



جامعة 8 ماي 1945 – قالمة –  
كلية الحقوق والعلوم السياسية



تخصص قانون أسرة

قسم الحقوق

مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة الماستر في القانون

بعنوان:

التعسف في إستعمال الوصية

تحت إشراف:

الدكتور: علال ياسين

إعداد الطلبة:

شهبان ريان

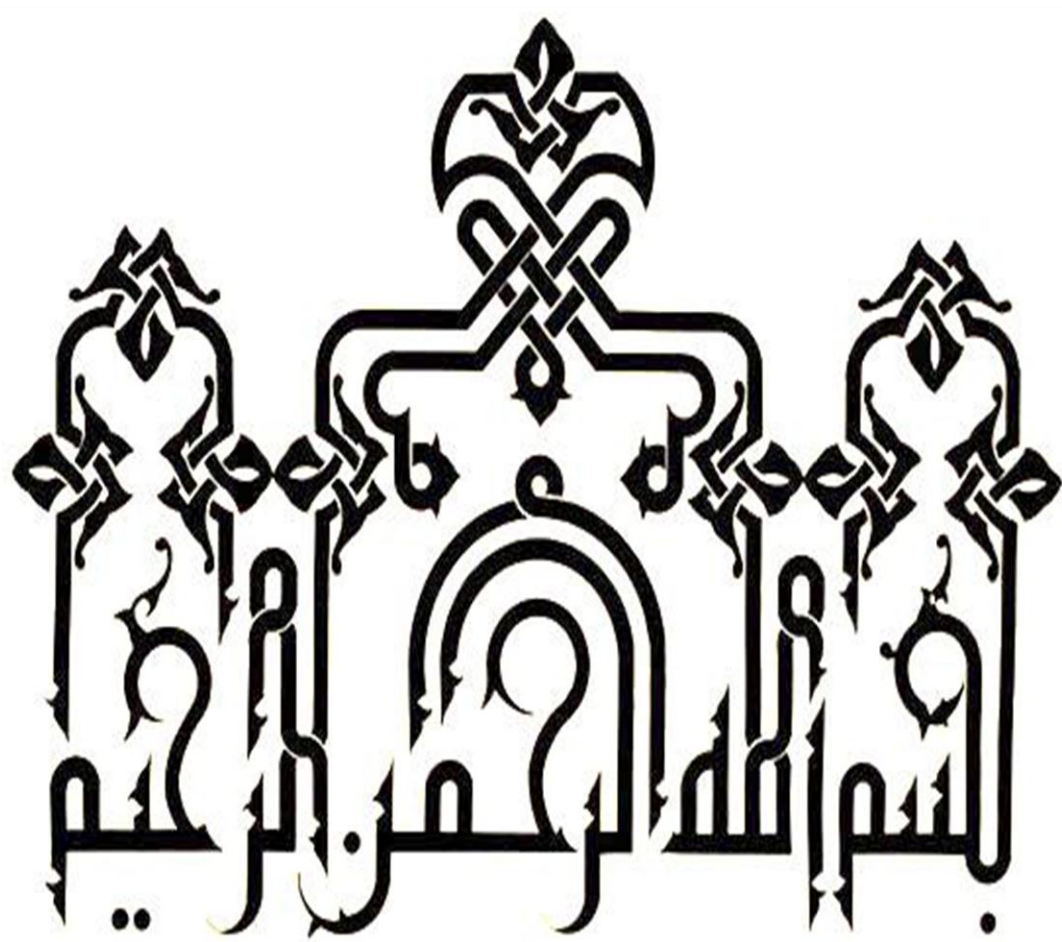
حنان عبيدي

تشكيل لجنة المناقشة

الرقم	الأستاذ	الجامعة	الرتبة العلمية	الصفة
1	نجار لويزة	جامعة 08 ماي 1945 قالمة	أستاذ محاضر أ	رئيسا
2	علال ياسين	جامعة 08 ماي 1945 قالمة	أستاذ محاضر أ	مشرفا
3	مهدي كمال	جامعة 08 ماي 1945 قالمة	أستاذ مساعد أ	عضوا مناقشا

السنة الجامعية:

2023-2022



# كلمة الشكر

أول ما نبتدي به الثناء والحمد لله والشكر على ما أولانا به من الفضل والامتنان  
في إنجاز هذا العمل المتواضع

نتوجه بجزيل الشكر إلى الأستاذ الفاضل "خلال ياسين" المشرف الذي لم يبخل  
علينا شيء في توجيهنا في إعداد هذا البحث فكان لنا نعم الأستاذ الناصح  
الصابر فله علينا دين سنبتقى عاجزين على رده.

وكل الشكر والتقدير للأستاذة نجار لوبزة والأستاذ مهدي كمال على قبولهم  
مناقشة هذا العمل

# الإهداء

الحمد لله الذي وفقني في إتمام هذه الخطوة في مسيرتنا الدراسية مذكرتنا هذه ثمرة  
الجهد ونجاح بفضلته تعالى

أهدي هذا العمل إلى جنة الله على الأرض، إلى من لا أسعى في هذه الدنيا إلا نبيل  
رضاها وتقبيل يداها... أمي العزيزة "بن وارث نصيرة"

إلى الجبل الذي يحميني من كل عواصف الحياة ... السند الذي لا ينكسر أو القلج  
الذي لا يتهاون مع أحزاني ... أبي العزيز "شهبان أحسن"

وإلى من أشد بهم عذبي فكانوا لي خير معين أخي "طارق" وأختي "سلسبيل"

وإلى كل من ساعدني ولو بعرفه في حياتي الدراسية وبجزيل الشكر إلى من كان لي  
عون وأخت في هذا العمل رقيقة دربي "عبيدي حنان"

"شهبان ريان"

# الإهداء

الحمد لله والصلاة على الحبيب المصطفى أما بعد

الحمد لله الذي وفقنا لتثمين هذه الخطوة في مسيرتنا الدراسية بمذكرتنا هذه ثمرة  
الجهد والنجاح بفضلته تعالى مهداة إلى من كان لي سند أو عوناً عند الشدائد طوال

عمري إلى الرجل الأبرز في حياتي "أبي العزيز"

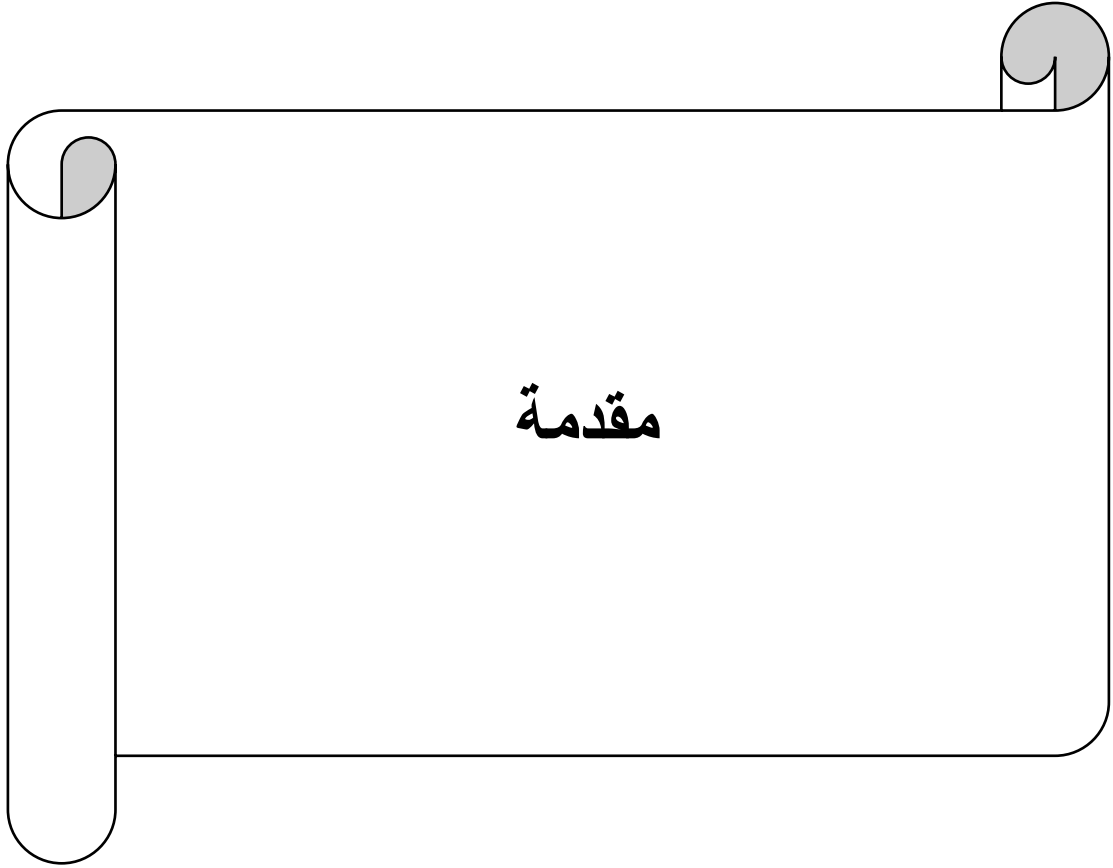
وإلى القلب المعطاء والصدر الحاني "أمي الحبيبة"

وإلى من أشد بهم عهدي فكانوا خير معين إخوتي وأخواتي

وإلى كل من ساعدني ولو بحرفه في حياتي الدراسية وبجزيل الشكر إلى من كان لي

عون وأخذت في هذا العمل رقيقة دربي "شهبان ريان"

"عبيدي حنان"



## مقدمة:

تعتبر الوصية من اهم التصرفات المضافة الى ما بعد الموت، لقوله تعالى: " كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ " سورة البقرة الآية: 180

فالوصية هي احدى أسباب كسب الملكية، حيث ينقل المالك بموجبها جزءا من ممتلكاته بعد وفاته الى غيره، وهي عملية هامة في النظام المالي لتأثيرها على الذمة المالية للمتبرع، مما يحتم عليه التفكير جيدا في التأثير الذي قد تحدثه الوصية على ذمته المالية.

وقد تؤدي الوصية الغير مناسبة الى تقييد القدرة على التصرف في الأموال بطرق معينة، مما يمكن ان يؤثر سلبا على الوضع المالي للمتبرع.

واما فيما يتعلق بجوانب الميراث، فقد يكون للوصية تأثير على الورثة و توزيع الممتلكات والأصول، وقد تكون هناك تبعات قانونية و نزاعات عائلية في حالة و جود وصية متناقضة مع الأحكام القانونية الميراث المعمول بها في بعض البلدان .وقد تؤدي الوصية أيضا الى عدم توزيع الممتلكات بشكل عادل بين الورثة و احداث صراعات و مشاكل عائلية.

فيمكن للمورث ان يحدد المستفيدين من ممتلكاته سواء بشكل ملزم وفقا للقانون الجزائري و للشريعة الإسلامية، او بشكل اختياري يستند الى رغبة المورث و ارادته الشخصية.

غير ان الموصي قد يتعسف في وصيته يؤدي بذلك الى حرمان الورثة من حقهم الشرعي، فلا تكون هناك موازنة بين المصالح أو رغبة منه في التحايل على أحكام القانون المقيدة لحرية الإيضاء، كما يمكنه ستر الوصية تحت ثوب عقد آخر في مرض الموت.

وتصديا من المشرع لمثل هذه التصرفات وضع قواعد أمره للقانون متعلقة بالوصية، وهذا لمعاملة من يحاول التهرب من احكامها بنقيض قصده واعتبار ذلك وصية، فالتعسف في الوصية من التصرفات المنتشرة في وقتنا الحالي في المجتمع الجزائري، ويتضح ذلك من خلال المنازعات المتعلقة بها والمطروحة امام القضاء والتي يرفعها عادة الورثة قصد الحصول على حكم بعدم نفاذ الوصية.

وتكمن أهمية دراسة هذا الموضوع " التعسف في استعمال الوصية " من جانبين :

- جانب نظري تأسيلي، يكمن في معرفة الطريقة المناسبة للوصية فهي آلية قانونية مهمة تسمح للأفراد بتحديد ما يحدث لأموالهم وممتلكاتهم بعد وفاتهم. فقد يتعسف الموصي في وصيته مما يؤدي الى احداث انحراف عن مبادئ العدالة و المساواة .و تكمن أيضا في ضرورة وضع قوانين و ضوابط فعالة للتحكم في استعمال الوصية .

- و جانب علمي، له أهمية كبيرة في عدة مجالات، بما في ذلك القانون و الاخلاق و الاجتماع، فيعتبر التعسف في استعمال الوصية من اكثر القضايا التي تثير جدل في المجتمعات. و حادثة لدراساتنا القانونية الجزائرية حوله.

و لعل أن من اهم أسباب اختيارنا لهذا الموضوع :

\_تناول موضوع التعسف في استعمال الوصية قضية العدل و المساواة في توزيع الممتلكات بعد الوفاة.

\_ التعسف في استعمال الوصية من المواضيع التي يجهلها الكثير من الناس.

\_الورثة يستحقون الحصول على نصيبهم العادل والمنصف من الإرث. ومع ذلك قد يؤدي استخدام الوصية بشكل تعسفي الى تجاوز هذه الحقوق، وتقليص حصص المورثين المشروعة مما يثير قضية الظلم والتمييز .

-الحاجة العلمية والعملية لهذا الموضوع.

و يهدف البحث في هذا الموضوع الى :

- محاولة البحث عن آليات قانونية تساهم في الحد من التعسف في الوصية.

- تسليط الضوء على التعسف في استعمال الوصية التي اهملها المشرع الجزائري رغم الاهمية البالغة التي حظي بها الموضوع في الشريعة الإسلامية، على خلاف التشريع الذي سلب الضوء فقط على القواعد العامة للتعسف في استعمال الحق.

- طرح الإشكاليات الواقعة في المجتمع في وقتنا الحالي حول التعسف في استعمال الوصية للتحايل على الورثة وسلب حقوقهم.

- تنبيه الورثة حول الوصية المنعقدة تحت ستار عقد اخر.



و من خلال كل ما تقدم نطرح الإشكالية الرئيسية التالية :

- ما مدى فعالية النصوص التشريعية المنظمة للوصية في الحد من التعسف في استعمالها ؟

ويندرج تحت هذا التساؤل الرئيسي مجموعة من التساؤلات الفرعية يمكن اجمالها كالآتي :

- ما المقصود بالتعسف في استعمال الوصية ؟

- ماهي التطبيقات التي تدخل ضمن التعسف في استعمال الوصية ؟

واقضت طبيعة الموضوع واشكاليته، اتباع المناهج التالية :

المنهج الوصفي وذلك من خلال مختلف التعريفات التي تطرقنا إليها

الاستعانة بالمنهج التحليلي من خلال معالجة الموضوع وتحليل النصوص القانونية سواء قانون الأسرة او القانون المدني. و كذلك المنهج الاستدلالي للاستدلال ببعض الاجتهادات القضائية و بعض الاحاديث و الآيات القرآنية .

وتم الاعتماد على بعض الدراسات السابقة التي تناولت هذا الموضوع كما يلي

-عبير ربحي شاكر القدومي " التعسف في استعما الحق في الأحوال الشخصية " حيث اعتمدت في هذه الدراسة لهذا الموضوع على تبيان اضرار بالوصية واهم صور الاضرار بالوصية وهو جزء من دراستنا.

- العربي زيننو "حماية الورثة من الوصية المستترة " أطروحة ماجستير، حيث تطرقت هذه الدراسة الى التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحيازة والانتفاع بالشيء مدى الحياة.

وما يميز بحثنا في موضوع التعسف في استعمال الوصية هو اننا تناولناه بصيغة مختلفة عن ما سبق و ذلك من خلال تسليط الضوء على مختلف التطبيقات القضائية حول هذا الموضوع و التطرق أيضا الى مختلف جوانب الموضوع التي اقرها المشرع الجزائري سواء القانون المدني او قانون الأسرة و ابراز مختلف ثغرات القانونية في الموضوع.

- وقد لاقتنا صعوبات في الحصول على الاجتهادات القضائية ذات صلة بالموضوع.

- وقلة الدراسات والبحوث المتعلقة بالموضوع فقد درسوه من حيث جزئياته فقط.

وقد اعتمدنا على الخطة الثنائية التالية:

- الفصل الأول: إقتران الوصية بالتعسف
- المبحث الأول: مفهوم الوصية
- المبحث الثاني: مفهوم التعسف الذي يلحق بالوصية
- الفصل الثاني: تطبيقات التعسف في استعمال الوصية
- المبحث الأول: التعسف بالوصية إضرار بالورثة
- المبحث الثاني: الوصية المستترة

## الفصل الأول

### إقتران الوصية بالتعسف

## تمهيد :

الموت هو جزء لا مفر منه فالإنسان سيتترك الدنيا لا محالة، ومع اقتراب آجالهم سوف يبقى خلفهم أموال وأولاد. لهذا شرعت الشريعة الإسلامية الوصية، فهي من الأعمال الصالحة التي يمكن للمسلم أن يقوم بها لينال الأجر والثواب في الآخرة.

فالوصية تعتبر من أهم أشكال التبرعات بالأموال بعد الموت، حيث يؤدي دورا في نقل الملكية للأصول والثورة الخاصة بالشخص المتوفى بعد وفاته. فإن المشرع الجزائري أقام عدة قيود تتعقد بهم الوصية، وهناك حالات يمكن أن يقوم فيها الموصي بحرمان الورثة من حقوقهم الشرعية.

وعليه سنحاول القيام بدراسة ماهية الوصية ومشروعيتها وحكمها وما تتعقد به من شروط وهذا كله مضمون المبحث الأول.

وأیضا وضع المشرع الجزائري قواعد تحمي المواريث من عدة جوانب أهمها: منع استغلال الموصي لنظام الوصية والتعسف فيها من أجل التحايل على الضوابط المقررة في القانون، وعلى غرار ذلك سنحاول دراسة مفهوم التعسف في الوصية وهل هو نظام مسؤولية تقصيرية أو نظام مستقل والمعايير التي يقوم عليها هذا التعسف وهذا ضمن المبحث الثاني.

المبحث الأول: ماهية الوصية:

إن محاولة تقديم ماهية الوصية يستلزم التعرض إلى مفهوم الوصية في (المطلب الأول) وكيفية انعقاد هذه الوصية في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الوصية:

إن الحديث عن الوصية تثير مجموعة من التساؤلات المتعلقة بالتعريف هذا التصرف القانوني من الناحية الفقهية (الفرع الأول) ومن الناحية القانونية (الفرع الثاني) ومشروعية الوصية (الفرع الثالث) وحكمها (الفرع الرابع).

الفرع الأول: التعريف الفقهي للوصية:

الوصية في اللغة:

تعني توجيهات أو تعليمات تركها شخص ما لتنفيذها بعد وفاته، وهي من الوصاية جمع الوصايا ومثل عطية جمع عطايا (1)، وهي مشتقة من قولهم وصى الشيء بالشيء (2).

وتطلق أيضا بمعنى العهد الذي يتركه شخص ما لأحد الأشخاص للقيام بفعل معين ويكون هذا العهد أحيانا مرتبطا بحياة الشخص نفسه وأحيانا يكون مرتبطا بممتلكاته ومصيرها بعد وفاته. وفي هذا السياق فإن الوصية تعد من العقود الشرعية والتي تقع تحت باب الأحكام المدنية والشرعية (3)، وأطلق عليها بهذا الاسم لاتصالها بأمر الميت (4)، ووردت الوصية في اللغة أيضا بمدلول الاتصال من الوصل الشيء بكذا وصله به، لأن الموصي وصل خير دنياه بخير عقباه (5).

(1) فشار عطاء الله، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص63.

(2) محمد خليل محسن الديسي، أحكام الوصية والميراث والوقف، دار الآفاق المشرقة، أبو ظبي، 2012، ص21.

(3) أكرم ياغي، الوجيز في أحكام الوصية والإرث، دار النشر زين الحقوقية، لبنان، 1959، ص33.

(4) محمد فاروق محمد نواية، أحكام الانتفاع بملك الغير، دراسة فقهية مقارنة، دار النشر مكتبة وفاء القانونية، مصر 2018، ص392.

(5) حمدي باشا عمر، عقود التبرعات الهبة والوصية والوقف، دار الهومة، الجزائر، 2014، ص45.

## الوصية في الاصطلاح:

عرفت الوصية في الاصطلاح كما يلي على حسب الفقهاء:

- (1) عند الحنفية: عرفها (ابن عابدين) هي تملك مضاف إلى ما بعد الموت عينا كان أو دينا.
  - (2) عند المالكية: عرفها (ابن رشد) بقوله هي هبة من مال لشخص آخر أو لمجموعة من الأشخاص ويتم هذا بعد موته سواء بتصريح منه أو بغير تصريح.
  - (3) عند الشافعية: عرفها (الرملي) بأنها تبرع بحق مضاف ولو بتقدير لما بعد الموت.
  - (4) عند الحنابلة: وعرفها (ابن قدامة) بأنها التبرع بالمال بعد الموت (1).
- إلا أن معنى الوصية في اصطلاحهم أنها تملك مضاف إلى ما بعد الموت سواء كان الموصي به عينا أو منفعة (2).

وهي الحق الثالث المتعلق بالتركة، وهي تنفيذ ما أوصى بها الميت حال حياته مما تجوز به الوصية شرعا وبدون توقف على إجازة الورثة إذا زاد عن الثلث، وذلك من باقي التركة بعد أداء ما يكفي لتجهيز الميت وسداد ديونه وقبل أخذ الورثة أنصابهم (3).

## الفرع الثاني: التعريف القانوني للوصية:

## أولاً: الوصية في القانون المدني الجزائري:

تعتبر الوصية في القانون المدني طريقاً من طرق اكتساب الملكية، حيث يرى فقهاء القانون أنها تحتل مكانة هامة بين تلك الطرق، ذلك أن الوصية تعد عمل إرادي يقضي إلى منح الغير حقاً مشروعاً (4).  
وأن المشرع الجزائري نص على الوصية باعتبارها سبباً لكسب الملكية في القانون المدني في المواد 775 إلى 777 (5)، وأنه نص في مادته الأولى من هذه المواد أنه "يسرى على الوصية قانون الأحوال

(1) أكرم ياغي، المرجع السابق، ص 34.

(2) كمال حمدي، الموارث والهبة والوصية، دار المعارف، الإسكندرية، 1998، ص 190.

(3) أحمد فراج حسين، نظام الإرث في التشريع الإسلامي، دار الجامعية، بيروت، 2000، ص 49.

(4) مايا دقايشية، أحكام الرجوع في العقود التبرعات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، دار الخلدونية، الجزائر دون سنة، ص 25.

(5) محمد زهدور، الوصية في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 2000، ص 30.

الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها"<sup>(1)</sup>، أي أن الوصية تعد من قبيل الأحوال الشخصية ومنه فقد أخضعها المشرع لأحكام قانون الأسرة بنص المادة المذكورة أعلاه<sup>(2)</sup>.

### ثانيا: الوصية في القانون الأسرة الجزائري :

نص عليها المشرع في المواد 184 إلى غاية 201 من الفصل الأول من الكتاب الرابع المتعلق بالتبرعات.

وقد عرفتها في نص المادة 184 من قانون الأسرة بأنها: "الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"<sup>(3)</sup>.

إن كلمة "تمليك" الواردة في المادة 184 قانون الأسرة مقصود بها الوصية بالأعيان من منقول أو عقار. وكذا الوصية بالمنافع من سكنى دار أو زراعة أرض، وجميع أنواع الوصايا سواء كانت بالمال أو غيره، وإن الإيحاء على الأولاد صغار بعد الوفاة لا يدخل فيها إذ أن ذلك مما يختص به قانون أحكام الولاية على المال المادة 87 وما بعدها من قانون الأسرة<sup>(4)</sup>.

أما المقصود من جملة "مضاف إلى ما بعد الموت" أن أثر التصرف الذي تم في حال الحياة لا يترتب إلا بعد الموت الموصي. ومن ثم يخرج من نطاقها التصرف الواقع في الحياة كالهبة<sup>(5)</sup>.

أما المراد بكلمة "تبرع" فهو نعتى به إخراج الوصايا التي تبني على بيع أو الإيجار لشخص ما، لأن هذه التصرفات هي تملك بعوض في حين أن الوصية هي تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت<sup>(6)</sup>.

(1) الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

(2) مايا دقايشية، المرجع السابق، ص 25.

(3) أحمد بوفاتح ودرشا الصباغ، أحكام الوصية في القانون الجزائري، مجلة طبنة للدراسات العلمية الأكاديمية، الجزائر، مجلد 05، العدد 02، 2022، ص 1706.

(4) العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، ص 231.

(5) نسيمه شيخ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 180.

(6) العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 231.

والمقصود كذلك بكلمة "التبرع" هو أن الوصية تتم بدون عوض باعتبارها مالا أوجبه الموصي في ماله تطوعا بعد موته (1).

وتعريف الوصية في قانون الأسرة الجزائري هو ما جاء في القانون المصري من قانون الوصية الصادر في 1946، والقانون المغربي (م173)، والقانون السوري (م207) (2).

استقر القضاء الجزائري على اعتماد نفس التعريف الوارد في نص المادة 184 المذكورة سالفًا حيث قضت المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 1995/05/2 بما يلي: "من المقرر قانونًا أن الوصية هي تملك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع (3).

إن التعريف الذي جاء به المشرع وأيده القضاء الملاحظ فيه أنه يتسم بالقصور حين حصر الوصية في كل ما يعتبر تملكًا فقط ذلك أن الوصية تشمل التملك بالمال أو المنفعة تشمل الإسقاطات لتكاليف معينة كالإبراء من الدين أو تأجيله، كما تشمل جهة من الجهات كالوصية للمساجد والمستشفيات والملاجئ. وليس وصية للأشخاص معنيين بالاسم أو الوصف فقط (4).

#### الفرع الثالث: مشروعية الوصية:

قال سبحانه وتعالى: {كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْأَقْرَبِينَ  
بِالْمَعْرُوفِ} (5)

أما السنة: فقولته صلى الله عليه وسلم: "إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم".

(1) نسيم شيخ، مرجع السابق، ص181.

(2) العربي بلحاج، مرجع السابق، ص230.

(3) كمال صمامة، التصرفات الصادرة عن مريض مرض الموت، رسالة دكتوراه، تخصص قانون الأحوال الشخصية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2019-2020، بسكرة، ص153.

(4) نسيم شيخ، المرجع السابق، ص181.

(5) سورة البقرة، الآية -180-.



وقوله أيضا: "ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبه عنده"، وقال "من مات على وصية مات على سبيل وسنة ومات عاتقي وشهادة ومات مغفور له"، وأجمع علماء الأمة على مشروعيتها (1).

وهكذا أوجب القرآن الكريم الوصية على المسلم، وحدد الموصي لهم على سبيل الوجوب بالوالدين والأقربين، ولكنه أوكل أمرها بعد ذلك إلى الموصي فلم يحدد مقدارها وإن حذر من التغيير والتبديل في الوصية بقوله: {فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَمَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ}، ثم أباح التبديل إذا كان لمصلحة ولم يقصد به إثم أو إضرار وجاء ذلك في الوصية بقوله تعالى: {فَمَنْ خَافَ مِنْ مُوسٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ وَ اللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ}.

فقد شرع الإسلام الوصية أولا تأكيدا لموقع القرابة من المال، فلما ألغت النفوس المبدأ جاء تشريع الميراث باعتباره وصية الله (2).

#### الفرع الرابع: حكم الوصية:

إن الحكم عند الأصوليين ثلاث إطلاقات تختلف باختلاف الاعتبارات:

**الأول:** نقصد بالحكم صفته الشرعية من حيث كونه مطلوب الفعل أو الترك أو من حيث التخيير بينهما، وهو حكم التكليفي وفعل المكلف فيه خمسة أقسام الواجب والمندوب والحرام والمكروه المباح.

**الثاني:** يقصد بالحكم صفة التصرف، يظهر أثرها في اعتباره أو عدم اعتبارها، وهذا هو الحكم الوصفي.

**الثالث:** يقصد بالحكم الأثر المترتب على التصرف باعتبار ما تحقق له من صفات كثبوت الملكية مثلا أو عدم ثبوتها.

#### حكم التكليفي للوصية:

من حيث كونها مطلوبة الفعل أو الترك تعترتها الأحكام التكليفية الخمسة (3).

(1) الرشيد بن شويخ، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 09.

(2) محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية، دار منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 384.

(3) محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 396.

والدليل على عدم وجوب الوصية أن أكثر الصحابة لم ينقل عنهم وصية ولأنها تبرع أو عطية لا تجب في حال الحياة فلا تجب بعد الممات كعطية الفقراء غير الأقارب.

والآية التي تحدثت عن ذلك: **{كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ}**، بقوله تعالى كذلك بأن للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون، وكما ذكر في صحيح البخاري: **(حقا على المتقين) "حقا"** أي واجبا ومنه تبين أن بعد نزول آية المواريث نسخ حكم وجوب الوصية وبقيت مندوبة في حق الورثين من الأقرباء وغيرهم.<sup>(1)</sup>

والأرجح ما ذهب إليه الجمهور أن الوصية ليست واجبة على كل من ترك مالا خلافا لابن حزم ولا للوالدين والأقربين الذين لا يرثون خلافا لداود، لأن النبي صلى الله عليه وسلم مات ولم يوصي<sup>(2)</sup>.

### حكم الوضعي للوصية:

حكمها بالمعنى الثاني كما يقول الشيخ **(الكشك)** وهو الصفة الشرعية التي تتصف بها نتيجة لموافقتها للطلب أو عدم موافقتها له وهو الحكم الوصفي الذي تكون له أثر في اعتبارها أو عدم اعتبارها على النحو التالي:

- أ) تكون الوصية صحيحة تترتب عليها آثارها عند كل مذهب إذا استوفت أركانها وشروط صحتها، في هذا المذهب وتكون غير صحيحة إذا فقدت ركنا أو شرطا من شروط صحتها فيه.
- ب) الوصية الصحيحة تكون نافذة في كل مذهب إذا استوفت شروط النفاذ التي اشترطها علماء هذا المذهب وتكون غير نافذة إذا فقدت شرطا منها كوصية المدين بدين مستغرق مثلا.
- ج) الوصية النافذة تكون لازمة إذا مات الموصي مصرا عليها وتكون غير لازمة كالوصية الاختيارية في حياته فإن له الرجوع عنها<sup>(3)</sup>.

ومنه وخلاصة القول ان الجمهور قالوا إن الوصية جائزة على سبيل الأصل، إلا أنها قد تكون مندوبة أو محرمة أو مكروهة وقد تكون مباحة، وأن البعض يرى بأنها واجبة على صاحب المال إلا إذا

(1) محمد علي محمود يحيى، أحكام الوصية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا في نابلس، فلسطين، 2010/12/15، ص32.

(2) محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص397.

(3) محمد كمال الدين إمام، المرجع نفسه، ص398-399.

مات ولم يوصي كان آثماً. وقال الآخرون بأن الوصية فرض على الإنسان فإذا مات ولم يوصي وجب إخراج جزء من ماله لغير الوارثين من أهله وقربته وقد رجحنا قول الجمهور لقوة أدلته<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثاني: إنشاء الوصية:

إن إنشاء الوصية لا تقوم إلا إذا توفرت أركانها المنصوص عليها في أحكام قانون الأسرة وكذلك أحكام الشريعة الإسلامية وكذا توفر شروطها التي لا تصح إلا بها ومنه سوف نتطرق في (الفرع الأول) إلى أركان الوصية وفي (الفرع الثاني) إلى شروط الوصية التي وجب توفرها سواء من الناحية الشكلية والموضوعية والقانونية.

### الفرع الأول: أركان الوصية:

يرى جمهور الفقهاء أن أركان الوصية أربعة: موصى، موصى له، وموصى به، وصيغته. في حين يرى الحنفية أن الركن الوحيد للوصية هو الصيغة وما عداها لوازم وعلى أي حال فهو خلاف شكلي لا يترتب عليه فائدة ما<sup>(2)</sup>.

الركن هو ما يقوم به الشيء ولا يوجد إلا به، أو هو ما كان داخلاً في ماهية الشيء<sup>(3)</sup>.

وقد عد جمهور الفقهاء الوصية تصرفاً عقدياً، لا يتم إلا باتفاق إرادتين هما إرادة الموصي وإرادة الموصى له وبوجود شيء موصى به وبصيغة ينشأ بها التصرف.

في حين قد ذهب المالكية، إلى أن الوصية عقد لا يصح إلا بتوافر إيجاب الموصي وقبول الموصى له وهو شرط لصحة الوصية ويشترط أن يكون هذا القول بعد وفاة الموصي أما قبول الموصى له الوصية أو ردها في حياة الموصي فلا عبرة له<sup>(4)</sup>.

(1) أكرم ياغي، المرجع السابق، ص 45.

(2) أحمد محمود الشافعي، الوصية والوقف، دار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 2000، ص 18.

(3) محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 405.

(4) العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2013، ص

## أولاً: الموصي:

وهو من يملك المال الموصي به ملكاً تاماً (1).

وهو من يصدر منه الإيجاب حال الحياة، حيث تعتمد الوصية أساساً عليه ويقصد بها التبرع بالملك وابتغاء الأجر لله حيث يشترط في الموصي شروط كثيرة (2) سنذكرها لاحقاً.

## ثانياً: الموصي له:

الموصي له هو المستحق للوصية أي المستفيد بمنافعها، أو هو التي صدرت الوصية لصالحه، سواء كانت الوصية اختيارية أو إجبارية أو سواء كان الموصي له شخصاً طبيعياً أو شخصية اعتبارية (3).  
والموصي له كذلك هو من يصح له تملك الموصي به (4).

## ثالثاً: الموصي به:

هو التصرف الذي عهد به إلى الوصي ويشترط في الموصي به أن يكون تصرفاً معلوماً يملك الموصي فعله، لأن الإيصال كالوكالة والوصي يتصرف بالإذن فلم يجز إلا في معلوم ما يملكه الموصي، مثل الإيصال في قضاء الدين وتوزيع الوصية ورد الودائع إلى أهلها واستردادها ممن هي عنده ورد المغضوب (5).

وبتعبير آخر هو كل ما يصلح التعاقد عليه حال حياة الموصي، كما يرى ذلك الدكتور (عبد الرزاق السنهوري) وتبطل الوصية بهلاك الموصي به طبعاً (6).

(1) محمد خلف بني سلامة وخلق ضيف الله آغا، أحكام التركات والوصايا في الشريعة الإسلامية والقانون، دار الفكر، الأردن، 2012، ص178.

(2) محمد أحمد عقلة بن مصطفى، الوصية الواجبة وأثر تطبيقها على الورثة في المحاكم الشرعية، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2014، ص93.

(3) محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 426.

(4) محمد خلف بني سلامة، المرجع السابق، ص178.

(5) بندر بن عايض العتيبي، حكم الوصية لمن سقط باستغراق الفروض التركية، مجلة البحوث الأسرية الصادرة عن مخبر قانون الأسرة، الجزائر، المجلد 02، العدد 1، 2022، ص 101.

(6) فشار عطاء الله، المرجع السابق، ص70.

وحسب نص المادة 190 قانون الأسرة" للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة"<sup>(1)</sup>.

الموصي به هو محل الوصية، يظهر حكمها فيه وتتحقق مقاصدها به حيال الموصي له، والموصي به قد يكون مالا وقد يكون حقا من الحقوق والمال، قد يكون مالا حقيقيا كالأعيان، وقد يكون مالا حكما كالمنافع<sup>(2)</sup>.

#### رابعاً: الصيغة:

يرى جمهور الفقهاء أن الصيغة هي الإيجاب وحده أما القبول فليس ركناً فيها بل هو شرط لثبوت ملك الموصي له للموصي به بعد موت الموصي.

وأن تعليل هذا عندهم هو: أن الوصية تصرف بالإرادة المنفردة يتم إنشاؤه بالإيجاب وحده من قبل الموصي، بمعنى آخر في عقد تبرع يوجد من جانب المتبرع وحده<sup>(3)</sup>.

وذهب جانب آخر منه إلى أن الصيغة لا تتحقق إلا بالإيجاب والقبول معا، فالقبول ركن في الصيغة كالإيجاب تماما<sup>(4)</sup>.

وتعليل هذا عندهم أن الوصية عقد يفيد الملك كسائر العقود يكون بين طرفيه ويتم باجتماع إرادتين فلا بد فيه من الإيجاب والقبول معا<sup>(5)</sup>.

وقد أخذ قانون الأسرة الجزائري بالرأي الأول من جمهور الفقهاء واعتبر الإيجاب وحده محققاً للوصية، أما القبول الذي يصدر عن الموصي له بعد الوفاة فما هو إلا شرط للزوم الوصية وثبوت ملكية

(1) المادة 190 من القانون رقم 11/84 قانون الأسرة المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق لـ 9 يوليو 1984 المعدل بالأمر 04-05 المؤرخ في 2005/02/27.

(2) محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 444.

(3) أحمد محمود الشافعي، المرجع السابق، ص 18-19.

(4) نسيم شيخ، المرجع السابق، ص 190-191.

(5) أحمد محمود الشافعي، المرجع السابق، ص 19.

الموصي به، وأن هذا الشرط لا يلزم في بعض صور الوصية، كما إذا كانت الوصية لجهة عامة وليس لها من يمثلها قانونا (1).

حسب نص المادة 197 من قانون الأسرة على أنه: " يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي (2)".

ونص الفقرة الثانية من القانون المدني المادة 68 على أنه: " ويعتبر السكوت في الرد قبولاً إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه".

فالقبول الصريح، يكون باللفظ والكتابة والإشارة المتداولة عرفاً، في حالة العجز والقبول الضمني، يكون بقبض الوصية والسكوت عن التعبير قبول أو الرد، فالسكوت يحمل على القبول وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني.

وفي حالة وفاة الموصي له يجوز لورثته القبول أو الرد طبقاً لأحكام المادة 198 من قانون الأسرة التي تنص على " إذا مات الموصي له قبل القبول فلورثته الحق في القبول والرد (3)".

وخلاصة ما تقدم، إذا كانت التصرفات عموماً قد تكون في الأصل منجزة، إلا أن طبيعة الوصية تستلزم أن تكون مضافة إلى أجل والأجل هنا هو الوفاة الموصي، غير أنه يمكن أن يكون صيغة الوصية معلقة على شرط، وإذا تحقق هذا الشرط عدت الوصية قائمة إلا أنها رغم ذلك تظل مضافة إلى أجل تحقق وفاة الموصي (4).

#### الفرع الثاني: شروط الوصية:

يشترط لانعقاد الوصية شروط وهذا حسب المشرع الجزائري حتى تصبح نافذة الفعالية ولذلك فصلنا كل شرط على حدا من حيث الشروط الشكلية والموضوعية والقانونية.

(1) نسيم الشيخ، المرجع السابق، ص 191.  
 (2) المادة 197، القانون الأسرة الجزائري.  
 (3) كمال صمامة، المرجع السابق، ص 166.  
 (4) حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 59.

## أ- الشروط الشكلية:

لتصبح الوصية نافذة يجب أن تتوفر فيها الشروط الشكلية والتي منها التعبير الواضح عن الإرادة، فيجب أن يعبر الموصي بوضوح وصراحة عن رغبته. وما هو متعارف عليه فإن الوصية تتعد بالألفاظ المتعارف عليها أي بالعبرة أو الكتابة أو حتى الإشارة عن الأبيكم أو الذي لا يكتب.

عندما يكون التعبير صريحا تتعد الوصية أمام الشهود، عندما تكون عبارات الإرادة بالكلام أو الكتابة وهذا ما اتفق عليه الفقه، ولكن اختلفوا فيما يخص وسائل التعبير الأخرى. فكان عند الحنفية الشخص الأبيكم عندما يكون قادرا على الكتابة لا تصح منه الإشارة وكذلك بالنسبة للشخص المتمكن من النطق والكلام، أما عند المالكية وبعض الحنابلة فالكتابة هي الأقوى في الدلالة عن الحجية الإثبات وتصح كذلك بإشارة المفهمة باعتبار أن الإشارة المعهودة أداة التعبير عن الإرادة. (1)

هذا يسري على الوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت وفي حالة تنازع القوانين من حيث المكان، قانون الموصي أو الهالك أو من صدر منه التصرف وقت موته، غير أنه يسري على شكل الوصية قانون الموصي وقت الإيضاء، أو القانون البلد الذي تمت فيه الوصية، وكذلك الحكم في شكل تصرفات التي تنفذ بعد الموت المادة 16 فقرة 01 و02 من القانون المدني الجزائري(2).

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 191 منه على ما يلي:

" تثبت الوصية:

1- بتصريح الموصي أمام الموثوق وتحرير عقد بذلك .

2- وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ويؤشر به على هامش أصل الملكية(3).

(1) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص243.

(2) بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص245.

(3) المادة 191 من قانون المدني الجزائري.

ومفاد هذا النص أن الوصية تثبت أصلا بموجب عقد رسمي يحرره الموثق واستثناء بحكم قضائي يؤشر به على هامش أصل الملكية (1).

ومن خلال نص المادة 191 من قانون الأسرة نطرح التساؤل عما إذا كانت الكتابة شرطا لانعقاد الوصية أم أنها مقرره للإثبات فقط؟

وبالرجوع الى نص المادة يتبين أن المشرع الجزائري لم يرتب جزاء البطلان الوصية عند عدم كتابتها في شكل رسمي، ومن ثم فالكتابة في الوصية ليست شرطه انعقاد وإنما هي شرط إثبات (2).

المادة 191 تنص على اثبات الوصية بشكل رسمي وأما المادة 192 فهي تقرر الرجوع في الوصية، احتراماً لإرادة الموصي وتبين كيفية ذلك والمادة 197 تبين كيفية قبول الوصية. (3)

تنص المادة الأخيرة على ما يلي: "يكون قبول الوصية صراحة أو ضمناً بعد وفاة الموصي" (4).

ومنه لقد اجاز المشرع الجزائري انعقاد الوصية بالعبارة أو الكتابة وأخذ بمبدأ عدم قبول الإشارة إلا في حالات عدم قدرة الموصي على العبارة أو الكتابة، وهذا ما أخذ به الفقه المالكي. وكذلك المادة 60 من القانون المدني الجزائري. فالتعبير عن الإرادة تكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه المادة 01/60 القانون المدني الجزائري، ويجوز أن يكون التعبير عن إرادة ضمناً 192، 197 قانون الأسرة إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان أن يكون صريحاً المادة 02/60 قانون المدني الجزائري (5) ونص المشرع في المادة 16 فقرة الثانية قانون المدني: "يسري على شكل وصية قانون الموصي وقت الإيضاء، أو القانون البلد الذي تمت فيه الوصية وكذلك الحكم في شكل سائر تصرفات التي تنفذ بعد الموت" (6).

(1) شيخ سيناء، شكل الوصية في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مجلة الدراسات الإسلامية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، العدد 02، 2013، ص 182.

(2) شيخ سناء، المرجع نفسه، ص 183.

(3) العربي بختي، المرجع السابق، ص 269-270.

(4) المادة 197، قانون الأسرة الجزائري.

(5) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 244.

(6) المادة 16 فقرة 02 قانون المدني الجزائري.



غير أننا نلاحظ بصفة عامة أن المشرع الجزائري، يعمد إلى اعتبار الوصية الرسمية المحررة من طرف الموثق بتصريح الموصي (المادة 191 / 01 قانون الأسرة)، الوصية صحيحة وقابلة للتنفيذ، وبعدها تليها الوصية الخطية المقبولة.

في حين أن المقبولة المنعقدة بالمشافهة أمام الشهود في حالة وجود مانع قاهر، فإنه لا بد من حكم قضائي لإثبات صحتها القانونية (المادة 191 / 02 قانون الأسرة)<sup>(1)</sup>.

والقانون الذي يطبق على الوصية هو القانون الموصي وقت الايصاء وقانون البلد الذي أبرمت فيه الوصية<sup>(2)</sup>.

وما قضت به في قرار لاحق صادر بتاريخ 2008/01/16 والذي ورد فيه ما يلي:

حيث أنه تبين فعلا بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس أسسوا قرارهم على أن الوصية الشفوية التي تطالب الطاعنة بإثباتها عن طريق القضاء غير ممكنة لأنه يجب إفراغها في شكل رسمي والتصريح بها أمام الموثق.

وحيث أن هذا التسبب الخاطيء يخالف نص المادة 191 فقرة 02 من قانون الأسرة التي تنص على أن الوصية تثبت بحكم في حالة وجود مانع قاهر، وبالتالي فإن قضاة المجلس قد خالفوا نص تلك المادة لما اشترطوا إفراغ الوصية في شكل رسمي وهي الحالة المنصوص عليها في المادة 191 فقرة 01 من نفس القانون، ذلك أن الوصية قد تكون بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك وفي حالة وجود مانع قاهر يمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات.<sup>3</sup>

#### ب- الشروط الموضوعية:

يتوجب على الوصية أن تتوافق مع الشروط الشرعية لانعقادها وألا تكون منافية لمقاصد الشرع الإسلامي وأن يكون الباعث عليها غير محرم، وألا يشترط فيها ما هو غير مباح.

(1) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 245.

(2) فشار عطاء الله، مرجع سابق، ص 68-69.

<sup>3</sup> قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 413209، الصادر بتاريخ منشور بمجلة المحكمة العليا، لسنة 2008، العدد 02، ص 303.

## 1- عدم تنافياها مع مقاصد الشرع الإسلامي :

يشير مبدأ عدم تنافي الوصية مع مقاصد الشرع الإسلامي، إلى أن الوصية يتم إضافتها الى الوصية شرعية يجب أن تكون متوافقة مع قواعد ومبادئ الشريعة، فبشكل عام تكون الوصية في الاسلام بابا من أبواب اتفاق على الأقرباء، الذين لا يرثون وعلى الأشخاص الذين يتمتعون بالخير والصلاحية وعلى الأغراض الخيرية العامة. ويجب أن تكون وفقا للأصول الشرعية ولا ينبغي إهمالها، وتشمل أغراض الخيرية العامة التي يمكن تخصيص الوصية لصالحها الفقراء ودور العلم والمستشفيات وغيرها.

ومن الجدير بالذكر أنه يجب على الوصية أن تتوافق مع مقاصد الشريعة الإسلامية، وألا يتعارض معها، ولذلك إذا كانت الوصية تتعارض مع مقاصد الشريعة مثل التبرع لدور البغاء أو الجمعيات الهدف منها القتل والسلب أو الدعوة الى الإلحاد. فإنها تعتبر باطلة مهما كان دين الموصي به. (1)

## 2- الوصية بقصد إضرار الورثة :

نهى عز وجل عن إنشاء الوصية بقصد إضرار الورثة لقوله تعالى: " مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ " (2)

كما نهى النبي صلى الله عليه وسلم كذلك عنها لقوله: "الإضرار في الوصية من الكبائر " (3)

و منه إذا أوصى بأكثر من الثلث أعتبر ضررا من الورثة سواء كانت لوارث أو لغير وارث، وحينئذ يكون الضرر ما جاوز الثلث باطلا مالم يجيز الورثة ذلك، وتكون الوصية ولو جاءت في حدود الثلث باطلة إذا قصد الموصي بها إضرار ورثته أو كان الباعث الدافع إليها غير مشروع، و يجوز للورثة إثبات ذلك بجميع طرق الإثبات المقررة قانونا. (4)

(1) شيخ علي الخفيف، أحكام الوصية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2010، ص111.

(2) سورة النساء ، الآية 12.

(3) حديث ابن عباس رضي الله عنه.

(4) أنور الطلبة ، العقود الصغيرة الهبة والوصية، دار المكتب الجامعي الحديث، 2004، ص 205-206.

## 3- إذا كانت الوصية تحتوي على شرط فاسد :

إن الشريعة الإسلامية، تعتبر الشرط الفاسد غير موجود ولا يؤثر على صحة العقد أو الوصية، ومن ثم فإن الوصية ستكون سارية المفعول دون الشرط الفاسد، ويمكن تنفيذها بشكل صحيح حيث يبطل الشرط وتبقى الوصية صحيحة. أما بالنسبة للشرط المباح، فيمكن العمل به إذا كان يتوافق مع القواعد والأحكام الشرعية، ويحترم مقاصد الشريعة الإسلامية.

كاشتراط الموصي بأن يتزوج الموصي له ابنته كي تنفذ الوصية المتضمنة تملكه مسكنا مثلا احتراماً لإرادة الموصي. وهذا ما جاءت به المادتين 185،189 من قانون الأسرة الجزائري، حيث نص المشرع على أن الوصية تكون في حدود ثلث التركة وأنه لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي.<sup>(1)</sup>

## 4- وصية المرتد و الغير مسلم:

ليس اختلاف الدين سببا لحرمان الورثة من الوصية، كما هو سبب لحرمان من الإرث. فعليه تجوز الوصية شرعا مع اختلاف الدين أو ملة بين الموصي والموصي له، وبما ان الشرعية الإسلامية لا تعتبر اختلاف الدين مانعا في الوصية فقد اتفق الفقهاء أن اختلاف الدين لا يمنع الوصية.<sup>(2)</sup>

إذ كان الموصي له غير مسلم، وكان تابعا لدولة أجنبية لا تمنع قوانينها الوصايا بالغير رعاياها فهي صحيحة نافذة، وإلا فهي غير نافذة، سواء أكان الموصي مسلم أو غير مسلم، وذلك للمعاملة بالمثل وتحقيق المساواة في التعامل الدولي.<sup>(3)</sup>

فالمرتد هو من كان على دين الإسلام، وارتد عنه إلى دين آخر إلى الكفر فالمالكية والشافعية فرأيهم أن المال المرتد يصبح ملكا لبيت مال المسلمين ولا وصية ولا ميراث، فالمشرع الجزائري لم ينص عليها، مما يجب الأخذ بالمذهب المالكي أن المال المرتد يذهب إلى الخزينة العامة<sup>(4)</sup>.

(1) بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص249،250.

(2) الدكتور أكرم ياغي، المرجع السابق، ص38.

(3) محمد أبو الزهرة، شرح قانون الوصية، مكتبة الأنجا والمصرية، القاهرة، دون سنة، ص 65.

(4) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 251-252.

المادة 138 قانون الأسرة الجزائري: "يمنع من الإرث اللعان والردة"<sup>(1)</sup>

نصت المادة 16 من قانون المدني الجزائري أنه "يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته" فنلاحظ أن المادة عمدت إلى استخدام ضابط أو معيار جنسية الهالك وهو ما استندت عليه المحكمة العليا في قرارها المشهور المؤرخ في 17 أكتوبر 1990 وعلى هذا الأساس فإن القانون الواجب التطبيق عند تنازع القوانين من حيث التركات والوصايا، إنما هو قانون الجنسية المورث أو الموصي وقت وفاته. وأن التركة التي لا وارث لها في الجزائر وإن كانت أجنبية توول إلى الدولة الجزائرية وفقا للقانون الإقليمي الجزائري أو السيادة الإقليمية (المادة 04/180 و 773 القانون المدني).

إن قاعدة الإسناد الوطني التي تقضي بها مبادئ القانون الدولي الخاص الجزائري تنص صراحة على أنه لا ميراث مع اختلاف الدين وفقا لأحكام الشرعية الإسلامية المادة 222 من قانون الأسرة.<sup>(2)</sup>

### 5\_ وقت تقدير الثلث:

أجمع العلماء على وجوب اقتصار الوصية على الثلث بمقتضى الثابت في السنة في حديث سعد بن أبي وقاص المتقدم وغيره، "الثلث والثلث كثير" وتكون الزيادة عن الثلث موقوفة على إجازة الورثة، فإذا أجازوا الزائد عن الثلث لأجنبي، نفذت الوصية، وإن ردوا الزيادة بطلت.<sup>(3)</sup>

نص المشرع الجزائري في المادة 158 فقرة 01 من قانون الأسرة على ما يلي: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة"<sup>(4)</sup>

وبذلك يمكن القول بأن المشرع الجزائري اعتبر الوقت الذي يحدد فيه هل الوصية في حدود ثلث المال أو تجاوزه هو وقت تقسيم التركة وليس وقت إنشاء الوصية، وذلك لأن الذمة المالية قد تزيد وقد تنقص، وهو

(1) المادة 138 قانون الأسرة الجزائري.

(2) <http://elmouhami.com> أطلع عليه في: 2023/05/26 على الساعة : 18:00.

(3) تهاني مغيب عويد، أحكام الوصية في الشريعة وما جرى عليه العمل في القانون الكويتي، مجلة دار العلوم، الكويت، المجلد 37، العدد 129، 2020، ص 42.

(4) المادة 185 الفقرة 01 قانون الأسرة الجزائري.

ما يستشف من الفقرة الأولى من المادة 185 والمقصود بالتركة من خلال نص المادة ما تبقى بعد مصاريف الدفن وسداد الديون، ومن ثم تبقى التركة حيث يعتبر ما تبقى هو مقدار التركة ومنها يحتسب الثلث.

وبهذا يكون المشرع قد اختار قول الحنفية والمالكية في هذه المسألة، حيث نجد الحنفية والمالكية يرونا أن وقت تحديد مقدار ثلث المال هو وقت القسمة ووقت قبض الورثة حقوقهم، أي بعد تجهيز الميت وتسديد الديون، لأن هذا الوقت هو الوقت الذي تنفذ فيه الوصية فيكون هو الوقت الأنسب لتحديد مقدار الوصية.<sup>(1)</sup>

### ج) الشروط القانونية لصحة الوصية:

ان الشروط القانونية المتعلقة بصحة الوصية بعضها يمس الموصي والموصي له وبعضها الاخر يتعلق بالموصي به.

#### 1- الشروط المتعلقة بالموصي :

لكي تكون الوصية نافذة لابد ان يكون للموصي اهلا للتبرع، وذلك بأن يكون بالغاً، عاقلاً وله حرية الاختيار.

#### أ) التمتع بسن الرشد القانوني:

هو وصول الشخص الى عمر محدد قانونياً ويختلف من بلد لآخر، وبموجب القانون يعتبر الشخص الذي بلغ سن الرشد قادراً على تنفيذ الأعمال القانونية والتصرف بممتلكاته بحرية ومسؤولية. وتعتبر الوصية من التصرفات الحقوقية، الخاصة بالأشخاص المؤهلين قانوناً للتصرف في ممتلكاتهم، فالمشرع الجزائري اعتبر الوصية الصادرة عن الصبي المميز (أي قبل بلوغه) باطلة بطلاناً مطلقاً. ويأتي هذا الشرط لحماية حقوق الأطفال الذين لا يزالون غير قادرين على فهم معنى الوصية والتصرف بحرية ومسؤولية في

(1) محمد توفيق قديري، حماية الورثة من الوصية المخالفة لقواعد الميراث في القانون الجزائري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، الجزائر، المجلد 06، العدد 02، 2020، ص 643.

ممتلكاته.<sup>(1)</sup> و قد أكد على شرط البلوغ من خلال نص المادة 186 من قانون الاسرة الجزائري<sup>(2)</sup> وهو المبدأ الوارد بنص المادة 40 من القانون المدني<sup>(3)</sup> التي تحدد سن الرشد القانوني ببلوغ 19 سنة كاملة، والتي هي نفس السن الواردة بالمادة 186 قانون الاسرة الجزائري.

#### ت) العقل :

يتفق الفقهاء بشكل عام على أن الشرط الأساسي للموصي هو ان يكون عاقلا، وذلك لأن الوصية تتضمن التصرف في الأموال والممتلكات والحقوق، وهو أمر يتطلب الحكمة والعقلانية. وبالنسبة للمجانين والمعتهين، فانهم يعانون من عجز فهم الأمور بشكل صحيح واتخاذ القرارات الصحيحة، وبالتالي فان أي وصية يصدرها المجنون أو المعته يجب أن تعتبر ملغاة شرعا، ولا يمكن استخدامها لإبرام أي عقد.<sup>(4)</sup>

#### ث) ارادة الاختيار :

ان الوصية تصرف قانوني صادر بالإرادة المنفردة من جانب الموصي يجب ان يتوافر فيها عنصر الاختيار الحقيقي، مثلها مثل عقود المعاوضة، وعليه حتى تكون الوصية صحيحة يجب ان تكون إرادة الموصي أثناء صدور الايجاب منه خالية من عيوب الرضا وإلا كانت الوصية باطلة لانعدام عنصر الاختيار والحرية.<sup>(5)</sup>

#### ثانيا: الموصي له:

وهو المستفيد من الوصية والمستحق لها<sup>(6)</sup> والتي صدرت لمصلحته قد يكون شخص طبيعيا أو معنويا وقد تكون لشخص أو لأشخاص معينين بالاسم والوصف موجودين عند صدور الوصية

(1) سفيان ذبيح، اثبات الوصية وإجراءات تثبیت الملكية المكتسبة عن طريقها في التشريع الجزائري، مجلة الصدى للدراسات القانونية والسياسية، جامعة خميس مليانة، المجلد 04، العدد 01، 2022، ص 85.

(2) المادة 186 قانون الاسرة الجزائري

(3) المادة 40 قانون المدني الجزائري

(4) محمد خليل محسن الديسي، المرجع السابق، ص 55

(5) لحسين بن شيخ آث ملويا، المرشد في قانون الأسرة، الطبعة 03، دار هومة، الجزائر، 2014، ص 201.

(6) الياس ناصيف، الوصية للمسلمين وفي القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، ص 89.

أو لم يكونوا كذلك<sup>(1)</sup> ويشترط فيه ما يلي:

**أن يكون الموصي له معلوما:**

فان التحديد الواضح لهوية الموصي به، وهو أمر حيوي للوصية. يجب ان يتم تحديد هوية الموصي له بشكل دقيق وواضح لتجنب أي خلافات في المستقبل، وبالإضافة الى ذلك، ينبغي أن يتم تحديد متطلبات وصف الموصي له بشكل دقيق وواضح لتجنب أي خلافات في المستقبل. وبالإضافة الى ذلك، ينبغي أن يتم تحديد متطلبات وصف الموصي له في الوصية بشكل واضح، يجب ان تلتزم الوصية بالمعايير القانونية وتوفر تفاصيل دقيقة وشاملة حول الموصي له، يمكن تحديد هذا الأخير باستخدام الاسم الكامل والمعلومات الشخصية الأخرى مثل العمر والجنس والمهنة ومكان الإقامة. وفي حال كانت الوصية تتعلق بالتعيين في المنصب المحدد، ينبغي تحديد المهمة والصلاحيات بوضوح ويقصد بهذا الشرط، ألا يكون الموصي له مجهولا جهالة مطلقة وفاحشة لا يمكن دفعها وإلا بطلت.<sup>(2)</sup>

**(ب) ان يكون الموصي له موجودا:**

يجب ان يكون الموصي له موجودا وحيا عند اصدار الوصية، حتى تكون الوصية صحيحة ونافذة سواء كان وجوده حقيقة او حكما، كالحمل في بطن امه وإذا كان الموصي له غير موجود حقيقة ولا يوجد أي قرار قضائي بشأن حمله في بطن امه فلن الوصية تكون باطلة، ولكن إذا كان الموصي له حملا معنيا في بطن امه وكان موجودا في ذلك أكمل عند اصدار الوصية فان الوصية ستعتبر صحيحة وجائزة<sup>(3)</sup>.

**(ج) أن يكون الموصي له أهلا للتملك:**

اذ لا تصح الوصية لمن ليس أهلا للتملك، فمن أوصى لحيوان مثلا بطلت وصيته على أساس أن الموصي له غير قابل للتملك والاستحقاق<sup>(4)</sup>.

(1) زهور محمد، المرجع السابق، ص 89.

(2) محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 64.

(3) حسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 204.

(4) حمدي باشا، المرجع السابق، ص 66.

## الوصية للحمل:

تصح الوصية للحمل شريطة أن يولد حيا، وإذا ولد توأمان يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس،<sup>(1)</sup> وهذا ما جاءت به نص المادة 187 من قانون الأسرة: "تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا، وإذا ولد توأم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس"<sup>(2)</sup> و المادة 134 من قانون الأسرة: "لا يرث الحمل الا اذا ولد حيا ،ويعتبر حيا اذا استهل صارخا ،أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة ".<sup>(3)</sup> وكذا المادة 25 من القانون المدني في فقرتها الثانية: "على ان الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط ان يولد حيا"<sup>(4)</sup> "وملاحظة الفقهاء في هذا الشأن ،أنه في حالة تعدد الحمل ،ان ولد أحدهما حيا و الآخر ميتا ،كانت الوصية للحيا دون الميت ،وان مات أحدهما أو كلاهما بعد الولادة، كان نصيبه لورثته اذا كانت الوصية بالأعيان أما اذا كانت الوصية بالمنفعة عادت الى ورثة الموصي، لأن الوصية بالمنافع تنتهي بموته مالم يكن هناك شرط آخر يعمل به.<sup>(5)</sup>

## الوصية للمعدوم:

يمكن في المذهب المالكي القيام بالوصية للمعدوم، والذي يعني أنه يمكن للشخص الذي يرغب في القيام بالوصية لشخص لم يكن موجودا وقت صياغة الوصية، فالمشرع الجزائري لم ينص عليها ولهذا نطبق أحكام المذهب المالكي، والذي يجيز الوصية للمعدوم وتبقى الوصية ما بقى الأمل في وجود الموصي له قائما وظاهرا واحتمالية وجوده في المستقبل واحتكاما للمادة 222 قانون الأسرة شرط احتمالية وجود المعدوم في المستقبل، لما فيه حماية مصلحة الموصي له إلى أن يتحقق اليأس من وجود هذا الأخير.<sup>(6)</sup>

(1) لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 223.

(2) المادة 187 من قانون الأسرة الجزائري.

(3) المادة 134 من قانون الأسرة الجزائري.

(4) المادة 25 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري.

(5) حمدي باشا، المرجع السابق، ص 67.

(6) سفيان ذبيح، المرجع السابق، ص 85-86.



## د) ألا يكون الموصي له جهة معصية:

الوصية هي عملية تحويل الميراث من المورث إلى الموصي له، ويتم بموجب الشريعة الإسلامية والقانون. فإذا كان الشخص الذي تم تحويل الميراث إليه يعمل في مجال المعصية أو الفسق والفجور إلى جمعيات الإلحاد. فإن هذا لا يعد شرطاً لصحة الوصية وتبطل الوصية.<sup>(1)</sup> وإذا كانت الجهة الموصي لها ليست محرمة في ذاتها وكان الباعث على الوصية محرماً فإن الوصية لا تصح، ومثال ذلك الإيصال لخليلة لتبقى على علاقتها المحرمة مع الموصي.<sup>(2)</sup>

## هـ) ألا يكون قاتلاً للموصي:

الإسلام يحرم القتل ويعاقب الجاني بشدة، ولذلك لا يمكن لشخص قتل شخص آخر أن يرثه، حتى ولو كان المقتول هو الموصي له. فالإسلام يحث على ترك العنف والقتل ويحث على العدل والسلم، فالوصية تكون صحيحة وفعالة فقط إذا كانت متوافقة مع الشريعة الإسلامية، وإذا كان الموصي مؤهلاً لصدور الوصية. وإذا كان الشخص الذي قام بالقتل هو المرتكب الفعلي لجريمة القتل، فلا يحق له الحصول على الإرث. وقد يحدث قبلها كما إذا أحدث بآخر جرحاً ثم أوصى المجرم لجارحه، وبعد الوصية مات بسبب هذا الجرح والعبرة بحرمان من الإيصال بالقتل العمد، وبالتالي لا يؤخذ بالقتل الخطأ والشخص الذي يكون في حالة الدفاع الشرعي.<sup>(3)</sup> قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "القاتل لا يرث"<sup>4</sup>

## و) ألا يكون الموصي له وارثاً:

لا يمكن للموصي له أن يكون وارثاً للموصي الأصلي في حالة وجود وارث آخر. ومن الممكن أن تصبح الوصية صحيحة إذا تمت الموافقة عليها من قبل باقي الورثة حتى ولو كانت في حدود الثلث<sup>(5)</sup>

(1) رقية مالك علاوي الراوي، أحكام الوصية في الشريعة والقانون، بغداد، 2010، ص 16.

(2) زهدور محمد، المرجع السابق، ص 72-73.

(3) مخالفة سعاد، حماية الأسرة من التعسف في استعمال الحق، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص عقود والمسؤولية، كلية الحقوق، الجزائر، 2015-2016، ص 118.

<sup>4</sup> حديث عن أبي هريرة وصححه الألباني في الإرواء وفي صحيح الترمذي وصحيح ابن ماجه أيضاً.

(5) أشواق زهدور، مبطلات الوصية في القانون الجزائري، مجلة القانون العقاري والبيئية، وهران، المجلد 10، العدد 01،

2020، ص 124.

حيث نصت المادة 189 من قانون الأسرة: "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي".<sup>(1)</sup>  
 قال الله تعالى: " كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ " <sup>(2)</sup>

ولقد خالف مشرعنا موقف معظم القوانين الوضعية العربية التي عممت الحكم وأجازت الوصية للوارث إذا كانت في حدود الثلث دون إجازة باقي الورثة. وحسب المادة 189 من قانون الأسرة فقد أخذ المشرع بمذهب جمهور الفقهاء الذي يقضي باعتبار الوصية لوارث صحيحة موقوفة على إجازة باقي الورثة مهما كان مقدار الشيء الموصي به. وهذا الاتجاه الذي تبناه المشرع الجزائري صحيح كونه يتماشى وبعض القواعد الفقهية المشهورة، ومن ذلك قاعدة "درء المفسد على جلب المصالح" وقاعدة "الحكم يتبع المصلحة" وهو موقف وسط عقلاني متماشيا مع روح نظام الوصية والإرث، يحقق المصلحة بين الموصي له وباقي الورثة.<sup>(3)</sup>

وقد أكدت المحكمة العليا هذه المبادئ في قضائها في العديد من القرارات القضائية الحديثة نسبيا ومن بين هذه القرارات القضائية قرار المحكمة العليا رقم 0940782 بتاريخ 2015/09/10 الصادر عن غرفة شؤون أسرة والموارث الذي تضمن مبدأ مفاده أن الإجازة المعتبرة شرعا وقانونا هي التي تكون بعد وفاة الموصي.<sup>(4)</sup>

### ثالثا: الموصي به:

وهو محل الوصية أو موضوع الوصية، وقد نصت المادة 190 من قانون الأسرة الجزائري: "الموصي أن يرمي بالأموال التي يملكها و التي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة" وعليه و حسب هذه المادة فإن

(1) المادة 189 من قانون الأسرة الجزائري.

(2) - سورة البقرة، الآية 180

(3) - لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 210، 2011

(4) المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الثاني، 2015، ص 174.

جميع ما يصح تملكه من الأموال المباحة عينا كانت أو منفعة يصح أن تكون محلا للوصية ومنه يشترط في محل الوصية الآتي<sup>(1)</sup>.

(أ) أن يكون الموصي به مما يجري فيه الارث:

ومعناه أن يكون الموصي به قابلا للتمليك، يعد من العقود الناقلة للملكية حال حياة الموصي حسب المواد 184 و 191 من قانون الأسرة الجزائري سواء، كان مالا حقيقة كالأشياء العينية أو مالا حكما كالمنافع لمسكن الدار أو زراعة الأرض والبراءة من الدين والكفالة وغيرها.

وعلى هذا اتضح كذلك بالوصية بالحمل والأعيان المالية أو منقولاً وبالحقوق المالية (كحقوق الارتفاق مثلا) أو بالمنافع لمدة معلومة أو مؤبدة وهكذا<sup>(2)</sup>

(ب) أن يكون الموصي به موجودا عند الوصية :

وهذا شرط خاص بأعيان الأموال دون المنافع ولا يكفي وجود الموصي به، فحسب بل لا بد أن يكون موجودا في ملك الموصي إذا كان معينا بالذات ووجود الموصي به المعين عند وجود الوصية شرط صحة بالاتفاق وقد نص القانون على ذلك.<sup>(3)</sup>

(ج) أن يكون الموصي به مالا متقوما و قابلا للتمليك :

يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصي به متقوما في نظر كل من الموصي والموصي له. والمال المتقوم هو ذلك المال الذي يصح ان يكون محلا للوصية، بأن يكون مما يباح الانتفاع به كالخمر و المخدرات و غيرها أموال غير متقومة في مفهوم الشرع الإسلامي كونها محرمة شرعا و بالتالي لا تصلح أن تكون موضوعا للوصية شرعا بين المسلمين . غير أنه يصح أن تكون كذلك بالنسبة لغير المسلمين لبعضهم البعض لأنها متقومة في شريعتهم.<sup>(4)</sup>

(1) كمال صمامة، تصرفات المريض مرض الموت في الوصية بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة مجلة العلوم القانونية والسياسية المجلد 10 ، العدد01، 2019 مرجع سابق، ص407.

(2) بلحاج العربي، المرجع السابق ، ص 267

(3) محمد كمال الدين امام و جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 446.

(4) شيخ نسيمة، المرجع السابق ،ص215،216.

(د) أن لا يكون الموصي به مستغرقا بالدين :

لم يعتبر العلماء عدم الاستغراق بالدين شرطا من شروط صحة الوصية، بل اعتبروه شرط نفاذ لها فهم يرون أنه إذا كان الموصي مدينا بدين تستغرق كل تركته. فإنه يمنع من الوصية حفاظا على حقوق دائنية لأن القاعدة هي تقديم الدين على الوصية. أما إذا اسقط الدائنون دينهم عنه أو أجازوا الوصية فإنها تنفذ و المعترف في الدين هو وقت الوفاة وليس وقت الايضاء (1)

(هـ) ألا يزيد الموصى به عن الثلث :

الحدود الشرعية و القانونية للوصية هي عدم تجاوزها ثلث التركة حسب المادة 185 من القانون الأسرة الجزائري فإذا أوصى الشخص بأكثر من ذلك دون إجازة من الورثة كانت وصيته باطلة حكم مأخوذة من المواد 185 و 189 من القانون الأسرة وكذا المادة 408 من القانون المدني وهذا طبقا لما مر من حديث سعد بن أبي وقاص حيث قال الرسول له وسعد في مرض الموت : " الثلث و الثلث كثير " (2)

وعليه يتضح جليا من هذه الأدلة القانونية والشرعية أن الوصية لا تجوز إلا إذا كانت في حدود ثلث التركة الأولى أن ينقص الموصي به عنه ولا يزيد علي.

فإذا تجاوز الموصي به لغير وارث ثلث التركة كانت صحيحة لكنها لا تنفذ في حق الورثة الذين تعلق حقهم بمال الموصي بعد وفاته فيها يتجاوز الثلث فإن أظهروا معارضتهم لها نفذت الوصية في حدود الثلث فقط وليس للقاضي أن ينفذ الزيادة جبرا عليهم .

أما إذا لم يكن للموصي ورثة وتجاوز الموصي به ثلث التركة صحت الوصية في حدود الثلث ولم تصح في الزيادة التي تؤول إلى الخزينة العامة لأن مال الموصي في هذه الحالة يعتبر ميراث للمسلمين ولا مجيز له منهم (3)

(1) العربي بختي، المرجع السابق، ص 266، 267.

(2) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 270.

(3) شيخ نسيمية، المرجع السابق، ص 217.

## المبحث الثاني: مفهوم التعسف الذي يلحق بالوصية

تعتبر الوصية الحق الثابت بعد الموت لغير المتوفي والتي يتم استخراجها قهرا على الورثة ما دامت في الحدود الشرعية فهناك وصايا يتم إضرار الورثة من جرائها ولحماية الورثة من مثل هذه الوصايا يجب إثبات أن هنالك تعسفا فيها.

ومن هنا سنتناول في هذا المبحث الطبيعة القانونية للتعسف في استعمال الوصية (المطلب الأول) وفي (المطلب الثاني)، معايير التعسف في استعمال الوصية.

## المطلب الأول: الطبيعة القانونية للتعسف في استعمال الوصية:

إن الحديث عن الوصية يستلزم التطرق إلى ما يلحق بها من تعسف لذلك وجب تبيان مقصود بالتعسف (الفرع الأول) المقصود بالتعسف في استعمال الوصية (الفرع الثاني) و التعسف في استعمال الحق بين نظام المسؤولية التقصيرية و نظام مستقل (الفرع الثالث).

## الفرع الأول: المقصود بالتعسف:

## التعسف لغة:

عسف عسفا أخذه بالقوة، أو عسف عن طريق يعسف مال وعدل وتعسف فلان فلانا إذا ركبه بالظلم ولم ينصفه، ورجل عسوف: إذا كان مظلوما ولذا سمي الأجير المستهان به عسيفا<sup>(1)</sup>.

## التعسف اصطلاحاً:

لم يرد على لسان الأصوليين والفقهاء كلمة إساءة أو التعسف في استعمال الحق، وإنما هو وافد من فقهاء القانون المحدثين. وهو أن يمارس الحق بشكل غير مشروع أو بأسلوب يفوت المقصود الشرعي منه ويمكن أن يتسبب في إيذاء الآخرين أو تحقيق مصلحة غير مشروعة<sup>(2)</sup>.

(1) عبير ربحي شاكرك القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر، الأردن، 2007، ص 16.

(2) معاذ محمد الديحاني، معايير التعسف في استعمال الحق مقارنة مع القانون الكويتي، مجلة كلية دار العلوم، دار العلوم، الكويت، العدد 140، 2022، ص 191-192.

## الفرع الثاني: المقصود بالتعسف في استعمال الوصية:

عملا بأحكام الشريعة الإسلامية فقد قيد المشرع الوصية بشروط محددة أولها ما جاءت به المادة 189 من قانون الأسرة: " لا وصية لوarith إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي"، والثاني هو ما نصت عليه المادة 185: " تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة"<sup>(1)</sup>. من خلال هذين النصين نجد أن المشرع حدد صفة الأشخاص الذي يثبت لهم الوصية بأن لا يكونوا من الورثة، كما حدد قيمتها بأن لا تزيد عن الثلث التركة، إذا لم يلتزم المورث بهذين القيدتين فقد خرج على حدود حقه فلا تنفذ وصيته إلا إذا أجازها الورثة.

ولكن قد ينتقد الموصي بالشروط الموضوعية للوصية، غير أنه يقصد وإيقاعها إلحاق الضرر بالورثة أو الحصول على مصلحة غير مشروعة.

ولقد أغفل قانون الأسرة نص صراحة على أثر التعسف في استعمال حق الوصية واكتفى المشرع في القانون المدني في المواد من 775 إلى 777 بذكر صور المضارة في الوصية غير الناشئة عن التعسف فيها<sup>(2)</sup>.

## الفرع الثالث: التعسف في استعمال الوصية بين نظام المسؤولية التقصيرية والنظام المستقل:

في نظرية التعسف استعمال الحق برز لتأصيلها اتجاهات في الفقه أولهما تقليدي يرى أنصاره أن التعسف يقع في دائرة المسؤولية التقصيرية باعتباره صورة من صور الخطأ-أولا-وأما الثاني فيرى أنصاره أن التعسف يقع خارج دائرة المسؤولية التقصيرية باعتباره نظرية مستقلة قائمة بذاتها<sup>(3)</sup>.

## أولا: التعسف في استعمال الوصية صورة من صور الخطأ:

هذا الاتجاه الذي ذهب إليه الغالبية العظمى من الفقه وأخذ به القضاء، ويرى أنصاره أن التعسف في استعمال الوصية ما هو إلا تطبيقا عاديا من تطبيقات المسؤولية التقصيرية.

(1) المادة 189 من القانون المدني.

(2) فاطمة الزهراء ثبوت، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته القانونية والقضائية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2016، ص 126-127.

(3) فاطمة الزهراء ثبوت، المرجع السابق، ص 26.

إذ التعسف في استعمال الوصية ما هو إلا خطأ يوجب التعويض والتعويض هذا كالتعويض عن الخطأ في صورته الأخرى وهي الخروج عن حدود الحق أو عن حدود الرخصة، يجوز أن يكون نقداً أو يجوز أن يكون عينا وليس التعويض العيني كالقضاء بهدم مدخنة التي تحجب النور عن جار بمخرجه عن نطاق المسؤولية التقصيرية فإن التعويض العيني جائز في الصورة الأخرى أيضاً.

ومنه ذهب أنصار هذا الرأي إلى اعتبار التعسف خطأ والخطأ في المفهوم الحديث هو انحراف الشخص عن السلوك المألوف للرجل العادي، فهو متصور أيضاً في استعمال الحقوق تصوره في ممارسته. الرخص العامة على السواء وإذا كانت هذه الحقيقة قد حجبها ما كان سائداً في القرن الماضي من مبدأ إطلاق الحقوق فلم يعد ما يمنع من إعلانها وتأكيدا بعد أن اندثر هذا المبدأ وبات من المسلم به فرض رقابة على استعمال الحقوق فارتفع بذلك التناقض بين الخطأ وبين استعمال الحق<sup>(1)</sup>.

#### ثانياً: التعسف في استعمال الوصية مستقل عن الخطأ:

ذهب البعض إلى القول ان نظرية التعسف في استعمال الحق مستقلة بذاتها وليست مجرد تطبيق من تطبيقات الخطأ ذلك لأن هذه النظرية مستحدثة ومتفرعة عن مبدأ نسبية الحقوق وبذلك لا بد من أن يكون لها قواعدها الخاصة التي تطبق في جميع نواحي القانون دون الحاجة إلى ردها إلى أي قاعدة أو مبدأ من القواعد والمبادئ المسلم بها من قبل.

ويعتبر الدكتور (حسن كيرة) حامل لواء هذا الرأي في الوطن العربي وبأنه تأثر الكثير من المؤلفين ويرى أنه للوصول إلى تأصيل صحيح لفكرة التعسف في استعمال الحق وتحديد سليم للموضع الطبيعي لنظرية التعسف الحق ينبغي طرح جميع الظروف التي صاحبت في القانون الحديث فكرة التعسف في استعمال الحق وفرضت نفسها من قبل أي تدخل المسؤولية التقصيرية.

ذلك لأن إطراح النزعة الفردية بما كانت تستتبعه من مبدأ حصانة صاحب الحق في استعمال حقه، اضطر الفقه والقضاء أمام خلو التشريع في أول الأمر من نص يقرر كمبدأ عام لمساءلة أصحاب الحقوق عن انحرافهم في استعمالها إلى التماس مقبول ومستمد من صلب نصوص التشريع القائم لغرض الرقابة

(1) مبروك حجاج، التعسف في استعمال الحق بين نظام المسؤولية التقصيرية والنظام المستقل، رسالة ماجستير، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن كنون، 2012/2011، ص ص 105-106.

على استعمال الحقوق ولو لم يكن ثمة أفضل ولا أقرب في هذا الشأن من الخطأ العادي سواء بالنظر إلى التعسف كخروج عن الحق أو عدم الخروج عنه أو نوعا خاصا من الخطأ قائما بذاته وبذلك لم يكن الاستناد حينئذ إلى الخطأ لتبرير تعقب التعسف في استعمال الحق ومنعه إلا مجرد تبرير مرحلي يحجب الثروة على الأصول القانونية التقليدية في غيبة النص التشريعي على مبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق، أدخل القانون الحديث اليوم نصوص تشريعية تتعلق بهذا المبدأ مما يجعل منه أصلا من الأصول القانونية المقررة فقد أصبح من الواجب تخطي هذه المرحلة وإمعان النظر في جوهر فكرة التعسف وحققتها.

واستند هذا الرأي للحجج التالية<sup>(1)</sup>:

- قصور فكرة الخطأ عن استيعاب حالات التعسف.
- أسبقية فكرة التعسف عن المسؤولية.
- الدور الوقائي لنظرية التعسف في استعمال الحق.
- الاعتماد على أصل تاريخي.
- فصل نصوص التعسف عن نصوص المسؤولية التقصيرية.

**المطلب الثاني: معايير التعسف في استعمال الوصية:**

تشير مفاهيم الكشف استعمال الوصية الى استخدام الوصية، بطريقه تتجاوز ما يعتبر مقبولا من قبل الشرع والقانون. ومن هذا المنطلق فإن هناك عدة معايير سنتطرق إليها لتحديد ما إذا كان استعمال الوصية قد تجاوز حدوده وتحول الى تعسف، ومن هذه المعايير **(الفرع الأول) قصد الإضرار بالغير (الفرع الثاني) عدم تناسب بين المصلحة المحققة والضرر اللاحق بالغير (الفرع الثالث) معايير المصلحة الغير مشروع.**

**الفرع الأول: قصد الإضرار بالغير:**

إن هذا المعيار الذي يعتمده المشرع في هذه الحالة، فهو ينظر في الغالب الى نية صاحب الحق في استخدامه. فإذا كانت النية تتعلق بإيذاء الآخرين بدون أي مبرر قانوني فإن استخدام الحق سيكون غير مشروع، ولكن إذا كانت النية تتعلق بتحقيق مصلحة مشروعة ومنفق عليها في القانون، فإن استخدام الحق

<sup>(1)</sup>فاطمة الزهراء ثبوت، المرجع سابق، ص ص 30-31-32...36.



سيكون مشروعاً،<sup>(1)</sup> والقصد هنا هو الأضرار بالورثة، حيث يتم الإيذاء للأجانب ثلث التركة مع وجود رغبة في أضرار بالورثة.

وتعد القرينة التي تشير إلى نية الإضرار بالورثة عندما تكون أموال التركة قليلة بالنسبة لعدد الورثة، ويقل نصيب كل منهم بخروج حق الموصي به أولاً أو عند وجود عداوة ظاهرة بين المتوفى.

مما يدفعه إلى الإيذاء للأجانب بحصة من المال مع حاجة الورثة إليه والقرائن على هذه النية تختلف باختلاف الأشخاص والوقائع وقد تظهر وقد تختفي ويبقى الأساس ديني ومراقبة الله في الوصية، الأمر الوحيد الذي يرجع الموصي ويمنعه من الإضرار. وهذا القصد هو محظور شرعاً وقانوناً يجب تجنب القصد السيء والسعي لحل النزاعات الوراثة بطرق قانونية وشرعية تحفظ الحقوق لجميع بدون أضرار.<sup>(2)</sup>

وهذا ما جاءت به المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري في فقرتها 01: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية: إذا وقع بقصد الإضرار بالغير..."<sup>(3)</sup> وعلى ذلك لا يندرج ضمن هذا المعيار الحالة التي يقترن فيها قصد الإضرار بالغير بقصد تحقيق منفعة مهما كانت تفاهتها ذلك أن هذه الحالة تكمن في الفقرة الثانية من المادة 124 مكرر قانون مدني. وحبذا لو يعيد المشرع صياغة المادة 124 مكرر في فقرتها الأولى منعا لتداخل بينها وبين الفقرة الثانية لذات المادة.

ولما كان القصد الإضرار بالغير واقعة مادية، فإنه من الجائز إثباته بكافة طرق الإثبات ولكن مع ذلك يبقى اثبات هذا القصد أمراً صعباً للغاية لاتصاله بأمر نفسية كامن داخل النفس البشرية لذلك جرى القضاء على استخلاص قرينة قضائية على القصد من انعدام المصلحة وتفاهتها.<sup>(4)</sup>

#### الفرع الثاني: عدم التناسب بين المصلحة المحققة والضرر اللاحق بالغير:

هو الاختلال في توازن المصالح المتعارضة وعن عدم التناسب بين المصلحة المحققة لشخص ما والضرر الذي يحدث للآخرين، ويشير هذا المعيار إلى أنه عندما يستخدم الشخص حقوقه بطريقة تتسبب في الإضرار بالآخرين بشكل كبير، فإنه يتعدى حدود الاستخدام العادل لتلك الحقوق.<sup>(5)</sup>

(1) نزيه نعيم شلالا، دعاوى تعسف وإساءة استعمال الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 120.

(2) عبير ربحي شاكر، المرجع السابق، ص 303.

(3) المادة 124 مكرر، من القانون المدني.

(4) نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى دراسة القانون نظرية الحق منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص 323.

(5) نزيه نعيم شلالا، المرجع السابق، ص 121.

وهو معيار مادي موضوعي، يختلف عن سابقه في أنه لا يستند إلى الناحية الشخصية لدى صاحب الحق إذا كان هذا المعيار يقوم على أساس الموازنة بين مصالح المتعارضة مصلحة صاحب الحق، في استعمال حقه ومصلحة الغير في تقادي الضرر الحاصل من ذلك فإن هذه الموازنة تقودنا إلى ثلاث نتائج مختلفة الأولى وهي رجحان الضرر اللاحق بالغير على مصلحة صاحب الحق وفي الحالة التي يتحقق التعسف إذا لصاحب الحق مصلحة جدية مشروعة و الثالث وهي تساوي المصلحة والضرر وبالتالي لا يتحقق التعسف ذلك أن يشترط أن تكون المصلحة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير والحال هنا مختلف لأن المصلحة مساوية للضرر. (1)

### الفرع الثالث: معيار المصلحة الغير المشروعة:

يقصد بأن صاحب الحق يستعمل حقه لتحقيق غرض غير مشروع ينافي ويخالف الغرض والقصد الذي شرع الحق من أجله، فيكون بذلك التصرف باطلا لمخالفته قصد الشارع من وضع الحقوق، ولا خلاف بين العلماء في هذا لأنه تحيل على المصالح التي بنيت عليها الشرعية وهدم لقواعدها. (2)

وفي حالة الوصية يجب أن تكون المصلحة المقصودة هي المصلحة العامة التي تضمن توزيع الممتلكات على أكبر عدد من المستحقين. وليس المصلحة الخاصة للمحتاجين من الأقارب الموصي غير الوارثين فقط وفي حالة وجود دين لبعض الورثة فإن ذلك يجوز أن يؤدي إلى إبطال المصلحة العامة من خلال تركيز الممتلكات في يد بعض الورثة وحرمان الآخرين وبالتالي يجب السعي لتحقيق المساواة والعدل في التوزيع، وفي حالة عدم وجود مستحقين من أقارب الموصي غير الوارثين، يمكن توزيع المال على الجميع كما قرر الشرع. (3)

(1) شوقي بناسي، التعسف في استعمال الحق في ضوء المادة 124 مكرر المستحدثة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزائر، ص 218-219.

(2) مجيدي العربي، دور الفقه المالكي في بناء وتأصيل معايير نظرية التعسف في استعمال الحق، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، العدد 02، المجلد 04، 2019، ص 2055.

(3) عبير ربحي شاكر، المرجع السابق، ص 304.

## خلاصة الفصل الأول:

تطرقنا في الفصل الأول إلى أن الوصية، سبب من أسباب كسب الملكية حيث بينا ماهية الوصية وما يلحق بها، وذلك من خلال تحديد وضبط تعريف الوصية تعريف فقها وقانونيا والذي أجمعوا عليه الفقهاء بأنها تملك مضاف إلى بعد الموت، سواء كان الموصي به عينا أو منفعة، أما قانون فقد نص عليها المشرع الجزائري في المواد من 775 إلى 777 قانون مدني. وكذلك في قانون الأسرة نص عليها في المواد من 184 إلى غاية 201. واستقر القضاء الجزائري على اعتماد نفس التعريف الوارد في المادة 184 قانون أسرة. ثم تطرقنا إلى مشروعيتها فهي مشروعة أما من ناحية حكمها فقد أجمع الحكم التكليفي على أنها ليست واجبة، والحكم الوضعي أجمعوا على أنها جائزة على سبيل الأصل.

ثم تطرقنا إلى ما تتعد به الوصية، من أركان وشروط وجب توفرها في الوصية لكي تصبح صحيحة ونافاذة، وأركان الوصية أربعة الموصي، الموصي له، الموصي به والصيغة. والشروط منها ماهي شكلية وماهي موضوعية وماهي قانونية المتعلقة بالموصي والموصي له والموصي به.

ومن ثم ما يلحق بالوصية من التعسف الذي يخالف الشريعة والقانون وذلك من خلال تحديد وضبط معنى التعسف في استعمال الوصية، وقد حدد المشرع صفة الأشخاص الذين تثبت لهم الوصية، بأن لا يكونوا من الورثة، كما حدد قيمتها بأن لا تزيد عن ثلث التركة. فإذا لم يلتزم المورث بهذين القيدتين فقد خرج على حدود حقه فلا تنفذ الوصية إلا إذا أجازها الورثة. وتطرقنا أيضا إلى التعسف بين نظام المسؤولية التقصيرية ونظام مستقل والذي كان محل اختلاف فقهي في تحديد ما إذا كان التعسف في استعمال الحق صورة من صور الخطأ، وبالمقابل هنالك اتجاه ذهب التعسف في استعمال الحق مستقل عن الخطأ.

ثم بحثنا عن المعايير التي يقوم عليها التعسف في استعمال الوصية، وهي قصد الإضرار بالغير التي تكمن في نية صاحب الوصية، فإذا كانت تتعلق بإيذاء الآخرين بدون أي مبرر قانوني فإن استخدام الوصية سيكون غير مشروع. وكذلك معيار عدم مشروعية المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها والتي تكون باستعمال حقه لتحقيق غرض غير مشروع ينافي ويخالف الغرض والقصد الذي شرع الحق من أجله، ضف إلى ذلك معيار عدم التناسب بين المصلحة المحققة لشخص ما والضرر الذي يحدث للآخرين.

## الفصل الثاني

تطبيقات التعسف في استعمال الوصية

تمهيد

بعد استعراض ماهية الوصية من مختلف جوانبها إلى غاية إنشائها و بيان طبيعة القانونية للتعسف إلى غاية بيان معاييرها، نأتي إلى الفصل الثاني الذي يدور حول تطبيقات في استعمال الوصية التي نقصد بها صور الإضرار التي قد تمس الورثة و ح وضع المشرع الجزائري قواعد تحمي الوصية لمنع التحايل على أحكام القانون فالتحايل يأخذ عدة أشكال منها شكل التحيز للأحد الورثة دون البقية أو يصل إلى حد الحرمان لجميع الورثة كما قد يكون نتيجة لرغبة الموصي في الإحسان حين يمرض و يشعر بأن موته قد إقترب .

ولذا فإن المشرع اعتمد على الأسس سابقة الذكر أقام قرائن قانونية لحماية المصالح العامة بهدف صد هذا التحايل على القانون من جهة حماية لحقوق الورثة من جهة أخرى من خلال القرينتين القانونيتين المنصوص عليهما في المادتين 776 و 777 من القانون المدني المتعلقة بالتصرفات المبرمة في مرض الموت و التصرف لوارث مع الإحتفاظ بالحيازة العين و الإنتفاع بها مدى الحياة .

## المبحث الأول : التعسف بالوصية اضرارا بالورثة:

التعسف بالوصية يشير إلى العمل الغير مشروع أو الخروج عن القواعد المحددة في وصية شخص ما. إذا تم الإضرار بالوصية، فإن ذلك يعني أنه تم التصرف بشكل غير قانوني. و بالتالي يستلزم التعرض إلى صور الإضرار بالوصية في (المطلب الأول) التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحياة و الانتفاع بشيء مدى الحياة (مطلب ثاني) .

## المطلب الأول : صور الإضرار بالوصية :

يقع التعسف في حق الإيضاء على إرادة الموصي وحده في عدة مجالات، وسوف نتطرق في بيان صور الإضرار بالوصية (الفرع الأول) الوصية لوارث و(الفرع الثاني) الوصية بما يزيد عن الثلث لغير الوارث (الفرع الثالث) الإيضاء في حدود الثلث مع قصد الإضرار بالورثة.

## الفرع الأول : الوصية لوارث :

إن الوصية تعد تصرفا مضافا إلى ما بعد الوفاة، يتحقق فيها الخلافة في المال بالوفاة فهي تقترب من الميراث كسبب من أسباب كسب الملكية ، و تختلف فيه من حيث الاختيار فالشارع الحكيم لما نظم الخلافة في المال بالميراث تولاهما بالتوزيع العادل، و بالمقابل نظم أمر الخلافة بالوصية مقيدا حرية الأشخاص في الإيضاء بغية الحفاظ على حقوق الورثة ، و حماية لهم من خطر التصرف في الوصية كأن يؤثر وارثا بالوصية دون باقي الورثة و إضرارهم . وهذه الوصية باطلة و لا تجوز باتفاق العلماء وهذا لقوله صلى الله عليه وسلم: " إن الله أعطى ذي حق حقه فلا وصية لوارث " وقد أبطلها المشرع الجزائري إلا إذا أجازها الورثة كما ورد في المادة 189 من قانون الأسرة الجزائري<sup>(1)</sup>.

حيث قضت المحكمة العليا بقاعدة عدم جواز الوصية لوارث، إلا إذا أجازها الورثة في أحد قراراتها الصادر بتاريخ: 1992/11/24 أي عملا بأحكام الشريعة الإسلامية. قيد المشرع الوصية بقبدين يجعلان منها حق محدد أولهما ما جاء في المادة 189 من قانون الأسرة والثاني ما نصت عليه المادة 185 من نفس القانون.<sup>(2)</sup>

(1) ثبوت فاطمة الزهراء ، المرجع السابق ، ص128.

(2) قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1992/11/24 ملف رقم 86039 ، الإجتهد القضائي ، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001، ص292.

## الفرع الثاني : الوصية بما يزيد عن الثلث لغير وارث

من المعروف أو المعلوم أن التركة بعد موت صاحب المال تدفع إلى ثلاثة مصاريف أساسية:

تكفين الميت وقضاء حوائجه و سداد ديونه ثم تنفيذ الوصايا والهبات، و تقسيم الإرث.

وأن الأصل في الوصية أن التصرف من ثلث التركة الباقي بعد تجهيز الميت وقضاء ديونه والأصل أن يكون مصرفها غير الورثة وأن لا تتجاوز الثلث.

ومنه قد يحدث أن يوصي الشخص بثلث ماله لأجنبي لا يريد من ذلك الأجر والثواب فقط. بل يريد الإضرار بالورثة، و التقليل من المجموع العام للتركة التي ستؤول إليهم، و تصرفه مشروع في الظاهر فلا مسائلة من أحد كما أقر الفقهاء لعدم المخالفة (1).

روي أن ابن سعد بن ابي وقاص مرض بمكة فعاده النبي صلى الله عليه وسلم فقال: " يا رسول الله إني لا أخلف إلا بنتا فأوصى بجميع مالي، قال لا قال : فأوصى بثلثي مالي؟ قال لا فبنصفه؟ قال لا فبثلثه؟ قال : الثلث و الثلث كثير لأن لاتدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس " ومنه وجه الدلالة أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى للموصي حق التصرف في الوصية مالم تتجاوز الثلث حفظا لحق الورثة .

قوله صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار"، يقيد الوصية لأجنبي في حدود الثلث بأن لا تتمحض للإضرار بالورثة لأن الضرر ممنوع قصداً أو تسببياً. وهو إن كان قصداً كان أشد رفضاً وأكد دفعا.

فمن قصد الإضرار من الوصية لم يحصل زيادة الأجر المنصوص عليها بل جلب لنفسه زيادة وزر لمناقضته قصد الله تعالى من تشريع الوصية .

ومنه ومن المنصوص عليه في الشريعة الإسلامية قصر الوصية على الثلث وأن تكون لأجنبي حتى تجاز أما إذا كانت بزيادة عن الثلث أو لوارث فهي مجازة لاستعمال الحق تحتاج إلى موافقة المتضررين و المعنيين من الورثة(2).

(1) عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص 298.

(2) عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع نفسه، ص 299، 300.

ومنه هنا نخرج عن حدود الحق ألا إذا رضى الورثة بهذه الزيادة وكذلك هذه الصورة لا تكفي على أنها تعسف من الموصي في استعمال حق لعدم وجود الحق أصلاً.<sup>(1)</sup>

### الفرع الثالث : الإيذاء في حدود الثلث مع قصد الإضرار بالورثة :

هذه الصورة تعتبر عين التعسف وذلك أن الموصي قد تقيّد بالشروط الموضوعية للوصية ولم يخرج عن الحدود المشروعية لها غير أنه قصد بإيقاعها إلحاق الضرر بالورثة.

وعليه فإن أول ما يترتب على هذا التعسف هو الإثم والمؤاخذة، باعتبار ارتكابه لمحرّم ثابت بصحيح القرآن والسنة، وقد قال ابن عباس رضي الله عنه "الإضرار بالوصية من الكبائر".

وإن الأصل أن الوصية في مفهومها في الإسلام هي باب من أبواب الاتفاق على الأقرباء الذين لا يرثون وعلى أصحاب الخير. وعموماً على وجوه الخير كالوصية للفقراء أو لدور العلم. الهدف منها التكافل الاجتماعي إلى درجة تقرير وجوب الوصية في بعض الحالات بحكم الشرع والقانون وهو ما يسمى بالوصية الواجبة أي التنزيل طبقاً للمواد 169 إلى 172 من قانون الأسرة.<sup>(2)</sup>

واعتبار الوصية المحرمة في حالات أخرى كوصية صاحب المال القليل للغير مع أن ورثته كثيرون ومحتاجون مصداقاً لقوله صلى الله عليه وسلم " إنك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس " وعليه و تحقيقاً لهذا الغرض النبيل للوصية اعتبرت الشريعة الإسلامية الوصية باطلة إذا كان القصد منها هو الإضرار بالورثة و حقوقهم.<sup>(3)</sup>

لقوله تعالى " مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ خَلِيمٌ"<sup>(4)</sup>

حقق العلماء بطلان ما نسبي وصية الضرار، وهي التي يقصد بها الإضرار بالورثة كأن يوصي الشخص بثلث ماله لبعض جهات البر في هذه الحالة لو لم يكن القانون يمنع من الوصية المضارة بالوارث

(1) بلحورابي سعاد ، نظرية التعسف في استعمال الحق و تطبيقاتها في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، رسالة

ماجستير، جامعة ملود معمري ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ،تيزي وزو،2014، ص 39.

(2) ثبوت فاطمة الزهراء ، المرجع السابق ، ص129،130.

(3) بلحورابي سعاد ، المرجع السابق ، ص39.

(4) سورة النساء ، الآية 12.



والباعث يكون منافيا لمقاصد الشارع فالوصية المشتملة على الضرر مخالفة لما شرعه الله تعالى وما كان كذلك فهو معصية.(1)

وتقييد الوصية خصوصا في عدم إجازته الوصية لوارث يكون قد تماشى مع بعض القواعد الفقهية المشهورة منها "درء المفسد المقدم على جلب المصالح" فهو يحقق المصلحة الراجحة المتمثلة في الإبقاء على كيان الأسرة ووحدتها والحفاظ على صلة الرحم بين أفرادها، فهذا يتحقق بعدم جواز الوصية لوارث حتى لا تنحصر ثروة الموصي كلها في وارث واحد على حساب مبادئ التكافل الاجتماعي.

ومنه فإن الوصية قد شرعت في حدود الثلث كوسيلة من وسائل البر والثواب يستفيد الموصي من ثوابه بعد موته وانقطاع عمله، غير أنها تبطل إذا ما ثبت تعسف الموصي بأنه قصد هنا محض الإضرار بالورثة أي إذا كان القصد الإلحاق الضرر هو الباعث الأساسي على إبرام الوصية.

وأن الوصية في الأخير مقيدة بعدم التعسف في استعمالها بالاعتماد على ما نقلناه من نص المادة 124 مكرر قانون المدني التي تطبق على حق الايصاء.(2)

#### المطلب الثاني: التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحيازة والانتفاع بالشيء مدى الحياة:

تصدر من المورث بعض التصرفات وهو في كامل صحته رغبة منه في المحاباة بعض الورثة على الآخرين، ورغبة من المشرع في معاملة المورث هنا بنقيض قصده فقد أقام قرينة قانونية بنص المادة 777 القانون المدني التي تنص على ما يلي: "يعتبر تصرف الوصية لا تجري عليه أحكامها إذا تصرف الشخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما لحيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك".

ومن المادة نستخلص قرينة مفادها أنه إذ تصرف المورث حال حياته وهو في صحته إلى أحد ورثته وكان مقيدا بشروط وهذا ما سنتطرق إليه في (الفرع الأول) شروط حسب المادة 777 قانون مدني و(الفرع الثاني) أحكام التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحيازة و(الفرع الثالث) قواعد الإثبات المتعلقة بأحكام التصرف لوارث و(الفرع الرابع) تحت عنوان موقف الورثة من الوصية طبقا لأحكام القانون المدني.

(1) ثبوت فاطمة الزهرى، المرجع السابق، ص130.

(2) - بلحورابي سعاد، المرجع السابق، ص 40.

الفرع الأول: شروط حسب المادة 777 قانون مدني:

أولاً: أن يتم التصرف لأحد الورثة :

وهذا يعني أن أي تصرف يتم في الميراث يجب أن يكون متوافقا مع هذا الشرط وإذا كان المورث ليس لديه ابن يرثه، فيمكن له أن يقوم بوضع وصية تفيد بأن ميراثه سيتم توزيعه على أحد أفراد عائلته الآخرين، مثل ابنته أو زوجته. ومن الممكن أن يكون التصرف هذا مستترا في الوصية، لأن الوصية لا تعتبر جائزة لأحد الورثة وهذا حسب المشرع الجزائري ومع ذلك يتطلب هذا التصرف موافقة باقي الورثة، وإذا لم يكن هناك موافقة منهم فلا يمكن تنفيذ الوصية. ويعد وارثا كل شخص كانت له الصفة وقت وفاة المورث ولو لم تكن له وقت التصرف فالعبرة بوقت الوفاة. وهذا يعني أن أي شخص يموت بعد المورث ولم يكن له وقت التصرف في الميراث، فإنه لم يشارك في التصرف في الميراث ولن يرث منه.<sup>(1)</sup>

ثانياً: احتفاظ المتصرف فيها بحياسة العين المتصرف فيها طيلة حياته:

يعني أن المتصرف يمتلك السيطرة الكاملة على العين التي يتولاها المسؤولية عنها، ويستطيع ممارسة كافة صلاحيات المالك الحقيقي للعين بشأنها، وذلك بغض النظر عن الوضع القانوني الرسمي لنقل الملكية إلى المتصرف، ويمكن أن يتم إثبات هذا النوع من الحياسة بطرق مختلفة (كافة طرق الإثبات) مثل الحصول على شهادات ووثائق تثبت تعيين المتصرف وتقويض بالصلاحيات اللازمة للتصرف في العين أو عن طريق شهادة الشهود، الذين يثبتون تواجد المتصرف في العين وتمكنه من التصرف فيها ويجب أن يكون مشروعا ولا يجوز للمتصرف استغلال هذا النوع من الحياسة بطريقة تتعارض مع المصلحة العامة.<sup>(2)</sup>

ثالثاً: أن يحتفظ المتصرف بحقه في الانتفاع بالعين مدى حياته:

يجب أن يحتفظ المورث بحقه في الانتفاع بالعين المتصرف فيها لو ارثه مدى حياته حتى يأخذ التصرف حكم الوصية سواء كان حق الانتفاع حقا عينيا، كأن يقتصر التصرف على ملكة الرقبة أو كان حقا شخصيا كما لو أستأجر العين من المتصرف له.

(1)- العربي زينتو، حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري، شهادة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، الجزائر، 2015، ص 114.

(2)- محمد توفيق قديري، حماية الورثة من الوصية المخالفة لقواعد الميراث في القانون الجزائري، مجلة دراسات القانونية المقارنة، الجزائر، المجلد 06، العدد 02، 2020، ص 646.

فإذا توافر هذه الشروط جميعا قامت قرينة قانونية بسيطة على أن التصرف وصية مستترة فتسري عليه أحكامها بغض النظر عن التسمية التي تعطي لهذا التصرف، غير أنه يجوز للوارث المتصرف له أن يثبت عكس هذا القرينة بأن يثبت مثلا أن تصرف في حقيقته بيع وذلك بإقامة دليل على الوقاعة دون دفع الثمن، أو أن يثبت أن حيازة المتصرف للعين تسند إلى سبب آخر كعقد الإيجار أو غيرها.<sup>(1)</sup>

نصت المادة 852 من القانون المدني على ما يلي: "ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين، فإن لم يعين أجل عد مقررًا لحياة المنتفع، وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع..."<sup>(2)</sup>.

القرار رقم 186058 المؤرخ في 1998/03/17 عن غرفة الأحوال الشخصية والموارث الذي أيد قرار مجلس قضاء الجزائر الذي أيد بدوره حكم المحكمة الدرجة الأولى واعتبر الهيئة التي تضمنت شرطا بعدم نقل الملكية إلى ما بعد وفاة الواهب مضاف إلى ما بعد الموت وتعتبر وصية، وبما أنها كانت هبة بين الزوجين فإنها تعتبر وصية لوارث لا تنفذ دون إجازة الورثة وفي غياب الإجازة تبطل الوصية.<sup>(3)</sup>

### الفرع الثاني أحكام التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحيازة:

بتوافر الشروط المذكورة سالفا أي حسب المادة 777 قانون مدني فإن التصرف يتم خضوعه لأحكام الوصية وتقوم قرينة قانونية على أن التصرف المورث لأحد ورثته يعد وصية مستترة، فيطبق عليه الوصية متى ثبتت صورية الثمن. وقصد التحايل فيتوقف على إقرار الورثة، رغم صدور التصرف من المورث و هو في كامل صحته، إلا أنه قيد بشرط وهو الاحتفاظ بحيازة العين و الانتفاع بها طوال الحياة.<sup>(4)</sup>

وأكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1990/03/05 "من المقرر قانونا أنه يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها، إذا تصرف الشخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة المتصرف فيه الانتفاع به مد حياته مالم يكن هنالك دليل يخالف ذلك".<sup>(5)</sup>

والوارث الذي يطعن في التصرف هنا يعد من الغير بالنسبة لمورثه، لأن حقوقه تعلقت بالتركة وليس للمورث المساس بهذه الحقوق، فهو لا يعد خلفا لذا أجاز له الطعن في التصرف حتى لا يسري في حقه إلا بما هو ثابت من تقييد وهذا باعتبار أن الوارث يستمد حقه في الطعن من القانون مباشرة وليس بحق يتلقاه من مورثه لأن التصرف لأحد الورثة مع الاحتفاظ بالحيازة والانتفاع مدى الحياة يفترض فيه

(1)- شيخ نسيمة، المرجع السابق، ص 188-189.

(2) - المادة 852 القانون المدني الجزائري.

(3)- المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد 01، 1999، ص 28.

(4)- بالقاسم ناغل، حماية التركة في قانون الأسرة وقانون العقوبات، فرع الحقوق تخصص قانون أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة

محمد بوضياف، مسيلة، السنة الجامعية 2018-2019، ص 52.

(5)- القرار الصادر عن المحكمة العليا 1990/03/05، المجلة القضائية، 1992، العدد 03، ص 57.

قصد التحايل على نظام المواريث أي الإرث المقرر شرعا، ومن ثم لا يكون الحكم الصادر قبل المورث بصحة تصرف بالبيع مثلا حجة عليه. إذ يعد الوارث في حكم الغير فيها يختص بتصرفات مورثه الضارة به والماسة بحقه في الإرث.<sup>(1)</sup>

### الفرع الثالث: قواعد الإثبات المتعلقة بأحكام التصرف لو ارث:

أقام النص القانوني في المادة 777 من القانون المدني قرينة قانونية على نية الإيحاء متى توفرت الأركان الثلاثة سابقة الذكر ولذا فإن من يدعي أن التصرف وصية لا يطالب بإثبات ادعائه بل يعفى من ذلك العبء طالما أنه أثبت الشروط الثلاثة المتقدمة لأنه بتوافرها تقوم القرينة على أن التصرف المتنازع عليه هو تصرف تبرعي من جهة وعلى أن التصرف مضاف إلى ما بعد الموت من جهة أخرى.<sup>(2)</sup>

### أولاً: إمكانية إثبات عكس التصرف:

إن الاحتفاظ بحيازة العين والانتفاع بها مدى الحياة وإذا قامت قرينة قانونية على أن التصرف وصية مستترة ليس بقرينة قاطعة. يجوز لمن المتصرف له المورث أن يدحض هذا القرينة بإثبات العكس ولو عن طريق تقديم قرائن قضائية مضادة فيصح أن يثبت المشتري من المورث أن التصرف الصادر له هو بيع منجز أو هبة منجزه مستترة في صورة البيع وليس بوصية مضافة إلى ما بعد الموت.<sup>(3)</sup>

وذلك أن يثبت مثلا أن التصرف في حقيقته بيع وذلك بإقامة الدليل على الواقعة دفع الثمن، أو أن يثبت أن حيازة المتصرف للعين تستند إلى سبب آخر كعقد إيجار أو غيرها.

وعلى أي حال فإن الفصل في مدى اعتبار التصرف وصية مستترة من عدمه يخضع لسلطة التقديرية للقاضي الموضوع وقناعته وفق ما يقدم له من أدلة ودفع.<sup>(4)</sup>

وقد قضت المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1990/03/05 بما يلي: "... واشترط الواهب في عقد الهبة على الموهوب لها بأن تبقى الأموال الموهوبة بحيازته وتحت إرادته وتصرفه إلى ما بعد موته، وبما أن الطاعنة لم تثبت عكس ما جاء في العقد لا من حيث علاقتها بالواهب أو من حيث تدليل على حيازتها لفعلية والمادية للشيء الموهوب أبان حياة الواهب، وعلى ذلك لا يعتبر ما قضى به المجلس خرقا

(1)- العربي زيننتو، المرجع السابق، ص 126-127.

(2)- زهدور محمد، المرجع السابق، ص 145.

(3)- عبد الحكيم فودة، النظام القانوني لحماية الورثة من الوصايا المستترة في مرض الموت، بدون دار النشر، مصر، 2006، ص 191-192.

(4)- شيخ نسيم، المرجع السابق، ص 189.

للقانون...، وأن قضاة المجلس لم فضوا ببطلان وعدم التنفيذ التصرف طبقوا الشريعة الإسلامية أحسن تطبيق".<sup>(1)</sup>

ومنه فإن الطاعة لم تثبت عكس القرينة القانونية الواردة في المادة 777 من القانون المدني أنها ليست من ورثته، وأن حيازة المتصرف ليست فعلية حال حياته. فإن التصرف لا يعتبر وصية مستترة ولا تسري عليه أحكام الوصية بل يعتبر بيعا منجزا أو هبة منجزة وتسري عليه أحكام البيع أو الهبة وإذا لم يستطع من التصرف له المورث دحض القرينة بإثبات العكس وهذا هو الغالب في العمل بقيت القرينة قائمة واعتبر التصرف وصية مستترة تسري عليها أحكام الوصية، ومن ثم لا تنفذ في حق الورثة فيما يجاوز الثلث التركة إلا إذا أجازوها ولا تسري في حق دائني التركة حق الموصي له ويجوز للموصي في حالة حياته أن يعدل الوصية وتسقط بالعدول عنها وكذلك تسقط إذا مات الموصي له قبل موت الموصي.<sup>(2)</sup>

#### ثانيا: صعوبة إثبات عكس التصرف:

تبقى المادة 777 من القانون المدني قائمة لصعوبة دحضها بإثبات العكس وهذا ما يحدث غالبا لعدة أسباب منها ما يتم إبرام هذه التصرفات بموجب محرر رسمي خصوصا وأنها تكون في كثير من الأحيان في شكل هبة للعين مع الاحتفاظ بالحيازة أو الانتفاع مدى الحياة، وهذا ما يجعل الأمر يصل إلى حد كبير من الصعوبات في إثبات عكس هذه القرينة لها فالمحرر الرسمي من حجة مطلقة في الإثبات لا يدحضه إلا الطعن بالتزوير حسب ما تقضي المادة 324 المكرر 05 من القانون المدني. وإن كان يمكن إثبات العكس بدليل يوازي على الأقل الورقة الرسمية إلى أن هذا الأخير لا يعد أن يكون تعديلا أصلي عن طريق تحية القيد أو شرط نفسه.<sup>(3)</sup>

حسب قرار المحكمة العليا المؤرخ في: 2002/04/24 عن الغرفة العقارية الذي نقض قرار المجلس القضاء الجلفة الذي أبطل عقد الهبة في مرض الموت دون أن ينص على إعادة تكييفها إلى وصية يمكن للموهوب له في العقد الأول أن يستفيد منها في حدود القانون.<sup>(4)</sup>

(1)- قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية الصادر بتاريخ 1990/03/05، ملف رقم 59240، المجلة القضائية، العدد 03، ص 62.

(2)- عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص 192-193.

(3)- العربي زيننتو، المرجع السابق، ص 132.

(4)- المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد الثاني، 2002، ص 387.

## الفرع الرابع: موقف الورثة من الوصية طبقا لأحكام القانون الجزائري:

أنه وحسب المادة 776 الفقرة 01 والتي تنص على أنه "كل تصرف قانوني يصدر عن الشخص في مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف: "ومنه أن الحكم تصرفات المريض مرض الموت جائز ومفاده ما يلي:

- أن العبرة في هذه المادة بقصد أي بالنية وليس بظاهر العقد أو شكله والمعروف أن هذه المسألة خاضعة لسلطة وتقدير قاضي الموضوع.

- أن تصرف إذا انطوى صراحة على معنى التبرع فلا صعوبة في الأمر إذ تسري عليه أحكام الوصية ومثال ذلك الهبة.

- وأن التصرف إذا كان في ظاهره معاوضة وادعى أحد الورثة أنه تبرع، وأثبت ذلك بالطرق مخولة قانونا سرت أحكام الوصية ولا تسري أحكام المعاوضة فإنه تبرع في مرض الموت.<sup>(1)</sup>

ونصت المادة 408 من قانون المدني الجزائري على حكم معاوضات البيع التي تتم في مرض الموت. ومنه كانت تشريعنا الجديد في صدد هذا النص قد وجهت إليه انتقادات حاسمة من الأستاذ الدكتور علي علي سليمان، حيث أثبت هذه الانتقادات لتكون محل اعتبار في ذهن المشرع الجزائري لتعديل النص على مقتضاها. وأن الأستاذ الدكتور سليمان يقوم في هذا الصدد "أخطأت النسختان العربية والفرنسية في البيع في مرض الموت حسب نص المادة 408 على أنه إذا كان البيع الوارث فإنه لا ينفذ في حق الورثة الآخرين إلا إذا أقره ثم أضافة الفقرة الثانية ...، أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه من أجل ذلك يكون قابلا للإبطال.<sup>(2)</sup>

## المبحث الثاني: الوصية المستترة:

إضافة إلى التصرفات التي يبرمها الشخص وهو في كامل صحته رغبة في التعسف منه في الوصية، فإنه قد تصدر منه تصرفات وهو في مرض الموت والتي تأخذ حكم الوصية. ومما يستلزم بيان الوصية في مرض الموت (المطلب الأول) وبيان إخفاء الوصية تحت ستار عقد آخر (المطلب الثاني).

(1)- كمال صمامة، المرجع السابق، ص 413.

(2)- زهدور محمد، المرجع السابق، ص 133-134.

## المطلب الأول: الوصية في مرض الموت:

الوصية في مرض الموت هي إرادة مكتوبة تتضمن توصيات وتعليمات شخصية يريدها المريض أن تنفذ بعد وفاته والسؤال الذي يتبادر إلى أذهاننا هل الموصي هنا لم يتجاوز ما يعتبر مقبولا من الشرع والقانون أم تجاوزه وهل هو بذاته أهلا للقيام بهذه الوصية؟ وللإجابة على هذه الأسئلة يجب التطرق إلى تعريف الوصية في مرض الموت (الفرع الأول) وشروط تحقق مرض الموت (فرع ثاني) وإثبات مرض الموت وتأثيره على وصية المريض (الفرع الثالث).

## الفرع الأول: تعريف الوصية في مرض الموت:

## أولا: تعريف مرض الموت:

لغة: المرض هو حالة تشير إلى عدم الاعتدال في حالة الصحة لدى الكائن الحي وهو السقم وهو نقيض الصحة، ومنه قوله تعالى: "فِي قُلُوبِهِمْ مَرَضٌ فَزَادَهُمُ اللَّهُ مَرَضًا" (1) أي شك ونفاق وفتور عن تقبل الحق أو جحدا وتكذيبا والموت هو خلاف الحياة كما يدل على ذهاب القوة من الشيء. (2)

اصطلاحا: ومن الضوابط المقررة في تحديد مرض الموت وعلى ما جرى به القضاء هذه المحكمة أن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك، ويشعر المريض بدنو أجله، وأن ينتهي بالوفاة، فإذا استطال المرض لأكثر من سنة فلا يعتبر مرض موت مهما يكن خطورته هذا المرض واحتمال عدم براء صاحبه منه وتكون تصرفاته صحيحة. (3)

تنص المادة 01/776 من القانون المدني الجزائري على: "كل تصرف قانوني يصدر من الشخص في حال مرض الموت، بقصد التبرع يعتبر شرعا مضافا إلى ما بعد الموت ويسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف". (4)

وخلاصة ما اصطلح عليه الفقهاء، فإن مرض الموت يعتبر المرض الذي يوجب اليأس من الحياة ويقترب به الإنسان من الوفاة، يجب أن يكون محاطا بشرط أساسي وهو يأس المورث من الحياة وقت تصرفه والحكمة الجلية في هذا الشرط، هي أن المريض المقتبل على الموت يفقد الحرص على مصالحه

(1) - سورة البقرة، الآية 10.

(2) - كمال صمامة، تصرفات الصادرة عن مريض مرض الموت في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 12-13.

(3) - أنور الطلبة، المرجع السابق، ص 278.

(4) - المادة 01/776 قانون المدني الجزائري.

الدينية، ولهذا جاء المشرع للحرص على حقوق الورثة بأن تصرف مريض مرض الموت بقصد التبرع يعتبر وصية.<sup>(1)</sup>

### ثانيا: تعريف الوصية في مرض الموت:

أما الوصية في مرض الموت فهي جائزة، بالرغم من أن قانون الأسرة الجزائري لم ينص عليها في أحكام الوصية<sup>(2)</sup>، وإنما نص عليها في القانون المدني من خلال المادة 776 من القانون المدني الجزائري ما يلي: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه احكام الوصية أيا كانت السمة التي تعطى لهذا التصرف"<sup>(3)</sup>، وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني، فتصدر عن مورثهم وهو في مرض الموت".

وعلى ورثة المتصرف، أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج الورثة بتاريخ الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابت.<sup>(4)</sup>

### الفرع الثاني: شروط مرض الموت:

#### 1- أن يقعد المريض عن قضاء حوائجه:

أن يعجز الرجل عن قضاء حوائجه العادية المألوفة والتي يستطيع الأصحاء عادة مباشرتها. وإذا كانت من الإناث أن تقعدها عن قضاء مهامها المنزلية وليس لازما أن يلزم المريض الفراش.<sup>(5)</sup> وإذا كان يقدر على القيام بتكليف والذي يقضيها فيه وهو يشتهي لا يعتبر مريضا وقيل إذا كان يخطو ثلاث خطوات من غير أن يستعين بغيره فهو صحيح وإلا فهو مريض.

- وقيل المريض من لا يقدر على أداء الصلاة قائما.

- وقيل من لا يقدر أن يقوم إلا أن يقيمه غيره.

- وقيل من لا يقدر على المشي إلا أن يتهادى بين اثنين.

(1) - نبيل صقر، تصرفات مريض مرض الموت، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص 12.

(2) - بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 22.

(3) - المادة 776 من القانون المدني الجزائري.

(4) - شوبر نورية، تنازع القوانين في مسائل الميراث الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، مجلة بحوث

القانون، سيدي بلعباس، الجزائر، المجلد 05، العدد 02، 2018، ص 200.

(5) - نبيل صقر، المرجع السابق، ص 13\_14.



- وقيل من زاد مرضه.<sup>(1)</sup>

## 2- أن يغلب في المرض خوف الهلاك:

فالمرض الذي فيه خوف الهلاك هو الذي يؤدي إلى الوفاة، وغالبا ما يتميز بأعراض خطيرة على حياة المريض، وبالتالي يكون خوف المريض من الهلاك هو الصفة الأساسية لهذا المرض، ومن المهم ملاحظته أنه يمكن للأشخاص الذين يعانون من أمراض خفيفة أو بسيطة أن يتعافوا منها بشكل كامل ودون تعرض حياتهم للخطر، وعادة ما يتم التعامل مع هذه الحالات على أنها حالات صحية عادية. ولا يعتبر خوف الهلاك هو الصفة الأساسية لهذه الحالات، كما تستبعد أيضا الأمراض المزمنة إذا طالت بحيث يطمئن المريض إلى ابتعاد خطر الموت العاجل، ومن بين الأمراض الذي يغلب فيهم الهلاك السرطان إذا أصاب مناطق أو أجزاء حساسة من الجسم، ومريض السيدا، وكذا مرض السل وغيرها.<sup>(2)</sup>

## 3- أن ينتهي المريض بالموت فعلا:

إذا كان الشخص المريض مباشرة بحيث لا يفصل بينها فترة صحة، وقد توفي بسبب المرض أو بسبب حادث آخر، فإن تصرفاته المالية قابلة للطعن إذا تم إثبات أنه كان غير قادر على تصرفاته العقلية بسبب المرض أو الحادث. وتقدير المرض وبحته لا بد من الرجوع إلى أهل الخبرة، ويرجع تقدير غلبة الهلاك إلى رأي الأطباء، بحيث يكون المرض من الأمراض التي تسبب الموت كالسرطان.

ولكن يعتبر المرض من أمراض الموت، يكفي أن يكون المريض على العلم بدنو أجله، وأنه لا يشفى. ويبقى للقاضي السلطة التقديرية مطلقة في تقدير ما إذا كان المرض مما يغلب عليه الهلاك عادة، وهو يراعي في هذا التقدير ظروف كل دعوى على حدى<sup>(3)</sup>.

والجدير بالذكر أن المريض الذي تصرف وهو يعتقد أنه مشرف على الموت ثم تماثل للشفاء، له حق الطعن في تصرفه للغلط في الباعث نعيًا منه على ركن السبب، فيكون التصرف قابلا للإبطال.<sup>(4)</sup>

(1) - عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص 29.

(2) - زروق عبد الرؤوف وحموش محمد، حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، تخصص قضاء المدرسة العليا للقضاء، جامعة الجزائر، 2005-2006، ص 25.

(3) - إيمان معمري، مدى تأثير أهلية المريض مرض الموت على عقود التبرعات، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، الجزائر، المجلد 11، العدد 01، 2020، ص 656.

(4) - محمودي عبد العزيز، رد التحايل على أحكام الميراث، قصر الكتاب، البليدة، 2006، ص 34.

الفرع الثالث: إثبات مرض الموت ومدى تأثيره على تصرفات المريض:

أولاً: اثبات مرض الموت:

أ- اثبات مرض الموت في الفقه الإسلامي:

يعتبر فقهاء الشريعة الإسلامية مرض الموت إذ تحققت شروطه وأوصافه واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات، والوارث أو الدائن هو الذي يتضرر غالباً من تصرفات المريض مرض الموت، لذلك فإن المكلف بإثبات المرض هو الوارث أو صاحب المصلحة، الذي يدعي حصول التصرف في مرض الموت ويطلب عدم نفاذه في حقه.<sup>(1)</sup>

1- إذا خلت دعوى كل منهما من البينة:

قال الحنابلة والحنفية: القول قول مدعي صدرها في المريض لأن حال المرض أقرب من حال الصحة فمالم يتقين حال الصحة يحمل على الأقرب ولأن هذه التصرفات من الصفات العارضة فهي حادثة والحادث يضاف إلى أقرب وقت الحكم الذي يترتب عليه، والأقرب هنا هو المرض المتأخر زمانه عن زمان الصحة فكان القول قول من حدوثها في المرض إذ هو الأصل.

وقيل بأنه: "وإذا مات الرجل فقالت إمرأته قد كان طلقني ثلاثة في مرض موته ومات وأنا في العدة ولي ميراث وقال الورثة طلقك في صحته ولا ميراث لك فالقول لها".<sup>(2)</sup>

2- إذا اقترنت الدعوى كل منهما بالبينة:

وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في هذه الحالة إلى قولين:

القول الأول: وهو أنه ترجح بنية وقوعها في حال الصحة على بينة وقوعها في المرض لأن الأصل اعتبار حالة المرض لأنه حادث والأصل إضافة الحادث إلى أقرب وقت من الحكم الذي يترتب عليه والأقرب هو المرض المتأخر زمانه عن الصحة فلهذا كانت البينة الراجعة بينة من يدعي حدوثه في زمن الصحة إذ البينات شرعت لإثبات خلافه الأصل.

(1) - كمال صمامة، تصرفات المريض مرض الموت في الوصية بين الشريعة والقانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق، ص 404.

(2) - جليلي ابتسام، تصرفات المريض في مرض الموت، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2017-2018، ص 47.

القول الثاني: "ترجح بينة وقوعها في مرضه على بينة وقوعها في صحته"<sup>(1)</sup>

### 3- إذا اقترنت دعوى احدهما بالبينة دون الآخر:

لاخلاف بين الفقهاء في هذه الحالة في تقديم قول المدعى صاحب البينة على قول الآخر، الذي خلت دعواه عن البينة سواء قام صاحب البينة على صدور التصرف في صحته أو في مرضه.<sup>(2)</sup>

#### ب- إثبات مرض الموت في القانون الجزائري:

حسب نص المادة 2/776 قانون المدني الجزائري على أنه: "وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا".<sup>(3)</sup>

ومنه وحسب هذه المادة، يعتبر مرض الموت واقعة مادية فإنه يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات والقرائن وأكثر ما يثبت بالشهادات الطبية الدالة على حالة المريض في أواخر أيامه، لأنها دليل قوي وعملي للإثبات عند انتداب أصحاب الخبرة، كذلك يثبت بشهادة الشهود وبتقصي حياة المريض في أيامه الأخيرة وأن يثبتوا ذلك بكل الطرق.<sup>(4)</sup>

والقاضي عند تقديره لمرض الموت لا يخضع لرقابة المحكمة العليا وإنما تتصب رقابته على التسبيب الذي جاء به الحكم في ذلك، والعناصر التي اعتمد عليها لاعتبار المرض مرض الموت، فتأكد من توصل القاضي لذلك اعتمادا على أسباب شائعة وقانونية كما نتأكد من توافر شروط مرض الموت التي سبق بيانها.<sup>(5)</sup>

(1) - كمال صمامة، المرجع السابق، ص 410.

(2) - عائشة محمد إسماعيل الأمين، إثبات تصرفات المريض في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، دون مجلة، دون سنة، ص 1160.

(3) - المادة 776 من المر 75-58 المؤرخ في: 1975/09/26 يتضمن القانون المدني الجزائريين عدد 78 الصادر في 30 ديسمبر معدل ومتمم.

(4) - العربي زينو، المرجع السابق، ص 68-69.

(5) - إيمان معمري، المرجع السابق، ص 658-659.

ومن بين أهم أدلة إثبات مرض الموت الشهادات الطبية الدالة على حالة المريض في أواخر حياته بعد اللجوء إلى أهل الخبرة، حيث أشارت المحكمة العليا في العديد من قراراتها كالقرار الصادر بتاريخ: 1999/03/16 : "حيث أن الطاعن قد أثبت أن الهبة موضوع النزاع قد وقعت في مرض الموت سواء من ملاحظة الموثق نفسه في عقد الهبة أو من التقرير الطبي..."<sup>(1)</sup>.

ويقع عبئ إثبات مرض الموت على الورثة الذين يطعنون في تصرف مورثهم باعتبارات مقرر لمصلحتهم"<sup>(2)</sup>.

### ثانيا: مدى تأثيره على تصرفات المريض:

استمد القانون الجزائري الأحكام الخاصة بتصرفات المريض مرض الموت من الشريعة الإسلامية، إلا أنه لم يوضح المقصود بأهلية المريض مرض الموت وهل المرض الموت يفقدها أو ينقصها؟ وسنتطرق لذلك في الشريعة الإسلامية ثم في القانون المدني.

#### أ- أهلية المريض مرض الموت في الشريعة الإسلامية:

تتحقق أهلية الشخص حتى كان قادرا على فهم أدلة التكليف قادرا على الإتيان بها والفهم، لا يتحقق إلا لمن كان عاقلا لأن أداة الفهم والإدراك لا تكلف لمن لا عقل له.<sup>(3)</sup> فقد روى عن رسول صل الله عليه وسلم "رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل"<sup>(4)</sup> ولقوله تعالى "لَا يَكُفُّ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا"<sup>(5)</sup> وتعرض أحوال الإنسان وقدراته العقلية للأعياء والعجز ويلحقه النقص والتغيير، مما يجعل قدرته على التمييز والإدراك وتقدير عواقب الأمور واحتمالات المستقبل تضعف وتذبل أو تزول، وتغير صلاحيته والالتزام وبالتالي فإن أهليته للتكليف تختلف بحسب ذلك.<sup>(6)</sup>

(1) - قرار للمحكمة العليا الصادر في 1999/03/16 ملف رقم 219901 الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص 287.

(2) - زروق عبد الرؤوف حموش محمد، المرجع السابق، ص 32-33.

(3) - جليل إبتسام، المرجع السابق، ص 56.

(4) - رواه الإمام أحمد ورواه داوود والحاكم عن علي و عمر رضي الله عنهما و الصحيح الألباني برقم 3512 في الصحيح الجامع.

(5) - سورة البقرة الآية، 286.

(6) - إيمان معمري، المرجع السابق، ص 661.

والمريض مرض الموت هو شخص عاقل رشيد له أهلية الوجوب والأهلية الأداء، فهو أهلا للتعاقد شرعا وقانونا، ولذلك فإن الشريعة الإسلامية لم تحد من عقود المريض مرض الموت وتصرفاته لانعدام أهليته أو نقصها، وإنما يرجع تقييم التصرف في مرض الموت إلى تعلق حق الورثة بالأموال في وقت الموت لذلك لا يجوز للمورث التصرف الكامل في المال، حيث يعتبر في الحكم المملوك للورثة، و حفاظا على حق الدائن في تركته سيرا وراء رغبة دافعة لا يثار بعض الورثة مخالفا بذلك أحكام الميراث أو اندفاعا وراء محبة أو شهوة من يستحق أكثر من ماله أو تدفعه مغاضبة بعض الورثة محاولة حرمانهم من ميراثه بعد موته. (1)

### ب\_ أهلية المريض مرض الموت :

تنص المادة 40 من القانون المدني "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية".

وكذلك حسب المادة 06 من القانون المدني تسري القوانين المتعلقة بالأهلية على جميع الأشخاص الذين تتوفر فيهم الشروط المنصوص عليها. ومنه يكون العقد صحيحا إذا كانت جميع شروطه كاملة وغير منقوصة وينفذ مباشرة، أما إذا فقد شرطا من الشروط المطلوبة فإنه يكون باطلا أو غير صحيح.

ويراد من نفاذ العقد أن تترتب عليه آثاره في الحال ولا يتوقف على إجازة غير العاقد، وذلك يكون إذا كان العاقد مالك لما عقد عليه أهلا لاستقلال في إصدار هذا العقد بأن كان حرا بالغا عاقلا.

ومنه إذا نظرنا إلى هذا الأصل، بالنسبة إلى المريض وجدنا أنا المريض أهلا للتعاقد ومتى كان عقد على ما يملك كان عقده صحيح فيلزم أن يكون نافذا. (2)

واعتبار أهلية المريض مرض الموت أهلية كاملة كأهلية الصحيح يرجع إلى الأسباب التالية: (3)

- لو كان المريض مرض الموت ناقص الأهلية لكان تصرفه للوصية في حدود الثلث باطلا بطلانا مطلق لأنه تصرفه الضار به ضرر محضا، هنالك إجماع على أن تصرفه في حدود ثلث لأجنبي صحيح نهائيا ولو كان تصرفه يدور بين النفع والضرر، كالبيع مثلا لكان تصرفه لأجنبي في حدود الثلث قابل للإبطال وهناك إجماع على أنه صحيح نهائيا.

(1) - جليلي ابتسام ، المرجع السابق ،ص56.

(2) - رشاد السيد إبراهيم عامر، تصرفات المريض مرض الموت، رسالة ماجستير ، تخصص قانون خاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، الجزائر ، 1989، ص58.

(3) - إيمان معمري، المرجع السابق، ص 662.

- لو كان ناقص الأهلية لكان تصرفه تبرعيا، فإنه يكون باطلا بطلانا مطلقا ولا يستطيع ورثته إجازته، لأن التصرف الباطل بطلانا مطلقا، لا ترد عليه الإجازة وهناك إجماع على أن للورثة إجازة هذا التصرف.

- لو كان مريض مرض الموت ناقص الأهلية لكان تصرفه تبرعا باطلا بطلانا مطلقا إذا لم يكن له وارث. وهناك إجماع على أن تصرفه في ماله صحيح إذ لم يكن له وارث.

- إن نقص الأهلية يرجع القانون إلى عارض من عوارض الأهلية وهي الجنون والعتة والسفه والغفلة أو إلى عيب في الرضا وعيوب الرضا هي الغلط والإكراه والتدليس والاستغلال.

- لو قلنا ان تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر قابلة للإبطال فإن طلب الإبطال لا يكون إلا لمن شرع الإبطال لمصلحته وإذا مات وانتهى بموته هذا الحق وصار التصرف صحيحا نهائيا.

- وإذا كان للورثة الحق للإبطال تصرفه فإن حقهم هذا حق شخص لم يرثوه عن مورثهم، بل إنهم يستعملونه لدفاع عن حقوقهم لا عن حق مورثهم، وهذا ما استطعنا أن نرد به على القائلين بنقص الأهلية المريض مرض الموت.<sup>(1)</sup>

والقرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2005/02/02 رقم الملف 284738 حول تنازل في مرض الموت -إثباته- شرط عدم أهلية لتصرف والإدراك. والمبدئ المستخلص منه يشترط لاعتبار المرض مرض الموت أن يآثر على سلامة إدراك المريض أو ينقص من أهليته للتصرف، وجاء في حيثياته على الوجه الثاني: "حيث أنه من المقرر لا فقها وقضاء أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير، إذا كان خطيرا ويجري حتما إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتميزه".

ويضيف القضاة بهذا الشأن "أن المستأنف عليهما لم يستطيعا إثبات أن والدتهما لم تكن تملك تمييزها ولا صحة إدراكها، وقت القيام بالتنازل لأختهم" غير أن هذا الفهم لمرض الموت من طرف قضاة القرار هو فهم خاطئ، ذلك أن مرض الموت يجب أن يتحقق فيه أمران وهو أن يكون مرض يحدث منه الموت غالبا. وأن يموت الشخص بالفعل موتا متصلا بالمرض وأن هذا المرض لا علاقة له إطلاقا بالعقل والتمييز والإدراك ولا عيب في إرادته لما ذهب إلى ذلك قضاة القرار المطعون فيه.<sup>(2)</sup>

(1) - رشاد السيد إبراهيم عامر، المرجع السابق، ص 62.

(2) - جليلي إبتسام، المرجع السابق، ص 60.

المطلب الثاني: إخفاء الوصية تحت ستار عقد آخر:

ان اصل الشريعة و ان كانت قد اطلقت حرية الموصي في التصرف في أمواله حال حياته، ولوادي ذلك الى تجريده من كل ممتلكاته ، مالم يكن غير اهلا للتصرف فإنه بالرغم من هذا الأصل فإن المشرع قيد حريته في تصرفاته المضافة الى ما بعد الموت ، و جعلها موقوفة على إجازة الورثة ان كانت لوارث ، و كذلك ان كانت لغير وارث و تجاوزت الثلث و مادامت الشريعة حرمت الوصية بغير قيود ، فلا يملك الشخص ما التحايل على احكام الشريعة بإخفاء الوصية تحت ستار عقد آخر في الفرع الاول اشتباه الوصية بالبيع و الفرع الثاني اشتباه الوصية بالاقرار و الفرع الثالث اشتباه الوصية بالهبة و الفرع الرابع اشتباه الوصية بالوقف.

الفرع الأول : إشتباه الوصية بعقد البيع :

يختلف البيع عقد الوصية بفرروقات كثيرة :

إن المبيع يكون بمقابل ثمن حين الوصية تكون بغير مقابل و البيع ينقل الملكية في الحال أما الوصية فيظل الموصي فيها متمتعاً بحقوق الملكية مدة حياته و لا تنتقل إلا بعد وفاته و قبوله .

و الوصية يجوز الرجوع فيها خلافاً للبيع و تتعلق الوصية بالبيع في الحالات التي تشتمل على بعض الشروط الخاصة المتعلقة بحقوق الانتفاع و التصرف في الممتلكات التي تم بيعها .

وفي الحالة التي يشترط فيها على المشتري عدم التصرف في المبيع مدة معينة أو مدة حياة البائع.

أما فيما يختص بالإحتفاظ بحق الإنتفاع فلا يوجد قانون ما يمنع ذلك .<sup>(1)</sup>

و لكن البيع يلتبس بالوصية حيث يتخذ البيع ساترا للوصية تهرباً من أحكام الوصية فيعطيها صورة البيع ، و تعرف حقيقة التصرف و نية المتصرف فهل هي بيع أو وصية ؟ من إختصاص القضاء العادي لا جهة الأحوال الشخصية ، و الحكم على حقيقة التصرف من شأن قاضي التحقيق .<sup>(2)</sup>

(1) عبد الحكيم فودة ، المرجع السابق ، ص18.

(2) رفيدة بودردارة و وسيلة بوقافة ، حماية الورثة من التصرفات العوضية للمورث المريض مرض الموت ، مذكرة لنيل شهادة ماستر ، تخصص قانون أسرة ، قسم الحقوق ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد الصديق بن يحيى ، جيجل ، 2021\_2022، ص 41.

## \_ البيع في مرض الموت :

إن المادة 408 فقرة الأولى من القانون المدني الجزائري تنص : "إذا باع المريض مرض الموت لوارثه فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة . أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه و من أجل ذلك يكون غير قابل للإبطال ".<sup>(1)</sup>

إن بيع المريض مرض الموت لوارثه يكون صحيحا بين عاقيه غير أنه لا ينفذ في حق الورثة إلا إذا أقروه و المقصود بالورثة من تثبت لهم صفة وقت وفاة المريض مرض المورث و ليس وقت البيع .<sup>(2)</sup>

إذا تم البيع دون ثمن أصلا أو تم مقابل ثمن بخس يصل إلى حد التفاهة لم يأخذ التصرف حكم البيع لمخالفته المادة 351 من القانون المدني حيث يعتبر ركن الثمن منعدما ، و بالتالي يبطل عقد البيع ، و من ثم تسري على التصرف أحكام المادة 776 من القانون المدني لإعتباره تصرفا تبرعيا . و فيما عدا هذه الحالة إذا كان البيع بأقل من القيمة الحقيقية للمبيع فإن المشرع الجزائري لم يتضمن هذا الحكم و لم يفرق بين التصرفات إعتماذا على قيمة المبيع الحقيقية و قيمة البيع بل أخضعها للمادة 408 من القانون المدني.<sup>(3)</sup>

## \_ البيع في مرض الموت لوارث و ممن لا وارث له :

ان المادة 408 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية أوردت لنا البيع في مرض الموت لغير وارث، و سنتطرق إلى أحكام البيع لوارث و لمن لا وارث له كالاتي :

## بيع المريض مرض الموت لغير وارث:

تنص المادة 408 / 02 من القانون المدني : "أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه و لأجل ذلك يكون قابل للإبطال"<sup>(4)</sup>، و تنص المادة 185 من قانون الأسرة : "تكون الوصية في حدود ثلث التركة، و ما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة"<sup>(5)</sup>.

(1) المادة 408، فقرة 1 من القانون المدني الجزائري .

(2) محمودي عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص 87، 88.

(3) زروق عبد الرؤوف و حموش محمد ، المرجع السابق ، ص 33.

(4) المادة 408 الفقرة 02 من قانون المدني الجزائري.

(5) محمودي عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص 90.



جاء حكم المادة 02/408 في حالة ما اذا تم البيع لغير وارث و اذا كان وارثا وقت البيع، ثم لم يكن كذلك وقت الوفاة قابلا للابطال، و جاءت هذه الفقرة بحكم غريب لم يعرفه القانون المدني (1).

### البيع في مرض الموت لوارث:

نستخلص من الفقرة الأولى للمادة 408 من القانون المدني أن قيام الشخص ببيع شيئا من ممتلكاته لأحد ورثته في حالة الموت، فإن ذلك لا يؤثر على حقوق باقي الورثة إلا إذا أقروا به.

ومصطلح " لا يكون ناجزا " الوارد بالمادة يدل على أن البيع يكون صحيحا وليس باطلا وشرط هو موافقة الورثة على البيع. فإن وافقوا أصبح نافذا في حقهم وقت إبرامه، وإن رفضوه لم ينفذ في حقهم. وبقي الشيء المبيع كعنصر من عناصر التركة، وعلى الورثة أن يردوا إلى المشتري المبلغ الذي يكون قد دفعه كثنم المبيع.

وإذا وافق البعض منهم ولم يوافق الآخر نفذ في حق من وافق بنسبة حصصهم في الميراث ولم ينفذ في حق البقية. فالمشرع طبقا لأحكام الوصية على البيع لوارث في مرض الموت، بحيث نفاذ التصرف متوقفا على قبول باقي الورثة أي أنه ألحق البيع بأحكام الوصية بطريقة غير مباشرة (2).

وأنه لا يجوز للمحكمة رد الدعوى بناء على إجازة أحد الورثة، إذا كانت الدعوى قد أقيمت بالإضافة إلى جميع الورثة، لأن الإقرار حجية قاصرة على المقر وحده دون غيره (3).

وحسب المادة فإنه يجب ان يثبت للورثة الصفة وقت وفاة الموصي المريض، ولا يعتد بالإقرار الذي يسبق الموت، لأن صفة الوارث وحقه في الميراث لا تثبت إلا بعد موت المورث. فإن النفاذ يكون في حق من أقر به وليس في حق البقية. كما يجب على الوارث المقر بالبيع أن يكون بالغا وعاقلا وغير محجور عليه، وأن يكون الإقرار صريحا ولا يكفي السكوت كدليل على الإقرار. وبشكل عام تنص المادة على شروط وأحكام مفصلة تتعلق بالبيع للوارث في مرض الموت، مما ساعد على توضيح الحقوق والواجبات لجميع الأطراف المعنية لهذا الأمر (4).

(1) فطيمة نساخ، أثر مرض الموت على عقد البيع، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، كلية الحقوق، الجزائر، المجلد 57، العدد 2020، 1، ص 444.

(2) زروق عبد الرؤوف وحموش محمد، المرجع السابق، ص 34.

(3) أندرو ميشيل يوسف حفيري، التصرفات القانونية الصادرة من مريض مرض الموت، رسالة ماجستير، جامعة القدس 2018، ص 111.

(4) العربي زنتو، المرجع السابق، ص 94، 93.

هناك جملة من الانتقادات وجهها الدكتور علي علي سليمان للفقرة الأولى من المادة 408 قانون مدني جزائري. وذلك يتعلق بوجود اختلافات بين النص العربي والنسخة الفرنسية في هذه الفقرة. فقد اشترطوا النسخة "dans la période" الفرنسية أن يتم البيع في حالة اشتداد حدة المرض في حين ان الفقهاء الإسلاميين لم يشترط هذا الشرط، بل اختلفوا "aigue" حول المدة التي تعتبر التصرف خلالها صادرا في مرض الموت فقط. ومن بين الانتقادات الأخرى التي وردت في الجملة هو التفرقة بين البيع لو ارث وجعله معلقا على إقرار بقية الورثة، والبيع لأجنبي، وجعله قابلا للإبطال. يرى الدكتور علي علي سليمان أن هذه الاختلافات تشكل مشكلة في تطبيق القانون وتجعله غير واضح ومربك، مما يؤدي على صعوبة في فهمه وتطبيقه بشكل صحيح.<sup>(1)</sup>

### \_التصرف بالبيع دون ثمن أصلا:

الثن النقدي أساسي في عقد البيع، ولا يستقيم المعنى القانوني لعقد البيع دون توافر خاصية الثمن للمادة 351 من القانون المدني، وأن البيع بدون ثمن لا يعد صحيحا من الناحية القانونية، وأنه إذا لم يستطيع المشتري إثبات دفعه للثن، فإن التصرف يعتبر هبة. كما لها حكم الوصية في مرض الموت نص المادة 204 من قانون الأسرة، والمادة 776 من القانون المدني.

وعلى ذلك إذا كانت قيمة المبيع لا تزيد على ثلث التركة داخلها فيها المبيع ذاته، نفذ التصرف في حق الورثة دون الحاجة إلا إجازتهم، وفيما زادت قيمة المبيع على ثلث التركة داخلها فيها المبيع ذاته، لم تنفذ فيما جاوز الثلث، إلا بإجازة الورثة فإن لم يجيزوا وجب على المتصرف له أن يرد إلى التركة ما جاوز ثلثها إلى حد تكملة الثلثين فيها من المال الورثة، وليس للمورث أن يتصرف فيها من مال الورثة، وليس للمورث أن يتصرف فيها بالوصية تطبيقا لقيودها للمادة 185 قانون الأسرة.<sup>(2)</sup>

(1)الدكتور علي علي سليمان ، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ص131،135.

(2) محمودي عبد العزيز، المرجع السابق، ص91،92.

المادة 351 من قانون المدني الجزائري " البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي "

المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري "الهبة في مرض الموت والأمراض المخيفة تعتبر وصية "

المادة 776 من قانون المدني : "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حالة مرض الموت بقصد التبرع مضافا إلى ما بعد الموت ، و تسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف "

**\_البيع بما لا يقل عن القيمة:**

يمكن للمشتري إثبات أنه دفع ثمنا لا يقل عن قيمة المبيع، وفي هذه الحالة يعتبر البيع صحيحا و نافذا في حق الورثة دون الحاجة إلى إجازتهم، لأنه لا يوجد شبهة محاباة في الثمن وهذا الحكم ليس مطابقا للقانون المدني الجزائري الذي ينص على أن البيع قابل للإبطال لمصلحة الورثة. حيث يجب على المشتري إثبات انه دفع ثمنا لا يقل عن القيمة الثابتة قانون لتأكيد صحة البيع ،و إلا فإن البيع يكون قابل للإبطال لمصلحة الورثة و هذا حسب قانون المدني الجزائري .

**\_البيع بأقل القيمة بما لا يتجاوز ثلث التركة :**

إذا كان مقدار ما دفعه المشتري ثمنا للمبيع وقت الموت لا يتجاوز ثلث التركة داخلا فيها في المبيع نفسه كان من المفروض أن يكون البيع صحيحا نافذا في حق الورثة دون حاجة لإجازتهم لأن هذا يعتبر وصية لغير وارث فتأخذ حكمها حيث يجوز الإيضاء لغير وارث في حدود الثلث لكن بما أن التصرف تم في شكل بيع فيخضع لمناط المادة 408/فقرة 02 من القانون المدني الجزائري (1).

**\_حماية الغير حسن النية في البيع في مرض الموت :**

وفقا للمادة 408 قانون مدني جزائري سالفه الذكر ، فإنه يجوز لصاحب العين المبيعة بيعها أو ترتيب حقوق العين على شكل رهن أو إنتفاع أو إتفاق آخر . ومع ذلك يتم حماية المشتري الجديد للعين المبيعة من الورثة المتضررين من البيع في حالة المرض القاتل . و هذا يعني أنه إذا كانت هناك صفقة بيع تشمل عينا مبيعة في حالة المرض القاتل ، فإن المشتري الجديد يحمل حقوق العين المبيعة و يتم حمايته من أي طرف يحاول الإعتراض على صفقة و بالنسبة لحق الورثة المتضررين من البيع ، فإنه يمكن لهم اللجوء إلى القضاء للحصول على تعويض عن الضرر الذي لحق بهم ، و لكن يتم حماية مركز المشتري الجديد و حقوقه القانونية في هذه الحالة (2).

المادة 185 من قانون الأسرة " لا يمكن للوصية أن تتجاوز الثلث التركة أما ما يتجاوز ذلك فلا يمكن أن تنفذ إلا بإجازة باقي الورثة".

(1) محمودي عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص92.

(2) زروق عبد الرؤوف و حموش محمد ، المرجع السابق ، ص 36.

فقد نص المشرع الجزائري من المادة 409 قانون مدني على : " لا تسري أحكام المادة 408 على الغير حسن النية إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع "(1).  
وعليه فإنها تستلزم توافر شرطين أساسيين هما :

### \_الشرط الأول :

يتطلب الحصول على الحماية أن يتم إكتساب ملكية المبيع أو الحق العيني عليه بعوض . وفي حالة عدم إكتساب ملكية الحق بصورة صحيحة ، يحصل الورثة على الحماية في حالة تبرع المالك للحق لأحد الأشخاص الآخرين . يحق للورثة في هذه الحالة أن يتتبعوا العين في يد المتبرع للحصول على حقوقهم فيها دون أن تكون مثقلة بأي حق كسبه الغير عليها . و يتم توفير هذا الحق للورثة بشرط أن يكون العين غير منقولة و جازها المالك بشكل صحيح .

وإذا كان المبيع عقارا فحتى يستفيد الغير من أحكام المادة 409 من القانون المدني ، و التي تتعلق بتصرفات المالك الحالي للعقار و التي قام بتحويل ملكيته للغير . وحسب هذه المادة ، فإنه يجب على المالك السابق للعقار تسجيل التصرف الذي أدى إلى تحويل ملكيته في سند رسمي مشهر ، و ذلك لكي يستفيد الغير من حقوقهم بموجب القانون . فورثة البائع يعتبرون من الغير بالنسبة للتصرفات التي يبرمها المشتري و عليه لا يكون لها أثر بالنسبة لهم إلا من تاريخ شهرها في مجموعة البطاقات العقارية .(2)

### \_الشرط الثاني :

تتضمن المادة 409 من القانون المدني الجزائري أن يكون الغير حسن النية، أي أن يكون قد تصرف في المبيع وهو يعلم بأنه مريض مرض الموت و لديه ورثة ، ولكن أخفى هذا الأمر عن المشتري وفي حالة في اكتساب الحق العيني في المبيع ، ولا يجوز للمشتري إلغاء الصفقة بسبب ذلك . ويمثل هذا الشرط حماية للمشتري ، حيث يتم حمايته من التعامل مع شخص يعرف بوجود ورثة ولكن يخفي هذا الأمر ، وبالتالي فإن المشتري يكون متأكدا من أنه يشتري الملكية الحالية من أي تعقيدات قانونية.

وعليه إذا توفر الشرطان سالفا الذكر فإن الغير يحتفظ بحقه الذي كسبه على العين المبيعة . وإذا حصل الغير على الملكية من المشتري ، فلا يجوز نزعها منه . كما أنه إذا كان للغير حق عيني آخر على المبيع، فإن هذا الحق يعود إلى التركة ويكون مثقلا بحق الغير، مثل حق الإنتفاع أو الإرتفاق أو الرهن . ويمكن

(1) المادة 409 قانون مدني جزائري.

(2) زروق عبد الرؤوف حموش محمد ، المرجع السابق ، ص36.

لورثه الغير استخدام الحق الذي تنص عليه المادة 408 من القانون المدني . للحفاظ على حقوق الغير في هذه الحالة (1).

### الفرع الثاني: اشتباه الوصية بالإقرار:

قد تشته الوصية بالإقرار والفرق يعرف بالسياق و القرائن وروي ابن سماعة عن محمد إذا قال الرجل أشهدوا أنني قد أوصيت لفلان بألف درهم وأوصيت أن لفلان في مالي ألف درهم فالألف الأولى وصية والأخرى إقرار وفي الأصل إذا قال في وصية ثلث داري لفلان فإني أجز بذلك يكون وصية ولو قال لفلان سدس في داري فإنه يكون إقرارا . وعلى هذا إذا قال لفلان ألف درهم من مالي كان وصية استحسان إذا كان في ذكر وصية ولا كان في ذكر وصية ولا قال بعد موتي كان هبة قياسا واستحسان وإن ذكرها في خلال الوصية ذكر الشيخ أحمد الطواويس في شرح الوصايا الأصل إن القياس إن يكون هذا وصية وفي الاستحسان لا يكون وصية كذا في المحيط.(2)

### \_الإقرار في مرض الموت

إقرار المريض أو الصحيح هو اخبار بحق لغيره عليه و في الشرع هو الإقرار به وهو أقوى الأدلة لإثبات دعوى المدعي عليه . وقد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 341\_342 و يندرج في ذلك الإقرار بالمال دينا أو عينا فإن الإضرار بالمال إذا أقر المريض أو الصحيح بدين أو عين فإن إقراره يكون حجة عليه فيثبت ما أقر به من تركة قبل قسمتها (3)

وروي عن ابن رضي الله عنه أنه قال "إذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث ، فإنه جائز، و ان أحاط ذلك بماله ، و ان أقر لوارث ، فغير جائز إلا ان يصدقه الورثة "(4)

### الفرع الثالث: اشتباه الوصية بالهبة

تشته الوصية بالهبة من حيث أنهما تمليك بلا عوض ولكن يجب التفريق بينهما لأختلافهما في الشروط و الأحكام ومن أهم الفروق بينهما أن الهبة تمليك في الحال . و الوصية تمليك مضاف إلي ما بعد الموت .

(1) العربي زنتو، المرجع السابق ، ص 100

(2) نبيل صقر ، المرجع السابق ، ص 65\_66.

(3) رشاد السيد إبراهيم عامر ، المرجع السابق، ص 128.

(4) روي عن ابن عمر رضي الله عنه

وبصح أن يحتفظ الواهب بحق الإنتفاع من غير أن يقلب العقد وصية و قد نصت المادة 949 من القانون الفرنسي على ذلك .

كما فرقت المادة 205 من القانون الأسرة بين الهبة المنافع أو العين أو الدين لدي الغير المادة 205 يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا أو منفعة أو ديناً لدي الغير .

و بالتالي يمكن في الهبة أن تكون أما منفعة أو العين أو الدين لدي الغير كما يكون هبة لعين و المنفعة و هذا قريب مما ذكره المشرع الجزائري (1)

وحسب نص المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري "أن الهبة في مرض الموت و الأمراض و الحالات المخفية تعتبر وصية " وهذا النص ليس إلا تكرار لنص المادة 1/776 من قانون المدني الجزائري و بالتالي كان على المشرع الإستغناء عنه أو الإكتفاء بالإحالة فيه فقط.

و أن الهبة في مرض الموت لما كانت تخضع لأحكام الموضوعية للوصية شرعا و قانونا فإنه يترتب على ذلك أنها تنفذ في حدود ثلث التركة إذا كانت لغير وارث و يتوقف ما تجاوز الثلث على إجازة الورثة و تقف في كل مقدارها ولو قل عن الثلث على إجازتهم إذا كانت لوارث أي أن الهبة المريض تتوقف على إجازة مثل الوصية تماما .

وتجد الإشارة إلى أنه لا يدق التمييز بين أنواع الهبة في سريان حكم الوصية عليها فيستوي أن تكون هبة عين أو هبة منفعة لأن علة إخضاع الهبة لحكم الوصية تتوفر في كلا النوعين كما أن الحكم مطلق و لذا فهو على إطلاقه طالما لم يوجد ما يقيدده .

كما يستوي أن تكون الهبة ظاهرة أو مستترة إذا أنه حتى ولو سترت الهبة تحت آخر فإنها تخضع لأحكام الموضوعية للهبة و تأخذ حكم الوصية إن صدرت في مرض موت المتصرف و مثال ذلك ستر الهبة بالافرار بالدين حيث يقر الشخص لآخر بدين عليه و حقيقة أنه غير مدين و إنما قصد الإلتزام على سبيل التبرع، فهذه تعتبر هبة مستترة فإن صدرت في مرض الموت كان لها حكم الوصية . (2)

إلا أن الهبة في مرض الموت لصالح المنفعة العامة تأخذ حكما خاصا فلا رجوع فيها بنص المادة 212 من قانون الأسرة الجزائري الذي تنص : "الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها " وقد أخذ المشرع

(1) أنبيل صقر ، المرجع السابق ، ص 66.

(2) بن ناصر نذير ، إجازة الورثة لتصرفات المورث دراسة مقارنة بين القانون الجزائري و الفقه الإسلامي ، المدينة

الجزائري بقول المالكية و الشافعية و رواية الإمام أحمد و اعتبر الثلث هو الحد الأقصى لتصرفات مريض مرض الموت التبرعية و مازاد عن ذلك يعتبر محاباة و يطبق عليها القيود الواردة (1).

#### الفرع الرابع: إشتباه الوصية بالوقف

لم يرد في القانون المتعلق بالأوقاف نص يتعلق بالوقف في مرض الموت إلا أنه أحال في المادة 02 إلى أحكام الشريعة في غير المنصوص عليه فيه.

وأنه بالرجوع إلى النصوص المتعلقة بالوقف في قانون الأسرة نجد المادة 215 تحيل إلى المادة 204 التي تعطى الهبة في مرض الموت حكم الوصية، فيفيد كل هذا أن الوقف في مرض الموت يعطي حكم الوصية كذلك وهذا ما عليه أحكام الشريعة الإسلامية إذ ذكر ابن قدامة "الوقف في مرض الموت بمنزلة الوصية في اعتباره من ثلث المال لأنه تبرع فاعتبر في مرض الموت من الثلث كالعنق والهبة وإذا خرج من الثلث جاز من غير رضا الورثة ولزم ومازاد على الثلث لزم الوقف منه في قدر الثلث ووقف الزائد على إجازة الورثة" وهذا يتعلق بشرط ثلث. ومنه طرح السؤال هل يقف الواقف للوارث على الإجازة ولو لم تتجاوز الثلث؟ والجواب أنه اختلفت الرواية عن أحمد في الوقف في مرضه على بعض الورثة فعنه لا يجوز ذلك فإن فعل الوقف على إجازة سائر الورثة... إلخ وهو المذهب الشافعي. والرواية الثاني يجوز أن يقف عليهم ثلثه كالأجانب (2)

وقد أخرج قانون الأسرة الجزائري أحكام الوقف من أحكام المادة 777 من القانون المدني الجزائري "يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف الشخص وورثته إسنتنى لنفسه بطريقة ما حياة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته"

حيث نصت المادة 214 من قانون الأسرة الجزائري "يجوز الواقف أن يحتفظ بمنفعة الشيء المحبس مدى حياته على أن يكون المال الوقف بعد ذلك إلى جهة معينة"

(1) معمري إيمان ، أحكام الهبة المريض مرض الموت بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري ،ميدون مفيدة جامعة

بسكرة الجزائر ص82

(2) - بن ناصر نذير، المرجع السابق، ص10-11.

أما الوقف الصادر في مرض الموت فتطبق عليه احكام الهبة في مرض حيث تنص المادة 215 من قانون الأسرة الجزائري "يشترط في الوقف والموقوف ما يشترط في الواهب والموهوب طبقا للمداتين 204 و205 من هذا القانون.<sup>(1)</sup>

---

(1) - جليل إبتسام المرجع السابق، ص 111.



## خلاصة الفصل الثاني:

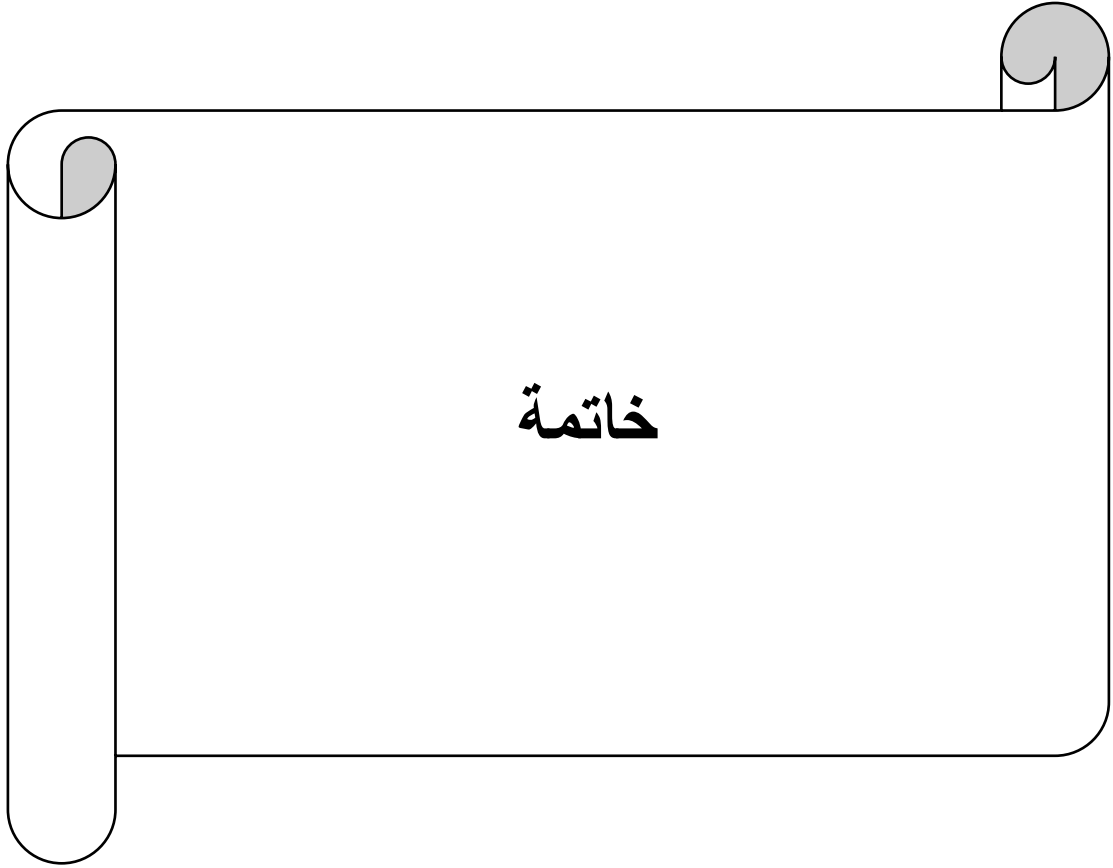
من خلال ما تطرقنا اليه في الفصل الثاني من تطبيقات التعسف في استعمال الوصية حيث بينا صور الاضرار بالورثة من خلال التصرفات المضرة التي تصدر من المورث اتجاه الورثة ليحرمهم من حق التركة .كأن يوصي لاحد الورثة دون الآخرين محاباة له و هذه الوصية باطلة و لا تجوز باتفاق العلماء او ان يوصي بما يزيد عن الثلث لغير وارث فهنا تخرج الوصية عن حدود الحق الا اذا اجازها الورثة ، أي إجازة هذه الزيادة و هنا لا تكيف على انها تعسف من قبل الموصي في استعمال حق لعدم وجود هذا الحق أصلا، و صورة الأخيرة من صور الاضرار هي ان يوصي في حدود الثلث مع قصد الإصرار بالورثة وهذه الصورة تعتبر تعسفا من قبله أي انه تقيد بشروط الوصية الا انه قصد الحاق الضرر بالورثة و هذا يترتب عليه الاثم و محرم في القرآن و السنة .

ثم تطرقنا الى التصرف لو ارث مع الاحتفاظ بالحياة و الانتفاع بالشيء مدى الحياة و هذا حسب المادة 777 و هي أولى القرائن القانونية التي شرعها المشرع لحماية الورثة من أي تعسف صدر ضدهم و هي تقوم على شروط الشرط الأول ان يتم التصرف لاحد الورثة و تعني أن التصرف في الميراث و شرط الثاني إحتفاظ المتصرف العين المتصرف فيها باطلة و تعني أن المتصرف يملك سيطرة كاملة على العين أن يتولى مسؤوليتها أي يملك كافة صلاحيات المالك الحقيقي و شرط الأخير هو أن يحتفظ المتصرف بحقه في الإنتفاع بالعين مدى حياته و يأخذ التصرف حكم الوصية سواء كان حق عينيا كملكية الرقبة أو حقا شخصيا .

فإن توفرت هذه الشروط أعتبر التصرف وصية مستترة فتسري عليه أحكامها بغض النظر عن التسمية التي تعطى لهذا التصرف ،ومن هذا بينا أنه يجوز للمورث إثبات عكس هذه القرينة بإقامة دليل على الواقعة التي يود إثباتها ومنه يجوز إثباتها بكافة الطرق الإثبات القانونية الموجودة ومن ثم تطرقنا إلى القرينة القانونية الثانية لحماية الورثة وهي الوصية في مرض الموت حسب المادة 776 من القانون المدني ونغني بها أن المريض عند علمه ان مرضه يغلب فيه الهلاك أي يؤدي إلى الموت في الأخير قد تصدر منه تصرفات يتحايل بها على القانون وهي تقوم على شروط شرط الأول أن يقعد المريض عن قضاء حوائجه وأن يغلب في المرض خوف الهلاك و شرط الأخير أن ينتهي المريض بالموت فعلا ،و ثم تطرقنا إلى بيان طرق الإثبات مرض الموت فإن ا تحققت الشروط و أوصافه فإنه يجوز للورثة إثباتها بكافة الطرق الإثبات القانونية عند الطعن في التصرف مورثهم ، بإعتبار أن ذلك مقرر لمصلحتهم ، عندما يقوم بإخفاء الوصية بعقد آخر سائر لها مضاف إلى ما بعد الموت وهو ما بيناه في المطلب الأخير وهو إخفاء

الوصية تحت ستار عقد آخر كالبيع وهو مذكور حسب المادة 408 من القانون المدني و إشتباها بالإقرار حسب نص المادتين 341 و 342 من نفس القانون أي أن المريض إذا أقر بالمال دين أو عين فإن إقراره يكون حجة عليه فيثبت ما أقربه من التركة قبل قسمتها .

و إشتباها كذلك بالهبة حسب نص المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري أي أن الهبة في مرض الموت حتى ولو سترت فإنها تخضع للأحكام الموضوعية و تأخذ حكم الوصية وفي الأخير بينا آخر إشتباه للوصية وهو الوقف ومنه فإن القانون المتعلق بالأوقاف لم يرد فيه نص في الوقف في مرض الموت و بذلك تحيلنا المادة 2 منه إلى أحكام الشريعة الإسلامية .



خاتمة

من خلال دراستنا لمختلف جوانب موضوع التعسف في استعمال الوصية الذي يعد موضوعا حساسا، لارتباطه بكيان الاسرة المكون للمجتمع ، حيث خصت الشريعة و القانون الجزائري في نظام المواريث موضوع التعسف في الوصية بمواد تنظيمية و بقواعد يجب الالتزام بها عند أي تصرف في المال المضاف الى ما بعد الموت و بقيود عند الإيضاء بالنسبة للموصى .  
ونظرا لتداخل احكام التبرعات مع قواعد الميراث خاصة في مرض الموت ، فان المورث اعتبر التبرعات منفذا للتعسف في الوصية .

ومنه قد استخلصنا من خلال بحثنا النتائج التالية :

\_ان الوصية هي تملك مضاف الى مابعد الموت وهذا ما وقف عليه احكام القانون المدني و قانون الأسرة الجزائري و ما استقر عليه القضاء .

\_الوصية مشروعة تأكيدا لموقع القرابة من المال و ألفت النفوس باعتبارها وصية الله.

\_لانقضاء الوصية يجب توفر أركان و شروط فهناك شروط شكلية تتطلب لصحة الوصية و شروط موضوعية لعدم مخالفتها مع الشريعة الإسلامية و أخرى قانونية لكي لا تكون باطلة .

\_ان التعسف في استعمال الوصية يحرم الورثة من حقوقهم .

\_ تتميز طبيعة الوصية التي يتم التعسف فيها عن الوصية العادية بطريقة تتجاوز ما يعتبر مقبولا من الشرع و القانون وهذا و فقا لما حددته المادة124مكرر قانون مدني .

\_ان الوصية المنصوصة في المادة 184 من قانون الأسرة ، ليست هي الوصية الموجودة في المادة 776 من القانون المدني .

\_اما فيما يخص وصية المريض مرض الموت فهي جائزة ، إلا اذا ثبت من المتصرف ان هناك تعسف فيها ، و ذلك بجميع طرق الإثبات .

\_يمكن ان يتعسف الموصي بوصيته على عدة أشكال ، نظرا لتداخل احكام التبرعات مع قواعد الميراث و اعتبار التبرعات منفذا لتحايل على احكام الوصية .

من خلال دراستنا لهذا الموضوع وعلى ضوء النتائج المتوصل اليها ، ننتقدم بالافتراحات التالية على امل ان تحظى بالتجسيد من المشرع الجزائري :

يجب على المشرع الجزائري وضع اطار قانوني مناسب للتعامل مع الوصية ، يضمن تحديد المستفيدين منها بشكل عادل و متوازن ، ويحدمن أي تعسف في استخدامها.

ينبغي على المشرع الجزائري توفير الدعم القانوني اللازم للأفراد الذين يرغبون في استخدام الوصية ، بما يساعدهم على تحديد المستفيدين منها بشكل عادل و متوازن .

لابد للمشرع ان ينظر في المواد الخاصة بتصرفات المريض مرض الموت بعد ان يعطي تعريفا واضحا له على ضوء المستجدات العلمية الحديثة .

تعديل المادة 776 من القانون المدني باعتبارها جاءت مشوبة و هذا من خلال فقرتها الثانية حينما اعتبرت انه لا يجوز الاحتجاج على الورثة بتاريخ العقد اذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا ، و هذا يختلف الصواب، و الاصح ان هذا التاريخ حجة للورثة ، و يجوز إقامة دليل على عدم صحته.



## قائمة المصادر والمراجع

قائمة المراجع والمصادر

1- قائمة المصادر

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: السنة النبوية

قائمة المراجع:

- 1- أحمد فراج حسين، نظام الإرث في التشريع الإسلامي، دار الجامعية، بيروت، 2000.
- 2- أحمد محمود الشافعي، الوصية والوقف، دار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 2000.
- 3- أكرم ياغي، الوجيز في أحكام الوصية والإرث، دار النشر زين الحقوقية، لبنان، 1959.
- 4- الشيخ علي الخفيف، أحكام الوصية، دار الفكر العربي القاهرة، 2010.
- 5- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2013.
- 6- الياس نصيف، الوصية للمسلمين وفي القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، دون بلد، دون سنة.
- 7- أنور الطلبة، العقود الصغيرة الهبة والوصية، دار المكتب الجامعي الحديث، 2004.
- 8- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر.
- 9- بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
- 10- فاطمة الزهراء ثبوت، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته القانونية والقضائية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2016.
- 11- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات الهبة والوصية والوقف، دار الهومة، الجزائر، 2014.
- 12- رقية مالك علاوي الرواي، أحكام الوصية في الشريعة والقانون، بغداد، 2010.
- 13- زهدور محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، 2000، الجزائر.

- 14- شيخ نسيمة ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2012.
- 15- عبد الحكيم فودة، النظام القانوني لحماية الورثة من الوصايا المستترة مرض الموت الاحتفاظ بالحياة والمنفعة، إسكندرية، مصر، 2006.
- 16- ربحي شاكرا القومى عبير ، التعسف فى استكمال الحق فى الأحوال الشخصية، دار الفكر، الأردن، 2007.
- 17- على على سليمان ، ضرورة إعادة النظر فى القانون المدينى الجزائرى ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر . 1992.
- 18- فشار عطاء الله، أحكام الميراث فى قانون الأسرة الجزائرى، الطبعة الثانية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- 19- كمال حمدي، المواريث والهبة والوصية، دار المعارف، الإسكندرية، 1998.
- 20 - حسين بن شيخ اث ملويا ، المرشد فى قانون الأسرة، الطبعة 03، دار هومة، الجزائر، 2014
- 21- دقايشية مايا، أحكام الرجوع فى العقود التبرعات، دار الخلدونية، الجزائر، دون سنة.
- 22- محمد أبو الزهرة، شرح قانون الوصية، مكتبة الأنجا والمصرية، القاهرة. دون سنة.
- 23- محمد أحمد عقلة بن مصطفى، الوصية الواجبة وأثر تطبيقها على الورثة فى المحاكم الشرعية، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2014.
- 24- محمد خلف بنى سلامة وخلق ضيف الله آغا، أحكام التركات والوصايا فى الشريعة الإسلامية والقانون، دار الفكر، الأردن، 2012.
- 25- محمد خليل محسن الديسى، أحكام الوصية والميراث والوقف، دار الآفاق المشرقة، أبو ظبي، 2012.
- 26- محمد فاروق محمد نواية، أحكام الانتقاع بملك الغير، دراسة فقهية مقارنة، دار النشر مكتبة وفاء القانونية، مصر 2018.
- 27- محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادى سالم الشافعى، مسائل الأحوال الشخصية، دار منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.
- 28- محمودى عبد العزيز، رد التحايل على أحكام الميراث، قصر الكتاب، البليدة، 2006.



- 29- نبيل ابراهيم سعد، المدخل الى دراسة القانون نظرية الحق منشأة المعارف الإسكندرية، 2001.
- 30- نبيل صقر، تصرفات مريض مرض الموت، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008.
- 31- نزيه نعيم شلالا، دعاوى تعسف وإساءة إستعمال الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006.
- المذكرات والرسائل:**
- 1- العربي زيننتو، حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، الجزائر، 2015.
- 2- أندرو ميشيل يوسف حفييري، التصرفات القانونية الصادرة من مريض مرض الموت ، رسالة ماجستير ، جامعة القدس 2018.
- 3- بلحرايبي سعاد، نظرية التعسف في إستعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة ماجستير، جامعة مولد معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، 2014.
- 4- بالقاسم ناغل، حماية التركة في قانون الأسرة وقانون العقوبات، فرع الحقوق تخصص قانون أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، السنة الجامعية 2018-2019.
- 5- مبروك حجاج، التعسف في استعمال الحق بين نظام المسؤولية التصديرية والنظام المستقل، رسالة ماجستير قانون خاص حقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر بن عكنون، 2011/2012.
- 6- جليلي إبتسام، تصرفات المريض في مرض الموت، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2017-2018.
- 7- رشاد السيد إبراهيم عامر ، تصرفات المريض مرض الموت ،رسالة ماجستير تخصص قانون خاص ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،الجزائر ، سنة 1989.
- 8- زروق عبد الرؤوف وحموش محمد، حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، تخصص قضاء المدرسة العليا للقضاء، جامعة الجزائر، 2005-2006.

9- رفيده بودردارة و وسيلة بوقافة ، حماية الورثة من التصرفات العوضية للمورث المريض مرض الموت ، مذكرة لنيل شهادة ماستر ، تخصص قانون أسرة ، قسم الحقوق ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد الصديق بن يحيى ، جيجل ، 2021\_2022.

10- كمال صمامة، التصرفات الصادرة عن مريض مرض الموت، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون الأحوال الشخصية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2019-2020.

11- محمد علي محمود يحيى، أحكام الوصية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا في نابلس، فلسطين، نوقشت هذه الرسالة بتاريخ 2010/12/15.

12- مخالفة سعاد، حماية الأسرة من التعسف في إستعمال الحق، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص عقود والمسؤولية، كلية الحقوق، الجزائر، 2015-2016.

#### النصوص التشريعية:

1- القانون رقم 84 قانون الأسرة المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق لـ 9 يوليو 1984، الجريدة الرسمية رقم 24 ، المعدل المتمم بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27-02-2005.

2- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

#### المجالات القضائية:

1- المجلة القضائية، العدد 03، 1989.

2- المجلة القضائية، العدد 03، 1990.

3- المجلة القضائية، العدد 03، 1992.

4- المجلة القضائية، العدد 02، 1993.

5- المجلة القضائية، العدد 01، 1995.

6- المجلة القضائية، العدد 01، 1999.

7- المجلة القضائية، العدد الخاص، 2001.

8- المجلة القضائية، العدد 02، 2002.

9- المجلة القضائية، العدد 02، 2015.

المقالات:

1- أحمد بوفاتح، درشا الصباغ، أحكام الوصية في القانون الجزائري، مجلة طبنة للدراسات العلمية الأكاديمية، الجزائر، مجلد 05، العدد 02، 2022.

2- أشواق زهدور، مبطلات الوصية في القانون الجزائري، مجلة القانون العقاري والبيئة، وهران، المجلد 10، العدد 01، 2020.

3- إيمان معمري، مدى تأثير أهلية المريض مرض الموت على عقود التبرعات، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الوادي، الجزائر، المجلد 11، العدد 01، 2020.

4- بندر بن عايض العتيقي، حكم الوصية لمن سقط باستغراق الفروض التركية، مجلة البحوث الأسرية الصادرة عن مخبر قانون الأسرة، جامعة الجزائر 1، المجلد 02، العدد 1، 2022.

5- بن ناصر نذير، إجازة الورثة لتصرفات المورث دراسة مقارنة بين القانون الجزائري و الفقه الإسلامي، المدية، دون سنة.

6- تهاني مغيض عويد، أحكام الوصية في الشريعة وما جرى عليه العمل في القانون الكويتي، مجلة دار العلوم، الكويت، المجلد 37، العدد 129، 2020.

7- سفيان ذبيح، اثبات الوصية و إجراءات تثبيت الملكية المكتسبة عن طريقها في التشريع الجزائري، مجلة الصدى للدراسات القانونية و السياسية، جامعة خمسين مليانة، المجلد 04، العدد 01، 2022.

8- شبورة نورية، تنازع القوانين في مسائل الميراث الوصية و سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، مجلة بحوث القانون، سيدي بلعباس، الجزائر، المجلد 05، العدد 02، 2018.

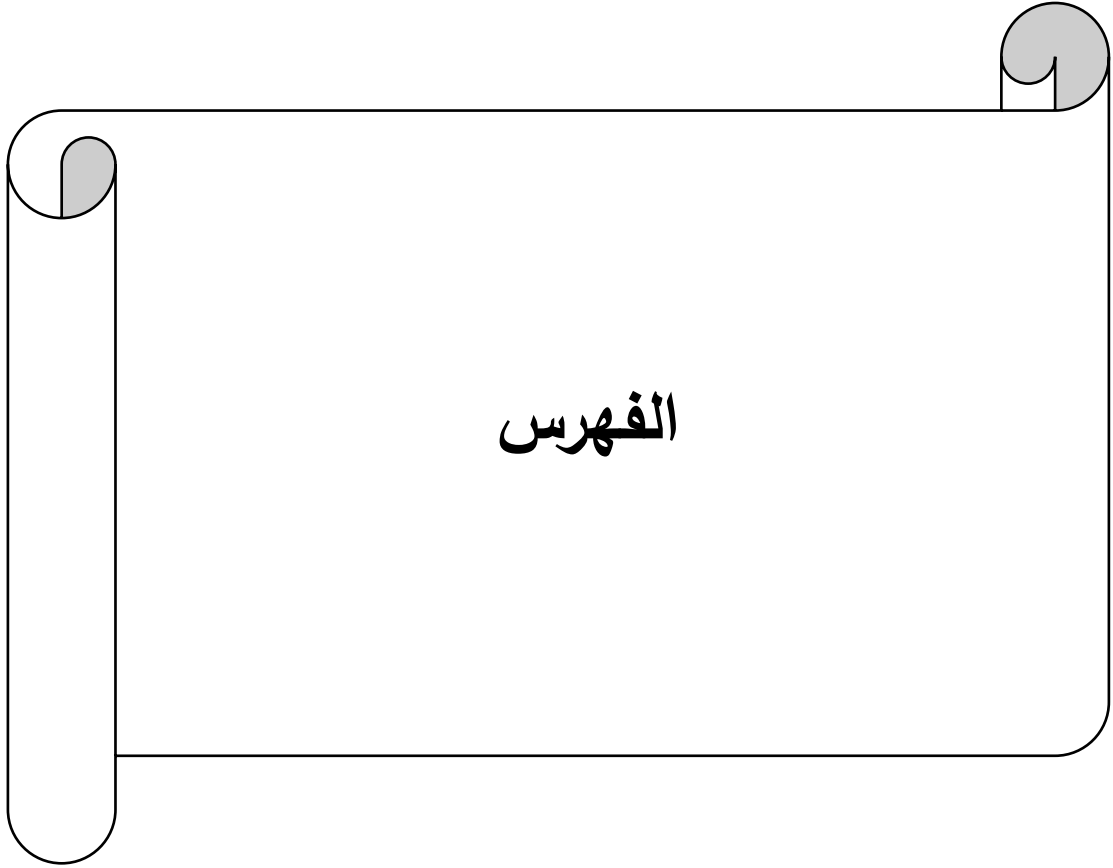
9- شوقي بناسي، التعسف في استعمال الحق في ضوء المادة 124 مكرر، المستدثة المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، بدون سنة.

10- عائشة محمد إسماعيل الأمين، إثبات تصرفات المريض في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، بدون سنة.

- 11- كمال صمامة ، تصرفات المريض مرض الموت في الوصية بين الشريعة و قانون الأسرة ، مجلة العلوم القانونية و السياسية ، المجلد 10، العدد 01 ، 2019.
- 12- محمد توفيق قديري، حماية الورثة من الوصية المخالفة لقواعد الميراث في القانون الجزائري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، الجزائر، المجلد 06، العدد 02، 2020.
- 13- نساخ فطيمة، أثر مرض الموت على عقد البيع، كلية الحقوق، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية السياسية والإقتصادية، المجلد 57 العدد 01، الجزائر، 2020.
- 14- معاذ محمد الديحاني، معايير التعسف في استكمال الحق مقارنة مع القانون الكويتي، مجلة كلية دار العلوم، دار العلوم، الكويت، العدد140، 2022.

موقع الإلكتروني:

1 - <http://elmouhami.com> أطلع عليه في: 2023/05/26



الفهرس

الصفحة	المحتويات البحث
-	شكر و عرفان
-	إهداء
أ	مقدمة
-	الفصل الأول: اقتزان الوصية بالتعسف :
05	تمهيد
06	المبحث الأول: مفهوم الوصية
06	المطلب الأول: تعريف الوصية
06	الفرع الأول: التعريف الفقهي
07	الفرع الثاني: التعريف القانوني
09	الفرع الثالث: مشروعية الوصية
10	الفرع الرابع: حكم الوصية
12	المطلب الثاني: انشاء الوصية
12	الفرع الأول: أركان الوصية
15	الفرع الثاني: شروط الوصية
16	أولاً: الشروط الشكلية
18	ثانياً: الشروط الموضوعية
22	ثالثاً: الشروط القانونية
30	المبحث الثاني: مفهوم التعسف الذي يلحق بالوصية
30	المطلب الأول: الطبيعة القانونية للتعسف في استعمال الوصية
30	الفرع الأول: المقصود بالتعسف في استعمال الوصية
31	الفرع الثاني: التعسف بين نظام المسؤولية التقصيرية و نظام مستقل
33	المطلب الثاني: معايير التعسف في استعمال الوصية
33	الفرع الأول: قصد الإضرار بالغير

34	الفرع الثاني: عدم التناسب بين المصلحة المحققة و الضرر اللاحق بالغير
35	الفرع الثالث: عدم مشروعية المصلحة التي يرمي صاحب الحق الى تحقيقها
36	خلاصة الفصل الثاني
	<b>الفصل الثاني: تطبيقات التعسف في استعمال الوصية</b>
38	<b>تمهيد</b>
39	<b>المبحث الأول: التعسف بالوصية إضراراً بالورثة</b>
39	<b>المطلب الأول : صور الإضرار بالوصية</b>
39	الفرع الأول :الوصية لوأرث
40	الفرع الثاني :الوصية لغير وارث
41	الفرع الثالث :الإيحاء في حدود الثلث مع قصد الإضرار بالورثة
42	<b>المطلب الثاني: التصرف لوأرث مع الاحتفاظ بالحياة والانتفاع بالشيء مدى الحياة</b>
43	الفرع الأول: شروط حسب المادة 777 قانون مدني .
44	الفرع الثاني: حكام التصرف لوأرث مع الإحتفاظ بالحياة
45	الفرع الثالث: قواعد الإثبات المتعلقة باحكام التصرف لوأرث
47	الفرع الرابع: موقف الورثة من الوصية طبقاً لأحكام القانون الجزائري
48	<b>المبحث الثاني: الوصية المستترة</b>
48	<b>المطلب الأول: الوصية في مرض الموت</b>
48	الفرع الأول: تعريف مرض الموت
50	الفرع الثاني: شروط تحقق مرض الموت
51	الفرع الثالث: اثبات مرض الموت ومدى تأثيره على وصية المريض
56	<b>المطلب الثاني : إخفاء الوصية تحت ستار عقد آخر</b>
56	الفرع الأول: اشتباه الوصية بالبيع

62	الفرع الثاني: اشتباه الوصية بالأقرار
63	الفرع الثالث: اشتباه الوصية بالهبة
64	الفرع الرابع: اشتباه الوصية بالوقف .
67	خلاصة الفصل الثاني
69	خاتمة
72	قائمة المصادر والمراجع
79	فهرس
-	ملخص



## ملخص

شرعت الوصية للإنسان حال حياته، حيث تصدر باختيار و رغبة منه، وأن لها احكاما لا يجوز يتجاوزها، و هي تعتبر من التصرفات القانونية التبرعية، حيث يبرمها مع من يشاء قريبا كان او اجنبيا ، الا انه في بعض الأحيان قد يصدر من الموصي تعسفا في استعمال الوصية مما يؤدي إلى إلحاق الضرر بالورثة وسلبهم حقوقهم في الميراث ،وفي هذه الحالة فإن هذه التصرفات تخضع لبعض القيود، حال وجود شبهة أي قد صدر التحايل في الوصية أو كونها مستترة، أي تم اخفاها تحت ستار عقد آخر كالبيع أو الهبة أو الوقف، وهذه الشبهة لا تقوم إلا بتوافر القرائن القانونية منها قرينة التصرف في مرض الموت الذي يغلب فيه الموت فعلا، وهو واقعة مادية يجوز اثباتها بكافة طرق الإثبات وقابلة للإبطال بطلب من الورثة ، بالإضافة إلى قرينة التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحياة و الانتفاع مدى الحياة، و هو تصرف يقوم به الموصي دون مقابل أي تصرف تبرعي ظاهري إلا أنه باطني تتصرف نيته الى حرمان بعض الورثة من ماله بعد موته، وهذه القرائن تعتبر ضمان وحماية للورثة التي وضعها المشرع الجزائري في حالة صدور هذه التصرفات المستترة والمتعسفة.

### Summary:

The commandment is legal for a person in the event of his life, as it is issued by his choice and desire, and that it has provisions that may not be transgressed, and it is considered one of the voluntary legal dispositions, as he concludes it with whoever he wants, whether he is a relative or a foreigner, except that sometimes the recommended may be issued arbitrarily in the use of the will Which leads to harm to the heirs and robbing them of their inheritance rights, and in this case these actions are subject to some restrictions, if there is a suspicion, that is, if one of you comes to death, it is prescribed for you to leave good for the will for the parents and relatives, according to what is right for the righteous. Disguised, that is, it was hidden under the guise of another contract, such as a sale, gift, or endowment, and this suspicion is based only on the availability of legal presumptions, including the presumption of disposing of a death disease in which death actually predominates, and it is a material fact that may be proven by all methods of proof and is nullable at the request of the heirs, in addition to To the presumption of disposition to an heir while retaining possession and benefit for life, which is an act carried out by the legatee without any apparent voluntary disposition, except that it is mystical, whose intention is to deprive some of the heirs of his money after his death, and these presumptions are considered a guarantee and protection for the heirs that the Algerian legislator put in place Issuance of these disguised and arbitrary behavior .