الموافق 12 نوفمبر سنة 1975 يتضمن  
اعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري.

3) الأمر رقم 25-90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن قانون التوجيه الاقارب.

اا.المراجع:

الكتب:

1) أبي الفضل جمال الدين بن مكرم ابن المنظور الإفريقي المصري، لسان العرب، دار النشر أدب  
الحوزة، الجزء 15.

2) أحمد بن عبد الله القاري، مجلة أحكام الشرعية، مطبوعة تهامة، الطبعة الثالثة، 2005.

3) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، ديوان  
المطبوعات الجامعية، 2007.

4) بن شويخ الرشيد، الوصيّة و الميراث في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة ببعض التشريعات  
العربية، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، 2008.

5) جرادة لخضر، الوصيّة في قانون الأسرة الجزائري و التبرع بالأعضاء البشرية، ألفا للوثائق للنشر  
و التوزيع، الطبعة الأولى، 2022.

- (6) شيخ نسيمة، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة-الوصية-الوقف)، دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية و الإجتهد القضائي، دار الهومة.
- (7) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية و المقايضة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الجزء الرابع.
- (8) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية حق الإنتفاع مع حق الارتفاق) ، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، الجزء التاسع.
- (9) محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية ، دراسة مقارنة لمسائله وتبيان لمصادره، مكتبة الإنجاز المصرية، القاهرة، مصر، 1988.
- (10) محمد أبو زهرة، أحكام التركات و المواريث، دار الفكر العربي، القاهرة، 1963.
- (11) محمد محدة ، التركات و المواريث، دراسة مدعمة بالقرارات و الأحكام القضائية، دار الفجر للنشر والتوزيع، بسكرة، الجزائر، 2004.
- (12) محمد زهدور، الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية، المؤسسة الوصية للكتاب، الجزائر، 1991.

#### المذكرات:

- (1) باشا سالوة، عشيو سعاد، التصرفات الملحقة بالوصية في التشريع الجزائري، مذكرة نيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد بن يحيى، جيجل، 2016/2015.
- (2) بعارسية فتيحة، مشري بلال، تصرفات مريض مرض الموت في القانون الجزائري، مذكرة نيل شهادة الماستر في قانون الأسرة، جامعة مسيلة، 2020-2021.
- (3) رقام آية، علوي جيهان، بيع المريض مرض الموت في قانون الأسرة مقارنة مع أحكام الشريعة الإسلامية، مذكرة نيل شهادة الماستر في القانون، جامعة قالمة، 2022/2021.
- (4) زبير خزان، محمد العيد فنيك، نفاذ الوصية على العقار في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة الوادي، 2020/2019.
- (5) زروق عبد الرؤوف، حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، وزارة العدل، 2006/2005.

- 6) عبد الله عبيد، أحكام الوصية في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر، جامعة تبسة، 2020/2019.
- 7) محمودي عبد العزيز، حماية الورثة من الوصية المستترة، بحث لنيل درجة الماجستير، جامعة البليدة، 2001/2000.
- 8) مزقيش بومدين، الضوابط الشرعية والقانونية التي تقيد الوصية، مذكرة نيل شهادة الماستر، جامعة الجلفة، 2015/3014.
- 9) نور الدين بلعجال، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة نيل دراسة شهادة الماستر، جامعة مستغانم، 2020، 2021.

#### المجلات:

- 1) أحمد بوفاتح، أحكام الوصية في القانون الجزائري، مجلة طبنة للدراسات العلمية الأكاديمية، المجلد 05، العدد 02، 2002.
- 2) أشواق زهدور، مبطلات الوصية في القانون الجزائري، مجلة القانون العقاري و البيئة، المجلد 10، العدد 01، 2022.
- 3) سفيان ذبيح، إثبات الوصية و اجراءات تثبيت الملكية المكتسبة عن طريقها في التشريع الجزائري، مجلة الصدى للدراسات القانونية و السياسية، المجلد 04، العدد 01، 2022.
- 4) عائشة محمد اسماعيل، إثبات تصرفات مريض مرض الموت في الفقه الإسلامي، المجلة القانونية (مجلة علمية محكمة).
- 5) مكي أسماء، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، حوليات جامعة الجزائر، الجزء 04، العدد 31.

#### الاجتهادات و القرارات:

- 1) المجلة القضائية، العدد الثالث، 1992.
- 2) المجلة القضائية، العدد الثاني، 1993.
- 3) المجلة القضائية، العدد الثاني، 2000.
- 4) الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001.
- 5) المجلة القضائية، العدد الثاني، 2002.

# الفهرس

	الشكر
	الإهداء
1	المقدمة
<b>الفصل الأول : الإطار المفاهيمي للوصية</b>	
6	المبحث الأول : مفهوم الوصية
6	المطلب الأول : تعريف الوصية
6	الفرع الأول : الوصية لغة
7	الفرع الثاني : الوصية إصطلاحا
10	الفرع الثالث : الوصية قانونا
10	المطلب الثاني : مشروعية الوصية
11	الفرع الأول : في القرآن الكريم
11	الفرع الثاني : في السنة النبوية
11	المطلب الثالث : أنواع الوصية
13	الفرع الأول : الوصية الواجبة
15	الفرع الثاني : الوصية الإختيارية
15	المبحث الثاني : أحكام الوصية ومبطلاتها
15	المطلب الأول : أركان الوصية
16	الفرع الأول : ركن الصيغة
17	الفرع الثاني : الموصي
19	الفرع الثالث : موصى له
21	الفرع الرابع : الموضة به
21	المطلب الثاني : طرق إثبات الوصية وتنفيذها
23	الفرع الأول : إثبات الوصية
26	المطلب الثالث : مبطلات الوصية
26	الفرع الأول : رجوع الموصي عن الوصية
28	الفرع الثاني : رد الموصي له الوصية

29	الفرع الثالث : قتل الموصي له
30	الفرع الرابع : هلاك الموصي به
31	الفرع الخامس : موت الموصي له
الفصل الثاني : الإجراءات الوقائية من التصرفات الملحقة بالوصية	
35	المبحث الأول : التصرفات الملحقة بالوصية
35	المطلب الأول : تعريف المريض مرض الموت وتبيان حكمه
35	الفرع الأول : تعريف المريض مرض الموت فقها وقانونا
38	الفرع الثاني : طرق إثبات مريض مرض الموت وشروطه.
44	المطلب الثاني : الأحكام الخاصة لبعض التصرفات في مرض الموت
44	الفرع الأول : البيع في مرض الموت
49	الفرع الثاني : التصرفات التبرعية الصريحة في مرض الموت
53	المطلب الثالث : التصرف لوارث مع الإحتفاظ بالحياة والإنتفاع
53	الفرع الأول : مفهوم تصرف لوارث مع الإحتفاظ بالحياة
54	الفرع الثاني : شروط تصرف لوارث مع الإحتفاظ بالحياة
59	الفرع الثالث : أحكام التصرف لوارث مع الإحتفاظ بالحياة
62	المبحث الثاني : أسس حماية الوارث من تصرفات الوصية الملحقة
63	المطلب الأول : منع التحايل على أحكام القانون.
65	المطلب الثاني : سلطة القاضي في تكييف التصرفات الثانوية
66	المطلب الثالث : أساس حماية الورقة من تصرفات المريض مرض الموت
67	الفرع الأول : مفهوم مرض الموت
69	الفرع الثاني : تعلق حق الورثة بأموال المريض مرض الموت
72	خاتمة .
78	قائمة المصادر و المراجع
81	الفهرس
84	ملخص



## ملخص

تعد الوصية من أهم الإجراءات القانونية التي تنظم توزيع الأموال بعد وفاة الشخص. فقد عرفت هذه العملية منذ القدم ومرت بعدة حقبات زمنية، بما في ذلك الدين الإسلامي من خلال مذاهبه الأربعة. وقد منح المشرع الجزائري للوصية مكانة مرموقة في التشريع الجزائري، بدءاً من قانون الأسرة وصولاً إلى القانون المدني، حيث تستوفي جميع أركانها. وعندما تستوفي الوصية الشروط وتحرر وفقاً للقانون، فإنها تصبح نافذة المفعول، وتنتقل ملكية الموصى به من الموصي إلى الموصى له، مع توضيح كيفية وطرق إثبات الوصية، سواء عن طريق حكم قضائي أو عقد توثيقي. وبالنسبة لتنفيذها، تمر الوصية بعدة مراحل إجرائية. ومع ذلك، إذا لم تستوف تلك الشروط أو بعضها، فإن الوصية تصبح باطلة. ومن خلال كل هذا، ظهرت تصرفات بديلة للوصية تتيح للفرد المزيد من السلاسة في وضع مخططه بعد وفاته، مثل تصرف المريض بالموت وتصرف للوارث مع الاحتفاظ بالحيازة. فقد أثر المشرع الجزائري والفقهاء الإسلاميين في تصرف المريض بالموت من خلال مواد في القانون المدني الجزائري ممزوجة مع المذاهب الفقهية المتبعة، مع توضيح أهم شروطه، مثل انتهاء المرض بموت فعلي، وتدرج طرق إثباته من الناحية الفقهية والناحية القانونية حتى وصوله إلى أحكامه. أما تصرف للوارث مع الاحتفاظ بالحيازة، فقد يندرج مفهومه تحت طائلة القانون المدني الجزائري، وصولاً إلى أهم الأحكام المتعلقة بهذا التصرف، بمراعاة الشروط المطلوبة. ومع ذلك، ظهرت انتهاكات لهذه التصرفات، مما تسبب في ظلم وتفرق بين الورثة. ولذلك، قام المشرع الجزائري بتقييدهم وحصرهم من خلال تحديد أسس لها من أجل المحافظة على حقوق الورثة.

## Résumé :

L'ordonnance est l'une des procédures juridiques les plus importantes qui régissent la distribution des fonds après le décès d'une personne. Ce processus a été connu depuis ses débuts et a connu de nombreuses époques, y compris la religion islamique à travers ses quatre phrases. L'exécutif algérien a accordé à la recommandation une place prépondérante dans la législation algérienne, allant du droit de la famille au droit civil, où toutes ses dispositions sont respectées. Une fois que le mandat satisfait aux conditions et est libéré conformément à la loi, il devient valable et la propriété recommandée est transférée du recommandé au recommandé, en précisant la manière et les moyens de prouver le mandat, que ce soit par une décision de justice ou par un contrat documentaire. Pour sa mise en œuvre, l'ordonnance passe par plusieurs étapes judiciaires. Toutefois, si ces conditions ou certaines de celles-ci ne sont pas remplies, la commande devient nulle. À travers tout cela, des comportements alternatifs à la recommandation ont émergé qui permettent à une personne d'être plus fluide dans la mise en place de ses plans après sa mort, tels que le comportement d'un patient malade de mourir et d'agir pour l'héritage tout en conservant la propriété. L'exposant algérien et l'islamiste ont influencé le comportement du malade à la mort par le biais de matériaux du droit civil algérien associés aux doctrines de l'église suivantes, en précisant ses principaux termes, tels que l'arrêt de la maladie par acte, et en incluant les moyens de preuve de manière intellectuelle et juridique jusqu'à son jugement. Si l'héritier agit sous réserve de propriété, sa notion peut être couverte par le droit civil algérien, en dehors des principales dispositions relatives à ce comportement, dans les conditions requises. Cependant, il y a eu des violations de ces comportements, entraînant des injustices et une séparation de l'héritage. Par conséquent, l'exécutif algérien les a limités et