

جامعة محمد الصديق بن يحي - جيجل -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



عنوان المذكرة

حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص

تخصص: قانون الأسرة

تحت إشراف الأستاذة:

إعداد الطالب:

د. رواحنة نادية

• سعدالله يوسف

أعضاء اللجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة	الصفة
د. راشد كمال	أستاذ محاضر صنف أ	جيجل	رئيسا
د. رواحنة نادية	أستاذة محاضرة صنف ب	جيجل	مشرفا ومقررا
أ. مليط ابتسام	أستاذة مساعدة صنف أ	جيجل	ممتحنا

السنة الجامعية 2018 - 2019

جامعة محمد الصديق بن يحي - جيجل -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



عنوان المذكرة

حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص

تخصص: قانون الأسرة

تحت إشراف الأستاذة:

د. رواحنة نادية

• إعداد الطالب:

• سعد الله يوسف

أعضاء اللجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة	الصفة
د. راشد كمال	أستاذ محاضر صنف -أ	جيجل	رئيسا
د. رواحنة نادية	أستاذة محاضرة صنف -ب	جيجل	مشرفا ومقررا
أ. مليط ابتسام	أستاذة مساعدة صنف - أ	جيجل	ممتحنا

السنة الجامعية 2018 - 2019

بسم الله الرحمن الرحيم

نَرْفَعُ دَرَجَاتٍ مَّنْ نَّشَاءُ وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ ﴿٧٦﴾

سورة يوسف الآية 76

الإهداء

إلى الوالدين الكريمين أطال الله في عمرهما

إلى زوجتي الحبيبة وأبنائي الأعزاء فراس

وإسلام

إلى كافة الأهل والأحباب والأصدقاء

أهدي هذا العمل المتواضع

شكر وتقدير

نتقدم بالشكر للأستاذة المشرفة:

رواحنة نادية.

التي لم تبخل علينا بالنصائح

والتوجيهات، وكانت سنداً لنا

للاطلاق في هذا العمل المتواضع.

قائمة المختصرات

- ج جزء
- ج.ر جريدة رسمية
- د.ب.ن دون بلد نشر
- د.س.ن دون سنة نشر
- ق.م.ج قانون مدني جزائري
- ق.ع.ج قانون عقوبات جزائري
- ق.أ.ج قانون أسرة جزائري
- ط طبعة

مقدمة

مقدمة

لقد جعل الله المال وديعة في يد الإنسان لأجل معلوم ينتهي بموته ومغادرته هذه الدنيا، فالله سبحانه وتعالى هو المالك الحقيقي للمال وما الإنسان إلا خليفة الله في ماله. فكان من اللازم على الإنسان إتباع أوامر المالك بإنفاقه في الطاعات والعبادات مصداقا لقوله تعالى: (وَأَنْفَقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلَفِينَ فِيهِ¹ فَالَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَأَنْفَقُوا لَهُمْ أَجْرٌ كَبِيرٌ)¹.

ومن المعروف أن الإنسان يتقلب في حياته بين الصحة والسقم، وبين السلامة والخطر، وبين الحياة والموت، كل هذا من شأنه التأثير على تصرفاته والتزاماته المالية والمادية.

هذه التصرفات والإلتزامات منها ما ينعقد في الحياة ويتم تنفيذه بعد الوفاة ومثال ذلك الوصية فمن نعم الله على عباده أن شرع لهم ما ينفعهم بعد موتهم ليصلوا به إلى أعلى الدرجات في الجنة، فالوصية تهدف إلى تعويض الإنسان عما يكون قد فاتته من أعمال الخير في سالف حياته .

حيث أنه وبعد موت الإنسان تصبح واقعة الوفاة سبب من أسباب كسب الملكية لأناس آخرين هم الورثة وذلك عن طريق الميراث هذا الأخير حضي بتنظيم خاص من لدن العليم الخبير، وهو نفسه التنظيم المتبع في التشريع الوطني حيث أعتبر الميراث من النظام العام ، فلا دخل لإرادة الوارث أو المورث فيه.

لهذا تعتبر الوصية سبب لكسب الملكية بعد الوفاة حيث يمكن للشخص أن يوصي ما يشاء من ماله لشخص أجنبي من غير ورثته، إلا أن هذا الإيصاء يكون وفق قيود محددة شرعا و قانونا فلا يتجاوز مقدار المال الموصى به ثلث التركة، كما يشترط أن يكون الإنسان في صحة جيدة وهذا دفعا لأي ضرر بالورثة وحقهم المحتمل في التركة وكذا عدم صحة الوصية لو ارث.

¹ سورة الحديد جزء من الآية 07

كل هذه الشروط المذكورة آنفا شكلت في مجملها قيودا على تلاعب المورث بحقوق ورثته حيث يتم في غالب الأحيان ستر بعض تصرفاته المالية بغرض الإضرار بالحقوق المحتملة لورثته في شكل تصرفات منجزة قبل الموت وهذا قصد حرمان بعض الورثة مطلقا من الميراث أو تفضيل بعضهم على آخر أو تفضيل أجنبي عليهم، وكل هذا تحايلا على القانون المنظم للميراث والوصية .

كما أنه في حالة مرض المورث فإن هذه الفترة هي فترة شك وريبة لا يتحكم فيها المريض حيث تكون تصرفاته فيها محل طعن من الورثة والدائنين خاصة إذا اتصل المرض بالموت.

وقد سميت هذه التصرفات من طرف بعض الفقهاء بالوصية المستترة وذلك اعتمادا على قرينتي التصرف في مرض الموت والتصرف لو ارث مع الاحتفاظ بالانتفاع وحياة الشيء مدى الحياة المنصوص عليها في المادتين 776 و 777 من القانون المدني الجزائري .

ويحوز موضوع حماية الورثة من الوصية المستترة كبحث أكاديمي أهمية جلية يمكن أن تتجلى في:

- 1 - التعريف بكل الجوانب الخفية للنظام القانوني للوصية.
- 2 - معرفة التصرفات الساترة للوصية.
- 3 - دراسة و تبيان الحقوق و الضمانات التي نص عليها الشرع والقانون لحماية حقوق الورثة من التصرفات الساترة للوصية.
- 4 - المساهمة في إثراء المكتبة الجامعية.

ولعل من خلال محاولة فهم الموضوع فالإشكال الأساسي الذي يطرح هو:

ما مدى حماية المشرع للورثة من الوصية المستترة ؟

أما فيما يخص الأسباب التي دفعتنا لاختيار هذا الموضوع المهم، قلة البحوث في هذا المجال سيما على مستوى كليتنا وكذلك الرغبة في الإحاطة النظرية و الأكاديمية بكل جوانب الموضوع.

وبخصوص أهداف هذه الدراسة حاولنا إعطاء ولو إضافة بسيطة في ميدان البحث العلمي، كذلك محاولة لفت انتباه الطلبة من أجل إجراء دراسات أكثر عمقا و شمولاً لحماية الورثة من الوصية المستترة وبالتالي إثراء مكتبة الجامعة بمزيد البحوث.

أما المنهج المتبع في هذا البحث المتواضع فقد اتبعنا الوصفي التحليلي لأنه مناسب لطبيعة البحث، هذا دون إهمال المنهج التاريخي وذلك باستعمال الشواهد المختلفة من آيات قرآنية وأحاديث نبوية شريفة.

وللإجابة على الإشكالية قسمنا البحث إلى شقين الأول هو الإطار المفاهيمي للوصية (فصل أول) والذي بدوره ينقسم إلى قسمين الأول ماهية الوصية (مبحث أول) القسم الثاني ماهية التصرفات الساترة للوصية (مبحث ثاني).

أما الشق الثاني في موضوع البحث وهو الأحكام القانونية للتصرفات الساترة للوصية (فصل ثاني) وهو أيضا له قسمان هما الأحكام الخاصة لبعض تصرفات المريض مرض الموت (مبحث أول) والثاني تستر البيع تحت إسم الوصية (مبحث ثاني).

الفصل الأول

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للوصية

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

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

إلا أن الشريعة الإسلامية، ومن ثم القانون لم يكتفيا بإحاطة الوصية فقط بهذه القيود، بل تعدت هذه الأخيرة الوصية لتسري على بعض التصرفات الأخرى التي يلجأ إليها المورث حال صحته، أو خلال فترة مرضه ويصعب عليها شكل تصرف آخر غير الوصية، فألحقت هذه التصرفات بأحكام الوصية، ومنح للقاضي سلطة اعتبارها كذلك، وهذا بناء على أسس معينة تختلف عند تعلق الأمر بالتصرفات الواردة في مرض الموت عنها إذا تعلق الأمر بتصرفات تحيط بها قرائن أخرى تثبت نية التهرب من أحكام الوصية¹.

ومن أجل التعمق أكثر في دراسة ما سبق وجب معرفة ماهية الوصية (مبحث أول) إضافة إلى معرفة ماهية التصرفات الساترة للوصية (مبحث ثاني).

¹ فودة عبد الحكيم، النظام القانوني لحماية الورثة من الوصية المستترة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2003، ص 09

المبحث الأول

ماهية الوصية

بما أن الوصية هي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، وهي من أكثر الأسباب شيوعاً لكسب الملكية الفردية مثلها مثل الميراث. حيث وضع لها الشرع والقانون ضوابط وأحكام تقيد حرية الفرد في الإيضاء، فماهية الوصية (مبحث أول) ضبطت قانوناً وشرعاً، مما جعل بعض الأفراد يلجؤون لبعض التصرفات الساترة للوصية (مبحث ثاني) من أجل التحايل على تلك الأحكام والضوابط حيث يصبغون على الوصية صبغة تصرفات منجزة في الحياة إلا أنها في حقيقتها هي تصرفات مؤجلة لما بعد الموت.

المطلب الأول

مفهوم الوصية

للوصول لمفهوم جامع وشامل للوصية وجب تعريفها (فرع أول) وكذلك معرفة مشروعيتها (فرع ثاني) إضافة إلى معرفة الحكم الشرعي للوصية (فرع ثالث).

الفرع الأول

تعريف الوصية

للاحاطة بتعريف واضح للوصية نتطرق إلى تعريفها لغة (أولاً) ثم (اصطلاحاً) (ثانياً).
أولاً تعريف الوصية لغة: هي من وصية الشيء أوصيته إذا وصلته ويقال أرض واصمة أي متصلة النبات، وسميت وصية لأن الميت يصل بها ما كان في حياته بعد مماته، وتطلق على فعل الموصي وعلى ما يوصى به من مال أو غيره من عهد ونحوه، فتكون بمعنى المصدر وهو الإيضاء وتكون بمعنى المفعول وهو الاسم.
 وقد اصطلح على إطلاق لفظ الوصية أو التوصية على التملك و لفظ الإيضاء على إقامة الشخص وصي على أولاده و مالهم بعد موته.¹

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

ثانيا تعريف الوصية: اصطلاحاً هي تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع¹، سواء كان الموصى به عينا كأن يوصي بدار أو بمال، أو بمنفعة كأن يوصي بسكنى هذه الدار أو بغلة الحديقة.

وللوصية في الاصطلاح الشرعي تعريفات متعددة، ولكن أقربها وأشملها هو أن الوصية هي تملك خاص مضاف إلى ما بعد الموت عن طريق التبرع، فهذا التعريف جامع و مانع يشمل كل شيء يوصي به الشخص بعد وفاته، كما يشمل إقامة الوصي على أولاده الصغار و رعايتهم².

أما قانون الأسرة الجزائري فقد عرف الوصية بموجب المادة 184 منه والتي تنص على أن "الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع" حيث كان المشرع أدق في تعريفه للوصية وذلك بتأكيد على أنها تصرف في التركة بالإرادة المفردة³.

¹ عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ط 1، ج 3، 2005، ص 230.

² محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، دار الفكر العربي، مصر، 1950، ص 11.

³ القانون 11/84 المؤرخ في 12 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة ج ر 24 مؤرخة في 12 جوان 1984 المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 ج ر 15 مؤرخة في 27 فيفري 2005.

الفرع الثاني

مشروعية الوصية

لقد ثبتت مشروعية الوصية بالكتاب و السنة و الإجماع:

أما الكتاب فقوله تعالى: (كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ)¹ وقوله تعالى: (مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ)².

وأما مشروعية الوصية في السنة فما رواه عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "ما حق امرئ مسلم له شيء يريد أن يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده" متفق عليه وما رواه الدار قطني عن أبي الدرداء عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم، ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم"، وما رواه سعد بن أبي وقاص أنه قال: "جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي فقلت يا رسول الله: إني قد بلغ بي من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي، أفأتصدق بثلاثي مالي؟ قال لا، قلت فالشطر يا رسول الله؟ قال: لا، قلت فالثلاث؟ قال: الثلاث والثلاث كثير، أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس" متفق عليه.

أما الإجماع فقد أجمع الفقهاء والعلماء في مر العصور على جواز الوصية، ولم ينقل عن أحد أنه قال بعدم مشروعيتها أو منعها³.

¹ سورة البقرة، الآية 180.

² سورة النساء، الآية 11 .

³ أحمد محمد داوود، الحقوق المتعلقة بالتركة في الفقه و القانون، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الاسكندرية، مصر، ص107.

الفرع الثالث

الحكم الشرعي للوصية

إن الحكم الخاص بالوصية، يترواح بين الوجوب (أولاً) والاستحباب (ثانياً) وقد اتفق الفقهاء على أن الوصية تخضع للأحكام التكليفية الخمسة إضافة للوجوب والندب كذلك الحرمة (ثالثاً) والكراهية (رابعاً) إضافة إلى الإباحة (خامساً) كل هذا على ضوء طبيعة الموصى به وظروف الموصى له.

أولاً: الوصية الواجبة إذا كانت وصية بأداء وتسديد ما في ذمته من حقوق الله، وحقوق الناس كالوصية بأداء زكاة وجبت في ماله ولم يدفعها لمستحقيها، أو بتسديد ديون متعلقة بذمته أو بماله¹.

ثانياً: الوصية المستحبة إن قصد بالوصية التقرب إلى الله كالوصية للفقراء والمساكين والمؤسسات الخيرية وللورثة الذين لا يرثون.

ثالثاً الوصية المحرمة وهي في حلة كون الموصى له جهة معصية كالوصية بإطعام الغانيات و الراقصات، وتكون حراماً غير صحيحة كذلك في حال كانت الوصية لمعصية كبناء كنيسة أو ترميمها، وكتابة التوراة والإنجيل وقرائتهما، وكتابة كتب الضلال والفسق، أو الوصية بخمر أو الإنفاق على مشروعات ضارة بالأخلاق العامة².

رابعاً: الوصية المكروهة وهي إذا كان الموصي قليل المال وكثير العيال فيتعرض الورثة بالوصية للفاقة والحاجة حيث يكون الورثة هم الأولى بالوصية، تطبيقاً لمبدأ الأقربون أولى بالمعروف.

خامساً: الوصية المباحة وتكون في غير الحالات الأربع السابقة.

¹ مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الميراث و الوصية، دار وائل للنشر، 2006، ص163.

² وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 8، ط3، دار الفكر، الاسكندرية، مصر، 1989، ص 13.

المطلب الثاني

أركان الوصية

بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة وكذلك بالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية نجدها تشترط من أجل إجراء تصرف الوصية مجموعة من الأركان، حيث اتفق عليها المذاهب الأربعة، هذه الأركان هي: أطراف الوصية (فرع أول) وهما الموصى له، الموصى به (فرع ثاني) والصيغة (فرع ثالث)، والوصية مرتبطة وجودا بتوافر هذه الأركان، ولكل ركن من هذه الأركان شروطه التي لا يصح إلا بها وسوف نذكر كل ركن ومعه شروطه، لأن حقيقته الشرعية لا تتفق إلا بذلك.

الفرع الأول

أطراف الوصية

للوصية طرفان رئيسيان وهما الموصى (أولا) ويقصد به صاحب المال والموصى له (ثانيا) وهو مستحق الوصية بعد وفاة الموصي. **أولا: الموصي:** وهو الشخص الذي يصدر منه الإيجاب بالوصية حال الحياة، ويقصد به كل من له إرادة معتبرة تنشئ الوصية¹، و يشترط في الموصي حتى تصح وصيته أن يكون أهلا للتبرع و ذلك بأن يكون:

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

¹ حميش عبد الحق، أحكام الموارث و الوصايا في الشريعة الإسلامية، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، 2007، ص 166.

2. شرط سلامة عقل الموصي فوصية المجنون والمعتوه باطلة بطلانا مطلقا لعدم إدراكه وتمييزه لمنافع وأضرار تصرفاته القانونية، أما إنشاء الوصية حال الإفاقة من الجنون لا يبطل الوصية، ويرى المذهب المالكي بأن عقد الوصية متى صدر صحيحا لا يبطل بزوال الأهلية، وهذا قياسا على سائر عقود المعاوضة كالبيع والإيجار، والمقايضة ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 186 من قانون الأسرة على أن يكون الموصي سليم العقل ولم يفرق بين وصية المجنون ولا المعتوه ولا السفیه ولا الصبي ولا ذي الغفلة، مما يوجب الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي وأحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة¹.

3. شرط الرضا في الموصي وجب توافر رضا الموصي أثناء إنشائه للوصية كما هو الحال في باقي التصرفات خاصة التبرعية منها كالهبة والوقف، وإلا كانت غير صحيحة، ولهذا فإن من المتفق عليه فقها وقضاء أن وصية المكره والهازل والمخطئ باطلة، كما لا تصح وصية السكران لأنه لا قصد له والوصية هنا تضر بورثته.

فالرضا إذا هو شرط صحة لإنشاء الوصية فلا وصية دون رضا.

ثانيا: الموصى له: وهو يقصد به المستحق للوصية، وقد يكون الموصى له جهة عامة أو جهة خاصة أو شخص طبيعي كان أ معنوي، المهم أن يكون معينا².

ويشترط في الموصى له إذا كان شخصا طبيعيا أن يكون موجودا، معلوما، أهلا للتملك والاستحقاق، وأن لا يكون جهة معصية (01) ولا قاتلا للموصي (02) ولا وارثا له (03).

أولا: ألا يكون الموصى له جهة معصية: فالوصية شرعت لتكون أداة قرب أو صلة، فإذا كان الموصى له جهة معصية فإن هذا يحول دون تحقق الغاية من الوصية، وهي صلة الرحم وإعانة ذوي القربى أو اليتامى أو جهات البر، لذا لا يصح للمسلم أن يوصي لجهة

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري. الميراث و الوصية، ج 2 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون، الجزائر، 2006 ص254.

² الجبوري عبد الله، أحكام الموارث و الوصايا، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، 2007، ص169.

حرمتها الشريعة الإسلامية كالوصية للمواخير، وأندية القمار أو للكنائس أو للمنظمات التي تحارب المسلمين¹، فالباعث في مثل هذه الوصايا هو مناف لمقاصد الشريعة، فتكون باطلة لأن العبرة في العقود بالقصد والنية، كما يشترط أن يكون الباعث عليها غير محظور وأن يأتي عقد الوصية خاليا من التناقض، وليس فيه ما يخالف القانون، أما إذا كان الموصي غير مسلم فالشرط أن تكون الوصية غير محرمة في شريعة الموصي له، والشريعة الإسلامية. وعلى هذا فالوصية تجوز من غير المسلم إذا كانت قربة أو مباحة في شريعته والشريعة الإسلامية، وإن كانت في ذاتها مباحة شرعا، ولكن كان الباعث عليها محرم، كالوصية للخليلة للاستمرار معها في العلاقة غير الشرعية، ففيها رأيان بحسب الخلاف على مبدأ سد الذرائع².

حيث يرى الحنفية والشافعية أن الوصية صحيحة، عملا بظاهر العقد فلم يشتمل لفظ الوصية على محرم ويترك أمر النية والقصد لله تعالى.

أما المالكية والحنابلة فيرون ومنهم ابن تيمية وابن القيم، فيرون أن مثل هذه الوصايا تكون باطلة، لأن العبرة في العقود بالقصد والنية، والباعث حينئذ مناف لمقاصد الشريعة فتكون باطلة.

وهذا ما أخذ به القانون الجزائري في المادتين 97-98 من القانون المدني وهو ما يتجه إليه أغلب الفقه الإسلامي³.

ثانيا: أن يكون الموصى له معلوما أي أن لا يكون مجهولا جهالة لا يمكن رفعها، بأن يكون معيناً اسمه كفلان ابن فلان، أو بتعريفه بالوصف كطلبة الجامعة أو فقراء هذه المدينة، أو عابر السبيل، أو كان تتفق مثلا في بناء مدرسة أو شق طريق محدد.

¹ حمدي باشا، عقود التبرعات، د ط، دار هومة للنشر، عين مليلة، الجزائر، 2004، ص 52.

² هو أحد أصول الفقه الإسلامي عند الإمام مالك وأحمد بن حنبل، والذريعة عند علماء الأصول هي ما يتوصل به إلى الشيء الممنوع المشتمل على مفسدة.

³ ريم عادل الأزعر، الوصية الواجبة دراسة فقهية، رسالة ماجستير، كلية الشريعة و القانون جامعة غزة ، فلسطين 2008، ص 32.

أما إذا كان الموصى له مجهولا جهالة لا يمكن إزالتها كما لو أوصى لطالب من الجامعة أو لشخص اسمه مجهول ولم يبين نسبه ولقبه كانت الوصية باطلة، لأنها تملك والتملك للمجهول جهالة تامة لا يمكن إزالتها لا يمكن تنفيذها و بالتالي تصح¹.

ولقد اتفق جمهور الفقهاء بأنه يجب لصحة الوصية أن يكون الموصى له معلوما، بحيث تنفذ عند تسليم الموصى به إليه، ذلك أن الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت المادة 184 ق أ وأنها لا تلتزم إلا بقبول الموصى فلا بد من أن يكون الموصى له معلوما في ذلك الوقت، حتى يقع الملك له ويمكن تسليمه الموصى به².

ثالثا: ألا يكون الموصى له قاتلا للموصي فالقتل مانع موانع الميراث، فكان مانعا للوصية وهذا عند جمهور الفقهاء. واستدلوا بما روي في الحديث "لا وصية لقاتل"، وقال بعض الفقهاء بأن القتل ليس مانعا للوصية وليس شرطا لها، وهو قول للشافعية ومالك وأحمد وفصل بعض الفقهاء في الحكم فقالوا: إذا حدث القتل بعد الوصية فتبطل كالقول الأول، لتهمة الاستعجال، ومن استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه³.

أما موقف المشرع الجزائري فهو حسب نص المادة 188 من قانون الأسرة "لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا"، فالعبرة هنا بالحرمان من الايصاء بالقتل العمدي، وبالنتيجة يستبعد القتل الخطأ والشخص الذي يكون في حالة دفاع شرعي.

رابعا: أن يكون الموصى له أهلا للتملك فالوصية لا تصح لمن هو ليس أهلا للتملك فمن أوصى لحيوان مثلا بطلت وصيته، على أساس أن الموصى له غير قابل للتملك والاستحقاق⁴.

وهنا يجب الإشارة إلى الأحكام المتعلقة بالوصية للحمل و الوصية للمعدوم.

¹ حمدي باشا، المرجع السابق، ص 53.

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 258.

³ الجبوري عبد الله، المرجع السابق، ص 170.

⁴ حمدي باشا، المرجع السابق، ص 55.

فالوصية للحمل هي الوصية للجنين الذي في بطن أمه وهو الإنسان الذي لم يولد بعد فهو غير موجود، ولكن باعتبار إنسانيته المستقبلية فهل تجوز الوصية للحمل؟

لقد ذهب جمهور الفقهاء (الحنفية والشافعية، والحنابلة) إلى جواز الوصية للحمل إذا علم وجوده حال الوصية، وذلك بأن ينفصل حيا لا تقل عن ستة أشهر، فإن ولد ميتا بطلت الوصية وترد إلى ورثة الموصي، بينما ذهب المالكية إلى جواز الوصية لحمل الموجود عند إنشائها وتصح للحمل الذي سيولد فإن لم يستهل حيا بطلت. ويوزع الموصي به لمن سيولد بحسب العدد للذكر والأنثى عند الإطلاق إلى إذا نص الموصي على التفصيل.

وجاء في نص المادة 187 من قانون الأسرة "تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا وإذا ولد توائم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس"، وبذلك جاء موقف المشرع الجزائري موافقا لما ذهب إليه أحكام الفقه الإسلامي التي أجازت الإيصاء للحمل شريطة أن يولد حيا.

الوصية للمعدوم وهي أن يوصي لميت علم الموصي بموته حين الوصية، وتصرف في وفاء ديونه، ثم لوارثه إن لم يكن عليه دين وقد اخذ القانون المصري والسوري بهذا المبدأ تعميما للانتفاع بالوصية¹.

خامسا: أن يكون الموصى له موجودا وذلك بأن يكون الموصى له حيا وقت الوصية أو وقت وفات الموصي².

ومن شروط صحة الوصية أن يكون الموصى له موجودا عند إنشاء الوصية سواء كان وجوده حقيقة أو تقديرا كالحمل في بطن أمه أو المعدوم كما أسلفنا الذكر.

سادسا: ألا يكون الموصى له وارثا لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم في خطبة حجة الوداع "إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث"³. ولأن الوصية لوارث

¹ المرجع نفسه، ص 53.

² الجبوري عيد الله، المرجع السابق، ص 170.

³ سنن ابن ماجه، باب الوصية بالثلث، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، 1996، ص 72.

فيها تغيير للفروض التي قدرها الله سبحانه وتعالى، هذا ولقد اختلف الفقهاء في نوع هذا الشرط على رأيين:

حيث قال المالكية وبعض الشافعية وبعض الحنابلة والظاهرية: أن هذا الشرط شرط صحة وتبطل الوصية إن كانت لوارث.

أما الحنفية والبعض الآخر من المالكية والشافعية في الأظهر والحنابلة في الراجح من مذهبهم إن شرط الموصى له أن لا يكون وارثا، شرط نفاذ أي تعد الوصية منعقدة وصحيحة ولكنها تبقى موقوفة على إجازة باقي الورثة.

أما المشرع الجزائري فقد أجاز الوصية للوارث شرط إجازة الورثة، حيث نصت المادة 189 من قانون الأسرة "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي"، كما أنه في المادة 185 تؤكد على حرية الموصي في التصرف في أمواله في حدود ثلث التركة دون إجازة الورثة، وما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة، وبذلك زال الالتباس الذي اعترى نص المادة 1/408 من القانون المدني التي جاءت عامة والتي تعلق تصرف المريض مرض الموت بطريق الوصية للوارث على إجازة الورثة، دون التوضيح بأنه إذا تعلق الأمر بما زاد على ثلث التركة¹.

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 265 .

الفرع الثاني

الموصى به

وهو محل أو موضوع الوصية، وقد نصت المادة 190 من قانون الأسرة للموصي أن يوصي بأمواله التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة¹، وعليه فحسب هذه المادة فإن جميع ما يصح تملكه من الأموال المباحة عينا كانت أو منفعة يصح أن تكون محلا للوصية¹، وعليه يشترط في محل الوصية أن يكون قابلا للتوارث (أولا) ويكون متقوما (ثانيا) وأن يكون قابلا للتمليك (ثالثا) وكذلك يشترط فيه أن يكون موجودا عند الوصية (رابعا) و(خامسا) ألا يكون الموصى به مستغرقا في دين.

أولا: أن يكون مالا قابلا للتوارث فتتدرج في ذلك كافة أموال الناس بأنواعها المختلفة والتي يحوزها حقيقة أو حكما، وكذا الحقوق المالية أو الملحقة بالمال والحقوق العينية على خلاف الحقوق الشخصية المحضة كما تتدرج أيضا المنافع كسكنى الدار وزراعة الأرض.

ثانيا: أن يكون المال متقوما ومعناه أن يكون مما يباح الانتفاع به، فالخمر والخنزير والمخدرات أموال غير متقومة في مفهوم الشريعة الإسلامية، وفي غير تصلح لأن تكون موضوعا للوصية شرعا².

ثالثا: أن يكون قابلا للتمليك أي أن يكون الموصى به مما يجوز تملكه بعقد من عقود الملكية (البيع، الهبة...) لأن الوصية تمليك وما لا يقبل التمليك لا تتعد به الوصية، لذا فلا تصح الوصية بالوظائف العامة أو بالأموال العامة وغيرها من الحقوق الشخصية والمهنية المحضة، لأنها لا تورث ولا تصح لأن تكون محلا لتعاقد الموصي حال حياته.

رابعا: أن يكون الموصى به موجودا عند الوصية ونكون بصدد هذا الشرط إذا كان المال معينا بالذات كمن يوصي لشخص بسيارته، فيجب أن تكون في ملكه عند إنشاء الوصية إذ

¹ عبد العزيز محمودي، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، البلدة، 2006، ص 16.

² حمدي باشا، المرجع السابق، ص 55.

لا تصح الوصية بملك الغير¹. أما إذا تعلق الأمر بشيء غير معين بذاته، كما إذا تعلق الأمر بجزء شائع من المال كله صحت الوصية به، ويشترط وجوده عند الوفاة.

خامسا: ألا يكون الموصى به مستغرقا في الدين حيث يشترط في نفاذ الوصية أن لا يكون الموصى به مستغرقا بالدين²، أي ألا يكون الموصي مدينا بدين مستغرق لجميع ماله، ذلك أن الديون الثابتة في ذمة الموصي المقدمة في التعلق بمال الميت على كل حق بعد مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع (م 180 ق أ) لأن أداء الديون واجب على كل مسلم، والوصية في غير الواجبات مندوبة أو مباحة، والواجب في أحكام الفقه مقدم على المندوب والمباح وبالتالي تبقى الوصية في هذا الشأن موقوفة على إجازة الورثة وأصحاب الحق الشرعيين، فإذا أجازوها نفذت وإلا كان العكس صحيحا، وتصح الوصية المستغرقة بالدين في حالتين:

- إذا أبرأه الغرماء وأسقطوا ديونهم جازت الوصية حينئذ.

- وكذا إذا أجاز الغرماء تنفيذ الوصية قبل الدين جازت الوصية أيضا.

ومن شروط نفاذ الوصية أيضا أن لا يزيد الموصى به حدود ثلث التركة، وهذا وفق ما نصت المادة 185 من قانون الأسرة "تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد عن الثلث تتوقف على إجازة الورثة".

ويذهب الفقه المالكي إلى أن الوصية لغير الوارث إذا تجاوزت الثلث فإنها تقع باطلة بالنسبة للزيادة، أما إذا أجازها الورثة فإنها تأخذ حكم الهبة من أموالهم، وهناك رأي آخر للمالكية مفاده أن الزيادة صحيحة ولكنها موقوفة على إجازة الورثة وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري، شريطة أن تكون الوصية لغير وارث، أما إذا لم يكن للموصي من وارث، فالزيادة عن الثلث باطلة وتؤول إلى الخزينة العامة، وإذا أجاز بعض الورثة ورفض البعض الآخر، نفذت الوصية في حق من أجاز ما دام من أهل الإجازة وبطلت في حق من لم يجزها³.

¹ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 99.

² المرجع نفسه، ص 100.

³ حمدي باشا، المرجع السابق، ص 58.

الفرع الثالث

الصيغة

الصيغة ما هي إلا تعبير عن إرادة الموصي، حيث تصح بسلامة الإرادة وتلحقها كل عيوب الإرادة. والصيغة هي ركن الوصية الوحيد عند الأحناف، ويرى الشافعية والمالكية والحنابلة والأمامية أن أركان الوصية أربعة وهي: الموصي، الموصى له، الموصى به والصيغة ومع اتفاقهم جميعاً على ضرورة الصيغة، اختلفوا في مضمونها وفي التعبير عنها فقد اختلفوا في مضمونها (أولاً) هل هي الإيجاب وحده؟ أو هي الإيجاب والقبول؟ واختلفوا في التعبير عن الصيغة (ثانياً) هل تتعقد باللفظ وحده؟ أم تتعقد باللفظ والإشارة والكتابة؟

أولاً: مضمون الصيغة هناك من الفقهاء من قصر الصيغة على الإيجاب فهي عندهم كل لفظ أشعر بالوصية، لأن الصيغة عندهم هي صورة الوصية الظاهرة وتتحقق بإيجاب الموصي، ومن الفقهاء من توسع في الصيغة لتشمل الإيجاب والقبول والفقهاء من حيث مضمون الصيغة على ثلاثة آراء¹:

رأي يرى أن الوصية عقد لا تصرف انفرادي، ولا تتحقق صورة العقد الخارجية إلا بإيجاب وقبول، فصيغة الوصية عندهم لها عنصران: الإيجاب من الموصي والقبول من الموصى له -إيجاب الموصي الذي يظهر أثره بعد موته وقبول الموصى له الذي لا يصح إلا بعد وفاة الموصي-.

ورأي يرى بأن الوصية إيقاع لا عقد وأن ركنها الإيجاب وحده وأن القبول هو شرط لزوم فحسب.

ورأي آخر وهو رأي زفر من الأحناف وعنده أن الوصية تتم بالإرادة المنفردة للموصي وتنتقل ملكية الموصى به إلا الموصى له دون توقف على إرادته أو حاجة إلى قبوله².

¹ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص101.

² إمام محمد كمال الدين، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، د ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002، ص 58.

أما قانون الأسرة الجزائري فقد اشترط في المادة 191 ف1 تصريح الموصي بالوصية فقط دون حاجة لاقتترانه بالقبول من الموصى له، وأكدت المادة 197 على ما يلي "يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي"، وهذا ما بين نية المشرع في اعتبار الوصية تصرفا ينشأ بالإرادة المنفردة للموصي، بحيث أكد على وقوع القبول بعد الوفاة وبالتالي عدم اقتترانه بالإيجاب، وعليه فإن القبول لا يكون إلا شرطا للزوم الوصية وبه تثبت ملكية الموصى به.

ثانيا: التعبير عن الصيغة حيث اختلفت المذاهب في وسائل وطرق التعبير عن الصيغة من عبارة وكتابة وإشارة.

1. العبارة: الأصل في الصيغة أن تكون عبارة ولفظا وتصح الوصية بها في جميع المذاهب، لأنها أقوى صورة للتعبير عن الإرادة وبيان الرضا الباطني، وقد تنعقد الوصية باللفظ المخصوص كأوصيت أو بأي لفظ آخر يدل على قصد الموصي، فكل لفظ يدل صراحة أو كناية عن إرادة الموصي تنعقد الوصية به.

2. الكتابة: الكتابة فعل لا قول فصورتها تقرأ بالعين وإن تجسدت في حروف وكلمات، فالأصل في العبارة أنها تسمع بالأذن، أما الكتابة فالأصل فيها أنها مقروءة بالعين، وتنقسم الكتابة إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: الكتابة المستبينة المرسومة، وهي ما جاء في شكل وثيقة واتفق جمهور الفقهاء على صحة الوصية بها، سواء كان الموصي قادرا على النطق أو عاجزا عنه.

أما الثاني: فهو الكتابة المستبينة غير المرسومة كالكتابة على الجدران، وهذا القسم تصح به الوصية عند الأحناف وبعض الإمامية ولكن مع اشتراط النية والقرينة، وتصح به الصيغة مطلقا عند الشافعية سواء كان الموصي قادرا على النطق أو عاجزا عنه.

أما الثالث: فهو الكتابة غير المستبينة، وهذا القسم لا تصح به صيغة الوصية ولا غيرها من التصرفات¹.

¹ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص ص 12، 13

3. الإشارة: وهي بديل عن النطق والكناية لمن كان عاجزا عنهما، ويقصد بها الإشارة المفهومة، ولا خلافة بين المذاهب الإسلامية على الاعتداد بالإشارة المفهومة في الوصية بالنسبة للأخرس، فقد نص الفقهاء على أنه يكفي الإشارة الدالة على المراد قطعاً في إيجاب الوصية مع تعذر اللفظ لأخرس¹.

أما فيما يخص القانون الجزائري فبالرجوع إلى المادة 60 من القانون المدني التي تنص: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا يدعي شك في دلالاته على مقصود صاحبه"².

فحسب هذه المادة فإن التعبير عن الإرادة يتم عن طريق التعبير الصريح أو عن طريق التعبير الضمني وينتج الأثر القانوني للتعبير عن الإرادة إذا اتصل بالإيجاب بالقبول³.

¹ إمام محمد كمال الدين، المرجع السابق، ص 61.

² أمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني ج ر 78 مؤرخة في 30 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم.

³ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، ط 2، دار الهدى، الجزائر، 2004، ص 66.

المبحث الثاني

ماهية التصرفات الساترة للوصية

كثيرا ما يلجأ الأفراد من الناحية العملية إلى وصف تصرفاتهم بأنها تصرفات منجزة كالبيع مثلا أو الهبة، رغم أنها تكون في حقيقتها تصرفات مضافة إلى ما بعد الموت، وهذا ما يعتبر سترا للوصية تحايلا على أحكام القانون الآمرة المقيدة لحرية الإيصاء، لأن القصد هنا هو التبرع من ناحية، وإضافة التملك إلى ما بعد الموت من ناحية أخرى، وهي بذلك تحقق كل أهداف الوصية دون أن تنتقيد بأحكامها الآمرة¹.

المطلب الأول

مفهوم التصرفات الساترة للوصية

أن الشخص كما سبق أن ذكرنا وهربا من القيود والضوابط المفروضة على الوصية يلجأ إلى إجراء بعض التصرفات التي يكون القصد من ورائها وصية وقد سميت بالتصرفات الساترة للوصية ولتحديد مفهوم هذه التصرفات الساترة للوصية ينبغي أولا تعريفها (الفرع الأول) ثم التطرق مبطلات التصرفات الساترة للوصية (فرع ثاني).

الفرع الأول

تعريف التصرفات الساترة للوصية

إن الشريعة الإسلامية التي هي المصدر الأساسي لقانون الأسرة الجزائري، حيث قيدت حق التصرف في المال بالوصية فحدد مقدار الوصية بالثلث أو أقل من الثلث وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 185 قانون أسرة إلا أن الموصي وهربا من هذه القيود يجري تصرفات ظاهرها هي تصرفات بمعاوضة وباطنها هي تصرفات تبرعية دون أي

¹ محمد أبو زهرة، المرجع السابق ص66.

مقابل، هذه التصرفات تسمى بالتصرفات الساترة للوصية، حيث أنه و في بعض الحالات، و رغبة من المورث في حرمان بعض الورثة من حقهم الثابت في الميراث، أو تفضيلا لبعضه على آخرين، أو رغبة منه في تقسيم تركته حال حياته، فإنه يصبغ على تصرفاته شكل تصرفات منجزة كالبيع أو الهبة وهذا تحايلا على القانون. إلا أن هناك قرائن يستخلص منها هذا التحايل أنشأ من خلالها المشرع قرينة قانونية بنص المادة 777 من القانون المدني مثلا، كما أن المريض مرض الموت وهو يشعر بدنو أجله قد يفضل أحد الورثة أو أجنبيا فيحاييه بتصرف منجز أو مضاف إلى ما بعد الموت، وهذا ما ألحقه المشرع بالوصية. أيضا في العديد من النصوص القانونية.

الفرع الثاني

مبطلات التصرفات الساترة للوصية

إن التصرفات التي تبقى للبائع المزاي العملية للملكية فيحتفظ البائع بحق الانتفاع بالعين المباعة طول حياته، أو يشترط منع التصرف في العين محل العقد طوال حياة المتصرف، والواقع أنه لا يجب التقيد في هذا الصدد بما يضيفه الأفراد على تصرفاتهم من أوصاف، وإنما يجب الإعتداد بما يثبت من الناحية الواقعية¹، وعليه يكون لكل ذي مصلحة كالوارث - بوصفه من الغير - أن يتمسك بالتصرف الحقيقي، وأن يثبت التحايل ونية التبرع في التصرف، إضافة التملك إلى ما بعد الموت، وغالبا ما يتم الإثبات عن طريق القرائن القضائية²، كأن تستخلص منه نية التبرع من كون المتصرف إليه لم يقبض ثمنا للبيع، أو من عدم جدية الثمن أو عدم قدرة المشتري على دفعه، كأن تثبت نية إضافة الملك إلى ما بعد الموت من عدم تنفيذ التصرف قبل الوفاة أو من شمول التصرف لكافة ممتلكات المتصرف، أو عدم تسجيل سند التصرف والإحتفاظ به لدى المتصرف طوال حياته.

¹ تنص المادة 204 من قانون الاسرة على أن " الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخفية، تعتبر وصية ".

² المادة 776 و 777 من القانون المدني.

واعتمادا على هذه القرائن وغيرها فإنه على الورثة أن يقيموا الدليل على عدم صحة ما ورد في تصرف المورث؛ فعبء الإثبات يقع عليهم، وما سبق مجرد قرائن قضائية يستند عليها الطاعن في إثبات دعواه، والقاضي بعد ذلك حر في أن يأخذ بها أو لا يأخذ، حيث لا يترتب على مجرد وجودها إعتبار التصرف وصية¹.

لذا وتيسيرا من المشرع عبء الإثبات في هذه الحالة، فقد حرص القانون على تقرير قرائن قانونية يستتبط منها اعتبار التصرف وصية، سواء تم في مرض الموت (المواد 776، 408 و 409 من القانون المدني، و المواد 204 و 215 من قانون الأسرة) أو اقترن التصرف بشروط معينة (المادة 777 من القانون المدني)، وهي 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 القانون².

وبالمقابل، فإن خلو العقد من شروط القرينة القانونية لا يصلح دليلا لنفي الوصية المستترة، وعلى القاضي التحقق من توافر شروطها على ضوء ظروف الدعوى وملابساتها غير متقيد بما ورد في العقد، حيث يجوز للطاعن إثبات دعواه بطرق إثبات أخرى، وهذا لجواز إثبات التحايل على القانون بكافة طرق الإثبات .

ولتوضيح ذلك يجب في هذا المجال التفرقة بين أعمال الدفع بالصورية، والدفع بالتحايل على نظام الإرث: إذ أن الصورية هي أن يعتمد المتعاقدان إخفاء حقيقة علاقتهما تحت مظهر كاذب، ونجد أمامنا تصرفا ظاهره يوحي بنفاذ التصرف قبل الوفاة وفي حقيقته هو مؤجل لبعد الوفاة.

¹ حميش عبد الحق ، المرجع السابق، ص 175.

² زروق عبد الرؤوف، حموش محمد، حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة نهاية التكوين، المدرسة العليا للقضاء، 2006/2005، ص14.

المطلب الثاني

صور التصرفات الساترة للوصية

قد يلجأ المورث (المريض مرض الموت) إلى إثثار بعض ورثته على ورثة آخرين، أو يفضل أجنبي عليهم، و ذلك بإعطاء تصرفه الضار بحق الورثة صبغة قانونية سواء كان هذا التصرف بعوض أو تصرف تبرعي وعليه وجب توافر شرطين لاعتبار التصرف وقع في مرض الموت حيث يجب أن يكون الشخص أبرم التصرف وهو يعاني من مرض الموت وهذه مسألة يقررها القاضي بالاعتماد على تقارير الأطباء وأن يتصل الموت بالمرض أي يليه مباشرة، حيث لا تفصل بين المرض والوفاة فترة صحة، ومن بين هذه التصرفات البيع في مرض الموت (فرع أول) أو التصرفات التبرعية (فرع ثاني)

الفرع الأول

البيع في مرض الموت

البيع عقد ملزم للجانبين، فهو يتكون بين إرادتين منفردتين (إرادة البائع وإرادة المشتري). البائع يلتزم بنقل ملكية المبيع والمشتري يلتزم بدفع الثمن هذا أقل شيء، ولكي تكون تصرفات كل منهما صحيحة وجب خلو هذه الإرادة المزدوجة من أي عيب¹.

أما البيع في مرض الموت فهو عقد البيع الذي تتم كل إجراءاته في فترة مرض الهالك فيكون هذا المرض هو المؤدي لوفاة البائع حيث ينتهي المرض بالوفاة فعلا².

وحتى يعد هذا البيع صحيحا وجب احترام كل شروط و أركان عقد البيع ، وإلا أمكن إبطاله من طرف الورثة . وبالتالي يعد تصرفا ساترا للوصية أي ظاهر التصرف بيع وباطنه

¹ حميش عبد الحق ، مرجع سابق، ص176.

² محمودي عبد العزيز، المرجع السابق، ص30.

وصية ومثال ذلك عدم قبض الثمن أو الإحتفاظ بالشيء المبيع والإستفادة منه مدى الحياة .
أو الإعتراف بأن المقابل هو دين، إلا انه لا وجود لأي إثبات خاص بهذا الدين.

هذه القرائن أو هذه الأسباب هي الطريق المؤدي لإبطال هذه التصرفات وذلك باعتبارها وصية و ليست تصرف بعوض.

وقد نظم المشرع الجزائري أحكام هذا البيع في المواد 408 و 409 من القانون المدني.

الفرع الثاني

التصرفات التبرعية في مرض الموت

المقصود بالتصرفات التبرعية هي تلك التصرفات التي تكون دون عوض ومثالها الهبة، الوقف، الإبراء والإقرار.

هذه التصرفات السابق ذكرها من أشد التبرعات الضارة بالمتصرف ضررا محضا لذا أحاطها المشرع بضوابط هامة، لا سيما تلك المتعلقة بأهلية المتبرع، فإذا كان الواهب أهلا للتبرع من غير المرض جاز له أن يهب شرعا وقانونا كل ماله لمن يشاء، وارثا كان أم أجنبيا طبقا لأحكام المادة 205 من قانون الأسرة. إلا أن حرية الشخص في الهبة تنقيد في حالة مرض الموت، ويحق لصاحب المصلحة الطعن فيها بعد الوفاة، وذلك طبقا للمادة 204 من قانون الأسرة التي تنص على أن "الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية"، إضافة إلى نص المادة 776 من القانون المدني التي تنطبق على الهبة أيضا¹.

¹ محمودي عبد العزيز، المرجع السابق، ص 44.

أما الوقف فنظمه المشرع الجزائري في المواد 213 إلى 219 من قانون الأسرة، كما تنص المادة 4 قانون الأوقاف على أن عقد إلزام تبرع صادر عن إرادة منفردة.

بالرجوع إلى قانون الأسرة فقد نصت المادة 215 على تطبيق المادة 205 منه على الوقف والتي تنص على اعتبار الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة وصية¹.

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

إما فيما يخص الإبراء والإقرار في مرض الموت فلهما نفس حكم التصرفات التبرعية في مرض الموت ونوضح ذلك فيما يأتي. نصت المادة 306 من القانون المدني على أنه "تسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع" باعتبار نية التبرع الصريحة في الإبراء فإن نزول المريض مرض الموت عن دينه يأخذ حكم الوصية تطبيقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، إضافة إلى تطبيق الحكم العام للتصرفات القانونية التي تصدر عن الشخص في مرض الموت بقصد التبرع الوارد بالمادة 776 من القانون المدني، وبالتالي تسري عليه القيود الواردة على الوصية و التي سبق بيانها².

¹ زروق عبد الرؤوف، حموش محمد، المرجع السابق، ص21.

² حسنين محمد، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2001، ص216.

ملخص الفصل الأول

الوصية تصرف من التصرفات التبرعية، تكون معلقة النفاذ إلى بعد وفاة الوصي. وللوصية طرفان رئيسيان هما الموصي والموصى له. يشترط في الأول بلوغ سن الرشد القانوني، سلامة العقل، وكذا خلو الإرادة من العيوب.

وأما الطرف الثاني فهو مستحق الوصية، ويشترط فيه ألا يكون جهة معصية، ولا وارثا للموصي، كما يشترط أن يكون معلوما غير مجهول، ولا قاتلا للموصي، وغير وارثا له.

أما فيما يخص محل الوصية أي الموصى به، وجب أن يكون مالا متقوما، أي مما يمكن الانتفاع به، قابلا للتوارث وقابلا للتمليك، كما يشترط أن يكون موجودا عند الوصية، و ألا يكون مستغرقا في دين، وألا يزيد عن ثلث التركة.

إلا أن الموصي قد يضيف على تصرفه التبرعي (الوصية) صبغة المعاوضة، كأن يستتر هذا التصرف بالبيع، حيث ظاهره بيع وباطنه وصية، كل هذا هروبا من الشروط السابق ذكره.

غير أن المشرع والشرع عالجا مثل هذا التحايل عن طريق شبهة اعتبار التصرف وصية مستترة، ذلك تحت طائلة إبطال التصرف بطعن صاحب المصلحة.

الفصل الثاني

الفصل الثاني

الأحكام القانونية للتصرفات الساترة للوصية

للإنسان الحرية في إبرام أي تصرف قانوني يراه مناسباً، سواء كان هذا التصرف بعوض أو بغير عوض و دون أي قيد، غير أنه عند إصابته بمرض ما فإن من شأن هذا المرض أن يقيد حرية المريض في إبرام تصرفاته قانوناً¹. إلا أنه ليس كل مرض يمكنه تقييد حرية المريض في إجراء هذه التصرفات، بل يشترط في هذا المرض أن يكون مميتاً أي سبباً مباشراً لوفاة الشخص المريض². وخلال هذه الفترة قد يلجأ المريض إلى إجراء تصرف تبرعي مع إظهاره على أنه تصرف بمعاوضة.

كما أن الشخص خلال تمتعه بكامل الصحة قد يتصرف لأحد الورثة أو للغير تصرفاً ظاهره منجز في حياته إلا أنه في حقيقته هو تصرف مضاف إلى ما بعد الموت أي نفاذه يكون بعد موت الشخص، حيث يبقى بالشئ مع حيازته طول حياته³.

كل هذه التصرفات في حقيقتها هي تحايل على القانون المقيد لحرية الإيضاء، لذا وضع المشرع قرائن قانونية من أجل منع التحايل وضماناً لحقوق الورثة.

هذه القرائن تتعلق بالتصرفات المبرمة في مرض الموت (المبحث الأول) كما في التصرفات لوارث مع الاحتفاظ بحيازة العين و الانتفاع بها مدى الحياة (المبحث الثاني).

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الحديث، ج 4، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 313.

² المرجع نفسه، ص 313.

³ المادة 777 ق م "يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك".

المبحث الأول

الأحكام الخاصة لبعض تصرفات المريض مرض الموت

الأصل في تصرفات المريض مرض الموت أنها صحيحة في حال إنشائها لصدورها من أهلها، وعدم العلم باتصال الموت بهذا المرض، إلا أن المشرع جعل بعض التصرفات الصادرة من المريض قابلة للإبطال إذا اتصل الموت بالمريض، وذلك حماية لمصالح الدائنين والورثة وهذه التصرفات التي يمكن إبطالها بعد موت المورث هي التي تمس بحقوق الدائنين والورثة، وتؤدي إلى إنقاص مال المريض كالهبة (مطلب أول) والإقرار والإبراء والوقف (مطلب ثاني)، هذا إذا تجاوزت هذه التصرفات ثلث التركة.

المطلب الأول

أحكام الهبة في مرض الموت

الهبة سبب من أسباب كسب الملكية أحاطها المشرع بضوابط قانونية، إلا أنه تشدد في هذه الضوابط إذا صدرت الهبة في مرض الموت، فتأخذ حكم الوصية (فرع أول) وتصبح تصرفا مضافا لما بعد الموت، كونها من أكثر التصرفات التي تضر بالمورث ضررا محضاً، لأنه لا يأخذ مقابلاً لما يعطيه¹.

وقد عرفت المادة 202 من قانون الأسرة "الهبة تمليك بلا عوض ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجاز شرط".

فالهبة إذا هي تمليك بلا عوض، وهي من العقود التي تغني ذمة وتفقر أخرى، لذلك أحاطها المشرع بقواعد هامة لاسيما تلك المتعلقة بأهلية المتبرع، فإذا كان الواهب أهلاً للتبرع من غير مرض جاز له أن يهب شرعاً وقانوناً كل ماله لمن يشاء وارثاً (فرع ثاني) كان أم

¹ المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري.

أجنباً¹ طبقاً لنص المادة 205 من قانون الأسرة "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءاً منها عينا أو منفعة أو ديناً لدى الغير".

إلا أن حرية الشخص في الهبة تتقيد ابتداءً من مرض الموت، فيحق لصاحب المصلحة الطعن فيها بعد موت الواهب² حتى ولو تصرف، وذلك طبقاً لنص المادة 204 من قانون الأسرة التي نصت على أن "الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية".

كما يمكن أن تكون الهبة مستترة، (فرع ثالث) أي ظاهراً عقد آخر كالبيع و باطنها هبة.

الفرع الأول

خضوع الهبة لحكم الوصية

الأصل أنه للشخص كامل الحرية في التصرف في ماله كيفما شاء، إلا في مرض الموت، وذلك طبقاً للمادة 204 من قانون الأسرة، وعليه فالهبة في مرض الموت أعطتها المشرع حكم الوصية بنص صريح، والواهب في مرض الموت تأخذ هبته حكم الوصية، وتسري عليها أحكامها من عدم جواز الإيضاء بأكثر من الثلث، وعدم جواز الإيضاء لوارث كل ذلك مع إمكانية إجازة الورثة، وفي هذا الصدد نميز بين حالتين:

الأولى إذا لم تزد قيمة الشيء الموهوب عن ثلث التركة، وكان التصرف في مرض الموت، ولم تتجاوز قيمته حدود ثلث التركة، تصح هبته ولا تتوقف على إجازة الورثة، وذلك وفقاً لما تقتضيه المادة 185 من قانون الأسرة: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة".

¹ محمودي عبد العزيز، المرجع السابق، ص 54.

² عبد الرزاق أحمد السنهاوري، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 316.

أما الثانية إذا زادت قيمة الشيء الموهوب عن الثلث فلا تصح الهبة إلا بإجازة الورثة، فإن لم يجيزوه وجب على الموهوب له أن يرد إلى الورثة ما جاوز الثلث من التركة. أي أن يرد ما بقي بتكملة ثلثها وهذا وفق ما تقتضيه المادة 185 من قانون الأسرة¹.

الفرع الثاني

الهبة لوارث

لا تتحقق الهبة بأن يتصرف الواهب في ماله دون عوض بل وجب قيام العنصر المعنوي فيها، وهو نية التبرع، فقد يتصرف الشخص في ماله دون عوض و لكن لا يقصد التبرع ومثال ذلك الوفاء بالتزام طبيعي له، كأن يعطي مالا لابنته من أجل جهازها، أو كإعانتته لابنه في تكاليف زواجه.

أما الهبة لوارث فقد تحمل معنى تفضيل بعض الورثة على آخرين، والأصل هو المساواة بين الأولاد في العطية، مصداقا لقوله عليه الصلاة والسلام "سوا بين الأولاد في العطية ولو كنت مؤثرا لآثرت النساء على الرجال".

إلا أن الهبة لوارث جائزة عموما ولا تنقيد إلا في مرض الموت، وعلى ذلك فالشخص كامل الأهلية صاحب المال، له أن يهب من المال ما يشاء حتى ولو جرد أولاده من احتمال استحقاقهم للميراث، إذ الثابت بأنه لا ميراث إلا بعد واقعة الوفاة، ومع هذا لا تصل حرите إلى تقسيم تركته حال حياته، ومن ثم لا يبقى للوارث صاحب المصلحة إلا أن يدعي بأحكام الحجر أو السفه وأي داع قانوني آخر يبطل التصرف متى توافرت شروطه .

أو أن يثبت أن مورثه عند قيامه بالهبة كان مريضا مرض موت، بهذا تنقيد هبته لصالح الوارث الطاعن².

¹ فمقدار الوصية هو ثلث التركة و ما زاد عن الثلث لا يصح إلا بإجازة من الورثة ومن لم يجزها منهم لا تسر في حقه.

² المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الثالث

خضوع الهبة المستترة لأحكام الهبة الموضوعية

الهبة المستترة إذا كانت لا تخضع لأحكام الهبة الشكلية، فإنها تخضع لأحكامها الموضوعية، ويترتب على ذلك أن الهبة المستترة تعتبر هبة تستلزم أهلية التبرع من الواهب، ويجب أن يكون الواهب مالكا لما تبرع فيه، ويتحقق فيها من ضمان الاستحقاق وضمان العيب، وتعتبر تبرعا بالنسبة إلى الدعوى البولصية، ويجوز فيها الرجوع إلا إذا وجد مانع، وإذا أصدرت في مرض الموت كان لها حكم الوصية¹.

وعلى من يدعي أن العقد الظاهر ليس إلا هبة مستترة، تحمل عبء الإثبات، فإذا ادعى المتصرف مثلا أن البيع الصادر منه إلى المشتري ليس إلا هبة مستترة وأنه يريد الرجوع فيها، فعليه هو أن يثبت ذلك وفق القواعد العامة المقررة في الإثبات إذا كان التصرف مكتوبا²، و لم يجز إثبات التستر إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها، ولذلك يكون من الخير للواهب في الهبة المستترة أن يحصل على ورقة الضد من الموهوب له يقرر فيها هذا العقد الظاهر الذي هو في حقيقته هبة مستترة حتى يتيسر للواهب إثبات التستر بالكتابة عند الاقتضاء³.

أما إذا كان الذي يدعي استتار الهبة هو الغير الدائن للواهب وعليه إذا طعن في الهبة المستترة بالدعوى البولصية فهو الذي يتحمل عبء الإثبات، ولكن له أن يثبت الاستتار بجميع طرق الإثبات، ويدخل في ذلك البيئة والقرائن لأنه من الغير، لا يكلف الإثبات بالكتابة، وقاضي الموضوع هو الذي يبت فيما إذا كان التصرف المطعون فيه هو هبة

¹ عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 5، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1968، ص 95.

² المرجع نفسه، ص 96

³ (إذا كان التصرف المكتوب إقرارا بدين، فعلى الواهب أن يثبت بجميع الطرق أن السبب هو التبرع لأنه لا يثبت عكس ما هو مكتوب ولا يجاوزه وإنما هو يفسر المكتوب).

مستترة ناظرا في ذلك إلى ظروف التصرف وملابساته، ولا معقب على تقديره من المحكمة العليا¹.

فإذا كانت الهبة المستترة معفاة من الشكالية والعينية على اعتبار أنها لا تخضع لأحكام الهبة الشكالية فإنها تخضع لأحكامها الموضوعية، ويترتب على ذلك أن الهبة المستترة تعتبر هبة وتستلزم أهلية التبرع في الواهب، ويجب أن يكون الواهب مالكا لما تبرع به ويتحقق فيها ضمان الاستحقاق وضمان العيب، وتعتبر تبرعا بالنسبة إلى الدعوى البوليصية كما ذكرنا سابقا .

والحديث عن الهبة يجرنا للحديث عن الهبة المباشرة وغير المباشرة، فالهبة المستترة هي هبة مباشرة إذ ينقل فيها الواهب إلى الموهوب له حقا عينيا، أو يلتزم له بحق شخصي. وكذلك ظاهرها غير حقيقتها، فهي هبة لكنها تظهر تحت اسم عقد آخر، أما الهبة غير المباشرة فظاهرها كحقيقتها، فهي هبة في الحقيقة، وفي الظاهر.

ومن بين صور الهبة المستترة نذكر ما يلي :

- هبة مستترة في صورة حوالة الحق، فيجعل صاحب الحق حقه إلى المحال على سبيل التبرع غير أن في الحوالة مقابلا يستتر به الهبة.
- الهبة المستترة في صورة قرض، فيكتب الواهب سندا عليه بمبلغ من النقود، يقول أنه يتسلمه على سبيل القرض، ويكون في الحقيقة، قد التزم به على سبيل التبرع².
- هبة مستترة في صورة إقرار بالدين، فيكتب الواهب إقرارا مدينا عليه، وهو في الحقيقة غير مدين، وإنما الالتزام على حساب التبرع.

¹ عبد الرزاق احمد السنهاوي، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 5، المرجع السابق، ص 88، 89.

² محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري لمقارنة أحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003، ص 219، 220.

المطلب الثاني

أحكام الإبراء و الإقرار والوقف في مرض الموت

الإبراء والإقرار والوقف كلها تصرفات تبرعية تفقر ذمة المورث، لذا قيد المشرع حرية المورث في إجراءاتها وخاصة في مرض الموت، فأحكام الإبراء في مرض الموت (فرع أول) هي نفسها أحكام أي تصرف تبرعي آخر، أما الإقرار في مرض الموت (فرع ثاني) فحكمه حكم الوصية، وبالنسبة للوقف في مرض الموت (فرع ثالث) فله حكم الهبة في مرض الموت¹.

الفرع الأول

أحكام الإبراء المريض مرض الموت

الإبراء هو إسقاط شخصا حقا له في ذمة شخص آخر، كإسقاط الدائن دين له في ذمة المدين، وإذا كان الحق المتنازل عنه ليس في ذمة شخص كحق السكنى وحق الشفعة فإنه لا يعتبر التنازل عنه إبراء بل هو إسقاط محض. فليس كل إسقاط إبراء و لكن كل إبراء هو إسقاط².

ولقد نصت المادة 306 من القانون المدني الجزائري "تسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع"³.

كما نصت المادة 305 من القانون نفسه "ينقضي الالتزام إذا برأ الدائن مدينه اختياريا ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين، ولكن يصبح باطلا إذا رفضه المدين".

فالمريض مرض الموت إذا تنازل عن دينه طبق عليه حكم الوصية، وذلك وفق أحكام الشريعة الإسلامية، فإذا كان الذي أسقط دينه أحد الورثة وكان له ورثة آخرون، فلا ينفذ الإبراء إلا بإجازتهم سواء ساوى الثلث أو فاقه أو أقل منه، أما إذا كان المبرأ أجنبيا عن

¹ محمودي عبد العزيز، المرجع السابق، ص 57.

² في بعض الحالات يكون التنازل عن حق في ذمة شخص ليس إبراء بل هو إسقاط حق فقط، أما فيما يخص إبراء الدين فهو إسقاط

³ تطبيق المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري.

المريض فإنه ينظر إلى مقدار الدين المتنازل عنه إلى التركة، فإن لم يتجاوز ثلث التركة نفذ الإبراء، وإن لم يجزه الورثة، أما إذا جاوز الثلث فإن الزائد منه يكون موقوفاً على بقية الورثة ذلك أن الإبراء وصية وقضاء الدين مقدم على الوصية فإذا أجاز الدائن الإبراء فإن إجازته تعد إبراءاً للميت عن الجزء الذي أجازته فقط، لذلك احتاج إلى إجازة الزائد على الثلث. وإن أبرأ المريض أحد المدينين، وكانت التركة مستغرقة بالديون، لم ينفذ إبرائه لتعلق حق الغرماء¹.

وباعتبار أن الإبراء تصرف صادر بإرادة واحدة من جانب الدائن، إلا أنه لا يتم إلا إذا وصل إلى علم المدين، ولهذا الأخير الحق في رده متى وصل إلى علمه²، وليس هناك شروط من الناحية الشكلية لأن الإبراء يعتبر هبة غير مباشرة والهبات غير المباشرة، لا تشترط لانعقادها الرسمية التي تشترط فيه الهبات المباشرة³.

ولعل الحماية هنا للدائنين تكفلها قاعدة "لا تركة إلا بعد سداد الديون" باعتبارها قاعدة توازن بين مصلحة الوارث والدائن والمورث نفسه، بل قد يصل مداها إلى حماية استقرار التعامل باعتباره أسمى الأهداف في كل تشريع.

الفرع الثاني

أحكام الإقرار في مرض الموت

الإقرار هو اعتراف شخص بحق لغيره عليه، ويعد من أقوى أدلة الإثبات، فقد يقر المورث وهو في مرض موته بحق في ذمته لوارث أو لغير وارث حينئذ يأخذ هذا الإقرار حكم الوصية⁴، وجاءت أحكامه في المواد 341 و342 من القانون المدني والإقرار حسب نص المادة 341 "هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة"، وعليه يمكن القول أن الإقرار القضائي هي

¹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته - تنمية العقود الملكية وتوابعها -، د ط، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1989، ص 332.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الوقف، الحوالة، الانقضاء، ج 3، د ط، ص ص 760-761.

³ المرجع نفسه، ص 761.

⁴ أنور الطلبة، العقود الصغيرة، - الهبة والوصية -، د ط، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، مصر، 2004، ص 302.

شهادة من المقر على نفسه لمصلحة خصمه ولم يرد بشأن إقرار المريض مرض الموت نص خاص في القانون المدني¹.

والإقرار من الوسائل التي وضعها المشرع للإعفاء من الإثبات، حيث يعفي الخصم من إقامة أي دليل على ما يدعيه والإقرار إما قضائي أو غير قضائي، وقد عرف المشرع الإقرار القضائي في مادته 341 من القانون المدني كما سبق ذكره والإقرار القضائي يكون حجة على المقر، ولا يتعداه كقاعدة عامة، فإذا أقر الشخص قضائيا ثم مات قبل صدور الحكم فإن إقراره لا ينصرف إلى ورثته لكن إذا صدر الحكم قبل وفاته، فإن هذا الحكم يكون حجة عليهم.

أما الإقرار غير القضائي جاء في قرار المحكمة العليا: " حيث أنه من المقرر فقها واجتهادا أن لا يجوز التمسك بإقرار البائع أنه قبض الثمن ولو ذكر ذلك في عقد البيع لأن هذا الإقرار من مريض مرض الموت، ولا يعتد به لأن الشبهة قائمة بين البائع والمشتري أنهما متواطئان على تصوير أن هناك ثمنا دفع"².

الفرع الثالث

أحكام الوقف في مرض الموت

نظم المشرع الوقف في المواد 213 و 219 من قانون الأسرة الجزائري ، ثم صدر قانون التوجيه العقاري الذي نص في مادته 31 على "الأمالك الوقفية هي الأملاك العقارية التي حبسها مالكها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائما تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة سواء كان هذا التمتع فوريا أو عند وفاة الموصين، الوسطاء الذين يعينهم المالك المذكور".

وأحالت المادة 32 منه خضوع تكوين الأملاك الوقفية وتسييرها إلى قانون خاص وفعلا صدر هذا القانون تحت رقم 91-10 بتاريخ 1991/04/27 ج رقم 21، يتعلق

¹ محمودي عبد العزيز، المرجع السابق، ص 57.

² قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 09-07-1984، ملف رقم 33719، المجلة القضائية، العدد الثالث، 1989، ص 53.

بالأوقاف¹ والذي عرفه في المادة 3 منه على أن " الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير"، ومن قبل عرّفته المادة 213 من قانون الأسرة بنفس التعريف، وينقسم الوقف لعام وخاص.

كما أعطت المادة 32 للدائنين الحق في طلب إبطال الوقف في مرض الموت، إذا كان الدين يستغرق جميع أموال المورث ، وبالرجوع إلى قانون الأسرة، نجد أن المادة 215 نصت على انه تطبق أحكام المادة 204 منه على الوقف والتي تنص على اعتبار الهبة في مرض الموت والحالات المخيفة وصية.

وعليه فإن الوقف في مرض الموت يأخذ حكم الهبة في مرض الموت، وتسري عليه أحكام الوصية، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه "حيث ان المادتين 215 و 204 من قانون الأسرة تنص على بطلان الحبس في مرض الموت والحالات المخيفة وأن حالة(ع.م) الذي أقام الحبس موضع النزاع في أوت 1987، كان يعاني منذ سنة 1985 من مرض خطير لازمه إلى يوم وفاته²."

وحماية للورثة من تصرفات مورثهم الماسة بحقوقهم فإن المحكمة العليا اعتبرت في عدة قرارات لها أن عقد الحبس الذي يحرر بسوء نية بقصد حرمان أحد الورثة من الميراث يعد باطلا بغض النظر عن وقوعه في مرض الموت من عدمه³.

إضافة إلى ذلك فإن الوقف الخاص يشترط فيه اكتساب الموقوف عليه الانتفاع أثناء حياة الواقف، فالواقف على النفس ثم الورثة يأخذ حكم الوصية، حيث يكون الوقف باطل إذا لم تتم حيازة الموقوف عليه قبل إفلاس أو موت الواقف أو قبل مرض الموت⁴.

وعليه إذا ظل الواقف ينتفع بالعين الموقوفة إلى حين وفاته فلا يمكن أن ينفذ الوقف الخاص إلا على أساس أنه وصية طبقا لقرنية المادة 777 من القانون المدني.

¹ القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27/04/1991، يتعلق بالأوقاف ج ر 21، المؤرخة في 08 ماي 1991 المعدل والمتم.

² قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 23/11/1993، ملف رقم 96675، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001، ص302.

³ القرار الصادر بتاريخ 16/11/1999، ملف رقم 230617، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001، ص311.

⁴ زروق عبد الرؤوف، حموش محمد، المرجع السابق، ص41

وما يؤكد ذلك هو أن المواد التي كانت تنظم الوقف الخاص، ألغيت بموجب القانون 10-02، وأحالت المادة الأولى المعدلة إلى الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها فيفهم من ذلك أن الوقف الخاص يخضع للأحكام المطبقة على الهبة والوصية حسب الحالة التي يقررها الواقف في العقد.¹

المبحث الثاني

ستر الوصية تحت اسم البيع

قد يحاول البعض التحايل على القانون، فيعتمد مثلاً إلى تصوير الوصية بصورة عقد بيع حيث في العقد مثلاً أن الأب باع لابنه فلان أحد بيوته بمبلغ معين. وقد يكون هذا العقد في حقيقته مجرد وسيلة لإخفاء وصية مستترة، خاصة إذا كان هذا البيع في فترة مرض الموت (مطلب أول)، وقد يحتفظ الأب البائع بالحيازة والانتفاع مدى حياته (مطلب ثاني).

المطلب الأول

أحكام البيع في مرض الموت

البيع من أهم العقود المسماة تداولاً من الناحية العلمية بين الأشخاص، كما تظهر أهمية كونه العقد الأول الذي نضمه المشرع بأحكام خاصة، وقد يلجأ المتصرف إلى التصرف بالبيع وهو ما يظهر حقيقة ساترة لتصرف مضاف في الأصل إلى ما بعد الموت. ولتفريقه عن العقود الأخرى وجب معرفة مفهومه (فرع أول) وكذا معرفة خصائصه (فرع ثاني).

¹ محمودي عبد العزيز، المرجع السابق، ص 55-56.

الفرع الأول

مفهوم عقد البيع

من أجل الإحاطة بمفهوم واضح لعقد البيع و جب تعريفه (أولا) ثم معرفة خصائصه (ثانيا).

أولا تعريف عقد البيع: حيث عرفه الدكتور شفيق الجراح " البيع عقد بموجبه يقوم أحد الأشخاص و يدعى بائعا بنقل و ضمان ملكية شيء ما أو حقا ماليا إلى شخص آخر يسمى المشتري و ذلك مقابل ثمن نقدي يلتزم به المشتري"¹. و عرفه المشرع الجزائري في المادة 351 من القانون المدني " البيع عقد يلزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي"².

ثانيا خصائص عقد البيع: للبيع عدة خصائص منها:

أنه عقد ملزم لجانبين إذ يلزم البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر ويلزم المشتري بأن يدفع ثمنا نقديا آخر. وهو عقد معاوضة فالبايع يأخذ ثمنا مقابل المبيع والمشتري يأخذ المبيع مقابل الثمن، وبهذا يخرج البيع عن دائرة التبرعات.

كما أنه عقد رضائي إذ ينعقد بمجرد تراضي المتعاقدين (البائع والمشتري)، ولم يشترط القانون لانعقاده شكلا خاصا إلا ما استثنى بنص في ما يتعلق بالبيع العقاري أو بعض المنقولات الخاصة تطبيقا لنص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني وقوانين الشهر العقاري³.

وكذلك هو عقد ناقل للملكية يرتب في ذمة البائع إلزاما بنقل ملكية المبيع أو الحق المالي إلى المشتري.

¹ شفيق الجراح، القانون المدني - العقود المسماة- عقد البيع، المطبعة القانونية، مديرية الكتب الجامعية، دمشق، سوريا، 1985، ص63.

² المادة 351 من قانون المدني الجزائري.

³ محمود حسنين، المرجع السابق، ص29.

أما ما يميز عقد البيع التزام المشتري فيه بدفع ثمن نقدي، ويعد محورا هاما للتمييز بين البيع والتصرفات الأخرى، ومن بينها الوصية، فالثمن عبارة عن مبلغ نقدي يلتزم المشتري بدفعه للبائع مقابل نقل ملكية حق المبيع، ويشترط فيه أن يكون نقداً أن يكون جدياً ومقدراً أو قابلاً للتقدير¹.

الفرع الثاني

حكم البيع في مرض الموت

قد يجري الشخص في مرض الموت تصرفات كالبيع، هذا البيع تمون له أحكام خاصة وذلك لإفترض شبهة انعدام الثمن أو ستره لتصرف تبرعي كوصية أو هبة، لا سيما إذا ما تم لوارث ولذلك خصه المشرع بأحكام خاصة، سواء كان هذا البيع لوارث (أولاً) أو لغير وارث (ثانياً) أ يصدر ممن لا وارث.

أولاً البيع في مرض الموت لوارث: تنص الفقرة الأولى من المادة 408 من القانون المدني "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"².

وقد فرق المشرع في هذه المادة بين صدور البيع للوارث ولغير الوارث، وذلك على أساس أحكام الوصية المقررة بموجب المادتين 185 و189 من قانون الأسرة.

والمراد بالوارث في جميع أحكام بيع المريض مرض الموت هو من يكون وارثاً وقت موت المورث، ولو لم يكن وارثاً وقت البيع، أما من كان وارثاً وقت البيع، وأصبح غير وارث وقت موت المورث فلا يعتبر وارثاً في هذه الأحكام³.

¹ محمودي عبد العزيز، المرجع السابق، ص75.

² المادة 408 من القانون المدني الجزائري.

³ عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الحديث، ج 4، ص 322.

فلو لم يكن للمورث وقت البيع من الورثة غير بنت وزوجة وأخت ثم رزق بعد البيع مولودا ذكرا، اعتبر الابن وارثا، ولو أنه لم يكن موجودا وقت البيع، ولم تعتبر الأخت وارثة لأنها لا ترث وقت الموت، وإن كانت تعتبر وارثة وقت البيع¹.

وعلى بحسب الفقرة الأولى من المادة 408 فإن بيع المريض مرض الموت لوارثه، يكون صحيحا بين عاقيه غير أنه لا ينفذ في حق الورثة إلا إذا أجازوه، والورثة من تثبت لهم الصفة وقت وفاة المريض المورث، وليس وقت البيع، وفي ذلك مثال جاء في حكم المادة 477 من القانون المدني المصري "إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت..." بخلاف المشرع الجزائري في نص المادة 408، لم يبين بدقة تقدير قيمة المبيع بالنظر إلى التركة الموروثة² وبذلك فالعبرة في صفة الوارث بتاريخ وفاة المورث وليس بتاريخ إجرائه التصرف³.

وبذلك فإن الوارث الذي لم تكن له هذه الصفة وقت انعقاد البيع، وتحققت له وقت الوفاة، له حق الاعتراض وعدم قبول نفاذ البيع الذي أجراه مورثه بقدر حصته، لأن صفة الوارث تتحقق بها، هذا ما أكدته المادة 393 من المجلة العدلية⁴: "إذا باع شخص في مرض موته شيئا من ماله لأحد ورثته، يصير ذلك موقوفا على إجازة سائر الورثة فإن أجازوا بعد موت المريض، ينفذ البيع وإن لم يجيزوا لا ينفذ".

ثانيا البيع في مرض الموت لأجنبي (لغير الوارث): اعتبرت الفقرة 2 للمادة 408 من القانون المدني البيع لغير الوارث في مرض الموت غير مصادق عليه، ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال، وما يلاحظ على هذا النص أنه غامض وذلك لاختلاف النص العربي عن النص الفرنسي في أساس الجزاء، فالعربي يعتبر التصرف غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال والفرنسي يعتبر أن البيع قد تم دون رضاه إفتراضا، فطبقا للنص العربي

¹ محمودي عبد العزيز، المرجع السابق، ص 88.

² محمودي عبد العزيز، المرجع السابق، ص 88.

³ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الحديث، المرجع السابق، ص 329.

⁴ زروق عبد الرؤوف، حموش محمد، المرجع السابق، ص 36.

يكون أساس القابلية للإبطال هو أن البيع غير مصادق عليه، وهذا مصطلح غريب على أحكام القانون المدني¹.

ولا ندري أي معنى قانوني يقصد المشرع من ذلك، بل إن المشرع وعلى خلاف بعض التشريعات الأخرى كالمصري، لم يظهر هل أن البيع تم دون ثمن أصلا أو بأقل من قيمة المبيع، أو إذا كان فيه محاباة تجاوز ثلث التركة ونسبة الثمن²، ولذلك وجب تبيان بعض الفرضيات الفرضيات.

الأولى البيع دون ثمن نقدي ويقصد به المقابل النقدي وهو من الخصائص الأساسية في عقد البيع، ولا يستقيم المعنى القانوني لعقد البيع دون توافر خاصية الثمن طبقا للمادة 351 من القانون المدني، فإذا لم يستطع المشتري أن يثبت دفعه للثمن، اعتبر التصرف هبة، وكان لها حكم الوصية في مرض الموت، وخصت في ذلك أحكام الوصية تطبيقا لنص المادة 204 من قانون الأسرة والمادة 776 من القانون المدني.

الثانية البيع بما لا يقل عن القيمة فالثابت قانونا أنه إذا أثبت المشتري أنه دفع للبائع ثمنا لا يقل عن قيمة المبيع، اعتبر هذا البيع صحيحا منتجا لآثاره وناظرا في حق الورثة دون حاجة لإجازتهم، لانتفاء شبهة المحاباة في الثمن³، وهو حكم جل التشريعات العربية التي عملت بأحكام الشريعة الإسلامية، وهذا بخلاف القانون المدني الجزائري الذي جاء حكمه عاما من أن البيع قابل للإبطال لمصلحة الوارث.

الثالثة البيع بأقل من القيمة بما لا يجاوز ثلث التركة فإذا كان مقدار ما دفعه المشتري ثمنا للمبيع وقت الموت لا يتجاوز ثلث التركة مع احتساب المبيع نفسه، كان من المفروض أن يكون البيع صحيحا، نافذا في حق الورثة دون حاجة لإجازتهم لأن هذا يعتبر وصية لغير الوارث فيأخذ حكمها⁴.

¹ المادة 408 من القانون المدني الجزائري.

² محمودي عبد العزيز، مرجع سابق، ص 90.

³ شفيق الجراح، مرجع سابق، ص 84.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الحديث، ج 4، المرجع السابق، ص 329.

بحيث يجوز الإيصاء لغير الوارث في حدود الثلث لكن بما أن التصرف تم في شكل بيع، يخضع المنوط للمادة 408 ولأجل ذلك يكون قابلا للإبطال¹.

وهذا ما ذهبت إليه المادة 395 من المجلة العدلية "إذا باع شخص في مرض موته ماله بأقل من ثمن المثل ثم مات مديونا وتركته مستغرقة، كان لأصحاب الديون أن يكلفوا المشتري بإبلاغ قيمة ما اشتراه إلى ثمن المثل وإكماله وأدائه للتركة فإن لم يفعل فسخوا البيع".

الفرع الثالث

حماية الغير حسن النية في بيع مريض مرض الموت

قد يقوم المشتري عن المريض مرض الموت ببيع العين المبيعة إلى آخر، أو بترتيب حق عيني آخر عليها بمقابل لصالح الغير، كالرهن أو الانتفاع أو الارتفاق فاستعمال الورثة المتضررين من البيع في مرض الموت حقهم المبين في المادة 408 من القانون المدني، يهدد مركز الغير، ويمكن أن يلحق به بالغ الضرر، ومن ثم يمس ذلك باستقرار التعامل وعليه فإن العدالة استلزمت حماية هذا الغير من الضرر الذي يصيبه من ذلك، فجاء المشرع في المادة 409 من نفس القانون والتي تنص على ما يلي: "لا تسري أحكام المادة 408 على الغير الحسن النية إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع".

وعليه فإن هذه المادة تلزم توافر شرطين أساسيين²

الأول يجب أن يكون اكتسابه لملكية المبيع أو للحق العيني عليه بعوض، وإلا كان الورثة أولى بالحماية إذا انتقل الحق إليه تبرعا بحيث يحوز للورثة أن يتتبعوا العين في يد المتبرع له وأن يستوفوا منهم حقهم غير مثقل بحق الغير، وذلك ما لم تكن العين منقولا وجازه المتبرع له بحسن نية، إذ يصبح مالكا بمقتضى الحياة في هذه الحالة.

¹ المادة 408 من القانون المدني الجزائري.

² محمودي عبد العزيز، المرجع السابق، ص 99.

وإذا كان المبيع عقارا حتى يستفيد الغير من أحكام المادة 409 من القانون المدني يجب أن يكون التصرف الذي اكتسب به الحق العيني في سند رسمي مشهر. فورثة البائع يعتبرون من الغير بالنسبة للتصرفات التي يبرمها المشتري، وعليه لا يكون لها أثر بالنسبة لهم إلا من تاريخ شهرها في مجموعة البطاقات العقارية.

الثاني وبالرجوع إلى المادة 409 من القانون المدني فإنها تشترط أيضا أن يكون الغير الذي اكتسب حقا عينا على المبيع من المشتري حسن النية لا يعلم وقت تعامله مع المشتري أن للورثة حقا فيها، وأن التصرف السابق كان فيه البائع في مرض الموت، أما إذا علم بذلك بعد التصرف الذي أكسبه الحق العيني فإن ذلك لا يؤثر في حسن نيته¹.

أما في حالة كون هذا الغير سيئ النية كأن يخبره أخبره الورثة قبل أن يقدم على ذلك بعدم إجازتهم لتصرف مورثهم الذي تم في مرض موته، فلا يجوز له عندئذ الاستفادة من هذه الحماية، ويجوز للورثة تتبع العين تحت يده أو استرجاع العين غير المثقلة بالحق العيني الذي كسبه عليها².

وعليه إذا توافر الشرطان السالفان فإن الغير يحتفظ بحقه الذي كسبه على العين المباعة فإن كان قد تلقى الملكية عن المشتري فلا يجوز نزعها منه، وإن كان قد ترتب له حق عيني آخر على المبيع فإن هذا الأخير يعود إلى التركة مثقلا بحق الانتفاع أو الارتفاق أو الرهن مثلا، وهذا بعد استعمال الورثة الحق الوارد في المادة 408 من القانون المدني³.

فالقانون يحمي الغير حسن النية الذي كسب بعوض حقا عينا على الشيء المباع في مرض موت، البائع ضد الورثة الذين يطالبون بعدم نفاذ ما فاق الثلث من التركة تطبيقا للمادة 408 من القانون المدني كما ذكرنا سالفا، وذلك بتوافر شرطين أساسيين سالفا الذكرها: أن يكون الغير قد كسب حقه بعوض وأن يكون حسن النية⁴.

¹ محمودي عبد العزيز، المرجع السابق، ص 100.

² المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

³ المرجع نفسه، ص 101.

⁴ المرجع نفسه، ص 100.

وبتوافر الشروط الموضوعية لحماية الغير، يجب مع ذلك أن يكون هناك موازنة بين نتائج تطبيق المادة 409 من القانون المدني، والضرر الحاصل للورثة مستعملي حق الإبطال المقرر لهم قانوناً وبهذا تطرح مسألة مصير الورثة. من خلال عدم إجازة البيع وإبطاله¹.

كما للورثة الحق في إبطال عقد البيع الصادر من المورث إلى أحد ورثته واعتباره وصية وليس بيعاً، ذلك أن المورث لم يكن في حاجة لبيع أملاكه، وأنه لم يقبض ثمناً وظل واضعاً يده على أملاكه التي تصرف فيها حتى وفاته، كما احتفظ بالعقد ولم يسلمه للمتصرف له².

حيث يعتبر ركن الثمن معدوماً وبالتالي يبطل عقد البيع، ومن ثم تسري على التصرف أحكام المادة 776 من القانون المدني لاعتباره تصرفاً تبرعياً.

والنص جاء عاماً فهو يشمل كل التصرفات القانونية التي يراد بها التبرع، والتي يبرمها المريض بما في ذلك طبيعة حال الوصية، ويرى الظاهرية بأن الوصية لوارث لا تصح أصلاً فإن تم الإيصاء لغير وارث ثم بات وارثاً وقت الوصية فإنها تكون باطلة³. أما المالكية فعندهم السنة ثابتة ولا اختلاف فيها وأنه لا يجوز لوارث الوصية إلا إذا أجازها له الورثة، وإذا أجاز البعض ورفض البعض، جازت في من أجاز ولا تجوز في من أبى ورفض، فيأخذ حقه كاملاً دون إنقاص⁴.

وهذا التقيد كان السبب الذي يدفع البعض للتحايل على أحكام القانون لتجنب وقوع تصرفهم ضمن أحكام الوصية.

أما الانتفاع بالعين "المباعة" طوال حياة البائع، فقد يشترط أيضاً منع المشتري من التصرف في تلك العين طوال حياة البائع وهي شروط مشروعة في ذاتها، إذ يجوز أن

¹ شفيق الجراح، المرجع السابق، ص 88.

² حسن حسن منصور، المرجع السابق، ص 450.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الحديث، ج 4، المرجع السابق، ص 234.

⁴ المرجع نفسه، ص 235.

يقتصر البيع على ملكية الرقبة أو أن يشمل الملكية التامة، ثم يعير المشتري العين للبائع طوال حياته¹ كما يصح الشرط المانع من التصرف متى كان مبنيا على باع مشروع ومقصور على مدة معقولة، وهذه المدة قد تكون طوال حياة "البائع"، وإنما إذا قصد بها التحايل على القانون فيتعين أن يرد سعي المتحايلين عليهم، فإذا أثبت صورية الثمن وقصد التحايل، فإن العقد يأخذ حكم الوصية بالنسبة للورثة فلا ينفذ في حقهم بعد وفاة البائع فيما زاد على ثلث التركة، إلا بإجازتهم، وللورثة إثبات صورية الثمن قصد التحايل بكافة طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود والقرائن².

والدعوى بطلب بطلان عقد البيع على أساس أنه يستر وصية وإن وصفت بأنها دعوى بطلان إلا أنها في حقيقتها، وحسب المقصود منها إنما هي دعوى بطلب تقرير صورية هذا العقد صورية نسبية بطريق التستر، وهذه الدعوى لا تسقط بالتقادم لأن ما يطلبه رافعها إنما هو تحديد طبيعة التصرف الذي قصده العاقدان وترتيب الآثار القانونية التي يجب أن تترتب على النية الحقيقية لهما واعتبار العقد الظاهر لا وجود له، وهذه الحالة واقعية قائمة ومستمرة لا تزول بالتقادم، فلا يمكن لذلك أن يقلب العقد الصوري صحيحا مهما طال الزمن³.

ومتى طعن الوارث في العقد بأنه يستر وصية كان له إثبات طعنه بكافة طرق الإثبات لأن الوارث لا يستمد حقه في الطعن في هذه الحالة من المورث، وإنما من القانون مباشرة على أساس أن التصرف قد صدر إضرار بحقه في الإرث فيكون تحايلا على القانون⁴.

والتحايل ممنوع على أحكام الإرث لتعلقه بالنظام العام، وهو ما كان متصلا بقواعد التوريث وأحكامه المعتبرة شرعا كاعتبار شخص وارثا وهو في الحقيقة غير وارث أو العكس،

¹ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 220.

² محمد حسنين، المرجع السابق، ص 220.

³ المرجع نفسه، ص 221.

⁴ المرجع نفسه، ص 222.

وكذلك ما يتفرع عن هذا الأصل من التعامل في التركات، ويترتب على هذا أن التصرفات المنجزة الصادرة من المورث في حال حياته وصحته لأحد الورثة تكون صحيحة، ولو كان المورث قد قصد بها حرمان بعض الورثة، لأن التوريث لا يقوم إلا على ما يخلفه المورث وقت وفاته، أما ما يكون قد خرج من ملكه حال حياته فلا حق للورثة فيه¹.

كما أن الوارث لا يعتبر في حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث إلى وارث آخر، ومن القرائن² التي تدل على صدور التصرف في مرض الموت كأن يكون البيع المحرر بخط المشتري وتم تسجيله قبل الوفاة بأيام قليلة، ولو أن العقد يسجل تسجيلًا ابتدائيًا، ثم بعدها يتم تسجيله نهائيًا بصفة عامة.

ويكتسي تاريخ التصرف القانوني الصادر من مورثهم المريض أهمية بالغة بالنسبة إلى تحديد آثار العقد للورثة الدائنين³.

المطلب الثاني

التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحياة والانتفاع مدى الحياة

تنص المادة 777 من القانون المدني الجزائري على: "يعتبر التصرف وصية و تجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حياة الشيء المتصرف فيه و الانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك".

الفرع الأول

شروط قيام القرينة القانونية الواردة في المادة 777 من القانون المدني

من أجل قيام القرينة القانونية حسب المادة السابق ذكرها و لكي يعتبر الصرف وصية لأبد من قيام شرطين أساسيين:

أولاً: أن يتم التصرف لأحد ورثته والعبارة في تحديد صفة الوارث بوقت وفاة المتصرف لا بوقت انعقاد التصرف، فيعتبر وارثاً من أصبح كذلك وقت وفاة المتصرف، و لو لم يكن وارثاً

¹ حسن حسن منصور، المرجع السابق، ص 554.

² القرائن القانونية: وسيلة يهدف بها المشرع إلى إثبات واقعة غير معلومة، ولم يقدّم أي دليل على ثبوتها بالاستناد إلى أمور أخرى ثابتة ومعلومة.

³ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 5، المرجع السابق، ص 222.

وقت التصرف و لا يعتبر وارثا من لم يكن كذلك وقت الوفاة و لو كان وارثا وقت التصرف¹.

حيث تضمنت المادة 777 من القانون المدني نصا صريحا على وجوب أن يكون التصرف لوارث، لأن التصرف في الغالب لأحد الورثة بحكم أن الوصية غير جائزة له، وعليه فإنه لا يجوز أعمال هذه القرينة القانونية واعتبار التصرف وصية إذا ما تم لغير وارث²، و لا شك في أن هناك ظروفًا تدفع المورث إلى الإيصاء لغير الوارث بأكثر من ثلث التركة، كما لو كان ورثته من غير الأقربين، وكانت علاقة قوية تربطه بأجنبي فيوصي له بكل ماله، فيلجأ في هذه الحالة إلى الوصية المستترة³.

ثانيا: أن يحتفظ المتصرف بأي طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها والانتفاع بها مدى الحياة الحيازة هي وضع مادي، به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء أو حق من الحقوق، بقصد الظهور بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر، سواء أكان هذا الشخص صاحب الحق أو لم يكن كذلك، و تتحقق هذه السيطرة الفعلية لمباشرة أعمال تتفق ومضمون الحق و عادة ما يباشرها المالك نفسه.

وللحيازة عنصران مادي ومعنوي، أما العنصر المادي فيتمثل في مجموع الأعمال المادية التي يؤتيها الحائز، وهي عادة إحراز الشيء ولانتفاع به حتى يظهر بمظهر صاحب الحق. أما العنصر المعنوي يتجسد في اتجاه نية الحائز إلى مباشرة تلك الأعمال لحساب نفسه فتكون له نية الظهور بمظهر المالك، والحيازة لا ترد بمعناها الصحيح إلا على الحقوق العينية، أما الحقوق الشخصية فلا ترد عليها ويجب أن ترد على الأشياء المادية التي يمكن التسلط عليها تسلطا ماديا، والحق محل الحيازة قد يكون عقارا أو منقولا و قد يكون مفرزا أو شائعا⁴.

¹ فودة عبد الحكم، المرجع السابق، ص196

² زروق عبد الرؤوف، حموش محمد، المرجع السابق، ص44

³ عبد الرزاق السنهوري، العقود التي تقع على الملكية، المرجع السابق، ص220.

⁴ محمودي عبد العزيز، المرجع السابق، ص106

إلا أن الحيازة التي تعد شرطاً لقيام قرينة المادة 777 من القانون المدني تختلف عن الحيازة كسبب من أسباب الملكية¹، فاحتفاظ المتصرف بحيازة العين بأي طريقة معناه أن يكون حائزاً لها باعتباره منتفعاً لا مالكا، فيتحقق معه الركن المادي دون الركن المعنوي، وعليه فإن الحيازة المقصودة بنص هذه المادة هي السيطرة على الشيء محل التصرف أي أنه يكفي مجرد وضع اليد و لا يشترط توافر الركن المعنوي لها.

وبخصوص الانتفاع بالعين المحتفظ بها مدى الحياة فالمقصود بالانتفاع هو الحق العيني الذي يخول لصاحبه الانتفاع بشيء مملوك للغير، قد يكون له سلطة استعماله واستغلاله مع التزامه بالمحافظة عليه. مع رده لصاحبه عند نهاية حق الانتفاع الذي ينقضي حتماً بموت المنتفع، ومن خلال المادة 777 من القانون المدني فإن المتصرف يشترط لنفسه حق الانتفاع مدى الحياة، أي استعمال الشيء المتصرف فيه واستغلاله مدى الحياة، ويلاحظ أن المقصود من الاحتفاظ بالحق في الانتفاع وفقاً للمادة 777 من القانون المدني هو أن يكون المتصرف بالانتفاع بالعين مدة حياته مستنداً إلى حق ثابت لا يستطيع المتصرف إليه تجريده منه².

ويتم ذلك بعدة طرق منها أن يشترط لنفسه في عقد بيع يصدر منه حق الانتفاع بالعين المبيعة مدى الحياة، أو أن يستأجر العين مدى حياته من المتصرف إليه ببدل إيجار يحصل على مخالصة به دون أن يدفعه فعلاً، فيتمكن المتصرف من الاحتفاظ بالانتفاع بموجب عقد الإيجار، و على هذا النحو يجب حتى يعتد بقيام هذا الشرط المتعلق بالانتفاع مدى الحياة أن يكون الانتفاع لحساب المتصرف فلا يكفي لقيام هذه القرينة أن يحتفظ المتصرف بالانتفاع بالشيء أو يضمن العقد شرط يقضي بذلك، بل يجب أن يكون الانتفاع لحساب نفسه لا لغيره، فمتى كان الانتفاع موكولاً إلى مشيئة المتصرف إليه، ويستطيع أن ينتزع الانتفاع من يد المتصرف متى أراد أسقط تطبيق هذا الشرط.

¹ المرجع نفسه، ص 107.

² قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 22 نوفمبر 2002، ملف 201544، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، ج 2، 2004، ص 283.

وأن يستند حق الانتفاع إلى مركز قانوني فلا يكفي انتفاع المتصرف في العين فعليا و إن كان حتى وفاته ومن ذلك توثيق وشهر العقار لصالح الوارث مع بقاء المورث منتفعا به، هذا وأن مجرد الانتفاع الفعلي يسقط القرينة المنوه بها بنص المادة 777 من القانون المدني، وإن بقي لقاضي الموضوع حتى استخلاص قرائن قضائية بناء على دفع الطاعن في التصرف¹.

الفرع الثاني

أحكام التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحياة و الانتفاع مدى الحياة

إن التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحياة والانتفاع مدى الحياة وحتى نتمكن من معرفة سبب هذا الاحتفاظ والانتفاع بالحياة مدى الحياة وبالتالي إخضاعه لحكم قانوني لحماية كل المراكز و الحقوق القانونية وجب:

أولاً: خضوع التصرف لأحكام الوصية: وذلك بتوافر الشروط السابقة تقوم قرينة قانونية على أن تصرف المورث إلى أحد ورثته يعد وصية مستترة، وقد أُلحق المشرع هذا التصرف بالوصية وأعطاه حكمها، فهذه القرينة أقامها المشرع لرد الاحتيال على أحكام الوصية، ومن ثم إذا نجح الطاعن في إثبات طعنه داعياً على التصرف بأنه وصية مستترة بناء على أحكام نص المادة 777 من القانون المدني، فإن الوصية لا تجوز للوارث، ومن ثم يبطل التصرف سواء كان عقد هبة أو بيع باشتراك بقاء الحياة والانتفاع مدى الحياة للمورث المتصرف، ويجب في ذلك إعمال التفرقة بين انعقاد التصرف لوارث ولغير وارث، وكأنه بتطبيق حرفية نص المادة 777 من القانون المدني تلغي تطبيقها عندما يتم التصرف لأجنبي، ولا يحق للورثة الطعن على تصرف مورثهم الذي قصد منه حرمانهم من الإرث، ولكن سقوط القرينة القانونية لا ينفي العمل بالقرينة القضائية².

¹ قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 22 سبتمبر 1985، ملف 43301، المجلة القضائية، العدد 03، 1992، ص 63.

² محمودي عبد العزيز، المرجع السابق، ص 114.

ثانيا: إمكانية إثبات أن التصرف لم يكن وصية: إذا قام الدليل على توافر شروط قرينة المادة المذكورة، فيقع عبء الإثبات على من يتمسك بالقرينة سواء كان وارث أو دائئا للتركة. فيتعين على القاضي أن يجري حكم القرينة فيعتبر التصرف وصية، ومن ثم لا ينفذ في حق الورثة إلا في حدود الثلث، ولا ينفذ أيضا في حق الدائنين إذا كانت التركة مستغرقة بدين، لأن الديون مقدمة على الوصايا، ويكون للمتصرف إليه أن يثبت عكس هذه القرينة. كأن يثبت إن التصرف في حقيقته بيع وذلك بإقامة الدليل على واقعة دفع الثمن، أو يثبت أن التصرف قصد به انتقال الملكية حال حياة المتصرف.

ثالثا: صعوبة إثبات عكس هذا التصرف: إذا تم التصرف تطبيقا للمادة 777 من القانون المدني بموجب عقد رسمي سواء وقع التصرف في شكل عقد بيع أو هبة أو أي تصرف آخر، و غالبا ما يقع عمليا التصرف بالهبة للعين مع الاحتفاظ بالحيازة والانتفاع مدى الحياة، يجعل الأمر يصل إلى حد استحالة إثبات عكس هذه القرينة، لما للعقد الرسمي من حجية مطلقة في الإثبات لا يدحضه إلا الطعن بالتزوير، طبقا للأشكال القانونية المطلوبة.

ملخص الفصل الثاني

هروبا من الضوابط والقيود المفروضة على الوصية بدءا بمقدارها ومستحقها، يلجأ بعض الأشخاص إلى إجراء تصرفات ظاهرها يوحي أنها تصرفات بعوض، ونفاذها تم، أما في حقيقتها هي تصرفات دون عوض حيث يكون نفاذها مؤجل إلى ما بعد وفاة صاحب التصرف، مما يضعها تحت شبهة الإضرار بالورثة وبالتالي اعتبارها وصية مستترة.

فهي إذا تعتبر تحايل على القانون المنظم للميراث والوصية، وذلك بتوافر بعض القرائن القانونية، التي بوجودها أمكن إبطال هذه التصرفات، من بين هذه القرائن حدوث هذه التصرفات في فترة مرض المتصرف واتصال هذا المرض بموته، وهو ما يعرف بالتصرف في مرض الموت، وهذا وفق ما نصت عليه المادة 776 من القانون المدني الجزائري.

هذا إضافة إلى قرينة التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحياة والانتفاع مدى الحياة المنصوص عليها في المادة 777 قانون مدني جزائري.

وبذلك تعد هذه التصرفات تحايلا على نظام المواريث وذلك بستر التصرفات التبرعية بتصرفات معاوضة، هذا التستر هو في حقيقته تستر حكمي وعلى من يدعيه عبء إثباته.

مما يتيح له بعد ذلك إبطال التصرف الساتر .

خاتمة

الخاتمة

من خلال معالجتنا لموضوع حماية الورثة من الوصية ، توصلنا إلى أن الوصية هي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، بحيث تنجز في حياة الموصي لكن نفاذها مؤجل إلى ما بعد الوفاة.

فقد أجاز المشرع الوصية لما لها من فوائد وأهمية كبيرة لكن وجب التقيد بشروط بحيث لا يمكن أن تتجاوز الثلث، إضافة ألا يكون الموصي وارثا للموصي وقت استحقاق الوصية، ويتخلف احد هذه الشروط تقع الوصية تحت طائلة عدم النفاذ إلا بإجازة الورثة.

وقد توصلنا أيضا من خلال هذه الدراسة الى ان المشرع الجزائري قد كفل حماية للورثة من التصرفات الساترة للوصية التي ظاهرها تصرف منجز و باطنها تصرف مؤجل النفاذ لما بعد الوفاة ، وهي التي تتمثل في اجراء التصرف في مرض الموت وكذا البيع لوارث مع الاحتفاظ بالحيزة والانتفاع مدى الحياة .

هاذان التصرفان يعتبرنا قرينتان قانونيتان على وجود شبهة الأضرار بالورثة ، حيث يعدان من الضمانات الحمائية للورثة من الوصية المستترة ، كما تعد أيضا كل من الهبة والإبراء والوقف من التصرفات التبرعية الضارة بالورثة ، حيث اذا زادت عن الثلث توقف نفاذها على إجازة الورثة ، إما هبة مريض مرض الموت فلها حكم الوصية .

كما تعد أيضا كل من الهبة والإقرار والإبراء والوقف من التصرفات التبرعية الضارة بالورثة، بحيث لا تزيد عن الثلث وإلا توقف نفاذها على إجازة الورثة، أما هبة مريض مرض الموت لها حكم الوصية.

رغم أن المشرع كفل الضمانات السابق ذكرها إلا أن صعوبة إثباتها من طرف الورثة أدى إلى ضياع كثيرا من الحقوق وكذلك كثرة القضايا بالمحاكم.

وعليه ارتأينا أن نذيل هذا البحث بإقتراحات تتمثل في تعزيز الضمانات الممنوحة للورثة الذين تتضرر حقوقهم من تصرفات مورثهم و ذلك بسن قواعد قانونية ممكنة الإثبات، إضافة إلى أخذ المشرع بالتسمية الفقهية للتصرفات الساترة للوصية.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولاً: المصادر

- 01 - القرآن الكريم.
- 02 - سنن ابن ماجه، باب الوصية بالثلث، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض 1994.
- 03 - مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط 04، مكتبة الرواق الدولية، مصر، 2004.

ثانياً: المؤلفات

- 01 - أحمد محمد داوود، الحقوق المتعلقة بالتركة في الفقه و القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، اصدار 2009.
- 02 - أنور طلبة، العقود الصغيرة الهبة و الوصية، المكتب الجامعي الحديث. 2004.
- 03 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الميراث و الوصية، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2006.
- 04 - بلحاج العربي، مبادئ الإجتهد القضائي، ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر 1994.
- 05 - حسن حسن منصور، الموسوعة القضائية في مسائل الأحوال الشخصية. المجلد الرابع، الإرث و الوصية، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، 2002.
- 06 - حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، دار هومة للنشر، طبعة 2004.
- 07 - شفيق الجراح، القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع، المطبعة القانونية، مديرية الكتب الجامعية، 1984-1985.

- 08 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الحديث، نظرية الالتزام بوجه عام، الوقف، الحوالة، الانقضاء، ج 3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1968.
- 09 - _____، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية - البيع و المقايضة-، ج 4، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.
- 10 - _____، الوسيط في شرح القانون المدني - العقود التي تقع على الملكية، ج 5، ط 3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 2000.
- 11 - عبد الحكم فودة، النظام القانوني لحماية الورثة من الوصايا المستترة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2005.
- 12 - عبد الله الجبوري، أحكام المواريث و الوصايا في الشريعة الإسلامية، ط 1، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، 2007.
- 13 - علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، 1993.
- 14 - محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، الجزائر، 1990.
- 15 - محمد بن أحمد تقية، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري بمقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية و القانون المقارن، الطبعة الأولى. الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2003.
- 16 - محمد صبحي نجم، محاضرات في المواريث و التركات و الوصايا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.
- 17 - محمد أبو زهرة، قانون الوصية، د ط، جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، 1950.

- 18 - محمودي عبد العزيز، رد التحايل على احكام الميراث في التشريع الجزائري -
التصرف في مرض الموت والتصرف مع الاحتفاظ بالحيازة والمنفعة مدعم بتطبيقات
قضائية-، د ط، قصر الكتاب، البليدة، الجزائر، 2006.
- 19 - مصطفى ابراهيم الزلمي، احكام الميراث و الوصية، دار وائل للنشر الطبعة
الأولى، 2006.
- 20 - وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي و أدلته -تتمة عقود الملكية و وتوابعها-، ج 5، ط
3، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1989.
- 21 - _____، الفقه الإسلامي و أدلته، ج 8، ط 3، دار الفكر، دمشق، سوريا،
1989.

ثالثا: المذكرات والرسائل

- 1- زروق عبد الرؤوف، حموش محمد، مذكرة بعنوان: حماية الورثة من الوصية المستترة
في القانون الجزائري، الدفعة الرابعة عشرة، المدرسة العليا للقضاء. 2006/2005.
- 2- ريم الأزعر، الوصية الواجبة - دراسة فقهية - رسالة ماجستير في الشريعة والقانون،
جامعة غزة، فلسطين، 2008.

رابعا: المجلات القضائية

- 1- المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الرابع 1968.
- 2- نشرة القضاة، مجموعة الأحكام، المجلس الأعلى، الجزائر 1969.
- 3- المجلة القضائية، المحكمة العليا، السنة 1989.
- 4- المجلة القضائية، المحكمة العليا، عدد خاص 1989.
- 5- المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الثاني و الثالث، لسنة 1990.
- 6- المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد، الأول الثاني و الثالث، لسنة 1991.

- 7- المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الثاني و الثالث، لسنة 1992.
- 8- المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الثاني و الثالث، لسنة 1993.
- 9- المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الثاني و الثالث، لسنة 1996.
- 10- المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الأول، لسنة 1997.
- 11- المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الثاني، لسنة 1998.

خامسا: النصوص القانونية

- 1- القانون رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم، ج ر 78 مؤرخة في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.
- 2- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 و المتضمن قانون الأسرة، المعدل و المتمم، ج ر 24، مؤرخة في 12 جوان 1984 معدل ومتمم بالأمر 02/05 مؤرخ 27 فيفري 2005.
- 3- القانون 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991، المتعلق بالأوقاف. الجريدة الرسمية رقم 21 لسنة 1991 مؤرخة في 08 ماي 1991.

الفهرس

الفهرس

01.....	مقدمة.....
04.....	الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للوصية.....
05.....	المبحث الأول: ماهية الوصية.....
05.....	المطلب الأول: مفهوم الوصية.....
05.....	الفرع الأول: تعريف الوصية.....
07.....	الفرع الثاني: مشروعية الوصية.....
08.....	الفرع الثالث: الحكم الشرعي للوصية.....
09.....	المطلب الثاني: أركان الوصية.....
09.....	الفرع الأول: أطراف الوصية.....
15.....	الفرع الثاني: الموصى به.....
17.....	الفرع الثالث: الصيغة.....
20.....	المبحث الثاني: ماهية التصرفات الساترة للوصية.....
20.....	المطلب الأول: مفهوم التصرفات الساترة للوصية.....
20.....	الفرع الأول: تعريف التصرفات الساترة للوصية.....
21.....	الفرع الثاني: مبطلات التصرفات الساترة للوصية.....
23.....	المطلب الثاني: صور التصرفات الساترة للوصية.....

23.....	الفرع الأول: البيع في مرض الموت
24.....	الفرع الثاني: التصرفات التبرعية في مرض الموت
26.....	ملخص الفصل الأول
27.....	الفصل الثاني: الأحكام القانونية للتصرفات الساترة للوصية
28.....	المبحث الأول: الأحكام الخاصة لبعض التصرفات المريض مرض الموت
28.....	المطلب الأول: أحكام الهبة في مرض الموت
29.....	الفرع الأول: خضوع الهبة لحكم الوصية
30.....	الفرع الثاني: الهبة لوارث
31.....	الفرع الثالث: خضوع الهبة المستترة لأحكام الهبة الموضوعية
33.....	المطلب الثاني: أحكام الإبراء والإقرار والوقف في مرض الموت
33.....	الفرع الأول: أحكام الإبراء المريض مرض الموت
34.....	الفرع الثاني: أحكام الإقرار في مرض الموت
35.....	الفرع الثالث: أحكام الوقف في مرض الموت
37.....	المبحث الثاني: ستر الوصية تحت إسم البيع
37.....	المطلب الأول: أحكام البيع في مرض الموت
38.....	الفرع الأول: مفهوم عقد البيع
39.....	الفرع الثاني: حكم البيع في مرض الموت

الفرع الثالث: حكاية الغير حسن في بيع مريض مرض الموت.....	42
المطلب الثاني: التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحياة والانتفاع مدى الحياة.....	46
الفرع الأول: شروط قيام القرينة القانونية في المادة 777 من القانون المدني.....	46
الفرع الثاني: أحكام التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحياة والانتفاع مدى الحياة.....	49
ملخص الفصل الثاني.....	51
خاتمة.....	52
قائمة المراجع.....	54
الفهرس.....	58

الملخص

للإنسان حرية إبرام ما يشاء من التصرفات القانونية، تبرعية كانت أو بعوض مع من يشاء قريب أو أجنبي، دون أي قيد أو شرط، إلا أن هذه التصرفات قد تخضع لبعض القيود في حالة وجود شبهة الإضرار بالورثة، التي أن هذه الشبهة لا تقوم إلا بتوافر بعض القرائن القانونية منها قرينة التصرف في مرض الموت، عند اتصال الموت بالمرض فعلا، حيث تكون هذه التصرفات قابلة للإبطال بطلب من الورثة، بالإضافة إلى قرينة التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحياة و الانتفاع مدى الحياة، الذي يوحي بأن التصرف لم يكن بمقابل بل هو تصرف تبرعي والغرض منه هو حرمان بعض الورثة من حقهم الكامل في الميراث أو إنقاصه لفائدة المتصرف له الوارث، هذه القرائن في مجموعها تشكل بالأساس ضمانا و حماية للورثة من التصرفات الساترة للوصية.

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

This practice can be rejected if the inheritors refuse it , in addition to the condition if an inheritor has the right of a life long possession , which seems that it in a free deal or donation and the real purpose in to dernier the inheritors from their rights.This condition in general represent a real protection for the inheritors and the practices that may hide a commandment.