

جامعة 20 أوت 1955 - سكيكدة -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص: (قانون أسرة)

تحت إشراف الأستاذة:

• د. خريسي سارة

من تقديم الطالبين:

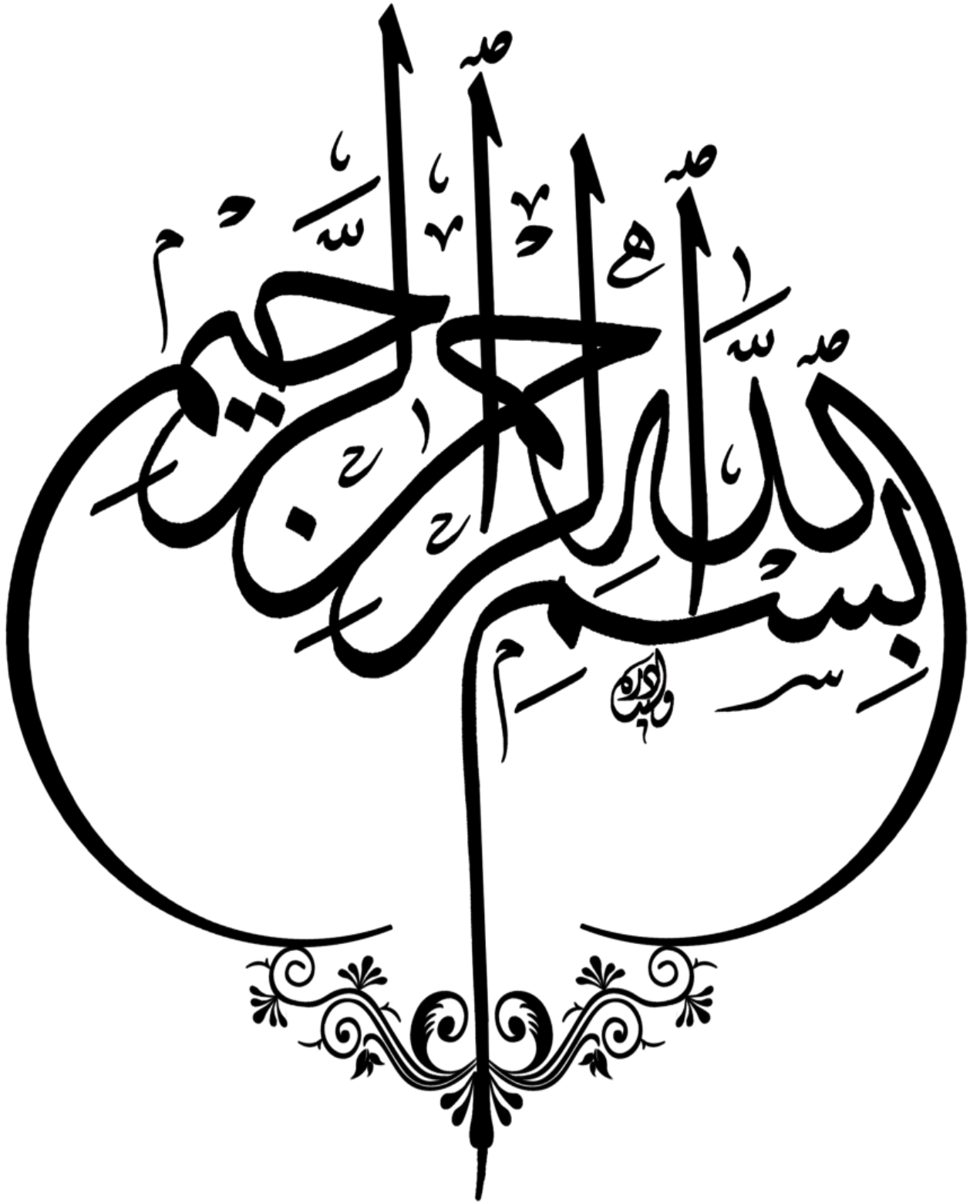
• غليلة أحسن

• حتوت عبد العالي

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة
د. رواق أمال	أستاذة محاضرة	رئيسا
د. خريسي سارة	أستاذة محاضرة	مشرفا ومقررا
د. لعلاوة سعاد	أستاذة محاضرة	مناقشا

دورة سبتمبر 2023



شكر وتقدير

أول من يحمد آناء اللَّيْلِ وَأَطْرَافَ النَّهَارِ، وهو العلي القهار بالأول والأخر والظاهر والباطن، الذي أغرقنا بنعمه التي لا تحصى، وأغدق علينا برزقه الذي لا يفنى، إذ من علينا بأن بعث فينا رسوله محمدا بن عبد الله عليه أزكى الصلوات وأطهر التسليم عليه، فعلمنا ما لم نعلم، وحثنا على طلب العلم أينما وجد.

فله الحمد كله والشكر كله أن وفقنا وألهمنا الصبر على المشاق التي واجهتنا لإنجاز هذا العمل المتواضع.

والشكر موصول إلى كل معلم أفادنا بعلمه، من أولى المراحل الدراسية حتى هذه اللحظة كما نجزل الشكر إلى الدكتورة المشرفة "خريسي سارة" التي كان لها دورا لا ينكره إلا جاحد في إنجاز بحثنا المتواضع

وفي الختام، لا يسعنا إلا أن ندعو الله عز وجل بأن يرزقنا السداد

والرشاد والغنى، وأن يطلق ألسنتنا في الحق...

إهداء

إلى السيدة العظيمة التي أطلت على ربيع أحلامي من نافذة قلبها العذب

وملأنتني دعاء وأملا

"إليك أُمي"

إلى السند الذي لا يميل إلى مُعلمي الأول وفجري الأجل

إلى قائدي وقُدوتي وقداستي

"إليك والدي"

إلى العطر الذي رافقني طوال مسيرتي العلمية

وغمرني بالطموح رغم طول المسافات إلى سمائي الدافئة.

"إليكم إخوتي"

إلى كل من علمني حرفاً في هذه الدنيا الفانية

إلى الأصدقاء والرفقاء، إلى الزملاء الأوفياء

أحسن

إهداء

اهدي ثمرة جهدي و عملي المتواضع

إلى من كانا السبب الأول والحافز الكبير لوصولي لما أنا عليه الآن

إلى من أفنيا عمرهما في سبيل رؤيتي في موقف مشرف كهذا الموقف

إلى أمي وأبي

أطال الله في أعمارهم وحفظهما من كل سوء

وإلى كل شخص ساعدني من قريب أو بعيد في إنجاز مذكرة تخرجي

إلى أخواتي وسندي في الحياة وإلى أصدقائي

وإلى كل الزملاء الذين رافقوني طيلة مشواري الدراسي

عبد العالي

مقدمة

إن الله عز وجل خلق بني آدم و إستخلافهم في الأرض وسخر لهم ما فيها من الخيرات، وفتولى تنظيم انتقال ملكية الأموال عن طريق التوريث ، وحدد الأنصبة في كتابه العزيز، فأعطى كل ذي حق حقه، فجعل الميراث حق شرعي للورثة ، ومنحهم حق الدفاع عليه بكل الوسائل ، ويؤمن نظام الميراث الخلافة في المال بشقيها ، الخلافة الإجبارية وفق أنصبة وفروض المحددة شرعا وقانونا لمستحقي الإرث ، والخلافة الاختيارية و التي تتم بالوصية التي مكن بها الشرع و القانون المورث في تعيين من يخلفه في ماله بعد وفاته وفق ضوابط وأحكام شرعية متعلقة بمقدار المال المتصرف فيه وأخرى متعلقة بالشخص المتصرف إليه.

لذا فإن المورث ولدوافع شخصية أو موضوعية ورغبة منهم في التحايل على أحكام الميراث و الوصية لنيل الحرية في تعيين من يخلفهم في أموالهم على وجه الإطلاق ، يفرغون تصرفهم في أشكال تجاوز نظام الميراث وأحكامه ليكون لهم فيه حرية الإيضاء دون التقييد بما هو مقرر شرعا وقانونا للخلافة في المال عن طريق الوفاة .

لكن المشرع وتصديا لمثل هذه التصرفات وضع قواعد يمكن بها فرض احترام القواعد الآمرة للقانون المتعلقة بأحكام الميراث ، وهذا برد تحايله هذا و اعتبار تصرفه وصية حماية للغير إذا تمت في ظروف وأوضاع تبين نية التبرع و الإضرار بالورثة في حقهم الثابت في التركة.

و بالمقابل منحت الشريعة الإسلامية للشخص الحرية التامة في التصرف في أمواله كيف ما يشاء ولمن يشاء عن طريق التبرع بالوصية ، الهبة والوقف لما لهذه التصرفات من آثار حميدة إذا أراد بها التقرب إلى الله عز وجل أولى أقاربه أو للغير بدافع زرع المودة و المحبة وذلك لتقوية الروابط الإنسانية و العلاقات بين أفراد المجتمع فهي من أعظم أبواب البر و الإحسان .

لكن هذه التبرعات خطيرة في بعض الأحيان وذلك لأنها قد تضر بالورثة مستقبلا وخاصة إذا كان القصد منها الإضرار بهم ، فمن خلال دراستنا أردنا الكشف عن بعض التصرفات التبرعية التي تحمل في طياتها وجوبها تحايلا على أحكام الإرث للإضرار بالورثة.

ومن خلال هذه الدراسة سنحاول الإجابة الإشكالية التالية:

• الإشكالية :

فيما تتمثل أوجه التحايل على أحكام الميراث؟ وماهي الحماية القانونية التي خصها المشرع الجزائري لحماية الورثي؟ وهل سير هذا الأخير و القضاء الشريعة الإسلامية في ذلك؟

• أهداف الدراسة:

يمكن اجمال أهداف هذه الدراسة فيما يلي:

-الإجابة على الإشكالية المطروحة حول أوجه التحايل على أحكام الميراث و الحماية القانونية التي خصها المشرع الجزائري لحماية الورثة.

-بيان أهم أسس و القواعد التي وضعها المشرع الجزائري لحماية الورثة وذلك في حالة صحة مورثهم وفي حالة مرض الموت.

-إثراء المكتبة العلمية بهذه الدراسة للإستفادة على جميع الأصعدة سواء كان ذلك في الأوساط العلمية أو في المواقع المهنية أو بين مختلف الشرائح الاجتماعية وهذا تعميما للفائدة العلمية وخدمة للبحث العلمي.

• أسباب اختيارنا الموضوع:

• الأسباب الشخصية :

1-الميل لمثل هذه التصرفات التبرعية لأنها من أعمال البر و الإحسان .

2-معرفة الآثار الاجتماعية التي تعقب مثل هذه التصرفات.

3-الكشف على انعكاسات هذه التصرفات على الورثة في حالتها الصحية ومرض الموت.

• الأسباب الموضوعية:

- 1-انتشار ظاهرة التحايل على أحكام الميراث في المجتمع وذلك بالوصيا المستترة عن طريق الهبة الخاصة.
- 2-معرفة مدى حماية القانون للورثة من تصرفات مورثهم في حال صحته.
- 3-انتشار تصرف الوقف على النفس وعلى الذكور دون الإناث.
- 4-وتعرف تصرفات مريض مرض الموت وآثارها على الورثة.
- 5-الكشف عن كيفية حماية الورثة في تصرفات مورثهم المريض مرض الموت.
- 6-معرفة سبب تقييد كل من حرية الإصاء ،وتصرفات المريض مرض الموت.
- 7-معرفة كيفية إثبات مرض الموت ومن يقع عليه عبء لإثباته.

• صعوبات الدراسة:

- 1-اتساع الموضوع جعلنا نجد صعوبة في انتقاء المفيد فقط.
- 2-حدائة الموضوع وقلة الآراء و المراجع فيه.
- 3-صعوبة التعامل مع أمهات الكتب الفقهية و المصطلحات الفقهية و القانونية.

• الدراسات السابقة:

- 1- كتاب بعنوان : "رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري للدكتور " عبد العزيز محمودي " .
- 2-مذكرة تخرج من المعهد الوطني للقضاء عنوانها حماية الورثة من الوصية المستترة . على حدود علمنا لم نجد دراسة سابقة تتضمن الإمام بكل التصرفات التبرعية و مدى حماية الورثة فيها في حالة صحة مورثهم و في حال مرض موته ، مما جعلنا نحاول التطرق إليها من خلال بحثنا هذا و نوفق في ذلك.

• منهج الدراسة:

سنعتمد في دراستنا هذه على المناهج التالية:

أ- المنهج الإستقرائي : وبه يتم استقراء آراء الفقهاء في هذه التصرفات التبرعية.

ب- المنهج التحليلي : وذلك من أجل تحليل ماجاء به المشرع الجزائري من نصوص قانونية ذات صلة ، وكذلك تحليل الآراء الفقهية.

وللوصول إلى الإجابة على الإشكالية المطروحة اقترحنا الخطة التالية:

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتصرفات التبرعية و مرض الموت.

❖ المبحث الأول: ماهية التصرفات التبرعية.

• المطلب الأول: مفهوم الوصية.

✓ الفرع الأول: تعريف الوصية.

- الفرع الثاني: أركان و شروط الوصية.

• المطلب الثاني: مفهوم الهبة.

✓ الفرع الأول: تعريف الهبة .

✓ الفرع الثاني: أركان و شروط عقد الهبة.

- المطلب الثالث: مفهوم الوقف.

✓ الفرع الأول: تعريف الوقف و خصائصه.

✓ الفرع الثاني: أركان و شروط صحة الوقف.

- المبحث الثاني : ماهية مرض الموت

• المطلب الأول : مفهوم مرض الموت .

✓ الفرع الأول : تعريف مرض الموت

✓ الفرع الثاني : شروط مرض الموت .

المطلب الثاني: إثبات مرض الموت.

✓ الفرع الأول : إثبات مرض الموت عن طريق الشهادة الطبية.

✓ الفرع الثاني : مرض الموت عن طريق شهادة الشهود.

الفصل الثاني :الحماية القانونية من التحايل على أحكام الميراث.

❖ المبحث الأول : الحماية القانونية للورثة من التصرفات التبرعية في حال صحة مورثهم.

• المطلب الأول: أساس حماية الورثة في الوصية

✓ الفرع الأول : تقييد حرية الإيلاء في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة

✓ الفرع الثاني: سبب تقييد الوصية.

• المطلب الثاني : حماية الورثة في الهبة والوقف في حاله صحة مورثهم :

✓ الفرع الأول : حماية الورثة في هبة مورثهم في حالة صحته:

الفرع الثاني : حماية الورثة من وقف مورثه في حال صحته :

❖ المبحث الثاني :حماية الورثة في مرض الموت.

• المطلب الأول: أساس حماية الورثة في مرض الموت:

الفرع الأول : سبب تقييد تصرفات المريض مرض الموت

▪ الفرع الثاني : تحايل المريض مرض الموت :

• المطلب الثاني : أحكام كل من الهبة والوقف في مرض الموت:

▪ الفرع الأول : خضوع كل من الهبة والوقف لأحكام الوصية:

▪ الفرع الثاني: موقف الورثة من التصرفات التبرعية لمورثهم في مرض الموت :

-خاتمة.

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للتصرفات التبرعية

ومرض الموت

✚ الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتصرفات التبرعية ومرض الموت.

إن التصرفات التبرعية من التصرفات المباحة شرعا و قانونا ، و مما لا شك فيه إن لهذه التبرعات تأثير في إنشاء واستقرار العلاقات و الروابط الإنسانية على إعتبار أنهم مفتاح من مفاتيح طرق البر و الإحسان و تدعيم روابط الأخوة و التعاون بين الأهل و الأقارب ، ولا تخلو هذه التبرعات من أن لا يكون القصد فيها التبرع لوجه الله عزوجل ، و إما بقصد التودد والتقرب من أفراد المجتمع، وهذه التبرعات منها ما يكون لما بعد الموت كالوصية ، ومنها ما يكون في حال الحياة كالهبة و الوقف ، وكلها تكون في حال الصحة أو حال مرض الموت ، فكلها جائز و مشروعة فقها و قانونا .

وهذا ما حرصت عليه الشريعة الإسلامية وبعض القوانين الوضعية و منها قانون الأسرة الجزائري و بعض الدساتير من أجل حماية الملكية الفردية ، و أعطت كل الضمانات للأشخاص لإبرام تصرفات ناقله للملكية.

ومن خلال هذا الفصل سوف نتعرف على ماهية هذه التصرفات و ذلك من خلال مبحثين :

-المبحث الأول: ماهية التصرفات التبرعية.

-المبحث الثاني: ماهية مرض الموت.

❖ المبحث الأول: ماهية التصرفات التبرعية.

منحت الشريعة الإسلامية للشخص الحرية في التصرف في أمواله عن طريق التبرع بالوصية الهبة ، الوقف لما هذه التصرفات من آثار حميدة إذا أراد بها التقرب إلى الله عزوجل أو إلى أقاربه أو للغير لزرع المحبة والتودد ، فهي تقوي الروابط الإنسانية والعلاقات بين أفراد المجتمع ، فهي من أعظم أبواب البر و الإحسان ، كما تعتبر التصرفات التبرعية من الطرق المشروعة لإنتقال المال ، ولهذا حرص الإسلام على إنتقالها بين أفراد المجتمع . و للوقوف بدقة على ماهية التصرفات التبرعية لابد من التعريف بها و تحديد خصائص و شروط كل عنصر على حدا ، وهذا ما سنحاول تبيانه وفقا لما يلي:

• المطلب الأول: مفهوم الوصية.

تعرف الوصية على أنها تملك مضاف إلى مابعد الموت⁽¹⁾. أو تصرف تبرعي قانوني يصدر من جانب واحد على سبيل المثال التقرب به إلى الله، و نيال به الثواب والأجر فهي صدقة جارية على صاحبها . و هذا ما سنوضحه من خلال الفرعين التاليين كما يلي :

✓ الفرع الأول: تعريف الوصية.

لتحديد تعريف الوصية لابد من تحديدها من الناحية اللغوية ثم من الناحية الفقهية و أخيرا من الناحية القانونية وذلك بإتباع ما يلي :

-أولا : تعريف الوصية لغة .

مصدر " وصى " وتعني الإيضاء مأخوذة من وصية الشيء إذا وصلتته .

(1) مسعود الهلالي ، أحكام التركات و المواريث في قانون الأسرة الجزائري ، ط1، دار الجسور للنشر و التوزيع،

و الوصية من الوصل ، فيقال وصى الشيء بالشيء وصيا أي وصله ، و سميت وصية لإتصالها بأمر الميت ⁽¹⁾، فالموصى وصل ما كان في حياته بعد موته.

وتطلق الوصية على ما يوصي به الإنسان من مال أو غيره لقوله تعالى: {مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ۗ آبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفَعًا ۚ فَرِيضَةٌ مِّنَ اللَّهِ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا} ، [سورة النساء الآية 11].

و أيضا قوله تعالى {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ...} ، [سورة المائدة:106].

فالوصية إسم مفعول بمعنى الشيء الموصى به ، وتكون مصدرا بمعنى الإيصاء ، ولا فرق في اللغة بين الوصية و الإيصاء ، فكلاهما يطلق على إقامة الإنسان لغيره مقامه في حالة حياته أو بعد وفاته ، و على تمليك المال تملিকা مضافا إلى ما بعد الموت ⁽²⁾.

-ثانيا: تعريف الوصية فقهيا.

نجد أن الفقهاء عند تعريفهم للوصية وضعوا لها تعاريف كثيرة و متنوعة تختلف في وضوحها و خفائها و وغاتها و قصورها ⁽³⁾، وسنحاول تبيانه كما يلي :

عرفها الحنفية بأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كانت عينا أو منفعة.

قد إقتصرت الوصية بالتمليك وبالتالي ما لا يملك يدخل في الوصية بتأجيل الدين أو قسم التركة ⁽⁴⁾.

(1) ابن منظور ، لسان العرب ، ج6 ، دار المعارف للنشر والتوزيع ، مصر، 1981، ص4853.

(2) العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة ، الميراث و الوصية ، دوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، 2002، ص230.

(3) عبد اللطيف دريان، فقه الوصية في المذاهب الإسلامية و القوانين العربية، المجلد 1، الطبعة الأولى ، دار النهضة

العربية ، بيروت ، لبنان ، 2009، ص 46.

(4) مسعود الهاللي ، مرجع سابق، ص46

ويعرفونها الحنابلة بأنها التبرع بالمال بعد الموت والظاهر من كل هذه التعاريف كلها أنها إعتبرت الوصية تصرفا سليما صادرا من جانب واحد تتخذ بعد موت الموصي⁽¹⁾. أما فقهاء المالكية فقد عرفها على أنها عقد يوجب حقا في ثلث مال عاقده و يلزم بموته أو نيابة عنه.

لأن الوصية لا توجب حقا في ثلث مال دائما ، كالوصية بأداء ما عليه من حقوق أو واجبات ، فتكون الحقوق أكثر من التركة و تأديتها واجبة⁽²⁾. فهي إذن تصرف لمالك في جزء من حقوقه موقوف على موته على وجه يكون له الرجوع فيه⁽³⁾.

هذا وعرفها الشافعية على أنها تبرع بحق مضاف و لو تقديرا لما بعد الموت⁽⁴⁾. ويلاحظ من خلال هذا التعريف على أنه حصر الوصية بجانب واحد و هو التبرع ، مع أنها قد تشمل أمور أخرى كالوصية الواجبة⁽⁵⁾.

-ثالثا : تعريف الوصية قانونا .

عرف المشرع الجزائري الوصية في المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع". ومعنى مصطلح "تمليك" هو الوصية بالمنقولات أو العقارات ، وكذا الوصية بالمنافع من سكن أو زراعة أرض فلاحية ، وكل الوصايا بالمال أو بغيره، أما العبارة " مضاف إلى ما

(1) شيخ نسيمه، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري ، الهيئة ، الوصية ، الوقف ، دار هومة للطباعة و النشر، الجزائر ، 2010، ص179.

(2) محمد أحمد عقلة بني مصطفى، الوصية الواجبة و أثر تطبيقاتها على الورثة في المحاكم الشرعية ، ط1، دار مكتبة الحامد للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، 2014 ، ص 83-85.

(3) المرجع نفسه ، ص85.

(4) العربي بلحاج ، مرجع سابق، ص248.

(5) قاسم يوسف ، الحقوق المتعلقة بالتركة في الفقه الإسلامي ، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة ، مصر ، 2012، ص

بعد الموت" بقصد بها التصرف بالوصية لا يترتب إلا بعد الموت و عبارة " تبرع" هو أن الوصية تتم بدون عوض ، فهي تطوع من الموصي بعد موته⁽¹⁾.

و قد إستقر القضاء الجزائري على إعتقاد نفس التعريف الوارد في نص المادة 184 من نفس القانون المذكور أعلاه ، بحيث قضت المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 2 ماي 1995 على أنه: " من المقرر قانونا أن الوصية هي تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"².

ومن الملاحظ أن ما سبق ذكر ما جاء به المشرع الجزائري أيده القضاء ، إذ يتسم بالقصور حين حصر الوصية في كل ما يعتبر تملكاً فقط ، ذلك أن الوصية تشمل التملك بالمال أو المنفعة ، وتشمل الإسقاطات لتكاليف معينة كالإجراء من الدين أو تأجيله أو الكفالة

كما تشمل جهة من جهات كالوصية للمساجد و المستشفيات وليست الوصية للأشخاص المعينين بالإسم أو الوصف فقط⁽³⁾.

أما بالنسبة القانون المدني الجزائري لم يعرفها و إنما أحالها إلى قانون الأحوال الشخصية⁽⁴⁾. حيث نصت المادة 775 منه على أنه:

"يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها"⁽⁵⁾.

(1) حمدي باشا، عقود التبرعات ، دار هومة للنشر ، الجزائر ، 2004 ، ص 45 .

2 - نبيل صقر ، تصرفات المريض مرض الموت (الوصية ، الهبة ، الوقف ، الكفالة ، الإبراء ، القرار ، الخلع ، الإطلاق)، دار الهدى للطباعة و النشر عين مليلة ، الجزائر ، 2008 ، ص 61-62.

(3) شيخ نسيم ، مرجع سابق ، ص 181.

(4) رشيد بن شويخ، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري ، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2008 ، ص6-7.

(5) أنظر ، المادة 775 من الأمر 75-85، المتضمن القانون المدني الجزائري ، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية ، عدد 78 ، الصادر في 30/09/1975 ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في : 13 ماي 2007 ، الجريدة الرسمية ، عدد 31 ، الصادر 13/05/2007م.

✓ الفرع الثاني: أركان و شروط الوصية.

للوصية أركان لا بد من توافرها (أولا) ، ولها شروط صحة (ثانيا):

-أولا: أركان الوصية.

تتمثل أركان الوصية في أربعة أركان أساسية وهي : ركن الموصي ،وركن الموصى له ، وركن الموصى به وركن الصيغة.

أ-الموصى:

نصت المادة 186 من قانون .أ.ج على أنه:

"يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل ، بالغا من العمر تسع عشرة (19) سنة على الأقل".⁽¹⁾.

من خلال التمعن في نص المادة السابق الذكر يتضح أنه يشترط في الموصى أن يكون سليم العقل ، بالغ من العمر 19 على الأقل أي بتوافر:

1-سلامة العقل :

تطبيقا لنص المادة من نفس القانون ، فإن وصية المجنون تعد باطلة بطلانا مطلقا بإعتباره عديم الأهلية .

2- البلوغ:

و هذا ما أكده المشرع الجزائري على سن الرشد بتسعة عشر (19) سنة كاملة.

⁽¹⁾ أنظر القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984، المعدل و المتمم بأمر 02/05،المتضمن قانون الأسرة الجزائري ، الجريدة الرسمية ، العدد 43.

3- الرضا :

يجب لصحة الوصية رضا الموصى بتصرفه مثل باقي التصرفات القانونية ، وعليه فإن وصية المكره والهازل والمخطيء تقع باطلة ، كما لا تصح وصية السكران ، لأنه لا قصد له والوصية هنا تضر بورثته⁽¹⁾.

ب- الموصى له .

وتحكمه شروط نذكر منها :

- أن يكون الموصى له موجودا حقيقة أو تقديرا كالحمل.

وهذا ما جاءت به المادة 187 من القانون السابق الذكر على أنه: " تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا ، و إذا ولد توائم يستحقونها بالتساوي و لو اختلف الجنس".
فإن لم يكن موجودا لا تصح الوصية لأن الوصية تملك ، و تملك المعدوم لا يجوز ، كما يأخذ المذهب الحنفي بالقول يجب أن يكون الموصى له موجودا ، فإن لم يكن موجودا فلا تصح الوصية.

أما المذهب الشافعي إشتراط أن يتصور للموصى له الملك عند موت الموصي ، فلا تصح لميت ، وتصح لحمل موجود ولو نطفة⁽²⁾.
و يجب أن يعلم أن الحمل كان موجودا عند الوصية ، ويعرف ذلك بولادته لدون ستة أشهر من تاريخ الوصية ، لأنها أقل مدة حمل⁽³⁾.

(1) العربي بلحاج ، مرجع سابق ، ص 256.

(2) أحمد محمد على داود، الحقوق العينية المتعلقة بالتركة ، التجهيز، الديون، الوصية ، المواريث و تقسيماتها ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة ، الأردن ، 2007، ص 123-124.

(3) نفس المرجع ، ص 124.

هذا و بالإطلاع على رأي علماء المالكية نجد أنهم لم يشترطوا وجود الحمل أصلا ، بل أجازوا الوصية له ، وتبقى موقوفة حتى ييأس من وجوده و بالتالي تبطل الوصية و يعود المال الموصى به إلى ورثة الموصي⁽¹⁾.

- أن يكون أهلا للتمليك.

إتفق الفقهاء على أن يكون الموصى له من أهل الإستحقاق ، أي أن يكون أهلا للتمليك ، فإذا أوصى لحيوان فإن الوصية عند جمهور الفقهاء تقع باطلة⁽²⁾.

أما قانون الأسرة فقد أغفل هذا الشرط ، وقد نفهم ذلك حسب بعض الفقهاء من أن الوصية لمن ليس أهلا للإستحقاق فقد تكون صحيحة في بعض الحالات ، كالوصية لبناء مسجد أو مدرسة لكنها لا تكون للتمليك ، بل مجرد وصية بتصرف ، أي إخراج مال من تركته.

- الوصية للأجنبي و للقريب الوارث و غير الوارث.

حسب نص المادة 189 من قانون الأسرة الجزائري تنص على أنه: " لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة".

يفهم من خلال التمعن في نص المادة أن المشرع الجزائري لم يقبل للورثة كمبدأ الوصية له بل علق قبولها (أي قبول الورثة لها) ، أي أنه صيغ نص المادة بطريقة يفهم منها أنها إتجهت إلى المنع و كأن الوصية بهذا التعبير صارت ممنوعة إلا بموافقة الورثة ، وهذا غير مقبول لأن الوصية جائزة للوارث إذا وصى بها الورثة ، وجائز لغير الورثة ، والنص في حدود القلق ، أما إذا مازاد عن الثلث فيتطلب موافقة الورثة ، والنص في الحقيقة لم يشر إلى الحكم و إنما إعتبرها موقوفة على الإجازة⁽³⁾.

- أن لا يكون قاتلا للموصي.

(1) العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري ، الطبعة الأولى ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، 2014 ، ص264.

(2) نفس المرجع ، نفس ص.

(3) رشيد بن شويخ ، مرجع سابق ، ص40.

برأي جمهور الفقهاء أن القاتل أي قاتل الموصي يحرم من الوصية ، لأن القتل يمنع الوصية و يبطلها ، وذلك أخذ بقول الرسول صلى الله عليه و سلم: "القاتل لا يرث".
 وذلك حرمان له من الوصية و عقاب له على القتل .
 ولقد اختلف جمهور الفقهاء في نوع القتل المانع من الوصية ، فمذهب الحنفية إعتبروا أن القتل هو القتل عدوانا بغير حق أو عذر شرعي ، أما القتل بالتسبب ، فلا يمنع إرثا ولا وصية ، مع جواز الإجازة من الورثة بمعنى أن القتل المانع من الوصية هو القتل الذي يجب فيه القصاص، وهو القتل المباشر ، عمدا كان أم خطأ.

و ذهب الحنابلة أن القتل المانع من الإرث و الوصية هو القتل بغير حق مباشرة أو تسبباً ، أما إذا حصلت الوصية بعد الجرح المفضي إلى الموت كانت صحيحة.
 كما يرى أصحاب المذهب الشافعي بأن القاتل يستحق الوصية سواء كان القتل عمداً أو خطأ ، لأن الوصية تملك كالهبة ، والقتل لا يبطل الهبة فلا يبطل الوصية.
 أما المالكية ، إلى أن القتل يمنع الإستحقاق من الوصية ، و هذا إستنادا إلى قول الرسول صلى الله عليه و سلم : " لا وصية لقانا".

إلا أنهم يرون أن الوصية تصح القاتل خطأ ، لأنها تملك كالهبة ، أما إذا حصل القتل عمداً بعد إنشاء الوصية حرم الموصي له من الوصية ، كما تنفذ الوصية التي تنشأ بعد الإصابة المفضية إلى الوفاة إحتراماً لإرادة الموصي⁽¹⁾.

هذا من الناحية الشرعية ، أما بالعودة لقانون الأسرة الجزائري نجده نص في المادة 188 على أنه: " لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمداً " . و كذلك المادة 189 من نفس القانون نصت على أنه: لا وصية لو ارتث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي".

(1) العربي بختي ، مرجع سابق ، ص265.

من خلال نص المادة 188 السابقة الذكر ، إن العبرة بالقتل العمد عدوانا بدون حق و ليس بالقتل الخطأ ، هذا ما نصت عليه المادة 135 من نفس القانون المذكور أعلاه على أنه:
" يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم:

1- قاتل الموروث عمدا و عدوانا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا

2- شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام و تنفيذه .

3- العالم بالقتل أو تدبيره إذا لم يخبر السلطات المعنية ."

و قد إستثنت المادة 137 من نفس القانون عن القاتل خطأ على أنه : " يرث القاتل خطأ من المال دون الدية أو التعويض."

و هذا ما هو معروف في الفقه الإسلامي طبقا للقاعدة: " من إستعجل الشيء قبل أوانه عوقب بالحرمان منه "(1).

ج- شروط الموصى به .

- أن يكون مالا حقيقيا أو حكما .

تصح الوصية بالمنافع المباحة ، سواء كانت الوصية مؤقتة بسنة أو شهر أو مطلقة(2).

والمال الحكمي ، كالمنافع مثل سكن الدار و نحوها ، فالمال الحقيقي ، كالدنانير و الذهب و الأشياء العينية و نحوها.

- أن يكون قابلا للتملك بعد موت الموصي بأي سبب من أسباب الموت .

تنص المادة 190 من قانون الأسرة الجزائري على أنه:

" للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها و التي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة إثبات الوصية".

(1) العربي بختي، مرجع سابق ، ص261.

(2) احمد محمد علي داود، مرجع سابق ، ص131.

بمعنى أنها تجيز الإيصاء بكل ما ينبغي أن يكون مباحا و نافعا للوارث⁽¹⁾.

لأن الوصية تمليك فمالا يقبل التمليك لا تتعد به الوصية ، و بناء عليه تصح الوصية بكل مال متقوم من الأعيان و من النوافع لقبولها التمليك فلو أوصى بعين أو نقد معين جاز ذلك ، لأنه قابل للتمليك بالبيع أو الهبة كذلك لو أوصى بمنفعة كسكن دار جاز لأنها تمليك بالإجازة⁽²⁾.

- أن لا يكون الموصى به مستغرقا بدين.

يشترط لنفاد الوصية ألا يكون الموصى مدينا بديون تستغرق جميع ماله ، و ذلك لأن ديون العباد مقدمة على الوصية و الإرث لتعليق حق الدائنين بأموال المدين ، فالديون تأتي في المرتبة الثانية بعد مصاريف التجهيز والدفن و هذا ما نصت عليه المادة 180 من قانون الأسرة الجزائري.

إن أداء قضاء الدين واجب ، والوصية في غير الواجبات مندوبة ، والواجب مقدم على المندوب ، و قد إنعقد الإجماع على تقديم الدين على الوصية ، وإن تقديم القرآن الكريم للوصية علي الدين للتأكيد على أهميتها و حق الورثة على إخراجها ، وعدم الإهمال بها لتقديمها في الإخراج كما بينا ، فبناء على ذلك إذا إستغرقت الديون التركة فلا مجال للوصية⁽³⁾.

هذا و تصح الوصية بمال مستغرق بالدين في حالتين:

- إذا براهه الغرماء بمعنى قاموا بتسديد الدين عليه و أسقطو ديونهم جازت الوصية حينئذ .
 - إذا أجاز الغرماء إنفاذ الوصية قبل الدين جازت الوصية أيضا .
- مقدار الموصى به .

(1) العربي بختي ، مرجع سابق ، ص 265.

(2) أحمد محمد علي داود، مرجع سابق ، ص 131.

(3) نفس المرجع ، ص 132.

من خلال قراءة نصت المادة السابقة الذكر يتضح أن الوصية تكون في حدود ثلث التركة ، فإن كان ضمن ثلث التركة فهو صحيح و نافذ ، و مازاد عن الثلث موقوفا على إجازة الورثة ، فإن أجازوه نفدى و إن لم يجيزوه بطل .
جاءت المادة 185 من نفس القانون المذكور أعلاه على أنه: " تكون الوصية في حدود ثلث التركة ، و مازاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة".
و هذه في الحدود الشرعية و القانونية للوصية .

د-ركن الصيغة.

وتكون بلفظ يدل على الإيصاء صراحة كأوصيت أو بأي لفظ تفهم منه إرادة الوصية و يكون الإيجاب أيضا بالكتابة أو الإشارة المفهومة ولو كان مثلا قادرا على النطق بصعوبة و القبول أن يقبل الموصى له الوصية باللفظ أو يمتلك الموصى به و يتصرف به، والقول شرط في تنفيذ الوصية بعد الموت إن كان الموصى له بالمعين ، أما إذا كان غير معين ، فلا يشترط قبوله لتعذر ذلك⁽¹⁾.

فصيغة التصرف هي المعبرة عن إرادة المتصرف وهي تصدر على أشكال مختلفة حسب طبيعة العقود وهي ثلاث أنواع نذكرها كما يلي:

- الصيغة المنجزة و هي ما دلت على التصرف و حكمه في الحال .
- الصيغة المضافة والتي تقيد وجود العقد في الحال و تختلف حكمه في المستقبل .
- الصيغة المعلقة و هي ما دلت على وجود التصرف مرثيا على وجود شيء آخر سيوجد في المستقبل⁽²⁾.

(1) الصادق عبد الرحمان الغرياني ، مدونة الفقه المالكي و أدلته ، د.ط.ج.4 ، مؤسسة الزيان ، بيروت ، لبنان ، بدون سنة ، ص 278-279.

(2) حمدي باشا ، مرجع سابق ، ص46.

كما أن الوصية تصرف من جانب واحد و بالإرادة المنفردة لا تحتاج إلا للإيجاب و إنعقادها لا يتوقف على قبول الموصى له بإعتباره ، شروط لزوم لها، فالأصل أن تكون صيغ التعرف منجزة إلا أن الوصية تخرج عن هاته القاعدة كون طبيعة الوصية تصرف يضاف إلى ما بعد الموت .

وهذا ما نصت عليه المادة 199 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "إذا علقت الوصية شرط إستحقاقها الموصى له بعد إنجاز الشرط و إذا كان الشرط غير صحيح صحة الوصية و بطل الشرط".

ثانيا: شرط صحة الوصية.

للوصية شروط صحة يتوقف عليها وجودها و شروط نفاذها يتوقف عليها نفاذ الوصية ، و ترتب آثارها و تلك الشروط إما تكون في الموصى أو الموصي له ، أو في الموصى به و قد سبق لنا و أن شرحنا ذلك .
إضافة للشروط التي ذكرناها في الأركان السابقة الذكر هناك شروط أخرى لصحة الوصية و هي :

-الشروط الموضوعية : يشترط أن لا تكون الوصية منافية لمقاصد الفقه الإسلام وأن يكون الباعث عليها غير محرم و لا يشترط فيها ما هو غير مباح .

-الشروط الشكلية: لإنشاء التصرف القانوني لا بد من توافر الشروط الشكلية المقررة والتي منها التعبير عن الإرادة بوضوح لا ليس فيه ، و غموض بالألفاظ المتعارف عليها ، أو بالكتابة أو بالإشارة المفهمة لمن لا يحسن النطق والكلام أو الكتابة .

فإذا كان التعبير عن الإدارة بالكلام أما الشهود إنعقدت الوصية⁽¹⁾.

(1)-العربي بلحاج ، مرجع سابق ، ص 232-233.

بالإضافة إلى ذلك لم ينص المشرع الجزائري في قانون الأسرة إلى طرق التعبير عن إرادة الوصي ، و بالتالي فهي تخضع للقواعد العامة ، فقد جاء في المادة 60 من القانون المدني⁽¹⁾ على أنه:

" التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو الكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا..." .

هذا نص المشرع الجزائري في المادة 191 من القانون الأسرة الجزائري على طرق إثبات الوصية على أنه: " تثبت الوصية .

1-بتصريح الموصى أمام الموثق وتحرير عقد ذلك .

2- و في حالة وجود مانع قاهرة تثبت الوصية بحكم ، ويؤشر به على هامش أصل الملكية أحكام الوصية ."

• المطلب الثاني: مفهوم الهبة.

لقد إستمد المشرع الجزائري أحكام الهبة من الفقه و القانون المدني و قانون الأسرة الجزائري من أجل تمييزها عن بعض التصرفات التبرعيات كالوقف و الوصفية و توضيح بعض المفاهيم اللغوية و القانونية و الشرعية لعقد الهبة من خلال خصائصها و مميزاتها . و سنوضح ذلك و فقا لما يلي :

✓ الفرع الأول: تعريف الهبة .

يقنضي منا تعريف الهبة من الناحية اللغوية ثم من الناحية القانونية.

(1)أنظر المادة 60من القانون المدني الجزائري ،مرجع سابق.

-أولاً: تعريف الهبة لغة .

ونلخصها وفقاً لما يلي :

هي التبرع و التفضل على الغير أي بما ينفع به مطلقاً سواء كان مالا أو غيره⁽¹⁾.

أيضا ، العطية الخالية من الأعواض و الأعراض⁽²⁾، هي التفضل و الإحسان بشيء ينتفع به الموهوب له سواء كان ذلك الشيء أو غير مال، أي بما ينتفع به مطلقاً سواء كان مالا مثلا هبة المال كهبة شخص لأخر منزل أو سيارة و أيضا هبة غير المال كقول إنسان لآخر ليهب الله لك ولدا ، مع أن ولد ذلك الشخص حر ليس بمال.

وكذلك يطلق لفظ الهبة على الصدقة إذا كان يقصد بها وجه الله تعالى.

أما في مختار الصحاح باب "وهب" ، وهب له الشيء ، وهب ، يهب ، وهبا بوزن

وضع يضع وضعا الإيهاب قبول الهبة و الإستعاب سؤال الهبة.

وفي مفردات ألفاظ القرآن الكريم للأصفها في الهبة ، أن تجعل ملكك لغيرك بغير عوض

و يقال : وهبته هبى و موهبة و موهبا ، قالى الله تعالى ﴿وَهَبْنَا لَهُ إِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ ۗ

وَكُلًّا جَعَلْنَا نَبِيًّا﴾ [سورة مريم الآية 49]

وعن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: " لقد هممت أن لا أتهب هبة إلا

من قرشي أو أنصاري أو ثقيفي"⁽³⁾

(1) محمد بن أحمد تقيية ، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري ، مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية و القانون المقارن ، الديوان الوطني للأشغال، الطبعة الأولى ، 2003، ص 48 .

(2) حسن محمد بودي ، موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2004 ، ص19.

(3) أبي الفضل جمال الدين محمد الأبادي ، لسان العرب ، دار صادر و دار بيروت للطباعة و النشر ، بيروت ، لبنان ، 1981، ص 803.

و الهبة إذا كثرت سمي صاحبها وهابا وهو من أبنية المبالغة ، يقال : رجل واهب و وهاب و وهوب و وهابة أي كثيرة الهبة لأموالها ، وتواهب الناس : وهب بعضهم لبعض ، و الإستيهاب سؤال: الهبة و اتهب: قبل الهبة⁽¹⁾.

كما يمكن القول أن الهبة في اللغة تعني التبرع و التفضل على الغير و لو بغير مال أي بما ينتفع به مطلقا سواء كان مالا أو غير ذلك ، وهي مأخوذة من "هب" بمعنى لمرورها من يد إلى يد أخرى أو بمعنى " اعطى"⁽²⁾.

-ثانيا : التعريف القانوني للهبة.

لقد عرفها المشرع الجزائري في نص المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " تملك بلا عوض".

من خلال التمعن في نص المادة يتضح أنه المشرع لم يبين ما إذا كانت الهبة عقدا أو تصرفا إنفراديا، أي أنه لم يذكر ضمن هذا التعريف أن الهبة عقد .

أما حسب نص المادة 206 من نفس القانون المذكور أعلاه التي تنص على أنه:" تتعد الهبة بالإيجاب والقبول ، و تتم الحيازة ، و مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات و الإجراءات الخاصة في المنقولات و إذا إختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة".

وضحت المادة بأن الهبة تنعقد ثم أكدت مرة ثانية على أنها تتم بالإيجاب والقبول.

و ما يلاحظ على هذه المادة الأخيرة أنه:

-إهمال المشرع الجزائري لنية التبرع ، فالهبة من العقود التبرعية ، و يكون بذلك عنصر التبرع جوهرى في عقد الهبة.

(1) كمال حمدي ، الموارد و الهبة والوصية ، نشأة المعارف ، الاسكندرية ، مصر ، طبعة 1998 ، ص 154.

(2) مايا دقايشية ، أحكام الرجوع في عقود التبرعات ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، عين مليلة ، الجزائر ،

2015، ص113.

- إهمال عنصر الحياة ، فالهبة لا تقع إلا في حياة الواهب و الموهوب له، بإستثناء حالة المادة 209 من قانون الأسرة السابق ذكره أعلاه فالشرط الأساسي من بين شروط الهبة أنها تتم بين الأحياء⁽¹⁾.

كما أن المشرع الجزائري أضاف أن يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بأي إلتزام يتوقف على تمام الهبة ، سواء كان هذا الإلتزام لمصلحة الواهب أو الموهوب له أو للغير أو للمنفعة العامة من خلال نص المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري.⁽²⁾

✓ الفرع الثاني: أركان و شروط عقد الهبة.

إن الهبة عقد شأنه شأن العقود التبرعية الأخرى ، ولكي يبرم صحيحا لا بد أن تتوفر فيه أركان و شروط ، و سوف نتطرق في هذا الفرع إلى بيان أركان عقد الهبة سواء كان عقارا أو منقولا هذا وقد أدرج المشرع الجزائري شروط لا بد أن تتوفر في الواهب أثناء أبرامه عقد الهبة و إلا تعرض عقد الهبة للفسخ و هو ما إصطلح عليه بشروط صحة الهبة وفقا لما يلي:

-أولا: أركان عقد الهبة.

حتى يكون عقد الهبة صحيحا لا بد من توافر أركانه (الواهب -الموهوب إليه - الموهوب- الصيغة)

(1) نكاح عمار ، إنتقال الملكية العقارية في قانون الأسرة الجزائري ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الإخوة منتوري محمد، قسنطينة ، السنة الجامعية 2007-2008،ص 163.

-شيخ نسيمية، مرجع سابق ، ص17.

(2) محمد بن أحمد تقيية ، مرجع سابق ، ص 25.

-شيخ نسيمية ، مرجع سابق ، ص 16-17.

- أنظر ، المواد من 202 إلى 212 من ق.أ.ج.

فإذا إختلت هذه الأركان تعرض عقد الهبة للإبطال ، فيجب توافر ركن الرضا من حيث توافق إرادة الواهب والموهوب له كما أيضا لا بد من توافر الشيء الموهوب عينا وأن لا يكون سبب العقد مخالف للنظام العام ، وهذا ما سوف نوضحه بتفصيل

أ-ركن الرضا.

يعتبر التراضي (الرضا أساس العقد ، إذ لا ينعقد العقد إلا بالتعبير عن الإرادة و يتم بصدور إيجاب أو قبول أحد المتعاقدين و صدور مطابق له من العقد من المتعاقد الآخر (1) و يقصد بالتراضي بين المتعاقدين توافقهما و إنصرافهما لإحداث أثر قانوني معين(2). و بما أن العقد الهبة إستلزم المشرع لإنعقاده توافر ركن الرضا ، فإذا إنعدم هذا الركن بين المتعاقدين يجعل هذا الأخير باطلا.

ويستفاد من خلال المادتين 202 و 206 من قانون الأسرة الجزائري.

كما أنها اكدت على المادة 206 من نفس القانون السابق ذكره بصريح العبارة على حتمية إنعقاد الهبة بالإيجاب من الواهب و قبول من الموهوب له (3) و بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجده قد إعتد رأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية و إعتبر الإيجاب و القبول ركنان من أركان الهبة(4).

وحسب نص المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري أنه لا بد من قبول الموهوب له للهبة حتى تتعقد، والسبب في ذلك أن الهبة عقد ليست تصرفا بالإرادة المنفردة كالوصية فهي و إن كانت تبرعا إلا أنها تنقل عنق الموهوب له بالجميل و تفرض عليه واجبات أدبية نحو

(1) عبد الحفيظ بثقة، محاضرات في شرح القانون المدني الجزائري ، نظرية الإلتزام أقيت على طلبه سنة ثانية حقوق و علوم سياسية ، جامعة محمد خيضر - بسكرة ، الجزائر ، السنة الجامعية 2008 -2009 ، ص 50.

(2) جمال ميمون، محاضرات في التبرعات عن الوصية و الهبة ، ملقاة على الطلبة السنة ثانية حقوق ماستر ، تخصص قانون الأسرة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد بوضياف ، المسيلة، الجزائر ، السنة الجامعية 2016-

2017، ص 35.

(3) حمدي باشا ، مرجع سابق ، ص 08.

(4) جمال ميمون ، مرجع سابق ، ص 35.

الواهب، وقد يؤثر الموهوب له رفض الهبة إذا ما اكتشف من ورائها غايات الواهب لا يحبها كما أن ملكية لشيء الموهوب لا تنتقل إلى الموهوب له ما لم يقبلها⁽¹⁾، وقد نص المشرع الجزائري في المادة 206 من نفس القانون المذكور أعلاه على ركن الرضا بالقول بأنه تتعد الهبة بالإيجاب والقبول و تتم الحيازة، و مراعاة أحكام القانون التوثيق في العقارات و الإجراءات الخاصة بالمنقولات إذا إختل أحد القيود بطلت الهبة⁽²⁾.

أما بالنسبة لأهلية الواهب يشترط المشرع الجزائري في نص المادة 203 من نفس القانون أن يكون الواهب حائزا على أهلية التبرع ، وذلك بأن يكون سليم العقل أي متمتعا بكامل قواه العقلية و أن يكون بالغا سن الرشد القانوني أي تسعة عشرة 19 كاملة و أن يكون غير محجور عليه لسفه أو غفلة⁽³⁾.

ب- ركن المحل.

من المعلوم بالضرورة أن المحل ركن من أركان العقد و إذا غاب ركن المحل في أي عقد صار باطلا⁽⁴⁾.

إشترط المشرع الجزائري شروطا يجي ان تتوافر في محل الإلتزام أوردها في المواد

92 إلى 95 من القانون المدني الجزائري وهي :

- أن يكون محل الإلتزام ممكنا غير مستحيل.

- أن يكون معيناً أو قابلاً لتعيين .

- أن يكون مشروعاً غير مخالف لنظام العام⁽⁵⁾.

(1) جمال ميمون ، مرجع سابق ، ص 38.

(2) -حمدي باشا ، مرجع سابق ، ص 08.

-شيخ نسيمية ، مرجع سابق ، ص 51.

(3) عبد الحفيظ بثقة ، مرجع سابق، ص 11، 12.

(4) المرجع نفسه ، ص 12.

(5) جمال ميمون ، مرجع سابق ، ص 36.

فالهبة عقد يلتزم بمقتضاه الواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها إلى الموهوب له دون مقابل، و من ثم تكون الهبة أصلا ملزمة لجانب واحد هو الواهب بحيث يكون محل إلتزامه فيها هو الشيء الموهوب ، غير أنه يجوز طبقا لنص المادة 202/02 من قانون الأسرة الجزائري أن يشترط الواهب في الهبة عوضا أو إلتزامات أخرى على الموهوب له فتصبح الهبة عقدا ملزما لجانبين و يكون محل الإلتزام فيها هو العوض المشترط⁽¹⁾.
إذا الهبة دائما يكون لها محل يتمثل في الشيء الموهوب و قد يكون لها محل ثاني و هو العوض وهذا ما نتعرض إليه وفقا لما يلي⁽²⁾:

-الشيء الموهوب:

الشيء الموهوب له هو ما تقع عليه الهبة من الواهب إلى الموهب له ويسري عليه عقد الهبة ما يسري على محل العقد بوجه عام ، ومن ثم يجب أن يكون موجودا وقت التعاقد أو قابلا للوجود مستقبلا ، و أن يكون معيناً أو قابلاً لتعيين بأن يكون معلوما علما كافيا ، و بأن يكون صالحا للتعامل فيه بألا يكون مستحيلا في ذاته و مخالفا لنظام العام أو الآداب العامة ، وأن يكون مملوكا للواهب فلا يجوز له هبة ما ليس ملكا له⁽³⁾.

-العوض في الهبة :

للحبة محل دائم هو الشيء الموهوب لكن قد يكون لها محل آخر وفقا لمقتضيات المادة 202 الفقرة الثانية من قانون الأسرة الجزائري وهو العوض ، فقد تقتزن الهبة بمقابل أما بشرط أو إلتزامات في جانب الموهوب له مقابلة لإلتزامات القائمة في جانب الواهب و قد تتعد صور المقابل في الهبة ، فتكون الشروط والإلتزامات التي يفرضها الواهب على

(1) يوسف أبو قاسم ، مرجع سابق ، ص186.

(2) لحسن بن شيخ آث ملويا ، قانون الأسرة ، دار الهدى، عين مليلة ، الجزائر ، 2014، ص 165.

(3) عبد القادر عودة، الموسوعة العصرية في الفقه ، الجزء الأول ، المجلد الأول ، دار الشروق ، القاهرة ، مصر، 2001،

الموهوب له في عقد الهبة تصب في مصلحة هذا الأخير كأن يهب الواحد مالا للموهوب له و يشترط عليه في المقابل أن يشتري به دارا أو أي شيء آخر ينتفع به .
و قد تكون هذه الشروط والإلتزامات المفروضة على الموهوب له تصب في مصلحة الواهب كأن يشترط الواهب على الموهوب له عندئذ بوفاء هذه الديون التي كانت موجودة وقت الهبة⁽¹⁾، و قد يشترط الواهب العوض للمصلحة العامة ومثال على ذلك أن يهب الواهب مالا للجمعية الخيرية و يشترط عليها أن تقوم بتشييد مستشفى أو ملجأ أو غير ذلك من الأعمال التي تحقق مصلحة عامة⁽²⁾.

و أيا كان الإلتزام الذي يشمل عليه المقابل في عقد الهبة فإن محله يجب أن تتوفر فيه الشروط العامة الواجب توافرها في محل الإلتزام بوجه عام ، فيجب إذا أن يكون هذا المال موجودا اذا كان متعلقا بشيء معين بالذات أو ممكنا إذا كان عملا أو إمتناعا عن عمل و يجب أن يكون معيناً أو قابل لتعيين ، و أن يكون صالحا لتعامل فيه وغير مخالف للنظام العام و الآداب العامة ، كما يجب أن تكون القيمة المادية للمقابل في عقد الهبة أقل من قيمة الشيء الموهوب ، فإذا تعادلت أو تقاربت قيمة المقابل مع الشيء الموهوب فقدت الهبة صفتها بإعتبارها تبرعا و أصبحت عقد معارضة لا تبرعا⁽³⁾ .

ج- ركن السبب.

وضح المشرع الجزائري في القسم الثاني من الكتاب الثاني شروط العقد(الرضا- المحل- السبب) من خلال المادتين 97 و98 من القانون المدني الجزائري ، وعليه فإن سبب العقد هو الغاية التي يسعى المتعاقد إلى تحقيقها من وراء تحمله بالإلتزام ، أو الباعث الذي

(1) توفيق الشاوي ، الميراث ، الهبة، الوصية، دار النهضة العربية للنشر، مصر ، 2004، ص378.

(2) نورة منصور، هبة العقار في التشريع ، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، عين مليلة ، الجزائر ، 2010، ص

29.

(3) شيخ نسيم، مرجع سابق ، ص 38-40.

دفع الشخص إلى التعاقد و بهذا يكون ركنا من أركان العقد له إستقلالية عن المحل لكون أن هذا الأخير (المحل) ركن في أي إلتزام ، بينما السبب يكون ركنا في الإلتزام الإرادي فقط⁽¹⁾.
فالسبب و الإرادة أمران متلازمان فإن وجدت الإرادة وجد السبب و إن إنعدمت إنعدم السبب معها ، ففي عقود التبرع حسب النظرية التقليدية أن سبب الإلتزام هو نية التبرع ذاتها مجردة من البواعث التي دفعت إليها⁽²⁾

كما يكون شرط عقد الهبة صحيحا يجب أولا أن يكون باعث الواهب للتعاقد مشروعاً و غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة ، فإذا كان الباعث الذي دفع الواهب إلى إبرام عقد الهبة غير مشروعاً كانت الهبة باطلة بطلانا مطلقاً⁽³⁾.

حيث تنص المادة 97 من القانون المدني الجزائري بقولها:

" إذا إلتزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب العامة ، كان العقد باطلا".

من خلال ما سبق ذكره و بيانه يمكننا أن نوضح ذلك من خلال مثال ما : كأن يهب شخص لآخر شيئاً بشرط أن يقتل الموهوب له خصم الواهب ، أو أن يكون باعث الواهب إقامة علاقة غير شرعية مع الموهوب لها ، فحين أنه إذا كان الباعث تعويض البنات عن الضرر الذي لحق نتيجة و جراء علاقة المعاشرة غير المشروعة والمحرمة شرعاً بعد أن إنقطعت ، فإن الهبة هنا لا تتعقد و هي باطلة⁽⁴⁾.

كما أن الهبة تتعقد صحيحة عندما تكون مشروعة و تتحقق أيضاً لمشروعية سبب الباعث.

(1) نورة منصورى ، مرجع سابق ، ص34.

(2) عبد الحفيظ بثقة ، مرجع سابق ، ص17.

(3) نسيمه شيخ ، مرجع سابق ، ص41.

(4) يوسف قاسم ، مرجع سابق ، ص 271.

هذا و يفترض أن يكون الباعث الدافع للواهب على إبرام عقد الهبة مشروعاً إلى أن يثبت العكس ، فقد تقترن الهبة بشرط غير مشروع كمن يهب شخصاً ما مالا لطليقته و يشترط عليها عدم الزواج بأي شخص غيره ، فهذا الشرط يعتبر غير مشروع لمخالفة القانون والشرع والنظام العام .

أيضا ، كما قد تقترن الهبة بشرط غير ممكن أي مستحيل الوقوع كأن يهب شخص ما لآخر منزلاً و يشترط عليه مقابلاً للهبة إيراداً لشخص ثالث مدى الحياة ، فيتبين أن هذا الأخير متوفي قبل صدور الهبة أصلاً ، حينئذ تكون الهبة صحيحة إذا لم يكن هذا الشرط المستحيل هو الباعث الدافع لإبرام عقد الهبة.⁽¹⁾
كما أنه يمكن عقد الهبة أن يبطل الشرط و تبطل معه الهبة⁽²⁾.

ثانياً : شروط عقد الهبة.

إن الهبة في القانون الجزائري هي عقد حتى ولو لم يذكر ذلك صراحة في تعريف الهبة، إلا أن المادة 203 من قانون الأسرة الجزائري نصت صراحة على الشروط الصحيحة الواجب توافرها في الواهب ، فشروط صحة الهبة هي ذاتها شروط صحة العقود و هي الأهلية و خلو الإرادة من العيوب التي تشوب الرضاء المتمثلة في الغلط والتدليس و الإستغلال و الإكراه⁽³⁾.

(1) يوسف قاسم ، مرجع سابق ، ص 272.

(2) نسيم شيخ ، مرجع سابق ، ص 41.

(3) علي علي سليمان ، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني ، الطبعة 2، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، 1998 ، ص 108 ، 109.

أ- شروط عقد الهبة من حيث الصحة .

سنتناول شروط صحة عقد الهبة أو كيفية صحة إنعقادها و هي ذاتها شروط صحة العقود و هي الأهلية و خلو الإرادة من العيوب التي تشوبها⁽¹⁾. ولكي تترتب على الهبة آثاره يجب أن يكون هناك رضا صحيح أي صادر من ذي أهلية و خال من أي عيب يفسده في ذلك أن يكون غلطا أو تدليسا أو إكراها أو إستغلالا⁽²⁾. وذلك وفقا لما يلي :

1- أهلية الواهب:

يشدد القانون الجزائري في أهلية الواهب و يتطلب أهلية التبرع لأنه يقوم بعمل ضار به ضررا محضا و يخفف من أهلية الموهوب له لأنه يقوم بعمل ندافع له نفعا محضا. كما سبق بيانه فإن الهبة الصادرة من عديم الأهلية و ناقصها تكون باطلة بطلانا مطلقا كونها صدرت ممن ليس له أهلا لأن يهب ، فالمطلوب من الموثق قبل تحرير عقد الهبة أن يتحقق من أهلية الواهب فيلتمس من الأطراف تقديم شهادات ، كشهادة الميلاد و بطاقة التعريف الوطنية (بطاقة الهوية) و كذلك شهادة طبية إذا إقتضى الحال ذلك . هذا و تعتبر الهبة الصادرة عن الوصي أو الولي أو القيم الذي ينوب عن عديم الأهلية و ناقصها باطلة بطلانا مطلقا لأنها تصنف ضمن التصرفات الضارة ضرر محضا بالواهب و لأنها تخرج عن دائرة التصرفات التي يمكن إستئذان القاضي بشأنها⁽³⁾.

كما لا يجب أن يكون الواهب في مرض الموت و لا مصابا بمرض مخيف ولا متواجد في حالة مخيفة كأن يكون في معركة حربية ، أو في حالة غيبوبة ...إلخ، فإذا

(1) لحسن بن شيخ آث ملويا ، مرجع سابق ، ص58.

(2) علي علي سليمان ، مرجع سابق ، ص109.

(3) نورة منصور ، مرجع سابق ، ص 38.

-العربي بلحاج ، مرجع سابق ، ص183.

-لحسن بن شيخ آث ملويا ، مرجع سابق ، ص 58.

صدرت عنه الهبة في هذه الحالة إعتبرت وصية و تنطبق عليها أحكامها طبقا لمقتضيات المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص على أنه:

" الهبة هي مرض الموت و الأمراض و الحالات المخيفة تعتبر وصية".

من خلال الملاحظة نستنتج بأنه قد إستقر القضاء الجزائري على هذا الموقف بإقراره على إعتبار الهبة الصادرة من الواهب في مرض الموت أو الحالات المخيفة وصية على أن يقع عبء إثبات المرض على من يدعي ذلك عن طريق تقديم خبرة طبية صادرة عن طبيب مختص أو بوسائل علمية⁽¹⁾.

ومن المقرر قانونا ، بأن المشرع الجزائري حدد الشروط الواجب توافرها في الواهب تحديدا دقيقا عند إبرامه عقد الهبة و إذا إختلت هذه الشروط تعتبر الهبة باطلة طبقا لنص المواد من 203 إلى 204 من نفس القانون المذكور أعلاه وهي كالتالي :

- أن يكون الواهب سليم العقل.
- غير محجور عليه.
- كل هبة تقع وقت مرض الموت أو الحالات المخيفة تعتبر وصية.

2- أهلية الموهوب له .

حدد المشرع الجزائري بالنسبة للموهوب له بأنه لم يشترط هذا الأخير أهلا للتبرع طبقا لنص المادة 210 من قانون الأسرة الجزائري ، غير أنه يكفي شرط واحد أن تتوفر فيه أهلية التمييز لقبول الهبة كونه يقوم بعمل نافع نفعا محضا.

أيضا ، كما أجاز المشرع الجزائري قانونا الهبة للجنين شرط ولادته حيا، و هذا ما جاءت به نص المادة 209 من نفس القانون السابق على أنه : " تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا " .

(1) مايا دقايشية ، مرجع سابق ، ص41.

وفي هذه الحالة يتولى قبول الهبة على الجنين وليه الشرعي و هو الأب إذا كانت الهبة صادرة من أجنبي و الأم إذا كانت الهبة من الأم (1) .

و ترتيبا على ذلك ، إذا لم يكن الموهوب له عديم التمييز لم يجز له قبول الهبة بنفسه بل عن طريق ممثله القانوني الذي ينوب عنه (وليه أو وصيه، أو القيم عليه)، أما إذا كان ناقصا الأهلية جاز له أن يقبل الهبة بنفسه دون اشتراط إذن وليه أو وصيه أو القيم عليه أو إذن القاضي ما دامت الهبة نافعة له نفعا محضا.

أما إذا إقترنت بشروط و إلتزامات بأن كانت بعوض فإنها تأخذ حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر و بالتالي تتوقف على إقرار الولي أو الوصي أو القيم (2).

ب : عيوب التراضي في عقد الهبة.

طبقا لما هو مشروع في الشريعة الإسلامية و القانون لقيام الهبة صحيحة لا بد أن يشترط أن يصدر التصرف من ذي أهلية و إرادة سليمة و خالية من أي عيب من العيوب ، فإذا شاب رضا الواهب أو الموهوب له عيب من عيوب الإرادة كان العقد باطلا لمصلحة من شاب إرادة العيب و تنحصر عيوب الرضا في عقد الهبة في الغلط و التدليس و الإكراه و الإستغلال (3).

وسوف نوضح ذلك وفقا لما يلي :

(1) حمدي باشا عمر، مرجع سابق ، ص35.

(2) نسيمه شيخ ، مرجع سابق ، ص56-58.

(3) علي علي سليمان ، مرجع سابق ، ص 109.

- نسيمه شيخ ، مرجع سابق ، ص 35.

- مايا دقايشية ، مرجع سابق ، ص 42.

1- الغلط في عقد الهبة:

وفقا لما هو مقرر قانونا يشترط في الغلط الذي يعيب إرادة الواهب و يجعل العقد قابلا للإبطال أن يكون جوهريا و يقع الواهب في غلط جوهري⁽¹⁾.

2-التدليس:

ما التدليس هو إستعمال الخيل لإيقاع الشخص في غلط يدفعه إلى التوهم بغير حقيقة⁽²⁾.

3-الإكراه:

و هو ما نصت عليه المادة 88 من القانون المدني الجزائري حيث الإكراه عيب من عيوب الإرادة يجعل الواهب يبرم عقد تحت سلطان الرهبة والخوف ، و أكثر ما يكون الإكراه عن طريق التأثير في نفس الواهب بنفوذ أدبي يكون للموهوب له عليه فيؤثر في إرادته و يحمله على التبرع بماله لمصلحته ، و يقع هذا من الزوج لزوجته أو الرئيس للمرؤوس...إلخ.

4- الإستغلال (الغبن):

يعد الإستغلال أبرز عيوب الإرادة في عقد الهبة ، فكثيرا مايستغل الموهوب له الواهب في طيشا بنيا أو هوى جامع⁽³⁾.

(1) أنظر ، نصوص المواد : 81،86،89،90 من ق.م.ج

(2) أنظر ، المادة 86 من ق.م.ج.

(3) أنظر ، المادة 90/01 من نفس القانون.

و مثال عن ذلك أن يقوم زوج مسن بإبرام هبة لزوجته الثانية أو لأولاده منه، مما يحرم الزوجة الأولى و أبنائها منه، و يتم ذلك تحت تأثير الزوجة الثانية على زوجها المسن، و قد رتب القانون لهذه الحالة دعويين، (1):

دعوى الإبطال و دعوى الإنقاص، فإذا رأى أن الواهب دعوى الإبطال جاز للقاضي أن يستجيب لطلبه فيبطل الهبة إذا رأى أن الواهب لم يكن ليهب أصلاً لولا الإستغلال ، أما إذا رفع دعوى الإنقاص إذا كان الإستغلال لم يفسد إرادته للواهب إلى حد كبير ، و أن الواهب كان يهب دون إستغلال بعض المال الموهوب ، إقتصرت الإنقاص إلى هذا القدر ، و يجوز للموهوب له أن يعرض من تلقاء نفسه إنقاص الهبة ، فيتولى بذلك إبطال عقد الهبة كلها.

أما إذا إختار الواهب دعوى الإنقاص من البداية ، فلا يجوز للقاضي أن يقضي بإبطال الهبة و إلا إعتبر قد فصل بأكثر مما طلب منه(2). كما يجب أن ترفع دعوى الإستغلال خلال سنة من تاريخ العقد و إلا كانت غير مقبولة.(3).

• المطلب الثالث: مفهوم الوقف.

لقد إختلف الفقهاء قديماً و حديثاً في مفهوم الوقف ولكل واحد منهم رأي و موقف و تعريف راجع لكل واحد من إجتهدات و آراء مسندة إلى كل فقيه ، و لهذا لا يوجد تعريف موحد له.

كما ترتكز نظرية الوقف العام حول مفهوم الوقف و فلسفته و الأسس التي يعتمد عليها في بناء نظامه الذي يتميزه عن بعض أنظمة مشابهة بخصائص و مميزات أساسية

(1) محمد حسنين، الوجيز في نظرية الإلتزام ، المؤسسة الوطنية للنشر و التوزيع ، الجزائر، 1983، ص78.

(2) حمدي باشا عمر، مرجع سابق ، ص 30 .

(3) أنظر ، المادة 90 من ق.م.ج.

في وجوده ، هذا بالإضافة إلى أن نظرية الوقف العام تنصب بشكل أكيد حول قوام هذا النظام الذي يعتمد على المال الوقفي و تظهر مشروعية الوقف في القرآن الكريم و الأحاديث النبوية الشريفة عمل به الصحابة رضوان الله عليهم جميعا و أجمعوا على مشروعيته لقوله تعالى:

{لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ}

[آل عمران الآية 92]

و يتم على هذا الأساس عرض تعريف الوقف و خصائصه كفرع أول، و أركان وشروط صحة الوقف كفرع ثاني:

✓ الفرع الأول: تعريف الوقف و خصائصه.

-أولاً: تعريف الوقف .

سنقوم بتعرف الوقف من الناحية اللغوية و الإصطلاحية و القانونية وفقا لما يلي :

أ- لغة :

هو حبس و المنع ، و يقال وقفت الشيء أي حببتها ، فالوقف في اللغة هو المنع⁽¹⁾، فيقال وقف الشخص في مكانه أي إمتنع عن التحرك ، كما ورد في معنى آخر هو الإمساك و الحبس من مصدر وقف و تجمع على أوقاف ، كما الحبس على حبوس و يفيد معنى آخر و هو الإطلاع⁽²⁾.

(1) ابن منظور ، مرجع سابق ، ص884

(2) أحمد الريسوي، الوقف في الإسلام و مجالاته و أبعاده ، دار الثقافة ، الكويت ، 1993، ص6

ب-إصطلاحا:

يعرف الوقف على أنه توقف المالك عن التصرف في المال و الإنتفاع به لصالح الجهة الموقوف عليها بغاية التقرب إلى الله و نيل الثواب و الجزاء الحسن و الأجر⁽¹⁾.

ج- تعريف الوقف في القانون.

لم يعرف المشرع الجزائري الوقف بل حدده في نص المادة 213 من قانون الأسرة الجزائري⁽²⁾ التي تنص على أنه:

" الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأكيد و التصديق "

كما عرف القانون رقم 90-25 المعدل و المتمم المتضمن القانون التوجيهي العقاري للوقف في المادة 31 منه والتي نصت على أنه:

" الأملاك الوقفية هي الأملاك العقارية التي حبسها مالكاها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائما تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة أو مسجد سواء كان هذا التمتع فوريا أو عند وفاة الموصين الوستاء الذين يعينهم المالك المذكور⁽³⁾ .

يتضح لنا من خلال هذا التعريف أن المشرع الجزائري أخذ برأي جمهور الفقهاء ، كما عرفه في المادة 3 من القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27 أفريل 1991 المعدل و المتمم على أنه: " حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصديق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر و الخير⁽⁴⁾ .

(1) ابراهيم محمود الباقي ، دور الوقف في تنمية المجتمع المدني ، مجلة الأوقاف الأمانة العامة للأوقاف ، ط الأولى ، الكويت ، 2006 ، ص25.

(2) محمد عيسى ، فقه الوقف و إدارته في الإسلام ، دورة إدارة الأوقاف الإسلامية بالجزائر ، الجزائر ، 1999 ، ص110

(3) أنظر ، قانون رقم 90-25 مؤرخ في 18/11/1990 ، يتضمن القانون التوجيهي العقاري ، المتضمن بالأوقاف ، ج.ر ، ع21 ، ص 05

(4) أنظر ، قانون رقم 91-10 المؤرخ في 27/04/1991 ، يتعلق باللجنة الدينية و الأوقاف ، الصادر في 8 ماي 1991 ، المعدل و المتمم، ج،ر،ع،21.

الفرع الثاني: أركان و شروط صحة الوقف.

يعتبر الوقف نظام قانوني متميز ينشأ بموجب عقد و المتفق عليه فقها أن أركان العقد تتمثل في طرفي العقد و محل العقد و صيغة العقد (الرضا) و السبب ، و بإسقاط هذه العناصر على الوقف فإنه ينتج أن الوقف له طرفين هما : المواقف و الموقوف عليه ، و محل الوقف هو الشيء الموقوف و يقابل الرضا المتمثل في الإيجاب و القبول صيغة الوقف و إن كان القبول لا يشترط في الوقف إلا لتثبيت الوقف في ذمة الموقوف عليه⁽¹⁾. أما السبب الذي يقصد به الباعث أو الدافع للتعاقد فهو في عقد الوقف يتمثل في نية التقرب الى الله عزوجل⁽²⁾.

و سنتناول في هذا الفرع أركان عقد الوقف وشروطه التي نص عليها المشرع الجزائري و ذلك وفقا لما يلي:

-أولا: أركان عقد الوقف.

وتتلخص أركان عقد الوقف فيما مايلي:

أ-الواقف .

الواقف هو الركن الأول في عقد و إرادة الوقف هي المصدر المنشىء للوقف لذا لا يتصور إنعقاده بدون وجود الواقف و يقصد بهذا الأخير الشخص الذي تتجه إرادته في إبرام عقد الوقف بدافع أو باعث ديني هو التقرب إلى الله عزوجل أو لغرض تأمين مستقبل عقابه ليؤول بانقراضهم إلى جهة الخير التي حددها الواقف في وقفه.

كما عرف الاستاذ عبد الرزاق السنهوري الواقف على أنه الشخص الذي يصدر منه تصرف قانوني من جانبه من شأنه أن يغير ملكية العقار الموقوف و يجعله غير مملوك

(1) محمد عيسى ، مرجع سابق ، ص 19.

(2) محمد القبة ، الإرادة المنفردة كمصدر الإلتزام ، الديوان الوطني للأعمال التربوية ، الجزائر ، 1992، ص188.

لأحد من العباد ، و ينشئ حقوقا عينية فيه موقوف عليهم و إرادة الواقف ليست مطلقة ، بل هي محاطة بشروط عدها المشرع الجزائري على سبيل الحصر من خلال نص المادة 10 من القانون 10-91 السابق ذكره ، والتي تنص على أنه:

" يشترط في الواقف لكي يكون صحيحا ما يأتي :

- أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكا و مطلقا .

- أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله و غير محجور عليه لسفه أو دين ".⁽¹⁾

ب- محل الوقف .

ويعتبر الركن الثاني في عقد الوقف حسب ترتيب المشرع الجزائري ، و محل الوقف هو المال الموقوف أو العين المحبوسة التي ينص عليها الوقف و لا بصح و لا يجوز الوقف بدونه ، و قد نص المشرع عليه صراحة في قانون الأوقاف السالف الذكر في المادة 11 منه والتي تنص على أنه : " يكون محل الوقف عقارا أو منقولا أو منفعة " .

يتضح من هاته المادة أن المشرع الجزائري قد حدد طبيعة محل الوقف بكونه عقارا أو منقولا أو منفعة على سبيل الجواز .

غير أنه في الواقع فإن معظم الأوقاف هي من ضمن الأملاك العقارية بالمقارنة مع المنقولات و المنافع المادية الأخرى⁽²⁾.

ج- صيغة الوقف.

صيغة الوقف هي عبارة الواقف التي تدل على الوقف و هي الركن الثالث منه على حسب الترتيب المشرع الجزائري لأركان الوقف و ذلك تطبيقا لنص المادة 09 من قانون الأوقاف السابق ذكره.

(1) عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، اسباب كسب الملكية ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، 1998 ، ص 348.

(2) محمد عيسى ، مرجع سابق ، ص 30.

و المقصود بصيغة الوقف الإيجاب الصادر عن الواقف بإعتباره تصرفا صادرا عن إرادة منفردة ، وهي التعبير عن الإرادة الكاملة لديه ، كأن يقول الواقف مثلا : حبست أرضي الفلانية (قطعة أرض...) و صيغة الوقف لها عدة صور أدرجها المشرع الوقفي في نص المادة 12 من القانون 91-10 والتي تنص على أنه:

" تكون صيغة الوقف باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة " ، و هذا قياسا على القواعد العامة في القانون المدني التي نصت على نفس الصور التي يتم بها التعبير عن الإرادة في المادة 60 منه على أنه: " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ ، و بالكتابة ، أو بالإشارة المتداولة عرفا ، كما يكون بإتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على التحبس مقصود صاحبها".

يفهم بمعنى أن صيغة الوقف كقاعدة عامة تكون صريحة سواء باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة ، كمل يمكن أن تكون ضمنية (كناية) أي تستخلص من ظروف الحال بأي موقف يدل دلالة قاطعة على القصد منه .

د-الموقوف عليه.

يقصد بالموقوف عليه من يستحق الإندفاع بالمال الموقوف بمقتضى الوقف و قد عرف المشرع الجزائري الموقوف عليه من خلال المادة 13 من قانون الأوقاف التي نص على أنه:

" الموقوف عليه هو الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف و يكون شخصا طبيعيا أو معنويا".

أيضا ، هو كذلك الجهة المستفيدة من الوقف ، والتي يراد تحقيق كفايتها و سد حاجتها من خلال ربح الوقف و أرباحه .

ويشترط في هذه الجهة الشروط التالية :

- أن يكون الموقوف عليه جهة الخير و البر.
- أن يكون الموقوف عليه جهة غير منقطعة.
- أن لا يعود الوقف على الواقف.

- أن يكون على جهة تصح ملكها والتملك بها⁽¹⁾.

ثانيا: شروط الوقف.

بعد التطرق لأركان الوقف نقول بأن توافر هذه الأركان ضروري ، و إلا كان الوقف باطلا ، غير أن صحة الوقف وحدها لا تؤدي الغرض منه ، ولنفاذ الوقف شروطا و أحكاما يتطلبها القانون حتى ينتج الوقف آثاره و نجمها في الآتي:

أ- الرسمية في عقد الوقف.

مما سبق ينبغي التأكيد على أن الفقه الإسلامي لم يشترط الرسمية على الوقف كشرط لصحته ، و لكن قانون الأوقاف رقم 10-91 إشتراط في مادته 41 منه على هذه الرسمية لصحته و التي تنص على أنه:

" يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق ...".

و معناه هو الرسمية على إعتبار أن الوقف عقد من عقود الشرعية التي إهتم القانون بتنظيمها ، و بإعتبار الوقف في أغلبه منصب على عقارات ، أو يرتب حقوقا غيبية على عقار لذلك فإنها تخضع في ذلك لما هو وارد في نص المادة 324 مكرر من القانون المدني الجزائري⁽²⁾.

مما يستوجب أن هذه الأخيرة التي تقيد الأفراد في هذا المجال بضرورة صب هذه التصرفات في شكل رسمي⁽³⁾.

وضح المشرع الجزائري ذلك في عدة مواد من قانون الأوقاف و قانون و أيضا في عدة مواد من القانون المدني الجزائري أي أن شأنه من حيث قرار ، بأن الوقف لا يثبت إلا من خلال تصريح أمام الموثق و تحرير عقد بذلك ، و هو شرط الرسمية الذي قرره المادة

¹- يوسف قاسم، مرجع سابق ، ص263.

²- حمدي باشا عمر، مرجع سابق ، ص49.

³- يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي ، دراسة نظرية و تطبيقية مقارنة ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 2003، ص428.

191 من قانون الأسرة الجزائري والذي يخص الوصية و يمتد ليشمل الوقف أيضا بحكم نص المادة 217 من نفس القانون السابق ذكره.

هذا الذي يقودنا إلى طرح الإشكالية التالية:

ماحكم الأوقاف التي إحتوتها عقود عرفية أنشئت قبل صدور قانون الأسرة و قانون الأوقاف ؟

نقول الجواب هو الحكم بصحتها شريطة أن تكون محررة بشكل كامل غير منقوص ، و مؤرخة و موقعة من طرف الواقف (1).

والحكمة من صحتها و قبولها وفقا لما يلي:

- أن الحبس لم يكن يخضع للرسمية لأنه من عقود التبرع ، والتي تدخل في أوجه الخير و البر .

- عدم إمكانية تطبيق قانون الأسرة و قانون الأوقاف بأثر رجعي .

ب- تسجيل عقد الوقف.

حسب ما جاء به التصنيف من القانون التوجيهي العقاري رقم 90/25 حيث أكدت على الأملاك الوقفية لنص المادة 23 منه و التي تعد من الأملاك الوقفية بإعتبارها من الصنف الثالث من أصناف الملكية العقارية (2).

كما أن المشرع إشتراط التسجيل لكل معاملة ترد على عقار أو أي تصرف يقع على الملكية العقارية بكل أنواعها ، و العقارات الوقفية معينة هي الأخرى بهذا الشرط بإعتبارها من بني أصنافها ليؤكد المشرع على هذا الشرط بعد ذلك عندما أصدر قانونا خاصا بالأوقاف لسنة 1991، حيث أكد على وجوب تسجيل عقد الوقف و إعتبره كقاعدة عامة تشمل كل العقود الوقفية حيث نصت المادة 41 من قانون 91-10 علي أنه:

"... و أن يسجل لدى المصالح المكفلة بالسجل العقاري".

¹ - نجاه لوصيف، الرسمية و التسجيل و الشهر في نقل الملكية العقارية و التصرفات القانونية بإرادة مفردة الوقف، المعهد الوطني للقضاء، الأبيار، الجزائر ، 2013، ص86.

² - حمدي باشا عمر ، مرجع سابق ، ص 35.

ويتم ذلك أمام مفتشيات التسجيل المختصة إقليمياً حتى يتمكن الأطراف من شهره فيما بعد.

علماً بأن عقد الوقف معفى من رسوم التسجيل بنص المادة 44 من القانون السابق ذكره بقولها:

" تعفى الأملاك الوقفية العامة من رسوم التسجيل و الضرائب و الرسوم الأخرى لكونها عمل من أعمال البرو الخير"⁽¹⁾.

غير أنه لا يفهم قصد المشرع الجزائري من إعفاء الوقف العام دون الوقف الخاص من هذه الرسوم ذلك أن تبريره لإعفائها من هذه الرسوم هو أنها أعمال خير و بر ، و هي الصفة التي تنطبق ايضاً على الوقف الخاص ، مما يفهم منه أن المشرع لا يفرق بين النوعين في هذا المجال سوى تشجيعاً من المشرع على الوقف العام و تحبيذ أخيه على الوقف الخاص⁽²⁾.

ج- شهر العقود الوقفية.

يقصد بالشهر العلانية و الغرض منه إعلام الغير بما ورد على العقار من تصرفات. إن الشهر واجب على العقود المنصبة على العقار بإعتبار الوقف من الحقوق العينية الواردة على عقار ، فإنه لا يكون نافذاً فيما بين الأطراف أو إتجاه الغير إلا من تاريخ شهره فيكون بذلك حجة على هذا الغير.

و لنشأ هذا الحق العيني يتطلب الأمر بالضرورة التطرق إلى دور المحافظ العقاري في هذا المجال والذي لا يمكن التغاضي عنه و فعاليته من خلال الصلاحيات التي منحها إياها المشرع من خلال التدقيق في العقد و تفحصه و التأكد من إستفائه لجميع الأركان و الشروط التي إستوجبها القانون له، و كل ذلك تحت طائلة رفض إشهارها من طرف المحافظ

¹ - نجاه لوصيف، مرجع سابق ، ص88.

² - نورة منصورى ، مرجع سابق ، ص29.

العقاري و كذلك الشأن بالنسبة للعقود الوقفية التي لم يراع أصحابها إجراءات التسجيل القانوني، فإن عقد الوقف المتعلق بعقار يكون محلا لرفض الإيداع من طرف المحافظ العقاري⁽¹⁾.

كما جاء حسب نص المادة 100 من المرسوم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق والمتضمن بتأسيس السجل العقاري.

من خلال ذلك تبين لنا أهمية هذه العقود من خلال ما أولاها المشرع الجزائري به من عناية، فلقد ضبطها المشرع بما ضبط به غيرها من العقود و التصرفات المنصبة على عقار من خلال نصوص كثيرة متفرقة منها نص المادة 793 من القانون المدني الجزائري و كذا نص المادتين 15 و 16 من الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري و كذا ما أكدته المادة 04 من قانون الأوقاف رقم 91-10 المعدل و المتمم.

فوفقا لهذه النصوص القانونية فإنه لا يكون له وجود إلا بقيده في مصلحة الشهر العقاري رغم إنعقاده صحيحا ، وذلك بغية حماية العقار الوقفي من التعدي من طرف الغير وسيط رقابة الدولة على العقارات الوقفية عبر التراب الوطني ، وهذا ما جاء حسب المادة 41 من قانون الأوقاف السابق ذكره والتي نصت على ضرورة إحالة نسخة من عقد الوقف المشهر إلى السلطة المكلفة بالأوقاف².

و إنه و بعد من التعديلات التي طرأت على قانون الأوقاف رقم 91-10 السابق ذكره ، إستحدثت سجلات عقارية خاصة بالأموال الوقفية ، يتم فيها تسجيل جميع العقارات الوقفية بعد إجراء عملية الجرد العامة من طرف مصالح أملاك الدولة بالموزات من الجماعات المحلية ليتم التثبيت و جرد الأملاك الوقفية نهائيا في السجل الخاص مع إشعار السلطة

¹ - حمدي باشا عمر ، مرجع سابق ، ص 36.

² - يحي بكوش، مرجع سابق ، ص 27-28.

المكلفة بالأوقاف ، ولقد جاء إستحداث هذه العملية بعد صدور القانون رقم 01-07 المؤرخ في 22 ماي 2001 المعدل و المتمم بالقانون رقم 91-10 السابق ذكره.

حيث جاء في المادة 8 مكرر منه على أنه: " تخضع الأملاك الوقفية لعملية جرد عام حسب الشروط والكيفيات و الأشكال القانونية و التنظيمية المعمول بها ، يحدث لدى المصالح المكيفة بأملك الدولة سجل عقاري خاص بالأملاك الوقفية ، تسجل فيه العقارات الوقفية ، و تشعر السلطة المكلفة بالأوقاف بذلك".⁽¹⁾

هذا، ولقد أكدت المادة 11 من قانون الأوقاف رقم 91-10 السابق ذكره على ضرورة إلزام المحافظ العقاري بإرسال نسخة من عقد الوقف بعد اشهاره إلى السلطة المكلفة بالأوقاف أي إلى ناظر الأوقاف بالولاية ، عبر ما يسمى " بكشف إرسال " ، ولقد حددت التعليمات رقم 00287 المؤرخة في 20 جانفي 2000، النموذج الرسمي لكشف الإرسال الذي بموجبه تحويل نسخة من عقد الوقف⁽²⁾.

¹- نورة منصورى ، مرجع سابق ، ص 43.

²- حمدي باشا عمر، مرجع سابق ، ص 36.

- يحي بكوش ، مرجع سابق ، ص 28.

❖ المبحث الثاني : ماهية مرض الموت

مرض الموت من المسائل التي أولاها الفقه الإسلامي والقانون عناية بالغة في تأصيلها، ووضع القواعد التي تعنى بها، نظرا لتعقله بقدرة الشخص على التصرف في أمواله ، فمرض الموت مرض هو من الحالات التي تطرأ على الشخص تجعل من تصرفه محلا للشك من حيث غايته ، والمقصود منه ، ومن خلال هذا المبحث سنسلط الضوء على ماهية مرض الموت مستعرضين مفهومه، وكيفية إثباته ، وذلك على النحو المبين أدناه:

• المطلب الأول : مفهوم مرض الموت .

ستتطرق من خلال هذا المطلب إلى تعريف مرض الموت ، إضافة إلى شروط تحقق مرض الموت وذلك وفقا للآتي:

✓ الفرع الأول : تعريف مرض الموت

لقد اختلف الفقه الإسلامي ، القانوني في تعريف مرض الموت ، وقبل تعريفه سنحاول تعريف المرض على حدى، فالموت ثم نعرف بعد ذلك مرض الموت.
يعرف المرض على أنه (ما يعرض للبدن يخرج عن اعتداله الخاص)⁽¹⁾. ويعرف الموت على إنه (إبانة الروح عن الحسد)⁽²⁾.

(1) علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات ، دار لفضيلة مصر ، ص176.

(2) أبي القاسم الحسين بن محمد ، المفردات في غريب القرآن ، الجزء 01 مكتبة نزار مصطفى الباز ، مصر ،

ويعرف مرض الموت على أنه (المرض الذي يتصل بالموت ولو لم يكن الموت سببه)⁽¹⁾. ويعرف كذلك على أنه المرض الذي يغلب فيه الملاك ويقعد فيه الشخص من القيام بمصالحه، و يتصل به الموت فعلا ، ومباشرة سواء مات الشخص بسبب هذا المرض ،وأخر ظاهر ، طالما إن الوفاة وقعت أثناء المرض⁽²⁾.

ويلحق بالمريض مرض الموت بعض الأصحاء إذا كانوا في وضعية

- يخاف عليها غالبا الهلاك ، فيأخذ حكم المريض مرض الموت ، لأن المريض مرض الموت ،لأن مرض الموت هو الذي يخاف منه الهلاك غالبا فكان في المعنى سواء⁽³⁾ .

-و بالتالي يأخذ حكمه من الأصحاء من كان في حالة نفسية تجعله يشعر بدنو أجله، ولو كان سليما في بدنه ، بل وحتى إن لم يكن مريضا أصلا ، فالعبرة في الحالة النفسية التي للمريض التي تجعله في وضع يطلب فيه الهلاك وتتصل بالموت فعلا كالمحكوم عليه بالإعدام ، والجندي في ساحة القتال ، ومن كان في سفينة أشرفت على الغرق⁽⁴⁾، ولا تعتبر الشيخوخة من قبيل مرض الموت على عكس بعض الحالات الأخرى ، وهو ما قمت به محكمة الإستئناف المصرية في أحد قراراتها التي جاء فيها

أن الشيخوخة ليست مرض الموت ، و إنما هي من الأحوال الطبيعية لحياة الإنسان ، أما مرض الموت هو المرض الذي يعتري الإنسان شيخا أو شابا ، وينتهي بالموت، بحيث لا يشعر المصاب معه بقرب إنتهاء أجله)⁽⁵⁾.

ومنه يتضح أن لمرض الموت خصوصية مستمدة من ظروف المريض ونوع المريض ، وذلك تبعا للأحكام الموضوعية، والتطبيقات القضائية في هذا الشأن.

(1) محمد أبو زهرة ، محاضرات في الوقف ، مطبعة علي محيمر ، مصر ، 2005 ، ص 147.

(2) عبد العزيز محمودي، رد التحايل على أحكام الميراث ، قصر الكتاب ، الجزائر ، 2006 ، ص 32-33.

(3) نبيل صقر ، تصرفات مريض مرض الموت ، دار الهدى ، الجزائر ، 2008 ، ص 09.

(4) عبد العزيز محمودي، مرجع سابق ، ص 36.

(5) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء 04 ، المجلد 01 ، دار إحياء التراث

العربي ، لبنان ، ص 315.

✓ الفرع الثاني : شروط مرض الموت .

-كي يعتبر الشخص مريضا مرض الموت ، لا بد أن تتحقق جملة من الشروط ،وهي كالتالي:

أولاً: عجز الشخص عن قضاء مصالحه:

يجب أن يعجز المريض عن قضاء مصالحه العادية والمألوفة التي يستطيع الأصحاء عادة مباشرتها، كالذهاب إلى السوق وممارسة مهنته شاقة وصعبة، والتدبير المنزلي وشؤون البيت إذا كان من الإناث ،وليس شرطاً أن يلتزم المريض مرض الموت الفراش، فقد لا يلزمه ومع ذلك يبقى عاجزاً عن قضاء حوائجه.

- وبالنقيض فقد يكون الشخص عاجزاً عن قضاء حوائجه ومع ذلك لا يعتريه أي مرض ، كما هو حال الشيخوخة التي تأخذ حكم تصرف الأصحاء في ذلك⁽¹⁾.

ثانياً: غلبة الخوف من المرض :

كي يتحقق مرض الموت لا بد أن يشعر المريض بالخوف من الموت ،وأن يكون الشعور نتيجة لمرض خطير عادة ما يؤدي إلى الوفاة، أويكون المرض بسيطاً يبدأ في التفاقم ويخشى المريض منه الهلاك ، وعليه لا يعتبر المريض مرض الموت من كان يعجز عن الكلام؛ المشي؛ الرؤية؛ بمجرد عدم قدرته على أداء مصالحه المعتادة، لأنه ببساطة لا يغلب هذه الحالات خطر الهلاك والموت ، كما أن الأمراض المزمنة كالسكوي ، والضغط لا يعتبر من شاكلة مرض الموت ما دامت لا تدل على خطر الموت القريب والموشك⁽²⁾.

(1) عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، الجزء 04 ، المجلد 01 ، ص 315،314.

(2) إيداد محمد جاد الحق ، هبة المريض مرض الموت في مجلة الأحكام العدلية ، مجلة الجامعة الإسلامية ، العدد 02 ، سنة

2011 ، ص 319-320.

ثالثا : أن ينتمي المرض بالموت فعلا:

وهو ما يستخلص من تعريف مرض الموت ، فلا بد أن ينتهي المرض بالموت الفعلي ، وهو من أهم الشروط والنتائج في نفس الوقت .

فتحديد تصرفات المريض مرض الموت تعتمد أساسا على دنو أجله، وهو الشعور قائم للمريض وقت التصرف سواء وقت الوفاة لنفس السبب أولغيره⁽¹⁾ فإذا أصيب الشخص بمرض الموت أقعده عن أداء أعماله وغلب فيه خوف الموت ، ثم شفي منه ، وكان قد تصرف في ماله ، وكان تصرف الأصحاء في ماله، وبالتالي ليس للورثة حق الاعتراض مادام حيا إلا اذا إنتهى بالموت ، فإنه يكون لهم ذلك وإن تبين لصاحب التصرف بعد شفائه تماما أنه لم يكن في مرض الموت كان له أن يطعن في تصرفه بدعوى "الغلط الباعث بأن يدفع أنه لو كان يرجو الشفاء من مرض الموت ماكان لتصرف في ماله، ويكون بذلك التصرف قابل للإبطال"⁽²⁾.

تبقى هذه الشروط الخاضعة للمعيار الشخصي، فالمرض يختلف من شخص لآخر وكذا نوعيته، ويبقى تحديد مدة المرض أمر تقديريا فالكل يدلي بدلوه في هذا الخصوص خاصة أن الأجل من المسائل الغيبية التي لا يعلمها إلا الله تعالى، ومنه فإن مرض الموت هو المرض الذي ينتهي بالموت فعلا ، متى توفرت فيه الشروط المذكورة آنفا .

• المطلب الثاني: إثبات مرض الموت.

إن مرض الموت إنطلاقا من تعريفه ، وشروطه المذكورة سابقا يدل على أنه واقعة مادية، وبالتالي يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات⁽³⁾، إعمالا لمبدأ حرية الإثبات في المواد المدنية والتجارية، وهو ما إنتهجه المشرع الجزائري من خلال المادة 776 في فقرتها الثانية

(1) صارة خضرة أرشيدت ، البيع في مرض الموت ، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق لجامعة الشرق الأوسط ، الأردن 2014، ص29.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق ، الجزء 04، المجلد01، ص318.

(3) عبد العزيز محمودي، مرجع سابق، ص 41.

من القانون المدني⁽¹⁾ ، والتي جاء فيها {...وعلى ورثة المتصرف أنا يثبتوا أن التصرف القانوني صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع طرق الإثبات ...} وسنحاول من خلال هذا المطلب رصد أهم طرق الإثبات التي من شأنها أن تدل على وجود مرض الموت ، وذلك على النحو الآتي بيانه:

✓ الفرع الأول : إثبات مرض الموت عن طريق الشهادة الطبية.

بما أن مرض الموت هو إضطراب في حالة الصحة للإنسان يجعله يحس بدنو أجله مما يجعله يتصرف في ماله وفقاً لذلك، فإنه يجوز لكل ذي مصلحة وأولهم الورثة إثبات ذلك عن طريق تقرير طبي من أهل الإختصاص، فالشهادة الطبية دليل قاطع ، وقوي لإثبات حالة مرض الموت والتي تكون دالة وبشكل واضح على حالة المريض مرض الموت في آخر أيامه⁽²⁾،

كما يستطيع القاضي التأكد من حالة المرض عن طريق الإنتداب أهل الخبرة المختصين من تلقاء نفسه أو بناء على من له مصلحة ،من أجل التأكد من ادعاءات الورثة، وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية بقولها (... ومادامت محكمة الموضوع قد استخلصت من التحقيقات التي أجريت في الدعوى ، ومن الشهادتين الطبيتين المقدمتين فيها عن مرض الموت ، أنه كان المريض قبل وفاته بأربعة شهور بالسل الرئوي، وأن هذا المرض إشتد به وقت تحرير العقد المطعون فيه ،ثم فندت الطعون الموجهة إلى الشهادة المقدمة من صدرله العقد، فإنها تكون قد أوردت في حكمها الأسباب ما يكفي لحمل فضاءها...)، وهو كذلك ما أكده مجلس قضاء البليدة في أحد قراراته حيث جاء فيه (... وحيث أن مرض الموت وقعة

(1) أنظر القانون المدني،مرجع سابق.

(2) -عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق ، الجزء 04 ، المجلد 01، ص 318.

مادية يمكن إثباتها بكافة الطرق، وحيث تبين من الملف الطبي أن الواهبة كانت تعاني من داء الكلى، وأن مرضها كان في المرحلة الأخيرة ...⁽¹⁾.

✓ الفرع الثاني : مرض الموت عن طريق شهادة الشهود.

يمكن إثبات حالة مرض الموت عن طريق شهادة الشهود⁽²⁾، كأن يشهد الورثة على أن مورثهم كان في مرض الموت . كما يجوز الإستشهاد بأقوال الأطباء الذين كانوا يعالجون المريض إستنادا على الشهادات المقدمة منهم⁽³⁾.

كما يمكن للقاضي أن يعتمد على القرائن المتاحة أمامه من خلال وقائع القضية، فإذا تحققت شروط مرض الموت كأن قعد المريض من قضاء حوائجه، وغلبت عليه مخافة الهلاك الموت، وأن هذا المرض ينتهي بالموت فعلا ، فهذه قرائن قوية على تحقق مرض الموت خاصة إذا وجدت خبرة طبيه تؤكد على ذلك، وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية في إحدى قراراتها، والتي جاءت فيها (وبأن من القرائن التي يعتمد عليها على أن العقد حرر في مرض الموت تسجيل هذا العقد تسجيل تاريخ قبل الوفاة بمدة قليلة ، ثم إعادة تسجيله تماما بعد ذلك ببضع أيام، لأن تكرير التسجيل بهذه الكيفية يدل على أن العقد سجل تسجيل التاريخ عقب صدوره مباشرة ، ثم سجل بعد ذلك تسجيلا تاما خصوصا إلى أضيف إلى ذلك المذكور به وجود ساقية في الأطيان المبيعة مع أن هذه الساقية لم توجد فيها إلا في تاريخ قريب من يوم تسجيل التاريخ)⁽⁴⁾.

فالتصرفات المربية والعشوائية الى قد يبديها المريض مرض الموت في هذه الفترة دليل قاطع على تحايله ونيته في حرمان الورثة من الميراث. وتبقى حرية الاثبات لصالح الورثة

(1) عبد العزيز محمودي ، مرجع سابق، ص 39 - 40 .

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، الجزء 4، المجلد 01 ، ص 322

(3) -نبيل صقر ، مرجع سابق، ص 18.

(4) نبيل صقر ،مرجع نفسه، ص19

قائمة فلهم أم يثبتوا تصرف مورثهم الشرعي أنه في خلال مرض الموت بأية طريقة قانونية، باعتبارهم من يقع عليهم عباء الإثبات مادامت مصلحتهم قائمة في ذلك⁽¹⁾.

حيث جاء عن الاستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري (وعلى الورثة الذين يطعنون في تصرف مورثهم بأنه صدر عن مرض الموت ، يقع عبء إثبات المرض، ولما كانوا يعتبرون خلفا لمورثهم، وليسوا غير من حيث ثبوت التاريخ، فإن تاريخ التصرف العرفي يكون حجة عليهم كما حجة على مورثهم، فإذا جاء التصرف مؤرخا عرفيا في وقت ثبت أن مورثهم لم يكن فيه مريضا، كان هذا التاريخ العرفي حجة عليهم...)⁽²⁾.

وعليه فإن على الورثة أن يثبتوا أن تاريخ التصرف جاء مقدما عمدا من أجل جعل التصرف في حالة صحة مورثهم وسلامته من داء، من أجل جعلهم من الغير وليس خلفا عاما له، ومع ذلك لا يمكن الإحتجاج بالتصرف ما لم يكن ثابت التاريخ من نص العقد، وهو ما أكدته المادة 776 الفقرة الثانية من القانون المدني⁽³⁾، ما لم يثبت وجود غش أو تلاعب في تاريخ التصرف ولهم أن يثبتوا ذلك بكافة الطرق.

ومع ذلك فقد حسم القانون الجزائري موقفه تجاه تصرفات المريض مرض الموت التبرعية من خلال المادة 776 يقولها «بكل تصرف قانوني يصدر من الشخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر مضافا إلى ما بعد الموت ، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطي لهذا التصرف ...». وهذا جاء موافقا لأحكام الفقه الإسلامي، فالمريض تعتبر أحكامه من هبته ؛ صدقته؛ ووصيته، وعتقه؛ ومحاباته في البيع، والإجازة، أو الكتابة أوعتق على المال من الثلث⁽⁴⁾.

(1) عبدالعزيز محمودي ، مرجع سابق ، ص 40 .

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، الجزء 04 ، المجلد 01 ، ص 322 .

(3) نبيل صقر ، مرجع سابق ، ص 19 .

(4) احمد بن ابراهيم بن خليل، أحكام المرضى ، وزارة الأوقاف و الشؤون الدينية ، الطبعة 1، الكويت ، 1997م ،

الفصل الثاني

الحماية القانونية من التحايل على

أحكام الميراث

الفصل الثاني: الحماية القانونية من التحايل على أحكام الميراث.

منحت الشريعة الإسلامية للشخص الحرية التامة في التصرف في أمواله كيف ما يشاء ولمن يشاء عن طريق التبرع بالوصية، الهبة والوقف لما هذه التصرفات من آثار حميدة إذا أراد بها التقرب إلى الله عز وجل أو إلى أقاربه أو للغير لزرع المحبة و التودد فهي تقوي الروابط الإنسانية و العلاقات بين أفراد المجتمع فهي من أعظم أبواب البر و الإحسان لكن هذه التبرعات خطيرة وقد تضر بالورثة مستقبلا وخاصة إذا كان القصد منها الإضرار بهم، فمن خلال هذا الفصل أردنا الكشف عن بعض التصرفات التبرعية التي تحمل في طيتها تحيلا على أحكام الإرث للإضرار بالورثة وقد قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين وذلك لمعرفة أوجه التحايل على أحكام الميراث بالتصرفات التبرعية و الحماية التي وفرتها الشريعة الإسلامية و المشرع الجزائري للورثة في حالتها الصحية و مرض الموت وقد وضعنا عنوان المبحثين كالآتي:

الحماية القانونية للورثة في التصرفات التبرعية في حالة صحة مورثهم أي الحماية من التحايل وهو في كامل قواه العقلية كمبحث أول و حماية الورثة في مرض الموت الحماية من التحايل وهو في مرض الموت كمبحث ثاني.

❖ المبحث الأول : الحماية القانونية للورثة من التصرفات التبرعية في حال صحة مورثهم.

من الثابت شرعا وقانونا أن الإنسان حر في كل مايقوم به من تصرفات تبرعية حتى ولو كانت خطيرة وضارة ضررا محضا له ولورثته، ومن بين هذه التصرفات الوصية والهبة والوقف.

ولهذه التصرفات أثر قانوني لأنها سبب من أسباب نقل ملكية الأموال من المتبرع إلى المتبرع له.

وقد يلجأ المتبرع وهو في حال صحته إلى إصدار تبرعات كالوصية التي خصتها الشريعة الإسلامية بضوابط محددة لأنها تصرف لما بعد الموت نافذة في ثلث التريكة.

وقد تصدر عن المورث أيضا بعض التصرفات وهو في كامل صحته رغبة منه في محاباة بعض الورثة على الآخرين ، فيعتمد من خلالها إلى إخفاء وصيته في صورة تصرف منجز، وغالبا ما يتخذ من عقد البيع وسيلة لهذا التحايل فيجعل الوصية في مظهر عقد بيع ويذكر في العقد ثمنا صوريا لا يلتزم به المشتري في حقيقة الأمر، ويحرص أن تبقى المزايا للملكية له فيحتفظ بحق الإنتفاع بالعين طوال حياته، كما يتخذ التصرف في شكل هبة مع ورود نفس الشرط الأخير بها، كما قد يشترط في العقد منع المتصرف إليه من التصرف في العين طوال حياة المتصرف، وكل هذه التصرفات إنما تكون تحايلا على أحكام القانون والميراث.

لكن القانون تصدى لمثل تصرفات وغيرها وهناك تصرفات في الهبة و الوقف لبعض الورثة دون الآخرين غير عادل، كل هذه التصرفات سنتعرض لها خلال المطلبين التاليين

أساس حماية الورثة في الوصية كمطلب أول، وحماية الورثة في الهبة و الوقف في حالة صحة مورثهم كمطلب ثاني .

• **المطلب الأول: أساس حماية الورثة في الوصية**

يعتبر كل من الميراث و الوصية، سببان لكسب الملكية وبعض الحقوق العينية الأصلية بسبب الوفاة، و في كليهما تتحقق الخلافة في المال للوارث أو الموصى له .
ولما رسم الشارع و القانون قواعد الخلافة الإجبارية المتمثلة في الميراث، بصفة محكمة ودقيقة، فإنه تبعاً لذلك لم يترك زمام الخلافة الإختيارية -التمثلة في الوصية- تحت إرادة المورث المطلقة، بل حد حدودها، و بين شروطها بتقييد حرية الإيضاء وفقاً لقواعد جاءت بها الشريعة الإسلامية، واعتنتها قانون الأسرة باعتبار أن جميع أحكام الشريعة الغراء تقوم على أسس مستمدة من قواعد و مبادئ منزهة عن النقص أو القصور وهذا ماسيتم التطرق إليه وفقاً لما يلي :

✓ **الفرع الأول : تقييد حرية الإيضاء في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة.**

بوصف الوصية تصرفاً في التركة مضافاً إلى ما بعد الوفاة، تتحقق فيها الخلافة في المال بالوفاة؛ فهي تقترب من الميراث كسبب من أسباب كسب الملكية، و تختلف عنه من حيث الإختيار، فالشارع الحكيم لما نظم الخلافة في المال بالميراث تولاهما بالتوزيع العادل، وبالمقابل نظم أمر الخلافة بالوصية مقيداً حرية الأشخاص في الإيضاء بغية الحفاظ على حقوق الورثة، و حماية لهم من خطر التصرف بالوصية سواء تمت لوارث أو لغيره، وذلك باعتبار الوصية مساساً في الصميم بالتركة التي ستؤول إلى الورثة المحتملين . وعملاً بأحكام الشريعة الإسلامية قيد المشرع الجزائري من جهته حرية الإيضاء بعدة أحكام منها ما تعلق بالموصى له، ومنها ما تعلق بالموصى به، وهذا ما سنفصله فيما يأتي مركزين على الأحكام التي تحقق الحماية لحقوق الورثة .

-أولاً: لا وصية لوارث

من أهم شروط الموصى له المقيدة لحرية الموصي في الإيضاء بأمواله، ألا يكون الموصى له وارثاً كقاعدة عامة . لقاله الله تعالى :

"كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين و الأقربين بالمعروف حقا على المتقين" (1)

وقد قال رسول الله - صلى الله عليه و سلم - : "إن الله أعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث" (2) ، و روي عن ابن عباس قوله : قال رسول الله - صلى الله عليه و سلم - : "لا وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة" (3) ، كما روي عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده قوله - صلى الله عليه و سلم - : "لا وصية لوارث إلا أن يجيزها الورثة" .
بما أن جل أحكام الوصية مستسقة من الفقه الإسلامي، كان مرد الخلاف في جواز وعدم جواز الوصية للوارث في تفسير الآيات و اعتماد الأحاديث على رأيين حيث نص .

-الرأي الأول : يجيز الإيصاء لوارث

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

إضافة إلى قول بعض المفسرين منهم أبو مسلم الأصفهاني بأن هذه الآية غير منسوخة بآية الموارث، و من أسس هذا الرأي أيضا هو أن الناس قد احتاجوا للوصية لوارث.
و قد انتقد هذا الرأي على أساس أنه إذا كان أبو مسلم الأصفهاني من بين عدد من المفسرين إعتبر أن هذه الآية غير منسوخة - لأنه قرر أنه لا نسخ في كتاب الله تعالى قط - فإنه بالمقابل حاول التوفيق بينها و بين آية الموارث و اعتبر أنها غير مخالفة لها، و أن معناها : كتب عليكم ما أوصى الله تعالى من توريث الوالدين و الأقربين من قوله تعالى : " يوصيكم الله في أولادكم" أي كتب على المحتضر أن يوصى للوالدين و الأقربين بتوفية ما أوصى الله به لهم، و ألا ينقص من أنصبتهم. (4)

1- سورة البقرة. الآية 180 .

2 - رواه الترمذي .

3 - رواه الدارقطني .

4 محمد أبو زهرة. شرح قانون الوصية. دار الفكر العربي. مصر. 1988، ص 55 .

و طبقا لما سبق فإنه لا منافاة بين ثبوت الميراث للأقرباء، مع ثبوت الوصية بالميراث عطية من الله تعالى، و الوصية عطية ممن حضره الموت إضافة إلى ذلك ، فإنه لو قدرنا حصول المنافاة، لكان يمكن جعل آية المواريث مخصصة لهذه الآية، وذلك لأن هذه الآية توجب الوصية للأقربين، ثم آية المواريث تخرج القريب الوارث⁽¹⁾، و لا منافاة بين الآية الخاصة بالوصية وقوله صلى الله عليه و سلم : "إن الله أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث" لأن الآية ما أجازت الوصية للوارث، بل أجازت الوصية للوالدين و الأقربين بالمعروف، و ليس متعينا أن يكونوا ورثة.

و يرى البعض في هذا الشأن جواز الوصية للوارث إذا كان هذا الوارث أحوج من غيره، و يرى الإمام أبو زهرة أن إجازة القانون المصري الوصية للوارث وجعلها كوصية الأجنبي مبدأ خطير استحدث في قوانين الدولة المصرية، و يكاد يكون انقلابا في التوريث الإسلامي .

-الرأي الثاني : يذهب إلى أنه ليس للوارث الحق في الوصية :

يذهب المالكية - المشهور عندهم - إلى أن الوصية باطلة للوارث ، فلو صح و أن أوصي للوارث ولغيره صحت لغير الوارث ، و بطلت وصية الوارث فقط .و يرى ابن حزم أن الوصية باطلة بطلانا مطلقا إذا ما تمت للوارث، و لا تصحها إجازة الورثة بعد وفاة الموصي (وهذا الرأي أخذ به المشرع المغربي الذي نص على انه لا وصية لوارث إطلاقا، و لا تصح و لو أجازها الورثة⁽²⁾).

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

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

1- لما كان الميراث محددًا من عند الله سبحانه و تعالى، فهو الذي تولى تقسيمه و بيانه، و حدد لكل وارث نصيبه الشرعي، و إن جاء فرض الوصية للوالدين و الأقربين بقوله تعالى :

¹ - محمد أبو زهرة، مرجع سابق ، ص 64 .

² - بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 264 .

"كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت، إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين" فهذا معناه توفية الوالدين و الأقربين ما أوصى الله به، إضافة إلى ما ذكرناه في نقد الرأي الأول .

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

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

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

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

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

1 - محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية. مرجع سابق. ص 63 .

2-بلحاج العربي، مرجع سابق. ص 276.

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

و قد قضت المحكمة العليا بقاعدة عدم جواز الوصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة في العديد من قراراتها منها القرار الصادر بتاريخ 1990/03/05 ملف رقم 59240⁽¹⁾، وكذا القرار الصادر بتاريخ 1992/11/24 ملف رقم 86039⁽²⁾.

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

و يشترط في صحة الإجازة، أن تقع فيما يملك الورثة، كما أن الوارث الذي تعتبر إجازته هو الوارث الذي يكون أهلا للتبرع، وهو كامل الأهلية، البالغ، العاقل، الذي لم يحجر عليه وذلك لأن الإجازة تبرع و التبرع تصرف ضار ضررا محضا، لذا فإذا كان الوارث عديم الأهلية أو ناقصها للأسباب التي يقرها القانون ، فإن تصرفه بالإجازة يكون باطلا بطلانا مطلقا طبقا للمواد 40، 42، 43، و 44 من القانون المدني و المواد 81، 82، و 83 من قانون الأسرة.

¹ - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1990/03/05 ملف رقم 59240. المجلة القضائية. العدد الثالث. 1992. ص 57.

² - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1992/11/24. ملف رقم 86039. الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية. عدد خاص 2001. ص 292.

إضافة إلى ذلك لا بد أن يكون الوارث عالما علما كاملا بالوصية ليجيزها (1) لأن الجهالة تمنع صحة التصرف .

-ثانيا :عدم تجاوز الموصى به ثلث التركة.

من القيود الواردة على الوصية ما تعلق بالموصى به، و المتمثلة في إشتراط حدود للوصية هي عدم تجاوز الموصى به ثلث التركة، وهذا ما أجمع عليه الفقهاء مستنديين على حديث سعد بن أبي وقاص إلى الرسول - صلى الله عليه و سلم - قال سعد - رضي الله عنه - : جاءني رسول الله صلى الله عليه و سلم ، يعودني من وجع اشتد بي، فقلت يا رسول الله، إني قد بلغ بي من الوجع ما ترى و أنا ذو مال، و لا يرثني إلا إبنة لي، فأصدق بثلثي مالي، قال:كلا، فقلت، فالشطر، قال:كلا، قلت فالثلث يا رسول الله، قال : "الثلث، و الثلث كثير، انك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس"(2).

وكذا قوله صلى الله عليه و سلم : "إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند مماتكم" (3) يتضح من هذه الأحاديث أن ما زاد عن ثلث التركة إنما هو خالص للورثة فإن رفضوه لا يجوز لأحد أن ينفذ عليهم ذلك، لذا يستحب في الفقه الإسلامي أن يوصي الإنسان بما دون الثلث، سواء كان الورثة أغنياء أم فقراء .

و قد نصت المادة 185 من قانون الأسرة على ما يلي : "تكون الوصية في حدود ثلث التركة، و ما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة" .

و هذا ما قضت به المحكمة العليا في قراراتها، ومن بينها القرار المؤرخ في 1986/02/24 (4)، وكذا القرار المؤرخ في 1997/07/29 (5).

1 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص213.

2- مسلم :صحيح مسلم ،كتاب الوصية، ح1628ص 668، البخاري ،كتاب الوصايا، ح/2742، ص 527.

3- رواه ابن ماجه و الدارقطني ص425.

4 - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1986/02/24 ملف رقم 40651. غير منشور. مشار إليه. عمر حمدي باشا.

المرجع السابق. ص 167 .

5 - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1997/07/29. ملف رقم 166090. الإجتهد القضائي لغرفة الحوالم الشخصية.

عدد خاص 2001. ص 298.

و عليه إذا تجاوزت الوصية الثلث القانوني، فيذهب الفقه المالكي إلى أن الوصية لغير الوارث في هذه الحالة تقع باطلة بالنسبة للزيادة، أما إذا أجازها الورثة فإنها تأخذ حكم الهبة من أموالهم، و في رأي آخر للمالكية إعتبروا أن الزيادة صحيحة، و لكنها موقوفة على إجازة الورثة بشرط أن تكون الوصية لغير وارث.

أما الأحناف فقد قرروا أن الوصية بأكثر من الثلث تصح، و لا تقع باطلة، بل يتوقف نفاذها على إجازة الورثة لأن الوصية مهما يكن مقدارها تصرف من الموصي في الملكية، و الأصل في تصرف الإنسان في ملكه النفاذ، و إنما امتنع النفاذ في الزائد عن الثلث لتعلق حق الورثة بالثلثين وقت تنفيذ الوصية، فإذا أجازوا فقد زال المانع و بقي السبب المنشئ لملكية الموصى له قائماً وهو وصية الموصي .

لذا فقد إعتبر الأحناف أن الإجازة، و إن كانت بالنسبة للوارث تبرعاً فإن التملك لا يكون منه و إنما من الموصي، فليست الإجازة منشئة للحق حتى يستند التملك للوارث، بل هي منفذة للحق و إنشاؤه كان بالعبرة المنشئة للوصية .

و يعتبر الشافعي أن الوصية بما زاد عن الثلث باطلة في أحد قوليه، وعليه فإجازة الورثة تملك مبتدأ، أي الإجازة تملك من جانب الوارث، لا من جانب الموصي .
و بالرجوع إلى المادة 185 من قانون الأسرة نجدتها اكتفت بالنص على أن الوصية تكون في حدود الثلث و أن ما زاد عنه يتوقف على إجازة الورثة .

و تجدر الإشارة إلى أنه لو أجاز بعض الورثة الزيادة عن الثلث، و امتنع بعضهم عن الإجازة نفذت الوصية في حق المجيز، و بطلت الزيادة عن الثلث في حق غير المجيز، و لذا نقسم التركة تقسمين أحدهما على فرض الإجازة و الآخر على فرض عدم الإجازة؛ فمن أجاز أخذ نصيبه على فرض الإجازة، ومن لم يجز أخذ نصيبه على فرض عدم الإجازة .

و الإجازة المعتبرة تكون بعد الوفاة، و لا عبرة بالإجازة قبل الوفاة، لأن تنفيذ الوصية هو وقت الوفاة و قبل ذلك لا يعرف الورثة على التعيين، كما أن الصفة التي هي سبب الحق لم تتحقق بعد، والإجازة تبرع بحق و لا يكون التبرع قبل ثبوت الحق كما أنه يجب أن تكون

الإجازة صريحة لا يساورها أدنى شك⁽¹⁾ ، و يشترط في الوارث المجيز أن يكون أهلا للتبرع كما سبق بيانه في الفرع السابق .

و عليه لا يثور الإشكال في حالة تجاوز الموصى به ثلث التركة و وجد ورثة يجيزونه أو يرفضونه، و إنما يطرح في حالة عدم وجود ورثة للموصي، فالزيادة عن الثلث باطلة عند كل من المالكية و الشافعية، و تؤول لبيت مال المسلمين، أما عند كل من الأحناف و الحنابلة فإن الزيادة عن الثلث تصح، لكن بعد إيفاء الديون إن وجدت⁽²⁾.

أما قانون الأسرة فإنه أغفل هذه الفرضية - أي عدم وجود الورثة - و ذلك بعدم النص عليها، لكن بالرجوع للقواعد العامة في الميراث الواردة بالمواد من 126 إلى 183 من قانون الأسرة فإن المادة 4/180 منه تنص على أنه في حالة عدم وجود وارث فإن التركة تكون من حق الخزينة العامة، و قياسا على ذلك فإننا نرى أن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه المالكية ففي حالة عدم وجود ورثة فإن ما زاد عن الثلث يؤول إلى الخزينة العامة .

إضافة إلى ما سبق ، يجب لتطبيق هذه الأحكام أن نحدد وقت تقدير الثلث وكيفية تقديره . فبالنسبة لوقت تقدير الثلث، فقد اختلفت في ذلك آراء الفقهاء، و الخلاف قائم على أساس استقرار الملكية، و الزيادة أو النقصان في التركة بعد موت الموصي و قبل القسمة . فالرأي المشهور عند المالكية و الأحناف أن وقت تقدير ما يتركه الموصي هو وقت القسمة، و قبض كل من الورثة و الموصى له حقوقهم؛ لأنه الوقت الذي تنفذ فيه الوصية .

أما الشافعية و الحنابلة فإنهم يرون أن وقت تقديره وقت الوفاة؛ و ذلك لأن الوصية تلزم بالموت من جهة الموصي و يثبت بها الملك للورثة، و الموصى له .

و القانون الجزائري لم يورد نصا فيما يخص هذه المسألة، و عليه يستوجب الرجوع إلى

ما جاء به مذهب الإمام مالك تطبيقا للمادة 222 من قانون الأسرة .

¹ - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2001/03/14. ملف رقم 241885 . المجلة القضائية. العدد الأول 2002 ص 133 : " إن القرار المطعون فيه لما قرر عدم وجود ما يثبت اعتراض الوارث على الوصية أثناء حياته و بالتالي فإن إجازته للوصية تصبح نافذة يكون قد بنى هذه الإجازة على وجود الافتراض و الظن مخالفا بذلك أحكام المادة 185 من قانون الأسرة التي تجعل من الوصية التي توصي بأكثر من الثلث متوقفة على إجازة الورثة للابتعاد عن أدنى شك."

² - العربي بلحاج. المرجع السابق. ص 297 .

أما بالنسبة لكيفية تقدير التركة، فيجب أولاً توضيح أن تقدير التركة لا يكون إلا بعد سداد الديون، فالثلث المعتبر هو مما يكون تركة خالصة من كل دين، لأن الورثة يخلص لهم ثلثا الباقي بعد سداد الديون، وهذا ما يستشف من المادة 185 من قانون الأسرة بقولها : "تكون الوصية في حدود ثلث التركة" فالمقصود بكلمة التركة "patrimoine" هنا الأموال الخاضعة للوصايا، و المواريث بعد قضاء ديون العباد .

و إن كان تقدير الثلث لا يثير إشكالا في كفيته بالنسبة للوصية بالأعيان -لأن الوصية تقدر بقيمة العين نفسها- فإن الصعوبة تطرح عندما يتعلق الأمر بالوصية بالمنافع ⁽¹⁾ فقد اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين :

- رأي أبي حنيفة و الإمام مالك أن الوصية بالمنفعة تقدر بقيمة العين الموصى بمنفعتها أيا كانت المدة لا بقيمة المنفعة مستقلة، و عللوا ذلك بأن الوصية بالمنافع فيها منع العين عن الوارث لمدة طالت أو قصرت، و تقويت للمقصود من الأعيان و هو الإنتفاع بها - رأي الشافعية و الحنابلة هو أن قيمة الوصية بالمنافع تقدر بقيمة المنافع نفسها في مدة الوصية لأن تقدير قيمة الوصية يكون بقيمة ما يناله الموصى له منها، فتقدر قيمة المنافع مجردة عن العين ذاتها .

وطريقة تقدير قيمة المنفعة هو أن يعرف أجر المثل للعين التي تحمل المنفعة في مدة الوصية، أما إذا كانت الوصية بالمنافع مؤبدة فتقدر العين بمنفعتها، و يعتبر خروجها عن الثلث .

✓ الفرع الثاني: سبب تقييد الوصية.

حفاظا على حقوق الورثة المحتملين - الذين ستؤول إليهم التركة - من الوصايا التي قد تؤثر عليها، فإن الشريعة الإسلامية و المشرع الوضعي (عملا بأحكام هذه الأخيرة) قد قيدت حرية الإيصاء بالرجوع إلى أسس شرعية حاولنا إجمالها في نقطتين أساسيتين هما منع الإضرار بالورثة و تنظيم أحكام الوصية باعتبار إضافتها إلى ما بعد الموت موازاة مع تنظيم الشارع الحكيم لأحكام الميراث .

¹ - تنص المادة 190 : "للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها و التي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة".

-أولا :منع الإضرار بالورثة.

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

و عليه فتحقيقا لهذا الغرض النبيل للوصية، إعتبرت الشريعة الإسلامية الوصية باطلة إذا كان القصد منها هو الإضرار بالورثة وحقوقهم، و هذا مصداقا لقوله تعالى : "من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار وصية من الله و الله عليم حلِيم" (1) .

و لذا حقق بعض العلماء بطلان ما يسمى بوصية الضرار؛ وهي التي يقصد بها الإضرار بالورثة كأن يوصي الشخص بثالث ماله لبعض جهات البر إن تزوج إبنه من فلانة و يصرح بأنه كان يود أن يوصي بكل ماله في هذه الحال لو لم يكن القانون يمنعه من ذلك، فالقصد هنا مضارة الوارث، وهذا الباعث منافع لمقاصد الشارع فالوصية المشتملة على الضرار مخالفة لما شرعه الله تعالى وما كان كذلك فهو معصية (2) .

و عن ابن عباس - بإسناد صحيح - أن وصية الضرار من الكبائر، فما أحق وصية الضرار بالإبطال من غير فرق بين الثالث وما دونه و ما فوقه، وهذا تطبيقا لقوله - صلى الله عليه و سلم - : "الإضرار في الوصية من الكبائر" (3) ، و لا يجب أن يفهم من عدم جواز وصية الضرار بطلانها عندما تكون نية أو قصد المورث الإضرار بالورثة فقط؛ بل أن عنصر الإضرار يتحقق في الحالتين التاليتين :

1 - سورة النساء. من الآية 12 .

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

3 - رواه الدارقطني في سننه .

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

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

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

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

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

• **المطلب الثاني : حماية الورثة في الهبة والوقف في حالة صحة مورثهم :**

بعد دراسة مدى مشروعية ، وفوائد كل من الهبة والوقف في الشريعة الإسلامية وفي القانون الجزائري ، يتضح جلياً أن لكل إنسان حرية مطلقة في التصرف في ثروته كيفما يشاء ، ولمن يشاء ، ونظراً لخطورة هذين التبرعين " الهبة والوقف " على أموال المتبرع، وهو في حال الصحة على الورثة . فمن خلال هذا المطلب نريد التوصل فيما إذا كانت هناك

حقوق أو أوجه لحماية الورثة من هذين التصرفين لذا قسمنا هذا المطلب إلى فرعين وهما كالاتي :

✓ الفرع الأول : حماية الورثة في هبة مورثهم في حالة صحته:

الهبة تصرف تبرعي بحت ، قد يريد به المتبرع وجه الله وتصبح صدقة، وقد يريد بها لتودد لشخص ما ، أو محاباة أحد أولاده على الآخرين ، أو لكل أولاده لكن الهبة تصرف خطير قد يؤدي الورثة ، فما مدى حماية منها شرعاً وقانوناً . وهل لديهم حقوق في أموال مورثهم لمعرفة ذلك قسمنا الفرع إلى عناصر هما كالاتي :

-أولا : وجه حماية الورثة في الهبة حاله صحة مورثهم :

يمكن القول بأن هناك وجهين لحمايتهم وهما كالاتي:

-العدل بين الأولاد :

إن الهبة لبعض الأولاد دون الآخرين ، تدل على التفضيل بينهم وإن مقصد الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الأصل للهبة فهي تحت على العدل والتسوية بين الأبناء في العطاء ، وقد اختلف الفقهاء ، في هذه التسوية فمنهم من يقول التسوية المستحبة أن يقسم بينهم على حسب قسمة الميراث للذكر مثل حظ الانثيين هذا قول أحمد وعطاء وتسريح وإسحاق ومحمد بن الحسن ، وقال قوم منهم مالك ، الشافعي أبو حنيفة وإن المبادر بالتسوية بينهم أن تعطى الأنثى مثل ما يعطى الذكر⁽¹⁾.

ومما جاء في السنة عن النعمان بن بشير قال : قال النبي - صلى الله عليه وسلم- ((إعدلوا بين أبنائكم . اعدلوا بين أبنائكم ، اعدلوا بين أبنائكم))⁽²⁾.

¹ الشنقيطي ، مواهب الجليل من أدلة الخليل ، كتاب الشفعة والعقبة ، دار القلم،دمشق، سوريا، 2002 ص 180

⁽²⁾ محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار ، شرح ملتقى الأخبار ، بيت الأفكار ، لبنان، 2004، ص116.

وفي حديث آخر عن النعمان " أن أباه أتى به رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال: أني نحت ابني هذا غلاماً كان لي ، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : ((أكل ولدك نحتته مثل هذا))، فقال لا قال : ((أرجعه)) (1).

1- هذا وقد أفتى فضيلة "الشيخ أحمد حماني* بأن الهبة لبعض الأبناء دون البعض بما جاء به الرسول - صلى الله عليه وسلم - بأن الهبة لبعض الأبناء دون الآخرين (بالجور) والجور لا يقر ولا يمضي وهذا ما جاء في نص الحديث الصحيح وهو أن بشير بن سعد أراد أن يهب بعض ماله لابنه النعمان ، وإن يحصه دون أبنائه وأن يشهد الرسول - صلى الله عليه وسلم - بذلك ولما عرف الرسول - صلى الله عليه وسلم - بذلك علمه.

وسلم - بأن الهبة ليست لكل الأبناء قال له : لا تشهد فغى على جور . وبالتالي أفتى الشيخ بإرجاع الأب إلى طريق الحق أن كان حتى ، إن مات قسم مشاركتهم لإخوانهم في الميراث(2).

2- أما الشيخ " محمد أبو زهرى "فقد نهى عن الهبة لبعض الأبناء دون الآخرين وإستدل على ذلك بأحاديث الرسول - صلى الله عليه وسلم - التي يحث فيها على العدل والمساواة بين الأبناء ، وقال أن الإمام أحمد بن حنبل قال عن مثل هذه الهبة أنها باطلة وذلك لأنها توجد العداوة والبغضاء بين الإخوة . أما الأئمة الآخرون فقالوا أن الهبة تصح ، ولكن يكون الواهب أثماً بهذا التفضيل(3).

"أما موقف القضاء الجزائري فقد نصت في القرار رقم 252985 لمؤرخ في 2000/11/21.

(1) محمد بن علي الشوكاني ، المرجع نفسه ، ص 116 .

(2) أحمد حماني ، فتاوى الشيخ أحمد حماني ، فتاوى واستشارات شرعية ومباحث فقهية ، الربيع ميمون ، البليلة، قصر الكتاب ، ط1 ، 2001 م ، ص180

(3) محمد أبو زهرة ، فتاوى الشيخ محمد أبو زهرة ، محمد عثمان شبير ، دمشق ، سوريا ، دار القلم ، ط1، 2006 م ، ص

إن الرجوع في الهبة يشمل الابن وابن الابن التابع لأبيه والذي لم يكن مقصوداً ، بذاته ما لم يحصل أي مانع من بين الموانع المنصوص عليها في المادة 211 من قانون الأسرة⁽¹⁾. والتي ذكرت أن للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما كانت سنة وبينت الحالات التي لا يجوز فيها الرجوع . إذا فالرجوع قد يعتبر حماية للورثة الآخرين".

-ثانيا : شروط القرينة الخاصة بالتصرف لوarith مع الاحتفاظ بالحيازة :

حتى تقوم القرينة القانونية⁽²⁾ التي نصت عليها المادة 777 من القانون المدني والخاصة بالتصرف لوarith : (يعتبر التصرف وصية وتجرى عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والإنتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك)⁽³⁾ بإستقراء نص المادة نستنتج الشرطين التاليين لقيا الغربية القانونية وهما:

• الشرط الأول : أن يتم التصرف لأحد الورثة.

تضمنت المادة 777 من القانون المدني نصا صريحا على وجوب أن يكون التصرف لوarith، لأن التصرف يكون في الغالب لأحد الورثة بحكم أن الوصية غير جائزة له فقد يحدث أن لا يكون للمورث ابن يرثه فيلجأ إلى هذه الوصية المستترة لإبنته أو زوجته بكل ماله، لأنه لا يريد وصية لا تنفذ إلا بعد إجازة باقي الورثة .

و عليه فإذا تم التصرف لغير وارث فإنه لا يجوز إعمال هذه القرينة القانونية و إعتبار التصرف وصية، بالرغم من أن البعض يرى أن هناك ظروفا قد تدفع المورث إلى الإيحاء لغير الوارث بأكثر من ثلث التركة لوجود علاقة قوية تربطه بهذا الأجنبي يرى من خلالها أن يوصي له بكل ماله أو بجزء كبير منه، فيلجأ تبعا لذلك إلى إصباغ صفة البيع أو الهبة أو غيرها على تصرفه مع احتفاظه بالحيازة و الإنتفاع بالمال، لذا فإن لم تطبق

(1) عمر حمدي باشا – مرجع سابق ، ص 160 .

(2) القرينة القانونية : هي وسيلة يهدف لها المشرع إلى إثبات واقعة غير معلومة ، ولم يقيم أي دليل على ثبوتها بالاستناد إلى أمور أخرى ثابتة ومعلومة .

(3) أنظر القانون المدني، مرجع سابق.

عليه القرينة القانونية عملاً بحرفية النص فإنه يمكن اعتبار ذلك قرينة قضائية، حيث يتعطل تطبيق المادة 777 بوصفها قرينة قانونية، و يطبقه القاضي في النزاع على أساس أنه قرينة قضائية، و لكن القاضي حر في أن يأخذ بهذه القرينة القضائية أو لا يأخذ بها كما هو ثابت في مبادئ القانون لأنها تعتبر كسائر القرائن القضائية خاضعة لمطلق تقديره و واسع نظره تحت رقابة المحكمة العليا فيما يخص تسبب الحكم . و سواء اعتبر ذلك قرينة قانونية أو قرينة قضائية، فهو في الحالتين يقبل إثبات العكس .

و العبرة في تحديد صفة الوارث هي بوقف وفاة المتصرف لا بوقت انعقاد التصرف، فيعتبر وارثاً من أصبح كذلك وقت وفاة المتصرف و لو لم يكن وارثاً وقت التصرف، و على العكس من ذلك لا يعتبر وارثاً من لم يعد كذلك وقت الوفاة و لو كان وارثاً وقت التصرف (1).

• الشرط ثانياً : التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحياة :

قد تصدر عن المورث بعض التصرفات ، وهو في كامل صحته رغبة منه في محاباة بعض الورثة على آخرين ، فيعمد من خلالها التصرف لوارث ويحتفظ بحق الإنتفاع والحياة طوال حياته لهذا الشيء الموهوب مثلاً، وحقيقة هذا التصرف يصبح وصية مستترة ، ولكي نفهم هذا التحايل يجب أن نتعرض لمعرفة الحياة ، وعناصرها حيث تعرف تعريف الحياة اصطلاحاً بأنها الحياة وضع مادي يسيطر به الشخص سيطرة فعلية على شيء أو حق من الحقوق ، بقصد الظهور بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر، سواء أكان هذا الشخص هو صاحب الحق أو لم يكن كذلك ، وتتحقق هذه السيطرة الفعلية لمباشرة أعمال تتفق ومضمون الحق وعادة ما يباشرها المالك بنفسه(2).

¹ - يجدر الذكر إلى أن هناك رأياً آخر يعتبر أن العبرة في تحديد صفة الوارث هي بوقت انعقاد التصرف منتقدا الرأي المخالف لأنه يعتمد قياس هذه القاعدة على قاعدة التصرف في مرض الموت ، و هذا ما هو غير جائز - حسب هذا الرأي - لأنه في حالة مرض الموت لا تعد صفة الوارث قرينة على نية الإيضاء بينما في المادة 777 ق.م فإن صفة الوارث تعد عنصراً من عناصر القرينة على نية الإيضاء و نية المتصرف تتصرف إلى ذلك وقت إبرامه التصرف حيث كان له نية الإيضاء لوارث . أنظر رمضان أبو السعود. شرح العقود المسماة-في عقدي البيع و المقايضة- دار الجامعة الجديدة للنشر. مصر. 2003. ص 79 ، 80 .

² - عبد العزيز محمودي، مرجع سابق، ص104.

القانون المدني الجزائري لم يعرف الحيابة تعريفاً مباشراً ، لكن القانون المدني الأردني عرضها بموجب نص المادة 1171 منه بما يكن : (الحيابة سيطرة فعلية من الشخصية بنفسه ، وبواسطة غيره على شيء أو حق يجوز التعامل به). لتكون الحيابة ثانية وجب أن تتوفر فيها عنصرين وهما :

-**العنصر المادي** : يتمثل في مجموع الأعمال المادية التي يأتيها الحائزة ، وهي في العادة من قيا المالك كإحراز الشيء والإنتفاع به ، حتى يظهر بمظهر صاحب الحق.
- **العنصر المعنوي** : يتمثل في إتجاه نية الحائز إلى مباشرة تلك الأعمال لحساب نفسه فتكون له نية الظهور بمظهر المالك.

والحيابة لا ترد بمعناها الصحيح إلا على الحقوق العينية أما الحقوق الشخصية فلا ترد عليها ويجب أن ترد على الأشياء المادية التي يمكن التسلط عليها تسلاً مادياً ، والحق محل الحيابة قد يكون عقاراً أو منقولاً وقد يكون مفرزاً أو مشاعاً ، وفي حين يرى الدكتور رمضان أبو السعود أن الحيابة هي سيطرة فعلية على شيء أو حق فتجوز حيابة الحقوق العينية كحق الإنتفاع وحق الارتفاق وحقوق الرهن المختلفة ، كما تجوز حيابة الحقوق الشخصية⁽¹⁾.

وعليه فإن الهبة التي لا تتبعها عملية الحيابة تكون باطلة ومن ثم فإنه إذا أبرم عقد هبة عقار ويحتفظ بحق الانتفاع مدى الحياة فإنه هذا التصرف باطلاً لأن من أركان الهبة الحيابة .

نصت المادة 206 من قانون الأسرة وأكدت المحكمة العليا هذا المبدأ في

القرار 240،59 « من المقرر قانوناً أنه يعتبر التصرف وصية وتجرى عليه أحكامها إذا

(1) شيخ نسيمية: مرجع سابق ، ص 51.

تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والإنتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك»⁽¹⁾.

✓ الفرع الثاني : حماية الورثة من وقف مورثه في حال صحته :

بعد التعرض لمشروعية الوقف في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري المستمد منها ، ظهر جلياً أنه لا توجد رد على الواقف بأن يوقف كل ما لديه لمن نساء ، رغم أن الوقف لم يذكر بصريح العبارة في كتاب الله إلا أن هناك أحاديث شريفه تجيزه، وهذا أيضا باتفاق جمهور الفقهاء على جواز ، لأنه يعتبر صدقة جارية للواقف بعد مماته ،ومن خلال هذا الفرع نريد التوصل لمدى حماية الورثة من وقف مورثهم وهو في حاله الصحة ، وقد قسمنا الفرع إلى عناصر هما كالآتي :

-أولا : وجه حماية الورثة في الوقف في حالة الصحة.

في هذا الفرع سنتطرق لحدود حرية الواقف وأنواع الوقف.

إن الوقف من أنواع الصدقات الجارية التي يقصد بها التقرب إلى الله عز وجل . فهو من القرب المشروعة ، وهو طريق من طرق البر الكثيرة ، وإجزال المثوبة للمتصدق إذا اقترن عمله بنية صالحه ، والتصور الإسلامي للوقف ينطلق من التصور الإسلامي للملكية وللوظيفة الاجتماعية للمال⁽²⁾.

ومن كل ما سبق من حث على الصدقة وعلى أعمال البر والخير في القرآن والسنة

نجد أنه لا حدود لحرية الواقف وهو في حالة الصحة ، وحتى المشرع الجزائري أقر ذلك.

هذا وينقسم الوقف إلى نوعين وهذا باعتبار الموقوف عليهم وهما كالآتي :

(1) حمدي باشا ، مرجع سابق، ص 21 .

²-محمد الحبيب بن خوجة: أصول الفقه والمقاصد للإمام محمد الطاهر ابن عاشور ، قطر ، طبع وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية 1425 هـ ، 2004 م ، ص (2 / 433) .

1-الوقف الخيري : هو الذي يوقف ابتداء على جهة من جهات البر والإحسان ، ولو لمدة معينة يصبح الوقف بعدها لجهة ولأشخاص عينهم الواقف ، وقد يكون وقف غير محدد الجهة ويصرفه ربعة في نشر العلم وفي سبيل الخبرات ، وهذا الوقف مشروع وثابت بالنسبة النبوية وبإجماع أغلب المذاهب ، وذلك لما يترتب عليه من آثار اجتماعية ورعاية أحوال الفقراء⁽¹⁾.

2-الوقف الأهلي : وهو الذي يوقفه الإنسان ابتداء على نفسه أو على أولاده وذريته أو أشخاص معينين من ذوي قرابته أو غيرهم حتى ولو جعله بعد ذلك وفقاً على جهات البر. وقد تعرض الوقف الأهلي في العقود الأخيرة إلى حملة واسعة أنهت بإلغائه في عديد من التشريعات منها القانون السوري الصادر سنة 1949، والقانون اللبناني الصادر سنة 1947 ، والقانون المصري رقم 180 الصادر سنة 1952 ، وقد كان قيل إلغاء الوقف الأهلي كان لا يصح إلا مؤقتاً بينما يصح الوقف الخيري مؤقتاً ومؤبداً وهذا هو مذهب الأئمة الأربعة : أبو حنيفة والشافعي وأحمد⁽²⁾.

وقد يكون الوقف كله خيرياً أو كلمة أهلياً ، أو يكون بعضه خيرياً وبعضه أهلياً ، وذلك إذا وقف نصف أراضيها الزراعية المعينة على جهة من جهات البر ، ووقف نصفها الآخر على نفسه تم من بعده على ذريته⁽³⁾.

-ثانياً : الوقف وقرينة مخالفة أحكام الإرث .

إن الوقف ينشأ بالإرادة المنفردة للمتبرع الذي له الحق في الاشتراط ليعبر عن رغباته ومقاصده في كيفية إنشاء وقفه. وحكم هذه الشروط أنه يجب الوفاء بها احتراماً لإرادة

¹ - محمد كمال الدين إمام و جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، أحكام الميراث والوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء ، ص 477 .

² -محمد كمال الدين إمام و جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، مرجع سابق ، ص 477 و 478.

³ - أحمد فراج حسين، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية. الدار الجامعية. لبنان، 2005،ص 241.

المحبس وقد شاع بين الفقهاء " شرط الواقف كنص الشارع " والمقصود هنا بالشروط طبعاً الشروط الصحيحة ، إلى لا تجوز مخالفتها إلا للضرورة أو لمصلحة راجحة وهناك سؤال طرح بحدّة على الصعيد التطبيقي وهو جوار إلغاء وقف لصالح الذكور دون الإناث ، من طرف القاضي . وقد عرضت عدة مسائل للفتوى .

1- الوقف على بعض الأبناء دون الآخرين :

لقد كثر في بلادنا إنشاء سلوكات وظيفه شوهت الأوقاف واخفت خيراتها ، ولم يعد الهدف منها التقرب إلى الله عزوجل ، بل سلك مسلك آخر يستعمل فيه جوانب أخرى ، ودخلت فيه المحاباة والتفضيل لبعض الأبناء ، أو للزوجة وأحياناً يميز الأب بين الذكور يحبس لهم دون الإناث وهذا هو الشائع عندنا في الجزائر ، وهذا هروباً من المذهب المالكي المعمول به عندنا الذي جعل من استثناء البنات من الوقف مبطلاً له لما فيه من مخالفة للشرع وحرمان البنات من الإرث . وهذا ما جعل القاضي يجتهد فإذا أي أن هناك أوضاعاً يكون فيها غبن على المرأة المحرومة من الإرث يعمل على تخفيفها وذلك بتعديل الحبس دون إلغائه وذلك بإشراكها فيه.

وهروباً من المذهب المالكي دخل الناس تحت لواء المذهب الحنفي الذي لا يرى أية حرمة فيه " الحبس على الرجال دون النساء "(1).

أما الإمام مالك فقال أن الوقف إذا لا يسته معصية بطل ، كما إذا وقف الإنسان على بنيه دون بناته ، لأنه يشبه فعل الجاهلية من حرمان البنات من الميراث ، ولأنه حبس لفرائض الله(2).

(1) حمدي باشا ، مرجع سابق ، ص 88

(2) محمد كمال الدين أمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي ، مرجع سابق ، ص 476

وجاء في فتوى للشيخ أحمد حماني: أن مثل هذا الواقف أي الذي يحرم الإناث من الوقف أنه قد احتال منع الإناث من إرثه ، ويملك ذلك أيضا بأنه يشبه فع الجاهلية من حرمان البنات من إرث أبيهم مستدلاً بقول الدردير⁽¹⁾.

2- موقف المحكمة العليا :

ونميز هنا رأيين للمحكمة العليا: « من المقرر شرعاً أن الحبس الذي يحزر وفقاً للمذهب الحنفي، يرخض بالتحبيس على النفس قيد الحياة ولا يشترط فيه الحياة كما يسمح بإخراج البنات بشرط أن يجعل لمن عند الإحتياج حق إستغلال الأملاك المحبسة ، ولما كان الثابت . في قضية الحال أن عقد الحبس المحزر وفقاً للمذهب المذكور ينص على وجه الخصوص أن البنات الثلاثة لهن حق الاستغلال في البستان، فإن قضاة الاستئناف بإثباتهم ذلك والقضاء برفض دعوى المدعيات برروا ما قضاوا به ومنه استوجب رفض الطعن «⁽²⁾ ، وارتأت المحكمة العليا هنا بأن وقف الشخص على أولاده دون بناته ليس مقصوداً منه حرمانهم من الميراث وإنما كان ذلك لأسباب أخرى منها:

أ- أن المرأة سوف تتزوج وإذا أعتبرت في الوقف فإنه سوف ينتقل بواسطتها إلى أجنبي وهم أولادها.

ب- إبقاء الملك في اسم الواقف مهما طال عليه العهد.

ج- تحصين ملكه وإحاطته بسياج يحميه دون التصرف فيه بالبيع أو الهبة .

د- الكثرة الكبرى من الفقهاء تعتبر الوقف على الورثة جائز، وليس فيه محاربة للميراث سواء أكان متفقاً في توزيعه مع نظام الإرث أم مختلفاً ، بل سواء أكان فيه حرمان لبعضهم لأن الوقف كالهبة وكالصدقات العاجلة تصرف في العين حال الحياة.

(1) أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص 180.

(2) ملف رقم 35 351 ، قرار بتاريخ 13 / 12 / 1984 ، المجلة القضائية ، عدد 04 ، ص 85 ، أنظر : عمر حمدي باشا، مرجع سابق ، ص 89.

وفي قرار آخر للمحكمة العليا: «...متى تبين في قضية الحال أن القرار المنتقد لما قضى بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بصحة الحبس الذي أقامه المحبس على زوجته وبناته وحرّم ابنه الطاعن من كل الاستفادة من الحبس المذكور فإنه عرض قراره لانعدام الأساس القانوني والشرعي»⁽¹⁾.

⁽¹⁾ ملف رقم 171 658 ، قرار بتاريخ 30 / 09 / 1997 ، المجلة القضائية ، عدد خاص ، ص 305 ، أنظر : جمال سايس : الإجتهد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية ، الجزائر ، منشورات كليك ، ط 1 / 2013 م ، ص (1152 / 3) .

❖ **المبحث الثاني: حماية الورثة في مرض الموت.**

قد يشعر الإنسان المريض مرض الموت بدنو أجله مما يجعله يتصرف تصرفات تبرعية لأحد ورثته أو لأجنبي، أو لجهة خير أراد بها وجه الله عز وجل، وتتعدد التصرفات التبرعية التي يجريها المريض عبر كل زمان ومكان في الحياة العملية .

ومن بين هذه التصرفات لاحظنا أن الوصية بما أنها تصرف مضاف لما بعد الموت؛ فقد خصها الشارع الحكيم، وعلى غرار المشرع الجزائري بضوابط وشروط خاصة بالموصى له، والموصى به وقد تعرض لها فلا داعي لتكرار، وتعتبر هذه الضوابط حماية للوارث من الوصية، وذلك لأن الوصية تنفذ بعد الموت وقبل الميراث ، وبالتالي يتعلق حق الورثة بالثلثين الباقيين ، أما الهبة والوقف في حال الصحة فلا قيود فيها .

ومن خلال هذا المبحث سنحاول التطرق لمدى الحماية التي وفرتها الشريعة الإسلامية، والمشرع الجزائري للورثة في حال مرض مورثهم مرض الموت، وسبب هذه الحماية ، وسنعرف موقف الورثة من هذه التصرفات التبرعية وطريقة إثباتها، وذلك من خلال الفروع التالية :

-المطلب الأول: أساس حماية الورثة في مرض الموت

-المطلب الثاني: أحكام الهبة والوقف في مرض الموت.

● **المطلب الأول: أساس حماية الورثة في مرض الموت:**

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

لذا يقتضي الأمر بنا أن نوضح أساس تقييد تصرفات المريض و المتمثل في تعلق

حق الورثة بأمواله منذ مرضه و معرف التحايل في مرض الموت في الفرعين الأتيين:

✓ الفرع الأول : سبب تقييد تصرفات المريض مرض الموت

من خلال هذا الفرع سنتعرض لمقدار المال الذي يتعلق به حق الورثة وحقوق الدائنين، وقبل ذلك نرى فكرة تعلق حق الورثة بأموال المريض مرض الموت، وذلك من خلال :

- تعلق حق الورثة بأموال المريض مرض الموت
- مقدار المال الذي يتعلق به حق الورثة وحق الدائنين.

أولاً- تعلق حق الورثة بأموال المريض مرض الموت

من الثابت في الشريعة الإسلامية أن تصرفات المريض مرض الموت، يختلف حكمها عن تلك التصرفات التي تقع في حال صحته ، أما المشرع الجزائري لم يبين سبب تقييد تصرفات المريض مرض الموت ولم يتعرض لها بالتدقيق هل هي نقص بأهليته أم عارض بها أو عيب شاب إرادته فجاءت نصوصه عامة سواء في القانون المدني أو في قانون الأسرة، لذا وجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بموجب أحكام المادة الأولى من القانون المدني؛ إذ أنّ القاعدة الشرعية تقضي بعدم نفاذ تصرفات المريض مرض الموت الضارة بالورثة⁽¹⁾ ، وذلك لأن الشارع الحكيم أعطى لكل ذي حق حقه ، كما قال صلى الله عليه وسلم.

*عوارض الأهلية: هي الجنون، العته، السفه، الغفلة، منصوص عليها في المواد " 42 ، 43 " من القانون المدني، والمادة 85 من قانون الأسرة .

** عيوب الإرادة : هي الغلط ، التدليس ، الإكراه ، الاستغلال ، منصوص عليها في المواد 80 وما بعدها من القانون المدني ، والتي تجعل التصرف قابل للإبطال .

قد تولى المولى عز وجل توزيع الخلافة في المال للحفاظ على إنتقال حق الملكية من المورث إلى الوارث ومنعاً للضرر الذي ينتقل إلى الورثة بسبب تصرف مورثهم التبرعي؛ لذا فإن الشارع جعل حق الورثة يتعلق بأموال مورثهم، لا عند وفاته فقط بل أحاطها بالحماية في حالة المرض الذي ينتهي بالموت حقيقة وذلك طبقاً لتوافر الشروط السابقة لمرض

(1) عبد العزيز محمودي: مرجع سابق ، ص 41

الموت. وذلك لأن المرض قد يجعل المريض في حالة نفسية تجعله يحس بدنو أجله ، فيتبرع بماله لنقل الملكية إلى غيره بعد موته ، وقد اختلف الفقهاء في تكييف هذا الحق ، حيث ذهب فريق إلى إعتباره حق ملكية كامل يثبت بمجرد المرض، ويذهب آخرون إلى إعتبار حق الملكية أنه يكون لهم عند الموت ، ولكن يستند إلى وقت بدء المرض ، كما يذهب البعض الآخر إلى إعتبار حق الورثة عند المرض ليس بحق ملكية بل هو حق خلافة بالإرث⁽¹⁾.

وقد جاء في قرار للمحكمة العليا «... من المقرر فقها وقضاء أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيراً، ويجر إلى الموت ، وبه يفقد المتصرف وعليه وتمييزه...»⁽²⁾ ، من المبين في هذا الإجتهد أنه لا يطابق ما جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية من أن مرض الموت لا يجعل المريض فاقداً لوعيه وتمييزه، لأنه كما ذكرنا أن أهليته كالأصحاء تماماً، وبينوا أن مرض الموت مقيد لحرية التصرف بسبب تعلق حق الورثة بأموال المريض، وقد خالفت المحكمة العليا في قرارات أخرى القرار السابق، فقضت « من المقرر شرعاً وقانوناً بأنه يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل وإن صدر تصرفه في مرض الموت وتعتبر الهبة وصية...»⁽³⁾ ، وبهذا القرار الأخير تكون المحكمة قد عادت إلى أحكام الشريعة الإسلامية .

-ثانيا : مقدار المال الذي يتعلق به حق الورثة وحق الدائنين.

للمريض الحق في ماله لقضاء مصالحه، وحاجاته كالنفقة على نفسه وعلى أسرته وعلاجه... الخ ، خارجة عن حقوق الورثة وجائزة شرعاً وقانوناً .

(1) محمد أبو زهرة : أحكام التركات والمواريث ، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر ، 1963 م، ص 06 ، 07.

(2) ملف رقم 33719 ، قرار بتاريخ 09 / 07 / 1984 ، المحكمة العليا، المجلة القضائية العدد 03 ، 1989 م

(3) ، عبد العزيز محمودي: مرجع سابق ، ص 42

أما حق الدائنين إذا كان على المريض ديون فهو يتعلق بأمواله كلها حتى لو كان مستغرقاً لقيمة كماله؛ وذلك لأن الدين أولى من الوصية والإرث، وهذا ثابت شرعاً وقانوناً .

ويأتي حق الورثة المال الخالي من الديون، ومما لا شك فيه أن المريض مرض الموت كل تصرفاته وهو في حال المرض لا توجد عليها قيود، فله كامل الحرية في التصرف في أمواله لأنه - كما سبق وأن ذكرنا - بأن المرض لا يؤثر على أهليته وبالتالي تصرفه كتصرف الأصحاء، والورثة لا تتعلق حقوقهم بأمواله إلا بعد موته، وإن صدر تصرفه التبرعي خلال سنة من مرضه وانتهى المرض بالموت هنا يمكنهم إثبات تاريخ التصرف، بكل وسائل الإثبات المعروفة شرعاً وقانوناً بأن تصرفه هذا صدر في خلال سنة من مرضه الذي توفي فيه وبالتالي يمكنهم إثبات تعلق حقوقهم بماله.

✓ الفرع الثاني : تحايل المريض مرض الموت .

قد يلجأ المريض مرض الموت إلى إيثار بعض الورثة على آخرين فيستعمل تحايلاً على القانون ، أو يعطى لتصرفه الضار بحق الورثة أسماء ينجز بها عمله القانوني، وذلك مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية والقانون وفي هذا الفرع سنعرف معنى الحيلة ، وسبب هذا التحايل وذلك وفقاً لمايلي :

أ: تعريف الحيلة فقها:

إن فقهاء وعلماء المسلمين لم يتناولوا الحيلة بهذا المعنى العام الذي قال به علماء اللغة، واختلفوا في معنى الحيلة تبعاً لإختلاف الزاوية التي ينظرون منها إليها ، فالمالكية والحنابلة من أشد المعارضين للحيل والقول بها فهي في نظرهم مذمومة وعلى رأسهم الإمام الشاطبي * إعتبر الحيلة لون فقهي مذموم ، يلجأ إليه للأفلات من أحكام الشريعة وخرم قواعدها في صورة عمل يوافق ظاهره أحكام الشرع وذلك كمن يهب ما له للتهرب من أداء

الزكاة هنا الهبة مشروعته لكن عدم أداء الزكاة محرم شرعاً . أما الحنابلة فيرون أن الحيلة تكون في المعاملات ، ولا وجود لها في العبادات⁽¹⁾.

أما الحنفية والشافعية فهم يرون أن الحيلة تؤدي أغراض مشروعة لأن في الشريعة مقصداً ، ولا يراد بها أبطال حق، أو إستحقاق باطل وإنما الهدف منها اليسر ورفع الحرج والخروج من الأزمات إلى بحبوحة التسامح والرفق والرحمة، فإذا قصد بها غير ذلك من أغراض خبيثة كانت الحرمة حكمها . والعمل على إبطالها واجب ديني⁽²⁾. وللحيلة أركان وهي :

♦ **الوسيلة** : وهي التي يتوصل بها إلى المقصود قولاً أو فعلاً، مشروعة أو غير مشروعة.

♦ **المقصد** : وهو الغاية التي يراد التوصل إليها عن طريق الوسيلة ، ويكون المقصد أيضاً مشروعاً أو غير مشروع .

فالحيل المشروعة هي التي تكون وسيلتها مشروعة وغايتها كذلك مشروعة والحيل غير المشروعة أو المحرمة هي تقديم ظاهر الجواز لأبطال حكم شرعي وتحويله من الظاهر إلى حكم آخر⁽³⁾.

والخلاصة من هذه التعاريف والأقوال السابقة أن الحيلة قد تكون لأهداف نبيلة وقد تكون لأهداف مذمومة؛ وهذا ما يقصد به هنا تحايل المريض مرض الموت بتصرفاته التي قد تكون ضارة بكل الورثة أو بعضهم وسنحاول معرفة سبب هذا التحايل فيمايلي :

(1) محمود عبد العزيز ديب، الحيل في القانون المدني في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، الإسكندرية ، دار الجامعة الجديدة ، 2004 ، ص 106.

(2) - محمود عبد العزيز ديب، مرجع سابق ، ص 103.

(3) محمد بن الحبيب بن خوجه، مرجع سابق ، ص 210.

-ثانياً: سبب تحايل المريض مرض الموت:

من المعروف في الحياة العملية أن المريض مرض الموت قد يتصرف لأحد ورثته تصرفاً تبرعياً يريد به تعويضه عن تقصير منه في حال حياته، أو يخشى عليهم من بعده ومثل ذلك من يتصرف لورثته الإناث إذا كان هناك من يزاحمهم في الميراث كالعَم مثلاً، إذا لم يكن لديهم أخ ذكر وقد يرى الصلاح في أحد أولاده فيفضله على إخوته بالتبرع ، وقد يكون هناك الأطباء ، وغيرهم ممن اجتهد في معالجته ..الخ.

وقد إعتبر المشرع المصري مثل هذه التصرفات وصية مستترة وهذا ما جاء به نص المادة 916 من قانونه المدني، وجاء بالمذكرة التوضيحية له على أن التصرف⁽¹⁾ الذي يتم في مرض الموت وصية مستترة تحت ستار تصرف آخر والمصلحة الورثة وجعل مثل هذا التصرف قرينة قانونية للإثبات لأن الشارع جعل حق الورثة متعلق بالتركة.

أما القانون المدني الفرنسي فيما يخص تصرفات المريض مرض الموت ببطانها متى حصلت في مرض الأخير إذا ما تمت للأطباء والصيادلة ورجال الدين ، ويعتبر شبه المحاباة فيها بإعتبارهم آخر من كان تعامل معهم المريض مما قد يؤثر على سلامة إدراكه للتصرف، وهذا منافي لما انتهى إليه فقهاء الشريعة الإسلامية⁽²⁾.

• المطلب الثاني : أحكام كل من الهبة والوقف في مرض الموت:

مما لا شك فيه أن تصرفات المتبرع وخاصة بالهبة والوقف في حال صحة المتبرع لا معقبة عليها من الورثة أو من الدائنين لانقضاء الأضرار وكما أسلفنا بأنها تصرفات مباحة شرعاً وقانوناً .

(1) عبد العزيز محمودي: مرجع سابق، ص 47

(2) نفسه ، ص 47 .

لكن ما حكم كل من الهبة والوقف في حال تصرفات المريض مرض الموت ؟ وكيف يمكن للورثة إستعادة حقوقهم بعد وفاة مورثهم المتبرع؟ هذا ما مستنطق إليه في الفرع الآتي:

✓ الفرع الأول : خضوع كل من الهبة والوقف لأحكام الوصية:

نص المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 776 من القانون المدني على ما يلي : « كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حالة مرض الموت بقصد التبرع يعتبر مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية إلى تعطى إلى هذا التصرف »⁽¹⁾.

يتضح من نص هذه المادة أن المشرع إعتبر كل تصرفات المريض مرض الموت حكمها حكم الوصية، وهذا موافق لمبادئ الشريعة الإسلامية . ونحن بصدد دراسة عن حكم الهبة والوقف في مرض الموت ومن خلال الفرعين التاليين سنتعرض لحكهما في حالة مرض الموت شرعاً وقانوناً وقضاء.

-أولا : الهبة في مرض الموت.

تنص المادة 202 من قانون الأسرة أن : "الهبة تملك بلا عوض ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط " و بذلك فإن الهبة بوصفها تمليكا بلا عوض كانت من أشد التبرعات الضارة بالمتصرف ضررا محضا، لذا أحاطها المشرع بضوابط هامة، لا سيما تلك المتعلقة بأهلية المتبرع، فإذا كان الواهب أهلا للتبرع من غير المرض جاز له أن يهب شرعا و قانونا كل ماله لمن يشاء، وارثا كان أم أجنبيا طبقا للمادة 205 من قانون الأسرة .

(1) القانون المدني ، مصدر سابق ، ص 114

إلا أن حرية الشخص في الهبة تنقيد إبتداءً من مرض الموت، و يحق لصاحب المصلحة الطعن فيها بعد الوفاة، و ذلك طبقاً للمادة 204 من قانون الأسرة التي تنص على أن : "الهبة في مرض الموت، و الأمراض و الحالات المخيفة، تعتبر وصية"، ما يلاحظ على نص المادة 204 من قانون الأسرة أنه أضاف حالة لم تتطرق لها جل التشريعات و لا الفقه الإسلامي و ألحقها بمرض الموت و ذلك في ما سماه بالحالات المخيفة، فهذا المصطلح يحتاج إلى تفسير من خلال الإجتهد القضائي (1).

و عليه فإن الهبة في مرض الموت، أعطاهها المشرع حكم الوصية بنص صريح، و بهذا قال جمهور الفقهاء ؛ إذ اعتبروا أن الواهب المريض مرض الموت تأخذ هبته حكم الوصية، و تسري عليه أحكامها من عدم جواز الإيضاء بأكثر من الثلث و عدم جواز الإيضاء لوأرث، كل ذلك مع إمكانية إجازة الورثة .

و ما يلاحظ في هذا الشأن غزارة القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا و المتعلقة بالهبة في مرض الموت و التي اعتبرت هذه الأخيرة وصية منها القرار الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية و الموارث بتاريخ 16/03/1999 (2) و القرار الصادر عن نفس الغرفة بتاريخ 21/02/2001 (2).

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

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

(1) - صدر قرار عن المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية و الموارث أشار إلى الحالات المخيفة إلا أنه يستشف منه أنه لم يفرق بينها و بين مرض الموت و اعتبرهما شيئاً واحداً. قرار بتاريخ 16/06/1998 ملف رقم 197335. الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية. عدد خاص 2001. ص 281.

(2) - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 16/03/1999 ملف رقم 219901. . الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية. عدد خاص 2001. ص 287.

بأنه في حالة ما إذا وجد بعد وفاته ورثة آخرون و شرعيون تحدد الهبة حسب القانون و هو ما يجعلها في شكل وصية مضافة إلى ما بعد الموت في حين أن الشريعة الإسلامية لا تسمح بالوصية للوارث... " مؤسسة قرارها على أحكام الشريعة الإسلامية. (1)

-ثانيا: الوقف في مرض الموت :

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى كل تصرفات المريض مرض الموت ، شأنه شأن القوانين العربية ، بخلاف الشريعة الإسلامية التي أنزلت وقف المريض مرض الموت ، منزلة الوصية ، وإعتبرته من ثلث حال المتبرع على أساس أنه تبرع متراضي تنتج آثاره إلى ما بعد الموت.

وقد أدرج المشرع الوقف في الفصل الثالث من الكتاب الرابع لقانون الأسرة في المواد 231 – 219 منه، ثم صدر قانون خاص بالأوقاف(1)27أفريل 1991م.

وطبقاً لما جاء في نص المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيل كل لم يرد في نص إلى أحكام الشريعة الإسلامية .

وعلى هذا الأساس فإنه ينطبق على الوقف ما ينطبق على الهبة في حال مرض الموت فحكمها واحد وتسري عليهم أحكام الوصية ، وهنا يجب التمييز بين الوقف للوارث ولغيره ومرعاه مقدار هذا الوقف فيما إذا تجاوز الثلث أم لم يجاوز وقد سبق أن تكلمنا عن كل هذا وذلك يتوقف على إجازة الورثة .

المشرع الجزائري لم يتكلم عن الوقف في حالة مرض الموت سوى في حاله ما إذا كان الدين يستغرق كل التركة حيث جاء في نص المادة 32 من القانون 91 / 10 المتعلق بالأوقاف ما يلي : « يحق للدائنين طلب إبطال وقف ، والواقف في مرض الموت وكان الدين

⁽¹⁾ - قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية و المواريث الصادر بتاريخ 2001/02/21 ملف رقم 256869. المجلة القضائية. العدد الثاني 2002 ص 428.

مستغرق جميع أملاكه»، كما تنص المادة 41 منه على وجوب توثيق الوقف بعقد لدى الموثق وأن يسجل بالسجل العقاري.

لقد أعطى الشرع والقانون للدائنين الأولوية في أموال المدين قبل الوصية* والميراث، وهذا التعلق حق الدائنين بأموال المدين حتى ولو إستغرقت ديونهم كل التركة، وللدائنين أن يقتصوا ديونهم من ثمن المتبرع به بإعتباره من أموال التركة، وفي هذه الحالة لا يأخذ من صدر له التبرع وهو في حكم الموصى له ولا الورثة شيئاً⁽¹⁾.

إعتبر المالكية أن حكم وقف المريض على بعض الورثة حكم الوصية فيلزم لنفاذها إيجازه الورثة الباقين فإن لم يجيزوها بطل الوقف له، أما إذا كان الموقوف عليه أجنبياً أي غير وارث، ومقدار الموقوف لا يزيد على ثلث الترك، هنا يبقى الوقف لازماً ويعامل كالوصية، أما إذا كان أكثر من الثلث توقف لزومه على إجازة الورثة فهو كالوصية تماماً، أما إذا أجازة بعض الورثة ولم يجره البعض الآخر نفذ في حصة من أجازة ولا ينفذ في حصة من لم يخبره، وبهذا قال الحنفية والحنابلة.

وقد قضت المحكمة العليا في قرار لها بمبادئ الشريعة الإسلامية: « أن المجلس كان عمره 99 سنة ولم يختلف الطرفين في ذلك وأنه كان مريضاً وأعمى مما يجعل عقد حبسه باطل، وأن لقول الشيخ خليل الجزء الرابع ص77، وإن المتخاصمين متيقن على أن المحبس كان مريضاً لذلك فعقد الحبس المؤرخ في 07 - 07 - 1965 باطل وإن المحبس عليه من الورثة»⁽²⁾.

جاء في موسوعة مسائل الجمهور في كتاب الوقف والعطايا مسألة رقم 1013 « إن جمهور أهل العلم القائلين بلزوم الوقف على أن من وقف شيئاً في مرض موته، فإنه يعتبر وقفاً

(1) عبد العزيز محمودي، مرجع سابق، ص 56.

(2) المرجع نفسه، ص 58.

لازماً بقدر الثلث ، ولا يتوقف لزومه على إجازة الورثة، وأما ما زاد على الثلث فيتوقف صحة لزومه على إجازتهم * تبعاً للقاعدة: « لا تركة إلا بعد سداد الديون » .
وينسحب على هذه المسألة خلاف أبي حنيفة - رحمه الله - في أصل لزوم الوقف⁽¹⁾.

✓ الفرع الثاني: موقف الورثة من التصرفات التبرعية لمورثهم في مرض الموت .
بما أن التصرفات التبرعية ضارة ضرراً محضاً وخاصة للورثة إذا ما كان مورثهم في حاله مرض الموت ، هنا يمكن أن يتخذ الوارث موقفاً قانونياً في ذلك يكفل له الحماية، وذلك بالشروط المذكورة آنفاً في شروط مقدار التبرع الذي يزيد على الثلث ، والذي قد يكون لوارث، والشروط الأساسي هنا هو موت المريض لكي يثبت حقهم في أماله .

-أولاً : إثبات مرض الموت.

على إعتبار أن مرض الموت حاله مرضية يغلب فيها الهلاك على الشخص ويتصل به الموت فعلاً، من شروطه قعود المريض عن قضاء مصالحه ،وغلبة الموت فيه ، وانتهائه بالموت فعلاً. كل هذه الأمور موضوعية تقيم في نفس المريض حالة نفسية يشعر فيها بأنه مشرف على الموت ، وإن ضبطها يستلزم الوقوف عند هذه الضوابط الموضوعية للتدليل على الأمور الذاتية فإنه لأجل ذلك يسترشد بهذه العلامات المادية للوقوف على الحالة النفسية للمريض ، والتي يعتبر من خلالها في حكم المريض مرض الموت ، ويلحق بذلك من كان في الحالة النفسية للمريض لسبب غير المرض كالمحكوم عليه بالإعدام.
إن مرض الموت بالشروط والضوابط السابقة واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات ، بما فيها البينة والقرائن ، وتعتبر الشهادات الطبية دليلاً قوياً وعملياً للإثبات عند إنتداب أهل الخبرة.

(1) مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، منشأة المعارف الإسكندرية. مصر، 2006، ص 75.

وقضت محكمة النقض المصرية بما يلي: ما دامت محكمة الموضوع قد استخلصت من التحقيقات التي أجريت في الدعوى ، ومن الشهادتين الطبيتين المقدمتين لها عن مرض الموت ، أنه كان مريضاً قبل وفاته بأربعة شهور بالسل الرئوي، وإن هذا المرض إستند به وقت تحرير العقد المطعون فيه ، ثم فندت الطعون الموجهة إلى الشهادة المقدمة ممن صدر له العقد، فإنه تكون قد أوردت في حكمها من الأسباب ما يكفي لحمل قضائها: وفي حيثيات القرار لمجلس قضاء البليدة جاء فيه:... وحيث أن مرض الموت واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة الطرق ، وحيث تبين من الملف الطبي أن الواهبة كانت تعاني من داء الكلى ، وأن مرضها هذا كان في مرحلتها الأخيرة ، وإن الواهبة ماتت بعد مرور أقل من عشرة أشهر ، تعين أبطال الهبة عملاً بالمادة 204 أسرة...⁽¹⁾.

ثانيا : عبء إثبات مرض الموت وسلطة القاضي في ذلك.

يقع عبء مرض الموت على الورثة ؛ حيث خول لهم القانون ذلك وأعطاهم حق الطعن في كل تصرفاته التي أبرمها وهو في حالة مرض الموت ، حيث نصت المادة 776/3 من القانون المدني في الفقرة الثانية منها على ذلك صراحة.

حيث يستفيد الطاعن بما هو مقرر له من بطلان تصرفات المريض مرض الموت التبرعية ويسري عليها حكم الوصية.

ونصت المادة 108 من القانون المدني أيضا التي تنص:«ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل ، أو من نص القانون ، أن الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث .»

ويراد بعبارة "الخلف العام" الوارث والموصى له بجزء معين من التركة كالربع أو الثلث.

(1) عبد العزيز محمودي : مرجع سابق ، ص 38 – 40

أما: سلطة القاضي في تكييف التصرفات القانونية، تظهر في حالة تستر الوصية تحت وصف آخر وذلك من خلال تكييف التصرف حماية للورثة ، ويستعين في إيجاد الحقيقة بالظروف الملايصة للقضية ، وملف الدعوى والقرائن التي تساعد على ذلك ، والتكييف عملية قانونية يقوم بها القاضي حتى يتمكن من تطبيق أحكام القانون على التصرف ، سواء كانت هذه الأحكام أمرة أو مكملة ، و القاضي يخضع لرقابة المحكمة العليا فعليه الإلتزام بتطبيق القانون ، ويستعين في ذلك بكل ما يقدمه الورثة من أدلة وكل وسائل الإثبات المعروفة ، كما يمكنه الإستعانة بأصحاب الخبرة كالأطباء ، وبالأراء الفقهية في هذا المجال.¹

فأثار تكييف التصرف بأنه وصية تتمثل في تطبيق أحكام الوصية عليه من حيث عدم جواز الإيضاء بأكثر من الثلث وعدم الإيضاء لوارث ويتوقف ما خالف ذلك لإجازة الورثة .

وقد قضت المحكمة العليا في قرار صادر بتاريخ 2002/04/24 أن القرار قضى بإبطال عقد الهبة في مرض الموت أن يقضى بإعتبار العقد وصية ويستفيد منها الموهوب له في حدود ما يسمح بذلك موضوع الوصية.

(1) - مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص 84.

خاتمة

خاتمة

من خلال دراستنا توصلنا إلى أن الله عز وجل تولى قسمة التركة وأعطى لكل ذي حق حقه ، فهو الذي شرع كيفية الخلافة في المال، حيث يقول جل جلاله :

[يبين الله لكم أن تضلوا والله بكل شيء عليم] النساء: الآية 176

فتولى قسمة الميراث بالقسمة العادلة، وأعطى للمورث حق التصرف في أمواله حال حياته وخاصة بالوصية، التي خصها بضوابط خاصة ، لتعلقها بأموال التريكة وذلك لعدم الإضرار بالورثة ،لأنها تصرف مضاف لما بعد الموت، ولا تقسم التركة قبل استخراج الوصية ،فكل من التركة و الوصية يشتركان بأنهما يدخلان في ذمة الإنسان دون تدخل منه.

وحدثت الشريعة الإسلامية ، على أبواب البر و الرحمة و التعاون بين أفراد المجتمع، وذلك بالتصرفات التبرعية الأخرى، كالهبة والوقف ، التي يقوم بها الشخص حال حياته ، وتنقل إلى المتبرع له مباشرة، وذلك من شروط نفاذهما، الهبة بدون الحيابة تكون باطلة و الوقف أيضا ، وعلى غرار ما جاء في الفقه الإسلامي نهج المشرع الجزائري نفس المناهج بإعطاء حرية التصرف للشخص بهذه التبرعات، ولكن قد يتحايل هذا الشخص بهذه التصرفات من أجل الإضرار بورثته وخاصة إذا ما تعرض لسوء معاملة منهم أو إذا أراد محاباة بعض ورثته، فهنا يصبح هذا التصرف فيه ظلم و إثم على صاحبه ، وهذا ليس من مقاصد الشريعة الإسلامية التي تحت على عدم الإضرار ، وعلى العدل بين الأبناء في العطية، فسوت بين الذكور والإناث في ذلك على عكس ما ظهر في وقتنا الحاضر الذي كثر فيه الظلم و التمييز بين الأبناء الذي يولد البغضاء والحسد بينهم .

وقد تصدى المشرع الجزائري لرد هذا التحايل وذلك باعتبار التصرف لوأرث مع الاحتفاظ بالحيابة وصية مستترة، وكل تصرفات المريض مرض الموت تأخذ حكم الوصية.

وكتائج و إقتراحات:

توصنا من خلال دراستنا إلى وجوب الاهتمام أكثر بموضوع التحايل وذلك من خلال مايلي :

أولا النتائج.

- العدل بين الأولاد هو سبيل إلى تجنب التحايل أحكام في الميراث.
- إن المشرع ضبط الخلافة في المال بتنظيم المحكم في نظام المواريث، وبالمقابل قيد من يحاول التصرف في أمواله بتصرف مضاف إلى مابعد الموت بقيود تتمثل أساس في عدم جواز الإصاء لوارث وعدم تجاوز الموصى به بثلاث التريكة.
- تصدي المشرع لكل تصرف أي التحايل على هذه القواعد العادلة ومنح القاضي سلطة تكييف التصرف بمل يحقق الحماية للورثة.

الإقتراحات:

- نشر التوعية الدينية للأباء ، وذلك لمعرفة وجوب العدل بين الأبناء .
- الدعاية في كل وسائل الإعلام المرئية و المقروءة و المسموعة.
- دور الإمام في المسجد.
- تنبيه الموثق الذي يقوم بتوثيق عقد الهبة مثلا للأب الواهب و ذلك بأن يعدل بين أبنائه.
- يجب على القاضي الذي تعرض عليه قضايا فيها تحايل على أحكام الإرث أن يصح التصرف التبرعي لصالح الورثة إذا كان هذا التصرف في حال مرض الموت خاصة، وذلك باعتباره وصية.
- إعادة النظر في قانون الأسرة و القانون المدني وهذا لما فيهما من نقص لحماية الورثة و الدائنين من التحايل.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر و المراجع:

أ: قائمة المصادر.

1-القرآن الكريم.

2-السنة النبوية .

■ **II.النصوص القانونية:**

- أمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري ، المعدل المتمم إلى غاية القانون 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007.
- قانون 11/90 المتضمن قانون الأسرة الجزائري ، المعدل و المتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27/02/2005 .ج.ر.رقم 15 لسنة 2005 ،الموافق عليه بموجب القانون 05-09 المؤرخ في 4/05/2005 .ج.ر. رقم 43 لسنة 2005، والمتضمن قانون الأسرة أحكام الوصية في باب التبرعات في الفصل الأول من الكتاب الرابع من المواد 184 إلى 201.
- قانون رقم 90-25 مؤرخ في 18/11/1990، يتضمن القانون التوجيهي العقاري ، المتضمن بالأوقاف ، ج.ر. ، ع21.
- قانون رقم 91-10 المؤرخ في 27/04/1991، يتعلق باللجنة الدينية و الأوقاف ، ج.ر. ، ع21، الصادر في 8 ماي 1991، المعدل و المتمم.
- المادة 775من الأمر 75-85، المتضمن القانون المدني الجزائري ، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية ، عدد 78، الصادر في 30/09/1975 ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في : 13 ماي 2007 ، الجريدة الرسمية ، عدد 31، الصادر 13/05/2007م

■ **III.الكتب .**

1. ابن منظور ، لسان العرب ، ج6 ، دار المعارف للنشر والتوزيع، القاهرة ، مصر ،1981.
2. أبي الفضل جمال الدين محمد ، لسان العرب ، دار صادر و دار بيروت للطباعة و النشر ، بيروت ، لبنان ، 1981.
3. أبي القاسم الحسين بن محمد ، المفردات في غريب القرآن ، الجزء 01 مكتبة نزار مصطفى الباز، مصر، 2002.

4. أحمد الريسوي، الوقف في الإسلام و مجالاته و أبعاده ، دار الثقافة ، الكويت ، 1993.
5. احمد بن ابراهيم بن خليل، أحكام المرضى ، وزارة الأوقاف و الشؤون الدينية ، الكويت ، ط1، 1997.
6. أحمد حماني ، فتاوى الشيخ أحمد حماني ، فتاوى واستشارات شرعية ومباحث فقهية ، الربيع ميمون ، البليدة،قصر الكتاب ،ط1/2001م.
7. أحمد فراج حسين، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية. الدار الجامعية. لبنان، 2005.
8. أحمد محمد على داود، الحقوق العينية المتعلقة بالتركة ، التجهيز، الديون، الوصية ، المواريث و تقسيماتها ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة ، الأردن ، 2007.
9. توفيق الشاوي ، الميراث ، الهبة، الوصية، دار النهضة العربية للنشر، مصر ، 2004.
10. جمال سايس : الإجتهد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية ، منشورات كليك ، ط1 ، الجزائر ، 2013 .
11. حسن محمد بودي ، موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2004 .
12. حمدي باشا، عقود التبرعات ، دار هومة للنشر ، الجزائر ، 2004 .
13. رشيد بن شويخ، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري ، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2008 .
14. الشنقيطي ، مواهب الجليل من أدلة الخليل ، كتاب الشفعة والعقبة ، دار القلم،دمشق، سوريا.2006.
15. محمد بن علي الشوكاني ،نبيل الأوطار شرح ملتقى الأخبار ،اعتنى به رائد صبري ، بيت الأفكار الدولية ، لبنان ، 2004.
16. شيخ نسيمة، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري ، الهبة ، الوصية ، الوقف ، دار هومة للطباعة و النشر، الجزائر، 2010.

17. الصادق عبد الرحمان الغرياني ، مدونة الفقه المالكي و أدلته ، د.ط.ج 4 ، مؤسسة الزيان ، بيروت ، لبنان ، بدون ذكر السنة الطبع.
18. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، اسباب كسب الملكية ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، 1998.
19. عبد العزيز محمودي، رد التحايل على أحكام الميراث ، قصر الكتاب ، الجزائر ، 2006.
20. عبد القادر عودة، الموسوعة العصرية في الفقه ، الجزء الأول ، المجلد الأول ، دار الشروق ، القاهرة ، مصر ، 2001.
21. عبد اللطيف دريان، فقه الوصية في المذاهب الإسلامية و القوانين العربية، المجلد 1، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، بيروت ، لبنان ، 2009.
22. العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري ، الطبعة الأولى ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، 2014.
23. العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة ، الميراث و الوصية ، دوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، 2002.
24. علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات ، دار لفضيلة، مصر .
25. علي علي سليمان ، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني ، الطبعة 2، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر ، 1998.
26. عمر حمدي باشا، عقود التبرعات ، دار هومة للنشر ، الجزائر ، 2004 .
27. قاسم يوسف ، الحقوق المتعلقة بالتركة في الفقه الإسلامي ، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة ، مصر ، 2012.
28. كمال حمدي ، المواريث و الهبة والوصية ، نشأة المعارف ، الاسكندرية ، مصر ، 1998.
29. لحسن بن شيخ آث ملويا ، قانون الأسرة ، دار الهدى، عين مليلة ، الجزائر ، 2014.

30. مايا دقايشية ، أحكام الرجوع في عقود التبرعات ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، عين مليلة ، الجزائر ، 2015.
31. محمد أبو زهرة : أحكام التركات والمواريث ، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر ، 1963 م.
32. محمد أبو زهرة ، فتاوى الشيخ محمد أبو زهرة ، تح / محمد عثمان شبير ، دمشق ، سوريا ، دار القلم ، ط1، 2006 م .
33. محمد أحمد عقلة بني مصطفى، الوصية الواجبة و أثر تطبيقاتها على الورثة في المحاكم الشرعية ، ط1، دار مكتبة الحامد للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، 2014.
34. محمد الحبيب بن خوجة: أصول الفقه والمقاصد للإمام محمد الطاهر ابن عاشور ، قطر ، طبع وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية 1425 هـ ، 2004 م .
35. محمد القبة ، الإرادة المنفردة كمصدر الإلتزام ، الديوان الوطني للأعمال التربوية ، الجزائر ، 1992.
36. محمد بن أحمد تقية ، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري ، مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية و القانون المقارن ، الديوان الوطني للأشغال، الطبعة الأولى ، الجزائر، 2003.
37. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الإلتزام ، المؤسسة الوطنية للنشر و التوزيع ، الجزائر، 1983.
38. محمد عيسى ، فقه الوقف و إدارته في الإسلام ، دورة إدارة الأوقاف الإسلامية بالجزائر ، الجزائر ، 1999.
39. محمد كمال الدين إمام و جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، أحكام الميراث والوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء ،دار المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية، مصر، 2011.
40. محمود عبد العزيز ديب: الحيل في القانون المدني في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، الإسكندرية ، دارالجامعة الجديدة ، 2004 .

41. مسعود الهلالي ، أحكام التركات و المواريث في قانون الأسرة الجزائري ، ط1، دار الجسور للنشر و التوزيع، الجزائر، 2008.
42. نبيل صقر ، تصرفات المريض مرض الموت (الوصية ، الهبة ، الوقف ، الكفالة ، الإبراء ، القرار ، الخلع، الاطلاق)، دار الهدى للطباعة و النشر عين مليلة ، الجزائر ، 2008 .
43. نجاه لوصيف، الرسمية و التسجيل و الشهر في نقل الملكية العقارية و التصرفات القانونية بإرادة منفردة الوقف، المعهد الوطني للقضاء، الأبيار، الجزائر ، 2013.
44. نورة منصور، هبة العقار في التشريع ، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، عين مليلة ، الجزائر ، 2010.
45. يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي ، دراسة نظرية و تطبيقية مقارنة ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 2003.
- IV. الرسائل.
- 1-رسائل الماجستير.

1. سارة خضرة أرشيدت :البيع في مرض الموت ، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق لجامعة الشرق الأوسط ، الأردن 2014.
2. نكاح عمار : إنتقال الملكية العقارية في قانون الأسرة الجزائري ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الإخوة منتوري محمد، قسنطينة ، السنة الجامعية 2007-2008.

▪ V: المجلات و الدوريات

1. ابراهيم محمود الباقي ، دور الوقف في تنمية المجتمع المدني ، مجلة الأوقاف الأمانة العامة للأوقاف ، ط الأولى ، الكويت ، 2006.
2. إياد محمد جاد الحق ، هبة المريض مرض الموت في مجلة الأحكام العدلية ، مجلة الجامعة الإسلامية ، العدد 02، لسنة 2011.

VI- المحاضرات.

1. جمال ميمون، محاضرات في التبرعات عن الوصية و الهبة ، ملقاءة على الطلبة السنة ثانية حقوق ماستر ، تخصص قانون الأسرة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد بوضياف ، المسيلة، الجزائر ، السنة الجامعية 2016-2017.
2. عبد الحفيظ بثقة، محاضرات في شرح القانون المدني الجزائري ، نظرية الإلتزام أقيت على طلبة سنة ثانية حقوق و علوم سياسية ، جامعة محمد خيضر - بسكرة ، الجزائر ، السنة الجامعية 2008- 2009 .

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

الشكر

الإهداء

أ..... مقدمة

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتصرفات التبرعية و مرض الموت.

❖ المبحث الأول: ماهية التصرفات التبرعية.....2

• المطلب الأول: مفهوم الوصية.....2

✓ الفرع الأول: تعريف الوصية.....2

أ-أولا : تعريف الوصية لغة2

أ-ثانيا: تعريف الوصية فقهيًا.....3

أ-ثالثا : تعريف الوصية قانونًا4

✓ الفرع الثاني: أركان و شروط الوصية.....6

أ-أولا: أركان الوصية.....6

أ-الموصى:.....6

1-سلامة العقل :.....6

2- البلوغ:.....7

3- الرضا7

ب- الموصى له7

- ج-شروط الموصى به 10
-
-
- د-ركن الصيغة..... 12
-
-
- ثانيا: شرط صحة الوصية..... 13
-
-
- المطلوب الثاني: مفهوم الهبة..... 14
-
-
- ✓الفرع الأول: تعريف الهبة 14
-
-
- أولا: تعريف الهبة لغة 15
-
-
- ثانيا : التعريف القانوني للهبة..... 16
-
-
- ✓الفرع الثاني: أركان و شروط عقد الهبة..... 17
-
-
- أولا: أركان عقد الهبة..... 17
-
-
- أ-ركن الرضا..... 18
-
-
- ب- ركن المحل..... 19
-
-
- ج- ركن السبب..... 21
-
-
- ثانيا : شروط عقد الهبة..... 23
-
-
- أ-شروط عقد الهبة من حيث الصحة 24
-
-
- 1- أهلية الواهب: 24
-
-
- 2- أهلية الموهوب له 25
-
-
- ب : عيوب التراضي في عقد الهبة..... 26

- 1- الغلط في عقد الهبة: 27
-
-
- 2- التذليس: 27
-
-
- 3- الإكراه: 27
-
-
- 4- الإستغلال (الغبن): 27
-
-
- المطلب الثالث: مفهوم الوقف. 28
-
-
- ✓ الفرع الأول: تعريف الوقف و خصائصه. 29
-
-
- أولا: تعريف الوقف 29
-
-
- أ- لغة : 29
-
-
- ب-إصطلاحا: 30
-
-
- ج- تعريف الوقف في القانون 30
-
-
- الفرع الثاني: أركان و شروط صحة الوقف 31
-
-
- أولا: أركان عقد الوقف 31
-
-
- أ-الواقف 31
-
-
- ب-محل الوقف 32
-
-
- ج- صيغة الوقف. 32
-
-
- د-الموقوف عليه 33
-
-
- ثانيا: شروط الوقف 34

أ- الرسمية في عقد الوقف..... 34

ب- تسجيل عقد الوقف..... 35

ج- شهر العقود الوقفية..... 36

❖ المبحث الثاني : ماهية مرض الموت..... 39

● المطلب الأول : مفهوم مرض الموت 39

✓ الفرع الأول : تعريف مرض الموت 39

✓ الفرع الثاني : شروط مرض الموت 41

أولاً: عجز الشخص عن قضاء مصالحه:..... 41

ثانياً: غلبة الخوف من المرض : 41

ثالثاً : أن ينتمي المرض بالموت فعلاً: 42

● المطلب الثاني: إثبات مرض الموت..... 42

✓ الفرع الأول : إثبات مرض الموت عن طريق الشهادة الطبية. 43

✓ الفرع الثاني : مرض الموت عن طريق شهادة الشهود. 44

الفصل الثاني :الحماية القانونية من التحايل على أحكام الميراث.

❖ المبحث الأول : الحماية القانونية للورثة من التصرفات التبعية في حال

صحة مورثهم. 48

● المطلب الأول: أساس حماية الورثة في الوصية 49

✓ الفرع الأول : تقييد حرية الإيحاء في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة. 49

أولاً: لا وصية لوارث..... 49

الرأي الأول : يجيز الإيحاء لوارث..... 50

ثانيا :عدم تجاوز الموصى به ثلث التركة..... 54

✓ الفرع الثاني: سبب تقييد الوصية..... 57

أولاً :منع الإضرار بالورثة..... 58

• المطلب الثاني : حماية الورثة في الهبة والوقف في حاله صحة مورثهم : 59

✓ الفرع الأول : حماية الورثة في هبة مورثهم في حالة صحته: 60

أولاً : وجه حماية الورثة في الهبة حاله صحة مورثهم : 60

ثانيا : شروط القرينة الخاصة بالتصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحياة : 62

✓ الفرع الثاني : حماية الورثة من وقف مورثه في حال صحته : 65

أولاً : وجه حماية الورثة في الوقف في حالة الصحة..... 65

ثانيا : الوقف وقرينة مخالفة أحكام الإرث 66

❖ المبحث الثاني :حماية الورثة في مرض الموت..... 70

• المطلب الأول: أساس حماية الورثة في مرض الموت: 70

✓ الفرع الأول : سبب تقييد تصرفات المريض مرض الموت..... 71

أولاً- تعلق حق الورثة بأموال المريض مرض الموت..... 71

ثانيا : مقدار المال الذي يتعلق به حق الورثة وحق الدائنين..... 72

73	✓ الفرع الثاني : تحايل المريض مرض الموت
73	أ: تعريف الحيلة فقها:.....
75	-ثانيا: سبب تحايل المريض مرض الموت:
75	• المطلب الثاني : أحكام كل من الهبة والوقف في مرض الموت:
76	✓ الفرع الأول : خضوع كل من الهبة والوقف لأحكام الوصية:
76	-أولا : الهبة في مرض الموت.....
78	-ثانيا: الوقف في مرض الموت :
80	✓ الفرع الثاني: موقف الورثة من التصرفات التبرعية لمورثهم في مرض الموت
80	-أولا : إثبات مرض الموت.....
81	ثانيا :عبء إثبات مرض الموت وسلطة القاضي في ذلك.....
84	خاتمة
84	قائمة المصادر والمراجع.....
91	فهرس الموضوعات.....

ملخص

ملخص:

يعتبر التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري من الأوامر الغير مقبولة و المحظورة ،وتصديا لمثل هذه التصرفات وضع المشرع قواعد يمكن بها فرض احترام القواعد الأمرة للقانون المتعلق بأحكام الميراث،وهذا برد تحايله هذا و اعتبار تصرفه وصية حماية للغير إذا تمت في ظروف وأوضاع تبين نية التبرع و الإضرار بالورثة في حقهم الثابت في التريكة .

ويلاحظ أن مثل هذه التصرفات واسعة الإستعمال في المجتمع الجزائري ،حيث يتضح ذلك من خلال المنازعات المطروحة أمام القضاء ،والتي ترفع أكثرها من الورثة قصد الوصول إلى حكم بعدم نفاذ تصرف مورثهم في حقهم الثابت في التريكة ، وما يؤكد ذلك غزارة قرارات المحكمة العليا بهذا لخصوص.

وتسود هذه الظاهرة بالأخص عندما يتم حرمان البنات من الميراث مخالفة للشرع و القانون ، وتزيد الخطورة عندما يجد الأفراد العون والوسيلة القانونية إلى إخفاء تصرفاتهم تحت أسماء و عقود مستترة أو صورية تنطوي على الوصية ليجد القاضي نفسه أمام تصرفات ساترة للوصية ولو ظهرت بمظهر بيع أو هبة أو تصرف في العين لوأرثهم مع الإحتفاظ بالحيازة وضرورة إعمال قرينتي رد التحايل على أحكام الميراث الواردتين بالمادة 776 و 777من القانون المدني .

Abstract:

Circumventing the provisions of inheritance in Algerian legislation is considered one of the unacceptable and prohibited orders. In response to such actions, the legislator established rules by which it is possible to enforce respect for the rules governing the law related to the provisions of inheritance. This refuted this circumvention and considered his behavior as a will to protect others if it was carried out in circumstances and situations that show intent. Donating and harming the heirs in their inalienable right to inheritance.

It is noted that such actions are widely used in Algerian society, as this is evident from the disputes brought before the judiciary, most of which are brought by heirs in order to reach a ruling that the action of their inheritor is not enforceable regarding their inalienable right to inheritance. This is confirmed by the abundance of decisions of the Supreme Court in this regard.

This phenomenon prevails especially when girls are deprived of inheritance in violation of Sharia and the law, and the danger increases when individuals find help and legal means to hide their actions under hidden or fictitious names and contracts that contain the will, so that the judge finds himself faced with actions that cover the will, even if they appear as a sale, gift, or disposal. In the eyes of their heirs while retaining possession and the necessity of implementing the two presumptions of rebuttal of circumvention of the inheritance provisions contained in Articles 776 and 777 of the Civil Code