

جامعة محمد الصديق بن يحيى -جيجل-

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق



حماية حق الورثة من الوصية في قانون الأسرة الجزائري

مذكرة مكملة لنيل شهادة ماستر أكاديمي في الحقوق

تخصص: قانون أسرة

إشراف الأستاذة:

د.ريمة كرمي

إعداد الطالبين:

شيماء بن يحيى

لمياء برنو

أعضاء اللجنة المناقشة:

الصفة	الجامعة	الرتبة العلمية	اسم ولقب الأستاذ(ة)
رئيسا	جيجل	أستاذ محاضر -أ-	كمال راشد
مشرفا و مقررا	جيجل	أستاذة محاضرة -أ-	ريمة كرمي
ممتحنا	جيجل	أستاذ مساعد -أ-	علي بلحوت

السنة الجامعية: 2022/ 2023

شكر و تقدير:

نتقدم بجزيل الشكر إلى الأستاذة المشرفة

كرمي ريمة

و نشكرها على النصائح و التوجيهات التي أفادتنا
بها و التي لم تبخل علينا بنصائحها القيمة وكانت
كما سندنا لنا للانطلاق في هذا العمل المتواضع
نشكر اللجنة المناقشة المتكونة من الدكتور راشد
كمال والدكتور بلحوت علي

إهداء:

الحمد لله والصلاة على المصطفى وعلى أهله وصحبه ومن وفى:
أما بعد الحمد لله الذي وفقنا في انجاز مذكرتنا هذه والتي كانت ثمرة
الجهد والنجاح بفضلته تعالى بحيث اهدي عملي هذا إلى ، الوالدين
الكريمين حفظهما الله أدامهما الله لي نورا لدربي كما اهدي عملي هذا
لكل العائلة الكريمة التي ساندتني ولا تزال تساندني سواء من بعيد أو
قريب من إخوة وأخوات إلى رفيقة دربي وزميلتي في انجاز هذه المذكر
شيماء بن يحي .

إلى كل قسم الحقوق وجميع دفعة 2023م ، إلى كل من كان لهم اثر
على حياتي .

جامعة الصديق بن يحي ، جيجل .

لمياء برنو

إهداء:

الحمد لله أولا دائما و أبدا حققت المنى و نلت ما أتمنى بتوفيق الله و الحمد لله تخرجت و أهدي تخرجي هذا إلى صاحبة الاهتمام المتناهي و العين الساهرة و العطاء المتواصل بلا مقابل و لا انقطاع إلى بسمة الحب و الحنان "أمي الحبيبة" و طبعا إلى النور الذي أنار دربي و السراج الذي لا يختفي نور قلبي "أبي العزيز" ولولاه لما وصلت لهذه المرحلة و الجهد الذي بذله أطل الله بعمركما. و إلى الجسد الواحد إخوتي" زين الدين و زكرياء و سعد الدين و شروق" الظل الذي آوي إليه في كل حين من زرعوا في قلبي أسمى معاني التفائل أدامكم الله لي وإلى رفيقة الدرب و زميلتي التي شاركتني في هذا العمل المتواضع" لمياء برنو"نتشارك معا فرحة التخرج و أخيرا لم يبقى سوى الدعاء من رب السماء بإطلالة جديدة و مشرقة و مستقبل قادم و أجمل بإذن الله.

بن يحيى شيماء

- ج.....جزء.
- د.ب.ن.....دون بلد النشر.
- د.س.ن.....دون سنة نشر.
- د.ط.....دون طبعة.
- ط.....طبعة.
- ص.....صفحة.
- ق.م.ج.....القانون المدني الجزائري.
- ق.ع.....قانون العقوبات الجزائري.
- ق.أ.ج.....قانون الأسرة الجزائري.
- ق.إ.م.إ.....قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
- م.....مادة.
- غ.أ.ش.....غرفة الأحوال الشخصية.
- ف.....فقرة.

مقدمة

إن الإنسان بعد موته يترك ممتلكات كثيرة خاصة الأموال و ذلك من أجل تحسين مقتضياته و جعل الله المال في يد الإنسان الذي في الحقيقة ملك لله عز و جل و العباد يستعملونه بما يرضي الله فيدخل ضمن الوصية و يعتبر وسيلة لتحقيق مصالح العباد فالمقصود بالوصية أنه يدخل ضمنها الأعمال الخيرية التي يسد بها العباد أبواب الشر و تحقيق بها أعمال الخير فهي أهم رموز التضامن قائمة على الرحمة و المساواة لأنها سبيل من سبل الخير و البر كثيرة في الشريعة الإسلامية و ذلك من أجل حث العباد على التعاون و التكافل فيما بينهم بما قل أو كثر مما يتاح و يتوفر لديهم.

فجاءت الشريعة الإسلامية بأحكام الميراث حيث نظمت نصوصها في القرآن الكريم و السنة النبوية حيث بين الله تعالى حق كل وارث فلم يجز الرسول صلى الله عليه و سلم للصحابي سعد بن أبي وقاص أن يوصي بأكثر من ثلث ماله و ذلك من أجل منع الضغينة و العداة بينهم و من أجل تحقيق العدالة بين عباد الله في التبرعات و منعهم من التحايل على أحكام الميراث.

فالوصية كان وجودها مشوه و كان الظلم يغلب الحق و كانت الفوضى أكثر من النظام فجاءت الشريعة الإسلامية السحاء بأحكامها فجاءت لتصلح الأعراف الفاسدة و ليستقيم الناس على ميزان العدل و لم تصبح الوصية إهدار للمال عن سفه يعطي فيها الإنسان ما يشاء و يحرم في من يشاء بل أصبحت عملا تبرعيا يتقرب بها العبد من خالقه سبحانه و تعالى متداركا فيها ما فاتته فقد خصتها الشريعة الإسلامية و الفقه بالتفصيل المحكم و الاجتهاد و الشرح المفصل كما هو الحال بالنسبة المشرع الجزائري تناول موضوع الوصية

في قانون الأسرة الجزائري من المادة 184-201

و باللجوء إلى القانون المدني بين لنا في أغلب الأوقات انتقال الملكية بعد وفاة الموصي و باعتباره ضابط قانوني حيث تضمنتها المادة 775 من القانون المدني على سريان قانون

الأحوال الشخصية و النصوص المتعلقة بالوصية في الفصل المتعلق بطرق اكتساب الملكية فصحیح أن الإنسان لديه الحرية في استغلال أمواله و التصرف فيها كما يشاء لكن هذه الحرية ليست مطلقة فتقيدها قوانين إرادية و قانونية بذلك وضع المشرع الجزائري نصوص قانونية لحماية الورثة من التصرفات التي يبرمها المورث في مرض الموت و ذلك من خلال مجموعة من الضوابط التي تحد من حرية الموصي من حيث مقدار الوصية و صفة الموصى له باعتبار أن المريض ينتابه اليأس يشعر بدنو أجله و يصيبه اليأس من الحياة فيقوم بالتصرف في أملاكه حسب رغباته بدون أن يأبه بنتائج تلك التصرفات فجاءت الشريعة الإسلامية و فصلت في أحكام هاته التصرفات التي يبرمها مريض مرض الموت بشيء من الإيضاح لأن الأصل أن القانون قد استمد أحكام و قواعد هذه التصرفات و جعلها تسير على هدى قواعده فمن بين التصرفات التي قد يقوم بها مريض مرض الموت تختلف بين الأعمال التبرعية و المعاوضات من بينها (البيع) التي يكون الغرض منها الإضرار بالورثة و حرمانهم من حقوقهم التي شرعت لهم .

ومنه نطرح الإشكالية التالية:

كيف استطاع المشرع الجزائري تكريس حماية قانونية فعلية لحقوق الورثة وما مدى كفاية النصوص المنظمة لذلك ؟

و من أجل فك رموز هذه الإشكالية يتطلب منا الموضوع معالجة العديد من التساؤلات ؟

ما المقصود بالوصية؟ وما هو أساس تقييدها؟

كيف عالج الفقه و المشرع الجزائري أحكام الوصية؟

ما هي أسس حماية الورثة من الأفعال المستترة للمورث؟

لذلك اقتضت الدراسة من خلال ما تقدم سابقا تقسيم موضوعنا الذي يتمحور حول حماية الورثة من الوصية في القانون الجزائري و قمنا بتقسيم موضوع البحث إلى فصلين تحت كل فصل مبحثين:

الفصل الأول جاء تحت عنوان الإطار المفاهيمي للوصية حول مفهوم الوصية

وفي الفصل الثاني المدرج تحت عنوان الأفعال الخفية و التصرفات الملحقة بالوصية

و تتجلى أهمية هذا الموضوع في جوهره الذي يتناول موضوع حساس يمس كل فرد من أفراد المجتمع و تتمثل هذه الأهمية في ما يلي:

أن موضوع الوصية من المواضيع المنتشرة بكثرة بين الناس و أيضا هذا الموضوع يخلف خطورة بالغة يؤثر على استمرار العلاقة بين الناس لما تثير نزاع بينهم و وجب مقارنة القضاء الجزائري بالفقه الإسلامي لأنه سيتمكن من معرفة أهم النقائص التي تجوبه و باعتبار الأهمية البالغة الذي يكتسيه هذا الموضوع لذا وجب حماية حقوق الورثة التي تهضم حقوقهم من مورثهم جراء التصرفات المستترة و الملحقة بالوصية ذلك أن كل من الفقه و القانون وضع أحكام من أجل وضع حد لهاته التجاوزات و حماية الورثة و الحد من التحايل على أحكام القانون من خلال هاته التصرفات المستترة و العقود الصورية.

أسباب اختيار الموضوع:

من خلال الموضوع المقدم نتجه نيتنا و دوافعنا من أجل اختيار هذا الموضوع كانت في محلها و ندرجها تحت:

1-أسباب شخصية: اتجاه اهتمامنا حول موضوع حق حماية الورثة من الوصية في القانون الأسرة الجزائري .

2-أسباب موضوعية: تسليط الضوء حول تصرفات التي يقوم بها المورث و سبل حماية الورثة ولما له خطورة ودوره في المجتمع.

الفصل الأول:

الإطار المفاهيمي للوصية

تمهيد:

إن الوصية من أهم الموضوعات المهمة التي يجب الإحاطة بها لأن الوصية مصطلح يدخل ضمنه العديد من الأعمال الخيرية التي تسد أبواب الشر وتدفعهم فهي من رموز التضامن القائمة على العدل و المساواة , فباعتبار أن الوصية من عقود التبرعات المالية لكسب الملكية وبعض الحقوق العينية الأخرى بسبب الوفاة , جعلت للإنسان الحق في التصرف في أمواله لكن لم تكن هذه الحرية مطلقة بل نسبية تتوقف عند المساس بحقوق الورثة .

الأمر الذي تكفلت به الشريعة الإسلامية سواء في القرآن الكريم أو السنة تكفل الله عز وجل فيها ببيان حق كل وارث فيها و التي حددها فقهاء الشريعة الإسلامية بالثلث .

فالوصية كان لها وجود مادي قبل الإسلام لكن في أحكامها كانت تعبر عن واقع مشوه فوضوي فيه أكثر من النظام و الظلم و القوة تستبعد الأنصاف فأصلحته الشريعة الإسلامية الأعراف الفاسدة ليستقيم ميزان العدل و ينتظم الناس فلم تصبح الوصية إهدار للمال يعطي فيه الرجل المال لمن يشاء و يحرم منه من يشاء بل أصبح الإنسان يتدارك فيها ما فاته فقد خصتها الشريعة الإسلامية بالتنظيم المحكم و المفصل لقواعدها .

من أجل التعمق أكثر في دراستنا وجب معرفة أولاً مفهوم الوصية في (المبحث الأول) إضافة إلى معرفة الأحكام المنظمة للوصية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفهوم الوصية

الوصية باعتبارها عقد من العقود التبرعية تضمنتها الشريعة الإسلامية وشرعتها مراعاة لصالح العام و حاجة الناس إليها لأنها تجلب الفائدة.

فجاءت الشريعة الإسلامية وضبطتها مبينة لنا موقفها والحكمة من تشريعها ومن أجل معرفة الطبيعة القانونية للوصية وجب علينا التطرق أولاً إلى مفهوم الوصية (المبحث الأول) وبينت الشريعة لنا أيضاً حقوق الورثة التي قام فقهاء الشريعة بتحديد قيمة الموصى له بالتثالث فهي لم تترك للمورث الحقوق الاختيارية الكاملة بل جعلت لها حدود تقيده عند إيصاءه في حال لم تشتمل على موانع من شأنها أن تبطل الوصية، فوجب علينا معرفة أهم الأحكام المنظمة للوصية التي سنتطرق إليها في (المبحث الثاني).

المطلب الأول: تعريف الوصية:

الوصية هي أن يعهد الإنسان وصية لشخص القيام بشيء ما يقال أوصى الرجل بكذا و أوصاه أي عهد إليه ، أو النظر على أولاده الصغار أو يعهد لشخص في أي شيء من الأعمال التي يملكها ، وهي عبارة عن مستند يحدد فيه الفرد من هو الشخص أو الأشخاص الذي سوف يرث أملاكه لان قرار تحرير الوصية هو أمر يحدد صاحب الشأن و إرادته الأمر الذي اختلف الفقهاء فيه حول تعريف الوصية كما أن المشرع الجزائري لم يواكب التشريعات الأخرى التي أفردت مدونة خاصة للوصية مثل المشرع المصري و قد أجاز المشرع الوصية من أجل تمكينه من تدارك ما فاته من تقصير بماله لأن الوصية مشروعة بالكتاب و السنة و الإجماع و من أجل معرفة الوصية حقيقة قمنا بالتطرق إلى المقصود بالوصية في (الفرع الأول) إضافة إلى معرفة موقف الشرع من الوصية في (الفرع الثاني) ومعرفة الحكمة من تشريع الوصية في (الفرع الثالث) .

الفرع الأول: المقصود بالوصية:

إن الوصية من التصرفات القانونية كثيرة الانتشار في الحياة العملية باعتبارها من أهم التبرعات بالأموال بعد الموت , فوجد أن قانون الأسرة الجزائري الصادر في 9 جوان 1984 قد عالج أحكامها ووضح شروطها في المواد من 184_201 منه نتطرق إلى ما المقصود بالوصية.¹

1_ لغة:

(وصي) الواو و الصاد والحرف المعتل : أصل يدل على وصل الشيء بالشيء ووصيت الشيء وصلته و يقال: وطئنا أرضا واصمة أي إن نبتها متصل قد امتلأت منه, و الوصية من هذا القياس كأنه يوصي أي يوصل و يقال: وصية , توصية و أوصيته إيصاء.²

مصدر وصى, ووصى بالتشديد والتخفيف من وصل الشيء بالشيء و أوصاه توصية عهد إليه و الوصاية بالكسر و الفتح فسميت وصية لأن الميت يصل بها كل ما كان في حياته وبعد مماته وتطلق أيضا على فعل الوصي وعلى ما يوصي به من مال أو غيره من عهد ونحوه وتكون بمعنى المفعول وهو الاسم و منه استنادا للتعريف اللغوي أطلق على آية الميراث بآية الوصية , فيمكن أن نقول أنها تأتي كذلك بمعنى أنه أوصاه بالصلاة أي أمره بها و تأتي أيضا أنها تعطي على شكل استعطف عليه فجاءت الوصية عند أهل اللغة من وصية الشيء بالشيء إن أوصلته بشيء ليعتبر الموصي في³

¹الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق ل 27 فبراير سنة 2005 الذي يعدل و يتمم القانون رقم 84-11 الموافق ل 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة.

²ابن منظور محمد . لسان العرب . تحقيق عبد الله علي الكبير و آخرون . ط 1 . دار المعارف . د س . مصر . 394

³ أحمد محمد علي داود , الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه و القانون , ط 1 , دار الثقافة للنشر و التوزيع , عمان 2007 , ص 106.

إيصائه قد أوصل إلى ما بعد الموت بما قبله في تصرفه, فهي في اللغة تطلق على معان عدة يقال أوصيته وقال تعالى: **(وَصِيكُمُ اللّٰهُ فِيْ أَوْلَادِكُمْ لِلَّذِيْ لَكَ مِنَ اللّٰهِ فِيْ مَاتَ عَلَيْكَ وَإِنْ كُنْتُمْ مِنْكُمْ أُولَآئِكَ فَوَصِيكُمُ اللّٰهُ فِيْ مَاتَ عَلَيْكُمْ وَإِنْ كُنْتُمْ مِنْكُمْ أُولَآئِكَ فَوَصِيكُمُ اللّٰهُ فِيْ مَاتَ عَلَيْكُمْ وَإِنْ كُنْتُمْ مِنْكُمْ أُولَآئِكَ فَوَصِيكُمُ اللّٰهُ فِيْ مَاتَ عَلَيْكُمْ)** وفي حديث خطب الرسول _ص_ فيه : **(أوصيكم بتقوى الله والسمع والطاعة)**.¹

2- اصطلاحاً:

بالنسبة الاصطلاح الفقهي لها عدة تعريفات فحسب قولهم: (مضاف إلى ما بعد الموت) كما عرفها **الكساني**: (اسم لما أوجبه في الموصي في ماله بعد الموت) وقال **الكرخي**: (ما أوجبه الموصي في ماله بعد الموت) و عرفها **الإمام محمد بن عرفة من المالكية** بقوله: (عقد يوجب حقا في ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده فقوله يوجب حقا إخراج ما يوجب به حقا في رأس ماله مما عقده في نفسه من دين ونحوه ولو بالإقرار في صحته أو مرضه فإنها في ثلثة هذه التعريفات ناقصة من جوانب مختلفة وأنهم أدخلوا على الوصايا ما ليس منها في حقيقته وأن أخذ حكمها في نهايته احتياطا لحقوق الورثة وحماية لهم.²

وعرفها بعض الفقهاء أيضا على أنه: (عهد خاص مضاف إلى ما بعد الموت يوجب حقا في التركة بمجرد الوفاة) وجاء في **الفقه المالكي** أيضا أنها: (تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع) ويضيف التعريف السابق (سواء كان عينا أو منفعة) وهذا التعريف مذكور أيضا في عامة كتب الحنفية إلا أن هذا التعريف ليس بجامع لأنه يشمل حقوق التي أقرها الله تعالى والدين الذي في ذمته **أما الشافعية**: (بأنها تبرع بحق مضاف ولو بالتقدير إلى ما بعد الموت) وهو تعريف قريب من تعريف الحنفية والمالكية و **الحنابلة**: (بأنها تبرع بالمال)³

¹ أحمد محمد علي داود , المرجع السابق , ص 106 .

² مصطفى إبراهيم الزلمي , أحكام الميراث و الوصية وحق الانتقال في الفقه الإسلامي و القانون , ط السادسة , دار وائل للنشر والتوزيع , الأردن , 2006 , ص 160

³ أحمد دغيش , التنزيل في قانون الأسرة الجزائري , دار هومة للنشر و التوزيع , الجزائر , 2009 , ص 36 .

بعد الموت ولو بالأمر بالتصرف بعد الموت فيدخل فيها يوصي للموصي بأن يقوم على أولاده الصغار).¹

ويتضح مما سبق أن الفقهاء مختلفين أيضا حول تعريف الوصية لأن هنالك من سماها عهدا خاصا ومنه من جعلها تملكيا شرعيا و اعتبره البعض الآخر هبة رغم أن الهبة تختلف عن الوصية اختلافا جوهريا سواء من حيث الآثار أو من حيث الأركان وقد قسمها الفقهاء استنادا لهذه التعاريف إلى تمليلية وعهدية : فالتمليلية هي كما لو قال : (أعطوا فلانا بعد وفاتي العقار الفلاني أو مبلغا معيناً من المال وعد الفقهاء منها ما لو أوصى للفقراء أو المساجد و المدارس و نحو ذلك من وجوه البر و الإحسان) و العهدية هي الوصية بما عليه من الديون لله لعباده ورعاية أيتامه و تجهيزه ودفنه وقضاء ما عليه من صلاة وصيام وغير ذلك وتتألف الوصية التمليلية من الأركان ثلاثة هم: الموصي والموصى به و الموصى له , ويضاف إليهم من يعينه الموصي لتنفيذه وصيته , وبذلك تصبح أركانها أربعة , أما العهدية فتتألف من الموصي والموصى به و من الوصي و الذي يعينه لتنفيذ وصيته إذا عين من يتولى تنفيذها .²

3- الوصية في القانون الجزائري و بعض القوانين الأخرى:

تناول قانون الأسرة الجزائري الوصية في الكتاب الرابع الخاص بالتبرعات في فصله الأول في المواد 184_ 201 منه فعرفت المادة 184: (الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع) وعرف المشرع المصري الوصية في المادة الأولى منه: (الوصية³

¹ احمد دغيش , المرجع السابق , ص 37

² المرجع نفسه , ص 37

³ عمر حمدي باشا , عقود التبرعات (الهبة, الوصية, الوقف), ط الثانية , دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع , الجزائر ,

2009 , ص 45

تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت) وقد جاء هذا التعريف شامل لأنه يجمع كل أنواع الوصايا.¹

المشروع العراقي: (بأنها تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت مقتضاه تملك بلا عوض) فهو قريب من تعريف الحنفية و اختار هذا التعريف على اعتبار مبني على أساس أن الوصية نوع من أنواع عقود التبرع المالية تنشأ بالإرادة المنفردة و سبب من أسباب كسب الملكية فهي إبراء المدين من الدين إبراء الكفيل به وقد عرفها قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (207) منه والقانون المدني الأردني في المادة (1125) ومنه بأنها: (تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت).²

أما **المشروع المغربي** فقد عرف الوصية في المادة 277 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية بأن الوصية: (عقد موجب حقا في ثلث مال عاقده يلزم بموته) ونلاحظ من خلال هذا التعريف أن **المشروع الجزائري** كان أدق من نظيره المغربي ولم يرى في الوصية بأنها عقد بل أكد أنها تصرف في التركة بالإرادة المنفردة.³

الوصية تتم بدون عوض باعتبارها مال أوجبه الموصي في ماله تطوعا بعد موته ويمكن أن نلاحظ أن **المشروع الجزائري** حصر الوصية في كل ما يعتبر تملكا أي أنها يمكن أن تشمل المال أو المنفعة أو تشمل جهات الوصية كالمساجد و نحوها الوصية تتم بدون عوض⁴

¹ عمر حمدي باشا , المرجع السابق , ص 45

² أحمد محمد علي داود, المرجع السابق , ص 159, 160

³ عبد العزيز محمودي رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري , د ط , قصر الكتاب البلدية , إصدار 2006

⁴ العربي بلحاج , أبحاث و مذكرات في القانون و الفقه الإسلامي , الجزء الأول , د ط , ديوان المطبوعات الجامعية , الجزائر , 1996 , ص 152

باعتبارها مال أوجبه الموصي في ماله تطوعا بعد موته ويمكن أن نلاحظ أن المشرع الجزائري حصر الوصية في كل ما يعتبر تمليكا أي أنها يمكن أن تشمل المال أو المنفعة أو تشمل جهات الوصية كالمساجد و نحوها.¹

الفرع الثاني: موقف الشرع من الوصية:

و الذي سوف نعرف من خلال الفرع الثاني رأي الشرع من الوصية و التي سوف نفصل موقفه كالاتي أولا(القرآن الكريم) ثانيا(السنة) ثالثا(الإجماع):

1-القرآن الكريم:

لقوله تعالى: (مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ بَيْنٍ).²

ولقوله تعالى أيضا: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عِلْمٍ مِمَّنْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ حُصْبَةٌ أَلَمْتُمْ تَحْسِبُونَهَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسَمَانِ بِاللَّهِ إِنْ أَرْتَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَى وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذَا لَمِنَ الْأَثِمِينَ ○) وهذه الآية دلت على إيجاب الشهادة على الوصية و بالتالي على مشروعيتها.³

الآية الأولى من بعد يوصي بها فدللت على مشروعية الوصية لأقارب لقوله رضي الله عنه أنكم تقرؤون هذه الوصية من يعد وصية يوصي بها وحذرت بعد ذلك الآية التي بعدها من كل تغيير أو تبديل في الوصية وما أشبهه وتشريع آية الوصية هذه جاء من منطلق حاجة الوالدين والأقربين للمتوفي في تركته بعد مماته قياسا على حاجاتهم في حياته.⁴

¹ العربي بلحاج , المرجع السابق ص 152

²سورة النساء , الآية 11

³سورة المائدة , الآية 106

⁴أحمد دغيش,المرجع السابق ,ص 37

وأصبحت الوصية استنادا لتلك النصوص القرآنية مقدمة في تنفيذها على الميراث لقوله تعالى: (مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ زَيْنٍ) ومما تجدر الإشارة إليه هنا هو تقديم الوصية في التنفيذ والسبب هو لإثارة الاهتمام بها وعدم التفريط فيها باعتبار أن الوصية عموما تشبه الميراث في كونها تؤخذ بغير عوض بخلاف الدين فكان في إخراجها مشقة على الورثة وهم في قرارة أنفسهم ربما لا يتحملون قطع ذلك النصيب من تركة مورثهم لذا جاء في النص بالتأكيد عليها في أكثر من آية ، وتقديمها على الدين من حيث الظاهر.¹

2- السنة:

فما رواه عبد الله بن عمر رضي الله عنه أن الرسول _ ص _ قال: (ما حقُّ امرئٍ مُسلمٍ، له شيءٌ يريدُ أنْ يوصيَ فيه، يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ، إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ.) وما رواه الدار القطني عن أبي الدرداء عن النبي _ ص _ قال: (إِنَّ اللَّهَ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ؛ زِيَادَةٌ فِي حَسَنَاتِكُمْ) وما رواه سعد بن أبي وقاص أنه: (قال عاندي النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي حَجَّةِ الْوَدَاعِ، مِنْ وَجَعٍ أَشْفَيْتُ مِنْهُ عَلَيَّ الْعَوْتَ، فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، بَلَغَ بِي مِنَ الْوَجَعِ مَا تَرَى، وَأَنَا ذُو مَالٍ، وَلَا يَرِثُنِي إِلَّا ابْنَةٌ لِي وَاحِدَةٌ، أَفَأَتَصَدَّقُ بِثُلُثِي مَالِي؟ قَالَ: لَا قُلْتُ: أَفَأَتَصَدَّقُ بِشَطْرِهِ؟ قَالَ: لَا. قُلْتُ: فَالْثُلُثُ؟ قَالَ: وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ، إِنَّكَ أَنْ تَذَرُورَثْتَ لَغَدِيَاءَ، خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَذَرَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ).²

¹ أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 37

² مصطفى إبراهيم الزلمي المرجع السابق، ص 30

مشروعيتها أو منعها إلى يومنا هذا على أن الوصية في حدود الثلث مستحبة إذا قصد بها التقرب إلى الله وتوفرت أركانها وشروطها باعتبار أنها عمل مطلوب ومحمود لما فيها من بر بالناس والمساواة لهم لأن التصرفات في عمومها والعقود كذلك هي الأخرى ما شرعت لحاجات الناس فإذا مست الحاجة في الوصية وجب القول بجوازها وتبين أن ملك الإنسان لا يزول بموته في ما يحتاج إليه ويستدل على ذلك من خلال ما يحتاج إليه و يستدل على ذلك من خلال ما يحتاج إليه الميت من أموال لتسديد نفقات التجهيز (الكفن والدفن) في قدر الدين هو مطالب به من جهة العبادة للحاجة إلى ذلك ومثله هنا.¹

ويقاس على حاجة الناس للوصية جرت بها المعاملات الناس وصارت من حاجاتهم فالوصية استخلاف العبد لغيره في ماله يجوز كما أجاز الاستخلاف من الشارع في الميراث باعتبار أن الوصية من الله تعالى إلا أن الشارع قصر الاستخلاف العبد لغيره على الثلث حفظاً لحقوق الورثين فأبقى لهم الثلثين لأن حقهم تعلق بمال المورث ولحديث ابن عباس رضي الله عنه: (الإضرار في الوصية من الكبائر) و لأن العدل مطلوب في هاته النصوص الشرعية هو قصرها على ثلث التركة و إما عدم نفاذ الوصية لو ارث إلا بالإجازة الورثة الآخرين فهو لمنع التباغض و التحاسد وقطيعة الرحم فشرعت لخلاف الأصل على اعتبار أن الأصل في الوصية أنها لا تلزم إلا بالموت والموت يزيل الملك وعلى هذا كان سبب مشروعيتها وحكمتها هو سبب كل التبرعات بدون استثناء فكانت بذلك تمكينا من العمل الصالح ومكافأة لمن أسدى للمرء معروفا و صلة الرحم و بالأخص الأقارب الذين لا يرثون وسد حاجة المحتاجين وتخفيف الكرب عن الضعفاء و البؤساء والمساكين.²

¹ أحمد دغيش ، المرجع السابق ، ص 41

² المرجع نفسه ، ص 41

الفرع الثالث: الحكمة من تشريع الوصية:

الحكمة من التشريع الإسلامي مراعاة لصالح العام للمسلمين في تشريعاته المتنوعة فالتشريع الإسلامي الخالد يهدف إلى جلب الفائدة و درء كل ما تحققت مفسدته دائما ومن هذا التشريع تشريع الوصية , لشدة حاجة الناس إليها لزيادة حسناتهم قال الرسول _ص_ : **لِللَّهِ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ زِيَادَةً فِي حَسَنَاتِكُمْ**) فالإنسان في هذه الحياة مجبول على حب المال والحرص عليه , ولهذا يعتريه التقصير و الغفلة في أداء واجباته والتزاماته و تفوته أعمال البر , ثم يثب إلى رشده , ويبدو له ما قصر فيه فيجد تشريع الوصية بغيته وحاجة في تعويض هذا التقصير سواء كان هذا التقصير سواء كان من جانب نفسه أو غيره فبهذا لم يشأ المشرع الحكيم أن يسد باب الخير ويمنع تدارك ما فات فأجاز التصرف في جزء من المال في حدود الثلث ليكون زيادة في الحسنات قبل انقضاء الأجل ومن حكمة هذا التشريع أيضا:¹

1-إسداء البر و الصلة لبعض الأقارب الموصي الغير الوارثين ودفع الفقر و الحاجة عنهم.

2-مكافأة من أسدى إليه في حياته معروفا.

3-المساهمة في بعض المشاريع الخيرية التي تخدم الأمة الإسلامية.

هذه بعض الحكم من تشريع الوصية التي يعم خيرها الموصي و الموصى له و الأمة بشكل عام , وهذا في نفس الوقت قد حرص الإسلام على حق الورثة فلم يجز الوصية بأكثر من الثلث وفي ذلك يقول السيد الطيب: (جعلت الوصية لتلاقي بعض الحالات التي يحجب فيها بعض لورثة بعضا , وقد يكون المحجوبون معوزين).²

¹ أحمد محمد علي داود , المرجع السابق .ص 109

² المرجع نفسه .ص 109

أو تكون هناك مصلحة عائلية في توثيق العلاقات بينهم وبين الورثة و إزالة أسباب الحسد والحدق قبل أن تثبت ولا وصية لوارث بأكثر من الثلث خشية إجحاف المورث بورثته فالجدير بذكره هنا أن التشريع الحكيم قد حفظ للموصي حق الرجوع في حياته عن الوصية إذا احتاج لهذا المال فقرر أن عقد الوصية عقد غير لازم , لا تنتقل الملكية به إلا بعد موت الموصي وفي هذا غاية الحكمة و العدالة.¹

فعند النظر إلى القواعد العامة نرى عدم جواز الوصية لأنها تصرف مضاف إلى زمن لا يملك فيه الموصي سلطة هذا التصرف لكن الشارع الحكيم أجازها استثناء بل حث عليها لما فيها من مصلحة الموصي و الموصى له:

1-مصلحة الموصي: فهي عبارة عما يناله من الأجر و الثواب في الدار الآخرة و ما يحصل عليه من الثناء و التقدير في الدنيا , فالإنسان قد تفوته في الدنيا أعمال البر في ماضي حياته أو يقصر فيها ثم يتدارك بوصيته ما فاته أو ما قصر فيه , فبالإضافة لذلك يكافئ بوصيته من أسدى إليه في حياته جميلا أو قدم إليه معروفا في وقت يخشى به التبرع بماله تبرعا نافذا لازما لأنه قد تمتد به الحياة فيحتاج إلى الموصى به فيمكنه من الرجوع عن الوصية و لكن لا يستطيع ذلك في تبرعاته النافذة اللازمة.²

2-مصلحة الموصى له: فإنه قد يكون فقيرا يسد بالموصى به حاجته و قد يكون مؤسسة خيرية ذات النفع العام كالمسجد و المستشفى و المكتبة العامة, فيتحول المال الموصى به من الأموال الخاصة إلى الأموال العامة ينفع بها الجميع ثم قد يستعاض بالوصية عما يحرم منه بعض الورثة من الميراث لمانع كاختلاف الدين أو لحاجب كوارث أقرب فمن حكمة الوصية أنها تحل محل الميراث عند حرمان الوارث لأي سبب كان ومن الجدير بالذكر أن³

¹ أحمد محمد علي داود. المرجع السابق,ص109

² مصطفى ابراهيم الزلمي , المرجع السابق ,ص162

³ المرجع نفسه , ص 163

الإسلام شرع أسباب كثيرة لمساهمة أفراد المجتمع في التكافل الاقتصادي منها الزكاة و الوقف و الوصية وغيرها من عشرات السبل و الوسائل التي لها أهميتها في التكافل الاقتصادي و الاجتماعي , و فيها تعاون على البر و التقوى و بصورة خاصة أن الوصية نفعا كثيرا لآخرين دون أن تلحق ضررا ماديا أو معنويا بالموصي في حياته.¹

واختلف الفقهاء حول تحديد الحكم التكليفي للوصية فمنهم من قال أنها واجبة و منهم من قال أنها مستحبة و منهم من ذهب إلى غير ذلك حسب التفصيلات الواردة في المراجع الفقهية الإسلامية وعلى الرغم من هذا الاختلاف إلى أنهم متفقون على أنها تخضع للأحكام التكليفية الخمسة (الوجوب,الندب,الكراهية,الحرمة ,الإباحة) في ضوء طبيعة الموصى به وظروف الموصى له.²

يقصد بالحكم صفته الشرعية من حيث كونه مطلوب الفعل أو الترك أو من حيث التخيير بينها وبين ما يسمى بالحكم التكليفي , وفعل المكلف فيه خمسة أقسام السابق ذكرها أعلاه التي تعتري الوصية حيث سنوضحها كآتي:

أ- الوصية المندوبة: فهي مندوبة ولو لصحيح غير مريض , لأن الموت تأتي فجأة فلا تجب الوصية على أحد بجزء من المال و الندب هنا يكون الوصية التي يرجى منها كثرة الخير وهو موسر لديه المال هو وورثته أغنياء و الغرض من ذلك هو التقرب بها إلى الخالق وتشمل الوصية الفقراء و المساكين و المحرومين والمحتاجين وكذا كل وجوه الخير و البر العام لقول النبي _ص_ لسعد بن أبي وقاص: (إِنَّكَ أَنْ تَذَرَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَذَرَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ)³

¹ مصطفى إبراهيم الزلمي ,المرجع السابق,ص 163

² المرجع نفسه ,ص 164

³ أحمد دغيش , المرجع السابق ,ص 42

ب- الوصية المباحة: وتكون الوصية مباحة في حالة الإيذاء للأغنياء من الأجانب و الأقارب و الأصدقاء منهم . فتكون بذلك جائزة شرعا و بالتالي يشترط في ذلك أن يكونوا من أهل العلم و الصلاح , أو من هم في حاجة لتلك الأموال و الأفضل في الوصية المباحة و المنذوبة أن يقدم الموصي من لا يرث من قرابته المحارم ثم غير المحارم ثم بالرضاع ثم بالمصاهرة ثم بالجوار قياسا على الترتيب الأفضلية في الصدقة العادية والمشرع الجزائري بالتعريف السابق لم يجعلها شاملة لكل أنواع الوصايا كما ذهب غالبية الفقهاء بل قصرها على الخيري منها فقط الشيء الذي جعلها تفقد الأحكام الشرعية.¹

د- الوصية المكروهة: كالوصية لأهل الفسوق و المعصية وكذلك إذا كان الورثة فقراء وكانت من قليل المال في ذلك من الإضرار بالورثة فالوصية إذا تمت بهذا الشكل فإنها تكون قد صرفت في غير وجه الله ورضاه وعليه تكون الوصية عموما مع الحاجة مكروهة فكل من قال ماله وكثر عياله يستحب أن لا يفوته عليهم بالوصية و إن فعل ذلك فقد وقع في المكروه.²

ج- الوصية المحرمة: و قد تكون الوصية أيضا محرمة ومنها الوصية بما حرم الله فعله ومنع استعماله لأن فعله يعد ارتكابا لمعصية أو يؤدي إليها كالوصية بالخمير والمخدرات وغيرها من المسكرات وكذلك كل الأموال الممتلكات الغير الشرعية و المحرمة و يدخل في هذا الحكم أيضا الوصية بقصد الإضرار بالورثة ومنعهم من أخذ نصيبهم كاملا من التركة وهذا بنص الشارع لقوله تعالى: (مِّنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أُولَئِينَ).

هـ- الوصية الواجبة: وقد تكون الوصية أحيانا واجبة و هي في الأصل كذلك كما إذا ترتب³

¹ أحمد دغيش , المرجع السابق , ص 43

² مصطفى ابراهيم الزلمي . المرجع السابق , ص 164

³ المرجع نفسه , ص 46.47

عليها إيصال الحقوق لأربابها أو يخشى فوات الحقوق على أصحابها ونقل ابن المنذر من المالكية أن المراد بوجوب الوصية يختص بمن عليه حق يخشى أن يضيع على صاحبه إن لم يوصي به كوديعة وديون الله كالكفارات و النذور و الزكاة لأن فيه إشارة إلى قدرته على انجازه ولو كان مؤجلا ويدخل هنا على وجه الخصوص الوصية برد الودائع و الديون المجهولة التي لا مستند لها أو يصعب إثبات حقوق أصحابها بعد وفاة صاحب التركة وهذا متفق عليه بين الفقهاء.¹

المطلب الثاني: الإطار القانوني للوصية:

باعتبار أن الوصية من إحدى أسباب اكتساب الملكية بالوفاة ، فهذه الأخيرة تأخذ مشروعيتها من قرآن والسنة كما نجد أن جل التشريعات سعت إلى تنظيمها وجعل الوصية مبنية على مجموعة من الأركان والتي لا بد من توافرها حتى تكون قائمة بذاتها كما أن المشرع الجزائري اشترط فيها شكل معين لإثباتها وتحريرها ، وسوف نبحث هذه الأركان والشروط على حدى وذلك في المطلب التالي:

الفرع الأول: أركان وشروط الوصية:

لكي تكون الوصية صحيحة يستلزم انطوائها على أمور أساسية ، بحيث يمكننا أن نذكرها في أربعة عناصر فلا وجود للوصية إلا بها كالتالي: الصيغة ، الموصي ، الموصى له والشيء الموصى به.

1-الصيغة: هي تلك التي تعبر عن إرادة المتصرف ، والتي تصدر على عدة أشكال مختلفة بحسب طبيعة التصرفات والعقود وما قرره الشارع من أحكام إن الأصل في طبيعة التصرفات تكون²

¹ أحمد دغيش ، المرجع السابق ،ص46_47

² عمر حمدي باشا ، المرجع السابق،ص46

منجزة و لا يخرج عن هذه القاعدة إلا الوصية فهي ترفض التتجيز وذلك نظرا لطبيعتها
لكونها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت , كما أن لصيغة الوصية يمكن أن تكون معلقة
على شرط وفي حالة تحقق هذا الشرط أصبحت قائمة وبرغم عن ذلك تظل مضاف إلى
اجل وهناك من جعل الصيغة تكون من :

1-**الصيغة المضافة:** هي التي دلت على وجود العقد في الحال تخلف حكمه في زمن
المستقبل.

ب-**الصيغة المعلقة:** وهو ما دل على وجود التصرف مرتب على وجود الشيء آخر سيوجد
في المستقبل وقد اختلف الفقهاء في ركن الصيغة من حيث توافق الإرادتين.¹

فالحنفية قالوا أن الوصية تلزم بالموت دون الحاجة إلى قبول وإنها لا ترتد برده عنده و
حجيته بذلك أن ملك الموصى له يثبت بالخلافة كما يثبت ملك الوارث.²

أما ركن الصيغة عند فقهاء الشافعية والمالكية والحنابلة (يتوقف على وجود الشيء
وتصوره في العقل سواء تعلق بكونه جزءا منه أم كان مختصا به وليس جزء منه كالبائع
والمشتري و المبيع كما هو الأمر بالنسبة لعقد البيع).³

2-**شروط الصيغة:** لا بد من توفر الشروط الشكلية المقررة لإنشاء التصرف القانوني وهذا ما
قد نصت عليه المادة 60 قانون المدني الجزائري: (التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو⁴

¹ عمر حمدي باشا المرجع السابق, ص 46

² عبد المالك رايح, النظام القانوني لعقود التبرعات في قانون الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي , أطروحة لنيل شهادة

الدكتوراه. جامعة الجزائر , كلية الحقوق , السنة الجامعية 2016.2017, ص 18

³ عبد الرؤف زروق و حموش محمد , حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري. مذكرة لنيل إجازة المدرسة

العليا للقضاء , وزارة العدل , السنة الجامعية 2005-2006, ص 5

⁴ بشرى عليم , الوصية في التشريع الجزائري . مذكرة لنيل شهادة الماستر, المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي,

تيسمسيلت , معهد العلوم القانونية و الإدارية ص 21.

أو الإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه بحيث أجاز المشرع الجزائري على انعقاد الوصية بالعبارة وأنه أخذ بمبدأ عدم قبول الإشارة إلا في حالة قدرة الموصي على التعبير أو عدم قدرته على الكتابة, بحيث سوف نفصل في ذلك كل على حدا:

1-إنعقاد الوصية باللفظ: يدل على رغبته في إنشاء التزام يترتب عليه بعد الوفاة بحق من الحقوق سواء كان التعبير باللغة العربية الفصحى وغيرها متى كان ذلك مفهوم واضح الدلالة سواء كانت دلالاته على الوصية صريحة ومثال ذلك أوصيت لفلان بكذا أو إذا كانت دلالاته غير صريحة بحيث لا يتم الفهم ما المراد من الوصية إلا إذا اقترنت بقرينة ونذكر على سبيل المثال: (بقوله وهبة لفلان بعد موتي) أو يقول:(أعطوا لفلان بعد موتي أو أعطوا لفلان مقدار ألف دينار من ثلث مالي).¹

2_ انعقاد الوصية بالكتابة:

الوصية المكتوبة إن الأصل فيها تكون مقروءة بالعين بحيث تنقسم هذه الأخيرة إلى ثلاث أقسام نذكرها كالاتي: فالقسم الأول للوصية المكتوبة يطلق عليه تسمية الكتابة المستبينة المرسومة ويقصد بها هي كل ما جاء في شكل وثيقة لها ديباجة وموضوع وخاتمة أما القسم الثاني فيطلق عليه تسمية الكتابة المستبينة الغير المرسومة و نذكر على سبيل المثال كالكتابة على الجدران أو الكتابة على أوراق الشجر و نجد أن هذا القسم من الكتابة يعتبره صحيح من طرف الأحناف لكن بشرط النية والقرنية , كما انه يصح به صيغة الوصية مطلق عند الشافعية سواء كان الموصي قادرا على النطق أو غير قادر عن النطق في الأخير القسم الثالث و الكتابة الغير المستبينة و مثال عن ذلك الكتابة على الماء أو²

¹ عليم بشرى , المرجع السابق. ص 21.

² عبد الحكيم دربالي , الوصية في التشريع الجزائري , مذكرة لنيل شهادة الماستر. جامعة محمد خيضر , بسكرة كلية

الهواء فهذا الأخير، أما المشرع الجزائري فقد جاء واضحا حيث اشترط هذا الأخير الكتابة الرسمية أمام الموثق وهذا ما قد أكدته المادة 191 من قانون الأسرة الجزائري: (تثبيت الوصية) انعقاد الوصية بالإشارة: فهذه الأخيرة لا يوجد خلاف حول الاعتداد بالإشارة المفهومة في الوصية بالنسبة لآخرين وفي ذلك نص الفقهاء فيها بقولهم تكفي الإشارة الدالة على المراد قطعاً في إيجاب الوصية مع تعذر اللفظ الأخرس في حين أن غير الأخرس فلا اعتبار لإشارته في الوصية حتى وإن تم الاعتداد بها من طرف البعض في أربعة ونوجزها في ما يلي الكفر الإفتاء الإسلام والنسب.¹

3- الموصي وشروطه :

1-تعريف الموصي:

وهو منشئ الوصية بمحض إرادته بحيث يصدرها اختياريا في الوصية المعتادة وتصدر عنه إجبارا في الوصية الواجبة.

ب_شروط الموصي:

وقد تناولها المشرع الجزائري في نص المادة 186 من قانون الأسرة الجزائري وفي حالة تخلف إحدى تلك الشروط تصبح الوصية غير صحيحة وذكر تلك الشروط كما يلي:

1-الرضا:

أي بمعنى يجب أن توفر رضا الموصي عند ايصائه للموصى له وإذا تبين انه كان مكرها أو مخطئ عند إنشائه للوصية فان الوصية تكون الوصية غير صحيحة ونفس الشيء²

¹دريالي عبد الحكيم ، المرجع السابق ، ص25

²حمدي باشا عمر ، المرجع السابق، ص 48

بالنسبة لوصية السكان فهي الأخرى لا تصح لأنه لا قصد له لأنها تضر بورثته اقتضاء بقاعدة المقررة في هذا الشأن (لا ضرر ولا ضرار).¹

2- سلامة العقل:

هذا ما قد نصت عليه المادة **186** من القانون الأسرة الجزائري حيث اشترط في الموصي إن يكون سليم العقل بحيث تبطل وصيته بفقدانه لأهليته سواء كان هذا الفقد بسبب الجنون أو لعته فالمجنون أو المعتوه وصيته غير صحيحة.²

3- التمتع بسن الرشد القانوني:

فلا تصح الوصية من صبي غير مميز باعتبار الوصية تبرع مالي فهي لا تتم إلا بوجود الإرادة والتميز لذلك فقد اشترط المشرع الجزائري في المادة **187** من القانون الأسرة الجزائري أن يكون الموصي بالغ السن **19** سنة المنصوص عليها في المادة **40/ف2** وقبل انتقالنا إلى النقطة التي تليها والتي تتعلق بالموصي له يجب أن نتكلم على بعض الأمور الأساسية والمهمة والتي تتمثل في حكم وصية الموصي غير المسلم والمرتد عن دينه الإسلامي:

أ- وصية غير المسلم:

يوجد اختلاف في أحكام وصية غير المسلم ويعود هذا الاختلاف في موطن سكنه لأنه قد يعيش في دولة مسلمة بشكل مستمر فيتجنس بجنسيتها وبالتالي يصبح من رعاياها وهو ما³

¹ حمدي باشا عمر ، المرجع السابق، الصفحة 48

² فشار عطاء الله ، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري ، د ط ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، الجزائر ، د

س. ص. 70

³ العربي بلحاج . المرجع سابق. ص. 253

أطلق عليه الفقهاء تسمية الذمي يكون مقيد في وصيته بما قيد به المسلم بناء على قاعدة التساوي في المعاملة , ولا يخرج عن ذلك في وصيته لما هو قربه في دينه دون الإسلام بمعنى أن لا تكون محرمة في شريعته وفي الإسلام معا.¹

و أما قد يعيش فيها لفترة محددة من غير اكتسابه لجنسية ذلك البلد (بلد المسلمين) ويسمى عند الفقهاء باسم المستأمن فوصية المستأمن حكمها حكم وصية الذمي مادام في دارنا وبالتالي فهي تكون صحيحة إذا ما أوصى بها للمسلمين والذمييين مادامت مشروعة في شريعته وفي الإسلام معا وفي حالة أن الذمي المستأمن قد أوصى أكثر من الثلث فتبقى مرتبطة بالإجازة من طرف ورثته وتكون في صورتين:

1- الصورة الأولى: إذا كانوا في نفس المسكن معه.

2- الصورة الثانية: إذا كان في أرضهم وأباح قانونهم توارث الأجنبي من قريبه فيه.

أما الحالة الثانية إذا كان في بلده الذي بينه وبين دار الإسلام أمان ويسمى الحربي:

فهذا الأخير ليس لنا علاقة معه ولا شأن لنا بجميع تصرفاته بحيث لا سلطان للإسلام عليه إلا في حالة انتقاله للعيش في بلد مسلم ويطلق عليه في هذه الحالة تسمية المستأمن وبالتالي تكون حكم وصيته هي نفسها وصية المستأمن.²

ب- وصية المرتد:

المرتد هو ذلك المسلم الذي ارتد وخرج عن إسلامه وأصبح دينه دين غير دين الإسلامي وهنا نجد أن حكم وصيته تم اختلاف فيها بين فقهاء الدين الإسلامي بحيث نجد³

¹ العربي بلحاج . المرجع السابق .ص253

² حمدي باشا عمر . المرجع السابق .ص49

³ المرجع نفسه .ص 151

عند: الحنفية يرون أن وصيته تبقى موقوفة إلى غاية أن يقرر في أمره لأنه وفي حالة قرر العودة إلى الإسلام فأمواله تعاد إليه وتبقى وصيته صحيحة أما في حال إصراره على بقائه مرتد هنا فان تصرفاته بطلت من إنشاء الوصية.¹

في حين نجد عند الشافعية والحنابلة فقالوا تبقى وصيته موقوفة فإن عاد إلى الإسلام نفذت وإن قتل أو مات بردته بطلت في حين أن المشرع الجزائري لم ينص على الموضوع بما يوجب علينا بما يوجب علينا أن نأخذ بالمذهب الشافعي والمالكي ومن معه حيث قالوا بان مال المرتد يتم وضعه في بيت مال المسلمين فلا وصية ولا ميراث له وهذا ما قد أكدته المادة 138 من قانون الأسرة الجزائري: (يمنع من الإرث اللعان والردة).²

د-وصية المدين:

فان كان على الوصي دين مستغرق فهذا الأخير وصيته غير صحيحة لأن الله عز وجل قام بتقديم الدين على الوصية للميراث مصداقا لقوله تعالى: (مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ زَيْنٍ النِّسَاء:11

وفي هذا ما أكدته المادة 180 من ق.أ.ج: (الديون الثابتة في ذمة المتوفي على الوصية وبالنتيجة فإذا كان الدين مستغرق للتركة فإن الوصية لا تنفذ لأن حق الدائنين قدم عليها).³

4- الموصى له وشروطه:

أ-تعريف الموصى له: هم أولئك الأشخاص المعينون شخصيا بالاسم أو الإشارة أو⁴

¹العربي بلحاج . المرجع السابق . ص 151

² المرجع نفسه . ص 152

³حمدي باشا عمر , المرجع السابق , ص 51

⁴جمال الدين ميمون, مذكرات في التبرعات (الوصية والهبة). مذكرة لنيل شهادة الماستر. كلية الحقوق .جامعة مسيلة .

السنة الجامعية 2017-2018 . ص 11

بالوصف الذي يميزهم عن غيرهم و هو المتصرف له أي من أنشئت الوصية لأجله و قصد الموصي جعله خلفا في ما أوصى به و قد يكون موجودا وجودا حقيقيا أو حكما وقت إنشاء الوصية و قد يكون معدوما حين إنشاء الوصية.¹

ب- شروط الموصى له:

1- أن يكون الموصى له أهلا للتمليك: وهذا ما تم تأكيده من طرف فقهاء الشريعة الإسلامية حتى تكون الوصية صحيحة أي بمعنى أن يكون الموصى له أهلا للتملك فالوصية , لا تكون صحيحة لما ليس أهلا لتملك ونذكر على سبيل المثال: (إن يقوم بالإيصال لدابة بقصد تملكها فهذه الأخيرة تعتبر باطلة كما جاءت عند المالكية والشافعية لأن مطلق اللفظ بالتمليك والدابة لا تملك , أما إذا قال هذا العلف لدابة فتعتبر صحيحة مراعاة لظاهر اللفظ لا إلى مقصده أما عند الحنابلة فقد قالوا, لو قصد الموصي الإنفاق على الدابة حتى وفي حالة عدم قبول الموصى له فتعتبر هذه الأخيرة صحيحة).²

2_ أن يكون الموصى له معلوما:

هي أن يكون الموصى إليه معلوم ومعروف و أن لا يكون مجهول جهالة مطلقة لا يمكن استدراكها أو إزالتها ذلك إنه إذا لم يتم معرفة الموصى له وبقي مجهول بطلت الوصية لأن الموصى له غير معروف مثال عن ذلك كما لو أوصى شخص ما بثلاث ماله لرجل من الناس أما لو أوصى بثلاث من ماله لمسلمين أو لجهة معينة ستوجد في المستقبل فإن المذهب المالكي قد اعتبرها صحيحة و لا غبار عليها واعتبرها صدقة على جهة معلومة³

¹ ميمون جمال , المرجع السابق , ص 11

² بشرى عليم, المرجع السابق, ص 21

³ العربي بلحاج , المرجع السابق, ص 258

مستقبلاً كان يوصي لملجأ سوف يتم بنائه في الحي الفلاني بحيث يفوض الأمر للقاضي لكي يعرف الموصى له وتفسير المعلوم ولحصاء في مسائل الوصايا وهذا ما تم تأكيده من طرف جمهور الفقهاء حيث قالوا حتى تكون الوصية صحيحة لا بد أن يكون الموصى له معلوم وبالتالي يمكن للوصية أن تنفذ وذلك بتسليم الموصى به لأن الوصية هي تملك عند الموت ولا تلتزم إلا بقبول الموصى له وهذا ما قد أكدته المادة 184 والمادة 192 من ق. أ.ج.¹

وهذا ما ذهب إليه المشرع المصري اشترط القانون أن يكون هذا الأخير معلوم والمراد بذلك أن يكون معلوماً علم يمكن من خلاله تنفيذ الوصية وتسليم الموصى به إليه وفي حالة كونه غير معلوم فإن الوصية تكون باطلة أو فاسدة ولذلك يرجع بيان حكم هذه الحالة إلى المذهب الحنفية بحيث ذهب رأيهم بالقول والعلم بالموصى له قد يكون بذكر اسمه أوصفة التي تدل عليه و تشير إليه كأن يوصي شخص إلى فلان بذكر اسم أو يشير إليه بقوله: (أوصيت له ففي هذه الحالة فإن الموصى له يعد معلوم وتكون الوصية له صحيحة متى استوفت كامل شروطها).²

3_ أن لا يكون قاتلاً للموصي: القتل يعتبر مانع من الميراث وقد جعله القانون مانعاً من الوصية أيضاً وسوف نعرض بعض آراء الفقهاء بإيجاز كالتالي:

أ_ المذهب الأول: أنصاره هم الأحناف حيث يرون أن الوصية لقاتل لا تجوز سواء كان القتل بعد الإيحاء أو بعده وسواء تم إجازة الوصية من طرف الورثة أم لم يجيزوها ودليلهم في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم (فلا وصية لوارث).³

¹ العربي بلحاج , المرجع السابق, ص 258

² علي الخفيف . أحكام الوصية ، بحوث مقارنة تضمنت شرح قانون الوصية . ط الأولى، دار الفكر العربي. ص

³ عمر حمدي باشا , المرجع السابق , ص 53

ب_ المذهب الثاني: فأنصاره هم المالكية والشافعية حيث قالوا: (أن القتل لا يمنع استحقاق الوصية وان الوصية للقائل تصح مع خلاف في بعض التفاصيل) في حين نجد موقف التشريع حسم الأمر وقد نص في مادة **17** من ق. المصري للوصية حيث نصت المادة على (يمنع من استحقاق الوصية اختيارية أو الواجبة قتل الموصي أو المورث عمدا سواء أكان القائل فاعلا أصليا أم شريكا أم كان شاهدا زور شهادته إلى الحكم بالإعدام على الموصي وتنفيذه وذلك أن كان القتل بلاحق ولا عذر وكان القائل عاقلا بالغا من العمر خمسة عشرة سنة) بمعنى تبطل الوصية القتل العمدي المباشر سواء كان القتل قبل الوصية أو بعدها ولكن نجد حالات استثنائية تكون فيها الوصية صحيحة في القتل وذلك في الحالات التالية:¹

1- الحالة الأولى: الجنون والعاهة العقلية.

2- الحالة الثانية: ارتكاب القائل القتل وهو في حالة غيبوبة ناشئة عن عقاقير أيا كان نوعها بشرط يتم أخذها قهرا عنه وهو غير عالم بها.

3- الحالة الثالثة: القتل في حالة الدفاع الشرعي عن النفس وفق ما هو منصوص عليه في مواد قانون جنائي.

4- الحالة الرابعة: قتل الزوج وزوجه والزاني بها عند مفاجئتها حال الزنا لتوافر عذر الاستفزاز.

5- الحالة الخامسة: تجاوز حق الدفاع الشرعي.²

¹ عمر حمدي باشا , المرجع السابق , ص53

² محمد كمال الدين إمام جابر عبد الهادي و آخرون .مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوقف في الفقه والقانون والقضاء, ط الأولى, منشورات الحلبي الحقوقية .بيروت لبنان 2007 , ص 435 - 438 - 440

6- الحالة السادسة: في حالة كون القاتل مكرها بملجأ عملاً بقول الإمام أبي حنيفة.¹

4_ أن يكون الموصى له موجوداً:

وهذا عند إنشاء الوصية نجدها قد يمكن أن تكون حقيقة أو حكماً (بمعنى تقديراً) مثل الحمل أو يكون معدوم وهذا ما ذكرته المواد 187 من ق.أ.ج فهذه الأخيرة تعرضت لمسألة وصية الحمل والتي نصت على: (تصح الوصية للحمل شرط أن يولد حياً) أما المادة 134 من نفس القانون فقد نصت على: (لا يرث الحمل إلا إذا ولد حياً ويعتبر حياً إذا أستهل صارخاً أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة).²

كما أن المادة 2 / 25 من قانون المدني قد تناولت مسألة الحمل حيث نجدها نصت على: (على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون شرط أن يولد حياً) بحيث نجد أن كل المواد قد اتفقوا على ضرورة الولادة المصحوبة بعلامة الحياة وهذا ما قد ذهبت إليه أحكام الشريعة الإسلامية كما أنه يمكن للوصية أن تكون غير موجودة عند إنشاء الوصية أو يحتمل وجودها في المستقبل , وهذا ما أطلق عليها تسمية وصية المعدوم ولا يراد به أنه كان موجود ثم انعدم وهي الحالة التي لم يورد عليها المشرع الجزائري نصاً في شأنها لهذا سوف نطبق أحكام المذهب المالكي والتي إجازة الوصية لمعدوم بحيث تبقى الوصية قائمة مادام الأمل باقي في وجود الموصى له قائماً وذلك لما فيه من حماية مصلحة الموصى له إلى غاية أن يتحقق اليأس من عدم وجوده.³

5_ أن لا يكون الموصى له وارثاً للموصي: وهذا ما جاءت بيه نص المادة 189 من⁴

¹ محمد كمال الدين امام . جابر عبد الهادي , المرجع السابق, ص 435، 438، 440.

² عمر حمدي باشا , المرجع السابق , ص 55

³ المرجع نفسه, ص 55

⁴ كمال حمودان. مراد حموم . إجراءات تثبت الملكية بالوصية في قانون الجزائري . مذكرة لنيل شهادة الماستر. جامعة

عبد الرحمان ميرة , بجاية كلية الحقوق, السنة الجامعية 2020/2019. ص 31-32

وهذا ما جاءت بيه نص المادة 189 من ق.أ.ج: (لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي) بذلك يكون المشرع الجزائري قد أخذ بما أخذ به المذهب جمهور الفقهاء باعتبار أن الوصية لوارث تكون صحيحة لكنها تبقى موقوفة على إجازة الورثة لها مهما كان مقدار الشيء الموصى به وبعض القواعد إن هذا الاتجاه الذي تبناه القانون الجزائري سليم لأنه يتماشى وبعض القواعد الفقهية المشهورة من ذلك (درء المفسد مقدم على جلب المصالح) و هي من أهم شروط نفاذ الوصية بحيث لا يكون الموصي له وارثا للموصي وذلك مصداقا لقوله عليه الصلاة والسلام: **إِلَّا اللَّهُ أَعْطَى كُلَّ نَبِيٍّ حَقَّهُ فَلاَ وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ ، وَ الْوَالِدُ لِلْفَرَّاشِ ، وَ لِالْعَاهِرِ الْحَبْرُ** (1).

5- الموصى به وشروطه:

أ_ تعريف الموصى به: هو ذلك الشيء المعهود له من طرف الميت إلى شخص آخر.

ب_ شروط بالموصى به:

وهذا ما قد جاءت في نص المادة 190 من ق.أ: (للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة) وعليه يشترط عدة شروط نوجزها فيما يلي:

1- أن يكون الموصى به موجودا:

ويتعلق هذا الأمر بأعيان المال دون المنافع وذلك إذا كان الموصى به معين بالذات كان يوصي شخص ما بساعته فإنه يشترط في ذلك أن يكون موجودا وإن الموصي يكون مالك لها عند الوصية ولا يصوغ لإنسان أن يتصرف في ملك غيره على أساس²

¹ حمودان كمال , المرجع السابق , ص 31

² المرجع نفسه , ص 32

إنه ملكه وفي حالة إنه تصرف فيه على هذا الأساس كان تصرفه باطلاً أما إذا كان الموصى به غير معين بل كان جزءاً شائعاً في مال كله فيشترط وجوده عند الوفاة فإذا لم يكن مال وقت الوصية بطلت الوصية.¹

2- أن يكون الموصى به مما يجري به الإرث: بمعنى يكون الموصى به قابلاً لتملك فهذا يعد من العقود الناقلة للملكية حال حياة الموصي وذلك حسب المادة **189** من ق.أ.ج: (الوصية تملك مضاف إلى مبدع الموت عن طريق التبرع).²

أما المادة **190** فقد نصت على: (للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل وفاته أو منفعة) والمقصود بالأموال هي تلك الأموال القابلة للتملك وعليه فالمشرع الجزائري يشترط في الموصى به أن يكون مما ينتقل بالإرث من المورث إلى الورث ففي حالة لم تكن كذلك أشرط فيه بعد التأكد منها للتعاقد حال حياة الموصي فان لم يكن من هاتين الحالتين فإن الوصية تكون باطلة.³

3- أن يكون الموصى به قابلاً للتملك:

بحيث يشترط في الموصى به أن يكون بعد وفاة الموصي قابلاً للتملك وتصح الوصية بكل مال منقول من الأعيان ومن المنافع كما أن الوصية تكون صحيحة فيما يثمره الشجر لأنه يملك بالإرث، ومادام وجوده محققاً وقت الموصي فإن الموصى له يستحقه وبما هو حلال فالوصية في الحرام تكون غير صحيحة وهذا ما قد بينته المادة **190** من قانون الأسرة الجزائري: (للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه)⁴

¹ حمودان كمال، حموم مراد، المرجع السابق ص 32

² الأمر 02-05 الموافق ل 27 فبراير سنة 2005 الذي يعدل و يتمم القانون رقم 84-11 الموافق ل 9 يونيو سنة 1984 المنصمّن قانون الأسرة.

³ المرجع نفسه ص 34

⁴ عطا الله فشار، المرجع السابق، ص 72

قبل موته عينا أو منفعة) أو بعبارة أخرى فكل ما يصلح لتعاقد عليه حالة حياة الموصي تجدر الإشارة هنا أن الوصية بالمنافع جائزة غير أنها تنتهي بوفاة الموصى له وهو ما قد نص عليه المشرع الجزائري في المادة **196** من ق. أ. ج. : (الوصية بمنفعة لمدة غير محددة تنتهي بوفاة الموصى له).¹

بعد معرفة شروط الوصية لابد من معرفة أيضا ما هي شروط نفاذ الوصية:

4- شروط نفاذ الوصية:

أ- أن لا يزيد الموصى به على الثلث: أن المشرع الجزائري والشريعة الإسلامية وضعت حدود للوصية هي عدم تجاوز ثلث التركة وفق ما نص عليه المادة **185** ق. أ. ج. وفي حالة ما إذا أوصى الشخص بأكثر من ذلك دون إجازة الورثة فهي تكون باطلة الحكم مأخوذ من المواد **185_189** من ق. أ. ج. وكذا **408** من قانون المدني وهذا ما جاء في حديث سعد بن أبي وقاص حيث قال رسول الله صلى الله عليه وسلم له وسعد في مرض الموت: (الثلث و الثلث كثير) وأيضا ما ذهب إليه الفقه المالكي بقوله بأن الوصية لغير الوارث إذا تجاوزت الثلث فإنها تقع باطلة بالنسبة لزيادة أما وفي حالة تم أجازها من طرف الورثة تأخذ حكم الهبة في قول آخر لهم المالكية مفادها إن الزيادة صحيحة لكنها موقوفة على إجازة الورثة شريطة أن تكون الوصية لغير وارث.²

ب_ أن لا يكون مستغرق بدين:

فقهاء الحنفية هم أكثر من اهتموا بهذا الشرط أكثر من غيرهم وقد فهم من كلامهم أن الوصية باطلة في حالة تخلف هذه الشروط , على أساس أنه شرط لصحة الوصية³

¹ عطا الله فشار, المرجع السابق, ص72

² العربي بلحاج , المرجع السابق, ص217

³ أحمد محمد علي داود , المرجع سابق. ص133

فبناء على ذلك إذا ما استغرقت الديون لشركة فلا مجال للوصية وفي حالة لم تكن التركة مستغرقة بالدين فالوصية تبقى نافذة لكن في حدود القدر الخالي من الدين وإلا فان حق الدائن يقدم على حق الموصى له و إن لم يكن بها دين مستغرق للتركة لأن حقه هذا الأخير (الدائن) يتعلق بها إلا بعد وفاة الموصي و انعدم استغراق مال الموصي بدين يبقى شرط من شروط نفاذ الوصية وإن الدين يقدم دائما على الوصية كما أنها تقدم على الميراث لكن نلاحظ أن بين التقديرين فرق جوهري وسوف نوضح ذلك كالآتي:¹

أ- المقصود بتقديم الدين:

بمعنى أن الدين يتم قضاؤه أولا وفي حالة بقاء شيء من التركة يتم صرفه إلى الورثة والوصية وإلا فلا تنفيذ للوصية ولا توزيع لتركة في حالة تسديد الديون لكن الوصية تبقى صحيحة وإنما يمنع نفاذها فالوصية يمنع تنفيذها إذا لم يبرئها لغرماء أولم يتطوع أحد الورثة من تسديد الدين وهذا ما قد أوضحته لنا المادة 180 من قانون الأسرة الجزائري.

يأخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:

1_ مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع .

2_ الديون الثابتة في ذمة المتوفى .

و نجد أن للوصية يمكن تنفيذها حتى و إن كان مستغرقا بالدين ويكون في الحالتين الآتيتين: إذا ما أبرء الغرماء وتخلو عن ديونهم هنا تكون الوصية أما إذا أجازوا الغرماء على تنفيذ الوصية قبل تسديد الديون فهنا تكون جائزة.²

¹ أحمد محمد علي داود ، المرجع سابق . ص 133

² جمال الدين ميمون ، المرجع السابق، ص 18-19

الفرع الثاني: شكل الوصية: لم يتم تعيين شكل محدد للوصية فيما إن كانت مكتوبة أم لا لذلك سوف نتناولها في هنا الفرع و نفضل فيها كالاتي:

لا يوجد خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية حول أن تكون الوصية مكتوبة لأن الكتابة مستحبة لكون هذه الأخيرة تعتبر عقد من عقود التبرعات وترتب عليه حقوق الموصى له في الموصى به والتزامات الورثة في التنفيذ ولان طلب كتابة الوصية قد تثبت بحديث متفق عليه وهو ما قد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث قال: **(مَا حَقُّ أَمْرٍ مُسْلِمٍ ، لَهُ شَيْءٌ يُرِيدُ أَنْ يُوَصِّيَ فِيهِ ، بَيْتَ لَيْدَتَيْنِ ، إِلَّا وَوَصِيَّتَهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ)** و يمكن من الخلاف حول ما إذا كان المطلوب في الكتابة هو الإشهاد مشروطة فيه أم يكفي بالكتابة مع الختم والتوقيع فقط. فنقسم الرأي إلى قسمين فمنهم من قال يكفي الكتابة مع التوقيع ودليلهم في ذلك حديث الرسول (صلى الله عليه وسلم) ومنهم من قال فرأى بضرورة وجود الإشهاد مع الكتابة وقد استدلوا في ذلك من القرآن الكريم: **(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتَ دِينِ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عِلْمٍ مِّنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِّنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنتُمْ ضَرِيظٌ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ صَبِيَّةُ الْمَوْتِ ۖ تَحْسِبُونَهَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فِي قِسْمَانِ بِاللَّهِ إِنْ أَرْتَبْتُمْ لَا نُشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ ۗ وَلَا تَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّهَا إِذَا لَمِنَ الْإِثْمِينَ)**¹.

عند صدور القانون المدني المشرع الجزائري لم ينص على الشكل الواجب توافره في الوصية وإنما أحال إلى ق.أ.ش بشأن هذه المسألة بموجب المادة 775 منه و بما أن ق.أ.لم يكن قد صدر بعد فإنه يجب الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية بهذا الخصوص طبقا لمقتضيات المادة الأولى الفقرة 2 من ق.م و بالتالي يسري على شكل الوصية المبرمة قبل صدور ق.م²

¹ . مصطفى إبراهيم الزلمي، المرجع السابق، ص174

² سناء شيخ . شكل الوصية في الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري. مجلة الدراسات الإسلامية. العدد الثاني . جامعة

و في ظله و قبل صدور ق.أ يصدر بعد فإنه قد لجأ إلى أحكام الشريعة الإسلامية وهذا طبقاً للمادة 1/2 من نفس قانون عليه.¹

الفرع الثالث: إثبات الوصية:

إن تنفيذ الوصية لا يتم مباشرة بل يتم على طرق يجب على الموصي أن يسلكها و هذه الطرق تتمثل في كتابتها أو إثباتها عند الموثق وهو الأصل و في حال وجود ظروف قاهرة تثبت عن طريق القضاء وهو ما نص عليه المشرع الجزائري أدناه وهذا ما قد نصت عليه المادة 191 من ق.أ سألقة الذكر إذا كانت هناك مانع ويكون هذا المانع قاهر فيمكن إثبات الوصية بحكم قضائي مع التأشير عليه على مستوى هامش أصل الملكية وبالتالي يمكن إثبات الوصية بإحدى الطريقتين وهما:

أ_ إثبات الوصية بعقد توثيقي:

في حقيقة الأمر يتم إثبات الوصية بعقد تصريحي يتم تحريره من طرف الموثق مع مراعاة فيه جميع لإجراءات والترتيب الآتي الواجب توافرها في العقود الاحتفالية ليتم بعد ذلك تحرير العقد بحضور دائم لشاهدي عدل وشاهدي تعريف إذا ما اقتضى الأمر ذلك بالإضافة إلى ضرورة حضور الموصي ويجب على الموثق عند تحريره لعقد الإشارة وبشكل دقيق إلى صفة الموصي والموصى له والموصى به وإزالة الغموض عن كل ما يمكن أن يؤدي إلى اشتباه في الوصية أو اختلاطها بما يماثلها مع غيرها من العقود وفي حالة تم تحرير الوصية بحضور وكيل الموصي فيجب الانتباه إلى تلك الوكالة بحيث يشترط إن تتوفر نفس الشروط الواجب توافرها في عقد الوصية أما إجراءات الوصية فتتمثل في:²

¹ سناء شيخ. المرجع السابق، ص 174

² حمدي باشا عمر. المرجع السابق. ص 59

1- مرحلة التسجيل: وبعد هذا الأخير هو أول مرحلة لنقل الملكية بعد ما تم إثبات الوصية عن طريق محرر رسمي والذي تنظيمه قانون التسجيل الجزائري وذلك من أجل نقل الملكية بالطرق المختلفة سواء كانت عقارا أو منقولا والتسجيل هو إجراء من طرف مفتشي التسجيل , بحيث يقوم هذا الأخير بتسجيل جميع التصرفات التي تم أخضعها القانون لإجراء التسجيل أو تلك التي أراد أصحابها إعطائها تاريخ ثابت بغض النظر حول ما إذا كانت عقارا أو منقولا مع خضوعها لعملية دفع التسجيل.¹

2_ مرحلة الشهر العقاري : بحيث يعتبر الإجراء الأخير لكي تكتسب عن طريق الملكية الخاصة وبشكل نهائي في العقارات على وجه الخصوص وذلك من خلال المحافظة العقارية وهذا ما قد أشارت إليه المادة **739**ق.م.ج بحيث تنص على: (تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أو في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار أو من خلال المكلف بعملية الإشهار العقاري) والملاحظ في الأمر إن هذا الشهر يتم بعد وفاة الموصى أولا وقبل من طرف الموصى له لهذه الوصية لأنه وفي حالة رفض الموصى له هذه الوصية فإن هذه الأخيرة ترد وذلك تبعا لنص المادة **201** من ق.م.ج.²

2- إثبات العقد بحكم قضائي :

يعتبر إثبات الوصية بعقد هو الأقوى من حيث حجيته أمام المحاكم ليتليها الكتابة بخط الموصي وبعد ببصمته أو توقيعه إلا إن وفي حالة انعدام.³

¹عبد الحكيم دربالي , المرجع السابق, ص31

² المرجع نفسه.ص36

³جمال الدين ميمون ,المرجع السابق, ص23

الكتابة في الوصية فهي لا تعتبر باطلة ذلك بحيث إن وفي حالة وجود مانع قاهر ويمكن تصور هذه الحالة إذا التمس الموصي من الموثق مثلا على تحديد موعد لتحضير الوصية وبحضور شاهدي عدل ولما كان الموصي في طريقه إلى مكتب الموثق بحسب الموعد الذي حدده له من أجل إمضاء المحرر وقع له حادث بالسيارة أدى إلى وفاته هنا بإمكان الموصي له وباعتباره صاحب مصلحة الاستعانة بمشروع العقد الموجود بالمكتب التوثيق وبالشهود لإثبات المانع القاهر والذي حال دون إتمام إجراءات الأخير والممثل في إمضاء المحرر ففي مثل هذه الحالة يمكن إن يرفع دعوى أم الجهة القضائية المختصة ليلتمس فيها إثبات هذه الوصية , حالة دون إفراغ الوصية في كتابة توثيقية فإن بموجب حكم صادر عن المحكمة قسم شؤون الأسرة بعد سماع الشهود وبالإضافة إلى إقرار من طرف الورثة ل يتم في الأخير التأشير عليه بحكم على هامش أصل الملكية إذا كانت الوصية عقارا كما تعد الوصية الشفهية والتي تتم أمام الشهود في حالة وجود مانع قاهر فهي تعتبر صحيحة ونافاذة وذلك إذا صدر حكم قضائي يثبت صحتها القانونية¹

و لقد أحسن المشرع الجزائري صنعا بالقطع في نص م 191 على أنه تثبت الوصية بإحدى الوسيلتين:

بتصريح الموصي أمام موثق و تحرير عقد بذلك أو بحكم قضائي في حال وجود مانع أو قاهر أو استحالة أو تنازع على أن يؤشر هذا الحكم على هامش أصل الملكية و هذا معناه أنه في حال التنازع حول مسائل الوصية لابد من الأوراق الرسمية المراد به إلا تنتقل ملكية العقار الموصى به (إذا تعلق الأمر بعقار ما) بعد الوفاة إلا إذا سجل عقد الوصية أو بحكم قضائي الصادر بها لإثبات نقل الملكية.²

¹ جمال الدين ميمون , المرجع السابق, ص23

² العربي بلحاج , المرجع السابق , ص 246

المبحث الثاني: الأحكام المنظمة للوصية:

كقاعدة عامة نجد إن إنسان حر في جميع تصرفات التي يقوم بها من بين تلك التصرفات التي يقوم بها التصرفات المالية من بيع و غيرها لكن نجد إن هناك استثناء لهذه القاعدة حيث قام بتقييد حرية الايحاء بأمواله كما وضع مبطلات للوصية في حالة تجاوز القدر مسموح بيه شرعا وقانونا ومما لاشك فيه إن المشرع الجزائري عند وضع هذه القيود من تقييد حرية كما إن هذا الأخير قد عالج مشكلة تزام الوصايا وفصل فيها و كان هدفه هو الحفاظ على حقوق الورثة وحمايتهم من خلال هذا سوف نتناول في المطلب الأول (تزام الوصايا وتقييد حرية الايحاء) أما في المطلب الثاني سوف نتناول فيه (مبطلات الوصية).

المطلب الأول: تزام الوصايا وتقييد حرية الايحاء:

سبق أن بينا أن الوصية تصح بثالث المال و بما يزيد عليه إلا أنها تنفذ في الزائد إلا بإجازة الورثة فان لم يكن هناك وارث خاص أو كانوا و أجازوا الوصية كلها نفذت في جميع الأموال و بناء على ذلك لا تتزام الوصايا إلا إذا كثرت ولم يكفي المال بتنفيذ جميعها سواء كان المال الذي خصص لتنفيذها هو الثلث أم أكثر منه بعد إجازة الورثة من أجل فهم الموضوع أكثر و جب لنا التطرق أولا إلى تزام الوصايا في (الفرع الأول) و تقييد حرية الايحاء في (الفرع الثاني).¹

الفرع الأول : تزام الوصايا : المقصود بالتزام إذا أن تتعدد الوصايا و يزيد مجموعها على ثلث التركة و لم يجز الورثة هذه الزيادة أو أجازوها و لكن التركة لا تتسع لها فيقال إن الوصايا قد تزامت أي أن المال قد ضاق عن تنفيذها على الوجه الذي أراده الموصي²

¹ مصطفى ابراهيم الزلمي, المرجع السابق , ص 223

² حسن منصف. الوصية الواجبة علما وعملا وتزامها مع باقي الورثة. تم الاطلاع (15:49 يوم 6-5-2023). على

فانه إذا أوصى شخص بوصايا متعددة و كانت كلها تخرج من ثلث التركة نفذت بتهامها و هذا كما لو أوصى لشخص بعشر (10/1) ماله و لأولاده أخيه بتسع ماله (9/1) و بعشر ماله (10/ 1) نفذت الوصية كلها لأنها في مجموعها تساوي 28 سهما و 90 سهما و هي أقل من الثلث كذلك الحكم لو أوصى بوصايا متعددة تجاوزت ثلث التركة و أجاز الورثة الزيادة أو لم يكن له ورثة نفذت الوصية في جميع المال أن وسعها فلا يتحقق الزحام إلا إذا تعددت الوصايا أما إذا لم تتعدد فلا يكون تزاحم إنما الذي يكون هو خروجها من الثلث أو عدم خروجها منه إن الحكم عند وجود التزاحم أن يقدم أصحاب الوصية الواجبة حسب المواد (169-172) من قانون الأسرة الجزائري سواء كان المتوفي قد أوصى بحقهم لهم أو لم يوصي لأنهم يستحقونها بمقتضى القانون فإذا كانت تساوي ثلث (3/1) استحقوه و الباقي من ثلث التركة يكون لأصحاب الوصايا الاختيارية و قبل أن نتطرق إلى أحوال الوصية الاختيارية الثلاثة و جب علينا معرفة أولا ما هي الوصية الواجبة وما هي الوصية الاختيارية:¹

أولا: الوصية الواجبة:

لم يكن قبل تشريع قانون الأسرة الجزائري وصية واجبة لشخص في ماله بحيث يطالب بها قضاء و تنفذ في تركته و إن لم يوصي بها كان وجوبها بما عليه من حقوق أمر ديني بينه و بين ربه و إنما كان جاري العمل به عقد التنزيل المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية و بعض المتأخرين من المالكية , وق أخذ المشرع الجزائري بالوصية الواجبة لكن ضمنها في مصطلح التنزيل و ذلك في الفصل السابع من الكتاب الخاص بالميراث في المواد من (169-172) من قانون الأسرة و لكن بالرغم من هذا لم يعرف في مواد الميراث التركة و²

¹ العربي بلحاج, المرجع السابق , ص 319

² أحمد دغيش,, المرجع السابق , ص 51

ما يلحق بها بل ترك ذلك للفقهاء والقضاء ورغم أنه يمكن أن يستفاد تعريف التنزيل أو الوصية الواجبة من المادة 169 إلا أن هناك من عرف الوصية الواجبة (التنزيل) كما يلي: الوصية الواجبة هي إحلال الورثة الذين توفي والدهم قبل أو مع جدهم أو جدتهم محل والدهم في تركة الجد أو الجدة بمقدار حصة مورثهم لو بقي حيا بالشروط القانونية ومن خلال هذا التعريف يتضح لنا أن الوصية الواجبة هي حلول قانونية في تركة الجد أو الجدة لصالح الحفدة و لكن يشترط توافر مجموعة من الشروط القانونية جاءت بها المواد من 170-172 و ما يعيب التعريف السابق أنه لا يشمل الحفدة من جهة الإناث لذلك يمكن القول أن الوصية بتلك الطريقة و من حيث اقتصارها على الحفدة دون غيرهم و بالشروط التي حددها المشرع الجزائري هي حكم قد جاء به القانون و لم يسبق بمثله في الفقه الإسلامي إلا و انه قد وجدت الأحوال الداعية لها في مجتمعنا باعتبارها جاءت علاجا لفئة معينة من المجتمع و حالة كثرت فيها الشكوى و هي موت الأب و الأم في حياة الجد أو الجدة أو معا و أما بالقول الوصية للأقربين غير الوارثين فمروي عن جمع عظيم من فقهاء التابعين ومن بعدهم أئمة الفقه و الحديث.¹

ثانيا: الوصية الاختيارية:

تناولها المشرع الجزائري الوصية في الكتاب الرابع الخاص بالتبرعات في فصله الأول في المواد من 184-201 منه و عقد عرفت الوصية في المادة 184 الوصية بقولها: (الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع) و التي سبق و تناولناها في المطلب الأول الآن بعد أن تطرقنا الى الوصيتين أعلاه و جب علينا الرجوع إلى تزام الوصايا من خلال التعريف الآتي:²

¹ أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 51

² نبيل صقر، قانون الأسرة نصا و فقها و تطبيقا، د ط، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع والجزائر 2006، ص

هو أن يقوم الموصي بوصايا متعددة ويضيق عنها الثلث وإن يجز الورثة ذلك أو قد يجيزوا ولا تتسع التركة لتنفيذ كل الوصايا كما أن المادة 548 في الأصل هي مبنية على المذهب أبي حنيفة في قسمه الوصية إذا ما ضاق الثلث عن سهام الموصى لهم ولم يتم إجازتها من طرف الورثة أو تم إجازتها (الوصية) لكن هذه الأخيرة ضاقت التركة عن سهامها ونظرا لصعوبة مذهبه في طريقة القسمة عدل عنه إلى مذهب الصحابييين في المادة (82) نظرا لسهولة التي يمتاز به مذهبهما وهي طريقة العول المعمول بها في الميراث وفي مثل هذه الأحوال لا يخلو تعدد الوصايا من ثلاثة حيث في الحالة الأولى: تناولنا فيه التزام الوصايا بين عباد الله إما في الحالة الثانية تناولنا فيه التزام بين الوصايا في حقوق الله تعالى أما بالنسبة للحالة الثالثة: التزام الوصايا إذا كانت خليط لله تعالى وعباده.¹

أ - التزام الوصايا بين عباد الله:

في حالة كون الوصايا المتزاممة كانت كلها لعباد الله تعالى فإن التزام في ثلث التركة قسم بين أرباب الوصايا بالمحاصة هذا بالنسبة لسهام ووصاياهم أما إذا كانت في التركة كلها فهذه الأخيرة تقسم بينهم أيضا بالنسبة لسهامهم ، سواء كانت تلك السهام معلومة من أصل الوصايا و مثال عن ذلك كأن يوصي لواحد منهم بثلث من ماله ولآخر بنصفه و والثالث بثلثيه أم كانت غير معلومة كما لو أوصى لواحد بمائتي جنيه ولآخر بدار معينة والثالث بمرتب خمسة جنيهات كل شهر طول حياته والرابع بالانتفاع بالأرض معينة لمدة عشرين عاما لأنها إذا لم تكن سهمها معلومة فإن هذه الأخيرة يتم تقديرها بالطرق التي عرفناها في تقديم الوصايا بالأعيان والمنافع والمرتببات وبهذا فإن الوصية يتم نسبها كل على حدة إلى التركة لتعرف نسبتها إليها فتؤول هذه الوصايا إلى وصايا مقدرة من²

¹نبيل صقر، المرجع السابق. ص.366

²عبد الفتاح ابراهيم بهنسي . الأحوال الشخصية في التشريعات المتعددة. الجزء الثاني، د ط ، مكتبة لطباعة والنشر

والتوزيع . الاسكندرية . د س . ص.224

التركة فإذا قالوا تزاحم الوصايا في ثلث الوصية لربع ماله وأخرى بثلثه والثالثة بنصفه قمنا بتقسيم التركة بينهم بالمحاصة بنسبة هذه السهام فنقوم باستخراج المضاعف البسيط لمقام هذه الكسور مثال عن ذلك 12 ربعها 3 وثلثها 4 فنصفها 6 مجموع سهام الوصايا يكون كالاتي: $13=4+6+3$ تقسم عليها التركة في حين نجد إن عبد الفتاح إبراهيم بهنسي نجد انه هو الآخر تكلم عن الوصايا في كتابه المعنون الأحوال الشخصية في التشريعات المتعددة حيث قال إن الموصي إذا ما أوصى لزيد بثلث التركة ولعمر ربعها والورثة لم يجزوها كان الثلث بينهما بالنسبة لسهامها في جنس هذه المسألة أن يتم تصحيحها أي تصحيح مسألة الوصايا أولاً ثم يتم النظر إلى عدد سهام الوصايا من أصل المسألة فتكون هذه هي سهام الثلث وهذا المسألة التي لها ثلث وربع صحيحان اثنا عشر ثلثهما أربعة وربعها ثلاثة فيكون الثلث بينهما على سبعة سهام ولو أوصى مثلاً لرجل بألف ولآخر بخمسائة وخلف تركة قيمتها ألف وثمانمائة وان الورثة لم يتم اجازتها من طرفهم أي لم يجزوا مزادا عن الثلث بينهما بنسبة حقهما في الوصية لصاحب الالف أربعمائة وللثاني مائتان.¹

في هذه الحالة لا مجال لترجيح بعضها على بعض وذلك لاستوائها في سبب الاستحقاق و الاستواء في السبب بوجود الاستواء في الحكم بالحق واذن لا يأخذ كل من الموصى له مبنسبة نصيبه الموصى به على أي حال أي سواء زادة كل وصية عن الثلث أم لا وهذا رأي صاحبين من الحنفية و هو رأي المالكية و الشافعية و الحنابلة و به أخذ القانون فقد نصت المادتان **70** من قانون الوصية المصري و **258** من قانون الأحوال الشخصية السوري على ما يلي: (إذا زادت الوصايا على ثلث التركة و أجازها الورثة و كانت التركة لا تفي²

¹عبد الفتاح إبراهيم بهنسي، المرجع السابق، ص 44

²أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص 160

بالوصايا أو لم يجيزوها و كان الثلث لا يفي بها قسمت التركة أو الثلث حسب الأحوال بين الوصايا و المحاصة و ذلك مراعاة ألا يستوفي الموصى له بعين نصيبه إلا من هذه العين). و يذهب أبو حنيفة إلى موافقة الجمهور إذا كانت كل وصية على انفراد لم تتجاوز الثلث أما إذا كانت وصية بأكثر من الثلث أو كل منها أكثر من الثلث ففي هذه الحالة يخالف جمهور الفقهاء و يقول: (إن الزائد على الثلث في كل وصية باطل و يكون الثلث للموصى لهم بالتساوي).¹

ب-التزام بين الوصايا في حقوق الله تعالى:

في حالة إن الموصى أنشئ وصايا تزيد عن ثلث وكانت تلك الوصايا كلها من حقوق الله تعالى فهي تكون على أربعة:

1- إما تكون كلها فرائض مثال على ذلك الزكاة والحج أي بمعنى إذا كانت من بين الوصايا حق واجب لله فأوصى الموصى بتنفيذه بعد وفاته كزكاة وجبت في ماله ولم يصرفها لمستحقيها يقدم هذا الواجب على بقية الوصايا الاختيارية.

2- أو تكون كلها واجبات كال كفارات وصدقة الفطر و النذر.

3- ولما أن تكون كلها مندوبات مثل الصدقة على الفقراء.

ففي حالة كونها متحدة الرتبة ككونها كلها واجبات أو مندوبات فإنه يقدم الحج عن الزكاة أما إذا كانت متفاوت الرتبة أي كانت مختلطة الوصايا وتعلق البعض منها بالفرائض والبعض الآخر بالواجبات أو المندوبات فإن هذه الأخيرة يقدم الفرض على الواجب ثم المندوب.²

¹أحمد محمد علي داود , المرجع السابق , ص 160

²مصطفى إبراهيم الزلمي . المرجع السابق . ص 224

3-تزامم الوصايا إذا كانت خليطا لله تعالى والعباد:

في حالة حدث تزامم بين وصايا العباد مع وصايا الله كما إن أوصى بثلاث ماله للحج وكفارة من الكافرات ففي مثل هذه الحالة يذهب الأحناف إلى تقسيم ثلث التركة إلى الربعة أقسام متساوية لكل من هذه الجهات وبعد ذلك يجمع ما كان لله ويصرف على الترتيب المتقدم بداية بتنفيذ الفرض ثم الواجب ثم النوافل في حين يذهب الفقهاء إلى تقديم الوصايا الواجبة لله تعالى على وصايا العباد لأنها ديون لله تعالى وديون الله مقدمة عندهم على تنفيذ الوصايا في حين إن قانون المصري قد ذكر في المادة 11 يقضي بتقديم وتنفيذ الوصية الواجبة لفرع الولد المتوفى في حياة أبيه أو أمه قبل غيرها من الوصايا مهما يكن نوعها سواء أوصى المتوفى أم لم يوصي ودليله في ذلك قانون الأحوال الشخصية الأردني مادته 182 وقانون الأحوال الشخصية السوري في مادته 257 بحيث نص هذا الأخير على تنفيذ الوصية الواجبة لفرع الابن المتوفى في حياة أبيه أو أمه قبل غيرها من الوصايا الأخرى الاختيارية.²

الفرع الثاني: تقييد حرية الايضاء:

المشرع الجزائري نظم الخلافة في الوصية مقيدا بذلك حرية الإنسان في الايضاء و ذلك بغية حماية حقوق الورثة و هذا ما سوف نتطرق إليه:

1 _عدم جواز الايضاء لو ارث: الوارث هو من استحق الإرث بالفعل وقت وفاة الموصي ولو انتفى عنه سبب الإرث وقت إبرام الوصية وذلك باتفاق الفقهاء تكون الوصية له صحيحة لكنها تبقى موقوفة على إجازة³

¹ أحمد محمد علي داود, المرجع السابق , ص 161

² المرجع نفسه .ص161

³ نسيمه الشيخ. أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في قانون الأسرة الجزائري(الهبه. الوصية.الوقف), د ط . دار

هومة.الجزائر .دس .ص.209

الورثة حتى ولو كانت في حدود الثلث ويعتبر هذا الشرط أهم شروط الموصى له المقيدة لحرية الموصي في الايحاء بأمواله هي أن لا يكون الموصى له وارثا كقاعدة عامة وهذا مصداقا لقول الله تعالى: (كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ) وقوله صلى الله عليه وسلم : (لَا وَصِيَّةَ لِلوَارِثِ إِلَّا أَنْ يَجِيزَ الْوَرِثَةَ) وبما أن لدينا تقريبا كل أحكام مستقاة من الشريعة والفقہ الإسلامي لذلك دار الخلاف حول ما إذا كان الايحاء لوارث جائز أو غير جائز لذلك انقسموا إلى عدة آراء سوف نوجزها كما يلي:¹

أ- أجازوا الايحاء لوارث:

وهذا تم النص عليه في الفصل 200 من مدونة اللزوم الوصية لوارث إذا تم إجازتها من طرف الورثة بعد موت الموصي في مرضه المخوف المتصل بموته أو إذا استأذنتهم فيه فأذنوه بحيث أن الوصية تلزم بالإجازة أو الاستئذان لمن كان كامل الأهلية من الورثة و قد اعتمد على هذا الرأي القانون المصري والذي اعتبر إن الوصية لوارث لا تحتاج إلى إجازة الورثة إلا إذا تجاوزت الثلث ودليلهم في ذلك قول الله تعالى من الآية الكريمة 180 من سورة البقرة: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عِلْمٍ مِّنكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِّنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ حُصْبَةٌ أَلَمْتُمْ تَحْسِبُونَهَا مِنْ بَدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسَمَنَ بِاللَّهِ إِنْ أَرْتَبْتُمْ لَا نَشْتَدِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَلَا تَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذًا لَّ مِنَ الْآثِمِينَ) بالإضافة إلى اعتمادهم على أقوال بعض المفسرين من بينهم الأصفهاني بان هذه لأية غير منسوخة بأية المواريث ومن أسس هذا²

¹ نسيمه شيخ . المرجع السابق. ص 209

² لحسين بن الشيخ ايت ملويا . المنتقى في قضاء الاحوال الشخصية . ج.أ . الطبعة الثانية , دار هومة, الجزائر . ص 711.

ب- عدم تجاوز الموصى به ثلث التركة:

لقد تم وضع شروط للوصية وهي عدم تجاوز الموصى بيه ثلث التركة وهذا ما اتفقوا عليه الفقهاء مستدلين بقولهم عن حديث سعد بن أبي وقاص عن الرسول صلى الله عليه وسلم (قال: **عَانِي النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي حَجَّةِ الْوَدَاعِ، مِنْ وَجَعِ أَشْفَيْتُ مِنْهُ عَلَيَّ الْمَوْتِ، فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، بَدَعَ بِي مِنَ الْوَجَعِ مَا تَرَى، وَأَنَا نُو مَالٍ، وَلَا يَثْنِي إِلَّا أَبْنَةُ لِي وَاحِدَةً، أَفَأَتَصَدَّقُ بِذُلَّتِي مَالِي؟ قَالَ: لَا قُلْتُ: أَفَأَتَصَدَّقُ بِشَطْرِهِ؟ قَالَ: لَا. قُلْتُ: فَالذُّلُّ؟ قَالَ: وَالذُّلُّ كَثِيرٌ، إِنَّكَ أَنْ تَذَرُورْتِكَ أَغْنِيَاءَ، خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَذَرَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ**) بحيث يتضح لنا من هذا الحديث أنها ما مزاد عن ثلث التركة إنما هو خالص للورثة فان رفضه لا يجوز لأحد آت ينفذ عليهم ذلك لذا يستحب في الفقه الإسلام بيان يقوم الإنسان بالايصاء بثلث ماله أو مدونها ولا يهيم انك إن أهله أغنياء أم كانوا فقراء.¹

وعليه إذا ما تجاوزت الوصية ثلث التركة القانوني فقد ذهب المذهب المالكي انه وفي حالة زادت الوصية عن ثلث فهي تقع باطلة ويكون الجزء الزائد هو الباطل أما في حالة تم إجازتها من طرف الورثة فهذه الأخيرة تأخذ حكم الهبة من أموالهم ويرجع إلى نص المادة **185** ق. أ نجد أنها نصت على أن الوصية تكون في حدود الثلث وان الزيادة عنها يكون متوقف على إجازة الورثة كما أننا يجب أن نشير في حالة أن بعض الورثة قد أجازوا الزيادة عن الثلث أما البعض الآخر لم يجيزوها فتكون هذه الأخيرة نافذة في حق المجيز وبطلت الزيادة عن الثلث في حق الغير المجيز لها والإجازة المعتبرة تكون بعد الوفاة ولا عبرة بإجازة قبل الوفاة لان تنفيذ الوصية هو وقت الوفاة وأما قبل ذلك لا يعرف الورثة على التعيين كما أن الصفة هي سبب الحق لم تتحقق ورثة فالمالكية والشافعية قالوا أن الزيادة عن²

1 العربي زنتو , المرجع السابق , ص 34

2 المرجع نفسه , ص 34

ثلث تؤول إلى بيت مال المسلمين في حين نجد الحنفية والحنابلة قالوا إن الزيادة عن الثلث صحيحة لكن بعد إيفائه لديونه إن وجدت أما المشرع الجزائري فقد اغفل عليها (عدم وجود الورثة) ولم ينص عليها ولكن وبالرجوع إلى القواعد العامة من م 126 إلى م 186 فإننا نجد انه قد أشار إليها في نص م 4/180 حيث نصت انه: (وفي حالة عدم وجود وارث فان التركة تكون من حق الخزينة العامة).¹

مثال على ذلك قرار المحكمة العليا رقم 10690 الصادر بتاريخ 29-7-1997 الذي جاء في حيثياته: (من المقرر قانونا أن تكون الوصية في حدود ثلث التركة و ما زاد عن ثلث التركة و ما زاد عن الثلث يتوقف عن إجازة الورثة ومتى تبين في قضية الحال أن الوصية صدرت في حياة الموصية لأبنائها (س) حال حياة هذا الأخير في ثلث التركة باعتبارهم غير وارثين . فإن قضاة المجلس بقضائهم بتأييد حكم المحكمة القاضي بحصر التركة و تقسيمها على الورثة و تحديد نصيب كل وارث و إلغاء الوصية على أساس الموصى لهم يعدون من ورثة الموصي فإنهم خالفوا القانون و أخطأوا في تطبيقه مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه)²

2- أساس تقييد حرية الإيصاء:

أ- منع الإضرار بالورثة: الهدف من الوصية هي تحقيق التآزر والتضامن والتكافل الاجتماعي ولكن في بعض لحالات تعتبر الوصية مكروهة كوصية صاحب المال القليل مع أن ورثته كثيرون وهم أكثر حاجة لذلك المال.³

¹ العربي زنتو , المرجع السابق , ص 34

² المحكمة العليا . غ أ ش . القرار رقم 10690 . الصادر بتاريخ 29-7-1997 . المجلة القضائية . عدد خاص سنة 2001 . ص 298

³ فيصل ميهوب . التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري , مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء.وزارة عدل

الدفعة 2010.2007.12.ص.15,16,17

الهدف من الوصية هي تحقيق التآزر والتضامن والتكافل الاجتماعي ولكن في بعض فالوصية هنا تعتبر مكروهة وباطلة في الشرع والقانون إذا كان القصد منها هو الإضرار بالورثة والشريعة الإسلامية قد نهت عن إنشاء وصية الضرار كما يتحقق الإضرار بالورثة في حالة ما اتجهت نية الموصي كان يقر صراحة في الوصية أويتم استخلاص من أن الوصية مشتملة على شرط يتوقف تنفيذها على تحقيقه ومثال عن ذلك إن يوصي الشخص بجزء من ماله إذا قام ورثه بتصرف معيننا ولكن لم يشترط الفقهاء توافر قصد الإضرار لكن يكفي تحقق الضرر الأكيد والمحقق بالنسبة لحقوق الورثة.¹

جاء قرار المحكمة العليا رقم 1969 الصادر بتاريخ 28-7-1968 على: (حيث من جهة أن الوصية تسوغ إما أن تكون إما بشيء أو بأعيان معينة أو بسهم وارث من التركة ليست شرطا لصحة الوصية لغير وارث إلا فيما زاد على ثلث التركة و أن الوصية ترد إلى الثلث عند انعدام تلك الموافقة)²

ب- الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت:

نجد أن جل القوانين العربية بشكل عام و القوانين الجزائرية بشكل خاص وقد استندت أحكام الوصية من الشريعة الإسلامية لكن اختلاف طفيف في بعض أحكامها فحرية الإيضاء مقيدة من ناحيتين وذلك بحسب الشخص الموصى له ففي حالة كانت الوصية لأجنبي لا تنفذ إلا في حدود ثلث التركة وما زادا على ثلث فإنها تبقى متوقفة على إجازة باقي الورثة وهذا ما تنص عليه المادة 180ق.أ: (تكون الوصية في³

¹طايلب حنان. حماية الورثة من الوصية المستترة في التشريع الجزائري . مذكرة لنيل شهادة الماستر . جامعة ألكلي محمد

الحاج. البويرة. 9_12_2013 ص 31, 32

²المحكمة العليا . الغرفة المدنية. القرار رقم 1969 . الصادر بتاريخ 28-2-1968 . المجلة القضائية . العدد 1 . ص

حدود الثلث التركية وما زاد على الثلث توقف على إجازة باقي الورثة) وهذا تبعا لنص المادة 189 من ق. أ.ج فموقف المشرع الجزائري فيتبين من صريح المادة 185 ق.أ فقد اعتمد الثلث كحد أقصى للوصية و ما زاد عنه يتوقف على إجازة الورثة و عليه نجد إن الأشكال لا يثور في حالة ما إذا وجد ورثة يجيزون أو يرفضون الزيادة في هذا السياق نجد عدة أحكام للمحكمة العليا و إنما يطرح الإشكال في حال عدم وجود الورثة فهنا قانون الأسرة اغفل هذه الفرصة و لم ينص عليها لكن بالرجوع إلى قانون العقوبات في الميراث فان المادة 180 ف 4: (فإذا لم يوجد ذو فروض أو عصبه آلت إلى الخزينة العامة) و قياسا على ذلك فان ما ذهب إليه المالكية و الشافعية هو الأصوب لأنه يقتضي اعتبار الوصية لوارث صحيحة لكنها موقوفة على إجازة الورثة خاصة الورثة في حال رفض الوصية بدون سبب مشروع و قانوني فانه يمكن اللجوء إلى المحكمة للفصل في النزاع المتعلق بنفاذ أو عدم نفاذ الوصية لأنه منع بصفة مطلقة فيه نوع من الظلم اتجاه بعض الحالات المشروعة.¹

المطلب الثاني: مبطلات الوصية

من الثابت شرعا و قانونا أن الوصية إذا وقعت مستوفية كل شروطها و مقوماتها تكون صحيحة ولكنه قد يحدث أن تبطل الوصية من جهة الموصى له أو من جهة الموصى به وعليه سنتناول في الفرع الأول مبطلات الوصية من طرف الموصي أما الفرع الثاني خصصناه لدراسة مبطلات الوصية من طرف الموصى له أما الفرع الثالث فتناولنا فيه مبطلات الوصية من طرف الموصى به .

الفرع الأول: مبطلات الوصية من طرف الموصي:

تبطل الوصية بفقد شرط من الشروط المتقدمة في الحالات التي سنوضحها كالاتي:

¹العربي زنتو .المرجع السابق. ص 50

1- الرجوع في الوصية:

تبطل الوصية عند الحنفية بالجنون المطبق و نحوه كالعته لأن الوصية عقد غير لازم كالوكالة فيكون لحكم بقاءه حكم ابتدائه, بينما ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا تبطل الوصية بالجنون سواء كان مطبقاً أم لا لأن شرط تحقق الأهلية واجب عند الانعقاد لا يؤثر على زوالها بعدئذ في صحة العقد أو التصرف وهو ما يستفاد من أحكام القانون الجزائري التي تشترط سلامة العقد عند الانعقاد فقط المادة **186** ق.أ ونلاحظ أنه لا يجوز للموصي الرجوع عن الوصية في أي وقت كان فإذا جن جنونا مطبقاً متصلاً بالموت فقد طرأ عليها احتمال رجوعه عنها فتبطل ردة الموصي عن الإسلام بعد الوصية لأن ملكه موقوف على الأصح فيمكن رجوع الموصي عن وصيته صراحة أو ضمناً فالرجوع الصريح فيها المادة **192** ق.أ حيث نصت على: (يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمناً) يكون بوسائل إثباتها و الضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع).¹

فليس هناك اختلاف بين الفقهاء في أن تبطل الوصية برجوع الموصي عنها في حياته لأن الوصية كما سبق وذكرنا بأنها عقد غير لازم في حياة الموصي ومن ثم كان له الرجوع عنها في كلها أو بعضها أو أي وقت شاء وذلك لأن الذي وجد في حياة الموصي إنما هو الإيجاب فقط الأصل في التصرفات الشرعية أنها لا تلزم إلا إذا ارتبط بالإيجاب بالقبول و عقد الوصية لا يأتي فيه هذا الارتباط في حال الحياة لأن القبول لا يكون إلا بعد وفاة الموصي.²

أ-الرجوع الصريح: يمكن للموصي أن يلجا إلى الموثق الذي حرر له عقد الوصية ويلتمس³

¹ العربي بلحاج, المرجع السابق, ص317

² أحمد فراج حسين, أحكام الوصايا و الاوقاف في الشريعة الاسلامية, د ط, دار المطبوعات الجامعية, الاسكندرية,

1997, ص 183

³ المرجع نفسه, ص 317

منه تحرير عقد رجوع في الوصية بإرادته المنفردة ومن دون تسبب في طلبه ويتم ذلك بمحضر شاهدي عدل لأنه وحسب المادة 192 ق.أ فإن الرجوع الصريح في الوصية يتم بوسائل إثباتها كما يمكن للموصي أن يلجأ إلى القضاء لاستصدار حكم يثبت الرجوع في الوصية إذا اختار هذا الطريق فيقول في الرجوع الصريح عن طريق نص صريح: (رجعت في وصيتي أو أبطلتها أو غيرتها أو هذا لوارثي لا لغيري) أما عن طريق الدلالة و ذلك بأن يفعل في الموصى به ما يفيد رجوعه عن الوصية كأن يستهلك الموصى به بالأكل أو إطعام غيره أو إتلاف أو تفصيل أو لبس إذا كان ثوبا أو قماشا أو بيعه أو هبته أو جعله وقفا وما أشبه ذلك من كل فعل أو تصرف يدل على قرينة أو عرف على الرجوع عنها وهذا لا خلاف بين الفقهاء فهو اتفقوا على أنه لا يعتبر من الرجوع تصرف في الموصى به بحيث لا يخرجها عن ملك الموصي كما إذا أجره أو أعارها لتصرف الذي لا يخرجها عن ملكه وإنما أراد به التحسين أو الترميم كما إذا جصص الدار أو أعاد بناء سقفها أو غسل ثوب الموصي به.¹

ب-الرجوع الضمني: فإذا كان الرجوع الصريح يتم بنفس وسائل إثباتها فإن الرجوع الضمني يكون بكل تصرف قانوني يقوم به الموصي بعد إبرام عقد الوصية و يستخلص من الرجوع فيها كأن يقوم بالتصرف في العين الموصى بها بما في ذلك من يوكله غيره لأجل بيع العين الموصى بها وهو ما أكدته المحكمة العليا في القرار رقم 54 727 المؤرخ في 24-1-1991 عدد 04 ص 85 فيمكن الرجوع في الوصية ضمنا إذا قامت القرينة و العرف على اعتبار تصرف الموصى له عدولا عن وصية أراد بموجبه الفعل نقض الوصية وكل تصرف من شأنه أن يزيل مال الموصى به عن الموصي رجوعا ضمنيا دون الحاجة إلى إثباتها بقرينة دالة عليه سواء كان عيبا أو غيره بدون عوض كالهبة أو الوقف.²

¹ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 317

² المرجع نفسه، ص 317

فتجدر الملاحظة أنه طبقاً للمادة 193 ق.أ فإن الرهن الموصى به لا يعد رجوعاً في الوصية ولكن عملياً قد يؤدي الرهن إلى الحجز على الموصى به وببِهِ في المزداد العلني ففي هذه الحالة يكون مصير الوصية كمل لو هلك الشيء الموصى به كلية إذ تبطل في هذه الحالة لقوات محلها الذي كانت متعلقة به أما إذا أوصى الموصي بمال معين ثم أوصى لنفس شخص ثان بنفس المال فلا يعد ذلك تراجعاً ضمناً بل يكون الموصى به مشتركاً بينهما أما إذا كانت الوصية لشخصين معينين دون أن يحدد ما يستحقه كل منهما ومات أحدهما وقت الوصية أو بعدها قبل وفاة الموصي فالوصية كلها للحي منهما أما إذا حدد ما يستحقه كل منهما فالحي لا يستحق إلا ما حدد له.¹

إلا أن هناك تصرفات لا تعتبر رجوعاً في الوصية إلا إذا اقترنت بقريضة تدل على قصد الموصي كما جاء في المادة أعلاه نذكر منها:

1- **حجر الوصية:** نقصد بها إنكار حصولها في الماضي كقوله بأنه لم يوصي بشيء هنا اختلف الفقهاء حول اعتباره رجوعاً عن الوصية وعدم اعتباره على قولين:

أ- **القول الأول:** أنه يعتبر رجوعاً فتبطل الوصية لأن الرجوع نفى الوصية في حال الجحود نفاهاً في الماضي و الحال فأولى أن يكون رجوعاً نص على ذلك الحنفية وبعض الفقهاء.

ب- **القول الثاني:** أنه لا يعتبر رجوعاً ذهب إلى الفقهاء الحنفية و الحنابلة.²

2- **هدم العين الموصى بها:**

لم يعتبر هدم العين الموصى بها رجوعاً عن الوصية كمل لو كانت الوصية بدار فهدمها³

¹ عمر حمدي باشا , المرجع السابق ,ص62

² أحمد فراج حسين ,المرجع السابق ,ص184

³ المرجع نفسه . ص 184

لأنه تصرف البناء و البناء تبع و التصرف في التبع لا يدل على إسقاط الحق عن الأصل فقد يكون البناء آيلا للسقوط ومثله في ذلك كل فعل يزيل اسم الموصى به أو يجب زيادة فيه فلا يمكن تسليمه إلا بها كمل لو كانت الوصية بأرض مبني عليها أو ضم إليها غيرها وبينى عليها بناء واحد أو كما أوصى بمقدار من القمح فأخلطه بقمح آخر لأن هذه الأفعال لم تعد الموصى به بل هو باق بعدها و إن كان مختلطا بغيره و جاء أيضا الحكم في القانون الموريتاني في المادة 230 في الفقرة 3 منه: (تبطل الوصية في حالات رجوع الموصي عن الوصية سواء كان الرجوع صريحا أو ضمنيا) أيضا جاء في حكم القانون المغربي في المواد 314/3 منه على: (حق الموصي في الرجوع عن الوصية واعتبر الرجوع من مبطلاتها).¹

2- زوال أهلية الموصي:

قال بعض فقهاء الشريعة أن استمرار أهلية الموصي شرط استمرار الوصية كما هو شرط لإنشائها فإذا كان متمتعا بأهلية التبرع وقت إنشاء الوصية ثم طرأ له الجنون المطبق خلال الفترة الواقعة بين الوصية و بين وفاته بطلت الوصية سواء اتصل الموت بهذا الجنون أولا وقد أقر المشرع العراقي هذا الاتجاه قبل وفاته ورجعت إليه الأهلية زال أثره وشرط اتصال فقدان الأهلية الموت أبطل للوصية, فمعنى زوال أهلية الموصى معناه إبطال تصرفاته و لان شرط الأهلية واجب عند الانعقاد ولا يؤثر زوالها بعد الطعن في صحة العقد أو التصرف وهذا ما ورد في نص المادة 186 ق.أ: (يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل بالغا من العمر (19) تسعة عشر سنا على الأقل).²

وهذا معناه ضرورة التمتع بسن الرشد القانوني الوارد في المادة 40 / 2 من القانون المدني و الذي يخول للإنسان كامل³

¹ أحمد فراج حسين ,المرجع السابق ,ص185

² مصطفى ابراهيم الزلمي , المرجع السابق , ص 234

³ العربي لحاج , المرجع السابق ,ص253

الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية لأن المقصود بالبلوغ في مسألة الوصية أن يكون له أهلية التبرع لأن الوصية من التصرفات الضارة المالية المحضة إذ لا يقابلها عرض دنيوي.¹

3- المرتد عن الدين الإسلامي:

المرتد في الفقه الإسلامي هو من كان على دين الإسلام و ارتد عنه إلى دين آخر أو إلى الكفر فعند الحنفية أن وصية المرتد مثل كل تصرفاته تبقى موقوفة إلى أن يتقرر أمره فان عاد إلى دين الإسلام عاد ملكه إلا ما كان عليه قبلها وان مات على رده أو قتل أو لحق بدار الحرب تقرر زواله عن ملكه في وقت الردة فتبطل تصرفاته التي صدرت منه بعد الردة وتبطل وصيته السابقة لعدم بقاء الموصى به لملكه إلى حين موته وهو وقت ابتداء ملك الموصى له و هو الراجح في مذهب الحنفية وكذا عند المالكية و الشافعية فان مال المرتد يصبح ملكا لبيت مال المسلمين أو الخزينة العامة و لا وصية ولا ميراث و لم يورد القانون الجزائري أي نص في هذا المضمار لكن تركها مع اختلاف الدين وهذا ما ورد في المادة 200ق.أ: (تصح الوصية مع اختلاف الدين) فلم يتعرض لها المشرع لقلة وقوعها و عملا بصحة الحنابلة القائلين بصحة وصية المرتد أيضا مما يجب الأخذ بالمذهب المالكي الذي يقول بان مال المرتد يوضع في بيت مال المسلمين أي الخزينة العامة فلا وصية ولا ميراث حسب المادة 138 ق.أ: (يمنع من الإرث اللعان و الردة) و هذا يخالف بعض التشريعات العربية التي تنص على أن الرد من بطلان الوصية.²

الفرع الثاني: مبطلات الوصية من طرف الموصى له:

تتعقد الوصية بالإرادة المنفردة للموصى غير أن ملكيته لا تثبت إلا بعد قبول الموصى له صراحة دلالة بعد وفاة الموصى وتبطل في حال رفضه حسب المادة 201 ق أ ج كالاتي:

¹ العربي لحاج , المرجع السابق ,ص253

² المرجع نفسه ,ص252

1 - قبول الوصية وردها:

معنى قبول الوصية أو ردها فمن الثابت قانوناً أنه لا بد من وجود طرفين في كل عقد و لا بد من إيجاب وقبول كما في عقد البيع وعقد الزواج مثلاً وعدم تلاقي الإرادتين ولا يولد عقداً إلا أن الفقهاء رأوا أنه يمكن أن يتم إنشاء العقد بالإرادة المنفردة في عقود التبرع كالوصية والهبة مثلاً ومن هنا اعتبرت المذاهب الإسلامية الوصية نوعاً من العقود ولكن الفقهاء اختلفوا في الموضوع المتعلق بالقبول فبعضهم قال بلزومه و البعض الآخر العكس ولقد ذكرنا سابقاً أن الوصية الاختيارية هي وصية الإنسان لغيره وتنتقل الملكية فيها بشكل اختياري بالنسبة لمالك وكذا بالنسبة للموصى له فهذا الأخير يتمتع بمطلق الحرية في قبول الوصية أو ردها حسب ما ورد في المواد **192, 197, 198, 201** ق.أ طالما أنها اختيارية من حيث الإيجاب و اختيارية من حيث القبول فإذا قبل الموصى له الوصية كان للموصى به ملكاً له وإذا رد الموصى له الوصية صراحة أو ضمناً بعد وفاة الموصي عاد الموصى به إلى ملكية ورثة.¹

الموصى ومن هنا تنص المادة **197** ق.أ على أنه تلزم الوصية بقبولها من الموصى له صراحة أو ضمناً بعد وفاة الموصي وهذا معناه أن الوصية لا تثبت للموصى له بمجرد وفاة الموصي بل لا بد من أن يقبلها صراحة أو دلالة بعد الوفاة ومن حقه أن يقبل أو يرد فإذا قبلها ألزمت وأن ردها بطلت وذهب المالكية و الشافعية والحنابلة إلى أن القبول يكون بالقبول أو الفعل الذي يدل على الرضا بالوصية كأن يقول الموصى له قبلت الوصية أو رضيت بها و مثال الفعل أن يتصرف الموصى له في الموصى به تصرفاً يدل على الرضا و قبول الوصية كما تكون في الوصية بسيارة فيركبها أو يؤجرها وما أشبه ذلك يكون كذلك بالسكوت و عدم الرد من من الموصى له و هذا السكوت لا يعتبر قبولا.²

¹ العربي بلحاج , المرجع السابق , ص 275

² المرجع نفسه , ص 275

فنص المادة 197 ق.أ: (يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي) أما فيما يخص وقت القبول فإنه لا يصح القبول إلا بعد وفاة الموصي مصرا على وصيته فلا عبرة للقبول مادام الموصي حيا ذلك أن آثار الوصية لا تظهر إلا بعد الوفاة و إنها من العقود الغير لازمة فإن الفورية في القبول أو الرد يمكن الرجوع عنها قبل القبول المؤجل إلى ما بعد الموت و هذا الرجوع يكون بالقبول الصريح كما يكون بالفعل أو الدلالة فاختلف الفقهاء في مسألة رد الموصى له بعد قبوله و شرط أن يقبل ورثة الموصي أو أحدهم بالرجوع و لا فرق أن كان الموصى له قد تسلم الموصى به أم لا و عندها بعد عقد الوصية مفسوخا و يعود الموصى به إلى التركة.¹

المشعر الجزائري في المادة 201 ق. أ: (تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي أو بردها).²

2- قتل الموصى له للموصي:

أن القتل من مبطلات الوصية فمن قتل عمدا أو تسبب في قتل الموصي يحرم من الوصية حسب ما جرت عليه قواعد الميراث و تطبيقا للقواعد الفقهية المعمول بها من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه.³

فاختلف الفقهاء حول القتل المانع للوصية فذهب الحنفية إلى اعتبار أنه يقصد بالقتل هنا الفعل الصادر من البالغ العاقل عدوانا بغير حق أو عذر شرعي سواء كان عمدا أم على⁴

¹ العربي بلحاج , المرجع السابق ص278-279

² أمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005 الذي يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 الموافق ل 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة .

³ نسيمه شيخ , المرجع السابق, ص 35

⁴ أحمد محمد علي داود , المرجع السابق , ص 127-128

خطأً أما القتل بالتسبب فلا يبطل الوصية و قال الحنابلة القتل بغير بحق سواء كان عمداً أو خطأً مباشرة أو تسبباً من يبطل الوصية , أما الشافعية فذهبوا إلى أن الوصية تصح للقائل ولو تعدياً لأن الوصية تمليك بعقد فأشبهت الهبة و خالفت الإرث , أما المالكية ذهبوا إلى اعتبار أن القتل يمنع الاستحقاق في الوصية عملاً بالحديث الشريف: (لا وصية لقاتل) غير أنه يرى عدم بطلان الوصية في حالة القتل الخطأ لأن الوصية تمليك كالهبة و القتل لا ينافي أهلية التمليك بدليل جواز الهبة للقائل كما أن الحديث النبوي لم يفرق بين القاتل و غيره و لكنه إذا حصل القتل بعد إنشاء الوصية حرم الموصى له من الوصية أما إذا أصابه إصابة أبقته على قيد الحياة فأوصى بعدئذ وتوفي بالإصابة تبقى الوصية قائمة احتراماً لإرادة الموصي فالمعنى من الحديث النبوي أنه استعجل ما أخره الله تعالى فيحرم من الوصية كما يحرم من الميراث فإذا أوصى لرجل ثم إنه قتل الموصي تبطل الوصية ولو أجازوها الورثة.¹

و لقد أخذ المشرع الجزائري في هذا الشأن بمبادئ الفقه المالكي فاشتراط قتل الموصى له للموصي عمداً مما يترتب عليه وجوب القصاص أو الكفارة و لقد جاء في المادة **188** من ق.أ: (لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمداً) فالعبرة إذن بالقتل العمد المباشر أي عدواناً بدون حق و ليس بالقتل الخطأ.²

والعبرة الحرمان من الأيضاء بالنتيجة يستبعد القتل الخطأ و الشخص الذي يكون في حالة دفاع شرعي حسبما جرى به قانون المواريث في المادة **137** ق.أ و بالتالي فإنه يمنع من استحقاق الوصية الاختيارية أو الواجبة قتل الموصي أو المورث عمداً سواء كان القاتل فاعلاً أصلياً أو شريكاً (1/135)³

¹ أحمد محمد علي داود , المرجع السابق , ص 127-128

² العربي بلحاج, المرجع السابق , ص 162

³ عمر حمدي باشا, المرجع السابق , ص 53

أم شاهد زور أدت شهادته إلى محكمة الإعدام و تنفيذه فاعلا أصليا أو شريكا (1/135) أم شاهد زور أدت شهادته إلى محكمة الإعدام و تنفيذه المادة 2/135 وكذا إذا كان عالما أو مديرا للقتل و لم يخبر السلطات المعنية.¹

3- موت الموصى له قبل الموصي:

تعد وفاة الموصى له من مبطلات الوصية حسب المبدأ و قد نص المشرع الجزائري في المادة 201ق.أ: (تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي أو بردها) فإذا مات الموصى له قبل وفاة الموصي لا تنتقل الوصية إلى ورثته بل تبطل لأن الموصى له يملك الموصى به إذا قبله و سواء علم بوفاة الموصى له في حياة الموصي أم بعد وفاته و كذا تبطل الوصية من باب أولى إذا انكشف موت الموصى له قبل الوصية لأن الوصية من عقود التبرع لشخص معين بالذات ولا تلتزم إلا بقوة الموصي مصرا على وصيته وقبول الموصى له بعد الوفاة حسب المواد 197 و 198 ق.أ.²

4- الوصية لوأرث إلا إذا أجازها الورثة:

اختلف الفقهاء في الوصية لوأرث على مذهبين: أ- المذهب الأول: مذهب المالكية في المشهور عندهم و (الشافعية و الحنابلة في غير الأظهر): (لا تجوز الوصية لوأرث أصلا سواء أجاز الورثة أو لم يجيزوا و تقع باطلة) غير منعقدة إلا إذا أجازها الورثة فابتداء من عند أنفسهم في مالهم الذي لآل إليهم من مورثهم تفتقر إلى شروط الهبة من اللفظ و القبول و القبض لا تنفيذا لوصية الموصي و إن أوصى لغير وارث فصار وارثا عند وفات الموصي بطلت الوصية له و إن أوصى لوأرث ثم صار غير وارث لم تجز له الوصية لأنه إذا عقدها كانت باطلة سواء أجاز ذلك الورثة أم لم يجيزوا و استدلت أصحاب هذا المذهب بما يلي: ما رواه ابن إمامة عن الرسول _ص_ : (إن الله تعالى قد أعطى لكل ذي حق حقه³

¹ عمر حمدي باشا، المرجع السابق ، ص 53

² مصطفى إبراهيم الزلمي ، المرجع السابق ، ص 237

³ أحمد محمد علي داود ، المرجع السابق ، ص 151

فلا وصية لوarith) إن الله تعالى منع ذلك فليس للورثة أن يجيزوا ما أبطله الله تعالى على لسان رسول الله _ص_:(إلا أن يبتدئوا هبة لذلك من عند أنفسهم لأنه ماله).

ب-المذهب الثاني: مذهب الحنفية (و الشافعية و الحنابلة في الأظهر من مذهبيهما) وقول غير مشهور للمالكية: الأصل في الوصية لا تكون لوarith فان أوصى شخص لوarith توقفت صحة هذه الوصية على إجازة الورثة فان أجاز الجميع الوصية نفذت و إن أجازها البعض و لم يجزها البعض الآخر نفذت في حصة من أجاز و بطلت في حصة من لم يجز و تعتبر الإجازة من الوarith تنفيذًا لما أراداه الموصي و تنازلاً عن حقه المانع من نفاذ الوصية.¹

5- إذا تعذر وجود جهة الموصى له:

إذا تعذر وجود الجهة الموصى لها اللهم إذا كانت الوصية لجهة غير موجودة و ستوجد في المستقبل فإنها تبطل الوصية.²

الفرع الثالث: مبطلات الوصية من طرف الموصى به:

الموصى به هو محل الوصية فيه ضوابط إذا انقلبت بالعكس فإنها تدخل في دائرة البطلان الأمر الذي يؤدي إلى هلاك الموصى به سواء كان عيناً أو مالاً أو نوع محدد الذي سنتناوله كالآتي:

1-استحقاق الموصى به: إذا تبين استحقاق الموصى كله أو بعضه ولو بعد القبول و القبض بطلت الوصية لأنه لم يتوفر شرط من شروط صحته وهو كون الموصى به ملكاً للموصي وقت وصيته بما لا يملكه الإنسان باطله لأن³

¹ أحمد محمد علي داود , المرجع السابق ,ص151

² العربي بلحاج ,المرجع السابق, ص318

³ مصطفى إبراهيم الزلمي, المرجع السابق , ص239

فاقد الشيء لا يعطيه و لكن حسب ما هو ظاهر أن هذا يعتبر انكشافا لصحة الوصية حيث أنها كانت باطلة في الواقع فانكشف بطلانها بعد ظهورها استحقاق الموصى به و لا يمكن القول بأنها صحت ثم بطلت لأن هذا القول خلاف الواقع إذن اعتبار الاستحقاق من باب أسباب إبطال الوصية تجوز.¹

إذا هلك الموصى به المعين بأي وسيلة من وسائل التعيين كالإشارة أو الوصف و كان هلاكه قبل قبول الموصى له بطلت الوصية لفوات محله الذي كانت متعلقة به فلو أوصى شخص لغيره بسيارة معينة (أي يعين من التركة) فتلفت بطلت الوصية إذا استحق الموصى به العين سواء كان الاستحقاق قبل موت الموصي أم بعده سواء كان قبل قبول الوصية من الموصى له أو بعد قبولها له بالاستحقاق تبيين أن الموصي بمال ليس مملوك له و الوصية إذا كانت بمال مملوك الموصي تكون باطلة كما تقدم و هلاك الموصى به إن كان في حال حياة الموصي فإن الوصية أما إذا كان الهلاك بعد وفاة الموصي وقبل قبول الوصية من الموصى له فلا تبطل الوصية به إلا إذا كان الهلاك بسبب موجب لضمانه فلا تبطل الوصية بهلاكه بل يعوض بموصى به لآخر الجدير بالذكر إن الوصية تبطل بالاستحقاق بالنسبة إلى القدر المستحق فقط حتى لو أوصى بثلاث مال معين منقول أو عقار ثم استحق الثلثان منه ثلث ماله يحتمل باقي الثلث الباقي من المال المستحق نفذت الوصية فتبطل الوصية باستحقاق العين الموصى بها.²

2- هلاك الموصى به و استحقاقه إذا كان نوع معين من مال:

إذا كان الموصى به مالا معيناً من التركة تبطل بهلاكه سواء كان بفعل الموصي أم بقوة قاهرة وذلك لانعدام محل الوصية أما إذا كان بفعل فإنها تنتقل إلى البديل³

¹ مصطفى ابراهيم الزلمي، المرجع السابق، ص 239

² العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 306

³ المرجع نفسه، ص 239

(التعويض) وكذلك تتحول الوصية إلى البديل في الهلاك المعنوي كما في استهلاك الموصى به من قبل الدولة قهرا رغم إرادة الموصى له و لا تبطل الوصية إذا كان نوع معين من مال الموصى به لم يعين بالاسم و الإشارة و هلك هذا النوع الموجود وقت الوصية ثم حل محله نفس النوع قبل وفاة الموصي ولا تبطل الوصية أيضا من أوصى لشخص بثالث ماله ثم باع جميع أمواله لأن العبرة بما يملكه يوم الموت سواء زاد أو نقص لا حال الوصية عند جمهور فقهاء الشريعة.¹

3- هلاك الموصى به واستحقاقه إذا كان معين بذاته:

إذا كانت الوصية بعين معينة بالذات بالإشارة أو بوصف قاهر عليها مثل: (أوصيت بهذه السيارة أو بداري و كذا) وهو قد حدد محلها و مساحتها و حدودها , فإذا هلك في حياة الموصي بطلت الوصية لأنه عليه الضمان في المستحق فتحولت إلى العوض إذا كان الهلاك بفعل الورثة أو طرف أجنبي , أما إذا هلك أو استحق جزء من العين المعينة بالذات بطلت الوصية في الهالك المستحق و تعلق حق الموصى له بالباقي و إذا خرجت العين الموصى بها عن ملك الموصى له للمنفعة العامة كاستهلاكها من قبل الدولة يعتبر هذا²

الاستهلاك هلاكا معنويا فان تم الاستهلاك في حياة الموصي بطلت الوصية و إن حدثت بعد وفاة و نفذت في البديل لأنه يكون مقابل التعويض , أما اقتصر الهلاك على بعض العين بطلت فيما هلك أو استحق وكان للموصى له بما فيها أن خرج من ثلث التركة ولم يخرج من الثلث استحق قدره فتبطل الوصية في الجزء المستحق فقط حتى لو أوصى بثالث مال معين منقول/ عقار ثم استحق الثلثان منه و ثلث ماله يحتل الثلث الباقي من المال المستحق نفذت الوصية فيه أما إذا كان المعين بالنوع غير موجود وقت إنشاء الوصية فإنها³

¹ مصطفى ابراهيم الزلمي, المرجع السابق , ص 237

² المرجع نفسه , ص 207

³ العربي بلحاج, المرجع السابق, ص305

تتعلق بما يكون موجودا عند الموصى من ذلك النوع وقت الوفاة مما اكتسبه أو دخل في ملكه بعد الوصية و لا يتصور في هذه الحالة موضوع الهلاك أو استحقاق الموصى به قبل الوفاة لأنه لا يتعلق حقه إلا بما هو موجود وبق وقت وفاته.¹

4- هلاك الموصى به و استحقاقه ان كان سهما شائعا في نوع معين:

و إذا كانت الوصية بسهم شائع في نوع من التركة كتلت بستانه أو ربع أغنامه أو نحو ذلك و كان في التركة أو مال غائب فعندئذ ينظر فإذا كان هذا السهم لا يزيد عن الثلث الحاضر من التركة استحق الموصى له سهمه كاملا في الحاضر هذا النوع و إن كان الثلث الحاضر من التركة استحق الموصى له من سهمه بقدر الثلث الحاضر و يكون الباقي من سهمه بيد الورثة فكلما حضر شيء من المال الغائب أو أدى شيء من الدين استرد الموصى له من باقي سهمه الذي بيد الورثة قدر الثلث ما حضر حتى يستوفيه كله يكون ذلك كما لو أوصى شخص بمثل نصيب أحد الورثة لشخص بربع التركة لشخص لآخر سواء عين الموصي الوارث الذي أوصى بمثل نصيبه أو لم يعين بالحكم في هذه الحالة أن توزع التركة بالسهم على الورثة ليعرف مقدار سهام كل وارث ثم يزداد إلى هذا المجموع ثم بالنظر إلى الوصيتين معا فان خرجنا عن الثلث نفذتا من غير توقف على إجازة و إن لم تخرجا من الثلث توقف نفاذ الزائد على الإجازة.²

5- هلاك الموصى به واستحقاقه إذا كان شائعا في معين:

كالوصية بمكتبه أو بقسم منها كالنصف و الثلث إذا هلك أو استحق بعضه بطلت الوصية في القدر الهالك المستحق إذا أوصى بنصف غنمه وكان له وقت الوصية ألف رأس من الغنم ثم هلك بعضها أو استحق فحق الموصى له يكون في النصف الباقي لا في النصف الكلي وقت إنشاء الوصية لأنه يعتبر المستحق الهالك كأنه لم يكن إذا أوصى بنصف غنمه³

¹ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 305

² المرجع نفسه، ص 304

³ مصطفى إبراهيم الزلمي، المرجع السابق، ص 237

و كان له وقت الوصية ألف رأس من الغنم ثم هلك بعضها أو استحق فحق الموصى له يكون في النصف الباقي لا في النصف الكلي وقت إنشاء الوصية لأنه يعتبر المستحق الهالك كأنه لم يكن كما لو كانت الوصية بحصة شائعة في معين كالوصية بنصف سيارة معينة ثم هلكت السيارة كلها أو استحققت فان الوصية تبطل لفوات محلها , فإذا كان الموصى به جزءا شائعا من التركة و لا تبطل الوصية كلها إلا بهلاك جميع التركة لكن كلما هلك جزء منها هلك على الموصى له منها بالنسبة إلى وصيته الشائعة.¹

6- خروج الموصى به من ملك الموصي قبل وفاته:

فإذا أوصى بدار مثلا ثم انتقلت ملكيتها قبل وفاته إلى غيره بسبب من أسباب كسب الملكية فان ذلك يؤدي إلى بطلان الوصية ولو رجعت الملكية إليه ما لم يحدد الوصية مرة أخرى بعد رجوع الملكية إليه خلافا لبعض الفقهاء ممن ذهبوا إلى رجوع الوصية تلقائيا برجوع الملكية.²

¹ مصطفى ابراهيم الزلمي , المرجع السابق,ص 237

² المرجع نفسه ,ص 238

خلاصة الفصل الأول:

كخلاصة لما تم تقديمه في الفصل الأول فيمكن اعتبار الوصية هي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت عن طريق التبرع وهذا ما نجده موضح جليا في نص المادة 184 من ق.ا.ج أي بمعنى أن يكون التصرف قد صدر بالإرادة المنفردة للموصي وبالتالي تكون هذه الأخيرة ناقلة للملكية وان نفاذها يبقى على تحقيق شرط وفاة الموصي وهي (الوصية) ثابتة في الفقه والقانون كما أنها تتميز بأحكام تكلفية وذلك بحسب اختلاف الأحوال فقد تكون واجبة أو مندوبة أو مكروهة أو محرمة أما وفي ما يخص أركان الوصية فهي أربعة بحسب آراء جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية ونذكرها كالتالي الموصي والموصى له والموصى به بالإضافة إلى ركن الصيغة وطريقة التعبير عنها ، كما نجد أن للوصية طرفان أساسيان هما الموصي والموصى له بحيث يشترط في الأول أن يكون متمتعا بسن الرشد سليم العقل بالإضافة إلى عنصر الرضا بحيث يجب أن لا تكون إرادته تشوبها عيوب ، في حين نجد أن الطرف الثاني وهو تم إطلاق عليه تسمية الموصى له أو مستحق الوصية فهذا الأخير يجب أن يكون معلوما و وأن يكون موجودا وقت الوصية أن لا يكون وارثا للموصي وان لا يكون قاتلا للموصي ، لأنأتي بعدها لمحل الوصية (الموصى به) والشروط الواجب توافرها فيه وهي كالأتي بحيث يجب تكون مما يجري به الإرث أن يكون قبلا للتملك و موجود عند قيام الوصية وان لا يزيد عن ثلث التركة كما أنه لا يكون مستغرق بدين . كما قد نجد للوصية قد يحدث فيها تزامم لذلك تم تقسيمها إلى ثلاث أقسام وهي كالأتي التزام الوصايا بين عباد الله ولما أن تكون عبارة عن التزامم بين الوصايا في حقوق الله تعالى أو تزامم الوصايا إذا كانت خليطا لله تعالى والعباد. ومن خلال تعريف بالوصية توصلنا إلى أسباب التي تؤدي إلى إبطال الوصية سواء كان الإبطال من طرف الموصي أو من طرف الموصى له. وفي ما يتعلق في إثبات الوصية بالإضافة إلى تحديد شكلها فالمشعر الجزائري لم يفصل فيها وترك الأمر إلى فقهاء الشريعة الإسلامية وأيضا إلى مقارنة القوانين المقارنة .

الفصل الثاني:

الأفعال الخفية والتصريفات

الملحقة بالوصية

تمهيد:

تعتبر تصرفات مريض مرض الموت من إحدى الموضوعات المهمة والتي وجب علينا دراستها ، والبحث فيها نظرا للمكانة المرموقة التي تحتلها في حياتنا وفي المجتمع بصفة عامة ، ويعود لسبب إلى ذلك أن مريض مرض الموت عند مرضه يشعر باقتراب اجله ونهاية حياته فيقوم بالتصرف في أمواله وممتلكاته كما يحلو له غير أنه بنتائج السلبية لتلك تصرفاته لأنه يكون بذلك حقق هدفه لنتقل بعدها إلى دار الخلود ولكن وعندما يتصرف المريض عند مرضه الذي ينتهي بوفاته ، بحيث يقوم هذا الأخير (مريض مرض الموت) بتفضيل هذا الوارث عن باقي الورثة ، فتكون تلك أفعال نتيجتها هي خلق الضغينة والبغضاء بين نفوس الورثة كما أنها تلك التفضيلات تخلق ضغينة بين الورثة ، لتكون نتيجتها قطع صلة الرحم التي أوصانا بها الله سبحانه وتعالى ورسوله الكريم صلى الله عليه وسلم .

لذلك ارتأينا أن نقسم هذا الفصل الثاني والمعنون تحت عنوان (الأفعال الخفية والتصرفات الملحقة بالوصية) ، ومن اجل التعمق أكثر في دراستنا وجب معرفة أولا تصرفات مريض مرض الموت (كمبحث أول) ، بحيث قسمناه إلى مطلبين بحيث في المطلب الأول تناولنا فيه (المقصود بمرض الموت) ، أما في المطلب الثاني فتناولنا فيه (الأحكام المنظمة لتصرفات مريض مرض الموت) ، أما بالنسبة للمبحث الثاني (الأفعال المستترة و التصرفات الملحقة بالوصية) فهو الآخر تم تقسيمه إلى مطلبين بحيث المطلب الأول تناولنا فيه (حماية الورثة من الوصية المستترة) ، أما المطلب الثاني فكان تحت عنوان (حماية الورثة من الفعل الملحق بالوصية) .

وسوف نفصل أكثر في الموضوع كالتالي :

المبحث الأول : تصرفات مريض مرض الموت

بحيث سوف نتطرق في هذا المبحث تحت عنوان بتصرفات مريض مرض الموت حيث نتناول في المطلب الأول (المقصود بمرض الموت) ، أما في المطلب الثاني فسوف نوضح فيها (الأحكام المنظمة لمريض مرض الموت) .

المطلب الأول: المقصود بمرض الموت

الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يتطرق لتعريف لمرض الموت كمعظم التقنيات العربية فلقد قام فقط بالتطرق لأهم الأحكام المنظمة لمرض الموت و بالاعتماد على نص المادة 1 من القانون المدني في فقرته الثانية التي قامت بدورها بإحالتنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية بحيث أن هذه الأخيرة عرفت لنا مرض الموت بحيث بينت لنا شروط مرض الموت وكيفية إثباته ، وهذا ما أوردناه في (الفرع الأول) تعريف مرض الموت ، أما في (الفرع الثاني) فقد حددنا فيه شروط مرض الموت ، لنأتي في الأخير(الفرع الثالث) والذي تناولنا فيه إثبات مرض الموت .

الفرع الأول: تعريف مرض الموت:

لقد اختلف الفقهاء في تعريف مرض الموت لكنهم اتفقوا على توافر أمران فيه: وهي تحقق الموت غالبا، وأن يقع الموت فعلا وقبل كل هذا يجب التطرق إلى تعريفه كآتي:

1_ لغة :

أ-تعريف المرض: ا لَمُوضُ و اَلْمَوْضُ بفتح الراء و سكونها فساد المزاج يقال مرض فلانا مرضاً فهو مريض و قال ابن درير: (المرض و السقم وهو نقيض الصحة).¹

¹ فاروق بوشريط . آثار تصرفات مريض مرض الموت في الوصية . مذكرة لنيل شهادة الماستر . كلية الحقوق . جامعة

محمد خيضر بسكرة. السنة 2019-2020 . ص6

فنقول مرض بمعنى تغيرت صحته و اضطربت.¹

فلمرض: ميم و الراء و الضاد أصل صحيح يدل على ما يخرج به الإنسان عن حد الصحة في أي شيء كان مَوْضَ و جمع المريض المرضى و قلنا أن المرض هو كل شيء يخرج به الإنسان حد الصحة.²

و قال الفيروز آبادي قال بعضهم: (المرض فساد يعرض للبدن فيخرجه عن حد الاعتدال و الصحة) وقد ورد في القرآن الكريم على 3 وجوه:

1-الوجه الأول: مرض البدن لقوله تعالى: (فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَّرِيضًا أَوْ بِهِ أَذًى مِنْ رَأْسِهِ فَذِقُوا مِنْ صِلَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ).³

2-الوجه الثاني: الشك و النفاق و ضعف اليقين ومنه قوله تعالى: (فِي قُؤُبِهِمْ مَوَاضٍ فَزَلَّهُمُ اللَّهُ مَوَاضًا).⁴

3-الوجه الثالث: الفجور و منه قوله تعالى: (فِي طَمَعِ النَّبِيِّ فِي قَلْبِهِ مَوَاضٍ).⁵

و منه نعرف أن للمرض نوعان: مرض الأبدان و مرض القلوب و المرض المراد به في موضوعنا هو النوع الأول مرض الأبدان.⁶

ب-تعريف الموت:

و للموت معاني عدة نذكر منها أهمها فيما يلي:

¹ محمد حمدي. مرشد الطالب عربي-عربي. د.ط. دار المرشد. الجزائر. د. س. ص 265

² أحمد بن فارس بن زكريا أبو الحسين. معجم مقاييس اللغة. المحقق عبد السلام هارون. المجلد 6. د ط. دار الفكر

العربي. في القاهرة. سنة 1946. ص 311

³ سورة البقرة. الآية (196)

⁴ سورة البقرة. الآية (10)

⁵ سورة الأحزاب. الآية (32)

⁶ فاروق بوشريط. المرجع السابق. ص 6

الموت: الميم و الواو و التاء أصل صحيح يدل على ذهاب القوة من الشيء و منه الموت خلاف الحياة و إنما قلنا: أصله ذهاب القوة¹
و قد ورد في القرآن الكريم عدة أوجه منها :

1-أولاً: ضد الحياة و هو زوال القوة النامية لقوله تعالى : (نَحْيِي بِهِ بَلَدًا مَيِّتًا وَنُسِقِيهِ مِمَّا خَلَقْنَا أَنْعَامًا وَأَنْعَامِي كَثِيرًا)²

2-ثانياً: زوال القوة الحسية لقوله تعالى: (قَالَتْ يَا لَيْتَنِي مِتُّ قَبْلَ هَذَا وَكُنتُ نَبِيًّا مُسِيًّا)³.

3-ثالثاً: زوال القوة العقلية وهي الجهالة لقوله تعالى: ﴿ أَوَمِنْ كَانَ مَيْتًا فَأَحْيَيْنَاهُ وَجَعَلْنَا لَهُ نُورًا يَهْدِي بِهِ فِي النَّاسِ كَنُورٍ مِثْلَهُ فِي الظُّلُمَاتِ لَيْسَ بِخَارِجٍ مِنْهَا أَ كَلَّا كَ رَبِّ لَكَا فَوَيْنَ لِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ ﴾⁴.

4-رابعاً: الأجل المحتوم و الميقات المعلوم في ساعة محددة ووقت محدد لا تقديم فيه و لا تأخير لقوله تعالى: (وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِنْ قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا وَذُرِّيَّةً وَمَا كَانَ لِرَسُولٍ أَنْ يَأْتِيَ بِآيَةٍ إِلَّا بِإِذْنِ اللَّهِ لِكُلِّ أَجَلٍ كِتَابٌ)⁵

5-خامساً: الحزن و الخوف المكر للحياة لقوله تعالى: ﴿ يَتَجَرَّعُهُ وَلَا يَكَادُ يَسِيغُهُ وَيَأْتِيهِ الْمَوْتُ مِنْ كُلِّ مَكَانٍ وَمَا هُوَ بِمَيِّتٍ وَمِنْ وَرَائِهِ عَذَابٌ غَلِيظٌ ﴾⁶

¹ أحمد بن فارس بن زكريا أبو الحسين . المرجع السابق . ص283

²سورة الفرقان . الآية (49)

³سورة مريم . الآية (23)

⁴سورة الأنعام . الآية (122)

⁵سورة الرعد . الآية (38)

6-سادسا: ومنها أن الموت هو اليقين الذي لا مفر منه و لا هروب لقوله تعالى: (كُلُّ نَفْسٍ ذَائِقَةُ الْمَوْتِ ثُمَّ إِلَيْنَا تُرْجُونَ)¹

2- اصطلاحا:

هو المرض المُخَوِّفُ الذي يتصل بالموت و يغلب فيه الهلاك عادة سواء وقع الموت بسببه أم بسبب لآخر خارجي عن المرض كالقتل أو الغرق الحريق أو غير ذلك.²

3-تعريف مرض الموت في الفقه الإسلامي:

و قد اختلفوا فهناك من يصف مرض الموت³ وهناك من يصف تارة حال المريض و طبيعة الأمراض و أهم الحالات التي من شأنها أن تؤدي إلى الهلاك و سنتعرض بشكل موجز لآراء المذاهب الفقهية الإسلامية حول تعريف مرض الموت كالاتي:

أ-مذهب الحنفية:حسب رأيهم هو: (المرض الذي يغلب فيه خوف الموت و يعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجا عن داره إن كان من الذكور و عن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث و يموت على ذلك قبل مرور سنة سواء كان صاحب فراش أم لا) و اعتمد أصحاب هذا المذهب على 3 لآراء:

1-الرأي الأول: ذكر أهم العلامات التي من شأنها أن تميز أن المريض مصاب بمرض الموت و عجزه عن القيام بالأعمال المعتادة.

2-الرأي الثاني: اتخذوا أن العجز عن القيام بالأعمال اليومية هو شرط لتحقق مرض الموت.

¹ سورة ابراهيم . الآية (17)

² الجمهرة . الموسوعة الشاملة لمفردات المحتوى الإسلامي(تم الاطلاع 18:41 يوم 10-5-2023) منشور على الموقع:

<https://islamic-content.com>

³ مرض الموت يطلق عليه بالمصطلح الأجنبي (الفرنسي) le dernier malade

3-الرأي الثالث: أن يكون المرض و لا تزيد مدته عن سنة فإذا تعدى هذه المدة فلا يعد مرض الموت مع استبعاد شرط ملازمة الشخص المريض الفراش, باعتبار هناك أمراض لا تلزم صاحبها الفراش و مع ذلك تعد مرض الموت (كسرطان . الايدز وغيرها..). وهناك أمراض تلزم صاحبها الفراش و مع ذلك لا تعد مرض الموت (كسر في عظام الساق).

ب- **مذهب المالكية:** يقول أحد فقهاء المالكية نقلا عن الإمام مالك لتعريف مرض الموت: (كل مرض يقعد صاحبه عن الدخول و الخروج و إن كان جذاما أو برصا...يصح معه بدنه و يتصرف فهو كالصحيح) ومن هذا التعريف يتضح أخذ بعجز المريض عن القيام بأعماله و إدارته في المنزل و خارجا فإنه يعد مريض مرض الموت و هناك أمراض يستطيع القيام مع ذلك بأعماله في الداخل و الخارج و ذهب الرأي الآخر في فقهاء المالكية أن مرض الموت هو ما حكم الطب بكثرة الموت به (كالسل و الحمى القوية و أن الهلاك به كثير و حكم المرأة الحامل بعد 6 أشهر حكم المريض) و أصحاب هذا المذهب قاموا بإحالة مرض الموت من عدمه إلى أهل الاختصاص و الخبرة وهم الأطباء كما أنه اتفق بما جاء به الحنفية.¹

د- **مذهب الشافعية:** فذكر الإمام الشافعي فقال: (أن المرض نوعان فكل مرض كان الأغلب منه الموت المخوف منه ثم ذكر أمثلة عن الأمراض المخيفة (كالرعاف الدائم و غير ذلك من الأمراض..). و يلاحظ من أصحاب هذا المذهب أنه يكثر فيه الخوف و يستبعد بذلك إلى الموت بالإقبال على الأعمال الصالحة باعتباره مريض الموت .

ج- **مذهب الحنابلة:** فعرفه الحنابلة على أنه: (ما اتصل به الموت وكان مخوفاً) وهو مفارقة الروح الجسد و خروجها منه فعندهم هو المرض المخوف الذي اتصل به الموت²

¹ فاروق بوشريط . المرجع السابق.ص7

² المرجع نفسه.ص7

4- تعريف مرض الموت من الناحية الفقهية :

فقد عرفه الفقهاء على أنه هو ذلك المرض الذي لا يستطيع فيه الإنسان أن يقوم بأعمال الذي اعتاد القيام بها كل يوم والتي يقوم بها الإنسان العادي ، بحيث أن هذا الأخير ينتهي بالوفاة في غالب الأحيان ولكي يعده مريض مرض الموت أن يموت هذا شخص المريض خلال سنة أو أقل منها ابتداء من تاريخ مرضه وإلا عدة تصرفاته تصرفات الإنسان الصحيح ولا تكون كتصرفات مريض مرض الموت ولا تأخذ حكم الوصية.¹

وفي حالة استتال المرض به لأكثر من عام من تاريخ مرضه ، فهذا الأخير لا يعد مرض موت مهما كان ذلك المرض خطير واحتمال عدم الشفاء منه وتكون تصرفات مريض الموت في تلك الفترة صحيح ولا تعد حالته من حالات مرض الموت إلا في فترة تزايدها اشتداد وطأتها أي العبرة هنا الشدة التي تليها الوفاة و في تعريف آخر لعبد الرزاق السنهوري فقد عرف مرض الموت على أنه: (هو ذلك المرض الذي فيه خوف الموت ، ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجا عن داره إن كان من الذكور ، وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث ، ويموت عن ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان مريض صاحب فراش أم لم يكن كذلك ، وفي حالة أن مرضه امتد لأكثر من سنة وعلى حال واحدة كان في حكم صحيح بحيث تكون تصرفاته صحيحة ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله اعتبارا من وقت التغيير إلى الوفاة).²

¹ محمد يوسف الزغبى ، العقود المسماة عقد البيع في قانون المدني ، د.ط ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، سنة 2004 ، ص 501.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح قانون المدني ، الجزء الرابع ، ط 3 ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ، لبنان . سنة 2000 ، ص 313

كما تم تعريف مرض الموت من طرف المرحوم أحمد بك إبراهيم أنه: (المرض الذي يغلب فيه الهلاك في العادة وبليه الموت فعلا).¹

وقد تطرق له أيضا الأستاذ العربي بلحاج على أن مرض الموت هو: (المرض الذي اتصل به الموت وكان من الأمراض الذي يغلب فيه الهلاك ولا تزيد عن سنة أو أنه ذلك المرض الذي يعجز الإنسان عن القيام بمصالحه خارج البيت وبالتالي يحول دون قيامه بواجباته) الأمر ذهب إليه أيضا نبيل صقر قال في هذا الشأن: (بأن المريض هو من لا يقدر أن على أداء الصلاة قائما وقيل من لا يقدر أن يقوم أن يقيمه غيره وقيل من لا يقدر على المشي إلا أن يتهدى بين اثنين وقيل من يزداد مرضه).²

5-تعريف مرض الموت من الناحية الطبية و القانونية:

أ-تعريف مرض الموت من الناحية الطبية:

إن أغلب المصادر الطبية لم يهتموا بتعريف مرض الموت بصفة مباشرة و إنما هناك مسميات كثيرة له فنحن هنا بصدد تعريف مرض الموت فعرف مرض الموت من الناحية الطبية على أنه: (على أنه المرض الذي اجتمع فيه الوصفان:

1-أولا: أن يغلب فيه الهلاك عادة و يرجع هذا إلى الإحصاءات الطبية و إلى الأطباء في تحديد طبيعة الأمراض.

2-ثانيا: أن يعقبه الموت مباشرة سواء كان الموت بسببه أم بسبب آخر.³

¹ أنور سلطان ، العقود المسماة شرح عقد البيع والمقايضة ، د.ط ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، مصر سنة 2005 ، ص432.

² رفيدة بوردرة ، وسيلة بوقافة ، حماية الورثة من التصرفات العوضية للمورث المريض مرض الموت ، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل ، السنة الجامعية 2021/2022 ، ص13

³ فاروق بوشريط . المرجع السابق . ص 12

فهناك من عرفه على أنه المرض الميؤوس من شفاؤه و هو الذي لم يعرف له علاج بعد و هذا التعريف معاب حين اعتبر أن المرض الميؤوس منه مرض الموت و هذا ليس بالضرورة لأن الإنسان تستمر حياته رغم اليأس ، في حين يعتبر بعض الأطباء أن نتيجة مرض الموت بسبب إذا ما سيطر على أعضاء جسم الإنسان و من ثم يسبب تلفاً لأنسجته بحيث لا يمكن للوظائف الحيوية و الأساسية ممارسة مهامها و من ثم يؤدي بحياة الإنسان المصاب إلى الوفاة ، يرى هاريسون بأن الأمراض العضوية التي تؤدي إلى الوفاة هي التي يصاب بها جسم الإنسان كمرض القلب و السرطان و غيرها من الأمراض المميتة و تحدث تغييرات نسيجية في وظيفته الهرمونية التي من شأنها أن تؤدي إلى عرقلة عمل العضو المصاب به ثم تؤدي بحياة الإنسان إلى الموت ، أي أن الأمراض العضوية بصفة عامة تشمل الأمراض المزمنة و الغير المزمنة و التي تؤدي بحياة المريض إلى الموت.¹

ب-تعريف مرض الموت من الناحية القانونية:

إن الشريعة الإسلامية هي الأولى التي تضمنت مصطلح مرض الموت على عكس التقنيات العربية بما في ذلك المشرع الجزائري التي اكتفت فقط بتبيين الأحكام العامة لتصرفات مريض مرض الموت ، باستثناء المشرع الأردني حيث أورده في المادة 543 منه على اعتبار أنه : (المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة و التي يغلب فيها الهلاك و يموت على تلك الحال قبل مرور سنة فإن امتد مرضه وهو في حالة واحدة دون ازدياد سنة أو أكثر تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح).²

وهذا ما نصت عليه المادة 1595 من مجلة الأحكام العدلية على أن مرض الموت: (هو الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز معه المريض عن رؤية).³

¹ فاروق بوشريط . المرجع السابق . ص 12

² المرجع نفسه. ص 12

³ محمد شتا أبو سعد ، عقد البيع ، ط 1 ، الطبع والنشر ، دار الفكر العربي ، مصر ، د س . ص 544.

مصالحه خارج داره إن كان من ذكور وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث ، ويموت عن ذلك الحالة قبل مرور سنة وهو على حال واحدة ، فإنه يكون في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ، ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله ، ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضي سنة ، بعد حاله اعتبارا من وقت التغير إلى وفاة مريض الموت.¹

رغم أن المشرع الجزائري لم يعرف مرض الموت إلا أنه من خلال الأحكام و القرارات الصادرة عن المحاكم الجزائرية نذكر منها تعريف الحكمة العليا على انه: (أن مرض الموت هو الذي يغلب فيه الهلاك ويتصل به الموت فعلا وأنه لذلك يشترط القول أن يكون الشخص قد أبرم التصرف وهو يعاني من مرض يؤدي في الغالب إلى الموت وأن يتصل الموت بالمرض بحيث لا تفصل بين المرض والوفاة فترة الشفاء و الراحة) كما أنه قد جاء في قرار آخر والذي جاء في حيثياته ما يلي: (حيث أن مرض الموت هو المرض الذي يغلب فيه هلاك المريض بحيث أن هذا الأخير يشعر بدنو أجله وينتهي بوفاته فعلا) وجاء أيضا قرار آخر للمحكمة العليا يحدد لنا تعريفا لمرض الموت بحيث عرفه كالآتي : (أن الواهب كان مريض مرض الموت وأن مرضه يدخل ضمن الأمراض المخيفة وذلك طبقا لنص المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري ، حيث أن عقد الهبة موضوع النزاع قد تم تحريره في حالة المرض المشار إليه و أن المادة السالفة الذكر تعتمد على معيار الأمراض المخيفة كأعراض الموت وذلك وفق القرار الوارد فإن الواهب بعد أربعة أيام من خروجه من المستشفى وأنه لم يشفى بل أعقبته الوفاة مباشرة وهذا ما قد تم الاستناد عليه من طرف ، الورثة من أجل الطعن في قرار المجلس قضاء بسكرة والصادر بتاريخ 2022/02/11.²

¹ محمد شتا أبو سعد ، المرجع السابق.ص544.

² فطيمة نساخ ، أثر الموت على عقد البيع ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، العدد 1، السنة 2020 ، ص448.447

إن قراءة أحكام مرض الموت في ضل القانون المدني توحى أن هناك صعوبات واجهها المشرع الجزائري لأنه أصلا لم يعرف مرض الموت خلافا لبعض التشريعات المقارنة و لم يوضح في المادة 408 فقرة 2 ما هو أساس إبطال العقد هذا الموقف الذي أدى إلى وجود قرارات قضائية كيفت مرض الموت عارض من عوارض الأهلية يؤثر على التمييز و العقل و هذا المفهوم بعيد عن الأهداف من تقرير أحكام مرض الموت و التي في مجملها حماية حقوق الورثة و الدائنين و ذلك ليتمكن الدائنون من استيفاء ديونهم و لكي لا يتمكن هو أي المريض مرض الموت من تضييع حق الورثة في تركته.¹

الفرع الثاني : شروط مرض الموت

سوف نتناول من خلال فرعا هذا معالجة مختلف شروط والتي سوف تكون كالترتيب الآتي:أولا عجزه على متابعة أعماله ، ثانيا: يغلب خوف الهلاك ، ثالثا : انتهاء بالموت فعلا

1-عجز الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة:

وهي عدم قدرته على القيام بالأعمال والتي اعتاد القيام بها خلال حياته اليومية ، بحيث فما يقوم به الشخص من واجبات اتجاه مهنته أو حرفته بشكل يومي والذي يعد عملا معتادا ، وفي حالة توقفه عنه عد هذا الأخير عاجزا عن أداء ومتابعة مهامه المعتادة ، ونذكر على سبيل المثال : ذلك السائق الذي يتوقف عن ممارسة مهنته بسبب مرضه، يعد في مرض الموت في حالة توافرت سائر الشروط الأخرى ، كما أن توقف الزوجة في بيت زوجها أو الفتاة في منزل أبيها عن ممارسة أنشطتها المنزلية والتي اعتادت القيام بها بسبب المرض وامتداد هذا الحال معهما لمدة أقل من سنة لينتهي بها الوفاة بعد مرض الموت ، ولكن في حالة توقف الشخص الذي يمارس بعض نشاطاته الرياضية أو الثقافية اجتماعية بسبب²

¹ فطيمة نساخ . المرجع السابق . ص448

² محمد يوسف الزغيبي ، مرجع سابق ، ص504.

المرض لا يعد هذا الأخير توقف عن العمل المعتاد طالما ظل يمارس مهنته وحرفته كالمعتاد¹.

لا يكون مرض الموت إلا إذا المريض عن قضاء مصالحه أي جعله عاجزا عن العمل و عن مباشرة مصالحه العادية المألوفة على وجه الدوام أو الاستمرار و هذا لا يعني بالضرورة أن يلزم المريض الفراش فهو قد لا يلزمه لكن يكون في هاته الحالتين عاجزا عن قضاء مصالحه و لكن العكس من ذلك فان المريض إذا كان عاجزا عن قضاء مصالحه لسبب غير المرض هو مثلا اتسام العمل بالمشقة أو الصعوبة فان حالته لا تدخل في عداد حالات مرض الموت².

كما أشار إليه الأستاذ علي هادي العبيدي لكي يعتبر مرض الموت يجب توفر عدة شروط ومن تلك الشروط التي حددها نجد أنه قد تحدث على شرط عجز الإنسان مريض العاجز عن متابعة أنشطته والتي اعتاد القيام بها بحيث جاء على لسانه تعريف له: (أنه من الأعمال المعتادة والتي اعتاد الشخص المريض القيام بها خلال حياته اليومية قبل أن يصاب بذلك المرض والذي أقعده عن ممارسة مهامه أو وظيفته أو حرفته ، ويعد العمل المنزلي عملا معتادا بالنسبة لربة البيت ، كما تعد الأنشطة الرياضية أو الثقافية عملا معتادا في حين نجد أن هذه الأنشطة لا تعد عملا معتادا بالنسبة لأشخاص الآخرين ، والملاحظ في الأمر أن العجز عن متابعة الأعمال المعتادة لا يشترط فيه لزوم الفراش على وجه الاستمرار بل يكفي أن يلزمه وقت اشتداد العلة) المرض والذي أقعده عن ممارسة مهامه أو وظيفته أو حرفته ، ويعد العمل المنزلي عملا معتادا بالنسبة لربة البيت³

¹ محمد يوسف الزغبي ، مرجع سابق ، ص 504.

² ابتسام جليلي . تصرفات المريض في مرض الموت ، شهادة لنيل الماجستير، كلية الحقوق . جامعة الجزائر 1 . السنة الجامعية 2017-2018 . ص 25

³ علي هادي العبيدي ، العقود المسماة البيع والإيجار ، د.ط ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2006 ، ص 188_189

كما تعد الأنشطة الرياضية أو الثقافية عملا معتادا في حين نجد أن هذه الأنشطة لا تعد عملا معتادا بالنسبة لأشخاص الآخرين ، والملاحظ في الأمر أن العجز عن متابعة الأعمال المعتادة لا يشترط فيه لزوم الفراش على وجه الاستمرار بل يكفي أن يلازمه وقت اشتداد العلة¹

2- أن يغلب على المريض خوف الهلاك :

بحيث أنه لا يكفي اعتبار المريض مرض الموت بمجرد أن يقعد صاحبه عن قضاء مصالحه بل يجب فوق ذلك أن يغلب فيه خطر الموت فيكون مرضا خطيرا من الأمراض التي تنتهي في العادة بالموت²

أو يكون مرضا بدأ بسيطا ثم تضر حتى أصبحت حالة المريض سيئة يخشى عليه فيها الموت أما إذا كان المرض لم يصل إلى هذا الحد من الخطورة، فإنه لا يعتبر من أمراض الموت ولو أعجز المريض عن قضاء مصالحه ، و كسبيل المثال : كأن يصاب الإنسان برمد في عينه فيعجزه عن الرؤية ، أو أن يصاب بمرض في قدميه فيعجزه عن المشي فلا يستطيع قضاء مصالحه ، ولكن المرض لا يغلب عليه خوف الموت فيها فهنا لا يعتبر المريض في مرض الموت حتى وإن عجز عن قضاء مصالحه لأن المرض يغلب فيه الهلاك فتكون هذه الأخيرة تصرفاته تصرفات مريض في حالة حكمها حكم تصرفات الأصحاء ونفس الشيء بالنسبة لأمراض المزمنة إذا طالت بحيث يطمئن المريض إلى ابتعاد خطر الموت العاجل ، لا تكون في هذا الوقت مرض الموت³ .

¹ علي هادي العبيدي ، المرجع السابق، ص188_189

² طايلب حنان ، مرجع سابق ، ص42.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص315_316.

3- أن ينتهي بالموت فعلا: لكي تكتمل شروط مرض الموت لابد أن يتوفر أهم شرط وهو أن يموت المريض خلال سنة أو أقل من عام ابتداءً من تاريخ مرضه وعجزه عن المتابعة أعماله المعتادة حيث لو أن المريض امتدت مرضه وهو في نفس وضعه المرضي دون ازدياد مرض الموت ، فإن تصرفاته لا تكون تصرفات الشخص الصحيح ولا تصرفات الشخص المريض مرض الموت و لكي تعد تصرفاته تصرفات مريض الموت لابد وأن يكون قد صدر في أقل من سنة من بداية المرض والذي أقعده عن مزاوله نشاطه المعتادة إلى حين وفاته وهذا التاريخ يمكن إثباته بتقرير من الطبيب على أساس أول مراجعة له أو يمكن إثباته بتقرير يحدد بداية المرض ،على أن بداية المرض تعد واقعة مادية يمكن للورثة أن يثبتوها بكل طرق الإثبات الممكنة ونذكر على سبيل المثال يتم إثباتها بشهادة الشهود وفي حالة أن المدة المرض انتهت بالشخص بالوفاة اقل من سنة ولو بيوم واحد أو بساعة أو بدقائق إذا عرفت لحظة المرض والوفاة بالضبط كان هنا الشخص مريضا مرض الموت.¹

و يشترط في المرض أن يحد من أهلية المريض بحيث يجعل المريض في حالة نفسية مضطربة تدفعه إلى بعض التصرفات القانونية التي تضر الورثة بصفتهم خلف عام له فمن الممكن أن يمتد المرض لمدة سنة أو أكثر مع إزدياد شدة المرض مما يجعله أقرب للموت فذلك من قبيل مرض الموت أيضا ²

و يعتبر هذا الأخير تصرفاته صحيحة لأنه قادر على التصرف في أمواله أما الإنسان الذي يكون مرضه لأقل من سنة ويعجزه عن متابعة أعماله ويغلب عليه الهلاك وتكون احتمال بقائه فهو الذي يجب أن تقيد تصرفاته وحيث يتلق بها ³

¹ محمد الزغبى يوسف ، المرجع السابق ، ص505.

² حماة الحق (تم الاطلاع على 15:20 يوم 1-4-2023) منشور على الموقع الإلكتروني: <https://jordan-lawyer.com>

³ المرجع نفسه، ص 506

حق الورثة من تلك اللحظة بدأ بها المرض وتنتهي بها الوفاة لئلا يقوم بمحابة أحد الورثة علة الآخرين أو الإضرار بهم جميعا عن طريق التصرف في أمواله غير صحيحة لصالح غيرهم¹.

4- حالات مرض الموت:

مرض الموت ينقسم إلى حالات مخيفة ويكون الموت فيها معجلا و هناك حالات من شأنها تنهي بموت صاحبها و نخص بالذكر أهم الأمراض التي أدرجتها منظمة الصحة العالمية التي سوف نقسمها كالآتي:

أ- الحالات المخيفة (الموت الحقيقي):

هي الحالات المخيفة التي يتم إثباتها بالمشاهدة أو السماع أو عن طريق البيئة ومن أهم تلك الأمراض التي تؤدي إلى الوفاة نذكر منها أهم الأمراض التي أدرجتها منظمة الصحة العالمية البعض منها على سبيل المثال:²

1_ مرض السرطان :

السرطان سبب حقيقي للوفاة في جميع أنحاء العالم و قد أزهق أرواح 10 ملايين شخص تقريبا في عام 2020 ومن بين أنواع السرطان الأكثر شيوعا التي تسبب الوفاة هي سرطان الرئة, سرطان الكبد, سرطان القولون المستقيم, سرطان المعدة وسرطان الثدي فالسرطان سبب رئيسي للوفاة في جميع أنحاء العالم و قد أزهق أرواح عشرات من الناس فسرطان هو تحول خلايا عادية إلى أخرى ورمية و تتطور عموما إلى ورم خبيث.³

¹ محمد الزغبى يوسف ، المرجع السابق ، ص 506

² رفيدة بودر دارة ، وسيلة بوقافة ، مرجع سابق ، ص31.32

³ منظمة الصحة العالمية (تم الاطلاع 14:30 يوم 2-5-2023) منشور على الموقع الالكتروني :

فهو مرض الموت كمرض السل والذي لا يلزم في اعتباره مرض الموت أن يقعد صاحبه عن قضاء حوائجه بل أن المعتبر هنا في كونه مرض الموت أن يخاف منه الهلاك وأن لا يطول عن سنة مع استمرار بحالة واحدة سواء أقعد عن قضاء حوائجه أم لم يقعه وفي حالة تجاوزت السنة فإن هذا الأخير ل يعد من الأمراض الموت.¹

2_مرض القلب:

الأمراض القلبية هي السبب الرئيسي للوفاة في العالم يسبب الموت المفاجئ حتى وإن كانت الأعمار بيد الخالق فإن صاحب المرض مقتنع هو نفسه بدنو أجله واقتراب موته مما يشكل اضطراب جسديا يتعدى مقاومة المصاب به ، مما يؤثر على جميع أعماله وتصرفاته إذ تسبب في وفاة نحو **17,9** مليون شخص كل عام و الأمراض القلبية الوعائية هي مجموع اضطرابات القلب و الأوعية الدموية و تشمل مرض القلب التاجي و مرض الأوعية الدماغية و داء القلب الروماتيزمي و إعتلالات أخرى و يعزي أكثر من أربعة أخماس وفيات الأمراض القلبية الوعائية إلى نوبات القلبية و السكتات و يحدث ثلث هذه الوفيات مبكرا عند أشخاص تقل أعمارهم عن **70**.²

3_مرض داء الكلى :

إن التراجع الشديد في وظائف الكلى ما يسمى (بالفشل الكلوي) خاصة عندما يكون في مراحله الأخيرة يكون البقاء على قيد الحياة عادة يكون محدودا لعدة أشهر عند الأشخاص الذين لا يعالجون بغسل الكلى فترة أطول و رغم القيام بغسل الكلى يتوفى الأشخاص الذين يعانون من الفشل الكلوي في مراحله الأخيرة.³

¹ رفيذة بودردارة ، وسيلة بوقاقة ، المرجع السابق ، ص32.31

² انظر منظمة الصحة العالمية . الموقع السابق.

³ Anna malkina . مرض الكلى المزمن (فشل الكلية المزمن). منشور على الموقع:

<https://www.msmanuals.com>

فهو فقدان التدريجي في وظائف الكلى على مدى شهور أو السنوات بحيث يعتبر هذا الأخير من الأمراض المخيفة ، وهذا ما قد صدر عن مجلس قضاء البليدة حيث جاء في حيثياته: (من خلال الملف الطبي وأن الواهبة كانت تعاني من داء الكلى وأن مرضها كان في مرحلته الأخيرة ، بحيث أن الواهبة توفت بعد مرور أقل من عشرة أشهر وبحسب هذا القرار فيعتبر مرض الكلى من الأمراض المزمنة فتصرفات تكون صحيحة إذا طال المرض لأكثر من عام وفي حالة لم يتجاوز السنة فإنه يعتبر تصرفاته تأخذ حكم تصرفات مريض مرض الموت وأن الواهبة في هذا القرار قد ماتت في أقل من عام من تاريخ مرضها وبالتالي فهبتها تأخذ حكم الوصية .¹

حسب ما ورد طبقا للمادة 204 من ق.أ: (الهبة في مرض الموت والأمراض المخيفة تعتبر وصية)²

ب-الحالات الحكمية (الموت الحكمي):

ويطلق على الموت الحكمي أيضا تسمية حالات يغلب فيها الخوف الذي يعجل موت صاحبه وغالبا ما يكون هذا الأخير بحكم من القاضي ويكون الشخص في حكم مريض مرض الموت ونذكر على سبيل المثال: (في حالة الحكم بالإعدام والحامل إذا ثقلت الحرب والقتال) وسوف نشرح مثال أو مثالين لكي تكون الصور أكثر وضوحا.³

¹ وطاح سلمى ، أوثن كهيبة ، مرض الموت وأثاره على مسائل الأسرة ، مذكرة لنيل شهادة الماستر.كلية الحقوق ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ، سنة 2016/2015، ص20.21

² الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق ل 27 فبراير سنة 2005 الذي يعدل و يتمم القانون رقم 84-11 الموافق ل 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة.

³ كمال صمامه، تصرفات الصادرة عن مريض موت في قانون أسرة جزائري . أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه كلية الحقوق، جامعة خيضر بسكرة، السنة الجامعية 2020/2019 ص 404

1_ حالة الحكم بالإعدام: هناك اختلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية حول تحديد حكم الإعدام، فذهب فقهاء الحنفية والمالكية بقولهم أن المحكوم عليه بالإعدام يأخذ هذا الأخير حكم المريض مرض الموت ويعود السبب إلى ذلك إلى غلبة الخوف من الموت.¹

2_ حالة ركوب البحر: إذا كان شخص ما في وسط البحر وهبت عليه عاصفة مسببة هيجانا للبحر أو لحق بالسفينة عطبا وكانت السفينة على وشك الغرق يكون هذا الأخير في حكم المريض مرض الموت لأنه في حالة يغلب فيها هلاكه ويشتد فيها خوفه.²

4_ حالة المحبوس والأسير: حيث في العادة ما يكون مصير المحبوس والأسير المأسورين عند أعدائهم القتل ، وبالتالي فإن حالة الأسير والمحبوس يتملكهما الخوف من الهلاك ويكون في عداد مريض مرض الموت ومنه فإن التصرف التي يقوم بها في تلك الحالة يكون حكمها حكم المريض مرض الموت.³

الفرع الثالث: إثبات مرض الموت:

بعد أن تطرقنا للشروط الواجب توافرها في مرض الموت سنحاول تسليط الضوء أكثر على أهم طرق الإثبات التي يستدل بها على مرض الموت ونقسمها إلى إثبات من الناحية القانونية ومن إثبات من ناحية الفقهاء الشريعة الإسلامية:

¹ عبوره خوله ، رولة سعاد ، حماية الورثة من التصرفات التبرعية لمريض مرض الموت ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، كلية الحقوق ، جيجل ، سنة 2022/2021 ، ص16

² البشير بن دندنية ، الوصية والوقف عن مريض مرض الموت. مذكرة لنيل شهادة الماستر ، كلية الحقوق ، جامعة زيان عاشور 2015/2014 ، ص10.11

³ المرجع نفسه ، ص10.11.

1- إثبات مرض الموت من الناحية القانونية:

أ- **الخبرة الطبية:** الخبرة إجراء يهدف به إلى توضيح واقعة تقنية أو علمية محضة التي تعرض على القاضي و لا يستطيع العلم بها فالمشرع الجزائري نظم قواعد الاستعانة بالخبراء أمام المحاكم حيث أجاز القاضي أن يلجأ إلى الاستعانة بخبير مختص أو بعدد من الخبراء لإجراء عملية الخبرة في الدعوى المطروحة في نزاع يحتاج إلى برهان و تحليل فني و تقني و خبرات تفوق تكوينه سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب من له مصلحة في ذلك للقاضي أن يختار هؤلاء الخبراء من بين المقعدين بجدول الخبراء بالمجلس القضائي من نفس الاختصاص أو من غيرهم بشرط أن يحلفوا باليمين القانونية و أن يلتزم الخبراء بتقديم تقاريرهم عن المهام التي كلفوا بها من قبل المحكمة في الآجال التي يحددها لهم القاضي يجوز للقاضي مناقشتهم في المحكمة لاستجلاء ما كان غامضاً في تلك التقارير و نظراً للتقدم الذي يعرفه المجال الطبي و تنوع الاختصاصات الفنية فإذا حصل ريب أو اختلاف في طبيعة المرض فيما إذا كان يعد خوفاً أم لا فعلى القاضي الرجوع إلى أهل الخبرة و الاختصاص من الأطباء لما لهم من معرفة و دراية في مجال الأمراض كما جاء في وقتنا¹ أهم الأمراض التي جاءت في وقتنا فيروس كورونا حيث وصفه اليونيسيف أخطر الأمراض القاتلة التي تصيب الجهاز التنفسي و نسبة الموت فيه تكون بنسبة 98 بالمئة و نسبة مقاومة المرض تعتمد على مناعة الأفراد حيث تم تسميته حسب اليونيسيف بالفيروسات التاجية (كورونا) وأطلق على هذا المرض سابقاً اسم (coronavirus) فيروس (كوفيد-19) فالقاضي هنا له السلطة التقديرية حول الرجوع إلى الخبرة الطبية حسب ما ورد في نص المادة 114 ق . إ . م . أ: (يمكن للقاضي تأسيس حكمه على نتائج الخبرة) ويمكن عدم الأخذ بها حسب المادة 114 ف 2 السالفة الذكر.²

¹ فاروق بوشريط. المرجع السابق، ص 66

² مرض فيروس كورونا (كوفيد 19). (تم الاطلاع 9:40 يوم 22-4-2023) منشور على الموقع:

<https://www.unicef.org>

ب-القرائن: و تعد وسيلة إثبات غير مباشرة و نذكر منها:

1-القرينة القانونية: هي من تقررت بنص القانون و يكفي من كانت القرينة في مصلحة أن يتمسك بالمادة التي نصت عليها ذلك حسب ما جاء في المادة **776** الفقرة **3** من المدني: (إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت أعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم تثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك كل هذا ما لم توجد أحكام تخالفه) فالمشرع أخضع إثبات مرض الموت للقواعد العامة ووضع قرينة قانونية لمصلحة الورثة و أن تصرف مورثهم قصد به التبرع إلا أن هذه القرينة قانونية لا يستفيدون منها إلا إذا أثبتوا أن مورثهم وقع في مرض الموت.

2-القرينة القضائية: من القرائن الدالة على مرض الموت كثيرة منها المدة بين تاريخ الإصابة بالمرض و تاريخ الوفاة من القرائن التي يعتمد عليها القضاء العقد المحرر و المسجل في مرض الموت قبل الموت الوفاة بمدة قليلة.¹

د-الشهادة: هي أحد أدلة الإثبات التي تلعب دورا في كشف الواقعة التي يشهد بها و قد أجاز المشرع الجزائري سماع شهادة الشهود حسب نص المادة **150** من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: (يجوز الأمر بسماع شهادة الشهادة حول الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود و يكون التحقيق فيها جائزا و مفيدا للقضية)²

1-شهادة الشهود: على أن مورثهم كان مريض مرض الموت و للقاضي السلطة التقديرية إزاء شهادة الشهود أي له كامل الحرية في تكوين قناعته التي يستمدتها من شهادتهم بثبوت و لو شهد بها الكثيرون الوقائع فله أن يعتبر أن الواقعة المدعاة ثابتة أو غير ثابتة³

¹ فاروق بوشريط المرجع السابق. ص 66

² الشهادة. (تم الاطلاع 17:22 يوم 1-5-2023) منشور على الموقع : <https://elmouhami.com>

³ المرجع نفسه. ص 66

2- شهادة الأطباء: من أكثر وسائل الإثبات المستخدمة لإثبات مرض الموت و الدالة على حالة المريض في أواخر أيامه و ذلك من خلال الاستشهاد بأقوالهم كونهم يعالجون المريض استنادا على الشهادات المقدمة منهم حيث تعتبر الشهادات الطبية دليلا قويا لاسيما تلك الموقعة للطب الشرعي المؤهلة في ذلك على أساس أن الطبيب مؤهل و مختص للقول في مثل هذه الحالات إذا ما التمس المدعي إجراء تحقيق و غالبا ما يتم هذا بشهادة الشهود الذين عاشوا المتوفى في أواخر أيامه.¹

ن- إثبات مرض الموت عن طريق الكتابة:

إن للورقة العرفية قوة في الإثبات و حجية تاريخها على الوارث الذي يطعن فيها بصورها في مرض الموت فإذا توفي شخص وهو مريض مرض الموت و كان قد تصرف في بعض ماله بعقود عرفية غير ثابتة التاريخ فطعن الدائن أو الوارث ببطلانها بصورها في مرض الموت فيدب أن يثبت مرض الموت ثم إثبات تاريخ بدء هذا المرض يكون ذلك بكل الطرق السالفة الذكر أعلاه و أن يثبت أن التصرف الذي يطعن فيه قد بعد التاريخ الذي بدء منه يكون ذلك على حالتين الأولى تكفي مقارنة تاريخ الورقة الرسمية بتاريخ الذي بدء فيه المرض من أجل التأكد في إذا ما صدر التصرف في مرض الموت أو قبله , الحالة الثانية أن تاريخ تدوين الورقة العرفية يكون فيها التصرف تكون بعد بدء مرض الموت تفاديا لتطبيق أحكامه على التصرف المدون فيها , في حال كان تاريخ الورقة العرفية غير ثابت فهي تنفذ لا محالة في حق الوارث سواء كان التاريخ ثابت أم لا كتحصيل حاصل وفق نص المادة 15 من قانون الإثبات المصري: (و لا يكون المحرر العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ إثبات) فهناك محل خلاف بين فقهاء القانون في ظل التقنين²

¹ فاروق بوشريط . المرجع السابق, ص 70

² ابتسام جليبي . المرجع السابق , ص 52

المدني الجديد المصري القديم فذهب البعض منهم إلى جعل الوارث الذي يطعن في تصرف الذي صدر في مرض الموت فيما يتعلق بنسب تاريخ الورقة العرفية المدون فيها هذا التصرف و عليه لا يمكن الاحتجاج بصور التصرف إلا في اليوم الذي كسب فيه السند تاريخا ثابتا حسب المادة **619** ق.م.مصري و لا عبرة بالتاريخ العرفي مهما أيدته الأدلة و القرائن ¹.

و قد نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة **2 / 1776** من القانون المدني: (على ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم و هو في مرض الموت) ولهم إثبات ذلك بجميع طرق الإثبات و لا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا الأمر الذي نستخلص منه أن عبء إثبات التصرف في مرض الموت يقع على عاتق الورثة الذين لهم أن يثبتوا ذلك بجميع طرق الإثبات بما فيها البيينة و القرائن على أن إثبات الورثة لواقعة مرض الموت قرينة قانونية بسيطة تقبل إثبات العكس بحيث يجوز المتصرف له أن يضحدها و ذلك بأن يثبت بان التصرف معاوضة بأن قدم الدليل على أنه دفع مقابل ما أعطاه إياه المريض فيكون عندئذ التصرف نافذا في حق الورثة شريطة أن يكون المقابل معادلا لقيمة محل التصرف و بناء إذا صدر التصرف عن شخص في مرض الموت و اثبت وراثته واقعة المرض و لم يتمكن المتصرف له من إقامة الدليل على أن التصرف الظاهر هو حقيقة معاوضة ترتب عليه أن التصرف تبرعا و يأخذ حكم الوصية و الجدير بالملاحظة بهذا الصدد أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى كل تصرفات مريض مرض الموت بل اكتفى بسرد حالات خاصة بشأن هذه التصرفات.²

¹ ابتسام جليلي . المرجع السابق. ص 53

² نسيمه شيخ , المرجع السابق, ص 186

أن التصرف الذي صدر في مرض الموت بتاريخ آخر توصلنا منهم إلى إثبات صدوره كان في مرض الموت فان عجزوا على هذا الإثبات في ظل التاريخ المذكور في العقد حجة عليهم باعتباره خلفا لمورثهم , فإثبات أن التصرف قد صدر في مرض الموت يقع على الورثة و لهم إثبات ذلك بجميع الطرق التي تحدثنا عنها أعلاه و بغير ذلك من الأدلة قد قضت محكمة النقض أن لها استخلاصها في حالة التصرف النفسية و ما إذا كان التصرف قد صدر منه وهو تحت تأثير اليأس من الحياة أو في حالة الاطمئنان إليها و الرجاء منها و الأمل فيها فعندما نقول أن عبء الإثبات يقع على الورثة بجميع الطرق كالشهادة الطبية الدالة على حالة المريض في أيامه الأخيرة لأنها دليل قوي و عملي للإثبات عند الانتداب أصحاب الخبرة و كذلك بشهادة الشهود و على القاضي استخلاصها بظروف الدعوى و ملابساتها وهذا ما أكدته قرار المحكمة العليا **16/8/1998** التي جاء فيه من القرار قانونا أن: (الهبه في مرض الموت و الأمراض و الحالات الخفية تعتبر وصية ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم رفض دعوى الطاعنين رغم ثبوتها بشهادات طبية بأن الواهب كان في حال مرض مخيف فإن قضائهم كما فعلوا عرضوا قرارهم للقصور في التسيب متى كان كذلك استوجب نفس القرار المطعون فيه)¹

و القاضي عند تقريره لمرض الموت وفق الأسباب الشائعة و قانونية و لأن أيضا مرض الموت من المسائل الفنية التي يجب الرجوع فيها إلى أهل الخبرة من قبل المعلومات التي تعتبر من الشؤون العامة المفروض علم الكافة إنما كمن المعلومات الفنية التي لا تتوافر لغير أهل الخبرة من الأطباء فان لا يجوز بناء حكم عليها إذا كانت صادرة عن علم²

¹ عبد الحميد شواربي , المرجع السابق ص 707

² كريمة بن حامة , حماية الورثة من الوصية المستترة في قانون الأسرة الجزائري , مذكرة لنيل شهادة الماستر . جامعة المسيلة , كلية الحقوق , السنة الجامعية 2020-2021 ص 43

شخصي للقاضي فعند النظر لدى المشرع المصري نرى أن هذه الواقعة كثيرا ما يصعب إثباتها فأراد أن يخفف عن الورثة عبء الإثبات هذا العبء الوقوف في وجه التحايل على القانون حيث أقام قرينة قانونية لصالحهم فإذا أثبت الورثة أن التصرف صادر على سبيل التبرع صدر في مرض الموت و كان على سبيل التبرع لذلك خفف العبء حتى يكون عليهم سهل إثباتها.¹

3- إثبات مرض الموت في الفقه الإسلامي:

اختلف الفقهاء حول تكيف حق الورثة الذي يتعلق بأموال مورثهم وقت مرض الموت ومنهم من ذهب إلى أنه حق ملكية يثبت بمجرد المرض أما البعض الآخر أن حق الورثة يكون عند الموت مستندا إلى وقت الذي يبدأ فيه المرض ليس ملكية بل هو حق خلافة لوارث و أيا كانت طبيعة حق الورثة فإنه يقيد تصرفات مريض مرض الموت إذا ما تحققت الشروط السابق ذكرها على هذا الأساس يمكن إثبات مرض الموت بكافة طرق الإثبات (البينة و القرائن ...) و هذا ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية على النحو التالي:²

أ- إذا خلت كل منهما البينة:

قالت الحنابلة و الحنفية: القول قول المدعي صدرها في مرض الموت لأن حال المرض أقرب من حال الصحة فما لم يتبقى حال الصحة يحمل على الأقرب نفس ما جاء في قول الحنفية و الحنابلة أن القول قول من يدعي في المرض هو الأصل و المقصود بالأقرب هو المرض المتأخر وقته وقت الصحة و قالت الشافعية: القول قول المدعي صدرها من³

¹ كريمة بن حامة , المرجع نفسه , ص 43

² سلوة باشا . سعاد عشيو . التصرفات الملحقة بالوصية في التشريع الجزائري (تصرفات مريض مرض الموت) . مذكرة

لنيل شهادة الماستر . كلية الحقوق . جامعة محمد الصديق بن يحيى . السنة 2015-2016 . ص 34

³ المرجع نفسه . ص 35

الصحة لأن الأصل في التصرف السابق من المتوفي يعد صادرا في حال صحته و على من يتمسك بصدوره في مرض الموت يقع عليه عبء الإثبات' بعبارة أخرى أن الأصل في الشخص أن يتصرف في حال صحته و المدعي بغير ذلك حدوث التصرف في حال مرض الموت عليه أن يثبت ما يدعيه.

ب- إذا اقترنت دعوى الطرفين بالبينة:

ذهب الحنفية أنه ترجح بينة وقوعها في حال الصحة على بينة وقوعها في المرض إذ أن الأصل لديهم في الأدلة هو اعتبار حال المرض إي اقتراض بسبب الوفاة هو المرض فلهذا البينة الراجعة على من يدعي حدوثها في زمان الصحة , لعل ما يجدر الإشارة إليه مما سبق أنه ترجح بينة الصحة على بينة المرض لأن الأصل في الإنسان و ليس المرض كما ذكرنا سلفا إذا كان للمقر بالصحة بينة إلا أنه في حال العكس عدم وجود بينة ضده مثال: إذا باع أحد ما عقار لأحد ورثته ثم مات و ادعى باقي الورثة أنه باعه في مرض موته و إذا ادعى المتصرف له أنه اشتراه في حال صحة البائع هنا ترجح بينة المتصرف له (المشتري).¹

د- إذا اقترنت دعوى أحدهما بالبينة دون الآخر:

لا خلاف بين الفقهاء في هذه الحالة في تقديم قول المدعي صاحب النية على القول الآخر الذي خلت دعواه في النية سواء أقام صاحب البينة بنيته على صدور التصرف في الصحة أو المرض نظرا لوضوح هذه المسألة ممل لم تنشئ أي نقاش أو جدال بين الفقهاء باعتبار القول لصاحب البينة و لعدمها عند الطرف الآخر و هذا إما في حال الصحة أم المرض.²

¹ سلوة باشا . سعاد عشير . المرجع السابق ص35

² المرجع نفسه . ص36

المطلب الثاني: الأحكام المنظمة لتصرفات مرض الموت:

سنتطرق في هذا المطلب إلى أهم الأحكام المنظمة لتصرفات مريض الموت فسنتناول في الفرع الأول (الأحكام العامة لتصرفات مرض الموت) و في الفرع الثاني سنوضح (الأحكام الخاصة لتصرفات مرض الموت) التي تسري عليها أحكام الوصية و التي سنتناولها إليها كالاتي:

الفرع الأول: الأحكام العامة لتصرفات مرض الموت:

إن المشرع قد وضع قاعدة عامة باعتبار أنها تتصف بالعمومية و تتسع للتصرفات التبرعية و المعاوضات باعتبارها كلمة عامة فسنتكلم حول خضوع هذه التصرفات لحكم الوصية كنتيجة عنها كالاتي:

يقصد بالحكم العام حسب ما ورد في الأخير من نص المادة **1776 / 1**: (تسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف) ومفاد ذلك أن العبرة من هذه المادة بالقصد أي النية و ليس ظاهر العقد أو شكله تقدير قاض الموضوع و أن التصرف إذا انطوى صراحة على معنى التبرع و لا صعوبة في الأمر تسري عليه أحكام الوصية و مثال ذلك الهبة أي أن التصرف إذا كان في ظاهرة معاوضة و ادعى أحد الورثة أنه تبرع و أثبت ذلك بالطرق المخولة قانونا سرت عليه أحكام الوصية و لا تسري أحكام المعاوضات التي تبرم في مرض الموت.¹

كذلك أورد التقنين المدني اللبناني نصا يقره الحكم العام في تصرفات مريض الموت أيا كان هذا التصرف بيعا أو غير بيع فقد نصت المادة **916** على ما يأتي : (كل عمل قانوني²

¹ حمدي باشا عمر , المرجع السابق , ص 65

² عبد الرزاق السنهوري , المرجع السابق , ص 327

يصدر من شخص في مرض الموت و يكون المقصود به التبرع) يعتبر مضافا إلى ما بعد الموت و تسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف و على الورثة أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض موته و لهم إثبات ذلك بجميع الطرق و لا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا كما سبق و ذكرنا سابقا في هذا الصدد.¹

فباعتبار تجرد الحق من قيمته إذا عجز صاحبه عن إثبات أمام القضاء فإن هذه التصرفات قد أحيطت بقواعد محددة في إثباتها سواء من هذه المادة أو غيرها و عليه فان الوارث ينتقل إلى صفة الخلف العام إلى الغير حين نفاذ الوصية عليه لا من الغير من حيث ثبوت التاريخ الذي يبقى عليه حتى يثبت عدم صحته.²

و قد جاء في قرار المحكمة العليا رقم **186058** صادر بتاريخ **17-3-1998** أن: (القضاء بإبطال هبة و اعتبارها وصية، المبدأ القانوني الذي يقرر بأن الهبة لا تنتقل إلا بموت الواهب و ثم فإن القضاء قد التزم صحيح القانون).³

يبين حكمه أن التصرف الصادر قد ألحق بحكم الوصية و يطبق عليه أحكامها و ما يلاحظ أن أغلب قرارات المحكمة العليا متعلقة بتصرفات مريض الموت تقضي ببطلانه في مرض الموت، على الرغم من أن أحكام المادة التصرف **776** من القانون المدني و المادة **204** من ق.أ تنص على بطلانه بل أحقه بالوصية فقط فالبطلان لا يكون إلا لأسباب التي يقرها القانون باستثناء المادة **208** من القانون المدني التي تفيد مشاكل عديدة.⁴

¹ عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 327

² فتيحة يعارسية و بلال مشيري ، المرجع السابق ، ص 54

³ المحكمة العليا. غرفة الأحوال الشخصية . قرار رقم 186058 . الصادر بتاريخ 17-3-1998. المجلة القضائية.

العدد 1. سنة 1999 ص 119

⁴ المرجع نفسه، ص 54

فنحن هنا سنقتصر فيه على القدر الذي يتعلق بالتصرف الصادر من المورث في مرض الموت و يكون مقصودا به التبرع و يعتبر القانون وصية مستترة و تسري عليه أحكام الوصية و بذلك تحمي الورثة إذ إن هذا التصرف لا ينفذ في حقهم فما زاد في ثلث التركة يتوقف على إجازة الورثة.¹

الفرع الثاني : الأحكام الخاصة لتصرفات لمريض الموت

سوف نتناول من خلال هذا الفرع تصرفات التبرعية التي يصدرها المتصرف خلال مرض الموت و هذه التصرفات خاصة لأن المشرع قد خصها بنصوص خاصة و عادة ما تكون مخفية لكن على سبيل التبرع فلا يتم الكشف عنها حتى تخضع لأحكام الوصية هذه التصرفات تأخذ صورتين هما أن يكون التصرف على سبيل المعاوضة (البيع في مرض الموت) و التصرفات التبرعية الصريحة في مرض تتمثل هذه التصرفات في (الهبة ، الوقف والإبراء) وسوف نفصل فيها أكثر كالتالي:

1_تعريف البيع في مرض الموت لوارث :

بحيث يستخلص من الفقرة الأولى من المادة 408 من ق م ج (بان قيام الشخص ببيع شيء من أمواله لأحد ألوثرته في مرض الموت لا ينفذ بحق باقي الورثة إلا إذا اقروه) ونجد أن مصطلح لا يكون ناجزا والوارد في المادة يدل على أن البيع يكون صحيحا وليس باطلا لكن نفاذه يبقى موقوفا إلا إذا اقروه باقي الورثة فإذا اقروه يصبح نافذا في حقهم من وقت إبرامه وان رفضوه لم ينفذ في حقهم وبقي الشيء المبيع كعنصر من عناصر التركة وعلى الورثة إن يردوا إلى المشتري المبلغ الذي يكون قد دفعه كضمن للمبيع وفي حاله إن بعض الورثة اقروا²

¹ عبد الحميد شواربي ، المرجع السابق ، ص 705

² فيصل ميهوب .المرجع السابق. ص36_37

البيع والبعض الآخر لم يقره فإنه يكون نافذا في حق من أقره بنسبة حصصهم في الميراث ولم ينفذ في حق البقية والملاحظ أن المشرع طبق على البيع لوارث في مرض الموت أحكام الوصية بحيث جعل نفاذ التصرف متوقفا على قبول باقي الورثة أي انه الحق البيع بأحكام الوصية بطريقة غير مباشرة.¹

2- الحكم القانوني للبيع في مرض الموت:

أورد المشرع أحكام البيع في مرض الموت في المواد **408** و **409** ق . م . ج حيث تنص المادة **408**: (إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة أما إذا تم البيع لغير للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه و من أجل ذلك يكون قابلا للإبطال) عن هذا النص ينطبق فقط على التصرف بالبيع في مرض الموت و لتطبيق هذا الحكم يجب على من صدر له التصرف إثبات عكس القرينة التي دلت عليها المادة **766** ق. م . ج أي أنه يثبت أن العقد ليس تبرع و المشرع الجزائري فرق في المادة **408** من ق.م بين حالة البيع لوارث و البيع لغير وارث.²

أ_ **البيع في القانون الأردني**: فنجد هو الآخر قد تحدث عن حكم البيع الصادر عن شخص في مرض الموت لأحد ورثته حيث نصت المادة "544 في فقرتها 1 على: (بيع المريض شيئا من ماله لأحد الورثة ورثته لا ينفذ ما لم يجزه باقي الورثة بعد موت المورث)، ومن خلال هذا النص يتضح لنا جليا أن البيع الذي يجريه المورث في مرض الموت لأحد ورثته يبقى موقوفا على إجازة باقي الورثة بعد موته سواء كان ذلك البيع بثمن يعادل قيمة المبيع أو ينقص عن ثمنه أو حتى يزيد عليها ويبدو أن المشرع الأردني ينظر إلى البيع³

¹ فيصل ميهوب . المرجع السابق . ص 37

² حنان طايلب ، المرجع السابق ، ص 50.

³ علي هادي العبيدي ، المرجع السابق ، ص 191

الذي يجريه المريض لأحد ورثته بعين الربية على أساس أنه غالباً ما يكون المقصود من هذا البيع التبرع ولذلك أطلق الحكم ليكون شامل لكل بيع صادر عن مريض مرض الموت لأحد ورثته كما نلاحظ أن المادة 1/544 لا تتسجم مع المنطق فلو كان البيع بثمن يعادل فيه قيمة المبيع أو يزيد عليها فما هي الحكمة من اعتبار أن هذا البيع يبقى موقوف حتى يجيزه باقي الورثة ونرى أنه ما تم إرادته في المادة 1128 أفضل وقد برر موقفه في ذلك كون هذه الأخيرة تم الافتراض فيها من طرف المشرع في كل تصرف صادر من المريض في مرض الموت أنه قد صدر عن طريق التبرع ، كما نجده في نفس الوقت أنه قد أجاز من صدر له التصرف أن يثبت عكس ذلك¹

ب_ البيع لغير الورثة:

لقد نصت م 408 / 2 من قانون المدني انه: (إذا تم البيع لغير في نفس الظروف فانه يعتبر غير مصادق عليه ومن اجل ذلك يكون قابلاً لإبطال) ويجب أن نشير أن النص الفرنسي متعارض تماماً مع النص المترجم إلى اللغة العربية لأن النص العربي يعتبر التصرف غير المصادق عليه ومن اجل ذلك يكون قابلاً لإبطال أما النص الفرنسي فهو يفترض أن البيع قد تم بدون رضا صحيح أي بمعنى أن النص العربي قد جعل أساس القابلية لأبطال أن يكون البيع غير مصادق عليه دون تبيان ممن تصدر هذه المصادقة والنص الفرنسي جعل أساس القابلية لإبطال عيب شاب الرضا دون توضيح هذا العيب وعيوب الرضا هي (الغلط التدليس الإكراه والاستغلال ونقص الأهلية للقاصر) في حين نجد أن الشريعة الإسلامية قد قيد تصرفات مريض مرض الموت وذلك لتعلق حقوق الورثة بالتركة من تاريخ بدء المرض وليس لعيب في رضاه وفي حالة كون التصرف للغير غير²

¹ علي هادي العبيدي ، المرجع السابق ، ص 191

² منصور بن قيط . كمال ماحي . أحكام البيع العقار في مرض الموت . مذكرة لنيل شهادة الماستر ، كلية حقوق . جامعة بن خلدون تيارت 2019/2018 . ص 60_61 .

قابل لإبطال فهنا لمن تكون حق الإبطال؟ فان كان لمصلحة المريض فهذا الأخير لا يعتبر في حالة المرض الموت إلا في حالة كون النتيجة محققة بالوفاة وبالتالي فالإبطال غير ممكن بالنسبة له وعليه فالحديث عن قابلية الإبطال لا يكون في محله ويعود السبب أن المسألة تتعلق بمدى نفاذ تصرفات المريض مرض الموت لغير وارث وان الحكم الوارد في نص المادة **2/408** من ق.م.ج خاطئ وأيضا فهو مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية السمحاء لكونها لا تعتبر كل بيع في مرض الموت لأجنبي كالوصية في أحكامها بل أن البيع الذي يأخذ حكم الوصية (بالمحاباة) لأنها اعتبرت البيع صحيحا ويكون نافذ في حق الورثة إذا ما تم بثمن المثل أو دنه بقليل وأيضا إذا تم دون ثمن بكثير وكان يخرج من ثلث التركة نبين الفروض المختلفة المذكورة وهي كالتالي: ¹

1- البيع بما لا يقل عن القيمة : إذا قام المشتري بإثبات أنه دفع ثمنا للمبيع وذلك بما لا يقل عن قيمته ، فإن البيع يعتبر صحيح وينفذ في حق الورثة دون أن يحتاج إلى إجازة منهم وبستوي بذلك أن يكون البيع لو ارث أو لغير وارث.

2- البيع بأقل من قيمة بما لا يتجاوز الثلث التركة:

حيث إذا كان مقدار لقيمة مالية ما وقام المشتري بدفع ثمنا للمبيع وقت الوفاة. وكانت قيمتها لا تتجاوز ثلث (3/1) التركة داخلا فيها المبيع نفسه كان من المفترض أن يكون البيع صحيحا ولا غبار عليه وناظرا في حق الورثة دون أن يحتاجوا إلى حصول على إجازة منهم ، لكون أن هذا يعتبر وصية لغير وارث وبالتالي تأخذ حكم الوصية ، كما أنه يجوز الإيضاء²

¹ منصور بن قبط. كمال ماحي. المرجع السابق. ص 61

² بلال مشري ، فتحة بعارسية ، المرجع نفسه ، ص 47

لوارث في حدود الثلث والملاحظ في الأمر أن التصرف تم في شكل بيع وبالتالي فهو يكون خاضع لأحكام المادة 408 في فقرتها الثانية ولأجل ذلك يكون قابل لإبطال¹.

د- حماية الغير حسن النية: فتطبيقا لنص المادة 409 من ق.م.ج السابقة الذكر فإنها تشترط حسن النية المتصرف إليه الثاني الذي لا يعلم المحاباة الواقعة بين بائعه وبين المريض مرض الموت إي بمعنى أن ليكون عالم باستطاعته أن يعلم أن العين المباعة قد بيعت للمتعاقد معه في مرض الموت. والعلم يجب ان يكون وقت شراء فلا يكفي أن يكون بعده بذلك فلا سبيل للورثة لإبطال حق المكتسب والملاحظ في الأمر أن المادة اشترطت توفر شرطين أساسيين هما: ²

1_الشرط الأول:(أن يكون الغير قد كسب حقه بعوض): لكي يستفيد الغير حسن النية من الحماية القانونية لابد من أن يكون اكتسب ملكية المبيع أو للحق العيني عليه والا كان الورثة هم أولى بحماية القانونية في حالة انتقال الحق إليه (الغير حسن النية) وذلك عن طريق التبرع بحيث جاز للورثة إتباع العين في يد المتبرع له وأن يستوفوا منهم حقهم.³

2_الشرط الثاني: وبالرجوع إلى نص المادة من القانون المدني (406) تشترط أيضا أن يكون الغير حسن النية الذي اكتسب حقا عينيا على المبيع من المشتري حسن النية لا يعلم وقت تعامله مع المشتري أن للورثة حقا فيه وان التصرف السابق كان فيه البائع في مرض الموت أما إذا علم بذلك بعد التصرف الذي اكسبه الحق العيني فان ذلك لا يؤثر في حسن النية⁴

¹ بلال مشري ، فتيحة بعارسية ، المرجع نفسه ، ص47

² آية رقم . جيهان علوي ..بيع المريض مرض الموت في قانون الأسرة الجزائري مقارنة مع أحكام الشريعة الإسلامية .مذكرة الماستر .كلية الحقوق والعلوم السياسية .جامعة 8ماي 1945 قالمة 2022/2021 ص46

³ عبد الرؤوف زروق ، محمد حموش ، حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري ، شهادة المدرسة العليا للقضاء ، وزارة العدل ، الدفعة 14 ، 2005/ 2006 ، ص38

⁴ فيصل موهوب .المرجع السابق . ص39

3_تعريف الهبة في مرض الموت:

الهبة عقد يتم حال الحياة لأنها تنتج أثرها في حياة الواهب على خلاف الوصية التي تنتج أثرها بعد وفاة الموصي حسب م 202 ق.أ فالهبة تمليك بلا عوض كانت من أشد التبرعات الضارة بالمتصرف ضررا محضا لذا أحضرها المشرع بضوابط هامة لا سيما تلك المتعلقة بأهلية التبرع فإذا كان الواهب أهلا للتبرع من غير المرض جاز له من يهب شرعا و قانونا كل ماله لمن يشاء وارثا كان أم أجنبيا طبقا للمادة 205 ق.أ إلا أن حرية الأشخاص في الهبة تنقيد إبتداء من مرض الموت و يحق لصاحب المصلحة الطعن فيها بعد الوفاة و ذلك طبقا للمادة 204 ق.أ: (الهبة في مرض الموت و الأمراض و الحالات المخيفة تعتبر وصية) ويستفاد من هذه المادة أن الواهب إذا تصرف في أمواله بأن وهب جزءا منها أو كلها وهو في مرض الموت أو تصرف بذلك وهو في حالة من الحالات المخيفة فأن تصرفه هذا يأخذ حكم الوصية بحيث جاءت المادة 204 ق.أ تكريسا لما نصت عليه المادة 776 من القانون المدني.¹

4_حكم هبة المريض مرض الموت في القانون الجزائري:

بالرجوع إلى نص المادة 204 ق.أ: (الهبة في مرض الموت و الأمراض و الحالات المخيفة تعتبر وصية) وفق لنص المادة أعلاه قد قيد المشرع الجزائري هبة المريض مرض الموت و الحالات المخيفة إعطائها وصف الوصية , من خلال تحليل نص المادتين 776 و 204 نلاحظ أن المادة 776 جاءت مجملة لحكم التصرفات التبرعية في مرض الموت تلميحا فقط لعقد الهبة فيه بينما المادة 204 جاءت صريحة في هذا التصرف الأخير إلا أن مآلها واحد باعتباره يأخذ حكم الوصية.²

¹ حكيم دريالي, المرجع السابق , ص55-56² سلوة باشا . سعاد عشيو . المرجع السابق ص 57

حسب ما ورد في قرار المحكمة العليا عن الملف **197335** الصادر بتاريخ **16-6-1998** جاء في حيثياته: (من المقرر قانوناً أن الهبة في مرض الموت و الأمراض المخيفة تعتبر وصية ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم برفع الدعوى الطاعنين رغم الثبوت بالشهادات الطبية بأن الواهب كان في حال مرض مخيف وبأن الواهبة كانت في مرض الموت فإن قضائهم كما فعلوا عرضوا قرارهم للقصور في التسبب متى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه).¹

كان موقف القضاء واضحاً من هذه المسألة إعمالاً بما جاء به قرار المحكمة العليا أن قضاة الموضوع سلخوا سلوكاً غير مألوف بقولهم أن الواهبة كانت صحيحة بكامل قواها العقلية و الجسمية بدليل أنه انتقلت إلى مكتب التوثيق بنفسها و لو كانت تعاني من مرض عضال (السرطان) و خطير منعها ذلك من التحرك بدليل نقلها للعلاج بين الجزائر و تونس و أن قضاة الموضوع لم يناقشوا المرض المدعى به و المنصوص في المادة 204 ق.أ مما عرض قرارهم للنقض و قضت باعتبار مرض الموت واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة الطرق و أكثرها الشهادة الطبية الذي يثبت أن المريض في أيامه الأخيرة و على الورثة أن يثبتوا ذلك بكل الطرق.²

5_تعريف الوقف في مرض الموت:

حيث عرفه المشرع الجزائري في نص المادة **3** من قانون الأوقاف: (الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصديق بالمنفعة على الفقراء على وجه من وجوه البر والخير) أما المادة **321** من قانون الأسرة الجزائري فقد نصت على: (الوقف حبس المال عن³

¹ المحكمة العليا . غرفة الأحوال الشخصية رقم 197335 الصادر بتاريخ 16-6-1998 المجلة القضائية عدد خاص سنة 2001 . ص 283

² سلوة باشا . سعاد عشيو . المرجع السابق ص 57

³ خولة عبورة ، سعاد رولة ، المرجع السابق ، ص 73

التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصديق بالمنفعة)¹

6- حكم وقف مريض الموت في قانون الجزائري:

اعتبار الوقف الذي يأتيه في مرض الموت وصية و بحسبه تجري عليه أحكام الوصية المنصوص عليها في ق. أ و الذي يدعم هذا الكلام هو نص المادة 215 ق.أ: (الذي يشترط الوقف و الموقوف ما يشترط في الواهب طبقاً لنص المادتين 204 و 205 من هذا القانون ولم يأت المشرع الجزائري بنص عن وقف مريض مرض الموت و من هنا فالمادة 204 ق.أ هي التي تسري عليه أحكام المادة 215 ق.أ باعتبار أن الوقف من التصرفات التي يؤتيها مرض الموت نذكر على سبيل المثال قرار إبطال الوقف الصادر في مرض الموت الذي يأخذ حكم الوصية القرار رقم 96675 الصادر بتاريخ 23-11-1993 حيث جاء في حيثياته: (من المقرر قانوناً أنه يبطل الحبس في مرض الموت و يعتبر وصية ومتى كان ثابتاً في قضية الحال أن الواقف الذي أقام الحبس كان في حالة مرض خطير لازمه إلى يوم وفاته و عليه فإن القرار المنتقد لما قضى بإلغاء حكم المحكمة القاضي ببطلان الحبس و القضاء من جديد برفض الدعوى يكون قد أخطأ في تطبيق الشريعة و القانون ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه).²

7_ تعريف الإبراء في مرض الموت:

أ_ اللغة : مصدر أبرأ ، يقال :برأ إذا تخلص³.

¹ خولة عبورة ، سعاد رولة ، المرجع السابق ، ص73

² سلوة باشا . سعاد عشيو . المرجع السابق ص 62

³ آدم سنكري . المريض مرض الموت وأحكام تبرعات وإقراره في الفقه الإسلامي . مذكرة لنيل شهادة الماجستير،الجامعة

المملكة العربية السعودية ، ص155

وهو التنزيه و التلخيص و المباحدة عن الشيء قال ابن الأعرابي: برىء و تخلص فالإبراء في هذا هو جعل المدين بريئاً من الدين أو الحق الذي عليه.¹

ب_إصطلاحاً:

هو إسقاط الدين عن المدين، بحيث يعتبر هذا الأخير من عقود التبرعات لكونه قد تنازل عن حق مالي ثابت في ذمة الغير بلا عوض و في تعريف آخر لمرض الموت نعرفه أن والمقصود بالإبراء في مرض الموت هو تنازله عن دينه ، بحيث يعتبر ذلك التنازل تبرعاً وهذا ما قد نصت عليه المادة **1/306** من القانون المدني الجزائري بقولها: (تسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع) كما تقابلها المادة **372** من القانون المدني المصري ومن خلال هذا النص بان أحكام المادة تسري على المريض والصحيح بمعنى أن كل الأحكام التي تسري على التبرعات تسري على الإبراء لان الإبراء هو الآخر يعتبر تبرعاً ولكن وفي حالة وقوع الإبراء في مرض الموت فانه تسري عليه أحكام الوصية ، أي أن نزول المريض مرض الموت عن دينه يعتبر وصية².

وهذا ما قد نصت عليه المادة **306** من القانون المدني: (تسري على الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع) وبما أن نية التبرع هنا صريحة في الإبراء ففي حالة أن مريض مرض الموت قام بالتنازل على دينه فمثلاً إذا ما قام مريض مرض الموت إبراء أجد وراثته من دينه³

¹ كتاب الموسوعة الفقهية الكويتية. فصل إبراء المريض مرض الموت (تم الاطلاع 10:30 يوم 23-4-2023) المنشور

على الموقع الإلكتروني: <http://www.al-eman.com>

² سيد إبراهيم عامر رشاد ، تصرفات مريض مرض الموت في القانون الجزائري المقارن بالشرعية والقوانين أخرى. مذكرة لنيل شهادة الماستر ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر. 1989. ص125

³ العربي زنتو ,المرجع السابق.ص109

و ترجع إلى قيمة مقدار الدين المتنازل عنه ففي حالة عدم تجاوز الثلث التركة نفذ الإبراء، أما إذا أجازوا الثلث فتكون الزيادة غير نافذة وموقوفة على إجازة الورثة في حين إذا كانت التركة مستغرقة بديون فهي لا يجوز الإبراء فيها لأنها تأخذ حكم الوصية ويبقى قضاء الدين قدم على الوصية إلا إذا أجازوه الورثة.¹

8- حكم الإبراء في تصرفات مريض الموت في القانون الجزائري:

إن الإبراء يأخذ حكم الوصية و قضاء الدين مقدم على الوصية أي في حال إبراء المريض مرض الموت مدينه و كانت التركة مستغرقة بالديون فلا يصح إبراءه فقاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون تعتبر قاعدة جوهرية في توازن المصالح بين الورثة و دائني المورث²

9_تعريف الإقرار في مرض الموت:

إقرار المريض فيقصد الاعتراف في مرض الموت بحق لا يعرف له سبب و لا طريق لثبوته إلا بالإقرار و يشمل ذلك الإقرار بالحق العيني و الشخصي أي كل ما فيه إسقاط حق يجوز انتقاله إلى الورثة فإن لم يكن للدائنون أو من ورثة من غير زوجته كان إقراره صحيحا أما إذا كان له دائنون وورثته فإنه يخشى أن يضرهم و يلجأ إلى الوصية المستترة بواسطة الإقرار بدين أو عين لمصلحة من يرغب الإيضاء له خلاف للأحكام الوصية و يقصد بمثابة عمل من أعمال التصرف في الحق المقر به من أهلية المتصرف أو من له ولاية على مال غيره و قد نصت كثير من التشريعات على ذلك صراحة أما الإقرار الذي يأتي على سبيل الاختيار فإنه يكون نافذا في جميع ماله حتى لو استغرق ذمة المتوفي كلها و يستوي في ذلك أيضا³

¹ العربي زنتو . المرجع السابق . ص 109

² سلوة باشا . سعاد عشيو . المرجع السابق ص 50

³ سارة محمد الزايد . تصرفات مرض الموت. بحث تخرج . كلية القانون . جامعة الشارقة . السنة الجامعية 2019-

أن يكون المقر له وارثاً أو غير وارث دون الحاجة إلى إجازة الورثة و غني عن البيان إذ أن تصديق الورثة الإقرار في حياة مورثهم ملزم لهم لأن تصديقهم إقرار و المرء ملزم بإقراره و لا يجوز الرجوع فيه.¹

أ- حكم الإقرار لمريض الموت في قانون الأسرة الجزائري:

يعد الإقرار بمثابة عمل من أعمال التصرف القانونية فإذا كان الإنسان للمريض زوجة أو ورثة كان إقراره صحيحاً و إذا كان العكس فيلجأ إلى الوصية المستترة , في حال إقراره للأجنبي الغير الوارث ذهب الحنفية إلى إقرار المريض لأجنبي إقراراً صحيحاً نافذاً بلا توقف على إجازة الورثة و لو استغرقت جميع أمواله بمعنى أنه إذا أقر المريض لوارثه قال الشافعي أنه يصح كإقراره لأجنبي و دليله على أن الإقرار إظهار للحق الثابت أن حال المرض أدل على الصدق لأن حال تدارك الحقوق فلا يجوز عن الحجر الإقرار به.²

المبحث الثاني: الأفعال المستترة والملحقة بالوصية:

سوف نتطرق في هذا المبحث حول مسألتين هامتين من خلال حماية الورثة من الوصايا التي تكزن مستترة فأولى تتمثل ببعض التصرفات التي يبرمها المورث بغض النظر عن صحته و التي يقوم بها فنكون بذلك أمام عقد آخر يخفي الوصية , أما الحالة الثانية هي تصرفات يبرمها المورث لكنها تلحق بعد ذلك بالوصية و سنوضحها كآتي:

المطلب الأول: حماية الورثة من الوصية المستترة:

يمكن للمورث أن يقوم ببعض التصرفات التي يتصرف بها في ماله تحت تصرفات مستترة

¹ سارة محمد الزايد, المرجع السابق, ص 25,26

² سلوة باشا . سعاد عشيو . المرجع السابق ص 46-47

من شأنها أن تخفي التصرف الحقيقي القصد منه التبرع الأمر الذي سنوضح خلال الفرع الأول (شروط تطبيق المادة 776 من القانون المدني) ، في الفرع الثاني (إثبات شروط المادة 776 من القانون المدني)

الفرع الأول: شروط تطبيق المادة 766 من القانون المدني:

سوف نتطرق في هذا الفرع حول الشروط الواردة في المادة 776 من القانون المدني المتعلقة بإثبات التصرفات التي يقوم بها مريض الموت و يكون القصد منه التبرع تطبق عليه أحكام الوصية من أجل حماية الورثة و هذا بتوافر شرطين و التي سنتناولها كآتي:

1- أن يتم التصرف في مرض الموت:

يجب أن يبرم التصرف خلال مرض الموت و يتضح من خلال مصطلح كل تصرف قانوني أي كل تصرف صادر في مرض الموت أيا كانت التسمية التي أعطيت له من تبرعات و معاوضات فهذا النص الذي يتصف بالعمومية و عليه تخرج من مفهوم هذه المادة التبرعات و الهبة المنجزة التي يبرمها الشخص حال حياته و صحته فلا معقب للورثة عليه التصرف لانتهاء على الإضرار و حتى يستفيد الورثة من أحكام هذه المادة فإن عليهم أن يثبتوا أن التصرف وقع في مرض الموت فالعبء الإثبات يقع عليهم و ذلك طبقا لنص المادة 776 ق.م و التي تضيف لهم إثبات ذلك بكافة الطرق أي بما فيها البيئة و القرائن باعتبار أنهم بصدد إثبات واقعة مادية , حيث يجوز لهم إثبات مرض الموت بالشهادات الطبية الدالة على حالة المريض في أواخر أيامه و كذلك يثبت بشهادة الشهود و تقارير الخبراء و الأطباء و غيرها من القرائن المستخلصة من ظروف المرض كمل يجوز لهم إثبات صدور التصرف خلال المرض بكافة الطرق كالبيئة مثلا و غيرها.¹

¹ كريمة بن حامة . المرجع السابق . ص 41

2- أن يكون التصرف بقصد التبرع:

جاء في المادة **776** ق.م أنه لكي يعتبر التصرف القانوني الصادر من المورث وصية و يخضع لأحكامها يجب أن يكون من التصرفات التبرعية أي بدون عوض فإذا تبين معنى التبرع في هذه الحالة لا يوجد أي إشكال نطبق أحكام المادة **776** ق.م و لكن الإشكال يكون عندما تكون التصرفات ساترة للوصية أن يكون ظاهرها معاوضة و حقيقتها الخفية تصرفا تبرعيا ومنه متى صدر التصرف في مرض الموت كان ذلك قرينة على نية التبرع , و يتبين من نص المادة السالفة الذكر أ، الورثة يستفيدون بما هو مقرر لهم من تقيد حرية الإيضاء و التي جاء فيها أنه لو تم تصرف لوارث فإنه لا يجوز و لا ينفذ و بقي متوقفا على إجازة الورثة في ذلك حسب المادة **189** من قانون الأسرة فإنه يكون صحيحا و نافذا في ثلث التركة و ما زاد عنه يتوقف على إجازة الورثة حسب المادة **185** من ق.م.أ.¹

مثال على ذلك نأخذ قرار المحكمة العليا رقم **95385** الصادر بتاريخ **22-3-1994** و الذي جاء في حيثياته:التنزيل لا يتم إلا بين الأصول و الفروع -المطعون ضدها ليست بنت صلبية و تكييف التنزيل على أنه وصية خرق صارخ لأحكام الشرع و القانون و من المقرر قانونا و شرعا أن التنزيل لا يكون إلا بين الأصول و الفروع و يكون بتنزيل الفرع منزلة الابن المتوفي في حدود ما قرره القانون و الشرع و لا يجوز الحكم بغير ذلك و لما ثبت من قضية الحال أن قضاة المجلس اعتبروا عقد التنزيل في **20-11-1975** على أنه وصية يكونوا قد أخطأوا التصور و التكييف لأن عقد المذكور بتنزيل المطعون ضدها منزلة البنت الصلب رغم ما في ذلك من خرق صارخ لأحكام الشريعة الإسلامية والمادة **776** ق.م.²

¹ كريمة بن حامة . المرجع السابق . ص 42

² المحكمة العليا . غرفة الأحوال الشخصية . القرار رقم 95385 الصادر بتاريخ 22-3-1994 . المجلة القضائية العدد

الفرع الثاني: إثبات شروط المادة 776 من القانون المدني :

سوف نتطرق في هذا الفرع إلى إثبات شروط المادة 776 من القانون المدني والتي تم ذكرها سابقا وسوف نوضح ذلك كالتالي:

وقبل كل شيء و لإثبات الشرط الأول والمتمثل في ضرورة صدور التصرف في مرض الموت فهنا يكون عبء الإثبات يكون واقع على الورثة ولهم أن يثبتوا ذلك بجميع طرق الإثبات بحيث تدخل ضمن طرق الإثبات (البينة والقرائن) لكون هؤلاء يثبتون واقعة مادية على ذلك فإن نسبة آثار العقد فإن هذه الأخيرة تنصرف إلى المتعاقدين وإلى خلفهما العام وهذا ما قد أكدته المادة 108 من القانون المدني الجزائري بحيث تنص على: (ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث) وكقاعدة عامة يعتبر الورثة خلفا عاما للمورث بحيث يقصد بالعبرة التالية: (مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث) بمعنى عدم سريان تصرفات المورث في حالة ما إذا أبرمها في مرض الموت في حق الورثة وبالتالي فهي تأخذ حكم الوصية ويعتبرون في هذه الحالة من الغير في مواجهة هذه التصرفات أما في ما يخص الورثة فهم لا يعتبرون من الغير وذلك في مسألة ثبوت تاريخ المحرر العرفي الذي يصدر عن مورثهم.¹

وهذا وفق ما قد جاء في نص المادة 328 في فقرتها الأولى من القانون المدني والتي تنص على: (لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت) وكقاعدة عامة فإن الورثة يعتبرون خلفا عاما لمورثهم ولذلك فهو يسري في حقهم ومن ثم يكون تاريخ الورقة العرفية المثبتة للتصرف الصادر عنه حجة عليهم كما أنها تكون²

¹ عبد الرؤوف زروق ، محمد حموش ، المرجع السابق ، ص 34

² المرجع نفسه . ص 34

حجة على مورثهم وكاستناد إلى ما سبق فإن المادة **776** في فقرتها **2** من القانون المدني قد كانت على صواب في نصها على أنه: (لا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً) أي بمعنى يمكن اعتبار أن هذا التاريخ حتى وفي كونه غير ثابتاً¹.

فيمكن أن يحتج به على الورثة كما لهم حق إثبات العكس أما الأستاذ السنهوري فقد استخلص من المادة **776** في فقرتها الثانية من القانون المدني بكون المشرع قد قصد بها بأن تاريخ العرفي لا يحتج به على الوارث إلى الحد الذي يمنعه من إثبات عكس ذلك، بل منح له الحق في إقامة الدليل على عدم صحته مادام التاريخ غير ثابت ،ولكن في ما يتعلق بمسألة ثبوت تاريخ المحرر العرفي والذي صدر من المورث فإن الورثة لا يعتبرون من الغير وهذا وفق ما جاءت في مفهوم المادة **328 / 1** من قانون المدني بحيث تنص على: (لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت) وذلك لكون هذا الأخير يعتبر من الخلف العام ، ويكون التصرف القانوني في مرض الموت ذو أهمية بالغة لتحديد آثار هذا التصرف على الورثة بحيث يمكنهم بالطعن في صحة هذا التاريخ المكتوب على السند المثبت للتصرف بالنظر إلى مدة المرض والوفاة².

أ-تقدير الحكم العام في تصرفات مريض الموت: وهذا وفق لما جاءت به المادة **776** من ق.م في فقرة **2** كالاتي: (لا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذ الم يكن هذا التاريخ ثابتاً) بحيث نجد أن هذا النص غير دقيق لأنه يقضي بأنه لا يحتج على الورثة من تاريخ العقد³

¹ عبد الرؤوف زروق ، محمد حموش ، المرجع السابق ، ص33.34

² سميرة حران أم نائل ، حماية الورثة من الوصية المستترة بين الشريعة والقانون الجزائري ،مذكرة لنيل شهادة ماستر ، كلية الحقوق ، ، جامعة زيان عاشور الجلفة ، 2013 / 2014 ، ص 41

³ حنان طايبل ، حماية الورثة من الوصية المستترة في قانون الجزائري ،مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق ، جامعة إكلي محمد الحاج ، البويرة ، 2013_2014. ص48

المحرر العرفي إذا لم يكن ثابت ويكون لهم إثبات العكس بكافة الطرق لأنهم يثبتون واقعة مادية وهي الغش المتمثل في تقديم التاريخ الذي ادعى الورثة أن الورقة العرفية التي تحمل تاريخا معيناً هي الورقة العرفية التي تحمل تاريخاً معيناً هي ورقة لا تحمل التاريخ الحقيقي وأن التاريخ المحرر العرفي ليس بحجة ضد الورثة فيعتبر غير موجود وبالتالي يكون التصرف صادر في مرض الموت وليس على الورثة إثبات عدم صحة هذا التاريخ.¹

أي أنهم يعتبرون من الغير في مفهوم المادة 328 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري والملاحظ في الأمر أن هذا النص يتعارض مع نص المادة 776 من قانون المدني وهو في مرض موته ، كان في حكم الوصية ، وبالتالي لا يصح لوأرث ولا في ما زاد على الثلث لغير وارث إلا إذا أجازوه الورثة فإن هذا الأخير يأخذ حكم الوصية تطبيقاً لأحكام الشريعة الإسلامية بإضافة إلى تطبيق الحكم العام للتصرف القانوني والذي يصدر في مرض الموت بقصد التبرع والوارد في المادة 776 من القانون المدني وبالتالي فهي تسري عليه القيود الواردة على الوصية²

المطلب الثاني: حماية الورثة من الفعل الملحق بالوصية:

في هذا المطلب سنتطرق للتصرفات التي يحتفظ فيها المورث بحياسة العين و بحقه في الانتفاع مدى الحياة إذ تعتبر تصرفات مضافة إلى ما بعد الموت فتحمي الورثة منها بأنها تحيطها بقيود الوصية التي سنفصل فيها في الفرع الأول (شروط تطبيق المادة 777 ق.م) الفرع الثاني (الآثار الناتجة على اعتبار الفعل ملحق بالوصية).

الفرع الأول: شروط تطبيق المادة 777 من القانون المدني:

سنتطرق في هذا الفرع حول التصرفات التي يقوم بها الشخص لأحد ورثته و يحتفظ بأي

¹ حنان طايلب ، المرجع السابق، ص48

² العربي زنتو ، المرجع السابق ، ص109

طريقة كانت عليها الحياة و حقه بالانتفاع مدى الحياة و التي سنقوم بتفصيلها كآآتي: سبق القول أن المشرع نص في المادة 777 على قرينة قانونية تؤدي إلى اعتبار التصرف وصية إذا تصرف شخص و هو في حال صحته إلى إحدى وراثته وقام بتقييد هذا التصرف بشروط تؤدي إلى الاحتفاظ بحياة الشيء المتصرف فيه و الانتفاع به طيلة حياته وهو غالبا ما يتخذ صورة بيع يحتفظ به البائع لنفسه بموجب شرط بحياة المبيع حتى موته أو يشترط البائع عدم تصرف المشتري في المبيع و هذه الشروط و إن كانت مشروعة في ذاته إلى أن ارتباطها يكون التصرف لأحد الورثة يجعلها قرينة على الوصية مع الإشارة أن هذه القرينة القانونية بسيطة قابلة لإثبات العكس و عليه فإن العمل بهذه القرينة القانونية يتطلب أن يكون التصرف قد تم لأحد الورثة مع احتفاظ المتصرف بحياة العين المتصرف فيها و احتفاظه كذلك بالانتفاع من العين المتصرف فيها طيلة حياته.¹

بالإضافة إلى التصرفات التي يبرمها مريض مرض الموت و التي تأخذ حكم الوصية فقد تصدر من المورث بعض التصرفات وهو في كامل صحته رغبة منه في محاباة بعض الورثة على الآخرين و ذلك بإخفاء وصيته في صورة تصرف منجز كالبيع مثلا تحايلا منه على القانون و تهريا من الأحكام المقيدة للوصية كأن يقوم ببيع عين و يذكر في العقد ثمنا سوريا لا يلتزم به المشتري في حقيقة الأمر أو أن يبقى محتفظا بحق الانتفاع بالعين طول حياته أو أن يسبغ التصرف شكل الهبة حيث تصدى المشرع الجزائري بإقامته قرينة تمنع

من التحايل على القانون حيث أوردها في المادة كآآتي: نص المشرع الجزائري في المادة 777 ق.م على ما يلي: (يعتبر التصرف وصية و تسري)²

¹ محمد توفيق قديري . حماية الورثة من الوصية المخالفة لقواعد الميراث في القانون الجزائري . مجلة الدراسات القانونية

المقارنة. المجلد6 . العدد 2 . سنة 2020 . ص 646

² شيخ نسيمية , المرجع السابق, ص 187

عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته استثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه و الانتفاع به مدى حياته ما لم يكن دليل يخالف ذلك) و بقراءة المادة يتضح لنا إذا عمد المتصرف في حال صحته لا في مرضه إلى إخفاء وصيته في شكل تصرف منجز كالبيع أو الهبة و غيرها اعتبرها المتصرف وصية متى كان للوارث و احتفظ بموجبه لنفسه بحيازة الشيء المتصرف فيه من جهة و الانتفاع به من جهة أخرى و سأتناول بشيء من التفصيل كل من هذه الشروط التي يجب توافرها حتى تقوم قرينة قانونية على تصرف وصية في ما يلي:¹

1- أن يكون التصرف لأحد الورثة:

أي أن المتصرف إليه يجب أن تكون له صفة الوارث و الوقت الذي ينظر إليه المتصرف أم لا ووقت تحقق الوفاة للمورث ووقت الانعقاد لأنه لا يمكن اعتبار المتصرف إليه وارثا إلا وقت موت المورث و العبرة في هذه الصفة هي بوقت وفاة المتصرف فيجب أن يتم التصرف من المورث لأحد ورثته كي يأخذ حكم الوصية و العبرة في تحديد صفة الوارث هي وقت وفاة المتصرف و لو لم يكن وارثا وقت التصرف و لا يعتبر وارثا ما لم يكن كذلك وقت الوفاة و لو لم يكن وارثا وقت التصرف و يقع عبء الإثبات على عاتق الوارث الذي يطعن في تصرف مورثه الظاهر بأنه وقع في صورة بيع منجز وأن حقيقته وصية و بأنه قصد به الاحتيال على قواعد الإرث المقررة شرعا إضرارا بحقه فيه بجميع طرق الإثبات و للقاضي السلطة التقديرية مطلقة في ذلك التي سبق و تحدثنا عنه أعلاه.²

و قد كانت أحكام القضاء المصري قد قدمت بعض القرائن التي يستفاد منها انصراف نية³

¹ شيخ نسيمه , المرجع السابق, ص 187

² المرجع نفسه. ص 188

³ عبد الحميد شواربي, المرجع السابق ص 809

المتصرف فبذلك سوف نستعرض أهم ما جاء في محكمة النقض المصرية وهي:

1- بيع الأب لولده عين بثمن بخس على أن يحتفظ بحق الانتفاع طوال حياته.

2- إيداع الأم مبالغ نقدية في صندوق التوفير باسم ابنتها التي تعيش في حمايتها و رعايتها و لا مورد لديها.

3- ثبوت عدم حاجة المورث إلى بيع أملاكه لأحد ورثته و أنه لم يتقاضى ثمنها و ظل واضعا يده على أملاكه التي تصرف فيها إلى حين وفاته كما احتفظ بالعقد و لم يعطه للمتصرف إليه حتى لا يأخذ إجراءات تسجيله.¹

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص صراحة على أن يكون التصرف لوarith لأن الوصية غير جائزة له إلا بإجازة الورثة الباقين له و ذلك حسب المادة 189 ق.م فإذا تم التصرف لغير وارث فإنه لا يجوز إعمال القرينة القانونية و اعتبار التصرف لغير وارث فيهب له معظم أو كل أمواله أو يصيب صفة البيع على التصرف مع احتفاظه بالحياة و الانتفاع بالمال في هذه الحالة لا يمكن تطبيق المادة 177 ق.م باعتبارها قرينة قانونية.²

جاء في حيثيات قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 5-3-1990 ملف رقم 59240: (من المقرر قانونا أنه يعتبر التصرف وصية و تجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته و استثنى لنفسه بطريقة ما حياة الشيء المتصرف فيه و الانتفاع به مدى الحياة ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك ومن المقرر أيضا أن لا وصية لوarith إلا إذا أجازها الورثة ومن ثم فإن النفي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد يستوجب الرفض.³

¹ عبد الحميد شواربي، المرجع السابق ص 809

² سميرة حران أم نائل، المرجع السابق، ص 55,56

³ المحكمة العليا. غرفة الأحوال الشخصي. القرار رقم 59240. الصادر بتاريخ 5-3-1990. المجلة القضائية.

2- أن يحتفظ المتصرف بحياسة العين التي تم التصرف فيها:

و المقصود بذلك أن المتصرف إليه لا يجوز العين محل العقد ولو كان ظاهرا لأنه قد تم نقل ملكيتها إليه حيث يبقى المتصرف مسيطرا على العين المتصرف فيها متسلطا عليها و قادرا على ممارسة كافة صلاحيات المالك الحقيقي بصرف النظر على الوضع القانوني فهذه الحيازة يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات بوصفها واقعة مادية.¹

يكفي لتحقيق هذا الشرط مجرد وضع اليد على الشيء المتصرف فيه من قبل المورث المتصرف و هذه واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة و القرائن كأن يكفي لتحقيق هذا الشرط مجرد وضع اليد على الشيء المتصرف فيه من قبل المورث المتصرف و هذه واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة و القرائن كأن يقام الدليل على أن المتصرف كان يستعمل الشيء بنفسه أو أنه كان يقوم بتأجيريه باسمه.²

3- أن يحتفظ المتصرف بحقه في الانتفاع بالعين مدى الحياة:

لتوضيح هذا الشرط يجب أن نحدد معنى الانتفاع طبقا للقواعد العامة حيث لم يعرفه القانون المدني لكن الفقه عرفه على أنه : (حق عيني في الانتفاع بالشيء المملوك للغير فتكون له سلطة استعماله و استغلاله بشرط الاحتفاظ بالحيازة بذات الشيء لرده إلى صاحبه عند نهاية حق الانتفاع الذي يجب أن ينتهي حتما بموت المنتفع) أي أن احتفاظ المورث بحياسة العين التي تم التصرف فيها (الوصية المستترة) على من يدعي وجود و توافر شروط المادة 777 من باقي الورثة فإذا توافرت الشروط السابقة الذكر مجتمعة أمكن استخلاص وجود قرينة الإيحاء و تكون بمثابة وصية مستترة أما إذا لم يتمكن الورثة من إثبات وجود هذه الشروط³

¹ محمد توفيق قديري. المرجع السابق . ص 649

² نسيمه شيخ , المرجع السابق, ص 188

³ كريمة بن حامة . المرجع السابق . ص 62

مجتمعة فيمكن اللجوء إلى طرق الإثبات الأخرى بما في ذلك القرائن القضائية التي هي من اختصاص و سلطة القاضي في تكييف و تقدير القضية و موضوعها و ذلك وفقا لظروف و ملاسبات الدعوى و من بين القرائن القضائية ما يلي:

أ- قيام البائع بإبراء المشتري من الثمن وكون المتصرف إليه فقيرا لا يستطيع دفع الثمن بأي حال.

ب- احتفاظ المورث بعقد البيع ة إبقاء وضع اليد على العين دون أن يقبض ثمنها.

د- عدم تسجيل العقد و عدم قبض الثمن و بقاء العقد في حوزة المتصرف حتى وفاته.

ج- انتفاع و حيازة البائع للعين المبيعة رغم وجود عقد رسمي.¹

يجب أن يحتفظ المورث بحقه بالانتفاع بالعين المتصرف فيها لوارثه مدى الحياة حتى يأخذ التصرف حكم الوصية سواء كان حق الانتفاع حقا عينيا كأن يقتصر التصرف على حق شخصي كأن يستأجر العين من المتصرف له فإن توافرت الشروط جميعها قامت قرينة قانونية بسيطة على أن التصرف وصية مستترة فتسري عليها أحكام الوصية بغض النظر على التسمية التي تعطى لهذا التصرف غير أنه يجوز للوارث المتصرف له أن يثبت عكس هذه القرينة بأن يثبت مثلا أن التصرف في حقيقته بيع وذلك بإقامة الدليل على واقعة دفع الثمن أو أن يثبت حيازة المتصرف للعين تستند إلى سبب آخر كعقد الإيجار أو غيرها و على أي حال فان الفصل في مدى اعتبار التصرف وصية مستترة من عدمه يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع و قناعته وفق ما يقدم له من أدلة و دفع.²

¹ كريمة بن حامة . المرجع السابق . ص 62

² نسيمه شيخ , المرجع السابق, ص 189

نجد هنا العديد من قرارات المحكمة العليا تدور حول تطبيق المادة 777 ق. م و التي بين فيها قضاة المحكمة العليا الشروط الواجب توافرها في التصرف حتى تطبق عليه القرينة القانونية المادة السالفة الذكر من بينها القرار رقم 59240 المؤرخ في 5 مارس 1990 عن غرفة الأحوال الشخصية التي أبدت به مجلس قضاة الأغواط الذي أبطل عقد الهبة بين الزوجين بحيث اشترط فيه الزوج استبقاء العين الموهوبة و الانتفاع بها طيلة حياته و علل الإبطال كون التصرف انقلب وصية و لا وصية لوارث مادام الورثة لم يجيزوها في حين نجد القرار رقم 74249 المؤرخ في 22 ماي 1991 عن الغرفة المدنية و الذي جاء فيه: (... و لما كان الثابت في قضية الحال أن التصرف قد تم بلا مقابل تحت شرط واقف متعلق بسبب وفاة المملكين فإن قضاة الموضوع بتعيينهم للموثق بتحرير عريضة و حسب مخلفات المتوفي قد طبقوا صحيح القانون , أيضا القرار 186058 المؤرخ في 17 مارس 1998 عن غرفة الأحوال الشخصية و المواريث و الذي أيد قرار مجلس قضاة الجزائر الذي أيد بدوره حكم محكمة الدرجة الأولى و اعتبر الهبة تضمن شرط بعدم نقل الملكية مضافة إلى ما بعد الموت و تعتبر وصية بما أنها كانت هبة بين زوجين فتعتبر وصية لوارث و لا تنفذ دون إجازة الورثة و في غياب الإجازة تبطل الوصية.¹

فلقد أضاف المشرع المصري في المادة 917 ق. م المصري: (إذا تصرف شخص لأحد ورثته و احتفظ بأي طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها و بحقه في الانتفاع بها مدى حياته و اعتبر التصرف مضاف إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية ما لم يقم الدليل يخالف ذلك) و نرى أنه لا يوجد اختلاف كبير حول نص المادة 777 من القانون المدني و المادة 917 ق.م المصري نفس الأحكام حيث أن المشرع المصري قد فصل حول صحة المورث فنرى أن التصرف لم يصدر في موته بل صدر وهو في صحته²

¹ محمد توفيق قديري. المرجع السابق . ص 649

² عبد الحميد شواربي, المرجع السابق , ص 809.810

و لكن المورث لم يطلق التصرف بل قيده بأن احتفظ لنفسه بشيئين حيازة العين و حقه في الانتفاع بها مدى الحياة فإذا باع المورث مثلا دار لأحد ورثته و احتفظ بحيازته للدار و بحق الانتفاع بها مدى الحياة اقترب هذا التصرف كثيرا من الوصية صحيح لم يصدر في مرض الموت لكن احتفظ بحيازته الدار و الانتفاع بها طول حياته بحيث لا ينتفع بالدار و لا يحوزها إلا عند وفاة المورث كل هذا من شأنه أن يجعل الوارث في منزلة الموصى له و ليس في منزلة المشتري فالموصى له أيضا لا يجوز الانتفاع بالعين الموصى بها إلا بعد وفاة المورث و قد قضت محكمة النقض بأنه يشترط طبقا للمادة 917 ق.م أن يكون المتصرف إليه وارثا فإنه لم يتوافر هذا الشرط كان الوارث الذي يطعن على التصرف بأنه وصية و إثبات هذا الطعن بكافة طرق الإثبات و له في سبيل ذلك أن يثبت احتفاظ المورث بحيازة العين المتصرف فيها و بحقه في الانتفاع بها كقرينة قضائية يتوصل بها إلى الإثبات و للقاضي بعد ذلك حر في أن يأخذ بهذه القرينة أم لا و يأخذ من شأنها في شأن سائر القرائن القضائية التي تخضع لمطلق تقديره.¹

و من خلال ما رأيناه من الأحكام أعلاه يتبين لنا أنه إذا أثبت الورثة أن مورثهم قام بالتصرف لأحدهم تصرفا ما مع الاحتفاظ بحيازة العين المتصرف فيها و الانتفاع بها مدة حياته فإن القاضي يحكم بمقتضى القرينة الواردة في المادة 777 من القانون المدني باعتبار التصرف وصية و تسري عليه أحكامها لا سيما ما تعلق بعدم جواز الوصية لوارث إلا أن يجيزها الورثة و هو ما يترتب عنه حال رفض الورثة إجازة الوصية و عودة العين المتصرف فيها و اعتبارها جزء من التركة نفذت الوصية فإذا أجاز الورثة الوصية نفذت لكن في حدود ثلث التركة بطبيعة الحال.²

¹ عبد الحميد شواربي، المرجع السابق، ص 810

² محمد توفيق قديري. المرجع السابق. ص 649

الفرع الثاني: شروط إثبات المادة 777 من القانون المدني:

رأينا في كما سبق أن المادة 777 من القانون المدني أن في حال احتفظ المتصرف لأحد ورثته بحيازة و الانتفاع مدى الحياة فإذا قام بإقامة القرينة التي ليست قاطعة بحيث يمكن إثبات عكسها فيضفي بذلك مجموعة من الإشكالات التي سوف نعالجها كآآتي:

1- القرينة القانونية لإثبات شروط المادة 777 من القانون المدني:

إن نص المادة 777 من القانون المدني أقام قرينة قانونية على أن التصرف مع الاحتفاظ بحيازة العين و الانتفاع بها مدى الحياة وصية مستترة فإنها ليست بقرينة قاطعة بنظر مما جاء في نص المادة سالفه الذكر في آخرها: (ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك) و عليه فهي قرينة بسيطة يجوز لمن تصرف له المورث أن يثبت عكس ذلك أي أن يثبت أن التصرف رغم توفر شروط المادة إلا أن أنه لم يكن وصية بل كان تصرف بالبيع بل هبة ويمكن إثبات ذلك بجميع القرائن القضائية المضادة كأن يحتفظ بمنفعة العين مدى حياته يقابله إنقاص الثمن بما يتناسب مع هذه المنفعة أو يثبت أن التصرف بيع لإقامة الدليل على واقعة دفع الثمن أو الاحتفاظ بالحيازة و يرجع قصد المشتري و مباشرته للحيازة نيابة عنه بصفته وليا أو أن يثبت احتفاظه بها كان بموجب عقد إيجار بدل الإيجار المحدد.¹

فإذا أبطل من تصرف له المورث القرينة القانونية لإثبات عكسها على النحو السالف الذكر فإن التصرف لا يعتبر وصية مستترة ولا تسري عليه أحكامها بل يعتبر بيعا و هبة منجزة تطبق عليه أحكام البيع , الهبة أو غيرها.. الخ أما إذا لم يستطع إثبات عكس القرينة القانونية و هذا هو الغالب بقيت القرينة قائمة²

¹ سميرة حران أم نائل , المرجع السابق, ص 65

² المرجع نفسه . ص 65

و اعتبرت وصية مستترة تطبق عليها الأحكام العامة في الوصية ومن ثم لا تنفذ في حق الورثة في ما يجاوز الثلث إلا بإجازتهم و تسري في حق دائني الشركة و أصلا يقدم حق الدائن على حق الموصى له.¹

في حال انعدام شروط القرينة القانونية الخاصة بالتصرف لأحد الورثة مع الاحتفاظ بالحيازة و الانتفاع مدى الحياة فإنه يمكن للقاضي أن يستنتج هذه القرينة بواسطة استعمال القرينة القضائية لكن بضمانات أقل و مهما يكن من وصف القرينة سواء كانت قضائية أو قانونية فهي قابلة لإثبات العكس في الحالتين و كل ما في الأمر أن القاضي يبقى حر بشأن القرينة القضائية أما في القرينة القانونية فهو ملزم بالأخذ بها إلى حين إثبات عكسها و هذا ما يحدث غالبا حيث تبقى قرينة المادة 777 من القانون المدني قائمة لصعوبة دحضها بإثبات العكس لعدة أسباب منها أنه غالبا ما يتم إبرام هذه التصرفات بموجب محرر رسمي خصوصا و أن تكون في كثير من الأحيان في شكل هبة للعين خاصة العقار مع الاحتفاظ بالحيازة و الانتفاع مدى الحياة و هذا ما يجعل الأمر يصل لحد كبير من الصعوبة في الإثبات لا يبطله الطعن بالتزوير حسب ما تقتضيه المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني و إن كان يمكن إثبات العكس بدليل يوازي على الأقل الورقة الرسمية إلا أن هذا الأخير لا يعدوا أن يكون تعديلا للعقد الأصلي عن طريق تحييت القيد أو الشرط نفسه.²

و في الأخير تجدر الإشارة إلى أن البعض يرى أن المادة للمادة 777 من القانون المدني قد تتعارض مع مبدأ استقرار المعاملات خصوصا منها المعاملات العقارية باعتباره هدف كل التشريعات و ذلك أن شرط الاحتفاظ بالحيازة و الانتفاع مدى الحياة شرط جائز و إدراجه في العقد و لكن أعمال المادة 777 ق. م³

¹ سميرة حران أم نائل , المرجع السابق, ص 65

² عبد الرؤوف زروق, المرجع السابق, ص 46

³ المرجع نفسه, ص 65

يسمح بالطعن في العديد من العقود التي تتضمنه خاصة إذا طالت الفترة الزمنية الممتدة بين تاريخ إبرامه و تاريخ الطعن فيه كحالة إبرامه ضد مصلحة الوارث القاصر و في هذا المساس باستقرار المعاملات الخاصة إذا حدثت لاحقة على العقار محل التصرف مما يؤثر على حقوق الغير حسن النية الذي تم التعامل لصالحه.¹

2_ تقدير الحكم القانوني لشروط المادة 777 من القانون المدني:

إن نص المادة 777 من القانون المدني رغم أنه يعتبر من وسائل رد التحايل على نظام الميراث إلا أنه يثير إشكالات من ناحية التطبيق العملي بحيث يتعارض مع القواعد العامة في الهبة فتتص المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري: (الهبة تمليك بلا عوض و يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف على إنجاز هذا الشرط) فإذا كان هذا النص يخول للواهب إدراج بعض الشروط على الموهوب له فإن تطبيق نص المادة 777 من القانون المدني يجعل الهبة في حكم الوصية و هو يعتبر إلغاء للمادة 777 من القانون المدني يجعل الهبة في حكم الوصية و هو ما يعتبر إلغاء للمادة 777 من ق. م فيما يخص الهبة خاصة بالنظر إلى المادة 223 من قانون الأسرة الجزائري: (تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون) و تطبيقاً لمبدأ الخاص يقيد العام كثيراً ما يلجأ الموثق إلى النص في عقد شرط الاحتفاظ بالحياة و الانتفاع مدى الحياة و ينقل للموهوب ملكية الرقبة فقط مما يستحيل معه إثبات العكس نظراً لما للعقد الرسمي من حجية حسب نص المادة 314 مكرر 5 ج 4 و بالمقارنة بالمادة 206 من قانون الأسرة الجزائري ج 1 فإن الحياة ركن في الهبة و من ثم أعمال شرط الاحتفاظ بالحياة يجعل الهبة باطلة لأنه يمكن هبة الرقبة فقط دون الانتفاع و في هذا الصدد صدرت مذكرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية²

¹ سميرة حران أم نائل , المرجع السابق, ص 65

² عبد الرؤوف زروق , محمد حموش , المرجع نفسه , ص 67

تحت رقم **00689** إلى مديري الحفظ العقاري و محتواها: (...ولذا فإنه إن كانت الهبة منصبة على حق الانتفاع أي الواهب يحتفظ بملكية الرقبة مقبولة قانوناً فإنه إذا كانت الهبة الواردة على ملكية الرقبة فقط دون حق الانتفاع فهي مستبعدة قانوناً) و هذا ما أدى لصدور قرارات عن المحافظين العقاريين بعدم قبول شهر العقد ووصل الأمر للطعن قضائياً بعد هذه القرارات فتطبيق المادة **777** من القانون المدني سواء عن طريق الهبة و غيرها يفتح مجالاً واسعاً أمام إبطال هذه العقود مما يسبب في عرقلة استقرار المعاملات خاصة العقارية منها إذا طال التصرف بين تاريخ إبرامه و بين تاريخ إبطاله بالنظر إلى سلسلة التعاملات القانونية الواردة على العقار في تلك الفترة مما يشجع الموثقين على تلقي نظائر العقود القابلة للإبطال في أي وقت اضطراب أمام المحافظات العقارية التي تقوم بالتأشير على الدفاتر لكل عقار بعد إبطاله.¹

¹ عبد الرؤوف زروق، المرجع السابق، ص 67

خلاصة الفصل الثاني:

إن الإنسان في حال مرضه يشعر بدنو أجله فيقوم ببعض التصرفات في أمواله على أساس أنها تصرفات عوضية كالبيع حسب المادة 776 من القانون المدني و الحياة و الانتفاع بالشيء مدى الحياة حسب المادة 777 من القانون المدني ظاهرها تصرف منجز لكن هي في الحقيقة هي تصرفات مؤجلة لما بعض الموت فيقع عبء إثبات هذه التصرفات على من يدعيها فتعتبر بحد ذاتها تحايل على نظام الإرث و الوصية في حد ذاته من شأنه أن يبطل الوصية كذلك هو الأمر بالنسبة للهبه و الوقف و الإبراء تعتبر في حد ذاتها شبهة الإضرار بالورثة لأنها تتجاوز الثلث بالتالي تتوقف على إجازة الورثة فالمشرع الجزائري لم ينص على مرض الموت في قانون الأسرة بل أحالها إلى مواد القانون المدني و هذا ما يعاب عليه المشرع الجزائري بحيث كان من المفروض عليه أن يتضمنها في قانون الأسرة نظرا لأهميتها البالغة في حياة الفرد بحيث أنه في اجتهادات المحكمة العليا قام بتعريف مرض الموت باعتبار أنه يؤثر على السلامة العقلية للفرد وعلى أهليته على عكس الشريعة الإسلامية التي وضحت لنا شروط إثبات مرض الموت و دقت لنا من أجل معرفة المريض في حال مرض الموت أم لا لكن المشرع في تعريفه من خلال اجتهادات المحكمة العليا قد خالف في ذلك أحكام الشريعة الإسلامية.

الخاتمة

ومن خلال كل ما سبق يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد ضبط مفهوم الوصية فقام بتنظيمها في عدة نصوص قانونية تشريعية وبالأخص تناولها في المواد **180** والمادة **184** والمادة **201** من قانون الأسرة الجزائري كما أنه قد ذكرها (أي الوصية) في بعض نصوص القانون المدني.

وموازاتنا لذلك نجد أن المشرع الجزائري قد عمل جاهدا من أجل توفير حماية للوارث من تلك الأفعال التي تشكل اعتداء على حق الوارث في الإرث بحيث وضع نظام محكم في الموارث وذلك رجوعا لأحكام الشريعة الإسلامية السمحاء فحرم بذلك اعتداء على التركة وذلك عن طريق تقييده لكل شخص يحاول الإيذاء بماله بعدة قيود ومن تلك القيود والتي تتمثل في عدم تجاوز الموصى به الثلث التركة إلا تلك المجازة من طرف باقي الورثة لكن تلك القيود لم تكن مطلقة فقد ترك الحرية في التصرفات المنجزة في حياة الموصي وعلى سبيل المثال: الهبة حتى وإن سببت حرمان كلي للورثة من التركة مع مراعاة عدم المس بضوابط القانونية التي تحكم التصرفات .

وفي مقابل ذلك نجد المشرع قد قام بالتصدي لكل فعل يقصد به التحايل على أحكام القواعد العامة بحيث أن هذه الأخيرة قد منح للقاضي سلطة كاملة في تكييف الأفعال حماية لمصلحة الورثة فجاءت المواد **776** و**777** والمادة **408** من التقنين المدني والمادة **185** و**189** وأخيرا المادة **204** من قانون الأسرة الجزائري كضمانة لحماية من أي تصرف قد يلحق ضررا بالورثة .

بإضافة إلى كل هذا فإننا نجد أن المواد القانونية هي بذاتها تخلق لنا عدة إشكالات خاصة عندما نأتي لنطبقها ومن بين تلك المواد نذكر على سبيل المثال التعرض الموجود في المادة **408** من التقنين المدني سواء تعلق ذلك التعارض في تحديد الفترة الزمنية للمرض الموت أو ذلك الشق المتعلق بتوفر التراضي من عدله في البيع لغير وارث وأيضا المادة **776** من القانون المدني مشكلة الاحتجاج بالورقة العرفية بحيث لا يمكن الاحتجاج بها إلا بعد ما يتم إثباتها ، أما وفي ما يتعلق بالمادة **777** من القانون المدني والتي تحدثت هي الأخرى عن التصرف والاحتفاظ بالحياة طول الحياة هذه الأخيرة قواعد لا تتماشى مع قواعد المنظمة للهبه وبالأخص تلك القواعد المنصوص عليها في المادة **206** و **205** و **202** من التقنين المدني .

لنصل في الأخير إلى استنتاج أن القرينتين المتعلقةتين بالمادتين **776** و **777** من القانون المدني غير كافيتان لرد التحايل على أحكام الوصية وحماية الورثة وغير الورثة (الدائنين) من الوصية الخفية وما يلحق بها ولم تصلان إلى المبتغى المرجو من طرف المشرع الجزائري .

لذلك نخلص بعدة نتائج التالية:

1_ لم يتم تعريف مرض الموت في القانون من طرف المشرع الجزائري بحيث اكتفى فقط بذكر شروطه وأركانه

2_ تم تنظيم تصرفات مريض مرض الموت من طرف الشريعة الإسلامية السمحاء بحيث تعتبر هذه الأخيرة المصدر الشامل في تنظيم جميع تصرفاته

3_ اتفق كل من فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون في تحديد مرض الموت حيث تم تحديدها في أمران الأول أن يتصل المرض بالموت أن يغلب خوف هلاك المريض .

لتليها مجموعة من التوصيات:

1_ ضرورة توفير الحماية لدائنين وليس توفيرها للورثة فقد لان المشرع بمفهوم كلامه أن الدين يكون مقدم على الإرث إلا إذا أجازوه الدائنون.

2_ يجب وضع مترجمين من أهل الاختصاص من اجل ترجمة النصوص القانونية لأجنبية بشكل صحيح ودقيق وتجنباً لأي وقوع في الأخطاء أو الوقوع في فراغ قانوني ففي كثير من الأحيان ما نجد أن القوانين الأجنبية تكون متعارضة مع النسخة المترجمة الى اللغة العربية

3_ وجب على المشرع وضع عدة تعديلات على تلك النصوص القانونية من أجل تجنب الغموض وتكريس التطبيق الصحيح للقانون وجعلها قاعدة مدعمة من أجل حماية الورثة وغير الورثة

قائمة المراجع

أولاً: القرآن الكريم برواية ورش

ثانياً: السنة النبوية الشريفة

ثالثاً: الكتب:

1_ أحمد دغيش ، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري د.ط. دار هومة لنشر والتوزيع الجزائر
2009

2_ أنور سلطان ، العقود المسماة شرح عقد البيع والمقايضة ، د.ط، دار الجامعة الجديدة
للنشر الإسكندرية مصر سنة 2005 .

3_ أحمد فراج حسين ، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية ، د.ط ، دار
المطبوعات الجامعية الإسكندرية , د.س.

4_ أحمد محمد علي داود ، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون ، ط1 ، دار الثقافة
لنشر والتوزيع , عمان , 2007.

5_ العربي بالحاج ، أبحاث المذكرات في القانون والفقه الإسلامي ، الجزء الأول ، د.ط ،
ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1996.

6_ عبد الحميد شواربي ، التعليق الموضوعي على القانون المدني ، د.ط ، دار الإسكندرية
مصر سنة النشر 2001.

7_ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، جزء الرابع ، ط3 ،
منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، 2000.

- 8_ عبد العزيز محمودي ، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري ، د.ط ، قصر الكتاب البلدية ، 2006.
- 9_ عبد الفتاح إبراهيم بهنسي ، الأحوال الشخصية في التشريعات المتعددة ، د.ط ، جزء الثاني مكتبة لطباعة والنشر والتوزيع ، إسكندرية ، د.س.
- 10_ علي خفيف ، أحكام الوصية المقارنة تضمنت شرح قانون الوصية ، ط أولى ، دار الفكر العربي .د.س.
- 11_ عمر حمدي باشا ، عقود التبرعات (الهيئة الوصية والوقف) ، ط الثانية ، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر ، 2009.
- 12_ علي هادي العبيدي ، العقود المسماة البيع والإيجار ، د.ط ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2006
- 13- فشار عطاء الله ، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري ، د.ط ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع الجزائر .د.س.
- 14_ لحسين بن الشيخ أيت ملويا ، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية ، جزء الأول ، ط الثانية دار هومة الجزائر 2006.
- 15_ محمد شتا أبو سعد ، عقد البيع ، د.ط ، دار الفكر القاهرة مصر .د.س.
- 16_ محمد كمال الدين إمام ، جابر عبد الهادي و آخرون ، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوقف في الفقه والقانون والقضاء ، طبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، 2007.

17_ محمد يوسف الزغبى ، العقود المسماة عقد البيع في القانون المدني ، د.ط ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2004.

18_ مصطفى إبراهيم الزلمي ، أحكام الميراث والوصية وحق الإنتقال في الفقه الإسلامي والقانون ، الطبعة السادسة ، دار وائل للنشر والتوزيع ، الأردن 2006.

19_ نبيل صقر ، قانون الأسرة نسا وفقها وتطبيقا ، د.ط ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2006 .

20_ نسيم الشيخ ، احكام الرجوع في التصرفات التبرعية في قانون الجزائري (الهبه الوصية _الوقف).دار

رابعاً: الأطروحات و المذكرات الجامعية:

أ-أطروحة الدكتوراه:

1-رابح عبد المالك ، النظام القانوني لعقود التبرعات في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي ،مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه ، جامعة الجزائر كلية الحقوق .د.س.

2-كمال صمامه ، تصرفات الصادرة عن مريض موت في قانون أسرة جزائري ، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة خيضر بسكرة ، السنة الجامعية 2020/2019

ب-المذكرات الجامعية:

1-مذكرات الماجستير:

1- أدم سنكري ، المريض مرض الموت وأحكام التبرعات وإقراره في الفقه الإسلامي ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة مملكة العربية السعودية ، 1404.1403 للهجرة

2-العربي زنتو حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون جزائري مذكرة لنيل شهادة الماجستير. فرع عقود المسؤولية .جامعة الجزائر1. كلية الحقوق.السنة الجامعية 2015/2014

3- سيد إبراهيم عامر رشاد ، تصرفات مريض مرض الموت في القانون الجزائري المقارن بالشرعية والقوانين أخرى ، كلية الحقوق والعلوم إدارية ، جامعة الجزائر.1989
4-ابتسام جليلي . تصرفات المريض في مرض الموت , شهادة لنيل الماجستير, كلية الحقوق . جامعة الجزائر 1 . السنة الجامعية 2018-2017 .

2-مذكرات الماستر:

1-آية رقام . جيهان علوي.بيع المريض مرض الموت في قانون الأسرة الجزائري مقارنة مع أحكام الشريعة الإسلامية .مذكرة الماستر .كلية الحقوق والعلوم السياسية .جامعة 8ماي 1945 قالمة 2022/2021

2_ البشير بن دنيدينية ، الوصية والوقف عن مريض مرض الموت ، كلية الحقوق ، جامعة زيان عاشور 2015_2014

3_ بلال مشري ، فتحة بعارسية ، تصرفات مريض الموت في القانون الجزائري ، شهادة ماستر ، كلية حقوق وعلوم سياسية ، جامعة مسيلة 2021/2020

4_بشرى عليم ، الوصية في التشريع الجزائري ، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي ، تيسمسيلت ، معهد العلوم القانونية والإدارية .

5 _ جمال الدين ميمون ، مذكرات التبرعات (الوصية ، الهبة) ، جامعة مسيلة ، كلية الحقوق ، 2018_2017

- 6_ حنان طاييب ، حماية الورثة من الوصية المستترة في قانون الجزائري ، جامعة إكلي محمد الحاج ، البويرة ، 2013_2014
- 7_خولة عبورة ، سعاد رولة ، حماية الورثة من التصرفات التبرعية لمريض مرض الموت ، كلية الحقوق ، جيجل ، 2021_2022
- 8_رفيدة بوردردارة ، وسيلة بوقاقة ، حماية الورثة من التصرفات العوضية لمورث لمريض مرض الموت في القانون ، جامعة الصديق بن يحي جيجل ، 2021_2022.
- 9_ سعد الله يوسف ، حماية الورثة من الوصية المستترة في قانون الجزائري ، شهادة ماستر ، تخصص قانون الأسرة ، سنة 2018/2019،
- 10_سارة محمد الزايد . تصرفات مرض الموت. بحث تخرج . كلية القانون . جامعة الشارقة . السنة الجامعية 2019-2020 .
- 11_ سلمى وطاح ، كهينة أوشن ، مرض الموت وأثاره على مسائل الأسرة ، كلية الحقوق ، جامعة ميرة ، بجاية ، 2015_2016.
- 12_سلوة باشا . سعاد عشيو . التصرفات الملحقة بالوصية في التشريع الجزائري (تصرفات مريض مرض الموت) . مذكرة لنيل شهادة الماستر . كلية الحقوق . جامعة محمد الصديق بن يحي . السنة 2015-2016 .
- 13_سميرة حران أم نائل ، حماية الورثة من الوصية المستترة بين الشريعة والقانون الجزائري ، شهادة ماستر ، كلية الحقوق وعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، جامعة زيان عاشور الجلفة ، 2013 / 2014
- 14_عبد الحكيم دربالي ، الوصية في التشريع الجزائري ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، كلية الحقوق ، 2014_2015.

- 15_ فاروق بوشريط ، أثار تصرفات مريض مرض الموت في الوصية ، كلية الحقوق جامعة زيان عاشور ، 2019_2020
- 16_ كمال حمودان ، مراد حموم ، إجراءات تثبيت الملكية في القانون الجزائري ، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية ، كلية الحقوق 2020_2019
- 17_ كريمة بن حامة ، حماية الورثة من الوصية المستترة في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر .جامعة المسيلة ، كلية الحقوق ، السنة الجامعية 2021-2020
- 18- منصور بن قيط .كمال ماحي .أحكام البيع العقار في مرض الموت .مذكرة لنيل شهادة الماستر ، كلية حقوق . جامعة بن خلدون تيارت 2019/2018.

ثالثا: مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء:

- 1- عبد الرؤوف زروق ، محمد حموش ، حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري ، وزارة العدل ، 2005_2006.
- 2_ فيصل ميهوب .التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء .المدرسة العليا قضاء .وزارة عدل .الدفعة 2010/2007/12

رابعا: المقالات:

- 1_ سناء شيخ . شكل الوصية في الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري. مجلة الدراسات الإسلامية.العدد الثاني . جامعة تلمسان, سنة.2013. ص176
- 2_ فطيمة نساخ ، أثر الموت على عقد البيع ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية،،العدد1 ،السنة 2020

3_محمد توفيق قديري . حماية الورثة من الوصية المخالفة لقواعد الميراث في القانون الجزائري . مجلة الدراسات القانونية المقارنة. المجلد6 . العدد 2 . سنة 2020 .

خامسا:المعاجم و القواميس:

1-أحمد بن فارس بن زكريا أبو الحسين . معجم مقاييس اللغة . المحقق عبد السلام هارون. المجلة 6 . د ط . دار الفكر العربي. القاهرة . سنة 1946 .

2- ابن منظور محمد . لسان العرب . تحقيق عبد الله علي الكبير و آخرون . ط 1 . دار المعارف . د س . مصر

3_محمد حمدي . مرشد الطالب عربي -عربي . د ط . دار المرشد . الجزائر . د س .

سادسا: قرارات قضائية:

1_ المحكمة العليا . الغرفة المدنية. القرار رقم 1969 . الصادر بتاريخ 28-2-1968 . المجلة القضائية . العدد 1 .

2_المحكمة العليا. غرفة الأحوال الشخصية. القرار رقم 59240 . الصادر بتاريخ 5-3-1990 . المجلة القضائية. العدد3. السنة 1992 .

3_المحكمة العليا . غرفة الأحوال الشخصية . القرار رقم 95385 الصادر بتاريخ 22-3-1994 . المجلة القضائية العدد الأول , سنة 1995

4_المحكمة العليا.غرفة الأحوال الشخصية . قرار رقم 186058 . الصادر بتاريخ 17-3-1998.المجلة القضائية . العدد 1 .سنة 1999

5_المحكمة العليا . غرفة الأحوال الشخصية رقم 197335 الصادر بتاريخ 16-6-1998 .المجلة القضائية عدد خاص سنة2001 .

6_المحكمة العليا . غ أ ش . القرار رقم 10690 . الصادر بتاريخ 29-7-1997 .
المجلة القضائية . عدد خاص سنة 2001 .

خامسا-النصوص القانونية:

1- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005، الجريدة الرسمية، رقم 43 الصادرة بتاريخ 22 يونيو 2005.

2- الأمر رقم 75 / 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1393 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني ، ج ر ، عدد 78 ، الصادرة بتاريخ 24 رمضان 1395 الموافق لـ 30 سبتمبر 1975 ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 مايو، 2007 ، ج ر ، عدد 31 ، الصادرة في 13 مايو 2007.

3- القانون رقم 08 / 09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ج ر ، عدد 21 ، الصادرة في 17 ربيع الثاني 1429 الموافق لـ 23 أبريل 2008.

سابعاً:المواقع الالكترونية:

1_الجمهرة . الموسوعة الشاملة لمفردات المحتوى الإسلامي(تم الاطلاع 18:41 يوم 10--

2023) منشور على الموقع: <https://islamic-content.com>

2_ حسن منصف. الوصية الواجبة علما وعملا وتزاحمها مع باقي الورثة. تم الاطلاع

(15:49 يوم 6-5-2023). على الموقع: <https://www.bibliotdroit.com>

3_حماة الحق (تم الاطلاع على 15:20 يوم 1-4-2023) منشور على الموقع

الإلكتروني: <https://jordan-lawyer.com>

4_ الشهادة(تم الاطلاع 17:22 يوم 1-5-2023)منشور على الموقع :

<https://elmouhami.com>

5_ كتاب الموسوعة الفقهية الكويتية. فصل إبراء المريض مرض الموت(تم

الاطلاع 10:30 يوم 23-4-2023) المنشور على الموقع الإلكتروني: <http://www.al-eman.com>

6_مرض فيروس كورونا (كوفيد 19). (تم الاطلاع 9:40 يوم 22-4-2023) منشور

على الموقع: <https://www.unicef.org>

7_ مرض الكلى المزمن (فشل الكلية المزمن). منشور على الموقع: Anna malkina .

<https://www.msmanuals.com>

8_ منظمة الصحة العالمية (تم الاطلاع 14:30 يوم 2-5-2023) منشور على الموقع

الاكتروني : <https://www.who.int>

فهرس المحتويات

الصفحة	المحتويات
	شكر و تقدير.....
	إهداء.....
	قائمة المختصرات.....
	مقدمة.....
الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للوصية	
1	تمهيد.....
2	المبحث الأول: مفهوم الوصية.....
3	المطلب الأول: تعريف الوصية.....
4	الفرع الأول: المقصود بالوصية.....
5	1- اللغة:.....
6	2- اصطلاحا.....
7	ثالثا: الوصية في القانون الجزائري و بعض القوانين الأخرى.....
8	الفرع الثاني: موقف الشرع من الوصية.....
9	1- القرآن الكريم.....
10	2- السنة.....
11	3- الإجماع.....
12	الفرع الثالث: الحكمة من تشريع الوصية.....
13	أ- مصلحة الموصي.....
14	ب- مصلحة الموصى له.....
15	المطلب الثاني: الإطار القانوني للوصية.....
16	الفرع الأول: أركان و شروط الوصية.....
17	1- الصيغة.....

18	2- شروط الصيغة.....
19	3- الموصى و شروطه.....
20	4- الموصى له و شروطه.....
21	5- الموصى به و شروطه.....
22	الفرع الثاني: شكل الوصية.....
23	الفرع الثالث: إثبات الوصية.....
24	1- إثبات الوصية بعقد توثيقي.....
25	2- إثبات الوصية بحكم قضائي.....
26	المبحث الثاني: الأحكام المنظمة للوصية.....
27	المطلب الأول: تزام الوصايا و تقييد حرية الإيصاء.....
28	الفرع الأول: تزام الوصايا.....
29	1- تزام الوصايا بين عباد الله.....
30	2- التزام بين الوصايا في حقوق الله تعالى.....
31	3- تزام الوصايا إذا كانت خليطاً بين الله تعالى و العباد.....
32	الفرع الثاني: تقييد حرية الإيصاء.....
33	1- عدم جواز الإيصاء لو ارت.....
34	2- أساس تقييد حرية الإيصاء.....
35	المطلب الثاني: مبطلات الوصية.....
36	الفرع الأول: مبطلات الوصية من طرف الموصى.....
37	1- الرجوع في الوصية.....
38	2- زوال أهلية الموصى.....
39	الفرع الثاني: مبطلات الوصية من طرف الموصى له.....
40	1- قبول الوصية و ردها.....

41	2-قتل الموصى له للموصي.....
42	3-موت الموصى له قبل الموصي.....
43	الفرع الثالث: مبطلات الوصية من طرف الموصى به.....
44	1-استحقاق الموصى به.....
45	2-هلاك الموصى به و استحقاقه إن كان نوع معين من مال.....
46	3-هلاك الموصى به و استحقاقه أن كان معين بذاته.....
47	4-هلاك الموصى به واستحقاقه إن كان سهما شائعا في نوع معين.....
48	5-هلاك الموصى به و استحقاقه إن كان شائعا في معين.....
49	6-خروج الموصى به من ملك الموصي قبل وفاته.....
50	خلاصة الفصل الأول.....
الفصل الثاني: الأفعال الخفية و التصرفات الملحقة بالوصية	
52	المبحث الأول:تصرفات مريض مرض الموت.....
53	المطلب الأول:المقصود بمرض الموت.....
54	الفرع الأول: تعريف مرض الموت.....
55	1-لغة.....
56	2-اصطلاحا.....
57	3-تعريف مرض الموت في الفقه الإسلامي.....
58	4-تعريف مرض الموت من الناحية الفقهية.....
59	5-تعريف مرض الموت من الناحية الطبية والقانونية.....
60	الفرع الثاني:شروط مرض الموت.....
61	1-عجز الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة.....
62	2-أن يغلب على المريض خوف الهلاك.....
63	3-أن ينتهي بالموت فعلا.....

64	الفرع الثالث:إثبات مرض الموت.....
65	1-إثبات مرض الموت من الناحية القانونية.....
66	2-إثبات مرض الموت عن طريق الكتابة.....
67	المطلب الثاني:الأحكام المنظمة لتصرفات مرض الموت.....
68	الفرع الأول:الأحكام العامة لتصرفات مرض الموت.....
69	الفرع الثاني:الأحكام الخاصة لتصرفات مرض الموت.....
70	1-تعريف البيع في مرض الموت.....
71	2-تعريف الهبة في مرض الموت.....
72	3-تعريف الوقف في مرض الموت.....
73	4-تعريف الإبراء في مرض الموت.....
74	5-تعريف الإقرار في مرض الموت.....
75	المبحث الثاني:الأفعال المستترة و الملحقة بالوصية.....
76	المطلب الأول:حماية الورثة من الوصية المستترة.....
77	الفرع الأول:شروط تطبيق المادة776 م القانون المدني.....
78	1-أن يتم التصرف في مرض الموت.....
79	2-أن يكون التصرف بقصد التبرع.....
80	الفرع الثاني:إثبات شروط المادة776من القانون المدني.....
81	المطلب الثاني:حماية الورثة من الفعل الملحق بالوصية.....
82	الفرع الأول:شروط تطبيق المادة777من القانون المدني.....
83	1-أن يكون التصرف لأحد الورثة.....
84	2-أن يحتفظ المتصرف بحياسة العين التي تم التصرف فيها.....
85	3-أن يحتفظ المتصرف بحقه في الانتفاع بالعين مدى الحياة.....
86	الفرع الثاني:شروط إثبات المادة777 من القانون المدني.....
87	خلاصة الفصل الثاني.....
88	الخاتمة.....

89 قائمة المراجع
90 الملخص

الملخص:

الوصية هي تملك مضاف إلى ما بعد الموت على سبيل التبرع فالمشروع نظم أحكام قانون الأسرة في المواد من (184-201) بالاعتماد على أحكام الشريعة الإسلامية التي بينت حق كل وارث في حدود الثلث و في حال تجاوز ثلث التركة وجب إجازة الورثة ولقد منح المشرع الجزائري الحرية الكاملة لإبرام جميع التصرفات القانونية سواء كانت تلك التصرفات تبرعية أو عوضية مع أي شخص شاء سواء كان أجنبي أو غير أجنبي إلى أن تلك تصرفات القانونية تم تقييدها بعدة قيود خاصة إذا ما كانت تدور حولها شبهة تسبب إضرارا بالورثة وان هذه الشبهة لا تقوم إلا إذا توافرت فيها عدة قرائن قانونية و ترك المشرع الجزائري السلطة الكاملة و ذلك من أجل تكييف هاته التصرفات و لحماية الورثة وعلى سبيل المثال قرينة التصرف في مرض الموت إذا اتصلت بالموت فعلا فهذه الأخيرة تكون معرضة لإبطال من طرف الورثة بإضافة إلى حيازة الشيء والتصرف فيه مدى الحياة مما يدفع بنا إلى فهم بان هذا التصرف قد تم بلا مقابل وبالتالي فهو يعتبر من التصرفات التبرعية وكان الهدف من وراء إبرامها هو الإضرار بالورثة وحرمانهم من حقوقهم في الميراث سواء تعلق ذلك الحرمان كونه حرمان كلي أو جزئي وعليه يمكن القول بان هذه القرائن كلها تعتبر الأساس الضامن لحماية حقوق الورثة من الوصية المستترة بالرغم من محاولة المشرع لحماية الورثة إلا أن التطبيق على أرض الواقع يشوبه النقض و في بعض الأحيان الخطأ بحيث يظهر لنا في بعض الأحيان الاختلاف في الأحكام بالنسبة للمحكمة العليا التي تكون مخالفة للشريعة الإسلامية.

Summary:

The will is the process of executing posthumous property transactions through donation. The Algerian legislator has regulated the provisions of family law in articles 184 to 201, based on the provisions of Islamic law, which stipulate the right of heirs to obtain their estate rightful share, limited to one-third of the inheritance. In the case of exceeding one-third, the consent of the heirs must be obtained. The Algerian legislator has granted complete freedom to engage in all legal transactions, whether they are donations or compensatory, with

any foreign or non-foreign. However, several restrictions have been placed on these legal transactions if they involve suspicion of causing harm to the heirs. The presence of several legal indications is required to prove this suspicion.

To protect the rights of the heirs, the Algerian legislator has limited the authority of the testator to adapt these transactions. For example, if a situation requires intervention in a terminal illness and the actual death is confirmed, the heirs can challenge this transaction. Furthermore, the possession and disposal of an item for one's lifetime indicate that this transaction was made without consideration. Therefore, this transaction is considered a donation, and its purpose was to deliberately harm the heirs and deprive them of their rights to inheritance, whether this deprivation is total or partial. Hence, we can say that these indications form the essential guarantee for protecting the rights of the heirs from hidden bequests, despite the legislator's attempt to protect the heirs, there are deficiencies and occasional errors, as evidenced by some provisions of the Supreme Court that contradict with Islamic religious principles.