



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة البليدة
كلية الحقوق

بحث لنيل درجة الماجستير

حماية الوارث من الوصية المستترة في التشريع الجزائري

فرع : القانون العقاري و الزراعي

تحت إشراف الدكتور :

بن شنيقي حميد

من إعداد الطالب :

محمودي عبد العزيز

لجنة المناقشة

الدكتور فوزي أوصديق أستاذ محاضر (جامعة البليدة) رئيساً

الدكتور بن شنيقي حميد أستاذ محاضر (جامعة الجزائر) مقررأ

الدكتور محمودي مراد أستاذ محاضر (جامعة البليدة) عضواً

الأستاذ خليل عمرو أستاذ مكلف بالدروس (جامعة البليدة) عضواً

الأستاذ بن شويخ رشيد أستاذ مكلف بالدروس (جامعة البليدة) عضواً

الإهداء

نهدي ثمرة هذا العمل إلى أحق الناس بذلك :

~ الوالدين الكريمين .

~ كل معلم أو أستاذ كان له الفضل من أول طومر إلى آخر طومر .

محمودي عبد العزيز .

مقدمة :

إنَّ الإرتباط وثيقٌ بين الملكية و المال في حياة الإنسان ، ولعلَّ سعي المرء يظَلُّ يوماً بعد يوم مرتبط بذلك، و لما كان تنظيم المجتمعات يحتاج إلى قانون يضبط سلوك الأفراد ، و يكبح جماح النفس ، كان من بابٍ أولى تنظيم العلاقات المالية بينهم ، باعتبارها ديدن الأفراد و همهم من خلال تبيان طرق تداولها و إنتقالها و تعديلها، لذلك إضطلعت معظم تشريعات العالم بتنظيم طرق إكتساب الملكية و تجريم الإعتداء عليها.

و إنَّ من بين أسباب كسب الملكية أهمية الوفاة ، باعتبارها نهاية طبيعية لأيِّ إنسان ، تتحد في الميراث و الوصية و تلحق بهما حالة مرض الموت لإتحاد العلة ، ذلك أن المرض سبب للوفاة و أن الأمور تلحق بأسبابها.

بيد أن واقعة كسب الملكية بالميراث تنفرد بخصوصية التنظيم السابق لها، فالمشرع إعتبرها موضوعاً أصيلاً من مواضع الملكية ، تجري على أحكامها قواعد الأحوال الشخصية ، لا سيما فيما يتعلق بتحديد الورثة و أنصبتهم في الإرث ، و كون الإنسان وارثاً أو غير وارثٍ أو مستقل بالإرث أو يشاركه فيه غيره .

و إن الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الأول له ، بيَّنت أن الشَّارع الحكيم تولى الميراث و بيَّنه أحسن تبيان ، على هذا الأساس إعتبرت أحكام الميراث من النِّظام العام ، و أنه تبعاً لذلك كانت الخلافة على المال في الميراث تتم بقوة القانون، لا دخل لإرادة المورث أو الوارث فيها ، و من ثمَّ قيل " لا يدخل شيءٌ في ملك الإنسان جبراً عنه سوى في الميراث " .

فالميراث سببٌ للحفاظ على انتقال الملكية الفردية بين مستحقيه ، و إن المال فيه لا ينتقل إلى أجنبي ، بل كثيرة هي الحالات التي يشارك فيها مستحقيه جمع مال المورث ، أو أنَّ فيهم من الصَّغير الذي يحتاج المال لنفقات معيشته و دراسته ، أو من الإناث من هنَّ عاجزات عن العمل ، أو من أسرة تحتاج للرعاية بعد موت معيها لتكون قادرة على بناء المجتمع .

كلها كانت أسباب موجبة لحماية حقوق الوارث ورد التحايل على أحكامه أمام الجهات القضائية المختصة ، فإن حدث ذلك أبيع للوارث التداعي و الطعن في تلك الإتفاقات ، أو التصرفات الضارة بحقه في الإرث ، و هو يستمد ذلك من القانون مباشرة لأن القانون هو من

اختص بتنظيم حقوق الوارث ، ومسألة الموازنة بين حق المورث في التصرف في أمواله حال حياته ، و قيود ذلك ، و متى يُحظر عليه المساس بقواعد الميراث التي هي من النظام العام .
فعلى هذا تبقى نظرة التشريع دائماً تهدف إلى الموازنة بين المصالح ، فمن الإجحاف تقييد حرية الإنسان من التصرف في ماله مطلقاً ، لا لشيء إلا أن له وارثاً محتمل ، إذ أن أغلبية التشريعات و منها تشريعنا أقر حق الشخص في الإيضاء من خلال التصرف المضاف إلى ما بعد الموت ، فحق الوارث في المال يمس بالوصية ، مع أن للوارث إبان حياة مورثه حقاً يتقيد به عن التصرف للوارث الآخر ، أو إلى أجنبي إلا بالقدر المحدد في ذلك دفعا لأي ضرر بالوارث و حقه المحتمل في التركة .

و قد تتاب الإنسان فترة مرض تؤدي به إلى الوفاة حتماً ، تكون سبباً مباشراً و متصلاً للخلافة الإجبارية في مال المورث ، أو يكون في حالة تلحق بمرض الموت ، حتى و لو كان أهل صحة ، تلك في حالة مرض الموت ، كطارئ على حياة الإنسان إذ أن حالة الصحة الأصل ، و المرض إستثناءً . و تبعاً لذلك تنجر آثار قانونية جعلت الشريعة الإسلامية فيها حق الورثة يتعلق بأموال المريض ، و تقيدت تصرفات المريض مرض الموت في هذه المرحلة لإتسامها بالشك و الريبة إضراراً بحق الورثة ، و بهذا يزيد دافع التصرف من المريض في هذه المرحلة بدعوى عفة نفسه للمال و مآثرة حبيب أو قريب له من باب التصدق و طلب الأجر أو لسبب يقدره .

إن الباحث يجد نفسه أحياناً حين التطرق إلى الميراث و الوصية ، أو مرض الموت مقيد بتلك العموميات أو الدراسات العامة للموضوع ، سواء تعلق الأمر بدراستهما كسبب من أسباب كسب الملكية ، أو من خلال التطرق لهم في الأحوال الشخصية ، إلا أن النظرة المنتجة و الدقيقة و تداعيات الجانب العملي ، و نتائج البحوث السابقة لأولئك المختصين ، تقودنا في هذا البحث إلى دراسة حكمة حماية حق الوارث في مال مورثه ، لأهمية بقاء تداول الملكية الفردية بين مستحقيها في وجه تصرف المورث متى إنطوت على الأضرار بهذا الحق .

و إن مجال البحث يتحدد بالوصايا الحكمية التي يآثر الفقه تسميتها بالوصية المستترة من خلال قرينتي التصرف في مرض الموت و التصرف لو ارث مع الإحتفاظ بالحيازة و الإنتفاع بالشيء مدى الحياة المنصوص عليها ضمن المادتين 776 - 777 من القانون المدني ، و يندرج هذا البحث في

الإبطار العام الخاص بالتحايل على نظام الموارث و ليس معنى هذا النظر فيه من زاوية الأحوال الشخصية ، و إنما سنتجه وفق إبطار القانون المدني .

إن التستر المقصود هنا ليس بالتستر المادي أو الصوري بالمفهوم الفني ، و إنما التستر الحكمي الذي أحقه المشرع بالنتيجة بالوصية في حالة المادتين 776،777 من القانون المدني و أخضعه لحكمها.

و بهذا تخرج من إبطار دراستنا الوصية بالمفهوم القانوني الوارد في الأحوال الشخصية ، و ذلك له مجال آخر و زاوية أخرى للنظر و إن كان الأمر يقتضي العودة لها في بعض الأحكام السارية و بالنتيجة أيضاً ما يعرف بالوصية الواجبة - التزويل - و لعل خلفية الأمر تتعلق هنا بمسألة إثبات التصرف و مقصد المتعاقدين ، هذا الأمر الذي عاجله المشرع بقرينتين قانونيتين تسيراً على الأشخاص لرد التحايل على منظومة الميراث .

و لما كانت البحوث العلمية في الميدان القانوني و افتقار المكتبة القانونية لدراسة تسلط الضوء على القانون الجزائري بشكل أدق جعلني ذلك أحدد دراسة الموضوع في القانون الجزائري ، مع أن أصوله تقتضي العودة و فيما يجب لذلك إلى الشريعة الإسلامية ، و ذلك إعمالاً لنص المادة الأولى من القانون المدني و المادة 222 من قانون الأسرة .

إن الدراسة تراعي الجانب العملي للموضوع من خلال النظرة إلى التحليل نظرة نزاع لأن كل تداعي قضائي موجب لتطبيق نص قانوني و يجب في ذلك مراعاة التطور التشريعي للقوانين الواجبة التطبيق في مثل هذه الأحوال أي الفترات الممتدة بين صدور أمر 157/62 الذي يمدد العمل بالقوانين الفرنسية إلا منها مامساً السيادة الوطنية و أمر 58/75 المتضمن القانون المدني لأن القرينتين محل الدراسة سواء قرينة المادة 776،777 من القانون المدني مستحدثين و أن القانون الواجب التطبيق هو قانون الوقائع لا قانون وقت رفع الدعوى إلا ما استثنى بنص خاص .

فإذا كانت التصرفات الكاشفة عن ذاتها تسهل معرفة المساس بحق الوارث من عدمه، كالهبة و الوقف الكاشفين عن ذاتهما، فإن الأفراد أثناء تصرفهم قد يستعملون طريق الصورية من خلال أعمال الخروج بمظهر عقد خلافاً لحقيقة العقد الذي إتجهت إليه إرادة الطرفين، و هو أمر مشروع نظمه المشرع فيما يعرف بأحكام الصورية في التصرفات ، و أجاز الطعن بها متى توافرت شروطها.

إلا أن الأمر الذي يطرح الأشكال و التعقيد حالة ما إذا لم يشكف التصرف عن ذاته ، و عمد المتعاقدان إلى ستره هروبا من أحكام القانون الأمرة بدعوى تعلق نصاب الوصية بالثلث أو قيود التصرف في مرض الموت أو نظام الميراث في حد ذاته و اتصاله بالنظام العام إذ أنه يشيع في العمل إتجاه الأشخاص إلى ستر تصرفاتهم المضافة إلى ما بعد الموت ، أو التي تتم في مرض الموت في شكل تصرفات منجزة تحايلا على القانون أو حتى الإتجاه العمدي إلى حرمان الورثة من حقهم الثابت في الميراث و هو أمر تأباه الشريعة و القانون، و ينبغي التصدي له . من خلال أعمال قرينتي التصرف في مرض الموت و التصرف لوراث مع الإحتفاظ بالحيازة و الإنتفاع مدى الحياة بإعتبارهما وصايا حكمية.

إن الأمر تزيد خطورته حينما يشارك أهل القانون في مخالفته و التحايل عليه ، إذ قد يتصرف الموثق و من خلفه المحافظ العقاري بتصرف مخالف للقانون تماشيا و ما يتطلبه الواقع ، و إرادة الأفراد خلافاً لما يحظره القانون و لو بشكل فني ، و بذلك حال الشهر تمس الملكية العقارية في الصميم و حالة التصرف بالهبة لوارث مع الإحتفاظ بالحيازة و الإنتفاع مدى الحياة ، دليلا قويا على ذلك أو هبة ملكية الرقبة دون الإنتفاع ، لا سيما و أن الجزائر تتجه بخطى ثابتة لتكريس نظام الشهر العيني الذي يتمتع بحجية مطلقة في الإثبات ، و يصعب على الأفراد دحض حججته .

و من أجل الإلمام بعناصر الموضوع و على أساس الموازنة بين شقيه الرئيسيين الأول حماية الوارث ، و الثاني الوصية المستترة قسمنا الموضوع إلى بايين ، إذ الباب الأول قسمناه إلى تبيان وجه الحماية في الوصية و مرض الموت و علاقة كل منهما بالميراث طلبا لحماية الوارث ، و الباب الثاني خصصناه إلى رد التحايل على الوصية بإبراز حالتنا التستر على الوصية بمظهر البيع و البيع في مرض الموت أو التصرف لوارث سواءً بالبيع أو الهبة مع الإحتفاظ بالحيازة و الإنتفاع بالشئ مدى الحياة و ذلك من خلال الخطة التالية :

• الباب الأول :

حماية الوارث في الوصية و من التصرف الصادر في مرض الموت .
و نقسم الدراسة في هذا الباب إلى فصلين :

الفصل الأول :

أساس الحماية في الوصية و مرض الموت .

الفصل الثاني :

التصرفات التبرعية في مرض الموت .

الباب الثاني :

التصرفات الساترة للوصية.

و نقسم الدراسة في هذا الباب إلى فصلين :

الفصل الأول :

تستر الوصية تحت إسم البيع .

الفصل الثاني :

التصرف لوارث مع الإحتفاظ بالحيازة و الإنتفاع بالشئ مدى الحياة .

الباب الأول

حماية الوارث في الوصية و من التصرف
الصادر في مرض الموت

تقسيم :

يعتبر كل من الميراث والوصية سببان لكسب الملكية و بعض الحقوق العينية الأصلية بسبب الوفاة ، و في كليهما تتحقق الخلافة العامة للوارث و خلافة عامة أو خاصة بحسب المال الموصى به للموصى له ⁽¹⁾ ، وقد تنتاب الإنسان فترة مرض تؤدي به إلى الوفاة حتما ، وتكون سببا مباشرا ومتصلا للخلافة الإجبارية في مال المورث ، ومن ثم يثبت الحكم في الخلافة للورثة من وقت نزول المرض ⁽²⁾ وحق الدائنين في مال مدينهم المريض بإعتبار فترة المرض فترة شك وريبة لا يتحكم فيها المريض كما لو كان صحيحا في تصرفاته ، وتنعقد هذه الأخيرة محلا للطعن من قبل الورثة والدائنين ⁽³⁾ .

فالشريعة الإسلامية مصدر قانون الأحوال الشخصية في التشريع الجزائري ، جعلت للوارث إبان حياة مورثه حقا في ماله يتقيد به حق التصرف بالوصية لوارث آخر ، أو بمقدار معين لأجنبي ⁽⁴⁾ ، ولا يظهر هذا الحق إلى الوجود قانونا إلا بعد وفاة المورث فالوصية هي تصرف بالإرادة المنفردة مضاف إلى مابعد الموت بطريق التبرع ، بل إن المشرع أكثر من ذلك لحماية الورثة في تركة مورثهم أقر أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه ، طبقا لنص المادة 2/92 من القانون المدني " ... غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه ، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون " .

(1) د. رمضان أبو السعود ، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، النظرية العامة للإثبات ، الدار الجامعية ، لبنان 1993 ، ص. 308 .

(2) د. سمير عبد السيد تناغو ، عقد البيع ، منشأة المعارف ، الإسكندرية بدون سنة للطبع ، ص. 411 .

(3) أ. عامر وشاد السيد ، تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري مقارنا بالشريعة الإسلامية والقوانين الأخرى ، رسالة ماجستير ،

بن عكنون الجزائر ، ص. 154 .

(4) د. وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني الأردني ، الحقوق العينية الأصلية ، الجزء الثاني ، أسباب كسب الملكية ، ص. 75 .

وكفل للتركة حماية جزائية بتجريمه الإستيلاء على أموال التركة طبقاً لنص المادة 363 / 1 قانون العقوبات التي تنص " يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات و بغرامة من 500 إلى 3000 دج الشريك في الميراث أو المدعي بحق في التركة الذي يستولي بطريق الغش على كامل الإرث أو على جزء قبل قسمته ... " (1)

يبد أن تقييد الوصية في حالة مرض الموت تدفع بالمورث المتصرف إلى ستر تصرفاته في شكل تصرفات منجزة تحايلا على القانون ، أو حتى حرمان بعض الورثة من حقهم الثابت في الميراث. فإذا كانت التصرفات الساترة للوصية (2) محل دراسة في الباب الثاني ، فإنه بموجب الباب الأول نقوم بدراسة تلك الحماية القانونية للوارث التي تمس حقه في الوصية ومرض الموت وأساس ذلك .

وإن المريض مرض الموت وهو يشعر بدنو أجله يفضل أحد الورثة أو أجنبياً فيحاييه بتصرف منجز أو مضاف لما بعد الموت .

وعلى ذلك سنتناول الباب الأول على فصلين رئيسيين هما :

- الفصل الأول : أساس الحماية في الوصية و مرض الموت .
- الفصل الثاني : التصرفات التبرعية في مرض الموت .

(1) أمر 66 / 156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم .

(2) يقرر الأستاذ الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري في مؤلفه أسباب كسب الملكية الجزء التاسع الصفحة 218 حكماً مفاده أن هناك حالتان يحمى فيهما الوارث من الوصايا المستترة و هما : حالة التصرف في مرض الموت ، و التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحيازة و الإنتفاع مدى الحياة و بضيف مستطرداً أن الحماية تمتد حتى للذاتين ، و هو نفس القول إنتهى إليه الشراح و منهم : (د. رمضان أبو السعود في مؤلفه ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ص 194 إذ جاء الموضوع محل الشرح تحت عنوان التحايل على أحكام الوصية . و انظر في ذلك أيضاً د. فرج الصدة ، الحقوق العينية الأصلية ص 829 " بنفس العنوان " ، و أيضاً د. وحيد الدين سوار في مؤلفه الحقوق العينية الأصلية الجزء الثاني ص 76 الذي بين أن هناك قرينتان لسرد التحايل ، و هو نفس الحكم الذي إنتهى إليه العميد السنهوري ، و جاءت به التشريعات العربية و المشرع الجزائري بالذاتين 776 ، و 777 من القانون المدني ، و بهذا أثرنا للموضوع العنوان المعتمد لهذه التبريرات و تبريرات ستكون محل الشرح في المتن ، و نخرج عن هذا من مجال دراستنا الوصية الشرعية سواءً تمت بخط الموصي أو كانت وصية واجبة و التي تعتبر من صميم الأحوال الشخصية شكلاً و حكماً ، و نالت البحث من قبل بعض الباحثين

الفصل الأول

أساس الحماية في الوصية ومرض الموت

باعتبار الوصية تصرف مضاف لما بعد الموت بالتبرع ، و أن مرض الموت هو ما إنتهي بالموت فعلا ، و أنه من بين أكبر الأسباب شيوعا لكسب الملكية الفردية الميراث ، بات الأمر يحتاج إلى حماية تبسط في الوصية و مرض الموت حفاظا على المال الذي سيورث و لما كانت الأمور تلحق بأسبابها إتحد سبب الخلافة في المال بين الوصية ومرض الموت وتقيدت على إثر ذلك حرية المرء في التصرف لصالح الورثة أو تصرفه في مرض الموت ، فردا لتصرفات الأفراد ضد تقييد التشريع لحرية الأيضاء والتصرف في مرض الموت بإعتباره المرض الأخير والموجب بالنتيجة للخلافة في المال بالميراث وجب البحث في أساس الحماية في الوصية و مرض الموت لصالح الوارث⁽¹⁾.
وعليه نتناول هذا الفصل في مبحثين كالتالي :

المبحث الأول : أساس حماية الوارث في الوصية .

المبحث الثاني : أساس حماية الوارث في مرض الموت.

(1) ...مثل التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ، الوصية و الوقف و منحصر بدراسة الوصية المستترة الماسة بنظام الميراث تقيداً بالعنوان ، لأن التحايل على نظام الميراث قد يحس الوقف أو نظام الحبس في غياب مادة صريحة في قانون الأسرة أو القوانين الخاصة بالأوقاف تأخذ بمذهب معين في هذا الإطار ، وقد بينت ذلك : د زواوي فريدة . في مقال لها بمجلة الموثق ، العدد 5 لسنة 1998 ص 39 . (يعتبر الوقف الخاص كما هو منصوص عليه حاليا تشجيعا للتحايل على نظام الميراث وهذا أمر غير مقبول ، فلا بد من تعديل النصوص القانونية لاستبعاد منظومة التحايل ، فقد جعل الله لكل شخص نصيبا ثابتا من التركة ، ولا يجوز للشخص أن يتصرف ، تصرفا مضافا لما بعد الموت إلا في حدود الثلث أما ما جاوز ذلك فيتعلق بحق الورثة به) . و إن كانت أحكام الوصية الشرعية بالمفهوم الوارد بالمواد 184 حتى المادة 201 من قانون الأسرة و القوانين المتعلقة بها تحدد القدر الموصى به بالثلث و تفرق بين قيامها و انعقادها للوارث أو للأجنبي فإن التشريع يدعم هذه الحماية بحكم القريبتين 776 و 777 من القانون المدني و يجعلها تأخذ بحكم الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى للتصرف .

المبحث الأول

أساس حماية الوارث في الوصية

من الثابت فقها أن الوصية تصرف حال الحياة نافذ بعد الوفاة، وإنَّ الورثة يخلفون مورثهم في ماله وقد يكون من الوارث الذي عاون وناصر الميت حتى كاد أن يكون شريكا في تكوين المال وحمايته⁽¹⁾، ومن ثمَّ وجب لحماية الوارث من خطر التصرف بالوصية سواء تمت للوارث أو لأجنبي، من آليات تشريعية تستند إلى أسس علمية وعملية تحقق المصلحة بين الأفراد، سيما وأن المتصرف يَحتمل وارثاً بعد تصرفه وأن الوفاة نهاية طبيعية له⁽²⁾.

نقسم المبحث إلى مطلبين هما :

المطلب الأول : ماهية الوصية .

المطلب الثاني : تقييد حرية الإيضاء .

(1) أ. زهدور محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب 1991 - الجزائر - ص 09.

(2) ورد تصنيف لأقسام الوصايا في شرح للدكتور بلحاج العربي مفاذه : "... تنقسم الوصية إلى خمسة أقسام هي: " الواجبة، الندوبية، المباحة، المكروهة و المحرمة " و قدم في الوصيتين - المكروهة، المحرمة - علة في منع الإضرار بالورثة، و استدل من الناحية الشرعية بقوله تعالى : (... من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار وصية من الله و الله عليم حلیم) . [سورة النساء الآية 12] و جاء في الحديث قوله عليه الصلاة والسلام أنه : " الإضرار بالورثة من الكبائر " رواه الدارقطني . و لعل هذا التقديم يؤسس تقسيمه للوصايا من الناحية الشرعية على أساس حماية الوارث ذلك أن الوارث بالمفهوم القانوني و الشرعي يمس في استخلافه للمال بالوصية أو بالوصايا المستترة محل الشرح . - أنظر في ذلك - د. بلحاج العربي الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني - الميراث و الوصية - ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1994 ص 239 .

المطلب الأول : ماهية الوصية

أولاً : تعريف الوصية و مشروعيتها

تعد الوصية من أصل الأحوال الشخصية رغم التنظيم العام الوارد في القانون المدني. بموجب أحكام المواد 775-777 منه ، بإعتبارها سبباً من أسباب كسب الملكية .
و رغم ذلك فإنَّ المشرع لم يواكب التشريعات الأخرى التي أفردت مدونة خاصة للوصية ، كما فعلت بعض التشريعات الأخرى كالمشرع المصري الذي نظمها من خلال قانون الوصية ، و فصلها بذلك عن مدونة الأحوال الشخصية⁽¹⁾ .

1. تعريف الوصية :

1.1 التعريف الفقهي للوصية :

يعرف ابن عابدين الوصية على أنها : " تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق الترع " ، وعرفت بأنها : " عقد خاص مضاف إلى ما بعد الموت "⁽²⁾ .
وعرّفها الدكتور علي علي سليمان بأنها : " تصرف في التركة يضاف إلى ما بعد الموت " وهو تعريف شامل : إستخدم فعل " يضاف " بدلاً من كلمة " مضاف " التي إستعملتها تشريعات عديدة ومنها الجزائري مؤكداً بذلك على الأثر المستقبلي لنفاذ الوصية .

2.1 موقف قانون الأسرة :

لا يتعد تعريف قانون الأسرة الجزائري للوصية عن التعريفات الفقهية أعلاه ، إذ عرفها بموجب نص المادة 184 من قانون الأسرة التي تنص : " الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق الترع "⁽³⁾ ، و أما المشرع المغربي فقد عرفها بالمادة 173 منه بـ : " الوصية عقد يوجب حقاً في ثلث مال عاقده يلزم بموته " ، و لعل مشرعنا كان أدق من نظيره المغربي و لم ير في الوصية بأنها عقداً بل أكد أنها تصرف في التركة بالإرادة المنفردة .

(1) قانون الوصية المصري الصادر بالقانون رقم 71 سنة 1946 .

(2) أ. زهدور محمد ، المرجع السابق ، ص30 .

(3) القانون 11/84 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق لـ 12 جوان 1984 ، المنشور بقانون الأسرة ، جريدة رسمية 24 لسنة 1984 ص 10

2. مشروعية الوصية :

ثبتت مشروعية الوصية من الكتاب و السنة و بإجماع الصحابة و التابعين .

1.1. مشروعية الوصية في الكتاب و السنة :

استدل العلماء على مشروعية الوصية بقوله تعالى : (... كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت ، إن ترك خيراً الوصية للوالدين و الأقربين بالمعروف حقاً على المتقين ...)⁽¹⁾ ، و قوله تعالى : (... من بعد وصية توصون بها أو دين ...)⁽²⁾ .

أما من السنة الشريفة نستدل بقوله عليه الصلاة و السلام : " إن الله تعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم ، فضعوه حيث شئتم " ⁽³⁾ و ما روي عن عبد الله ابن عمر عن الرسول الكريم إنه قال : " ما حق امرء مسلم بييت ليلتين و له شيء يريد أن يوصي به إلا و وصية مكتوبة عند رأسه " ⁽⁴⁾ .

2.2. إجماع الصحابة :

أجمع علماء الشريعة الإسلامية على جواز الوصية و شرعيتها في كل الأزمنة في حدود الثلث ، و ثبت عن عمر ابن الخطاب أنه يكتب وصيته و يأتمنها كلما عقد السفر ، و يتسلمها من مؤتمنها حين عودته .

3.3. المصلحة في مشروعية الوصية :

بالوصية يتدارك الإنسان ما فاتته من واجبات ، و قد تقام للموصي لهم من الفقراء و اليتامى و المساكين لتكون لهم عوناً مالياً في الحساة ، و قد تصل لأن تكون مبعث صلة للأقرباء الذين لا يرثون ، بشرط أن تقيد بالثلث لأن الخلافة في المال تولت بالتنظيم و التوزيع العادل من الشارع ، و من ثم كان أمر الثلثان مرتبطاً بذلك و حقّ للوارثين يتقيد فيهما الشخص المتصرف بالتصرف المضاف إلى ما بعد وفاته⁽⁵⁾ ، و هو مبعث احتياط القانون في حماية حقوق الوارث .

(1) سورة البقرة الآية 180 .

(2) سورة النساء الآية 12 .

(3) رواه ابن ماجة و البزار .

(4) بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، الجزء الثاني . ص 328 .

(5) الإمام محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، دار الفكر العربي 1988 . ص 10 .

ثانياً: أركان الوصية و شكلها

1. أركان الوصية :

لا شك أن الوصية تصرف من جانب واحد وبالإرادة المنفردة للموصي ، فهي بذلك تتطلب الإيجاب كركنٍ وحيدٍ لها ، وعليه فهي تختلف عن العقود التي تتطلب تطابق الإيجاب والقبول كالهبة ، رغم أن آراء الفقه الإسلامي لم تتفق في تعريفها و فيما يعد ركناً للوصية و ما يعد شرطاً لزوم لها ، و الأرجح عندهم ركن الصيغة ، و قال زُفر و هو من الأحناف : " أن ركن الوصية هو الإيجاب فقط " ، و إن الفقه الوضعي و من ذلك الأستاذ علي علي سليمان يرى أن الوصية : " ... تتعقد عند صدورها من الموصي... " (1) .

إلا أن من الفقهاء من يخالف هذا الرأي الأخير و يرى بأن القبول يثبت الملكية للموصى له جبراً عنه ، مع أن هذا الأمر لا يكون إلا في الميراث كما و أن للموصى له حق ردّها ، غير أننا نرى بأن القبول في الوصية لا يعني ارتقاءها إلى مصاف العقود بالمعنى الفني ، و إنما القبول يكون لتثبيت الملكية لا غير (2) .

إن مقصد الإيجاب هو التعبير البات النهائي الذي يقصد به صاحبه إحداث أثر قانونياً (3) ، و على هذا فالوصية تتعقد بالإيجاب ، و يستطيع الموصي أن ينشأ وصيته بالقول أو بالإشارة أو بإتخاذ موقف صريح لا يدع مجالاً للشك ، إلا أنها تسلّزم حسب طبيعتها أن تكون مضافة إلى أجل يتحقق بموت الموصي ، و بهذا كانت الوصية إستثناءً من الحكم القاضي ببطلان التعامل في التركة المستقبلية على أساس أنها تتعقد صحيحةً بإيجاب الموصي ، و لا يقف نفاذها إلا على وفاته ، و بهذا كان واجب التحليل فيها بالنظر إلى حق الوارث في خلافة مورثه و بين ما هو مقرر قانوناً من أن التعامل في التركات المستقبلية باطل قانوناً .

(1) أ. زهدور محمد ، المرجع السابق ، ص 64 .

(2) إن هذا الحكم يخالف نص المادة 173 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية : " الوصية عقد لا يوجب حفا في ثلث مال عاقده يلزم بموته " ، و ملاتتهت إليه بعض أحكام و قرارات القضاء الجزائري التي تغلط أحياناً في المفهوم التقني للوصية باعتبارها تصرف بالإرادة المنفردة ، و بالتالي ليست بعقد و لكل آثاره و من ذلك ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها " ... إن تطبيق نصوص قانون الأسرة لا يضر ما دام هذا النص مطابقاً للشريعة الإسلامية التي كانت مطبقة وقت إبرام عقد الوصية ، و إن نصوص قانون الأسرة ليست منشئة لأحكام جديدة لم تكن مطبقة وقت إبرام عقد الوصية ، فهذه مجرد تكريس لأحكام الشريعة الإسلامية في تقنين يسهل العمل القضائي " . قرار رقم 75598 بتاريخ 1991.02.24 المجلة القضائية العدد 2 لسنة 1993 ، ص 65 .

(3) د. أنظر في معنى الإيجاب و القبول علي علي سليمان ، مصادر الإلتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الثالثة ، سنة 1993 ، ص ص 40 ، 70 .

2. شكل الوصية :

تكيف الوصية على أنها تصرف من جانب واحد ، وهي بهذا المعنى ليست عقداً ، لأنَّ إنعقادها لا يتوقف على قبول الموصى له باعتباره شرطاً لزوجها ، فالوصية تصرف رضائي أما شكل الإثبات فلم يرد بشأنه نص قانوني خاص قبل صدور قانون الأسرة ، فالشريعة الإسلامية لا تحدد شكلاً خاصاً بالوصية وإنما تقرر حرية الإثبات فيها بما في ذلك البيّنة و القرائن⁽¹⁾ ، ومع ذلك دفعا لأي إشكال عملي موجب لتطبيق نص قانوني على نزاع قضائي ، وجب أن تراعى الفترات التاريخية لصدور القوانين الجزائرية في هذا المجال .

1.2. إثبات الوصية قبل صدور أمر 91/70 المتعلق بالتوثيق⁽²⁾ :

لقد صدر الأمر 157/62⁽³⁾ و مدد العمل بالقوانين الفرنسية إلا ما مسَّ السيادة الوطنية ، ومن ثم بقي القانون المدني الفرنسي مطبقاً في العلاقات المالية بين الأفراد ، وإنَّ هذا القانون في حد ذاته يوكل أمر الأحوال الشخصية بالشريعة الإسلامية السارية بين الجزائريين حتى قبل 1962⁽⁴⁾ ، و بما أن الوصية كانت من موضوعات الأحوال الشخصية سرى على حكم إثباتها ، ما جاءت به الشريعة الإسلامية و قد أيد القضاء الجزائري ذلك ، إذ جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي : " من المقرر في الشريعة الإسلامية أن الوصية لا تخضع لأي صيغة شكلية و أنه يمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات"⁽⁵⁾

(1) د. مصطفى محمد الجمال ، نظام الملكية ، منشأ المعارف الإسكندرية . القاهرة دون سنة للنشر .

(2) أمر 91/70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن تنظيم التوثيق ، جريدة رسمية 10 لسنة 1970 ألي و استحدثت قانون خاص بالتوثيق هو القانون 27/88 المؤرخ في 12 يوليو 1988 ، جريدة رسمية 28 لسنة 1988 .

(3) أمر 157/62 المؤرخ في 1962.12.31 ، بمدد العمل بالتشريعات الفرنسية إلا منها ما مسَّ السيادة الوطنية .

(4) جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي : " إن المجلس أخطأ في تطبيق القانون و مخالف مبادئ الشريعة الإسلامية و ذلك أن الموصي رجل مسلم و جزائري و تطبق عليه أحكام الشريعة الإسلامية في الجزائر حتى في العهد الفرنسي سنة 1952 ، و أن شرط تطبيق القانون الفرنسي هو شرط ملغى لأنه مخالف للشريعة الإسلامية و تصح وصيته في حدود ثلث التركة طبقاً للشريعة الغراء " - أنظر القرار 63219 العدد 2 لسنة 99 ، ص 80 .

(5) قرار محكمة العليا - الغرفة المدنية - مؤرخ في 1969.04.30 بمجموعة الأحكام الجزء الأول نشرة القضاة ص. 211 .

و هناك من يرى بأن الوصية المنصبة على عقار يجب أن تتم في الشكل الرسمي لأن إنتقال الملكية للموصي تتوقف على عملية الشهر ، وأنه لا شهر إلا على المحررات الرسمية فقط إذ تنص المادة 61 من المرسوم رقم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري على ما يلي : " كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي " (2) . وفي كل الأحوال فإن المادة 15 من الأمر 74/75 جاءت بإستثناء ونصت على أن نقل الملكية عن طريق الوفاة ينقل الحقوق للورثة والموصى لهم بدون حاجة إلى إجراء شكلي ، وأن القيد لا يؤدي دوره المنشئ للحقوق أو الناقل لها، ولكن المشرع إشتراط على كل وارث أو موصى له قيد حقه كلما أراد التصرف فيه وذلك من خلال إستصدار شهادة رسمية طبقاً للمادتين 39 ، 62 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري (2) .

3.2. إثبات الوصية في ظل قانون الأسرة :

تنص المادة 191 من قانون الأسرة على ما يلي : " تثبت الوصية :

1. بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك .
 2. وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ويؤشر به على هامش أصل الملكية" .
- بناءً على هذا النص فإن إثبات الوصية بين الأطراف لا تتطلب شكلية معينة للإنعقاد كما هو ثابت في البيوع العقارية أو الهبات ، و لكن تثبت صحيحة و لو بورقة عرفية و أنه للإحتجاج بها على الغير يجب أن ترفع دعوى لإثباتها بعد وفاة الموصي لا سيما إذا ما تمت على عقار على أساس أنها من العادة أن تأتي تسراً (3) ، و إن الفقرة 2 من هذه المادة تعطي إثبات الوصية بحكم قضائي بوجود المانع القاهر و رفض ورثة الموصي المثول لإرادته و هو الغالب في العمل و بهذا يلجأ الموصي إلى القضاء مطالباً بإثبات وصيته ، و عادة ما يتم إجراء تحقيق و سماع الشهود لتثبيتها (4) .

(1) المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 يتضمن تأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية 30 لسنة 1976.

(2) د. زواوي فريدة، المرجع السابق ، ص 39.

(3) و من الناحية العملية يؤشر على هامش أصل الملكية السابقة على العقار الموصى به أمام المحافظة العقارية التي يقع بدائرة إختصاصها العقار.

(4) قضت المحكمة العليا في قرار لها : " إن فضاة المجلس لما فوض بصحة الوصية و ثبوتها للمستأنف بالرغم من كون الموصي قد تراجع عنها بموجب

وكالة رسمية حررها لابن عمه لبيع ممتلكاته العقارية قد أخطأوا بقضائهم في تطبيق القانون " ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار رقم 54727 بجلية

قضائية 91/4 . ص. 58 .

المطلب الثاني : تقييد حرية الإيضاء

لما كانت الوصية تصرف مضاف لما بعد الموت ، و هي مساسٌ في الصميم بالتركة التي ستؤول إلى الورثة المحتملين ، فإنَّ المشرع رغبةً منه في الحفاظ على هذا الحق و حمايةً للورث من خطر التصرف بالوصية ، خاصة إلى ما تمت للوارث و عملاً بأحكام الشريعة الإسلامية قيد من حرية الإيضاء ، إلا أنَّ التركة قد تُمسُّ من قبل المورث بأيُّ تصرف آخر ، كالهبة التي تنجز حال حياة المورث ، غير أنَّ أسباب التقييد تختلف من الوصية إلى الهبة⁽¹⁾ و نبيِّن أبعاد هذه المسألة في نقطتين تتعلق الأولى بإطلاق الهبة و تقييد الوصية ، و الثانية ما أساس تقييد الوصية و لمصلحة من قيدت ؟ ، كما يلي :

أولاً : إطلاق الهبة و تقييد الوصية .

1. إطلاق الهبة .

2. تقييد الوصية .

ثانياً : علة تقييد الوصية .

1. الوصية تمليك مضاف لما بعد الموت .

2. منع الإضرار بالورثة .

(1) ورد تعليق مشترك بين الأستاذين بلخير سعيد و بلخير نصيرة ليلي حول حرية الإيضاء و التركة بين أحقيتها للوارث و مسألة المساس بها ببعض التصرفات التي يجرها المورث حال حياته لا سيما التصرف بالوصية ما يلي : " ... إنَّ الشريعة الإسلامية جعلت حدين للوصية و هما :

الأول يتعلق بتحديد حق الوصية بالثلث لصالح الموصى له و الوارث .

الثاني يتعلق بتحريم الجمع بين صفة الوارث و الموصى له .

و أردفا فافلان : " كما يضاف إلى ذلك تصرف آخر يؤثر على تفويض التركة و هو الجوس " . و أهل كما هو واضح أن هذه التصرفات تشترك في كونها تصرفات تضاف لما بعد الموت مما يطرح أمر المساس بالتركة ، و أن التركة تتلزم مع الميراث وجوداً و عدماً - أنظر في ذلك - الأستاذين بلخير سعيد و بلخير نصيرة ليلي ، التركة، القسمة ، بيع العقار المشاع ، زكريا للمنشورات القانونية ، الجزائر ، الطبعة الأولى 1992 ، ص. 15 .

أولاً : إطلاق الهبة و تقييد الوصية .

1. إطلاق الهبة :

1.1. الهبة تصرف منجز حال الحياة :

تعرف الهبة في الفقه الإسلامي على أنها : " تملك المال في الحال مجاناً " ، و عرفت على أنها : " تملك المال بلا عوضٍ حال حياة المالك ⁽¹⁾ " ، و يخرج بذلك تملك المنفعة مطلقاً و التملك بعوض ، فالهبة تنعقد بالإيجاب و القبول و تعتبر نية التبرع ميزة خاصة بها تتميز بها عن بقية العقود الأخرى ، و قد تطرق المشرع لها في قانون الأسرة من خلال الفصل الثاني بعنوان الهبة من الكتاب الرابع الخاص بالتبرعات (الوصية ، الهبة ، الوقف) .

و عرفت المادة 202 من قانون الأسرة على أن : " الهبة تملك بلا عوض و يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف على إنجاز الشرط " ، و كرست المادة 205 من نفس القانون مبدأ إطلاق الهبة إذ نصت : " يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءاً منها عيناً ، أو منفعة أو ديناً لدى الغير " ، و بهذا تميزت الهبة عن الوصية من الأوجه التالية :

أ. الهبة عقد يتطلب الإيجاب و القبول طبقاً لما هو منصوص عنه بالمادة 206 من قانون الأسرة : " تنعقد الهبة بالإيجاب و القبول و تتم بالحيازة مع مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات و الإجراءات الخاصة في المنقولات ، و إذا احتل أحد القيود السابقة بطلت الهبة ، أما الوصية فليست بعقد بل هي تصرف بالإرادة المنفردة للموصي طبقاً لما هو منصوص عنه بالمادة 184 من نفس القانون . "

ب. الأصل أنه لا رجوع في الهبة إلا في حالة تعرف عند فقهاء الشريعة الإسلامية ب : " إعتصار الهبة " ، و كرستها المادة 211 من قانون الأسرة : " للأبوين حق الرجوع في الهبة ... " و اتخذت المحكمة العليا موقفاً صريحاً في ذلك إذ أقرت أن : " ... الهبة تنعقد و تصح بمجرد القبول و القبض ، على أن الحيازة من شروط الكمال ، إلا أنه يجوز للأب لإبنه الصغير الذي في ولايته و للكبير السفيه ، كما يجوز للأب الإعتصار لولده فيما وهب له ، كما ورد في بداية المجتهد ⁽²⁾ . "

(1) د. جمال الدين طه العاقل ، مجلة الأمن و القانون كلية الشرطة ، دبي ، الإمارات العربية المتحدة ، 1998 ، ص. 15 .

(2) قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية 26990 مؤرخ في 1982.02.22 ، نشرة القضاة عدد خامس 1982 ، ص. 273 .

أما الوصية فإنه يجوز الرجوع فيها حال حياة الموصي ، إذ نصت المادة 192 : " يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمناً ... " .

ج. تنعقد الهبة و تثبت رسمية و تتم بالحوز تحت طائلة بطلانها طبقاً للمادة 206 من قانون الأسرة ، أما الوصية فالرأي الراجح أنها تثبت بكافة وسائل الإثبات ، تبعاً لخصوصيتها رغم اتجاه المشرع إلى ترسيمها بموجب المادة 191 من قانون الأسرة⁽¹⁾ .

2.1. خطورة التصرف بالهبة :

تكيف الهبة في مقدمة العقود الإحتفائية ، و فيها تفتقر ذمة الواهب و تثرى ذمة على حساب ذلك ، و من ثم شدد المشرع في انعقادها و اشترط فيها أهلية التبرع ، و قبود بينها بالمواد 203 إلى 210 من قانون الأسرة ، و جاء في قرار المحكمة العليا ما مفاده : " ... من المقرر فقهاً و اجتهاداً أنه يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل و إن وقع تصرفه أثناء مرض الموت... " ⁽²⁾ ، إلا أن خطورة التصرف بالهبة على مال المتصرف الذي يضحى مورثاً بعد وفاته ، قد يحمل بعض الفقه إلى القول بتقييد الهبة قياساً على الوصية ؟ .

ذهب رأي من الفقه مدعماً ببعض أحكام القضاء اللبناني إلى تطبيق نصاب الوصية على الهبة بطريق القياس ، إعتماً على نص المادة 512 من قانون الموجبات اللبناني التي تنص : " لا يصح أن تتجاوز الهبة حد النصاب الذي يحق للواهب أن يتصرف فيه " ⁽³⁾ ، و ذهب الرأي الثاني و هو الراجح آخذاً بالقاعدة الشرعية التي تحيز التصرف بطريق الهبة خارج مرض الموت دون تقييد التصرف ، و قد قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها " ... إن التصرفات المنجزة الصادرة من المورث في حال صحته تعتبر صحيحة و جائزة شرعاً ، ولو ترتب عليها حرمان الورثة كلهم أو بعضهم من الميراث أو المساس بأنصبتهم فيه " ⁽⁴⁾ .

(1) د. بلحاج العربي، الميراث و الوصية . المرجع السابق ، ص. 246 .

(2) ما يلاحظ أن المحكمة العليا في هذا القرار اتخذت موقفاً صريحاً في التفرقة بين الدفوع بمرض الموت ، و الدفوع بسلامة عقل المتصرف بما في ذلك الدفوع بعبوب التراضي . أنظر قرار المحكمة العليا " غرفة الأحوال الشخصية " برقم 41111 ، مؤرخ في 1986.05.05 (غير منشور) ، مشار إليه بمرجع د. بلحاج العربي ، مبادئ الإحتجاج القضائي ، المرجع السابق ، ص. 197 .

(3) د. عبد النعم فرج الصدة ، الحقوق العينية الأصلية ، دراسة في القانون اللبناني و القانون المصري ، دار النهضة العربية بيروت ، ص. 830 .

(4) د. عبد الحيد الشواربي ، أحكام التركات في ضوء القضاء و الفقه ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، القاهرة ، الطبعة 1990 ، ص. 165 .

و لعلَّ الهبة لو ارث دون وارثٍ آخر تحمل معنى تفضيل بعض الورثة على آخرين ، و أنَّ مقصد الفقه الإسلامي بإعتباره مصدراً أصيلاً للهبة في تشريعنا يسوي بين الأولاد في العطيّة ، فعند المالكية ، الأحناف و الشافعية يستحبُّ أن يسوي بين الأولاد في العطيّة ، لقوله عليه الصلاة و السّلام : " سووا بين الأولاد في العطيّة و لو كنت مؤثراً لأنثرت النساء على الرجال " ، و علّة هذا التقديّم هو حرمان بعض الورثة من الاستفادة بالأموال التي كانت ستؤول إليهم بالميراث ⁽¹⁾ .

اعتماداً على ما سبق لا تتقيّد حرية التصرف بالهبة إلا في مرض الموت ، و على ذلك فالشخص كامل الأهلية صاحب المال له أن يهبّ من المال ما يشاء ، حتى و لو جرّد أولاده من احتمال استحقاقهم للميراث ، إذ الثابت أنه لا ميراث إلا بعد واقعة الوفاة ، و مع هذا لا تصل حرите إلى تقسيم تركته حال حياته ⁽²⁾ ، و من ثمّ لا يبقى للوارث صاحب المصلحة إلا أن يدّعي بأحكام الحجر ، أو السفه ، أو أي داعٍ قانونيٍّ آخر يبطل التصرف متى توافرت شرائطه ، أو أن يثبت أن مورثه عند قيامه بالهبة كان مريضاً مرض الموت ، بهذا تتقيّد هبته لصالح الوارث الطاعن ⁽³⁾ .

و مع هذا تعتبر الشكلية و عينية عقد الهبة صفتان و ضمانتان تخول الواهب نفسه، و الورثة من خلال سهولة علمهم و إحاطتهم بها ، من تبصر من مغبّة إقدامه عليها لأنها تحمل ما تحمل من معنى تجريد الوارث من مالٍ كان سيؤول إلى التركة ⁽⁴⁾ .

(1) د.زواوي فريدة ، المرجع السابق ص.39

(2) إن المورث حال حياته لا يستطيع أن يقوم بقسمة تركته شخصياً على وراثته لأن في ذلك مخالفة للمادة 127 من قانون الأسرة ، و عرق لأحكام الشريعة الإسلامية ، و أنه تبعاً لذلك و باعتبار الوصية تملك مضاف لما بعد الموت فإنها لا تخرج من التركة إلا بعد وفاة الموصي ، و هي مقدمة على التركة ، قد قضت المحكمة العليا في قرار لها : " من المقرر قانوناً أن الوصية هي تملك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع ، و هي مقدمة على التركة ، و لما كان النزاع الحالي يتعلق بقسمة التركة ، و قد أثار أحد الأطراف أثناء الدعوى دفعا يتعلق بوجود وصية ، فإن قضية الموضوع كانوا ملزمين بمناقشة ذلك ، استناداً للدلائل المقدمة لهم لإثباتها أو نفيها و لا يمكن أبداً القول بأنها نفذت مع القسمة في حياة المورث لأن في ذلك عرق للقانون و لأحكام الشريعة الإسلامية مما يعرض قضائهم للإبطال . " — أنظر أكثر في ذلك قرار الغرفة الأحوال الشخصية ، 116375 مورخ في 1995.05.02 المجلة القضائية العدد 1 سنة 1996 ، ص.108 ، هذا و مما يشع في العمل قيام الورث بقسمة تركته حال حياته بين أولاده ، و يستعمل في ذلك بتصيحة الموثق الظهور بمظهر البيع أو الهبة و أنه لا أدل من مُدرِّس الولد المشتري أو الموهوب له أو احتفاظه بالحيازة و الإنتفاع مدى الحياة من تاريخ إبرام العقد كقرائن دالة على حقيقة و كنه التصرف

(3) إن الأحكام المنه بها في هذه الفقرة هي ما تعلق بالمادة 101 من قانون الأسرة و ما بعدها الخاصة بالحجر ، الذي يجب أن يكون بحكم قضائي مع الاستعانة بأهل الخبرة

(4) أ.أديب اسطنبولي و آخرون ، التقنين المدني السوري ، الجزء الخامس ، الطبعة الثانية ، المكتبة القانونية دمشق 1994 ، ص.4287 .

2. تقييد الوصية :

يوصف الوصية تصرفاً في التركة مضافاً لما بعد الوفاة ، فيها تتحقق الخلافة في المال بالوفاة ، اقتربت من الميراث كسببٍ لكسب الملكية و فارقت من حيث الاختيار ، إذ الشارع الحكيم لما نظم الخلافة في المال بالميراث تولاهما بالتوزيع العادل ، ونظم أمر الخلافة بالوصية و ترك للشخص التصرف بعد وفاته في الثلث فقط ، أما الثلثان فهو مقيّد فيهما من التصرف ، و إنَّ تشريعنا اعتمد نفس الإجماع بموجب المادة 184 و ما بعدها من قانون الأسرة ، و على هذا النحو سار القضاء الجزائري مطبقاً لها⁽¹⁾ ، و لعلّ تقييد الوصية بهذا الإحكام يتغني المشرع من وراءه حكمةً يجب أن نبينها فيما يلي :

ثانياً : علة تقييد الوصية

1. الوصية تملك مضافاً لما بعد الموت :

القوانين العربية و القانون الجزائري استمدت أحكام الوصية من الشريعة الإسلامية في اختلاف طفيف في بعض الأحكام ، فحرية الإيصاء مقيّدة من ناحيتين بحسب الشخص الموصي له ، فإن كانت للأجنبي لا تنفذ إلا في حدود ثلث التركة و ما زاد على الثلث توقف على إجازة باقي الورثة ، فتتص المادة 185 أسرة " تكون الوصية في حدود ثلث التركة و ما زاد على الثلث توقف على إجازة باقي الورثة " ، أما إذا تمت لوارثٍ فإنها لا تجوز حتى في الثلث ؛ و تنص المادة 189 أسرة " لاوصية لوارثٍ إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي " ، غير أنّ بعض التشريعات العربية خالفت المشرع الجزائري ، و أجازت للوارث في حدود الثلث و منها المشرع المصري و العراقي ، و يورد الدكتور وحيد الدين سوار في تسويغ هذا العمل قائلاً : " و حسناً ما فعلا هذين القانونين في إقرار الوصية للوارث نظراً لإعتبارات عديدة تسوغ هذا الإقرار ، ذلك لأنّ الوصية للوارث تارةً تحمي مصلحة الموصي نفسه ، و حيناً تحمي مصلحة الوارث ، و طوراً تتجاوز هاتين المصلحتين لتبسط حمايتها على الأسرة بكاملها ، و هذه المصالح كلها جديرة بالرعاية⁽²⁾ .

(1) د. مصطفى محمد جمال ، المرجع السابق ، ص. 404 .

(2) د. وحيد الدين سوار ، المرجع السابق ، ص. 76 .

و على نقيض ذلك تماماً أورد الإمام محمد أبو زهرة رأياً في جواز الوصية للوارث ، و اعتبره " مبدأ خطير " و انقلاباً على نظام التوريث الإسلامي ، لأن أساسه تقسيم الشارح التركة بين الورثة ، و قد أعطى للمورث الثلث يعطيه من شاء من غير الورثة ، فإذا جاء المورث و أعطى هذا و منع بعطائه ذلك ، فقد غاير قسمة الشارح ، و زاد بعض الأنصبة و نقص أخرى⁽¹⁾ ، و بما أن أحكام الوصية مستسفاة جلها - كما تقدم - من الفقه الإسلامي ، كان مردُّ الخلاف في جواز و عدُّم جواز الوصية للوارث في تفسير الآيات و اعتماد الأحاديث على رأيين :

الرأي الأول : جواز الجمع بين الوصية و الميراث للوارث

و هو رأي الحنفية و الشافعية و الحنابلة غالباً اعتماداً على تفسير قوله تعالى : (... كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين و الأقربين بالمعروف حقاً على المتقين)⁽²⁾ .

و ذكروا أن هذه الآية غير منسوخة بأية الموارث ، و قد جاء لأبي مسلم الأصفهاني قوله : " ... إن هذه الآية غير مخالفة لآية الموارث و معناها كتب عليكم ما أوصى به الله تعالى من توريث الوالدين و الأقربين " ، من قوله تعالى : (... يوصيكم الله في أولادكم ...) أي كتب على المحتضر أن يوصي للوالدين و الأقربين بتوفية ما أوصى الله به لهم ، و أن لا ينقص من نصبتهم فالوارث جمع له بين الوصية و الميراث بحكم الآيتين .

و من جهة أخرى يستمد من قوله صلى الله عليه و سلم " ألا لا وصية لوارث إلا أن يجيزها الورثة " ، فقوله " ... إلا أن يجيزها الورثة " إستثناء من النفي فيكون ذلك دليل على إجازة الوصية للوارث إذا أجازها الورثة⁽³⁾ .

(1) الإمام أبو زهرة شرح قانون الوصية ، المرجع السابق ، ص. 63 .

(2) سورة البقرة [الآية 180]

(3) الإمام محمد أبو زهرة نفس المرجع ، ص. 64 .

الرأي الثاني : ليس للوارث الحق في الوصية

المالكية و المشهور عندهم أنَّ الوصية باطلة للوارث فلو صحَّ وأن أوصى للوارث ولغيره صحَّت لغير الوارث و بطلت وصية الوارث فقط⁽¹⁾، غير أنَّ هناك رأيً ثانٍ يرى في الوصية أنَّها صحيحة متوقفة على إجازة باقي الورثة ، وفي ذلك قال ابن القصار و ابن العطار و هما من المذهب المالكي، و بهذا الرأي أخذ المشرع الجزائري ، فنصت المادة 189 من قانون الأسرة " لا وصية لوارثٍ إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي "، و يذهب جانب من الفقه الإسلامي إلى إبطال الوصية مطلقاً إذا ما تمت للوارث ، و لا تصححها إجازة الورثة بعد وفاة الموصي ، سواء كان الوارث ذا صفة عند الوصية أو عند الموت فالأمر سيان في حكم بطلانها ، و بهذا قال ابن حزم⁽²⁾.

و قدّم في ذلك الأستاذ محمد الزفزاف تبريراتٍ و اعتباراتٍ تبرر بطلان الوصية للوارث و تقيد بذلك أكثر حرية الإيضاء له من حيث الأسس التالية :

1. لما كان الميراث محدد من عند الله سبحانه وتعالى ، فهو الذي تولى تقسيمه وتبينه و حدد لكل وارثٍ نصيبه الشرعي ، و أنه و إن جاء فرض الوصية للوالدين و الأقربين بقوله تعالى : (... كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين و الأقربين) ؛ فقد ثبت في موضعها قوله عليه الصلاة و السلام : " لا وصية لوارث " ، وهذا لا يعني التعارض بين الآية و الحديث لسмо المصدرين عن ذلك بل أن الحديث متأخر عن الآية و نقل ذلك عن الشافعي في أن الحديث جاء بعد آية الموارث إذ فيه " إنَّ الله قد أعطى كل ذي حقٍ حقه ، ألا لا وصية لوارث "⁽³⁾.

2. إنَّ الحديث قد جاء فيه نفياً الوصية بـ "لا" ، فهو نفياً جنس الوصية للوارث سواء أجاز الورثة أم لم يجيزو ، رغم أنَّ الحديث لم تثبت روايته عن الإمامين مسلم و البخاري ، فهو قول الشافعي من الأئمة و أقرب إلى عصر السلف الصالح .

(1) الإمام محمد أبو زهرة ، الوصية و الميراث ، المرجع السابق ، ص. 65 .

(2) أ.أديب اسطنبولي ، المرشد في القانون الأحوال الشخصية (الوصية و الموارث) ، الجزء الثاني ، المكتبة القانونية دمشق ، 1994 ، ص. 956 .

(3) الإمام محمد أبو زهرة ، أحكام التركات و الموارث ، المرجع السابق ، ص. 11 .

3. إنَّ ثمة إجماع من الصحابة - رضوان الله عليهم - من أنَّ الوصية غير واجبة للوالدين ، ولم يلزموا بها و لو صح خلاف ذلك لأقدموا عليها ، الوصية للأجنبي تجوز في الثلث و ما زاد عنه توقف عن إجازة الورثة ، فالورثة مالكي للثلثين من مال المورث ، فإذا تصرف المورث فيما زاد عن الثلث كان تصرفه فيما لا يملك و الإجازة في ذلك تطوعاً في العطية من أموالهم⁽¹⁾ .
 مما تقدّم يتضح أنَّ التشريعات العربية و التي استمدت أحكام الوصية من الشريعة الإسلامية ، قد اتفقت على مبدأ تقييد حرية الإيضاء و لمصلحة الورثة و الدائنين ، بسبب تعلق حقوقهم بأموال الموصي على أساس أنَّ نفاذ الوصية يكون بعد وفاة الموصي .
 بيد أنَّ التشريعات العربية اختلفت في مسألة قبول الوصية للمورث ، تبعاً للتفسيرات المعطاة للآية المتعلقة بذلك ، أو بأحاديث النبي صلى الله عليه و سلم .

2. منع الإضرار بالورثة

المشرع الجزائري بموجب المادة 189 أسرة ، التي تنص على أنه : " لا وصية لمورث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي " ، لم يقبل الوصية للمورث كمبدأ بل علق نفاذها على قبول الورثة لها بعد وفاة الموصي ، و بهذا زاد من تقييد حرية الإيضاء لتعلق حق الورثة بالثلثين من مال الموصي بعد الوفاة⁽²⁾ ، فالثلثان مقيد فيهما المورث من التصرف المضاف لما بعد الموت لصالح الورثة ، منعاً من الإضرار بهم⁽³⁾ ، و بدافع هروب الأشخاص من أحكام هذا القانون قد يلجئون إلى التحايل على أحكام الوصية ، بل قد يستترون تصرفاتهم المضافة لما بعد الموت في شكل تصرفات منجزة ، فيسمون التصرف بيعاً بينما هو في الواقع وصية .

(1) أ. عامر رشاد السيد ، المرجع السابق ، ص. 93 .

(2) قضت المحكمة العليا في قرار لها : " حيث من جهة أن الوصية تسوغ أن تكون إما بشيء ، أو بأعيان معينة ، أو سهم وارث من التركة ، كما أن موافقة الورثة ليست شرطاً لصحة الوصية لغير وارث ، إلا فيما زاد على ثلث التركة و أن الوصية ترد إلى الثلث عند انعدام تلك الموافقة " الغرفة المدنية ، قرار في 1968.02.28 بمجموعة الأحكام الجزء الأول ، النشرة السنوية 1968 ، ص. 98 ، مشار إليه بمرجع د. بلحاج العربي ، مبادئ الاجتهاد القضائي مرجع السابق ، ص. 196 .

(3) الوصية بالإضرار باطللة كالوصية بأكثر من الثلث أو وصية لأحد الورثة فإزاء الوصية محرمة لقوله : (.. من بعد وصية أو دين غير مضار وصية من الله و الله عليكم) | آية الموارث | ، فالقرطبي فسر " غير مضار " أي مدخل الضرر على الورثة بأن تزيد الوصية على الثلث أو بأن بوصى للمورث . الإمام محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، المرجع السابق ، ص. 64 .

و يكون الثمن حينئذٍ صورياً لا يلتزم المشتري بدفعه ، بينما قرائن التصرف و ملابساته ، و ظروفه تبين أن هذا التصرف الواقع ما هو إلا وصية ، بل و أكثر من ذلك قد يلجأ الشخص إلى التصرف إلى أحد ورثته و يحتفظ المتصرف بجزء الشيء المتصرف فيه و الإنتفاع به مدى الحياة ، فيظهر المتصرف بمظهر المالك و يطمأن الورثة و الدائنين لذلك ، مع أن الشيء المتصرف فيه خرج من ملك المورث ، لذلك نص المشرع بموجب المادة 777 مدني على هذه القرينة القانونية لصد هذا التحايل .

و قد يقدّم الشخص وهو في مرض الموت ، باعتباره المرض الأخير له أو قد يكون في حالة نفسية تلحق به ، ولو لم يحدث المرض فعلاً بالتصرف إلى أحد ورثته أو أي متصرف إليه آخر ، فهل يعامل المشرع تصرف هذا المريض كما لو كان في حال صحته ؟ ، و ما وجه الحماية في ذلك ؟ ، هذا ما سنبينه في المبحث الثاني من هذا الفصل .

المبحث الثاني

أساس الحماية في مرض الموت

للشخص الحرية الكاملة في أن يتصرف في أمواله بعوض أو دون عوض ، طالما أن التصرف ينتج آثاره حال حياته ، و غني عن البيان أن التصرف القانوني الذي يجريه الشخص لا بُد له من أركان و شروط صحة يلتزم بها المتعاقدان ، أي المتصرف و المتصرف له ، فإذا كان عقد بيع وارداً على عقار ، وحب أن تتوفر أركان العقد من تراضي و شروط صحته و محل و سبب و شكلية ، غير أنه قد تتاب الشخص حال حياته فترة مرض تؤدي به إلى الوفاة حتماً ، أو مرض يغلب فيه الهلاك ، ويشعر فيه المريض بدنو أجله ، و هي حالة تعرف فقهاً قانوناً بمرض الموت⁽¹⁾ ، وفيها قد يجري المريض تصرفات قانونية للوارث أو لغيره ، فهل عامل القانون المريض مرض الموت معاملة الصحيح ، أم أنه أعطى له أحكاماً أخرى خاصة ؟ ..

لئن كانت نقطة الدراسة تفرض علينا التطرق إلى أثر مرض الموت في تقييد حرية التصرف دون التطرق إلى أحكام تصرفات المريض مرض الموت ، التي سنفصل فيها في الموضوع . فإنه لأجل هذا وحب أن نبيّن ذلك في المطالب التالية :

المطلب الأول : ماهية مرض الموت .

المطلب الثاني : إثبات مرض الموت .

المطلب الثالث : سبب تقييد تصرفات المريض مرض الموت .

(1) مرض الموت يطلق عليه بالمصطلح الأجنبي (فرنسي) la dernière maladie .

المطلب الأول : ماهية مرض الموت :

لم يأت المشرع بتنظيم دقيق لمرض الموت ، و لم يبيّن تعريفه و ماهيته ، و اكتفى بإيراد حالات خاصة فيه . بما جاء به في قرينة المادة 776 مدني، الخاصة بالتصرف في مرض الموت أو أحكام البيع فيه ، و لذلك وجب علينا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية إعمالاً للمادة الأولى فقرة 2 مدني ، و التي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يوجد في حكمه نص في القانون⁽¹⁾ ، وكذا نص المادة 775 مدني التي تنص : " يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية و النصوص القانونية المتعلقة بها " ، و بهذا وجب أن نبين بدقة ماهية هذا المرض ، و طبيعته ، و خصوصيته القانونية في النقاط التالية :

أولاً : تعريف مرض الموت .

ثانياً : شروط مرض الموت .

ثالثاً : من يلحق بالمريض مرض الموت من الأصحاء .

رابعاً : تطبيقات قضائية في مرض الموت .

أولاً : تعريف مرض الموت

إنّ القوانين العربية بما فيها القانون المدني الجزائري، استمدت أحكام تصرفات المريض مرض الموت من الشريعة الإسلامية ، و بالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أن هناك سيلاً من التعريفات لمرض الموت .

من فقهاء الشريعة الإسلامية من عرفه بأنه : " هو المرض الذي يغلب فيه الهلاك ، و يقعد الشخص عن القيام بمصالحه ، و يتصل به الموت فعلاً و مباشرة سواء مات الشخص بسبب ذلك المرض أو آخر طارئاً ، طالما الوفاة وقعت أثناء المرض"⁽²⁾ ؛ وقد جاء في الفتاوى الهندية " المريض مرض الموت من لا يخرج لحوائج نفسه، سواءً أكان صاحب فراش أو لم يكن" ، و قد جاء في تعريف آخر له : " مرض الموت هو المرض الذي يغلب فيه خوف الموت ، و يعجز معه المريض عن رؤية مصالحه ، و الموت على ذلك الحال قبل مرور السنة سواء كان صاحب فراش أو لم يكن" ، و على هذه التعريفات فإنه :

(1) د. محمد حستين ، عقد البيع في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الثالثة ، 1990 ص. 216 .

(2) أ. عامر رشاد السيد ، المرجع السابق ، ص. 30 .

1. لا يعتبر مريضاً مرض موت الشخص الذي لا يقعه مرضه عن أداء شؤونه العادية و مصالحه.
2. لا يعتبر مريضاً مرض موت الشخص الذي يقعد بمرضه مدة ، ثم يشفى منها عادةً و لا يغلب فيه الهلاك و الموت .

3. ليس في حكمه من لم ينته مرضه بالموت فعلاً .

ثانياً : شروط مرض الموت

لم يتفق الفقهاء في حصر شروط مرض الموت ، و مع ذلك فإن الرأجح عندهم يوجب توافر الشروط التالية :

1. أن يقعد المريض مرض الموت عن قضاء مصالحه .

2. أن يكون المرض مما ينتهي بالموت غالباً .

3. أن يموت المريض بالفعل موتاً متصلاً .

1. أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه :

يقصد بالمصالح تلك المصالح المألوفة التي من العادة أن يقوم بها و هو في صحته ، من ذلك أعمال المهنة و التسوق ، و ليس من الواجب أن يقعه الفراش ، و قد يقع أن يعجز الإنسان عن قضاء مصالحه دون مرض ، فلا يعتبر في مرض الموت من ذلك حالة الشيخوخة ، و قد قضت محكمة الإستئناف بأن : " مرض الموت هو المرض الذي يفاجئ الإنسان في صحته ، و ينتهي بالموت بحيث يشعر المصاب بقرب إنتهاء أجله ، و ليست الشيخوخة من أمراض الموت ⁽¹⁾ " .

2. أن يغلب في مرض الموت الهلاك و خوف الموت :

لا يكفي قعود المريض عن قضاء مصالحه ، بل يجب أن تغلب فيه خشية الهلاك و الموت ، و تستبعد تلك الأمراض التي يشفى منها المريض عادة ، و لا يغلب فيها خوف الموت حتى و إن زادت شدة المرض فيها ، فتكون تصرفات المريض في هذه الحالة حكمها حكم حالة الصحة ، و تأخذ نفس الحكم تلك التصرفات التي تصدر عن أصيبوا بأمراض مزمنة إذا طالت ،

(1) د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، البيع و المقايضة ، الجزء الرابع ، دار إحياء التراث العربي ، لبنان ،

بحيث يطمئن المريض إلى إبتعاد خطر الموت⁽¹⁾ ، و فسّر بعض الفقهاء امتداد المرض بسنة ، فإذا بقي المريض بعلة ما يزيد عن سنة يعد تصرفه بعدها كتصرف الصحيح ما لم تتغير حالته .

و لقد أخذت جلّ المحاكم في مصر بتفسير امتداد المرض بسنة ، و قضت : " على الوارث الذي يطلب بطلان البيع الحاصل من مورثه لأحد الورثة ، لحصوله في مرض الموت أن يثبت أن هذا المورث الذي مات بمرض السرطان أو السل لم يمكث مرضه أكثر من السنة"⁽²⁾ .

3. إنتهاء المرض بالموت فعلا :

الأصل ما لم ينته المرض بالموت فعلا ، يبقى تصرف المريض حكم تصرفه في حال الصحة ، حتى و لو أقعده المرض عن قضاء مصالحه و غلبت فيه خشية الموت ، و لا يجوز للوارث الطعن و الإعتراض على تصرف المريض ما دام حياً⁽³⁾ ، فبحدوث الموت فعلا يملك الوارث حق الطعن في تصرفات مورثه الواقعة في مرض الموت لتطبيق أحكامها ، و الجدير بالذكر أن المريض الذي تصرف و هو يعتقد أنه مشرف على الموت ثم تماثل للشفاء ، له حق الطعن في تصرفه بالغلط في الباعث نعيًا منه على ركن السبب ، فيكون التصرف قابلا للإبطال⁽⁴⁾ .

الأمراض المزمنة و مرض الموت :

هناك من الأمراض المزمنة التي تمتد بالمريض ، و مع ذلك لا بد له كغيره من تصرفات يقوم بها في حياته ، و لو أخذنا بمنطق تقييد تصرفه بعلة مرضه لشلت إرادته ، و من ثم وجبت معاملة قانونية لحالته ، فهل تقييد تصرفاته و يخضع لحكم المريض مرض الموت ؟ ، أو هو في حكم الأصحاء ؟!

إنه من الإجتهد الحاصل في الفقه الإسلامي : " أنه لا يعتبر مريضا مرض الموت من كان مصابا بمرض مزمن ، إلا إذا اشتدت وطأته و ساءت حالته و انتهى بالموت متصلاً ، فقليل أن العلة إذا امتدت عاما من غير تبدل فإن تصرفات المريض بعد السنة كتصرفات الصحيح ، و القول إذا ساءت حالة المريض و غلب هلاكه ابتداءً من وقت التغيير، هو في حكم المريض"⁽⁵⁾ .

(1) د. عبد الرزاق السنهوري ، البيع و المقايضة ، المرجع السابق ، ص. 317 .

(2) أ. عامر رشاد السيد ، المرجع السابق ص. 44 .

(3) د. عبد الرزاق السنهوري ، نفس المرجع ، ص. 317 .

(4) د. شفيق الجراح ، المرجع السابق ، ص. 63 .

(5) د. شفيق طعيمة و آخرون ، التقنين المدني السوري ، " نصوص قانونية ، مذكرات المشروع التمهيدي ، اجتهاد قضائي ، تعليقات فقهية "

الجزء الخامس ، دمشق الطبعة الثانية 1994 ، ص. 351 .

- و تبعاً لما تقدم - من الفقهاء من قيد مرض الموت بسنة ، أي أنّ المريض يموت خلال السنة من اشتداد المرض ، وعلى هذا الرأي سارت محكمة النقض المصرية ، فقضت محكمة الإسكندرية الابتدائية : " المرض يعتبر مرض موت إذا أزمّن و طال أمده عن سنة ، إلا إذا اشتدّ و أخذ في الإزدياد ، وكانت حالة المريض في سوء مستمر ، و لا يعتبر مرض موت إلا في الفترة الأخيرة أي في فترة الشدّة فقط ، أي الفترة السابقة على ذلك لا تأخذ حكم مرض الموت طالّت أو قصرت مدتها"⁽¹⁾.

غير أن القضاء في أحكام أخرى لم يتقيد بمدة السنة ، وجاءت بعض أحكامه مهتدية بها لكن مخالفتها باختلاف ظروف و ملابسات المرض⁽²⁾ ، وقد حكم بأنّ المرض يعتبر مرض الموت ولو وقع منذ أكثر من سنة قبل الوفاة ، إذا أخذ بالإزدياد و الشدّة حتى الوفاة فعلاً⁽³⁾ .

و قد جاء في أسباب الحكم ما يلي: "و حيث أنه ظهر جلياً من التحقيق أنّ حرم " زوجته" ، المستأنف التي مرضت من سنة 1901 بقيت على هذه الحالة التي كانت دائماً في ازدياد لغاية وفاته الحاصلة في سنة 1907 ، و لم يثبت أن هذا المرض تحسن تحسناً محسوساً في بحر هذه المدة من شأنه وقف السير البطيء لهذا المرض الذي انتهى بالموت ... و حيث أنّ التفسير القاضي بتحديد المدة القانونية لمرض الموت الذي يقع في السنة السابقة على الوفاة ليس تحديداً تحتمياً ، لكن ينطبق فقط في أكثر الأحوال التي يكون فيها المرض طويلاً ، فيشتدّ طوراً إلى الخطورة و طوراً يعود فيها المريض إلى صحته"⁽⁴⁾ .

ثالثاً : من يلحق بالمريض مرض الموت من الأصحاء

الأصل في الإنسان أن يعتبر في حال صحة و حالة المرض طارئاً عليه ، و يجب للإدعاء بها من يركن إليها أن يتقدّم بالدليل الذي يثبت للمحكمة بائبءاء حالة المرض ، غير أنه هناك من

(1) د. عبد الحميد الشواربي و المستشار عز الدين الديناصوري ، المرجع السابق ، ص. 351 .

(2) جاء في قرار محكمة العليا ما يلي : " و لما تبين أن زوجة المورث قد استغلت مرضه لإبرام عقد البيع قبل وفاته بثلاثة عشر يوماً و أن القرار المطعون فيه قد استثنى العقد المذكور من العركة أثناء القسمة دون أن يبين في حيثياته حالة المرض الذي أناره الطاعنون فإنه يستوجب النقض " ، قرار 139123 مؤرخ في 1996.07.09 ، مجلة قضائية العدد 2 لسنة 1998 ص. 80 .

(3) د. عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص. 75 .

الحالات التي لا يتقدم فيها المدعي بدليل يثبت المرض ضد من طعن في صحة تصرفه الصادر في مرض الموت ، غير أنه يحكم له بذلك ، تلك هي حالة من يأخذ حكم المريض مرض الموت⁽¹⁾ . يلحق بالمريض مرض الموت من الأصحاء مَنْ كان في حالة نفسية تجعله يشعر بدنو أجله ، ولو كان سليماً في بدنه ، بل وحتى وإن لم يكن مريضاً أصلاً ، فالعبرة بالحالة النفسية للمريض في حالة يغلب فيها الهلاك ، وتتصل بالموت فعلاً ، كالمحكوم عليه بالإعدام والجندي في ساحة القتال ، ومن يوجد في سفينة أشرفت على الغرق وتلاطم عليها الموج من كل مكان⁽²⁾ . فتصرف الشخص في هذه الفترة يأخذ حكم تصرف المريض مرض الموت ، وقضت محكمة النقض المصرية : " لا يشترط لإعتبار المرض مرض موت أنه يؤثر على سلامة إدراك المريض ، أو ينقص من أهليته للتصرف"⁽³⁾ .

إنه بالنظر إلى ما سبق فإن مرض الموت ذو طبيعة موضوعية تختلف باختلاف حالة وظروف المريض ونوعية المرض ، ولذلك تبعاً لاختلاف المحاكم في التطبيقات القضائية لمرض الموت نورد بعض الحالات العملية لذلك :

رابعاً : تطبيقات قضائية في مرض الموت

• هل يعتبر السرطان مرض موت ؟ :

قضت في ذلك محكمة الاستئناف المصرية : " مرض السرطان كمرض السُّل ، يجوز أن يظَّل أكثر من سنة قبل أن يأتي على حياة المصاب به ، وتعتبر زيادته كأنها غير موجودة ، فتصرفه خلال هذه الفترة كتصرف الصحيح تنفذ في جميع ماله من غير إجازتها من قبل الورثة ... " ⁽⁴⁾ .

• هل مرض السُّل مرض الموت ؟ :

متى دخل المريض مرض الموت في حالة اشتداد المرض واتصل به الموت فعلاً ، يجعل تصرفاته تقبل الإبطال بين تاريخ المرض والموت متصلاً⁽⁵⁾ .

(1) د.عبد الحميد الشواربي و المستشار عز الدين الديباصوري ، المرجع السابق ، ص. 352 .

(2) أ. أ. عامر رشاد السيد ، المرجع السابق ، ص. 41 .

(3) د.عبد الرزاق السنهوري ، البيع والمقايضة ، المرجع السابق ، ص. 315 هامش 1 .

(4) [استئناف 18 يونيو 1917 المجموعة 9 رقم 100 ، ص. 222 المشار إليه بهامش أ. عامر رشاد السيد ص. 42 .

(5) محكمة الإسكندرية 1912.04.13 ، مجلة الحقوق ، ص. 99 ، مشار إليه في أ. عامر رشاد السيد نفس المرجع ص. 48 .

ه هل داء الكلى مرض الموت ؟ :

قضى مجلس قضاء البلدة - الغرفة المدنية - في قرار له ، الصادر بتاريخ 2000.04.01 على ما يلي :
" حيث يتبين من خلال ملف الدعوى و الوثائق المرفقة به لا سيما الملف الطبي و أنّ الواهبة كانت تعاني من داء الكلى ، و أنّ مرضها هذا كان في مرحلته الأخيرة .
حيث أنّ الواهبة ماتت بعد مرور أقل من عشرة أشهر .
حيث أنه عملاً بالمادة 204 من قانون الأسرة فإنّ الهبة في مرض الموت ، و الأمراض و الحالات المخيفة تعتبر وصية ... " (1)

ه هل الشيخوخة مرض موت ؟ :

الشيخوخة ليست بمرض الموت و إنما هي دور من أدوار الحياة ، حتى و إن وصل الإنسان إلى سن متقدمة تجعله غير قادر على مباشرة الأعمال المألوفة ، و تبقى تصرفاته تبعاً لذلك مثل تصرفات الأصحاء (2) .

هذا و ما تجب الإشارة إليه في التطبيقات القضائية ، أنه باعتبار حالة المرض حالة موضوعية ، و أنّ القضاء في حاجة إلى رأي فني في هذا المجال لا ينفي سلطته الأصلية المنوطة به ، عادة ما يلجأ إلى ندب خبير بعد الدفع من قبل صاحب المصلحة ، أو الإستماع إلى شهادة الطبيب المعالج ؛ و تبعاً لهذا الأمر لا يمكن حصر الأمراض التي تعد مرض الموت حصراً دقيقاً ، بل متى تحققت علّة التصرف اعتبر التصرف مرض موت .

وهذا ما ذهب إليه الفقه الإسلامي إذ ألحق بعض من الأصحاء بحكم المريض مرض الموت ، بالرغم من عدم توافر المرض أصلاً ، و لكن يجب على قضاة الموضوع تكييف المرض تكييفاً دقيقاً للقول أنه مرض الموت ، و استجلاء جميع الظروف و الملابسات و القرائن الدالة على ذلك ، مع تسبب حكمهم تسبباً واضحاً حتى تتمكن المحكمة العليا من بسط رقابتها في اقتناع قضاة الموضوع ، ذلك أنّ الوارث الطاعن عليه أن يثبت أنّ التصرف وقع في مرض الموت ، حتى يستفيد بما هو مقرر له من بطلان تصرفات المريض مرض الموت ، و سريان حكم الوصية على التصرف .

(1) قرار مجلس البلدة الغرفة المدنية برقم 1099 الصادر بتاريخ 2000.04.01 ، و الذي اعتمد مهلة السنة في تعريفه لمرض الموت . انظر الملحق

ص.ص. 121 ، 124 .

(2) د. عبد الرزاق السنهوري ، البيع و المقايضة ، المرجع السابق ، ص. 315 .

المطلب الثاني : إثبات مرض الموت

أولاً : مرض الموت واقعة مادية

مرض الموت حالة مرضية يغلب فيها الهلاك على الشخص و يتصل به الموت فعلاً ، من شرائطه قعود المريض عند قضاء مصالحه ، و غلبة الموت فيه ، و انتهائه بالموت فعلاً ، كل هذه الأمور موضوعية تقيم في نفس المريض حالة نفسية بأنه مشرف على الموت ، و أن ضبطها يستلزم الوقوف عند هذه الضوابط الموضوعية للتدليل على الأمور الذاتية ، فإنه لأجل ذلك يسترشد بهذه العلامات المادية للوقوف على الحالة النفسية للمريض ، و التي يعتبر من خلالها في حكم المريض مرض الموت ، و يلحق بذلك من كان في الحالة النفسية للمريض لسبب غير المرض، كالمحكوم عليه بالإعدام⁽¹⁾.

إن مرض الموت بالشروط و الضوابط السابقة واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات ، بما فيه البينة و القرائن ، و تعتبر الشهادات الطبية دليلاً قوياً و عملياً للإثبات عند انتداب أهل الخبرة⁽²⁾، و قضت محكمة النقض المصرية : " ما دامت محكمة الموضوع قد استخلصت من التحقيقات التي أجريت في الدعوى ، و من الشهاداتتين الطبيتين المقدمتين فيها عن مرض الموت ، أنه كان مريضاً قبل وفاته بأربعة شهور بالسل الرئوي ، و أن هذا المرض اشتد به وقت تحرير العقد المطعون فيه ، ثم فندت الطعون الموجهة إلى الشهادة المقدمة من صدر له العقد ، فإنها تكون قد أوردت في حكمها من الأسباب ما يكفي لحمل قضائها " ⁽³⁾ .

(1) أ.عامر رشاد السيد ، المرجع السابق ، ص. 41 .

(2) جاء في قرار محكمة العليا في إبطال وصية مفاده : " ... حيث أنه بالرجوع إلى التاريخ المدون بعقد الوصية ، يجعل الإثبات ضرورة بواسطة طبيب الأمراض العقلية ، كما أن الوصية نوفيت بعد 15 يوماً من انعقاد الوصية ، لذلك كله طالبنا الطاعتان إلغاء الوصية تطبيقاً لبداً الشريعة الإسلامية الذي يجيز الصدقة إذا لم تصدر عن شخص مصاب بمرض أدى به إلى الموت ، فهذا البند يطبق على عقود الهبة و التبرع ، و قد كرمه الفقه الإسلامي ... " ، قرار غرفة الأحوال الشخصية ، رقم 75598 ، بتاريخ 1991.02.24 ، المحلة القضائية العدد 2 لسنة 1993 ، و قد قضت محكمة البلدية - قسم الأحوال الشخصية - بتاريخ 1998.11.28 تحت رقم 98/433 ب : " ... حيث أن المدعيان دفعا أن مورثتهم أصبحت معتوهة ، غير أنه لم يقدم للمحكمة ما يثبت ذلك ، خاصة أن المحكمة التي قضت قبل الفصل في الموضوع بتعيين خبير لفحص المورثة و تحديد قدراتها العقلية و النفسية ، و لم يتم ذلك فلا يمكن أخذه بعين الاعتبار ، و عليه بتعين إستيعاده ... " و من الواضح أن الدعوى أسست على الدفع بمرض الموت ، إلا أن الدفاع ما فتأ يتمسك بعبوب الإرادة و أحكام الحجر ، و التي أحابت المحكمة بالنفي في انعدام حكم تمهيدي يتأكد من القدرات العقلية للمورثة .

(3) د.عبد الحميد الشواربي المرجع السابق ، ص. 170 .

و في حيثيات قرار مجلس قضاء البلدة جاء فيه : " ... و حيث أن مرض الموت واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة الطرق ، و حيث تبين من الملف الطبي أن الواهبة كانت تعاني من داء الكلى ، و أن مرضها هذا كان في مرحلتها الأخيرة ، و أن الواهبة ماتت بعد مرور أقل من عشرة أشهر ، تعين إبطال الهبة عملاً بالمادة 204 أسرة... " (1)

ثانياً : قاعدة الإثبات لمصلحة الوارث

إنّ الوارث الذي يطعن في تصرف مورثه بأنه صدر في مرض الموت ، يقع عليه عبء إثبات مرض الموت ، و لما كان من المستقر عليه قانوناً أنّ الوارث خلف عام لمورثه ، فإنّه يتقيد في إثبات التصرف المطعون فيه بما تم بين مورثه و المتصرف إليه ، فإذا كان التصرف مكتوب ووجب أن يثبت مزاعمه بالكتابة ، غير أنّ إثبات الواقعة المادية لمرض الموت فقط ، دون تاريخ التصرف قرر لمصلحة الوارث الذي يستعمل كافة أدلة الإثبات ، و له أن يركن حتى إلى الشهود بالمفارقة بين تاريخ المرض و تاريخ التصرف ، لا سيما في تلك التصرفات العرفية ، و يطعنون بتقديم التاريخ عمداً لإخفاء أنّ التصرف وقع في مرض الموت ، و أنّ التاريخ المذكور بالسند العرفي صوري ، و لهم أن يثبتوا ذلك بجميع الطرق لأنهم يثبتون غشاً ، والغش واقعة مادية ، و ينجر على ذلك أنهم أصبحوا من الغير من حيث سريان التصرف (2) ، فالمصلحة واضحة في أمرين يتعلق الأول بمخالفة ما هو ثابت قانوناً من أن الوارث خلف عام لمورثه إلا في مرض الموت .

و الأمر الثاني يتعلق بجرية إثبات التصرف ، و لا يتقيد الوارث بما هو ثابت بسند التصرف المراد إهداره .

(1) قرار مجلس البلدة - الغرفة المدنية - المؤرخ في 2000.04.01 ، تحت رقم 99/1100 ، الملحق ص... ص 121 ، 124 .

(2) د. رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 197 .

المطلب الثالث : سبب تقييد المريض مرض الموت من التصرف

متى كان من المقرر فيما هو ثابت في الشريعة الإسلامية ، أن تصرفات الشخص في مرض موته يختلف حكمها عن تلك التي تقع حال صحته ، وأن القانون المدني حال تنظيمه لتصرفات المريض مرض الموت لم يتطرق إليها بالتدقيق ، ولم يجمع كل أجزائها ، ولم يبين أساس حكمها ، فما هو سبب تقييد تصرف المريض مرض الموت ؟ ، و هل يتعلق الأمر بنقص بأهليته ، أو عارض بها ، أو عيب شاب إرادته ؟ ، لم يبين المشرع الجزائري سواء بقرينة التصرف في مرض الموت المنصوص عليها بالمادة 776 من القانون المدني ، و لا في أحكام البيع في مرض الموت سبب تقييد تصرف المريض مرض الموت ، آ هي عارض في أهليته أو عيب في إرادته⁽¹⁾ ؟ ، بل جاءت نصوص القانون في ذلك عامة ، سواء في القانون المدني أو في قانون الأسرة ، لذلك وجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بموجب أحكام المادة 2/1 من القانون المدني؛ إذ القاعدة الشرعية تقضي بعدم نفاذ تصرفات المريض مرض الموت الضارة بالورثة و تعطيتها حكم الوصية⁽²⁾ ، و نبيّن ذلك في نقطتين هما :

أولاً : تعلق حق الورثة بأموال المريض .

ثانياً : تحايل المريض مرض الموت على أحكام القانون .

(1) عوارض الأهلية هي: الجنون، العته، السفه و الغفلة ، منصوص عنها بالمواد 42 ، 43 من القانون المدني و المادة 85 من قانون الأسرة ، بينما عيوب الإرادة هي : الغلط ، التدليس ، الإكراه و الاستغلال المنصوص عنها بالمواد 80 و ما بعدها من القانون المدني و التي تجعل التصرف قابلاً للإبطال . للتفصيل أكثر - أنظر د.علي علي سليمان مصادر الإلتزام ، المرجع السابق ، ص.ص. 54 - 68 .

(2) أ.عامر رشاد السيد ، المرجع السابق ، ص. 59 .

أولاً : تعلق حق الورثة بأموال المريض .

إنَّ الباحث في نصوص أيِّ قانونٍ إلا وللنص علةٌ جاء بها ، فإذا كان القانون المدني الجزائري جاء دون مذكرة توضيحية له ، مختلطاً في نصوصه بين القانون المدني المصري و القانون المدني الفرنسي مع ترجمة غامضة في الحالة الأخيرة ، و أنَّ أحكام البيع في مرض الموت نقلت عن المشرع المصري ، فإنَّ المذكرة التوضيحية له أقرت إستلهاً الموضوع من أحكام الفقه الإسلامي التي قررت : " ... إن العلة هي بلا ريب منع الضرر الواقع بالوارث من تصرفات المريض ، سواء كانت إنشائية أو إخبارية ، لتعلق حق الورثة بماله من نزول المرض ... " (1) .

و إنَّ كان القانون المدني الجزائري لم يأت بتفصيلٍ كاملٍ لكل أحكام تصرفات المريض مرض الموت، فإن القضاء مأمور بتطبيق أحكامه ، اجتهاداً منه بما هو ثابت في فقه الشريعة الإسلامية من أحكام ، و لعلَّ المطلع على اجتهادات محكمة النقض المصرية يؤكد ذلك في كثير من الأحكام ، إذ أقرت بإفظراد أنَّ تقييد تصرفات المريض مرض الموت في الشريعة الإسلامية ليس بسبب عدم أهلية المريض ، أو عيبٍ في إرادته في ذلك ، إنما بعلة المحافظة على حق الورثة ومنع المورث من تفضيل بعضهم على بعض و هو في مرض الموت ، فأهلية المريض أهلية كاملة مثل أهلية الأصحاء تماماً ، و هو أهلٌ للتصرف ، إلا أنَّ المحكمة العليا في قرار لها مؤرخ في 1984.07.09 تحت رقم 33719 قضت : " ... من المقرر فقهاً و قضاءً أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيراً ، و يجر إلى الموت و به يفقد المتصرف وعيه و تمييزه، فإنَّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقواعد الفقهية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية و الاجتهاد القضائي السائد" (2) ، و لعله من البين أن هذا الاجتهاد لا يستقيم مع ما انتهى إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، من أن مرض الموت يخرج عن إصابة المريض بفقدان وعيه و تمييزه ، بل أن أهليته مثل أهلية الصحيح تماماً ، و بينوا أن مرض الموت مقيد لحرية التصرف لتعلق حق الورثة بأموال المريض و حماية لهم ، ثم إن المحكمة العليا في قرارٍ أخرى خالفت هذا القرار محل التوضيح ، و ذلك في قرار لها مؤرخ في 1986.05.05 تحت رقم 41111 فقضت : " من المقرر شرعاً و قانوناً بأنه يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل و إن أصدر تصرفه في مرض

(1) أنور الخطيب ، حماية فائدي الأهلية ، مطبعة دار الكتب ، ص.160 - أنظر أيضاً أحمد فراج حسين ، الملكية و نظرية العقد ، الدار الجامعية

الإسكندرية ص.230 .

(2) قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، المؤرخ في 1984.07.09 تحت رقم 33719 مجلة قضائية عدد 3 ، لسنة 1989 .

الموت ، و تعتبر الهبة وصية ⁽¹⁾ ، و لعلّ الإطلاع على أحكام الدّرجات القضائية الدنيا يظهر بعض التناقض، و بوضوح مرد ذلك إلى نقص في الإطلاع على أصل هذا الموضوع ، إذ جاء في حكم لمحكمة البلدية المؤرخ في 1998.11.28 تحت رقم 433 مفاده : " إن المدعيان دفعا أن مورثتهم أصبحت معنوهة غير أنهما لم يقدموا ما يثبت ذلك ، و بذلك بنت تأسيسها بعدم الإستجابة لدعوى المدعي رغم أنهما دفعا بوقوع التصرف في مرض الموت ⁽²⁾ ، ثم جاء قرار مجلس البلدية المؤرخ في 2000.04.01 تحت رقم 1099 مصححاً حكم الدرجة الأولى و بثّ في الدفع الأساس المشار من قبل المستانفين المتعلق بأن الهبة وقعت في مرض الموت بغض النظر عن عوارض الأهلية أو عيوبها ⁽³⁾ .

و على هذا الأساس تقييد تصرفات المريض مرض الموت لم تكن إطلاقاً بما هو ثابت في الشريعة الإسلامية ، و أحكام القضاء متعلقة بعارض في الأهلية أو عيب في الإرادة ، غير أنّ بعض التشريعات و من الفقهاء من قالوا بذلك ، فالنسخة الفرنسية لنص المادة 408 من القانون المدني اعتبرته عيب في التراضي (SAN CONSEIEMENT) ، و من أجل ذلك كانت بيوع المريض مرض الموت قابلة للإبطال .

و بعض الفقهاء رأوا أن مرض الموت عارض في الأهلية ، و منهم الدكتور شفيق الجراح ⁽⁴⁾ ، و تلافياً لأي إشكال نبين وفق أسس قانونية ثابتة أن حكم المشرع الفرنسي ، أو الرأي السابق للفقهاء القائل بأن مرض الموت عارض بالأهلية القانونية للشخص من غير أساس قانوني ، و قد جانب الصواب في ذلك ، و نبين أن أسباب تقييد تصرفات المريض مرض الموت تتعلق بحق الورثة في مال المريض من نزول المرض ، و نورد فيما يلي مناقشة في ذلك :

1. من الثابت قانوناً أنه يعتبر تحت طائلة البطلان المطلق تصرف ناقص الأهلية الضار به ضرراً محضاً، فإن كان كذلك و إذا سلمنا أن المريض مرض الموت ناقص الأهلية فإن وصيته للأجنبي باطلة بطلاناً مطلقاً و لم يقل بذلك أحد .

(1) قرار المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - ، مؤرخ في 1986.05.05 تحت رقم 41111 غير منشور مشار إليه بمرجع لـ د. بلحاج العربي ، مبادئ الإجتهد القضائي ، المرجع السابق ، ص. 191 .

(2) حكم محكمة البلدية - قسم الأحوال الشخصية - المؤرخ في 1998.11.28 تحت رقم 98/433 الملحق ص. 120، 117 .

(3) قرار مجلس البلدية - الغرفة المدنية - المؤرخ في 2000.04.01 تحت رقم 1099 ، الملحق ص. 121 ، 124 .

(4) د. شفيق الجراح ، عقد البيع ، المطبعة التعاونية ، دمشق 1985 ، ص. 83 .

2. إذا كان تصرف ناقص الأهلية بالتبرع باطل بطلان مطلق فإنه لا يحق لورثة المريض مرض الموت أن يجيزوا تصرفاً تبرعياً لمورثهم المريض على أساس أن الإجازة لا تلحق العقد الباطل بطلاناً مطلقاً لما هو مقرر شرعاً وقانوناً⁽¹⁾.

3. إن نقص الأهلية يرجع قانوناً إلى عارضٍ بالأهلية أو عيبٍ في الإرادة و لم يقل من فقيه في الشريعة الإسلامية ، إن المريض مرض الموت به عيبٌ من هذه العيوب أو عارضٌ عليها .

4. إن القول بقابلية إبطال تصرف المريض مرض الموت لنقص أهلية يستتبع بالنتيجة إمكانية استعمال حق الإبطال منه فقط على أساس أن قابلية الإبطال يتمسك بها من تقرر لمصلحته ، وأن المصلحة إنتهت بوفاة المريض موتاً فعلاً متصلاً⁽²⁾ .

ثالثاً : تحايل المريض مرض الموت على أحكام القانون :

يلجأ المريض مرض الموت إلى إثارة بعض الورثة على آخرين ، وقد يستعمل تحايلاً على القانون ، أو يعطي لتصرفه الضار بحق الورثة أسماءً ينجز بها عمله القانوني ، و كحل ذلك مخالف للقانون⁽³⁾ .

فإذا كانت حرية الإيضاء و تصرف المريض مرض الموت مقيدتان لصالح الورثة و الدائنين لتعلق أموالهم بمال مورثهم ، فإن اندفاع الأشخاص إلى التحايل مع أحكام القانون ضد حرية التقييد ، جعل منا لزوماً الوقوف على دراسة أحكام تصرفات المريض مرض الموت ، لاسيما في غياب التطرق التفصيلي لجميع التصرفات في القانون المدني الجزائري⁽⁴⁾ .

كما وأنه وجب علينا تحليل تلك الوسائل القانونية التي اعتمدها المشرع لرد تحايل الأشخاص على حرية الإيضاء والتصرف في مرض الموت ، و قياس تلك المعالجة على الحياة العملية التي بها نقائص نبيها في حينها و نسعى إلى سدّها و معالجتها .

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

(2) د. عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص. 842 .

(3) د. عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص. 842 ، و قضت محكمة النقض المصرية : " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الإتفاق الذي ينطوي على التصرف في حق الإرث قبل انفتاحه لصاحبه أو استحقاقه إياه يؤدي إلى المساس بحق الإرث في كون الإنسان وارث أو غير وارث ، و كونه يستقل بالإرث أو يشاركه فيه غيره هو اتفاق مخالف للنظام العام ، إذ يعد تحايلاً على قواعد الإرث و يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً لا تلحقه الإجازة و يباح إثباته بكافة الطرق و لو كان الوارث طرفاً في الإتفاق " طعن رقم 58 لسنة 1975 مشار إليه في مرجع لـ د. عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص. 175 ، و لعل هذا الحكم كما هو واضح هو تطبيق لنص المادة 92 مدني : " غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل و لو كان برضاه إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون . "

(4) أورد الدكتور عبد الرزاق السنهوري رأياً مفاده أن هذه الحماية بسطت حتى الدائنين قائلا: " ... إن حماية الوارث من الوصايا المستترة تحمي

الفصل الثاني التصرفات التبرعية في مرض الموت

يندر أن يتخذ تصرف المريض مرض الموت الشكل المعروض بل أن لجوءه إلى التصرف في آخر حياته لم يكن إلا بسبب شعوره بدنو أجله وعفة نفسه للمال ، ورغبة في مؤثرة وريث له ، أو أجنبي خدمه أو زوجة أو جهة خير أراد توقيف أملاكه عليها ، وتشجيع في الحياة العملية تلك التصرفات التبرعية التي يجريها المريض كالهبة و الوقف و الإبراء وما يلحق من التصرفات الأخرى .

فاذا كان المشرع قيد حرية الإيضاء بالثلث بعلة نفاذ التصرف بعد الموت وتعلق حق الورثة بالثلثين من مال مورثهم ، فإنه لذات السبب قيد تصرفات المريض مرض الموت من نزول المريض ، بل إن حاجة التقييد تلح أكثر لخطر التصرف التبرعي على مال المتصرف معافاً أو مريضاً ، فما هو حكم التصرفات التبرعية الصريحة التي يجريها المريض مرض الموت ؟ ، وأية حماية قانونية للورثة خصها المشرع بالتنظيم ؟ .

ونتطرق إلى دراسة هذا الفصل على مباحث أربعة :

- المبحث الأول : أحكام التصرفات التبرعية في مرض الموت .
- المبحث الثاني : تبرعات تلحق بحكم الوصية في مرض الموت .
- المبحث الثالث : موقف ورثة المريض من التصرف التبرعي في مرض الموت .
- المبحث الرابع : تقدير القرينة الخاصة بالتصرف التبرعي في مرض الموت .

« الدائن أيضاً ، و للدائن كما للوارث مصلحة في أن يكشف عن الوصايا المستترة ، بل و أن مصلحته في ذلك ترجح على مصلحة الوارث ، ذلك أنه متى ثبت أن التصرف في حقيقته وصية فإنه لا يسري أصلاً في حق الدائن إذ الدين تقدم عن الوصايا في حين أنه يسري في حق الوارث فيما يجاوز ثلث التركة و من أجل ذلك يكون للدائن ما للوارث في كل ما يعطى من حق للوارث في الطعن على تصرفات المورث بأنها وصايا مستترة ... » - انظر - د.عبد الرزاق السنهوري ، الجزء التاسع المرجع السابق ، ص. 218 ، الهامش 3 .

المبحث الأول أحكام التصرفات التبرعية في مرض الموت

تنص المادة 776 من القانون المدني : " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعاً مضافاً لما بعد الموت ، وتسري عليه أحكام الوصية ، أياً كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف ، وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً ، إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت ، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك ، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة مخالفة".

نختص في هذا المبحث بدراسة التصرف القانوني التبرعي تماشياً مع الأسلوب والترتيب المعتمد في الخطة ، ولئن كان هذا هو الأساس الأول فإن الثاني نعتمده بما شاع في الحياة العملية من أن المريض مرض الموت يؤثر التصرف التبرعي على المعاوض لأنه وهو يشرف على الموت يقل تعلقه بماله خاصة إذا كان له ورثة من الإناث فقط ، ويخشى مزاحمة العم له في الميراث ، أو يرى في ولدٍ صالحٍ إهتم به فيفضله على إخوته بالتبرع ، وقد يكون هناك أطباء من وقف عليه في حال مرضه وإجتهده في تطبيقه⁽¹⁾ وعلى هذه الأسس نقسم المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : شروط إعمال أحكام التصرف بالتبرع في مرض الموت .

المطلب الثاني : خضوع التصرف بالتبرع في مرض الموت لحكم الوصية .

(1) تقابل هذه المادة ، المادة 916 من القانون المدني المصري و جاء بالمذكرة التوضيحية فيها ما يلي : " ... لقد وضع المشرع في هذه المادة قرينة قانونية على أن التصرف الذي يتم في مرض الموت ، وصية مستقرة تحت ستار تصرف آخر و لمصلحة الورثة ، في الإثبات لأن الشارع جعل حق الوارث متعلقاً بالتركة " - أنظر في ذلك - د.عبد الحميد الشواربي و د.الدناصوري ، المرجع السابق ، ص. 211 .

(2) هي التي يعرفها القانون المدني الفرنسي فيما يخص تصرفات المريض مرض الموت و يبطلها متى حصلت في مرضه الأخير إذا ما تمت للأطباء و الصيادلة و رجال الدين ، و يفترض شبهة المحاباة فيها باعتبارهم آخر من يتعامل المريض معهم في حياته ، فقد يؤثر ذلك على سلامة إدراكه للتصرف ، و بهذا المعنى كان مرض الموت عيباً في التراضي و اختلف بذلك مع أساس من انتهى إليه فقهاء الشريعة الإسلامية و معظم التطبيقات القضائية في البلدان العربية من أن البطلان تعلق لمصلحة الوارث و الدائن ، و ليس عيب في التراضي أو نقص في أهلية المريض أنظر في ذلك شرح أكثر لـ د.عبد الرزاق أحمد السهوري عقداً للبيع ، هامش 1. ص. 312 ، و أنظر المواد 909 و ما يليها من القانون المدني الفرنسي الطبعة 1998 ، دالوز

المطلب الأول : شروط إعمال أحكام التصرف بالتبرع في مرض الموت

تطبيقاً لأحكام المادة 776 مدني لا يمكن الأخذ بالأحكام الخاصة بالتصرف التبرعي في مرض

الموت إلا بتوافر الشروط التالية :

أولاً : وقوع التصرف في مرض الموت

لإعمال أحكام التصرف التبرعي في مرض الموت يجب أن يجري التصرف في مرض الموت ،
وعرفه الفقهاء وهو مرض يغلب فيه الهلاك ويعجز الشخص عن القيام بمصلحه ويتصل به الموت
فعلاً⁽¹⁾.

و على ذلك تخرج تلك التبرعات و الهبات التي يجريها الشخص حال حياته ، فلا معقب
للورثة أو الدائنين على المتصرف لإنتفاء علّة الإضرار ، و قد جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية
ما يلي : " التصرفات المنجزة الصادرة من المورث حال حياته تعتبر صحيحة و جائزة شرعاً ، و لو
ترتب عليها حرمان الورثة كلهم أو بعضهم من الميراث أو المساس بأنصبتهم فيه "⁽²⁾.

ويقع عبء إثبات أن التصرف وقع في مرض الموت على الورثة ، ولهم كل طرق الإثبات بما
في ذلك البينة و القرائن ، و بما فيها الركون الى تقارير الاطباء الذين من العادة قد يكونون ممن
وقفوا على علاج المريض في آخر حياته ، وبغيرها من القرائن المستخلصة من ظروف المرض ،
كأن يسجل البائع العقد ويشهره قبل وفاته بأيام قلائل أو الوفاة بعد قيام عقد البيع ، و قبل شهره
أو من ذلك استدعاء الموثق إلى منزله قبل الوفاة ، ومع ذلك لا مانع بأن يطعن بالتصرفات التي تمت
في نفس الحال بالتزوير متى قدمت مبرراته ، و يجب في هذه الحالة أن تراعى الشروط الشكلية
ومسائل الاختصاص في ذلك من الانتقال إلى القضاء الجزائري⁽³⁾ ، هذا وإن الوارث ينتقل إلى حكم
الغير وما يترتب على ذلك من آثار لا سيما في الإثبات - كما سنبين ذلك في المطلب الثاني من
المبحث الثاني القادم - .

(1) د. عبد الرزاق السنهوري ، عقد البيع و المقايضة ، المرجع السابق ، ص. 315 .

(2) د. أنور طلبة ، عقد البيع في ضوء قضاء النقض ، المرجع السابق ، ص. 77 .

(3) و يتم إذا ادعى الوارث بأن لمة تزوير على العقد الذي قام به مورثه لصالح خصمه في النزاع تطبيق أحكام المواد 79 - 80 من قانون الإجراءات
المدنية ، و الخاصة بوقف السير في الدعوى المدنية إلى حين الفصل في الدعوى الجزائية التي سيقعها الوارث الطاعن أمام القضاء الجزائري المختص .

ثانياً: أن يكون التصرف تبرعياً

تدق معرفة هذه الحالة في تلك التصرفات المستترة والصوربة ، وفي كل التصرفات التي يجريها المريض تحايلاً على أحكام القانون الأمرة ، خاصة إذا أقر أنه قبض مقابل ما قدّم .
إلا أننا في هذه الحالة أقررنا بالتبرع الحقيقي في تصرف المريض ، فمتى توافر هذين الشرطين سرى على التصرف حكم الوصية طبقاً لنص المادة 1/776 من القانون المدني : " ... و تسري عليه أحكام الوصية ، أي كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف " .
وتنص المادة 775 من نفس القانون على أنه : " يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والقوانين المتعلقة بها"⁽¹⁾ ، فإذا تصرف المريض بالهبة سرى على هذا التصرف حكم الوصية وفي هذا تنص المادة 204 من قانون الأسرة : " الهبة في مرض الموت والحالات المخيفة تعتبر وصية" . ولم يخالف المشرع بهذا الحكم رأي الجمهور في الشريعة الإسلامية التي تعتبر في نفس الحكم وقف المريض في مرض الموت وصية"⁽²⁾ .

إنّ عبء إثبات أنّ التصرف الصادر من المورث في مرض موته قصد منه التبرع يقع على من صدر له التصرف ، وليس كما هو ثابت من أنّ الورثة يقع عليهم عبء إثبات أنّ التصرف وقع في مرض الموت ، و بهذا يكون المشرع قد أقام قرينة قانونية على أنّ التصرف قصد منه التبرع متى حدث في مرض الموت على أنّ هذه القرينة ليست بالقاطعة بل تقبل إثبات العكس من قبل المتصرف إليه ، وذلك من خلال إثباته أنه دفع عوضاً للمورث ، وتسري عليه في هذه الحالة أحكام البيع في مرض الموت ، وتخضع المحاباة في الثمن إلى حكم الوصية"⁽³⁾ .
على أنّ التصرف الذي نختص به التصرف التبرعي الكاشف عن ذاته من هبة و وقف و إبراء و إقرار و نحو ذلك ، فيطرح هذا الإشكال من ناحية الإثبات جانباً .

(1) إن قانون الأحوال الشخصية عندنا يعرف بقانون الأسرة الصادر بالقانون 11/84 المؤرخ في 1984.06.12 ، جريدة رسمية 24 لسنة 1984 ، ص. 10 ، و بالتالي تسري أحكام المواد 184 و ما بعدها من هذا القانون ، و أحكام الفقه الإسلامي في هذا المجال تطبيقاً للمادة 222 منه .

(2) د. عبد الرزاق السنهوري ، عقد البيع ، المرجع السابق ، ص. 225 .

(3) د. رمضان أو السعود ، الحقوق العينية الأصلية ، المرجع السابق ، ص. 196 .

المطلب الثاني : خضوع التصرف بالتبرع في مرض الموت لحكم الوصية

متى أثبت الوارث الطاعن مرض موت مورثه ، و بأن تصرف مورثه المريض مرض الموت كان فعلاً تبرعياً ، مستعملاً كافة وسائل الإثبات بما فيها البينة والقرائن ، وأن التصرف بالتبرع مقارنة بين تاريخ الوفاة و تاريخ التصرف ، و وقع في الفترة الممتدة بين اشتداد المرض والموت فعلاً، سرت عليه أحكام الوصية على التصرف واستفاد الوارث بما هو مقرر له من تقييد حرية الإيضاء و الإثبات⁽¹⁾ ، فبتوافر شرطي قرينة المادة 776 مدني السابقة تطبق على النزاع أحكام الوصية، وتبعاً لذلك متى تمت الوصية لوارث لا تجوز ولا تنفذ ، وتبقى متوقفة على إجازة الورثة من غير التقييد بالنصيب المتصرف فيه بالنظر إلى التركة عند الوفاة طبقاً لنص المادة 189 من قانون الأسرة : "لاوصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي" ، إلا إذا لم يكن للمتصرف وارثاً يخلفه في ماله⁽²⁾ ، أما إذا تمت لغير وارث فتعقد صحيحة و نافذة في ثلث التركة داخلاً فيها الحق الموصى به وما زاد على الثلث توقف على إجازة الورثة للوصية تطبيقاً لنص المادة 185 من قانون الأسرة ، إلا أنه قد يتصرف المورث بالهبة أو الوقف أو يبرأ مديناً له من الدين فكل هذه التصرفات التبرعية إذا ما تمت للوارث لا تجوز ، و تتوقف على إجازة الورثة بعد وفاة ومورثهم المتصرف ، و يجب النظر فيها بنوع من التدقيق لتسهيل التطبيق القضائي حال النزاع⁽³⁾ .

(1) د.وحيد الدين سوار ، المرجع السابق ، ص.79 .

(2) إن الدولة وراثية لمن لا وارث له و يقابل في الشريعة الإسلامية ما يعرف ببيت مال المسلمين فتطرح إشكالية معارضة الدولة و حق طعنها في تصرف المريض الذي لا وارث له ، إذ أن هذا الحق يقتصر على الوارث باعتبار الحماية فحورت له ، باعتبار أعيان التركة تعلقت بحال المورث المريض . أ.عامر رشاد السيد ، المرجع السابق ، ص.97 .

(3) د.عبد الرزاق السنهوري ، الجزء التاسع ، ص.224 .

المبحث الثاني

تبرعات تلحق بحكم الوصية في مرض الموت

بيّنت قرينة المادة 776 من القانون المدني أنّ كل تصرفٍ بنيّة التبرع يأخذ حكم الوصية ، فمن بابٍ أولى أنّ التصرفات التبرعية الصريحة من هبة و وقف و إبراء و نحو ذلك تأخذ نفس الحكم ، لأنّ المتصرف لا يأخذ مقابلاً لما يعطي و هي أكثر التصرفات ضرراً به منها ما هو منجز حال الحياة كالهبة و الإقرار ، و منها ما هو مضاف لما بعد الموت كالوقف و الأمر سيان في المساس بحقوق الورثة لإشراف المريض على الوفاة⁽¹⁾ .

وعلى هذا الأساس نتولى دراسة هذا المبحث وفق المطالب التالية :

المطلب الأول : أحكام الهبة في مرض الموت .

المطلب الثاني : أحكام الوقف في مرض الموت .

المطلب الثالث : أحكام الإبراء و الإقرار في مرض الموت .

(1) على أن الهبة أو الحبس متى لم يثبت قيامهما في مرض الموت لا يثنى إنطلاقهما بدعوى مساسهما بحقوق الورثة ، و بهذا قضت المحكمة العليا في قرار لها : " من المقرر شرعاً أن التدخّل في إرادة الواهب أو الحبس فيما وهبه أو حبسه أو على من وهب أو حبس أو على من حرّمه من الإرث ، هو تدخّل يتجاوز حدود و صلاحيات القاضي و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ تحرقاً للقواعد الشرعية و القانون - و لما كان من الثابت في قضية الحال - أن الواهب وهب أملاكه في سنة 1930 و وقعت حيازتهم لها وقت ذلك فإنّ قضاء المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف فيه و من جديد القضاء بإبطال الهبة يخالفوا القواعد الشرعية و استوجب بذلك نقض قرار " ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار تحت رقم 47072 المؤرخ في 1988.03.14 ، المجلة القضائية العدد 1 لسنة 1991 ، ص. 39 .

المطلب الأول : أحكام الهبة في مرض الموت

أولاً : الهبة في مرض الموت

تعريف الهبة :

تنص المادة 202 من قانون الأسرة : " الهبة تملك بلا عوض و يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف على إنجاز الشرط". على ذلك بوصف الهبة تملك بلا عوض في الحال كانت من أشد التبرعات الضارة بالتصرف ضرراً محضاً ، و يحيطها المشرع بضوابط هامة لا سيما تلك المتعلقة بأهلية التبرع ، و أنها تعتبر العقد العيني الوحيد في التشريع الجزائري و يشترط المشرع فيها الرسمية للإنعقاد طبقاً لنص المادة 206 من قانون الأسرة ، و لا تتم بموجب عقد عرفي⁽¹⁾ ، فإذا كان الواهب أهلاً للتبرع من غير المرض جاز له أن يهب شرعاً و قانوناً كل ماله لمن يشاء وارثاً كان أو أجنبي ، طبقاً للمادة 205 من قانون الأسرة التي تنص : " يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءاً منها عيناً أو منفعة ، أو ديناً لدى الغير " ، و قضت محكمة النقض المصرية " التحايل الممنوع على أحكام الإرث لتعلقه بالنظام العام هو ما كان متصلاً بقواعد التوريث و أحكامه المعتبرة شرعاً ، كإعتبار شخص وارث وهو في الحقيقة غير وارث وما يتفرع عن الأصل من التعامل في التركات المستقبلية كإيجاد ورثة قبل وفاة المورث..."⁽²⁾.

و يترتب على ذلك بداهة أن الهبة الصادرة من المورث في حال صحته لأحد ورثته ، تكون صحيحة لخروجها من نطاق التحايل على قواعد الإرث ، إلا أن تصرفات الشخص لا تنقيد إلا ابتداء من مرض الموت ، و يحق لصاحب المصلحة الطعن فيها بعد الوفاة لأن صفة الوارث التي تخول له حقاً في التركة لا تثبت له إلا بهذه الوفاة⁽³⁾.

(1) قضت المحكمة العليا في قرار لها : " من المقرر قانوناً بأن العقد العرفي للهبة هو مخالف للمادة 206 من قانون الأسرة ، و من ثم فإن المجلس تجاوز حدوده ، و ذلك باعتباره عقد الهبة وصية و هذا لا يصح حسب قواعد الشريعة الإسلامية ، كما ذكر الشيخ خليل في الجزء الرابع ، الصفحة 92 و مابعداً بقوله : " لا يجوز وصية الزوج لزوجته " و بهذا فإن قضاة الموضوع مخالفوا قواعد الشريعة الإسلامية ، و من ثم تعين نقض القرار " ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار تحت رقم 45377 المؤرخ في 1987.04.20 - غير منشور - ، مشار إليه مرجع لـ د. بلحاج العربي ، مبادئ الإجتihad القضائي ص. 191 .

(2) د. عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، فقرة 100 ، ص. 174 .

(3) د. عبد الرزاق السنهوري ، عقد البيع و المقايضة ، المرجع السابق ص. 316 .

ثانيا: خضوع الهبة في مرض الموت إلى أحكام الوصية

تنص المادة 204 من قانون الأسرة : " الهبة في مرض الموت و الأمراض و الحالات المخيفة

تعتبر وصية" .

بادئ ذي بدء نرى أن المشرع أضاف حالة لم تتطرق لها جلُّ التشريعات أو الفقه الإسلامي ألحقها بمرض الموت فيما سماها بالحالات المخيفة⁽¹⁾ ، و لعلَّ هذا الوصف هو حكمٌ غريب يحتاج إلى تفسير من قبل القضاء من خلال الاجتهاد⁽²⁾ ، و يعد الخيراء بعد تعيينهم بحكم قضائي حال نزاع قائم هم أدرى الناس لتفسيرها كالأطباء ، أما عن حكم الهبة في مرض الموت فإنَّ المشرع أعطاهها بنص صريح حكم الوصية ، و على هذا الرأي قال الجمهور إذ اعتبروا أنَّ الواهب المريض مرض الموت تأخذ هبته حكم الوصية ، و بذلك إذا كانت الهبة لو ارث فلا تنفذ إلا بإجازة الورثة و العبرة بصفة الوارث وقت الموت لا وقت الهبة ، و سواء تمت بأقل من الثلث أو أكثر منه لأن الهبة في مرض الموت وصية ، و أنه لا وصية لو ارث لتحقيق إيثار بعض الورثة على البعض الآخر طبقا نص المادة 189 من قانون الأسرة⁽³⁾ .

هذا و أنَّ الإجازة التي تصدر من الورثة يجب أن تتم بعد الموت ، فلا معنى لها قبل وفاة المريض ، أما إذا تمت لغير وارث فإنها تجوز في ثلث التركة وقت الوفاة داخلا فيها الشيء الموهوب و ما زاد على الثلث توقف على إجازة باقي الورثة بعد وفاة الواهب المريض ، تطبيقا لأحكام الوصية المادة 185 من قانون الأسرة ، و يجب عليه أن يرد إلى التركة ما جاوز الثلث .

(1) جاء في قرار مجلس البلدية : " ... حيث أن المشرع لم يبين مساهمي الحالات المخيفة و لذا و حسب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في

تعريف مرض الموت ، ذلك أن مرض الموت من مسائل الأحوال الشخصية ... " الملحق ، ص.ص. 121 ، 124 .

(2) د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، قواعد تفسير العقد ، الطبعة العربية الحديثة ، 1977 ، ص. 5 .

(3) يشترط فقهاء الحنفية أن يكون الموهوب له قد قبض الهبة و إلا بطلت وهو رأي يخالف لنص المادة 777 مدني ، الخاصة بالتصرف لو ارث مع

الإحتفاظ بالحيازة و الإنتفاع مدى الحياة خاصة إذا انصبت الهبة على ملكية الرقعة فقط لا سيما و أن الحيازة تبقى في جانب التصرف لدى حياته ،

و ليس أدل من ثبوتها من التنصيص عليها في العقد الرسمي إضافة إلى أن المشرع في متن هذه المادة يعطي إمكانية إثبات عكسها ، و هو أمر متعذر

بدعوى الاستحالة القانونية لما للعقد الرسمي من حجية ، وهو تطبيق معمول به لدى بعض الموثقين - أنظر أكثر - أ. شعبان محمد ، مجلة الموثق العدد 4

لسنة 1998 ، ص. 31 ، هذا و قد قضت المحكمة العليا في قرار لها : " ... يجب نقض القرار الذي صحح عقد الهبة لم تتم الحيازة فيه ، هذه الحيازة

التي هي شرط لتمام العقد ، قال مالك رحمه الله : " لا بد من الحيازة في المسكون و الملبوس فإن كانت دار سكناه خرج منها " ، غرفة الأحوال

الشخصية قرار تحت رقم 25554 المؤرخ في 1982.08.02 نشرة القضاة عدد خاص لسنة 1982 ص. 225. مشار إليه بمرجع ل. د. بلحاج العربي ، مبادئ

الاجتهاد القضائي ، المرجع السابق ، ص. 198 .

المطلب الثاني : أحكام الوقف في مرض الموت

الملاحظ أنَّ المشرِّع لم يتطرق إلى كلِّ التصرُّفات التبرُّعية للمريض مرض الموت ، شأنه شأن معظم القوانين العربية و بخلاف الشريعة الإسلامية التي اعتبرت و أنزلت وقف المريض مرض الموت منزلة الوصية ، و اعتبرته من ثلث المال المتبرع على أساس أنه تبرع تتراخى آثاره ما بعد الموت⁽¹⁾. و الجدير بالذكر أنه أدرج الوقف في الفصل الثالث من الكتاب الرابع لقانون الأسرة المواد 213 - 219 منه ، ثم صدر بعد ذلك قانون خاص بالأوقاف⁽²⁾ رقم 10/91 مؤرخ في 27 أفريل 1991 و تنص المادة 222 من قانون الأسرة : "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" ، و عرفت المادة 04 من قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف الوقف مايلي : "الوقف عقد إلزام تبرع صادر عن إرادة منفردة ..."⁽³⁾.

على هذا الأساس تطبيقاً لأحكام الشريعة الإسلامية يأخذ الوقف في مرض الموت حكم الهبة في مرض الموت و تسري عليه أحكام الوصية ، و يجب في ذلك إعمال حالات التفرقة بين الوقف للوارث أو لغير وارث و ما إذا كان الوقف يخرج عن ثلث التركة أو يساويه أو يزيد عنه أو كان المريض مديناً أو غير مدين ، إلا أنَّ المشرِّع لم يأت بالوقف في مرض الموت سوى فيما تعلق بحقوق دائني المريض الواقف ، فقد جاء في المادة 32 من قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف مايلي : " يحق للدائنين طلب إبطال وقف الواقف في مرض الموت و كان الدين يستغرق جميع أملاكه" و تستوجب المادة 41 منه توثيق الوقف إذ تنص : " يجب على الواقف أن يقيّد الوقف بعقد لدى الموثق و أن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسَّجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات لها ... " و بذلك إذا مات

(1) أ.عامر رشاد السيد ، المرجع السابق ، ص.122 .

(2) القانون رقم 10/91 المؤرخ في 12 شوال 1411 الموافق لـ 27 أفريل 1991 يتعلق بالأوقاف ، جريدة رسمية رقم 21 لسنة 1991 .

(3) جاء في قرار المحكمة العليا : " إن الحبس هو عقد خصه الفقه و قيده بشروط خاصة ، مما لا يمكن اعتباره كالوصية ، بل عقد صحيح يخضع لإرادة الحبس ، و لا يمكن إبطاله بأي وجه من الأوجه ما دام أن مؤسسه بناء على قواعد فقهية ثابتة ، كان معمول بها آنذاك ، و لا يعاب عليهم إختيار مذهب في ذلك و لا إخراج من شاء من الحبس عليهم " ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار تحت رقم 42791 المؤرخ في 1986.05.05 - غير منشور ، مشار إليه بمرجع ل: د.بلحاج العربي ، مبادئ الإجتهااد القضائي ، المرجع السابق ، ص.206 ، و ما تجب الإشارة إليه أن هذا القرار يقف في وجه التعليق المثار من قبل بعض الشراح فيما يخص قانونية الوقف الذي يحرم الإنانث ، و من ذلك ما ذهبت إليه د.زواوي فريدة من أن : "الوقف كما هو عليه تشجيعاً على التحايل على الميراث ... " ، مقالها تحت عنوان "الوقف الخاص وجهة نظر في وضعيته الحالية" ، مجلة الموثق ،

العدد 5 لسنة 1998 ، ص.39 .

المريض وكانت تركته مستغرقة بالديون فلدائن إبطال الوقف و استيفاء ديونه من ثمن الموقوف ، و دون الدخول في دقائق الأمور إلتراما منا بالموضوع فإننا نورد رأي المالكية في هذه النقطة .
ذهب المالكية إلى أن المريض إذا أوقف على بعض الورثة حكم ذلك حكم الوصية ، فيلزم لنفاذ إجازة باقي الورثة فإن لم يجزوها بطل الوقف كله ، أما إذا كان الموقوف عليه أجنبياً أو غير وارث ، و مقدار الموقوف لا يزيد على ثلث التركة ، بقي الوقف على حاله لازماً و يعامل كالوصية ، و ينفذ من الثلث أما إذا كان أكثر من الثلث توقف لزوم وقفه على إجازة الورثة ، فإن أجازوه نفذ الوقف كله ، أما إذا أجاز البعض دون البعض الآخر نفذ الوقف في حصة من أجاز و بطل في حصة من لم يجز ذلك أن هذا الأخير حق للورثة ، و بهذا قال الحنفية و الحنابلة⁽¹⁾ ، و تطبيقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية قضت المحكمة العليا في قرار لها : " حيث أن المحبس كان عمره 99 سنة و لم يختلف الطرفين في ذلك ، و أنه كان مريضاً و أعمى مما يجعل عقد حبسه باطل لقول الشيخ خليل ، الجزء الرابع ص. 77 ، و إن المتخصصين متفقين على أن المحبس كان مريضاً لذلك فعقد المحبس المورخ في 1965.07.07 باطل و أن المحبس عليه من الورثة "⁽³⁾ .

هل ترفع على ناظر الوقف دعوى إبطال الوقف ؟!

بموجب المادة 33 من قانون الأوقاف 10/91⁽²⁾ يتولى ناظر الوقف إدارة الأملاك الوقفية ، فلا يصح رفع دعوى عليه و مخاصمته ، بل يجب إختصاص مستحقه لأن الناظر ليس بالوكيل عنهم .
و لعلّ الملاحظ أن المشرع انفرد في قانون الأوقاف بتبيان و حماية دائني المريض من تصرفاته التي يجريها في مرض موته تطبيقاً لأحكام المادة 32 من قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف ، و هو حكم سليم كان من الأجدر أن يعمم في القانون المدني على جميع التصرفات الأخرى ، على أساس أن التركة لا تسلم من حق الدائن تبعاً للقاعدة : " لا تركة إلا بعد سداد الديون "⁽⁴⁾

(1) أ. عبد الرؤوف مصطفى العلونة ، تصرفات المريض مرض الموت في الشريعة الإسلامية ، جامعة الأردن 1994 ، ص. 77 .

(2) بل لحسن سير إجراءات الدعوى عادة ما تتم العريضة شكلاً بحضور ناظر الأوقاف ، و يكلف بالحضور طبقاً للقانون .

(3) غرفة الأحوال الشخصية ، قرار تحت رقم 46546 الصادر بتاريخ 1988.11.21 ، المجلة القضائية العدد 2 لسنة 1991 ، ص. 60 .

(4) تجعل الشريعة الإسلامية حق الدائنين متعلق بأموال الميت من وقت نزول المرض ، فلا ينتج عليه بأي تبرع صدر في هذا المرض إذا كانت التركة مستغرقة للدين - حيث يكون لهم أن يقتصوا ديونهم من ثمن المال التبرع به باعتباره من أموال التركة ، و في هذه الحالة لا يأخذ من صدر له التبرع وهو في حكم الموصى له و لا الورثة شيئاً ، لمزيد أكثر أنظر د. فرج الصادة ، المرجع السابق ، ص. 836 .

المطلب الثالث : أحكام الإبراء و الإقرار في مرض الموت

نبين هذا المطلب في نقطتين نخصص الأولى لأحكام الإبراء في مرض الموت ، و الثانية لأحكام الإقرار في مرض الموت مع تبيان موقف القضاء في ذلك كما يلي :

أولا : أحكام إبراء المريض مرض الموت

يلحق بالهبة و الوقف في مرض الموت حالة الإبراء في مرض الموت ، إذ تنص المادة 306 من القانون المدني على أنه : " تسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع ... " ولا اتحاد نية التبرع الصريحة فإن نزول المريض مرض الموت عن دينه يأخذ حكم الوصية ، ففي هذا تطبيق لأحكام الشريعة الإسلامية⁽¹⁾.

فإذا أبرأ المريض مرض الموت أحد ورثته من دينه أو كان له ورثة آخريين ، فلا ينفذ الإبراء إلا بإجازتهم سواء ساوى الثلث أو فاقه أو أقل منه ، أما إذا كان المبرأ أجنبي عن المريض فإنه ينظر إلى مقدار الدين المتنازل عنه إلى التركة ، فإن لم يتجاوز ثلث التركة نفذ الإبراء و إن لم يجزه الورثة ، أما إذا تجاوز الثلث فإن الزائد منه يكون موقوفاً على بقية الورثة ، ذلك أن الإبراء وصية و قضاء الدين مقدّم على الوصية ، فإذا أجاز الدائن الإبراء فإن إجازته تعد إبراء للميت عن الجزء الذي أجازته فقط ، و على ذلك إحتياج إلى إجازة الزائد على الثلث⁽²⁾ ، ولعلّ الحماية الملحوظة للدائنين تكلفها قاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون ، باعتبارها قاعدة توازن بين مصلحة الوارث و الدائن و المورث نفسه ، بل قد يصل مداها إلى حماية استقرار التعامل بإعتباره أسمى الأهداف في كل تشريع .

ثانيا : أحكام الإقرار في مرض الموت

إقرار المريض أو الصحيح هو إخبار بحق لغيره عليه و هو أقوى أدلة الإثبات ، و جاءت أحكامه بالمواد 341 و 342 من القانون المدني بالإقرار حسب نص المادة 341 هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه و ذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الوقائع ، فلم يرد بشأن إقرار المريض مرض الموت نص خاص في القانون المدني⁽²⁾.

(1) أ. عبد الرؤوف مصطفى العلونة ، المرجع السابق ، ص. 113 .

(2) أ. عامر رشاد السيد ، المرجع السابق ، ص. 135 .

(3) د. أنور طلبة ، المرجع السابق ، ص. 79 .

و من ثمَّ فإنَّه بناءً على أحكام المادة 1 فقرة 2 منه ، نسترشد الحكم من أحكام الفقه الإسلامي و الراجح فيه أن الإقرار لأجنبي نافذ من كل المال إلا إذا وجد من القرائن ما يجعل هذا الإقرار أمراً صورياً ، أما الإقرار للسوارث بالرأي الراجح هو أنه كالإقرار لأجنبي سواء ، و لا يتوقف على تصديق الورثة ما لم توجد قرينة يعتمد عليها في إثبات التبرع لما ثبت عن النبي عليه الصلاة و السلام : " لا وصية لوراثٍ و لا إقرار له بذلك " ، لأنَّه إذا لم يكن ذلك يكون في نفي الإقرار له مضرّة و القاعدة الأصولية " لا ضرر و لا ضرار " ⁽¹⁾ ، و قد جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي : " ... حيث أنه من المقرر فقهاً و اجتهاداً أن لا يجوز التمسك بإقرار البائع أنه قبض ثمناً و لو ذكر ذلك في عقد البيع ، لأن هذا الإقرار من المريض مرض الموت ، و لا يعتد به لأنَّ الشبهة قائمة بين البائع و المشتري أنهما متواطئان على تصوير أن هناك ثمناً دفع ، و حيث أن القرار المطعون فيه مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية في إقرار المريض مرض الموت ، مما يتعين نقضه " ⁽²⁾ .

و في نفس السياق جاءت أحكام المحاكم المصرية إذ قضت في حكم لها أن : " النصوص الشرعية متضافرة على أن إقرار الإنسان في مرض موته بدين أحد ورثته به يكون موقوفاً على إجازة باقيهم فإن أجازوه كان معتبراً و إلا فلا " .

و كذلك حكم آخر لنفس المحكمة جاء فيه : " مثل البيع في مرض الموت الإقرار فيه فإذا كان لوارث توقف نفاذه على إجازة باقي الورثة إلا ما استثني " ⁽³⁾ .

(1) أ. عامر رشاد السيد ، المرجع السابق ، ص 134 .

(2) غرفة الأحوال الشخصية ، قرار تحت رقم 33719 المؤرخ في 1984.07.09 ، المجلة القضائية ، العدد 3 لسنة 1989 ، ص 53 .

(3) قضت محكمة النقض المصرية بنوع من التفصيل في إقرار المريض مرض الموت حكماً مفاده : " ... الأصل في إقرارات المورث أنها تعتبر صحيحة و ملزمة لورثته ، حتى يقيموا الدليل على عدم صحتها ، و إذا كان القانون قد أعفى من يضار من الورثة بهذه الإقرارات من الدليل الكتابي في حالة ما إذا طعنوا بأنه في حقيقته وصية ، و أنه قصد به الإحتيال على أحكام الإرث ، فليس معنى هذا أن مجرد طعنهم بكفي لإهدار حجية هذه الإقرارات ، بل يجب لذلك أن يقيموا الدليل على عدم صحتها بأي طريق من طرق الإثبات ، و متى عجزوا اعتبرت صحيحة " ، إلا أن الدفع بمرض الموت متى أثبت الوارث هذا المرض إنتقل إلى المتصرف إليه عبء إثبات أن الإقرار صحيح و نفي شبهة الغشابة لصالحه . في هذا المعنى - أنظر - د. الشواربي ، المرجع السابق ، ص 169 و ما بعدها .

المبحث الثالث

موقف ورثة المريض من التصرف التبرعي في مرض الموت

باعتبار أنّ التصرف التبرعي الصريح ضار بالوارث ضرراً محضاً من وجهين ، الأول كونه صادر في مرض الموت و الثاني أصل فيه يتعلق بالتبرع و افتقار الذمة ، وحبب أن يتخذ الوارث موقفاً قانونياً في ذلك يكفل له الحماية ، لذلك نبين المبحث في مطلبين هما :

المطلب الأول : ورثة المريض مرض الموت في حكم الغير .

المطلب الثاني : عدم سريان التصرف في حق الوارث الطاعن .

المطلب الأول : ورثة المريض مرض الموت في حكم الغير

بناءً على مبدأ نسيئة آثار العقد فإن آثاره تنصرف بين المتعاقدين و خلفهما العام تأسيساً على أحكام المادة 108 من القانون المدني التي تنص : " ينصرف العقد إلى المتعاقدين و الخلف العام ، ما لم تبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون أنّ هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث " .

و يراد بالخلف العام : الوارث و الموصي له بجزء معين من التركة كالربع أو الثلث⁽¹⁾ ، و يعطي الدكتور علي علي سليمان تفسيراً لعبارة : "... مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث ..." المحتواة في صدر المادة 108 من القانون المدني السابقة : "... أنّ القانون أعطى للورثة حق الطعن في تصرفات مورثهم إذ أبرمها وهو في مرض الموت ، فلا تسري في حقهم هذه التصرفات إذ أثبتوا أنّها تمت خلال مرض الموت ، بل تعتبر في حكم الوصية و تجري عليها أحكامها ..." ⁽²⁾ .

(1) د. علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام ، المرجع السابق ، ص 86 .

(2) د. عبد النعم فرج الصلدة ، المرجع السابق ، ص 817 .

و يكتسي تاريخ التصرف القانوني الصادر من مورثهم المريض أهمية بالغة بالنسبة إلى تحديد آثار العقد للورثة و الدائنين و مصلحة جوهريّة للطعن في صحة هذا التاريخ المدون على الورقة ، أو السند المثبت للتصرف المطعون فيه ، بالنظر إلى بداية المرض و الوفاة ، و لعلّه من الثابت عملياً أنّ السلف المورث لتفادي أحكام القانون الأمرة و تصرفات المريض مرض الموت ، من التقييدات الواردة في ذلك غالباً ما يعمد إلى تقديم تاريخ تصرفه الماس بحق الخلف ، و يجعله سابقاً على انتقال الحق على المرض أيضاً ، حتى ينصرف أثره إلى الخلف و يحتج عليه بالمحرر الذي تضمنه⁽¹⁾ .

فمن المقرر قانوناً أنّ الورثة خلفاً عاماً لمورثهم و لا يعتبرون في حكم الغير في تصرفات مورثهم ، و أنه تبعاً لذلك لا يجوز للمتعاقدين أو عاقدتهم إتيان إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة . إلا أنه متى صدر التصرف في مرض الموت ، و أثبت الورثة ذلك إعتيروا من الغير و لهم إثبات ذلك بكافة وسائل الإثبات ، وهذا إستثناء من الأصل مبني على اعتبار أنّ اللوارث حقاً شخصياً في تركة مورثه لا يستمدّه منه و إنما من القانون مباشرة ، و من باب أولى يثبت حقه في الثلثين ، فلا يستطيع تبعاً لذلك أن يحسّ هذا المقدار سواً بالوصية كما ورد بنص المادة 185 من قانون الأسرة ، أو بأيّ تصرفٍ آخر ينطوي على تحايل على نظام الإرث⁽²⁾ .

وتنص المادة 02/776 : " على الورثة أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد يصدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ، و لهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، و لا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً"⁽³⁾ .

(1) بالتفصيل يرجع إلى الفصل الأول من الباب الثاني من هذا البحث .

(2) د. رمضان أبو السعود ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، المرجع السابق ، ص 197 .

(3) د. وحيد الدين سوار ، المرجع السابق ، ص 78 .

و بموجب هذه القرينة إعتبر المشرع أنّ أيّ تصرف قانوني يقع في مرض الموت بقصد التصريح يعتبر مضافاً إلى ما بعد الموت ، و تسري عليه أحكام الوصية بفض النظر عن التسمية التي يعطيها المتعاقدين ، فعدم الاحتجاج بتاريخ العقد يعني أنّ الورثة من الغير ولا يسري عليهم ما يسري على الخلف العام ، و لا يحتج عليهم بالتاريخ الثابت بها خلافاً للواقع ، بل وخلافاً للقانون بما تقضي به المادة 328 من القانون المدني التي تنص : " لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت ... " .

و التاريخ الثابت يكون بتسجيله ، فقد جاء شرح للأستاذ سليمان مرقس على الأشخاص الذين يعتبرون من الغير بأنهم يكتفي منهم التمسك بعدم ثبوت تاريخ المحرر العرفي بوجه رسمي و لا يطالبون بإقامة الدليل على عدم صحته ، وذلك فإنه بإلقاء عبء إثبات التصرف على الورثة في صدر المادة 776 ، يجعل النعي القانوني لا يستقيم بين المادتين 328 و 776 من القانون المدني⁽¹⁾ ، إلا أنه لسريان هذا الحكم لا بدّ من الورثة الطاعنين أن يثبتوا مايلي :

أولاً : إثبات أنّ المورث المتوفي كان في مرض الموت .

ثانياً : إثبات أنّ تاريخ التصرف وقع في مرض الموت .

أولاً : إثبات أن المورث المتوفي كان في مرض الموت

مرض الموت واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة وسائل الإثبات بما فيها البيّنة و القرائن ، و يقع عبء ذلك على الورثة ، فالبيّنة على من ادعى⁽¹⁾ ، و تنهض الشهادات الطبيّة دليلاً قوياً لا سيّما تلك الموقعة من مصالح الطبّ الشرعي المؤهلة لذلك⁽²⁾ على أساس أنّ الطبيب مختص و مؤهل للقول في مثل حالات المرض ، و غالباً ما يركن قضاة الموضوع لهذه الوسيلة و يعتبرونها دليلاً حاسماً في الدعوى ، و تدّعم في مثل هذه الحالات إذا ما التمس المدعي إجراء تحقيق - و غالباً ما يتم هذا - بشهادة الشهود الذين عايشوا المتوفى في آخر أيامه⁽³⁾ .

(1) د. فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص 837.

(2) قرار المحكمة العليا ، المرجع السابق ، الشكّة التفضيلية عدد 2 - سنة 1996 ص 811.

(3) قضت المحكمة العليا في قرار لها : " ... حيث أنه إذا كان شرط مرض الموت في إنطاله الهبة مسألة قانون ، فإن حصول هذا المرض يجب إثباته ، و بما أن قضاة الموضوع لما حكموا بإبطال الهبة المتنازع عليها دون إجراء تحقيق للتأكد من أن الهبة صدرت من الواسب و هو في مرض موته لم يسبوا قرارهم تسيباً كافياً مما يستوجب نقضه " ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار تحت رقم 41111 المؤرخ في 1986.05.05 - غير منشور - مشار إليه في د. بلحاج العربي ، مبادئ الإجتهد القضائي ص 179.

بل وقد يلجأ قضاة الموضوع إلى القرائن في ذلك ، كأن يوثق العقد قبل الوفاة بمدة قليلة ويشهر بعد الوفاة و تنتقل الملكية نقلاً تاماً⁽¹⁾.

ثانياً : إثبات أن تاريخ التصرف وقع في مرض الموت

يتعين تبعاً للشرط الأول المتعلق بإثبات مرض الموت ، إثبات أن تاريخ التصرف وقع فيه للمقارنة بينهما ، فإن كان التصرف سابقاً عن المرض إعتبر تصرفاً صحيحاً ولا اعتراض للورثة عليه بهذا الوجه ، أما إذا كان لاحقاً للمرض في هذه الحالة تسري عليه أحكام التصرف التبرعي في مرض الموت ، و لأجل ذلك تخضع لأحكام الوصية .

غير أن المشكل الذي يصادفنا هو كيف يمكن إثبات تاريخ التصرف ، و ما الذي يترتب على ثبوت التاريخ لتحديد موقف الورثة من ذلك من ناحية القانون بشكل أدق ؟ . و ما يهمننا في ذلك هي مسألة التصرف في مرض الموت و تاريخ السند المثبت له بين الوجه الرسمي و العرفي .

تنص المادة 02/776 من القانون المدني : " وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني صدر عن مورثهم و هو في مرض الموت ، و لهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، و لا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً " .

و بمفهوم المخالفة للمادة 2/776 أنه إذا كان تاريخ السند ثابتاً رسمياً يحتج على الورثة بذلك و بما جاء في مضمون العقد⁽²⁾ ، و عليه يجب أن نفرق بين إثبات التصرف في سند رسمي ، و إثباته بسند عرفي .

1. إثبات التصرف في سند رسمي

السند الرسمي أوسع في المعنى القانوني من العقد الرسمي ، و يتسع ليشمل الأحكام القضائية و العقود الرسمية ، و يختص بدراسة العقد الرسمي كسند مثبت للتصرف لإعتماده و شيوعه ، و نبين بوجه أخص ورود هذا العقد على العقار لما يشيع في العمل من قيام التصرفات القانونية عليه تبعاً لأهميته .

(1) انظر قرار محكمة النقض إذ جاء فيه : " ... و لما كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن تقدير أقوال الشهود في الدعوى و استنباط القرائن القضائية فيها من المسائل الموضوعية التي يستقل بها قاضي الموضوع ، و يعتمد عليها في تكوين عقيدته و لا رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض ، و لما كان كذلك و ماتتهى إليه القرار المطعون فيه من أن أسبقية التسجيل تلت واقعة الوفاة مما ينهض تقديراً لقيام واقعة الموت... " ، د. عبد الحميد الشواربي و المستشار عز الدين الدناصوري ، الصورية في ضوء الفقه و القضاء ، المرجع السابق ، ص. 39 .

(2) د. وحيد الدين سوار ، المرجع السابق ، ص 78 .

1.1. مفهوم العقد الرسمي

تنص المادة 324 مدني على ما يلي : " العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ظابط عمومي ، أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تمّ لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن ، و ذلك طبقاً للأشكال القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه " ، ما نبيّنه في هذه المادة أنّ تاريخ التصرف الذي يكون قد وقع في مرض الموت يثبت في عقد البيع ، الهبة أو الوصية التي يكون قد حرره الموثق أو الشخص نفسه في الحالات التي يعتدُّ بها ، و تاريخ تلك الشّهادات الطبيّة التي تقدّم من المصالح الطبيّة ، لا سيّما الطب الشرعي ، يتبع ثبوت مضمون العقد و حجّيته .

2.1. حجّية العقد الرسمي

تنص المادة 325 مكرر 5 : " يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ... " و أنّ العقد ملزم بين طرفيه و لورثتهما و ذوي الشأن ، فتبعاً لهاتين المادتين إذا ما تمت الهبة في الشكل الرسمي بناءً على نص المادة 206 من قانون الأسرة ، أو تمّ الوقف في ذات الشكل بناءً على نص المادة 41 من قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف ، فإنّ تاريخ التصرف يثبت رسمياً كما يثبت محتواه ، و الثابت أنّ النصوص القانونية صريحة في إشتراط "الشكلية الرسمية" ، الشّهر لدى المصلحة المختصة بالمحافظة العقارية" في جميع التصرفات الواردة على العقار سواءً بموجب المادة 12 من الأمر المتعلق بالتوثيق الصادر بالأمر 91/70 الملغى⁽¹⁾ ، و التي تقابل المادة 324 مكرر من القانون المدني التي استحدثت بموجب تعديل 14/88 من القانون المدني ، و على ذلك إذا كان تاريخ التصرف ثابتاً على الوجه الرسمي يجعل المتصرف له يمتدّ بتاريخ العقد المثبت لتصرفه ، لا سيّما إذا ما تمّ قبل مرض موت المورث المريض ، و لا يقدّح ذلك طعن الوارث بأنّ المتصرف تواطى في تقديم تاريخ التصرف .

فإذا ما تمت الهبة و توثقت و اكتملت أركانها صحت و أصبح المتصرف إليه مالك للعين الموهوبة ، فيصعب على الوارث بذلك إثبات عكس ما ورد في هذا العقد الرسمي .

(1) ألغى هذا الأمر و استحدث قانون التوثيق 27/88 ، المؤرخ في 12 يوليو 1988 ، و لم تأت به هذه المادة كما هي بل بقي النص عليها في القانون

المدني ، المادة 324 مكرر منه .

و أمام ثبوت تاريخ السند رسمياً ، فإنه يكون التاريخ و محتوى التصرف حجة في وجه المتعاقدين و ورثتهما ، و لا يمكن دحضه إلا بدليل مواز له ، أو بدعوى تزوير طبقاً للأشكال القانونية المطلوبة و الجهات القضائية المختصة⁽¹⁾.

2. إثبات التصرف في السند العرفي

1.2. مفهوم السند العرفي

تنص المادة 327 مدني : " يعتبر العقد العرفي صادراً ممن وقَّعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط و إمضاء ، أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ، و يكفي أن يخلفوا يميناً بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء هو لمن تلقوا منه هذا الحق " .
إن الورقة العرفية يشترط فيها شرطان الأول يتعلق بالكتابة من مصدرها و الثاني بالإمضاء ، و ذلك إثباتاً لواقعة قانونية ، و يجب أن تكون موقعة من الشخص المنسوبة إليه .

2.2. حجية السند العرفي

لا تتمتع الورقة العرفية بما تتمتع به الورقة الرسمية من حجية لأن تحريرها يتم بمعزل عن ضمانات الورقة الرسمية ، و بشروطها تكون حجة على المتعاقدين و ورثتهم ، أما بالنسبة للغير فلا بد من أن تكتسب تاريخاً ثابتاً لها ، و ذلك حسب ما قضت به المادة 328 من القانون المدني بأنه " لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت و يكون تاريخ العقد ثابتاً ابتداءً :

0 من يوم تسجيله .

0 من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام .

0 من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص .

0 من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط و إمضاء...

غير أنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف رفض تطبيق هذه الأحكام فيما يتعلق بالمخالصة " .
بموجب هذه المادة لا يجوز الإحتجاج على الغير بتاريخ الورقة العرفية ، إلا إذا كانت ثابتة التاريخ بوجه رسمي لإحتمال التواطؤ بين العاقدين بتقديم التاريخ أو تأخيرها⁽²⁾ .

(1) مقال أ. شعبان محمد بعنوان : " وجوب تطبيق الحظر القانوني على ما هو معمول به واقعياً " مجلة الموثق، العدد 4 لسنة 1998، ص 31.

(2) ونخرج من دائرة ذلك تلك العقود الواردة على عقار أو المقولات الخاصة بعد صدور أمر 58/75 المتعلق بالقانون المدني و تداعيات تطبيق المادة

12 من أمر 91/70 المتعلق بالقانون المدني و التي تقابل المادة 324 مكرر المستحدثة بتعديل 14/88 للقانون المدني .

تعارض المادتين 328 و 776 مدني فيما يتعلق بالاحتجاج بالورقة العرفية

إنَّ ما هو وارد بالمادة 776 بفقرتيها 2 و 3: "... و على ورثة المتصرف أن يثبتوا أن المتصرف القانوني قد صدر عن مورثهم و هو في مرض الموت ، و لهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، و لا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً .

إذا أثبت الورثة أنَّ المتصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت اعتبر المتصرف صادراً على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر لهم المتصرف خلاف ذلك ، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه . " ، يجعل النص معيب في صياغته إذ يفيد أن الورثة من الغير فيما يتعلق بالاحتجاج بتاريخ السند العرفي ، و يلقي عليهم في نفس المادة - 776 - إثبات صدور المتصرف في مرض الموت فهم ليسوا من الغير فيما سبق ، وهو موطن للعجز و القصور مع القواعد العامة في القانون التي تعتبر تاريخ التصرف المثبت في السند العرفي حجة على الوارث طبقاً للمادة 328 أعلاه .

و الوارث ليس من الغير بالنسبة للورقة الصادرة من مورثه ، ولقد تفلطن المشرع الكويتي حين استبعد في نص المادة 942 من القانون المدني الكويتي عبارة : " ولا يحتج على الورثة بسند التصرف إلا إذا كان ثابت التاريخ ثبوتاً رسمياً"⁽¹⁾ .

وعلى أساس ذلك فإنه يحتج على الوارث بتاريخ التصرف من مورثه ، و لو لم يكن ثابت التاريخ⁽²⁾ ، وله إثبات عدم صحة التاريخ بكافة الطرق بإعتبار تقديمه غش ، و الغش واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات⁽³⁾ .

فهذا المعنى إنَّ عبارة النص " ... لا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن ثابتاً " غير دقيقة مع أنه حسب القواعد العامة فإنَّ هذا التاريخ يحتج به حتى و إن لم يكن ثابتاً ، و إنما يكون لهم حق إثبات العكس ، بل إنَّه من المسلم به في القواعد العامة أنَّ كل شخص يكون التاريخ العرفي حجة عليه ، و يستطيع أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ ، فما الحاجة لإيراد مثل هذا الحكم البديهي في هذا النص⁽⁴⁾ .

(1) د. وحيد الدين سوار ، المرجع السابق ، هامش (1) ، ص. 78 .

(2) د. رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، هامش (1) ، ص. 217 .

(3) د. عبد الرزاق السنهوري ، جزء الثاني ، فقرة 119 ، ص. 209 .

(4) د. عبد الرزاق السنهوري ، أسباب كسب الملكية ، الجزء التاسع ، المرجع السابق ، ص. 224 .

و أورد الدكتور سليمان مرقس رأياً في ذلك قائلاً : " إنَّ الحكمة اعتبرت الوارث من الغير بالنسبة إلى أثر التصرفات الصادرة من المورث في مرض الموت ، و لاحظ أنَّ هذه الغيرية بالنسبة إلى أثر التصرفات ليست هي الغيرية بالنسبة إلى ثبوت التاريخ⁽¹⁾ ، و أبرز أنَّ الحكمة فيما يتعلق بهذه المسألة لم تكتف من الوارث بأن يتمسك بعدم ثبوت تاريخ التصرف بوجه رسمي ، بل ألفت عليه عبء إثبات صحة التصرف المدون بالورقة ، و أنَّ التصرف أبرم في مرض الموت ، فإن نجح في ذلك اعتبر من الغير بالنسبة إلى أثر التصرف و استفاد من قيود الوصية " ، فالوارث يبقى خلفاً عاماً لمورثه فيتعلق بحجّة تاريخ المحرر العرفي ، فإذا تمكّن من إثبات ما يدّعيه من عدم صحة هذا التاريخ و من وقوع التصرف في مرض الموت اعتبر من الغير بالنسبة إلى أثر التصرف .

هذا وإنَّ طعن الوارث في العقد بأنه صوري صورية مطلقة ، و أنَّ سبب الصورية ليس التحايل على الإرث و إنما إعطاء أحد الورثة مظهر الشراء فقط ، فإنَّ حق الوارث في الطعن إنما يستمد من المورث لا من القانون ولأجل ذلك له إثبات طعنه بما كان لمورثه من طرق إثبات فقط⁽²⁾ .

المطلب الثاني : عدم سريان التصرف في حق الورثة كما هو

إنَّ الأمر الذي يتحقق من جراء طعن الوارث في التصرف التبرعي الذي ثبت بالسند العرفي أو الرسمي في مرض الموت هو سريان حكم الوصية عليه ، بمعنى أنه لا ينفذ في حق الورثة فيما زاد على ثلث التركة وهو طعن موجه ضد المورث بالذات ، و بهذا ينقلب الوارث من الخلف العام إلى طبقة الغير من حيث نفاذ التصرف لا من الغير من حيث ثبوت التاريخ الذي يبقى حجة عليه حتى يثبت عدم صحته ، و قضت محكمة النقض المصرية : " إنَّ مجرد طعن الوارث على التصرف بأنه صدر في مرض الموت إضراراً بحقوقه في الإرث لا يكفي ، و على ما جرى به القضاء لإهدار حجّة التصرف ، بل يجب على الوارث أن يقيم الدليل على إدعائه ، فإن عجز في ذلك التصرف حجة عليه ، و ملزماً له ، و لا يعتبر الوارث في حالة عجزه عن إثبات طعنه في حكم الغير ، و لا يعدو أن يكون الطعن الذي أخفق في إثباته مجرد ادعاء لم يتأثر بدليل ، وبالتالي يكون التصرف حجة على الوارث ، بإعتباره خلفاً لمورثه⁽³⁾ .

(1) أ. عامر رشاد السيد ، المرجع السابق ، ص. 166 - 163 .

(2) د. عبد الحميد الشواربي و عز الدين الدناصوري ، المرجع السابق ، ص 196 .

(3) حكم بتاريخ 11 ماي 1972 بمجموعة أحكام النقض .

المبحث الرابع

تقدير القرينة القانونية الخاصة بالتصرف التبرعي في مرض الموت

صدرت في الفترة ما بعد الإستقلال مجموعة من القوانين الهامة التي نظمت أحكام المعاملات المالية بين الأشخاص ، و مدّدت بعض القوانين الفرنسية التي لا تمسُّ بالسيادة الوطنية تطبيقاً للأمر 157/62 ، وحتى صدور القانون المدني بالأمر 58/75 متطرقاً لتصرفات المريض مرض الموت من خلال القرينة القانونية الخاصة بالتصرف بنية التبرع في مرض الموت محل الشرح ، وأحكام بيع المريض مرض الموت ⁽¹⁾ و لعل ذلك يطرح إشكالية سريان هذه القرينة القانونية من حيث الزمان ⁽²⁾، فهل جاءت مستحدثة أم تطبق بأثر رجعي لا سيما أنّ القانون الفرنسي لا يعرف تطبيق أحكام تصرفات المريض مرض الموت إلا فيما يخص حالة التصرف للأطباء و الصيادلة ورجال الدين ؟.

نقسم دراسة هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : القاعدة في سريان القانون من حيث الزمان و موقع المادة 776 مدني من ذلك .

المطلب الثاني : المشاكل العملية لسريان قرينة المادة 776 مدني من حيث الزمان .

(1) د. عبد النعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص. 839 .

(2) القرائن قسمان ، قسم بتقرون بنص القانون ، و تسمى القرينة عندئذ بالقرينة القانونية ، و قسم يستبطنها القاضي من وقائع الدعوى و ظروفها و له حرية واسعة في تقديرها ، و تلك هي القرائن القضائية

أولاً : القرينة القانونية تقوم على نص في القانون يختار واقعة معروفة وثابتة ليستنبط منها واقعة غير معروفة و غير ثابتة ، و هي التي تكون محلاً للدفع بها ، و هي تغني من قررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى للإثبات ، و كرّسها المشرع في نص المادة 337 من القانون المدني .

ثانياً : القرينة القضائية فهي نتيجة يستخلصها القاضي من واقعة معلومة لواقعة غير معلومة ، و هي بهذا تعتبر أدلة إثبات غير مباشرة كرّسها المشرع بنص المادة 340 من القانون المدني ، - أنظر - د. رمضان أبو السعود ، أصول الإثبات في السواد المدنية و التجارية ، المرجع السابق ،

ص. 199 - 226 .

المطلب الأول : القاعدة في سريان القانون من حيث الزمان و موقع المادة 776 مدني من ذلك
تنص المادة الثانية من القانون المدني : " لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل
ولا يكون له أثر رجعي.....".

لم ترد في القانون الفرنسي ، قرينة المادة 776 من القانون المدني محل الشرح و الخاصة
بالتصرف بنية التبرع في مرض الموت ، بل استحدثت في القانون المدني الصادر بالأمر 58/75
المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، و أنها لم يرد بها نص خاص يؤكد سريانها بأثر رجعي⁽¹⁾ ، كان لا بد
من أن لا تطبق على جميع التصرفات التي أبرمت قبل نفاذ هذا القانون و هو 05 يوليو 1975 ،
فبمقتضى المادة 1003 منه صدر القانون المدني كاملاً بأثر رجعي إذ تنص هذه الأخيرة : " يسري
مفعول هذا الأمر ابتداءً من تاريخ 25 جمادى الثانية عام 1935 الموافق لـ 05 يوليو 1975....." ، فهل
يعني هذا تطبيق قرينة التصرف في مرض الموت المنصوص عنها بالمادة 776 قانون مدني أثناء سريان
القانون المدني الفرنسي ؟.

لعل النص بالمادة 1003 أعلاه على سريان القانون المدني بأثر رجعي فيه مساساً بالمراكز
القانونية للأشخاص الذين قد تطبق عليهم أحكام قانونية لم تعرف أثناء انعقاد التصرف ، و في هذا
إجحافاً بالنسبة للأشخاص⁽²⁾.

(1) يتحدد نطاق تطبيق القاعدة القانونية من حيث الزمن بمبدأين أساسيين ، الأول يتعلق بالأثر المباشر للقانون Effet immédiat ، و به يسري القانون
على كل الوقائع من يوم نفاذ القانون إلى تاريخ إلغائه ، و الثاني مبدأ عدم رجعية القانون و عدم سريانه على الماضي La nom rétroactivité des lois
و تثير عملية تنازع القوانين بين القواعد القانونية مشكلة عملية ، لا سيما إذا جاء القانون الجديد بقاعدة لم تكن تعرف في ظل القانون السابق (كما
هو في حالة المادة 776 مدني) - أنظر د. نادبة فضيل ، الدروس في مدخل العلوم القانونية ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ص. 97 .
(2) أ. زهدور محمد ، المرجع السابق ، ص 37.

المطلب الثاني : المشاكل العملية لسريان قرينة المادة 776 من حيث الزمان

تعتبر قرينة المادة 776 من القانون المدني الخاصة بالتصرف في مرض الموت مستحدثة في القانون المدني ، ولا يكون لها أثر رجعي إلا بقدر النص الصريح للمادة 1003 من القانون المدني التي جاءت بسريان القانون المدني بأثر رجعي إلى 05 يوليو 1975 ، وعلى هذا الأساس لا تنطبق على التصرفات التي أبرمت قبل تاريخ نفاذ هذا القانون ذلك أن : "... القرينة القانونية تكون على صلة بالناحية الموضوعية للحق ، شأنها شأن الأدلة التي تعد مقدماً وهي الأدلة الكتابية ، وتأخذ حكمها..."⁽¹⁾ ، فالدليل المكرس بالقرينة القانونية كأنه وقت الواقعة و لا فرق مع الدليل الكتابي إلا من حيث عملية الإعداد ، فالدليل الكتابي من صنع الأفراد أما القرينة تكفل القانون بإعدادها ، و عليه تخضع هذه الأخيرة لحكم القانون المطبق وقت الواقعة التي تستمد منها القرينة ، و بذلك تصلح دليلاً لصالح المدعي يغنيه عن الإثبات بطريق آخر .

و عليه كانت القرينة القانونية تتميز من حيث :

أولاً : خروجها على القاعدة العامة في الإثبات .

ثانياً : مخالفتها لمبدأ إقتناع القاضي .

أولاً : خروجها على القاعدة العامة في الإثبات

إذ بها يصبح الإثبات سهلاً فينتقل العبء الحقيقي للإثبات إلى عاتق الطرف الآخر في الخصومة ، أو قد يعفى من قررت القرينة لمصلحته من الإثبات تماماً كما في المادة 2/776 . و في هذا خروج عن القاعدة العامة في الإثبات .

ثانياً : مخالفتها لمبدأ إقتناع القاضي

المبدأ الثابت حياد القاضي في النزاع المدني إلا أنه متى توافرت شروط القرينة الخاصة بالتصرف في مرض الموت لصالح الوارث الطاعن و حسب على القاضي الأخذ بها ، دون إعمال لسلطته التقديرية لمدى مطابقتها للواقع ، لأن إعمال هذه السلطة يكون أكثر ما يكون في القرائن القضائية على أن القرينة محل الشرح هي قرينة قانونية و إن كانت تقبل إثبات العكس⁽²⁾ .

(1) د. عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 847.

(2) أحمد نشأت بك، رسالة الإثبات، الطبعة السادسة ، ص 69 .

الباب الثاني

التصرفات الساترة للوصية

تقسيم :

لما كانت حرية الإيصاء مقيّدة من ناحيتين ، إذ أنها لا تجوز للوارث حتى في حدود الثلث إلا إذا أجازها باقي الورثة طبقاً لنص المادة 189 من قانون الأسرة ، و أنها تجوز للأجنبي في حدود ثلث التركة و مازاد اقترن بحق الورثة و توقف عن إجازتهم للمقدر الزائد عن الثلث ، ذلك اعتماداً على نص المادة 185 من قانون الأسرة ، و إن مرض الموت بسبب تعلق حق الورثة بمال مورثهم المريض من نزول المرض به ، احتجبت حرية تصرفه بما هو مقيّد بأحكام مرض الموت لصالح الورثة .

هذا التقييد المزدوج يدفع بعض الأشخاص إلى التحايل على أحكام القانون ، فهم يلجؤون إلى إضفاء صفة المعاوضة على التصرف الحقيقي التبرعي في مرض الموت ، و بذلك يسترون وصياهم تحت إسم عقد البيع ، بل أكثر من ذلك قد يخلع الموصي ثوب تصرف منجز حال الحياة فيتصرف المورث لوارثه و يستثنى بطريقة ما الإنتفاع بالشيئ و حيازته مدى الحياة ، و صدأ لهذا التحايل أقام المشرع قرينتين قانونيتين في حالي التصرف في مرض الموت ، و التصرف لوارث مع الإحتفاظ بحيازة العين و الإنتفاع بها مدى الحياة ، إضافة إلى القواعد القانونية العامة المتعلقة بصورية و بتكليف و تفسير العقود ، و مجال تدخل القضاء في ذلك تطبيقاً للقانون . و لعل الأمر يتعلق من الناحية التقنية بمسألة التكليف التي تفترض العلم ابتداءً بماهية العقود المختلفة ثم تفسير إرادة المتعاقدين لمعرفة مضمونها ، و بمقابلة ما اتجهت إليه إرادتهما و الماهية القانونية لكل عقد .

و على نحو ما تقدّم نعالج الباب الثاني على فصلين ، نخصص الفصل الأول لدراسة تستر الوصية بمظهر البيع حال الصحة أو المرض ، و نخصص الفصل الثاني إلى دراسة قرينة التصرف لوارث مع الإحتفاظ بالحيازة و الإنتفاع مدى الحياة دراسة تحليلية ، نظرية و عملية لتعلقها بشبهة التحايل على نظام الإرث و ذلك كما يلي :

الفصل الأول : تستر الوصية تحت إسم البيع .

الفصل الثاني : التصرف لوارث مع الإحتفاظ بحيازة العين و الإنتفاع بها مدى الحياة .

الفصل الأول

تستر الوصية تحت إسم البيع

هروباً من تقييد حرية الإيصاء أو مرض الموت ، يلجأ المتصرف إلى ستر تصرفه التبرعي بالوصية أو في مرض الموت بتصرفٍ منجز خلافاً لما يثبت من الناحية الواقعية ، و يشيع في العمل تستر الوصية تحت إسم البيع في حالتي الصحة و المرض ، و يظهر هذا الأمر بوضوح في تشريعنا علي أساس عدَم إجازته للوصية للوراث⁽¹⁾ ، غير أننا نركّز على حالة البيع في مرض الموت ، لما للبيع من أهمية عملية تبررها أهميته كعقد مسمى في حدّ ذاته ، و إنّ المريض عادة ما يقر أنه قبض مقابلاً حتى و إن أقرّ بالثمن صورياً وهذا خلافاً للواقع ، زيادةً عن الدراسة الشكلية و الموضوعية للمواد القانونية المطبقة في هذا الفصل ، و عليه سنتطرق في دراسته إلى المباحث التالية :

المبحث الأول : البيع في مرض الموت و تمييزه عن الوصية .

المبحث الثاني : أحكام البيع في مرض الموت لوارث .

المبحث الثالث : أحكام البيع في مرض الموت لغير وارثٍ و ممن لا وارث له .

المبحث الرابع : حماية الغير حسن النية .

(1) قدم العميد السنهوري في مؤلفه الجزء الرابع - عقد البيع - مبررات في ذلك كما يلي : " ... إن باعث القضاء على التساهل في تفسير التصرف على أنه بيع أو هبة لا على أنه وصية قد انعدم ، فقد كان القضاء يرحم جانب البيع أو الهبة على جانب الوصية لما كانت أحكام الوصية تضيق عن إيصاء الوارث ، فكان القضاء يعالج بهذا التساهل عيباً في القانون ، ليصحح وصاياها ما يبررها في ظروف الأسرة تحت ستار أنها بيوع أو هبات منجزة . أما اليوم فقد عدلّ المشرع المصري من أحكام الوصية ، فأجاز الوصية لوارث فيما لا يزيد عن ثلث التركة ، و جعلها كالوصية لغير الوارث ، فلم يعد هناك مقتضى لتسمية التصرفات بغير أسمائها الحقيقية ، مادامت أنّ الوصية السافرة للوارث جائزة ، فلا محل للوصية المستترة ، ... و من ذلك تبقى قرينة احتفاظ المورث بالحيازة و بحقه بالإنتفاع بالعين مدى حياته هي الشئ الثابت في هذه المسألة و هي قرينة تقبل إثبات العكس ، فيجوز إثبات أنّ التصرف بيع أو هبة لا وصية لتقديم قرائن في هذا المعنى ، كون أنّ المشتري قاصر أو أن البائع باشر الحيازة نيابة عنه و غير ذلك من الظروف التي تعارض أنّ التصرف وصية . " ، ص 23 . هذا و إنّ مبررات العمل بخلاف ما توصل إليه القضاء المصري ، له ما يبرره في تشريعنا مادامت أنّ الوصية لوارث لا تجوز إلا بإقرار باقي الورثة ، طبقاً لما هو منصوص عنه بالمادة 189 أسرة و بالتالي يبقى المجال خصص لإعمال قرينتي المادتين 776 ، 777 مدني و أي تصرف آخر تستر به الوصية إضراراً بالوارث .

المبحث الأول

البيع في مرض الموت و تمييزه عن الوصية

قد يلجأ المتصرف إلى التصرف بالبيع للورثة و يحدث أكثر ما يحدث في مرض الموت ، و يقوم بالظهور بالبيع حقيقةً سائرًا التصرف المضاف إلى ما بعد الموت ، و قد يخرج في مظهر صوري ، و لكل أحكامه كما سنرى في هذا المبحث الذي تتولاه بالدارسة بتقسيمه أولاً فيما يخص البيع في القواعد العامة ، ثم مسألة المقارنة بين البيع و الوصية ، ثم معانية تكييف العقد بين الحقيقي و السائر لمعرفة القانون الواجب التطبيق⁽¹⁾.

المطلب الأول : عقد البيع في القواعد العامة

يعتبر عقد البيع أهم العقود المسماة تداولاً من الناحية العملية بين الأشخاص ، و أهميته تظهر من ناحية أخرى كونه العقد الأول الذي بدأ المشرع الجزائري تنظيمه بأحكام خاصة ، بل أنه أحال في الكثير من أحكامه عندما نظم بقية العقود الأخرى .

أولاً : تعريف عقد البيع

عرّف الفقهاء و منهم الدكتور شفيق الجراح عقد البيع بما يلي : " البيع عقدٌ بموجبه يقوم أحد الأشخاص و يدعى بائعاً بنقل و ضمان ملكية شيء ما أو حقاً مالياً إلى شخصٍ آخر يدعى مشترياً ، و ذلك بمقابل ثمنٍ نقدي يلتزم المشتري به"⁽²⁾ ، و أوردت المادة 351 من القانون المدني تعريفاً لعقد البيع على النحو الآتي : " البيع عقدٌ يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيءٍ أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمنٍ نقدي " ، و عرفته مجلة الأحكام العدلية في المواد " 101 - 403 " بأنه "عقد يقوم على أساس مبادلة مالٍ بمال"⁽³⁾ .

ثانياً : خصائص عقد البيع

يتضح من تعريف عقد البيع أنه يتميز بجملة من الخصائص الأساسية ، و التي هي ثمرة تمييزه عن العقود الأخرى و نوجزها فيما يلي :

(1) د. عبد الرزاق السنهوري ، الجزء الرابع ، المرجع السابق ، ص. 5 .

(2) محمد حسين ، المرجع السابق ، ص. 14 .

(3) مجلة الأحكام العدلية ، هي فقهين لأحكام المذهب الحنفي .

1. عقد البيع عقد ملزم لجانبين : إذ يلزم البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر و يلزم المشتري بأن يدفع ثمناً نقدياً آخر .
2. عقد البيع عقد معاوضة : فالبايع يأخذ ثمناً مقابل المبيع و المشتري يأخذ المبيع مقابل الثمن ، و بهذا يخرج البيع عن دائرة التبرعات .
3. عقد البيع عقد رضائي : إذ ينعقد بمجرد تراضي المتعاقدين (البائع و المشتري) ، و لم يشترط القانون لإنعقاده شكلاً خاصاً ، إلا ما استثنى بنص في ما يتعلق بالبيع العقاري أو بعض المنقولات الخاصة تطبيقاً لنص المادة 324 مكرر من القانون المدني و قوانين الشهر العقاري⁽¹⁾ .
4. عقد ناقل للملكية : فيترتب في ذمة البائع إلزاماً بنقل ملكية المبيع أو الحق المالي إلى المشتري .
5. الثمن النقدي : ما يميز عقد البيع إلزام المشتري فيه بدفع ثمن نقدي Le prix ، ويعدُّ محوراً هاماً للتمييز بين البيع و التصرفات الأخرى و من بينها الوصية فالثمن هو عبارة عن مبلغ نقدي يلتزم المشتري بدفعه للبائع مقابل نقل ملكية الحق المبيع ، و يشترط فيه أن يكون نقدياً و أن يكون جدياً و مقدراً أو قابل للتقدير .

الشرط الأول : أن يكون الثمن نقدياً

يتشترط في الثمن أن يكون نقدياً ، طبقاً لنص المادة 351 المدني ، و لا يشترط فيه أن يكون معجلاً بل قد يكون مؤجلاً كما قد يكون مقسطاً أو إيراداً مؤبداً أو لمدي حياة البائع ، و لا يصح أن يكون الثمن أوراقاً مالية كأسهم أو سندات ، أما إذا حدد الثمن نقدياً ثم اشترط أن يدفع المشتري الثمن عيناً أو سهماً أو سندات كان التصرف بيعاً ، و هذا باتفاق المتعاقدين ، و إن الأوراق التجارية من شيك و سفتحة و سند لأمر تحل في الوفاء بالثمن ، هذا و لا يمكن أن يكون الثمن سبائك ذهبية أو فضة لأنه بذلك تقترب من عقد مقايضة لا بيع .

الشرط الثاني : أن يكون الثمن جدياً

و فيه تتجه إرادة الطرفين إلى إلزام المشتري بإعتباره حقاً مقابلاً حقيقياً للمبيع ، و لا يكون الثمن جدياً إذا كان صورياً أو تافهاً أما الثمن البخس فقد ينعقد به العقد⁽²⁾ .

(1) د. محمد حسين ، المرجع السابق ، ص 29 .

(2) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، عقد البيع و المقايضة ، المرجع السابق ، ص 364 .

تبعاً لأهمية ركن الثمن في عقد البيع و في معرفة تستر البيع أو التصرف من عدّمه ، و مسألة
تكييف العقد بين حالات الهبة و الوصية و البيع ، فإننا نورد بعض حالات للثمن كما يلي :

أولاً : حالة ما إذا كان الثمن صورياً

الثمن الصوري هو الثمن المسمى في العقد لكن لا يلتزم به المشتري ، كأن يسمى ثمن ما لبيع
عقار لقاصر مع أنه لا يدفع لوالده البائع مقابل ، و بهذا يبطل البيع كبيع ، و يكيّف التصرف
حينئذ هبةً مستترة في صورة بيع و هو مناط الحديث في حينه⁽¹⁾ .

ثانياً : حالة ما إذا كان الثمن تافهاً

هو الثمن الذي لا يتناسب إطلاقاً مع قيمة الشيء المبيع ، كبيع شيء بقيمة مائة دينار و هو
في الواقع يقدر بألف دينار ، و بهذا يبطل البيع كبيع و يكيّف التصرف على أنه هبةً سافرة لها
أحكام خاصة بها تختلف إختلافاً كلياً عن البيع .

ثالثاً : حالة ما إذا كان الثمن بخساً⁽²⁾

هو الثمن الذي يقل كثيراً عن قيمة الشيء المبيع دون أن يصل إلى درجة التفاهة في الثمن ،
فهو بذلك جدي و ينعقد به البيع .

يجب في كل هذه الحالات السابقة أعمال ملاسبات و ظروف التصرف للتدليل على نوعية
العقد المقصود من التصرف دون الوقوف عند الثمن المحدد من الطرفين ، و هي من مهام القاضي
الأصيلة تخضع لمطلق تقديره مع رقابة نوعية في ما يخص السبب .

و بهذا المعنى يكون الثمن سبباً في تعاقد البائع مع المشتري ، و يفترض أن يكون سبباً
مشروعاً ما لم يقدّم الدليل على ذلك ، فإذا قام الدليل على أن المتعاقد يلتزم لسبب غير مشروع أو
لسبب مخالف للنظام العام ، أو للآداب العامة كان العقد باطلاً⁽³⁾ .

(1) من المقرر أنه إذا باع شخص لآخر شيئاً كعقار مثلاً و ثبت أن الثمن الذي أُنبت في العقد صوري ، إما لإثبات ثمن يقل عن الثمن الحقيقي أو
يزيد عنه ، و إما لتثبيت حالة كمورث باع عقاراً لابنه . ففي مثل هذه الحالات و إن تحققت الصورية فقد يقع و أن البائع و المشتري قد دونا
بالعقد ثمناً يزيد عن الثمن الحقيقي ليطأ همة الشفيع في استعمال حقه أو قصد النهرب من الضرائب و الرسوم ، أو أن يكون عقد بيع المورث لابنه
بخفي هبة أو وصية ، أو تصرفاً مضافاً لما بعد الموت . - أنظر في ذلك - د. عبد الحميد الشواربي و عز الدين الدناصوري المرجع السابق ، ص. 380 .
(2) قضت محكمة النقض في حكم لها : " لا يشترط أن يكون المقابل في عقد البيع - الثمن - متكافئاً ، مع قيمة المبيع ، بل كل ما يشترط فيه ألا
يكون تافهاً ، فالثمن البخس يصبح مقابلاً لالتزامات البائع ، و ادعاء هذا الأخير بأنه باع بما دون القيمة على علم منه بذلك تخلص من تعرض الغير
له في الأراضي المبيعة و عجزه عن تسليمها لا يكفي لإبطال المبيع إلا أن يكون قد شاب رضاه إكراه مفسد " نقض 1951.08.01 ، - أنظر في ذلك -
التعليق على هذا الحكم د. عبد الحميد الشواربي و المستشار عز الدين الدناصوري ، نفس المرجع ، ص. 376 .

(3) المواد 97 ، 98 من القانون المدني .

ثالثاً : أركان عقد البيع .

من المقرر قانوناً أن العقد ينقذ بتوافر إرادتين على إحداث أثر قانوني ، وإلى جانب ذلك يجب أن يكون للعقد محل و سبب ، و يضيف القانون إلى هذه الأركان الثلاث ركن الشكل بالنسبة لبعض الأنواع من العقود كالعقود الواردة على العقار ، أو بعض المنقولات الخاصة كالمحل التجاري و السفن و الطائرات ، إذا انعدم أحدها يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً ، و يجعل القانون لكل ركن شروطاً معينة إذا إحتلت إحتل الركن⁽¹⁾ ، و ننظر فيما يلي إلى هذه الأركان :

1. ركن التراضي : التراضي هو تلاقي إرادتين من خلال تطابق إيجاب و قبول ، و يجب أن يكون هذا التراضي صحيحاً و صادراً من ذي أهلية ، و هي بلوغ المتعاقدين السن القانوني 19 سنة كاملة حسب مانصت عليه المادة 40 من القانون المدني إذ تنص : " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية و لم يحجر عليه ، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية و سن الرشد تسعة عشر 19 سنة كاملة " .

كما و أنه يلزم أن تكون إرادة المتعاقدين خالية من عيوب الإرادة وهي : الغلط و التدليس و الإكراه و الإستغلال⁽²⁾ .

إنّ جزاء عدم توافر ركن التراضي في عقد البيع هو بطلان البيع بطلاناً مطلقاً ، بينما يقع قابلاً للإبطال العقد الصادر من ناقص أهلية و من شاب رضاه عيب من العيوب السابقة الذكر ، و له حق إجازة هذا العقد فيبقى حينها قائماً منتجاً لآثاره حتى يقضى ببطلانه بحكم قضائي .

(1) قضت محكمة النقض المصرية : " ... الحكم الذي اعتبر ما تم بين طرفي الخصومة بيعاً يجب أن يكون قد أثبت توافر جميع أركان البيع من تراضي و مبيع و ثمن ، و لا ينقذ البيع إلا إذا اتفق العاقدان على طبيعة العقد الذي يقصدان إبرامه بحيث يتوافر الإيجاب و القبول على حصول البيع " ، - أنظر في ذلك - تعليق لـ د. سمير عبد السيد تناغوا ، المرجع السابق ، ص 37 .

(2) أورد القانون المدني أربع عيوب يمكن أن تشوب الإرادة و تجعل رضاه المتعاقد معيماً لأحدها و بالتالي ناقصاً ، و هي : الغلط ، التدليس ، الإكراه الإستغلال .

تعريف الغلط L'erreur : الغلط الجوهري هو ما امتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط ، و يعتبر كذلك إذا وقع في صفة للشئ براها المتعاقدان جوهرية ، أو يجب اعتبارها كذلك ، أو إذا وقع في ذات المتعاقد ، أو في صفة من صفاته ، و كانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد . و يجب أن تفرق بين الغلط في القانون وهو المعنى بالتعريف و الموجب للإبطال و الغلط المادي ، و الذي لا يرتب عليه سوى التصحيح . - راجع المواد من 81 حتى 85 من القانون المدني -

تعريف التدليس le dol : هو استعمال طرق احتيالية من شأنها أن تخدع المدلس عليه و تدفعه إلى التعاقد ، و يفترض فيه عتصران ، الأول مادي يتعلق باستعمال الخيل ، و الثاني شخصي تصل جسامته إلى دفع المدلس عليه للتعاقد . - راجع المواد 86 ، 87 من القانون المدني -

2. ركن المحل (المبيع) : تطبيقاً للقواعد العامة يجوز أن يكون محل الإلتزام شيئاً مستقبلاً و محقق ، و يجب أن يكون هذا المحل معنأ بنوعه و مقداره وإلا كان العقد باطلاً ، و يشترط أن يكون محل الإلتزام غير مستحيلاً في ذاته ، و أن لا يخالف النظام العام و الآداب العامة⁽¹⁾ .

و يرى البعض أن التعامل في تركة الإنسان على قيد حياته طبقاً لما هو منصوص عنه بالمادة 92 قانون مدني هو عملٌ مخالفٌ للنظام العام ، و لا يستقيم مع القواعد العامة في المحل كركن للبيع ، ذلك أن هذه المادة تحمل معنى المضاربة على حياة المورث ، و أن الوارث يستعجل نيله التركة ، غير أن الثابت قانوناً أنه لا إستحقاق للتركة إلا بوفاة المورث .

ففي عقد البيع محل الإلتزام هو المبيع ، و يشترط أن يكون المشتري عالماً به علماً كافياً ، و يعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع و أوصافه الأساسية ، بحيث يمكن التعرف عليه تطبيقاً لما ورد في المادة 352 من القانون المدني الفقرة الأولى ، غير أنه إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالماً بالمبيع سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به ، إلا إذا أثبت غش ، كما يمكن أن ينعقد البيع بالعينة⁽²⁾ أو بشرط المذاق⁽³⁾ أو على شرط التجربة⁽⁴⁾ .

ركن السبب : يجب أن يكون السبب فيه مشروعاً ، و يخضع إلى أحكام المواد 97 و 98 من القانون المدني فيعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالفه ، فإذا ادعى بصورية السبب وحب إثبات ذلك .

- تعريف الإكراه : هو تعاقد شخص تحت سلطان رهبة ينة بعنها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق تجعله يتعاقد ، و يجب أن يراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه الإكراه و حالته الإجتماعية و الصحية و كل ما من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه ، و بهذا فإن الإكراه الذي يعيب الإرادة هو ما توفر على عنصرين الأول مادي ، يتمثل في استعمال وسائل ضاغطة على حرية الإرادة ، و الثاني شخصي يتمثل في بعث رهبة و خوف في نفس المتعاقد ، - راجع المواد من 88 ، 89 من القانون المدني - .

تعريف الإستغلال : l'exploitation : هو تفاوت الإلتزامات بين المتعاقدين نتيجة استغلال أحد المتعاقدين طيش بين أو هوى جامع في الآخر ، و يقوم على عنصرين الأول مادي يتمثل في عدم تعادل التزامات الطرفين مطلقاً و به يختلف عن الغبن ، و الثاني شخصي هو استغلال طيش بين أو هوى جامع . - راجع المواد 90 ، 91 من القانون المدني - ، أنظر في هذا الشرح و لتفصيل أكثر د. علي علي سليمان ، مصادر الإلتزام ، المرجع السابق ص.ص. 56 ، 75 .

(1) المواد من 92 - 96 من القانون المدني .

(2) البع بالعينة نصت عليه المادة 353 من القانون المدني : " إذا انعقد البيع بالعينة يجب أن يكون المبيع مطابقاً لها ، و إذا تلفت العينة أو هلكت في يد أحد المتعاقدين و لو دون خطأ ، كان على المتعاقد بائعاً أو مشترياً أن يثبت أن الشيء مطابق أو غير مطابق للعينة . "

(3) البيع بشرط المذاق نصت عليه المادة 354 من القانون المدني : " يتعين على المشتري في البيع بشرط المذاق أن يقبل المبيع كيفما شاء ، غير أنه يجب عليه أن يعلن بقبوله في الأجل المحدد بعقد الإتفاق أو العرف ، و لا ينعقد البيع إلا من يوم هذا الإعلان . "

(4) البيع على شرط التجربة نصت عليه المادة 355 من القانون المدني : " في البيع على شرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه ، و على البائع أن يمكنه من التجربة ، فإذا رفض المشتري المبيع يجب عليه أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها ، فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة

ركن الشكّل : عقد البيع كقاعدة عامة عقدٌ رضائي لا يتطلب لإبرامه شكل خاص ، إلا أنّه طبقاً للقانون المدني إذا كان محل عقد البيع عقاراً فيجب إستيفاء ركن الشكّل خلافاً لتشريعاتٍ أخرى كالقانون المصري و الفرنسي التي لا تفرق بين العقود سواء كان محلها عقاراً أو منقولاً⁽¹⁾ .

و لعلّ النصوص القانونية جاءت واضحة في اشتراط الشكّلية في البيوع العقارية ، و بعض المنقولات الخاصة كالقواعد التجارية ، بل و أنّ الإجتهد القضائي قد فصل في تلك البيوع العرفية الواقعة على العقار خلافاً للقانون⁽²⁾ ، من هذه القوانين نذكر :

القانون المدني : لاسيما المواد 324 مكرر ، 792 ، 793 منه .

تنص المادة 324 مكرر : " زيادة على العقود التي يأمر القانون إخضاعها إلى الشكّل الرسمي يجب تحت طائلة البطلان تحديد العقود التي تتضمن نقل ملكية العقار أو حقوق عينية عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصرٍ من عناصرها ، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكّلٍ رسمي و يجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد⁽³⁾ " .

• الأمر 75 - 74 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السّجل العقاري لا سيما المادة 16 منه " ... إنّ العقود المتعلقة بحق ملكية عقارية و الحقوق العينية المتعلقة بها لا وجود لها بالنسبة للغير و لا أثر لها بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية " .

- ففي مدة معقولة يعينها البائع ، فإذا انقضت هذه المدة ، و سكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع ، اعتبر سكوته قبولا . يعتبر البيع على شرط التجربة بيعاً موقوفاً على شرط القبول ، إلا إذا تبين من الإتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ .

(1) د. محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص. 29 .

(2) قرار المحكمة العليا برقم 136156 الصادر بتاريخ 1997.02.18 ، مجلة قضائية ، عدد 01 لسنة 1997 ، جاء في تعليق على هذا القرار مفاده : " صدر هذا القرار عن جميع الغرف بجمعة ، و أتى بالجديد مقارنة بالإجتهد القضائي ذي الصلة بالمادة 12 من الأمر 91/70 ، الذي كان إبانه معابنة بطلان العقد العرفي بدون التعرض لوضعية الطرفين ، في حين أنّ المحكمة العليا في الموقف الجديد لها ، قضت بإبطال العقد و من ثمّ إبطال الإتفاق ، و يتعين على قضاة الموضوع إرجاع الطرفين إلى الحالة التي كانوا عليها سابقاً ، بل زيادة عن هذه القيمة القانونية له ، فإن القيمة العملية لهذا القرار تبرز من خلال الحيولة دون اللجوء المكثف للعقد العرفي كوسيلة للمضاربة ، و مع هذا فإنه يعرى إليه علم تطرفه للأضرار التي ستتحتم حتماً على ذلك ... " ، أنظر في ذلك د. يونس حداد نادية ، ص. 223 - 225 من أشارة .

(3) و هذه المادة تقابل نص المادة 12 من الأمر رقم 91/70 من قانون التوثيق الملقى و الذي استحدثت مكانه قانون 27/88 المتعلق بالتوثيق ، و الساري به العمل حالياً .

• المرسوم 76 - 63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري لا سيما المادة 61 " كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي "

القانون التجاري لا سيما المادة 79 منه التي تشترط الشكلية في البيع الوارد على المحل التجاري والقواعد التجارية .

من خلال هذه النصوص فإن عقد البيع العقاري أو الوارد على المنقولات الخاصة كالمحل التجاري أو السفينة وغيرهما لا بد أن يكون موثقاً ، كما يجب إشهاره حتى يرتب أثره العيني ومن ثم نقل الملكية ولعله تجب الإشارة في هذا السياق إلى تلك البيوع المستترة فقد ترد الهبة مستورة في شكل عقد بيع فنكون أمام عقدان ظاهره بيع وغير مقصد للمتعاقدين وحقيقته هبة نية الطرفين ففي هذه الحالة تسري أحكام الصورية إلا أنه لكي تصح الهبة مستورة في شكل عقد بيع يلزم من توافر شروطها إلا شرط الشكل⁽¹⁾ ، بل وإن المتصرف يعمد أيضاً إلى ستر وصيته باعتبارها تصرف لما بعد الموت في شكل بيع ، مما يثير مسألة تكييف التصرف⁽²⁾

(1) د. محمد حستين، المرجع السابق ، ص 23. هذا وقد تحدد البيع سراً الهبة فيذكر فيه عوض على أنه الثمن ، ثم يهب البائع الثمن للمشتري . مثل هذا العقد لا شك في طبيعته بأنه هبة بل هو هبة مكشوفة . و تسري عليه أحكامها لا من حيث الموضوع فحسب بل أيضاً من حيث الشكل . فإذا اتفق الواهب سراً هبه و لم يذكر أنه وهب الثمن للمشتري ذكراً أنه قبضه ، فالعقد هبة مستورة تسري عليه أحكام الهبة من حيث الموضوع ، و لا تسري عليه أحكامها من حيث الشكل فلا تشترط فيه الرسمية ، بل إن الوصية و هي تصرف من جانب واحد لا عقد ، و تبرع كالهبة لا معاوضة كالبيع . تلبس كثيراً بالبيع و تتخذ ستاراً لها ، و قد جاء في الجزء الأول من الوسيط أنه كثيراً ما تتستر الوصية تحت اسم آخر كالبيع ، فعلى محكمة الموضوع أن تبين إرادة المتصرف ، و أن تكيّف هذه الإرادة التكييف القانوني الصحيح خاضعة في ذلك إلى رقابة محكمة النقض ، و إن نية المتصرف تقوم عليها علامات كثيرة ، كفقير المشتري و عدم قدرته على دفع الثمن المسمى في العقد ، و كعدم تسجيل العقد و تضمن القانون الجديد نصاً في هذه المسألة هو نص المادة 917 منه و التي تقابل المادة 777 من القانون المدني و الخاصة بالتصرف لوأرث و الاحتفاظ بأية طريقة كانت بالحيازة و الانتفاع مدى الحياة ... " ، و رد هذا الشرح في د.عبد الرزاق السنهوري ، البيع و المقايضة ، المرجع السابق ، الهامش 3 ، ص.26 .

- قضت محكمة النقض بأنه : " ... إذا كان النزاع غير قائم حول صحة التصرف باعتباره وصية ، و إنما كان قائماً حول التعرف على نية المتصرف هل هي البيع أو الهبة أو الوصية ، فلا شأن بجهة لأحوال الشخصية به بل الشأن في جهة القضاء العادي " . د.عبد الرزاق السنهوري ، المرجع نفسه ، ص. 26 .

(2)- Mazeud, leçon de droits Civil. Tome 6, Paris 1969, P. 78 .

المطلب الثاني : تمييز البيع عن الوصية

تبعاً للتعريفات المقدمة لعقد البيع وخصائصه ، و لتحقيق هدف دراسة هذا المبحث كان لا بد من التّعرض لتمييز البيع عن الوصية ، حتى يتسنى معرفة التستر القانوني و أبعاده ، و ذلك في النقاط التالية :

أولاً : من حيث التكييف

البيع عقد ملزّم لجانبين يقوم متى التزم أحد الطرفين بمنح أو فعل شيء يعتبر معادلاً لما يمنح أو يقدم له ، في حين أنّ الوصية تعتبر تصرف بإرادة الموصي ، وقد ورد في الفصل 173 من الكتاب الخامس من مدوّنة الأحوال الشخصية المغربية ، أنّ الوصية عقدٌ يوجب حقاً في ثلث مال عاقده يلزم بموته . غير أنّ الأستاذ محمد زهدور يرى عدّم صحة هذا الإتجاه من حيث التّكييف لأنّ الوصية لا تنعقد لتطابق الإيجاب و القبول حتى تسمى عقداً ، بل تنعقد بإرادة الموصي⁽¹⁾.

ثانياً : من حيث الأثر

عقد البيع هو عقدٌ ناجز ، أي ينجز أثره في الحال يلتزم بمقتضاه البائع بنقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي ، في حين أنّ الوصية هي تملكٌ مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع ، ذلك أنّ أثر الوصية ينعدم في الفترة ما بين صدورهما من الموصي إلى غاية وفاته ، و عليه يملك الموصي حق الرجوع فيها حال حياته ، إذ أنّ الوصية لا تلزم إلا بالوفاة⁽²⁾ .

غير أنّ عقد البيع قد يشترك مع الوصية و يعد تملكاً مضافاً أيضاً ، و لكن إلى ما بعد تحقق المحل إذ يمكن أن ينعقد البيع لمحل مستقبلي بشرط أن يكون محققاً ، إلا أنّ تعامل الإنسان في تركته حال حياته باطلٌ و لو وقع برضاه⁽³⁾ ، و لعلّ هدف الموضوع ينصب على ردّ التّحايل على أحكام الميراث التي تعد من النظام العام .

ثالثاً : من حيث الأركان

البيع يقوم على الأركان الثلاث الرضوي ، المحل و الثمن إضافةً إلى ركن الشكلية إذا كان محل البيع عقاراً أو حقاً عقارياً ، أما الوصية فالرّكن الوحيد هو الإيجاب و بصدوه تبرم الوصية .

(1) أ. زهدور محمد ، المرجع السابق ، ص. 31 .

(2) المواد 184 و ما بعدها من قانون الأسرة .

(3) المادة 92 من القانون المدني .

رابعاً : من حيث المقابل

البيع لابداً فيه من مقابل وهو الثمن بينما الوصية لا تشرط ذلك لأنها تبرعية ، أي أن البيع عقد معاوضة و الوصية ليست كذلك .

خامساً : من حيث الشكل

البيع الذي محله عقار يجب أن يتم وفق الإجراءات القانونية - كما سبق تفصيل ذلك - ، لا سيما إذا انصب على عقار، و في تكييف الوصية أنها ليست بعقد ، و عليه إذا كان محل الوصية عقاراً و هو في الغالب دوماً كذلك فلا يشترط فيها الرسمية ، ذلك أن الشكل لا يعد ركناً لانعقاد الوصية ، فالوصية تصرف صادر من جانب واحد ذو طابع رضائي⁽¹⁾ .

و تشترك الوصية مع البيع في كونهما ينقلان الملكية ، و يثور الشبهة حينما تستر الوصية تحت إسم البيع ، و يكون في حالة ما إذا تصرف الشخص في مرض الموت ، فغالباً ما يكون ذلك بمقصد التحايل على القانون ، لأنه و إن كانت الوصية مقررة قانوناً إلا أن حرية الإيصاء مقيدة بالثلث و مازاد عن ذلك توقف على إجازة الورثة ، حيث تنص المادة 189 من قانون الأسرة : " تكون الوصية في حدود الثلث ، و ما زاد على الثلث توقف على إجازة الورثة " . فهذا هو دافع الأشخاص إلى التحايل سيما و إن وقع التصرف في مرض الموت ، و إن التصرف يعد بيعاً سوريا يخفي وصية حقيقية ، و يكون لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالتصرف الحقيقي ، و أن يثبت بجميع الوسائل صورية البيع الذي أضرب به ، و تثار في هذه الحالة مسألة التكييف⁽²⁾ .

(1) د. عبد الرزاق السنهوري ، البيع و المقايضة ، المرجع السابق ، ص. 42 .

(2) د. سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ، ص. 29 .

المطلب الثالث : تكييف التصرف عمل القاضي

تظهر عملياً حينما تتحقق حالة تستر الوصية بالبيع أو بالهبّة في حالات أخرى ، أن تثار مسألة تفسير و تكييف التصرف ، و هما من مسائل عمل القاضي :

أولاً : تفسير العقد مسألة موضوعية

يدفع الطاعن صاحب المصلحة أنّ العقد الذي اتجهت إليه إرادة الطرفين وصية و ليس بيعاً ، و لكل أحكامه و من ثمّ يجد القاضي نفسه مجبراً على تحديد الوصف القانوني للعقد محل النزاع بهدف معرفة القانون الواجب التطبيق ، و عملية التكييف تستلزم تفسير إرادة المتعاقدين⁽¹⁾ و هي مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة المحكمة العليا على أن يكون إستنتاج القاضي مستساغاً و حكمه في ذلك مسبباً بعد إعمال نصوص المواد 111 - 112 من القانون المدني ، فتفسير إرادة المتعاقدين من صميم عمل القاضي للتعرف على نية المتعاقدين في التوجه إلى إبرام عقدٍ ما ، على أنّ التكييف مسألة قانونية محضة يقع على القاضي واجب التصدي لها من تلقاء نفسه من غير أن يلقي على عاتق العقاد عبء تقديم الدليل ، و لا يختلط هذا الأمر مع أحكام الصورية المنصوص عنها بالمواد 198 - 199 من القانون المدني التي تختلف عن التكييف ، إذ أنّها تعتبر مسألة موضوعية يتعين على من ادعى بها تقديم الدليل عليها ، فلما تعمد المتعاقدان إخفاء حقيقة تصرفهما بمظهر عادي ، كناً أمام عقدان الأول عقد ظاهر و الثاني حقيقي اتجهت إليه إرادتهما فعلاً ، فمن ادعى بالصورية يقع عليه عبء إثباتها ، و عليه أن يقدم دليلاً كتابياً متى كان العقد الظاهر ثابتاً بالكتابة . و يستمد الطاعن حقه في هذه الحالة من المورث و ليس من القانون مباشرة⁽²⁾ .

ثانياً : تكييف التصرف مسألة قانونية

لما كانت أحكام الميراث من النظام العام و أنّ الوصية تصرف في التركة ينفذ بعد الوفاة فإنّ ذلك يدفع إلى التحايل ، إذ يلتجأ الشخص إلى ستر التصرف في مظهر بيع منجز سواءً حال الصحة أو في مرض الموت ، مما ينبغي تكييف التصرف تكييفاً صحيحاً فالقاضي يكيّف في هذه الحال و يصحح هذا التكييف الذي اعتمده المتعاقدان لعقدهما ، و يردهما بذلك على نقيض

(1) د. محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص. 6 .

(2) Jean CARBONNIER , Droit Civil , Les obligations , 12^{ème} éditions , Presses universitaires de France , Août 1985 , P. 258 .

قصدتهما ، و مثل ذلك من أراد أن يعطي شخص أكثر من ثلث التركة بعد موته ، بالرغم من وجود وريثة له ، فيعتمد إلى البيع أو الهبة ، و يتجرد من الملك في الحال ، و قد يشترط لنفسه المنفعة طول حياته ، فالبين أنه فعلا أراد بهذا الهبة و ذلك بتجرده من ملكية الرقبة في الحال ، فالتكليف صحيحا لكن المتصرف قصد من ورائه التحايل على القانون ، فيبقى التصرف هبة و يعامل بقيود الوصية نقيض قصده في الثلث ، و يجعل للتصرف قيد الهبة ، و ذلك من حيث عدم جواز الرجوع فيها و هذا إعمالا للتكليف الحقيقي لها⁽¹⁾ ، فإن تداعى الوارث صاحب المصلحة قضائيا استمد حق طعنه من القانون مباشرة ، و له في ذلك كافة الأدلة في إثبات طعنه ، و لا تقف عبارات العقد الدالة على تنجيزه حائلاً في ذلك ، فالعبرة بالواقع و ليس بما يضيفه الأشخاص ، و للقاضي - كما تقدم - أن يثبت أن العقد وصية وليس بيعاً⁽²⁾ ، و يستعين في استجلاء الحقيقة من الظروف الملازمة للقضية و ملف الدعوى و القرائن التي تساعد على ذلك ، مثل عدم انتقال الملكية في التصرف في الحال أو التصرف للقاصر مع ذكر ثمن لا يقوى القاصر على دفعه ، أو عدم شهر العقد إن كان المبيع عقار أو حالة ما إذا كان الثمن تافهاً⁽³⁾ ، ففي كل هذه الحالات زيادة عن القرينة المستحدثة بالمادة 777 من القانون المدني ، التي اعتبرت مثل هذه التصرفات وصية لا بيعاً أو هبة ، يجب التفرقة بين أعمال الدفع بالصورية ، و الدفع بالتحايل على نظام الإرث⁽⁴⁾ .

(1) د. عبد الرزاق السنهوري ، البيع و المقايضة ، المرجع السابق ، ص 6 .

(2) د. عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 171 .

(3) أنظر في تصرفات كيفت على أنها وصايا مستترة لقيام قرائن قضائية تثبت ذلك ، و هذا وفقاً لأحكام محكمة النقض المصرية - العقار لم يخرج من حيازة التصرف طول حياته ، و لم يدفع ثمناً عن التصرف ، العقد عرفي لم يسجل نقض مدني 1943.03.11 - . بقاء العقد في حوزة المورث بغير تسجيل حتى الوفاة ، بقاء المورث متمتعاً بكافة مظاهر الملكية منها تأجيرها و بوضفه مالكا ، و دفع مستحقات الضرائب العقارية ، فقر المتصرف له نقض مدني 1944.11.09 - . المتصرف له لم يدفع ثمناً ، العقد وجد في خزنة المتصرف بعد وفاته ، نقض مدني يونيو 1950 - . زوجة باعت لزوجها كل ما تملكه ، لم تسجل العقود استمرت الزوجة واضحة بدها ظاهرة بظهور المالك ، عدم دفع الثمن ، نقض مدني مارس 1952 - . صدور العقد من أب إلى ابنه في مرضه الأخير بغير مقابل إباناً له على بناته ، الأب بقي محتفظاً بالإنتفاع طول حياته ، بنس الثمن ، نقض مدني 1952 - . هذا و ما يلاحظ أنه يجب أن يقيم الطاعن الدليل بأي طريقة من طرق الإثبات ، على أن التصرف حقيقته وصية ، و لا يكفي بذلك مجرد الطعن لإهدار حجته . في التعليق على هذه الأحكام و أحكام أخرى في نفس السياق - أنظر - د. السنهوري ، الجزء التاسع ، أسباب كسب الملكية ، المرجع السابق ، الهامش 1 منه ص.ص. 229 - 230 .

(4) Henri Capitant et François Terré , Les Grands arrêts de la jurisprudence Civil , 7^{ème} édition , Dalloz 1976 , P. 988 .

ثالثا : الدفع بالصورية و الدفع بالتحايل على نظام التوريث :

إنّ قصد الحماية المقررة للوارث بموجب أحكام هذا الموضوع هو ما كان متعلق بالتحايل على القانون⁽¹⁾ ، و من ثمّ استمدّ الوارث الطاعن حقه في الطعن من القانون مباشرةً و أن الدفع بالصورية هو دفعٌ مقرر طبقاً للقواعد العامة يستمدّه الوارث الطاعن من مورثه و هو في ذلك لا يجوز له إثبات طعنه إلا بما كان يجوز لمورثه من طرق الإثبات و تبعاً لذلك يتغير المركز القانوني للوارث من الغير إلى الخلف العام في الصورة الأخيرة إذن فالدفع المأخوذ من التحايل على تقييد حرية الإيصاء هو دفع مستمد من التحايل على منظومة الميراث بكاملها بإعتبار ان التركة حق مقرر للوارث و ان الوصية لا تنفذ إلا بعد وفاة المورث و بذلك متى تعدت نصابها مست بالميراث كل هذا جعل الأمر يتعلق بالنظام العام و يجوز للوارث استثناءً من قاعدة عدم جواز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة أن يستعمل في ذلك كافة طرق الإثبات على أساس وجود غش أو تحايل على القانون⁽²⁾ .

(1) قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها : " ... من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الإنفاق الذي ينطوي على التصرف في حق الإرث قبل انفتاحه لصاحبه ، أو استحقاؤه إياه ، يؤدي إلى المساس بحق الإرث في كون الإنسان وارث أو غير وارث ، أو كونه مستقل بالإرث ، أم يشاركه فيه غيره ، هو اتفاق مخالف للنظام العام إذ يعد تحايلاً على قواعد الإرث ، و يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً لا تلحقه الإجازة ، و يباح إثباته بكافة الطرق و لو كان الوارث طرفاً في الإنفاق . " ، طعن رقم 58 لسنة 1975 ، جلسة 1975.11.11 ، المشار إليه في : د.عبد الحميد الشواربي و عز الدين الدناصوري ، المرجع السابق، ص. 157 ، و لعله كما هو ملاحظ من هذا الحكم أنه تطبيق لنص المادة 92 من القانون المدني التي تحظر التعامل في تركة الإنسان و هو على قيد الحياة ، و لو تم ذلك برضاء .

- Le Code Civil Français a répies le principe de la prohibition des pactes sur succession future (Michel du JUGLART et Alin PIEDELIEURE) COURT DE Droit Civil , Tome 2 , 6^{ème} édition . Montchrestien , 1993 , P 328 .

(2) و قد أورد د.خليل أحمد حسن فتادة في التفرقة الصورية المنوه بها بالمادة 189 من القانون المدني ، عن الصورية في أحكام هذا الموضوع ما يلي : " ... يضاف إلى هذه الحالات - حالة الصورية المراد منها التحايل على القانون ، أي التهرب من تطبيق نصوص القانون الأمرة الخاصة بشروط التصرف الموضوعية اللازمة لصحته أو بآثاره ، و حيثئذ يكون للمتعاقد و خلفه العام إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات ، و كذلك يستطيع الخلف العام إثبات الصورية بكافة وسائل الإثبات إذا كان المراد منها التحايل على قواعد الوصية و الميراث إضراراً بالورثة " ، - أنظر في ذلك - مؤلفه ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء الثاني ، أحكام الالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، الطبعة 1992 ، ص. 88 .

المبحث الثاني

البيع من المريض مرض الموت

يجرى المريض مرض الموت تصرفه بالبيع ، و له أحكام خاصة لإفتراض شبهة إنعدام الثمن أو ستره لتصرف تبرعي كوصية أو هبة ، لا سيما إذا ما تم للوارث فخصه المشرع بأحكام خاصة تختلف عما ورد بقريئة التصرف بالتبرع في مرض الموت ، فقد يكون البيع للوارث أو لأجنبي أو يصدر ممن لا وارث له ، و لكل هذه البيوع أحكام مختلفة لذلك نقسم المبحث إلى مطالب ثلاث هي :

المطلب الأول : البيع في مرض المورث للوارث .

المطلب الثاني: البيع في مرض الموت لغير الوارث و ممن لا وراث له .

المطلب الثالث : تقدير نص المادة 408 من القانون المدني .

المطلب الأول : البيع في مرض المورث للوارث

تنص الفقرة الأولى من المادة 408 من القانون المدني : " إذا باع المريض مرض الموت لوارثه

فإن البيع لا يكون ناجزاً إلا إذا أقره باقي الورثة .

أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه و من اجل ذلك يكون غير

قابل للإبطال " .

فرق المشرع في هذه المادة 408 بين صدور البيع للوارث و لغير الوارث و ذلك على أساس

أحكام الوصية المقررة بموجب المادتين 185 - 189 من قانون الأسرة بخلاف المشرع المصري و كل

من حدا حدوه في قبول الوصية للوارث في حدود الثلث ، فلم يكن له المبرر في تفصيل ما ورد

بالمادة 408 من قانون المدني الجزائري أعلاه⁽¹⁾ .

(1) تنص المادة 477 من القانون المدني المصري : " إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت ، فإن

البيع يسري في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تجاوز ثلث التركة ، داخلها فيها المبيع ذاته " .

إن هذا النص ورد في المادتين 643 - 644 من المشروع التمهيدي من القانون المدني المصري ، على وجه يميز بين البيع لوارث و لغير وارث ، و لكن

بعد إجازة الوصية للوارث في حدود الثلث بدون موافقة الورثة لم يبق داع للتمييز المبين في المادتين السابقتين ، و المعمول به بنص الماد 408 من

القانون المدني الجزائري ، د. عبد الرزاق السنهوري ، البيع و المقايضة ، المرجع السابق ، ص. 309 .

و على حكم الفقرة الأولى من المادة 408 - أعلاه - فإن بيع المريض مرض الموت لوارثه يكون صحيحاً بين عاقديه ، غير أنه لا ينفذ في حق الورثة إلا إذا أقروه ، و المقصود بالورثة من تثبت لهم الصفة وقت وفاة المريض المورث و ليس وقت البيع وفي ذلك جاء حكم المادة 477 من القانون المدني المصري صريح : " إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت ... " بخلاف نص المادة 408 من القانون المدني الجزائري ، التي لم تبين بدقة تقدير قيمة المبيع بالنظر إلى التركة الموروثة .

و بذلك فإن الوارث الذي لم تكن له هذه الصفة وقت انعقاد البيع ، و تحققت له وقت الوفاة له حق الاعتراض و عدم قبول نفاذ البيع الذي أجراه مورثه بقدر حصته ، لأن صفة الوارث تتحقق بها ، و أن حقه تعلق بأعيان التركة و من ثم استمد حقه في الطعن

هذا و مرّد تحديد صفة الوارث من حيث القانون الواجب التطبيق ، يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تقضي : " ... إجازة الوارث للتصرف الصادر من مورثه لا يعتد بها إلا إذا حصلت بعد وفاته . ذلك لأن صفة الوارث التي تخول له حق التركة لا تثبت له إلا بهذه الوفاة " (1) ، فالمشرع فرق بين إقرار الورثة للبيع و لم يقل بإجازتهم له و هو مصيب في ذلك لأن الإجازة تلحق بالتصرف - العقد - القابل للإبطال و تصدر من أطراف التصرف و لا تلحق العقد الباطل بطلاناً مطلقاً ، فلا تصحيح عليه فهو في حكم العدم، في ذلك تنص المادة 100 من القانون المدني : " يزول العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية و تستند الإجازة إلى التاريخ الذي تمّ فيه العقد ، دون الإخلال بحقوق الغير " (2) .

و أن الإجازة تكون للقاصر إذا بلغ سن الرشد و لمن عيبت إرادته بغلط أو تدليس أو إكراه أو إستغلال حين زوال السبب (3) .

و يجب أن نفرق بين إقرار الورثة للبيع و حالة عدم إقرارهم له ، حتى يمكن تحديد آثار و أحكام هذا البيع .

أولاً : حالة إقرار و قبول الورثة للبيع .

ثانياً : عدم إقرار الورثة للبيع الصادر للوارث .

(1) أ.عامر رشاد السيد، المرجع السابق، ص 66

(2) أنور العمروسي، التعليق على القانون المدني المعدل، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1983، ص 322.

(3) د علي علي سليمان، مصادر الإنترام، المرجع السابق، ص 82.

أولاً : حالة إقرار و قبول الورثة للبيع

على ثبوت حق الورثة في الإرث بعد وفاة مورثهم ، يمتلكون إقرار البيع من مورثهم حال مرضه ، و يشترط لصحة إقرار الورثة زيادة على صدوره بعد الموت ما يشترط لأي تصرف تبرعي آخر فيجب أن يكون الوارث المقر للبيع أهلاً للتبرع⁽¹⁾ عاقلاً بالغاً راشداً ، تحت طائلة بطلان إقراره بطلاناً مطلقاً و على ذلك لا يصح الإقرار الصادر من الصبي ، أو المجنون أو المحجور عليه ، أو ثبوت حالة مرض موت في المقر نفسه⁽²⁾ .

- و اعتماداً على ما تقدّم - فلا عبرة بإقرار الورثة السابق لموت مورثهم و لو دونوه كتابةً على أساس أن لا حق لهم مطلقاً على مال مورثهم إلا من يوم الوفاة .

فإذا تمّ الإقرار بشروطه اعتبر التصرف بالبيع الصادر للوارث في حق باقي الورثة كما لو صدر التصرف من مورثهم في حال صحته⁽³⁾ .

ثانياً : عدم إقرار الورثة للبيع الصادر للوارث

إذا كان الورثة يمتلكون إقرار البيع من مورثهم و هو في مرض موته إلى وارث منهم ، كان لبعضهم أن يجز دون الباقي منهم و هم يستعملون خالص حقهم في ذلك و يستمدون حقهم من القانون مباشرة حماية لهم في أموال مورثهم من لحظة نزول المرض⁽⁴⁾ .

و بهذا فإنّ البيع ينقض في حق من أقروه فقط و بنسبة أنصبتهم في الميراث ، و لا ينفذ في حق الآخرين بالنسبة لأنصبتهم أيضاً ، و لهم أن يرفعوا دعوى بطلان البيع الذي أجازه مورثهم في مرض موته و عدم نفاذه في حقهم بمقدار أنصبتهم و يجب أن يثبتوا حالة المرض ، و لهم في ذلك جميع طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود و ذلك بطلب إجراء تحقيق طبقاً لما هو مقرر بالمادة " 01/776 - 408 " من قانون المدني و المواد 61 من قانون الإجراءات المدنية و ما بعدها .

(1) أ. عامر رشاد السيد، المرجع السابق، ص 66

(2) لأن تكييف التصرف على أنه تبرع طبقاً لنص المادة 341 القانون المدني.

(3) د عبد الرزاق أحمد السنهوري، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص 329 و انظر انور العمروسي، المرجع السابق، ص 325.

(4) المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار برقم 139123 المؤرخ في 09.07.1996 ، المجلة القضائية العدد 2 لسنة 1996 ، ص 80 .

المطلب الثاني : البيع في مرض الموت لغير الوارث و ممن لا وارث له

تبعاً للحكم المعمول به في قانون الأسرة ، و الذي يفرق بين الوصية للوارث و لغير الوارث ، فرقت المادة 408 المتعلقة بالبيع في مرض الموت كذلك ، و جاءت الفقرة الثانية من هذه المادة تبين أحكام البيع لغير الوارث ، و نورد أيضاً حالة البيع في مرض الموت ممن لا وارث له ، و ذلك في نقطتين كالتالي :

أولاً : بيع المريض مرض الموت لغير وارث .

تنص المادة 408 / 02 من قانون المدني : " أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه و لأجل ذلك يكون قابلاً للإبطال " ، و تنص المادة 185 من قانون الأسرة : " تكون الوصية في حدود ثلث التركة ، و ما زاد على الثلث و توقف على إجازة الورثة " .

جاء حكم المادة 408 / 02 في حالة ما إذا تم البيع لغير الوارث و إذا كان وارثاً وقت البيع ثم لم يكن كذلك وقت الوفاة قابلاً للإبطال ، و جاءت هذه الفقرة بحكم غريب لم يعرفه القانون المدني إطلاقاً " ... غير مصادق عليه ... " ، ولا ندرى أي معنى قانوني يقصد المشرع من ذلك ، بل أن المشرع و على خلاف بعض التشريعات الأخرى كالمصري لم يبين هل أن البيع تم دون ثمن أصلاً أو بأقل من قيمة المبيع ، أو إذا كان فيه محاباة تجاوز ثلث التركة و لكل أحكام خاصة بها للمقارنة بين قيمة المبيع و تقدير التركة و نسبة الثمن إليها⁽¹⁾ ، و على ذلك لا بد من أن نبين الفرضيات التالية :

1. التصرف بالبيع دون ثمن أصلاً :

الثمن النقدي من الخصائص الأساسية في عقد البيع ، و لا يستقيم المعنى القانوني لعقد البيع دون توافر خاصية الثمن طبقاً للمادة " 351 " من قانون المدني ، فإذا لم يستطع المشتري أن يثبت دفعه للثمن اعتبر التصرف هبة ، و كان لها حكم الوصية في مرض الموت و خضعت في ذلك لأحكام الوصية تطبيقاً لنص المادة " 204 " من قانون الأسرة ، و المادة " 776 " من قانون المدني.

(1) د. عبد الرزاق أحمد السهوري، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص 329.

و على ذلك إذا كانت قيمة المبيع لا تزيد على ثلث التركة داخلا فيها المبيع ذاته ، نفذ التصرف في حق الورثة دون حاجة لإجازتهم ، و فيما زادت قيمة المبيع على ثلث التركة داخلا فيها المبيع ذاته ، لم تنفذ فيما جاوز الثلث ، إلا بإجازة الورثة فإن لم يجزوا ووجب على المتصرف له أن يرد إلى التركة ما جاوز ثلثها إلى حد تكملة الثلثين فيها من مال الورثة ، و ليس للمورث أن يتصرف فيها بالوصية تطبيقاً لقيودها طبقاً للمادة " 185 " من قانون الأسرة .

2. البيع بما لا يقل عن القيمة :

الثابت قانونا إذا أثبت المشتري أنه دفع للبائع ثمناً لا يقل عن قيمة المبيع ، اعتبر هذا البيع صحيحاً منتجاً لآثاره و نافذاً في حق الورثة دون حاجة لإجازتهم ، لإنتفاء شبهة المحاباة في الثمن⁽¹⁾ ، و هو حكم جل التشريعات العربية ، و التي عملت بأحكام الشريعة الإسلامية و هو ليس بحكم القانون المدني الجزائري ، الذي جاء حكمه عاما من أن البيع قابل للإبطال لمصلحة الوارث.

3. البيع بأقل من القيمة بما لا يجاوز ثلث التركة :

إذا كان مقدار ما دفعه المشتري ثمناً للمبيع وقت الموت لا يجاوز ثلث التركة داخلا فيها المبيع نفسه ، كان من المفروض أن يكون البيع صحيحا نافذا في حق الورثة دون حاجة لإجازتهم ، لأن هذا يعتبر وصية لغير وارث فتأخذ حكمها ، حيث يجوز الإيصاء لغير الوارث في حدود الثلث ، لكن بما أن التصرف تم في شكل بيع فيخضع لمنطوق المادة 2/408 و لأجل ذلك يكون قابلا للإبطال .

ثانيا : البيع لمن لا وراث له

إن مبنى فكرة بطلان تصرفات المريض مرض الموت ليست بأحكام الأهلية و لا الحجر ، و إنما الثابت فقها أنها تتعلق بحق الورثة في الميراث و رجحان شبهة الشك و الريبة في المريض ، و من ثم فإن تصرفات المريض في هذه الحالة تعتبر صحيحة و لو تناولت جميع ماله ، بشرط ألا يكون دينه مستغرقا لأمواله⁽²⁾ .

(1) د شفيق الجراح، المرجع السابق، ص 84.

(2) د. فرج الصلدة ، المرجع السابق، ص 837 وأيضا د. عيد الرزاق أحمد السنوري، الجزء الرابع، المرجع السابق، ص 329.

المطلب الثالث : تقدير نص المادة 408 من القانون المدني

تنص المادة 408 من القانون المدني : " إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزاً إلا إذا أقره باقي الورثة .

أما إذا تمّ البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ، و من أجل ذلك يكون قابلاً للإبطال " .

جاء هذا النص في عقد البيع تطبيقاً للحكم العام المنصوص عنه بالمادة 776 من القانون المدني، التي تنص في فقرتها الأولى : " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع ، يعتبر تبرعاً مضافاً إلى ما بعد الموت ، و تسري عليه أحكام الوصية أيأ كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف .

و على ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم و هو في مرض الموت ، و لهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، و لا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً.

إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم و هو في مرض الموت اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك ، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه " .

يثير تطبيق نص المادة 408 مدني إشكالات قانونية يصل مداها إلى حد التناقض الموضوعي ، و في الأساس بين القانون المدني و قانون الأسرة ، و لا يقع تطبيق المبدأ المعمول به قانوناً الخاص يقيد العام حائلاً لتلافي هذا التناقض ، و لأجل هذا يعتبره بعض فقهاء القانون الخاص⁽¹⁾ نصاً معيباً يخالف به المشرع الجزائري معظم التشريعات العربية الأخرى ، كالمصري مثلاً ، و لم يبين تشريعنا بالتفصيل حالات البيع بمثل القيمة أو بأقل منها أو دون قيمة أصلاً أو القدر المحايي به ، وهو ما جاء به حكم الشريعة الإسلامية بالثلث ، فإن لم يزد على ذلك كان البيع صحيحاً حتى و لو لم يجزه الورثة ، و هو حكم المادة 477 مدني مصري⁽²⁾ .

(1) د. علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 128.

(2) أ. عامر رشاد السيد، المرجع السابق، ص 72.

وإنه اعتماداً على نص المادة الأولى من القانون المدني و على أساس أن الشريعة الإسلامية ، و كما بيننا تعتبر مصدراً للموضوع ، كان لا بد أن تقن أحكام الفقه الإسلامي في بيع المريض مرض الموت ، و يسترشد في ذلك بتقنين مرشد الحيران أو مجلة الأحكام العدلية حتى تتم إقامة التوازن بين القانون المدني و قانون الأسرة ، و بصدد هذا النص وجه الدكتور علي علي سليمان انتقادات لاذعة و دقيقة لنص المادة 408 من القانون المدني ، بل أنه ألح على ضرورة إعادة النظر في نص المادة هذه ضمن ما انتقدته من مواد التقنين المدني الجزائري بصورة عامة (1) و نذكر في هذا الصدد ما يلي :

أولاً : التعارض بين النسخة العربية و الفرنسية لنص المادة 408

يعتبر هذا التعارض سيمية واضحة في مواد القانون المدني ناجمة عن ترجمة ضعيفة لبعض مواده أو بسبب إنعدام مذكرة إيضاحية تبين المصدر الأصلي لمواده و بصدد هذه المادة نذكر الوجهين التاليين :

الوجه الأول : من حيث الجانب الموضوعي لمرض الموت

إن النسخة للنص الفرنسي تشترط أن يتم البيع في اشتداد المرض (DANS LA PERIODE AIGUE) (2) ، و هو شرط لم يرد في النسخة العربية ، و ما قال به أحد من فقهاء الشريعة الإسلامية التي هي مصدر تصرفات المريض مرض الموت . فاشتداد المرض ميزة مرض الموت لأنه من العادة أن الإشتداد ينتهي بالموت فعلا و هو أمر كان من المفروض أن يبقى أمره إلى تقدير قضاة الموضوع دون رقابة من المحكمة العليا بشرط إستساغة الدليل و تسيب الحكم تسيباً كافياً (3) .

(1) د علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 128

(2) VOIR L'ARTICLE 408 DU CODE CIVIL: « LA VENTE CONSENTIE PAR UN MALADE , DANS , DANS LA PERIODE AIGUE DE LA MALADIE QUI A ENTRAINE SA MORT , A UN DE SES HERITIERS N'EST VALABLE QUE SI ELL EST RATIFIEE PAR LED AUTRES HERITIERS .

LA VENTE CONSENTIE , DANS LES MEMES CONDITIONS, A UN TIERS EST PRESUMEE AVOIR ETE FAITE SANS CONSENTEMENT VALABLE ET DE CE FAIT EST ANNULABLE » .

(2) المحكمة العليا قرار مورخ في 24.06.1985 ، المجلة القضائية ، العدد 2 لسنة 1990 ص 151 .

الوجه الثاني : من حيث الجزاء

موجب نص المادة 2/408 بنسخته العربية : " أما إذا تم البيع للغير... يعتبر غير مصادق عليه و من أجل ذلك يكون قابلاً للإبطال "

حكم هذا النص أن البيع غير مصادق عليه و من أجل ذلك يكون قابلاً للإبطال ، أما نسخة النص الفرنسي لها فتبين حكماً مفاده أن البيع تمّ بدون رضاء صحيح " EST PRESUMMEE AVOIR ETE FAITE SANS CONSENTEMENT VALABLE " ، وعن النص العربي كان أساس القابلية للإبطال يعود إلى أن البيع غير مصادق عليه فممن تصدر هذه المصادقة؟، و يرى الدكتور علي علي سليمان أن هذا التعبير " غير مصادق " هو اصطلاح غريب عن أحكام القانون المدني ، بل و هو مصطلح غير قانوني لم تأت به جلّ التشريعات ، أما النص الفرنسي فإنه يبيّن أساس قابلية الإبطال إلى عيب شاب الرضا ، و الإشكالية تطرح في معرفة مصدر هذا العيب ، و نورد فيما يلي مناقشة لتوضيح ذلك :

1. إذا كان من الثابت قانوناً أنّ عيوب الرضا هي : الغلط ، التدليس ، الإكراه ، الإستغلال ، طبقاً لما هو منصوص عنه بالمواد 80 و ما بعدها من القانون المدني تضاف لها نقض الأهلية للقصر فإنه على خلاف ذلك تماماً لم ير أحد - كما تقدّم⁽¹⁾ - من فقهاء الشريعة الإسلامية ، أنّ تصرف المريض مرض الموت مشوب بعيب في رضاه بل أنّ حقوق الورثة تعلقت به من وقت نزول المرض⁽²⁾ ، و بهذا تكون النسخة الفرنسية للنص ذات عيب موضوعي ، به نخرج من أحكام مرض الموت و لعل الدرّجات القضائية الدنيا في كثير من الأحكام لها تعمل بهذا النص و لأجل ذلك يصرح قضاة الموضوع من أن مرض الموت يتعلق بعيب في الإرادة و غالباً ما يطلب القضاة أو دفاع الخصم من الوارث صاحب المصلحة في الطعن أن يكون قد تقدم بطلب الحجر على أن هذا الأمر له مجاله و تطبيقاته⁽³⁾ . و بهذا تكون المحكمة العليا مطلوبة من أن تفصل بإجتهد قضائي يفصل في الأمر و تستهدي في ذلك بآراء الفقه الإسلامي و أحكام محكمة النقض المصرية في هذا المجال⁽⁴⁾ .

(1) د.علي علي سليمان، مصادر الإلتزام، المرجع السابق ، ص. 82 .

(2) د.عبد الرزاق السنهوري ، البيع و المقايضة ، المرجع السابق ، ص. 323 .

(3) حكم محكمة البلدية قسم الأحوال الشخصية المؤرخ في 1998.11.28 تحت رقم 98/433 - أنظر - الملحق ، ص. 117 ، 120 .

(4) قرار مجلس البلدة - الغرفة المدنية - المؤرخ في 2000.04.01 تحت رقم 1099 - أنظر - الملحق ، ص. 121 ، 124 .

ثانيا : من حيث الحكم الذي جاءت به المادة 408 بنسختها العربية والفرنسية

بموجب هذا الحكم يتوقف التصرف للوارث على إجازة باقي الورثة ، و على قابلية التصرف

للغير للبطلان و هو حكم غير صحيح على إطلاقه للأوجه التالية :

الوجه الأول : اختلاف الجانب الموضوعي للمادة 2/408 مدني عما هو مكرس بالمادة 185 أسرة

تنص المادة 185 من قانون الأسرة " تكون الوصية في حدود الثلث ، و مازاد على الثلث توقفت على إجازة الورثة " ففي الوصية لغير الوارث تتفق القوانين الوضعية مؤيدة بإجماع الفقه الإسلامي على أنها تنفذ الوصية في حدود الثلث دون إجازة الورثة و لقد جاءت أحكام نص المادة 360 من مرشد الحيران تبين بدقة أحكام البيع لغير وارث واعتدت بالمحاباة في الثمن بالنظر إلى ثلث التركة بما فيها المبيع ذاته وقت الموت و على ذلك فإن نص المادة 408 / 02 خاطئ موضوعا و متعارض مع نص المادة 185 من قانون الأسرة و مخالف لإجماع الفقه الإسلامي و من ثم وجب تعديله لأنه ليس صحيحاً أن الوصية للغير في حدود الثلث قابلة للإبطال ؟ .

الوجه الثاني : من صاحب الحق طلب الإبطال ؟ .

من القواعد القانونية المقررة أن الحق في الإبطال شرع لمن لحق رضاه عيب من عيوب الرضاء⁽¹⁾ و هذا ما لم نصرح به في تصرف المريض مرض الموت ، و على نص المادة 408 / 02 ، و أن للمريض مرض الموت الحق في طلب الإبطال تأسيساً على الحكم الموضوعي لها و على أساس :

1. إنه حتى نكون أمام مرض الموت يجب أن يتحقق الموت فعلاً⁽²⁾ .

2. إن الوصية لا تنفذ إلا بوفاة الموصي طبقاً لما ورد في نص المادة 197 من قانون الأسرة التي تنص : " يكون قبول الوصية صراحة او ضمناً بعد وفاة الموصي " .

3. إن الوصية حسب مذهب الإمام مالك لازمة بعد وفاة الموصي و لا يجوز إبطالها أو تعديلها أو الرجوع فيها إلا حالة الحياة .

فبالنظر إلى هذه الأسس ، لمن يكون الحق في طلب الإبطال لمن توفي إذن ؟ ، ذلك أن الحق

في الإبطال شرع لمن تقرر لمصلحته فقط⁽³⁾ .

(1) تنص المادة 99 من القانون المدني : " إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق " .

(2) أنظر في مرض الموت و شروطه مصطفى العلاونة، المرجع السابق، ص. 55 .

(3) أ.عمر رشاد السيد ، المرجع السابق ، ص. 62 .

الوجه الثالث : هل ينتقل حق طلب الإبطال لورثة المريض ١٩ .

يعتبر الورثة خلفاً لمورثهم المادة 108 من القانون المدني التي تنص : " ينصرف العقد إلى المتعاقدين و الخلف العام ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث "

و عليه تنتقل للورثة حقوق مورثهم، إلا أنّ هذا القول لا يستقيم و النعي بأنّ الورثة هم في حكم الغير بالنسبة إلى تصرفات مورثهم المريض مرض الموت ، و على هذا المبنى أجاز لهم الطعن في هذه التصرفات ، و لا يحتج عليهم بها إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل مرض الموت طبقاً لنص المادة 776 / 02 ، و على هذا الأساس فإنّ الحق في الإبطال لا ينتقل إلى ورثة المريض لأنهم ليسوا خلفاً عاماً في هذه التصرفات الصادرة عن مورثهم في مرض الموت⁽¹⁾ .

و تبعاً لهذه الأسس السابقة فإنه لا مجال للقول في قابلية الإبطال ، و إنما مدار الحديث حول نفاذ الوصية أم لا ، لا سيما و أنّ الإبطال لا يقع إلاّ بحكم قضائي⁽²⁾ ، و من ثمّ و جب تطبيق أحكام المادتين 185 ، 189 من قانون الأسرة ، في جواز نفاذ الوصية للسوارث أو للغير في ثلث مال التركة.

و خلاصة القول أنّ نص المادة 02/408 خاطئ سواء في النص العربي أو الفرنسي من

أساسين :

(1) يفسر د.علي علي سليمان عبارة " ... مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث ... " في المادة 108 ، أنّ القانون أعطى للورثة حق في الطعن في تصرفات مورثه المبرمة في مرض موته ، و هم في حكم الغير في ذلك، نعا لما هو منصوص عنه بالمادة 776 مدني . مؤلفه ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق . ص. 87 .

(2) " ... متى تقرر بطلان العقد سواء كان قابلاً للإبطال أو باطلاً بطلاناً مطلقاً فهي الحالة الأولى يكون الإبطال بحكم قضائي ، أما في الثانية فلا ضرورة لصدوره و لكن الغالب و العمل أن ترفع به دعوى لتقريره ... " ، - لشرح أكثر - د.علي علي سليمان نفس المرجع السابق ، ص. 83 .

(3) أ.عامر رشد السيد، المرجع السابق، ص 66.

الأساس الأول : مأخوذ من تناقض القانون المدني و قانون الأسرة

يقع تطبيق نص المادة 408 / 02 متناقضاً و محتوي المادتين 185 ، 189 من قانون الأسرة بين القابلية للإبطال و نفاذ أو عدم نفاذ الوصية بالمقدار المحدد بها إلى حد يجعل التناقض بين القانون المدني و قانون الأسرة واضح .

الأساس الثاني : مأخوذ من مخالفة أساس إبطال تصرف المريض مرض الموت

إنّ الإعتماد على النصين بالنسختين العربية و الفرنسية في نفس الوقت فيه إهدار لأساس الطعن بإبطال تصرف المريض مرض الموت و باعتبارها ما قررت إلا لتعلق حق الورثة بحال المريض من نزول المرض و حماية لهم⁽¹⁾ .

إنّه لأجل ذلك تمّ إقتراح تعديل صياغة المادة 408 / 02 المتقدمة من طرف الدكتور علي علي سليمان على النحو التالي : " أما إذا تمّ البيع للغير في نفس الظروف ، فإنّه ينفذ في حدود الثلث ، وما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة " ، و بهذا التعديل يستقيم و يتفق حكم القانون المدني مع قانون الأسرة على أنّ تكون الترجمة الفرنسية متفقة مع النص العربي⁽²⁾ .

(1) و لعل العمل بنص المادة 408 بالنسخة الفرنسية يصل إلى تطبيق غير سليم لأحكام هذا الموضوع ، و كبادرة هي الحالات التي يكفي فيها القضاة أو الدفاع بالإطلاع على المادة بالنسخة الفرنسية فقط لأن الأمر يتعلق عندهم بأن النسخة الفرنسية هي الأصل لنصوص القانون المدني ، مع ان الثابت رسمياً أنه حال التعارض بين النصين العربي و الفرنسي يرجح النص العربي في العمل و هذا تطبيق لأحكام الدستور و القوانين التابعة له . إن الإطلاع على بعض الأحكام القضائية لختلف الدرجات القضائية يؤكد ذلك ، و لقد بينا عندما تمّ التطرق إلى أساس تقييد تصرف المريض مرض الموت في المطلب الثالث من المبحث الثاني للفصل الأول من هذا البحث ، أنه حتى المحكمة العليا في قرابين مختلفين و بسبب التطبيق المختلف لنسختي المادة 408 مدني وقعت في ذلك . انظر قرار مجلس قضاء البلدة تحت رقم 2000/1099 قرار المحكمة العليا تحت رقم 33791 ، قرار المحكمة العليا تحت رقم 41111 و المشار إليهم في ص... من هذا البحث و كاملاً فيما يخص القرارين الأول و الثاني ص .ص. من الملحق .

(2) هـ. علي علي سليمان ، ضرورية إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 133.

المبحث الثالث

حماية الغير حسن النية في بيع المريض مرض الموت

قد يكسب المتصرف إليه حقا عينيا على المال المتصرف به من طرف المورث و قد يقع أن يقوم بشهره و يطمئن إلى ذلك ، كما يقع أن يتصرف مشتري المبيع من المريض مرض الموت إلى آخر بالبيع أو أن يترتب له حقا عينياً عليه ، كمن لو باعه من شخص ثالث أو رهنه لديه ، و غالباً ماتمضي فترة قصيرة بين صدور البيع في مرض الموت و بين وفاة المتصرف ، فباستعمال حق الورثة المتضررين في الإبطال يتهدد مركز الغير ، و من ثم إستقرار التعامل و تحقيقاً للمصالح و حسب حماية هذا الغير ، و ذلك بإعمال أحكام قانونية تحقق ذلك .

لقد ظهر أنّ تطبيق حكم المادة 408 من القانون المدني السابقة يوجب عدم نفاذ البيع في حق الورثة فيما يجوز ثلث التركة إلا إذا أقروه ، فإذا لم يقر الورثة التصرف بالبيع ، و استعملوا حقهم في أن يستردوا من المشتري القدر المحابي به الذي يجاوز ثلث التركة وقت الوفاة ، كان لهم استرداده و لو من الغير الذي تلقى ملكية المشتري و على هذا يضار الغير بتطبيق أحكام المادة 408 من القانون المدني الجزائري الخاصة بالبيع في مرض الموت ، و يحدث أن يكون الغير حسن النية و تلقى المبيع بعوض ، فإنّ تطبيق هذا النص السابق من شأنه إلحاق بالغ الضرر به و لكن العدالة تستلزم حماية هذا الغير من الضرر الذي يصيبه من جراء تطبيق هذه القواعد و بذلك عيّنت المادة 409 من القانون المدني بذلك و التي تنص : " لا تسري أحكام المادة 408 على الغير حسن النية ، إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينياً على الشيء المبيع " .

و نتطرق إلى تفصيل المبحث على مطلبين هما :

المطلب الأول : شروط تمسك الغير بالحماية القانونية المقررة بالمادة 409 قانون مدني

المطلب الثاني : أحكام هذه الحماية

المطلب الأول : شروط تمسك الغير بالحماية القانونية المقررة بالمادة 409 قانون مدني

يحمي القانون الغير الذي كسب بعوض حقاً عينياً على الشيء المبيع في مرض موت ،البائع ضد الورثة الذين يطالبون بعد نفاذ ما فاق الثلث من التركة تطبيقاً للمادة 408 من القانون المدني بتوافر شرطين أساسيين :

الشرط الأول : يجب أن يكون الغير قد كسب حقه بعوض .

تنص المادة 409 من القانون المدني : " لاتسري أحكام المادة 408 على الغير حسن النية... قد كسب بعوض " .

حتى يستفيد الغير من الحماية المقررة بموجب المادة أعلاه ، يجب أن يكون اكتسابه للمبيع بعوض و إلا فإنّ الورثة أولى بالحماية لإتسام فترة مرض الموت بالشك و الريبة ⁽¹⁾ ، فإذا كان المبيع عقاراً وجب أن يوثق و يشهر ويلحق بهذا التصرف جميع التصرفات الواردة على العقار طبقاً لما هو مكرس في القانون المدني و الإجراءات التي تدبر الشهر العقاري ، فمتى تخلفت الشكلية في هذا البيع و لم يشهر المتصرف إليه الثاني أو الثالث العقار لم يستفد من هذه الحماية ، إذ أنّ ورثة البائع يعتبرون من الغير في التصرفات التي يبرمها المشتري ⁽²⁾ ، و إن كان حقاً عينياً تبعياً فلا بد من قيد هذا الحق طبقاً للمادة 904 مدني .

الشرط الثاني : يجب أن يكون الغير حسن النية

تبعاً لنص المادة 409 السابقة فإنها تشترط حسن نية المتصرف إليه الثاني الذي لا يعلم تلك الحجابة الواقعة بين بائعه و بين المريض ، و العلم يجب أن يكون عند الشراء ، فلا يكفي أن يكون بعده ⁽³⁾ ، و بذلك لا سبيل للورثة لإبطال حق المكتسب .

(1) د. ميمر تناغو، المرجع السابق، ص 415

(2) السيد خلف محمد ، قضاء النقص في الملكية ، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى 1989، ص 239

(3) د. شفيق الجراح ، المرجع السابق، ص 88 .

المطلب الثاني : أحكام حماية الغير حسن النية

بتوافر الشروط الموضوعية لحماية الغير يجب مع ذلك أن تكون هناك موازنة بين نتائج تطبيق المادة 409 مدني و الضرر الحاصل بالورثة مستعملي حق الإبطال المقرر لهم قانونا ، و بهذا تطرح مسألة مصير الورثة .

إن حق الورثة في إبطال العقد عندما يكون الغير سيئ النية أي أنه يعلم أنه يتعامل مع المريض مرض الموت ، و لهذا ملايسات و قرائن ثابتة و ما عدا ذلك فلا سبيل لهم عليه في وجه الحماية المكسوبة بموجب المادة 409 من القانون المدني ، غير أن الورثة محمين في وجه المشتري الأول - من المريض - تتجلى هذه الحماية في عدم إجازة البيع و إبطاله⁽¹⁾ .

إلا أنه يرى بعض الفقهاء و منهم الدكتور مصطفى أحمد الزرقاء ، بأن للورثة إلزام المشتري الأول بتكملة الثمن إلى الحد الذي لا تتجاوز فيه المحاباة ثلث التركة و هذا تطبيق للقاعدة : " إذا تعذر الأصل يرد إلى البديل " . و لُما كان الحق الأصلي هو الإبطال فإنه تعذر لخروج المال المبيع من يد المشتري إلى آخر حسن النية ، جاز لهم رفع دعوى تكملة الثمن مع التعويض عن الإقتضاء . و لعل إعمال نص المادة 124 المدني التي تنص كل عمل أيا كان يرتكبه المرء و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض " . و منطلق العدالة يقتضي ذلك⁽²⁾ .

(1) د. شفيق الجراح ، المرجع السابق ، ص. 88 .

(2) د. مصطفى أحمد الزرقاء ، شرح القانون المدني السوري ، العقود السامة ، عقد البيع و المقايضة ، الطبعة السادسة 1965 ، دمشق ،

الفصل الثاني

التصرف لو ارث مع الإحتفاظ بالحيازة و الإنتفاع

بالشيء مدى الحياة

لقد ظهر في العمل أن المورث رغبة منه في محاباة بعض الورثة على آخرين ، قد يعمد إلى إخفاء وصيته على صورة تصرف آخر. كان يقوم بإخراجها في صورة بيع منحز أو هبة مع الإحتفاظ بمحيازة المال و الإنتفاع به مدى الحياة ، و حقيقة التصرف وصية . لذلك نصت المادة 777 من القانون المدني : " يعتبر التصرف وصية و تجرى عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته و إستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه و الإنتفاع بع مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك " (1) .

باستقراء المادة نستخلص قرينة قانونية مفادها أنه إذا تصرف المورث حال حياته و هو في صحته إلى أحد ورثته و كان مقيدا بتصرفه هذا بشروط معينة تتعلق باحتفاظ المتصرف بمحيازة العين و الإنتفاع بها مدى الحياة ، باستعماله مظهر البيع أو الهبة ، كان تصرفه هذا في حكم الوصية و عومل بذلك على نقيض قصده .

(1) تقابل هذه المادة ، المادة 917 من القانون المدني المصري التي تنص : " إذا تصرف شخص لأحد ورثته و احتفظ بأية طريقة كانت بمحيازة العين التي تصرف فيها ، و بحقه في الإنتفاع بها مدى حياته اعتبر التصرف مضافا إلى ما بعد الموت ، و نسري عليه أحكام الوصية ما لم يقدم دليل يخالف ذلك "

و لما صدر القانون المدني الجزائري بدون مذكورة إضاحية له ، هو عموما ، حسيما في القوانين بصورة عامة ، و في قانون بأهمية القانون المدني باعتباره قانون المعاملات الخاصة بين الأشخاص ، و لذلك فإننا نورد ما جاء في المذكرة التوضيحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري حول هذه المادة ، لا سيما و أن هذه المادة و المواد المتعلقة بالبيع في مورث الوارث و ما نسري في حكم الوصية منقول عن المشرع المصري ، إذ جاء تقديم مفاده : " ... كثيرا ما يلجأ المورث و هو عاجز عن الإبقاء لو ارثته إلى الوصية بغيرها في شكل تصرف آخر كالهبة أو البيع ، و يحتفظ في هذا التصرف بمحيازة العين و الإنتفاع بها مدى الحياة ، و إما عن طريق الإيجار مدى الحياة ، أو من أي طريق آخر ، و قد تضاربت الأقضية في هذا الشأن من قبل المحاكم و الجهات القضائية حتى حسم المشرع الأمر بهذه القرينة و بذلك أمر ما هو أكثر انطباقا على الواقع ، و ترك الباب مفتوح لإثبات عكسها . " ، أنظر - د. عبد الحميد الشواربي و د. عز الدين الدناصوري ، المرجع السابق ، ص. 213 .

المبحث الأول

شروط القرينة الخاصة بالتصرف لو ارث مع الإحتفاظ بالحياة و الإنتفاع بالشيء مدى الحياة

حتى تقوم القرينة القانونية الواردة في المادة 777 من القانون المدني و الخاصة بالتصرف لو ارث ، مع الإحتفاظ بحياة الشيء و الإنتفاع به مدى الحياة ، ينبغي توافر شروط معينة نعالجها من خلال المطالب التالية :

المطلب الأول : أن يكون التصرف لأحد الورثة .

المطلب الثاني : أن يحتفظ المتصرف بحياة العين المتصرف فيها مدى الحياة .

المطلب الثالث : أن يحتفظ المتصرف بالإنتفاع بالعين مدى الحياة .

(1) القرينة القانونية هي وسيلة يهدف بها المشرع إلى إثبات واقعة غير معلومة ، و لم يقم أي دليل على ثبوتها بالإستناد إلى أمور أخرى ثابتة معلومة .

إن المشرع لا يلجأ إلى هذه الطريقة إلا في حالات يبدوا فيها عبء الإثبات بالنسبة لواقعة معينة أمراً بالغاً من الصعوبة مما يجعل المدعي يعجز عن إثباته ، فيفرض بنص قانوني ثبوت هذا الأمر و ذلك بمجرد ثبوت بعض الظروف العينة يعتبرها كافية للإستنباط منها و ينشأ من ذلك قرينة قانونية يستطيع المدعي أن يتمسك بها إذا وجد فيها الظروف التي نص عليها القانون ، فغنيه ذلك عن تقديم الدليل الذي كان يجب عليه تقديمه لولا وجود هذه القرينة ، و من ذلك يظهر أن القرينة القانونية ليست دليلاً من أدلة الإثبات بالمعنى الحرفي و إنما هي قاعدة يعفي بها المشرع المدعي في ظروف معينة من القيام بإثبات دعواه كلاً أو بعضاً ، و ذلك بأن يعتبره المدعي أمراً ضاهراً على سبيل الإفتراض ، و أن يلقي على المدعي عبء الإثبات العكسي على أساس أنه يعتبر مدعياً خلاف الظاهر .

و عرفت المادة 337 من القانون المدني بما يلي : " القرينة القانونية تعني من تقرر لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك . - أنظر في ذلك - د. يحيى بكوش ، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية ، الطبعة الثانية ، الجزائر 1998 ، ص 357 .

و يقول عنها د. محمودي مراد : " ... إنها وسيلة من وسائل سياغة القاعدة القانونية و هي لمرّة اجتهاد قانوني مؤداها أن تجعل من الشيء المضمّن أن يكون شيئاً صحيحاً ، بمعنى أن المشرع يضع احتمالات و افتراضات بقواه أن هذا الشيء صحيح و لو كان على خلاف ذلك ، فهو بهذا الأمر يتحمل إمكانية تشويه و كذب و تحريف للواقع ، و لكن يمكن أن يكون ناقلاً له " ، - أنظر في ذلك - محاضرات د. محمودي مراد ، دروس في المدخل للقانون ، دفعة 95 - 96 جامعة البليدة ، محاضرات غير منشورة .

المطلب الأول : أن يكون التصرف لأحد الورثة

توجب المادة 777 مدني أن يتم التصرف للوارث و ذلك بصريح العبارة ، و معنى هذا ترتيب القانون لآثار قانونية تتبع نتائج الأخذ لهذه الصفة ، و عليه نبين المطلب في نقطتين هما :

أولا : انعقاد التصرف للوارث .

ثانيا : نتائج الأخذ بصفة الوارث في تطبيق المادة 777 مدني .

أولا : انعقاد التصرف للوارث .

يجب لكي يأخذ التصرف حكم الوصية تطبيقا للمادة 777 مدني أن يكون تاما من قبل المورث حال حياته لأحد ورثته ، فإن كان لغيره لا تقوم القرينة القانونية و إن كان البعض يرون أن المورث قد يلجأ إلى الوصية المستترة للإيضاء لغير الوارث بأكثر من ثلث التركة لوجود علاقة قوية بينهما ويلتمسون تطبيق أحكام المادة محل الشرح ، فإن الدكتور رمضان أبو السعود يرى أن التصرف لغير الوارث مع الإحتفاظ بجميعة العين و الإنتفاع بها مدى الحياة إن لم يصلح كقرينة قانونية ، فلا أقل من إعتبره قرينة قضائية⁽¹⁾ و سواء اعتبر قرينة قانونية أو قضائية فهو في الحالتين يقبل إثبات العكس⁽²⁾ ، و العبرة في تحديد الوارث بوقت وفاة المتصرف لا بوقت انعقاد التصرف فيعتبر وارثا من أصبح كذلك وقت وفاة المصرف ، و لو لم يكن وارثا وقت التصرف . و لا يعتبر وارثا من لم يعد كذلك وقت الوفاة ، ولو كان وارثا وقت التصرف⁽³⁾ . و الوارث الذي يطعن في التصرف الصادر من مورثه في صورة بيع منجز بأن حقيقته وصية ، و أنه قصد به الإحتيال على قواعد الإرث المقررة شرعا إضرارا بحقه فيه يجوز له إثبات هذا التحايل بأي طريقة من طرق الإثبات ، و هذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في حكم صادر بتاريخ 1946.05.11 .

كما اعتبرت محكمة النقض المصرية في حكم صادر بتاريخ 1946.05.16 أن الوارث يعتبر في حكم

(1) القرينة القضائية هي استنباط القاضي لأمر مجهول و غير ثابت ، من أمر معلوم و ثابت و هي التي يستنتجها القاضي باجتهاده و ذكائه في موضوع الدعوى و ظروفه ولذا سميت القرائن الموضوعية . و نص عليها المشرع الجزائري في المادة 340 من القانون المدني : " يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون ، و لا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يميز فيها القانون الإثبات بالبينة . - أنظر في ذلك -

د.مصطفى مجدي هرجة ، قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، الطبعة 1994 ص.ص 14-15 .

(2) د.رمضان أبو السعود ، الحقوق العينية الأصلية ، المرجع السابق ، ص. 199 .

(3) د.عبد المنعم فرج الصلدة ، المرجع السابق ، ص. 845 .

الغير فيما يخص التصرفات الصادرة من مورثه إلى وراث آخر فيجوز له إثبات خلاف العقد بكل طرق الإثبات⁽¹⁾ .

إنَّ الوارث بذلك يعد من الغير لأن حقوقه قد تعلقت بثلثي التركة ، فليس للمورث أن يمسَّ هذه الحقوق ، و لذلك اعتبر القانون المدني الوارث من الغير بالنسبة لمورثه ، و في هذه الحالة لا يعتبر خلفا عاما له و أجاز له الطعن في هذا التصرف على اعتباره من الغير لا يسري في حقه إلا بما هو ثابت من تقييد .

ثانيا : نتائج الأخذ بصفة الوارث في تطبيق المادة 777 من القانون المدني

إنَّ حق الوارث المتعلق بالطعن على تصرفات مورثة تطبيقا لأحكام المادة 777 من القانون المدني مصدره القانون مباشرة ، و ليس بحق يتلقاه من مورثه بإعتبار أن التصرف لأحد ورثته مع الاحتفاظ بالحيازة و الإنتفاع مدى الحياة يفترض فيه قصد التحايل على نظام الإرث المقرر شرعا، وأنَّ هذا الحق لا ينشأ إلا بعد وفاة المورث و به تثبت الصفة الشرعية للطاعن كوارث⁽²⁾، و من ثمَّ فإذا صادف وإن أجرى المريض التصرف لأجنبي فإن تطبيق نص المادة 777 سالفه الذكر يتعطل بوصفه قرينة قانونية و يطبقه القاضي في النزاع على أساس أنه قرينة قضائية . كأن يكون البيع محرراً بخط المشتري و لم يسجل إلا قبل وفاة البائع بيومين أو تسجيل العقد قبل الوفاة بمدة قليلة ثم شهره بعد الوفاة مباشرة⁽³⁾ .

وإنَّ القضاء حرُّ بما هو ثابت في مبادئ القانون من أن يأخذ بهذه القرينة أو لا يأخذ ، لأنها تعتبر كسائر القرائن القضائية تخضع لمطلق تقديره وواسع نظره تحت رقابة المحكمة العليا فيما يخص التسبيب ، والذي يعتبر وجهاً من أوجه الطعن بالنقض حين إثارته طبقا لما هو منوّه عنه قانونا بنص المادة 4/233 من قانون الإحراجات المدنية .

(1) د. عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص. 177 ، 189 .

(2) د. عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، فقرة 75 ، ص. 166 .

(3) د. عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص. 299 .

المطلب الثاني : أن يحتفظ المتصرف بحيازة العين المتصرف فيها مدى الحياة

تبعاً للشرط الأول المتعلق بتطبيق المادة 777 مدني ، يجب على الوارث أن يثبت أن المتصرف يجوز العين المتصرف فيها مدى الحياة ، فهل هذه الحيازة مشترطة في هذه المادة محل الشرح ، هي نفسها المنوه بها في الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية ؟ ، أم لها طابع خاص ؟ ، و لذلك يجب أن نبيّن المطلب في النقطتين التاليتين :

أولاً : المقصود بالحيازة .

ثانياً : الحيازة مدى الحياة كشرط في إعمال قرينة المادة 777 من مدني .

أولاً : المقصود بالحيازة

الحيازة وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء أو حق من الحقوق ، بقصد الظهور بمظهر المالك⁽¹⁾ أو صاحب حق عيني آخر ، سواء أكان هذا الشخص هو صاحب الحق أو لم يكن كذلك و تتحقق هذه السيطرة الفعلية لمباشرة أعمال تنفق و مضمون الحق و عادة ما يباشرها المالك نفسه⁽²⁾ .

فإذا لم يعرف القانون المدني الجزائري الحيازة تعريفاً مباشراً ، فإن القانون المدني الأردني عرفها بموجب نص المادة 1/1171 منه بما يلي : " الحيازة سيطرة فعلية من الشخص بنفسه أو بواسطة غيره على شيء أو حق يجوز التعامل فيه " . ثم المادة 905 من القانون المدني الكويتي : " الحيازة هي سيطرة شخص بنفسه أو بواسطة غيره على شيء مادي . فظاهر عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر بأن يباشر عليه الأعمال التي يباشرها عادة صاحب الحق " . على هذه التعاريف كان لا بدّ للحيازة من توافر عنصران أساسيان هما ، العنصر المادي والعنصر المعنوي .

العنصر المادي :

يتمثل في مجموع الأعمال المادية التي يأتيها الحائز ، و هي في العادة من قيام المالك كإحراز الشيء و الإنتفاع به ، حتى يظهر الحائز بمظهر صاحب الحق⁽³⁾ .

(1) د. عبد الرزاق السنهوري ، أسباب كسب الملكية ، الجزء التاسع ، المرجع السابق ، ص. 784 .

(2) د. وحيد الدين سوار ، المرجع السابق ، ص. 399 .

(3) د. رمضان أبو السعود ، الحقوق العينية الأصلية ، المرجع السابق ، ص. 580 .

العنصر المعنوي :

يتمثل في إتجاه نية الحائز إلى مباشرة تلك الأعمال لحساب نفسه فتكون له نية الظهور بمظهر المالك⁽¹⁾.

و الحيابة لا ترد بمعناها الصحيح إلا على الحقوق العينية أما الحقوق الشخصية ، فلا ترد عليها و يجب أن ترد على الأشياء المادية التي يمكن التسلط عليها تسلطاً مادياً، و الحق محل الحيابة قد يكون عقاراً أو منقولاً و قد يكون مفرزاً أو شائعاً⁽²⁾، في حين أن الدكتور رمضان أبو السعود يرى أن الحيابة هي سيطرة فعلية على شيء أو حق فتجوز حيابة الحقوق العينية كحق الإنتفاع و حق الإرتفاق و حقوق الرهن المختلفة ، كما تجوز حيابة الحقوق الشخصية .

و يتعين التمييز بين الحائز و المالك الظاهر فالمالك الظاهر يعد أنه المالك استناداً إلى خطأ شائع ، ففكرة الملكية الظاهرة تقوم أساساً على الإعتماد العام و الخاطئ الذي لا يطابق الحقيقة بأن شخصاً هو المالك ، أما الحيابة فتقوم على سلوك الحائز الذي يسيطر على الشيء و يظهر بمظهر صاحب الحق العيني و هو ليس كذلك إذ يحميه القانون بدعاوى تعرف بدعاوى الحيابة طبقاً لما هو منصوص بالمواد 817 و ما بعدها من القانون المدني⁽³⁾ .

ثانياً: الحيابة مدى الحياة كشرط في إعمال قرينة المادة 777 من مدني

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

(1) د.وحيد الدين سوار ، المرجع السابق ، ص. 232 .

(2) د.وحيد الدين سوار ، نفس المرجع ، ص.ص 220 - 228 .

(3) د.رمضان أبو السعود ، الحقوق العينية الأصلية ، المرجع السابق ، ص. 327 .

غير أن الأستاذ رمضان أبو السعود يرى أن احتفاظ المتصرف بحيازة العين بأي طريقة معناه أن يكون حائزاً بإعتباره منتفعاً لا مالكا⁽¹⁾، و هو قول مردود ذلك أن المشرع إعتبر هذا التصرف وصية و الموصي يبقى مالكا للشيء الموصى به . و يقول الأستاذ زهدور محمد بأن الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ، و من ثم فإنه يجوز حسب القاعدة العامة للموصي الرجوع في وصيته ، و من ثم له أن يتصرف في ماله فيكون تصرفه صحيحاً لأنه مالك⁽²⁾، كما أن إحتفاظ المتصرف بحيازة العين المتصرف بها عبارة عن واقعة مادية يجوز إثباتها بكل الطرق⁽³⁾.

على هذه الأسس اختلفت الحيازة المنوه بها بالمادة 777 مدني عمماً سواها⁽⁴⁾ لأن المشرع يعالج بها أمراً بالغ الأهمية يتعلق بالتحايل على الميراث المتعلق بالنظام العام ، ويسهل الإثبات بهذه القرينة و اتصلت هذه القرينة بالجانب الموضوعي لإتصالها بموضوع الحق اتصالاً وثيقاً .

(1) د. رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص. 199 .

(2) أ. زهدور محمد ، المرجع السابق ، ص. 97 .

(3) د. عبد المنعم فرج صدة ، المرجع السابق ، ص. 345 .

(4) قضت المحكمة العليا في قرار لها المؤرخ في 1986.04.21 ، تحت رقم 40457 بحما يلي : " ... إنه من المبادئ المستقر عليها في فقه الشريعة الإسلامية أن حيازة الموهوب له للمال تعد شرطاً لصحة عقد الهبة ، و تأسيساً على ما تقدم يستوجب نقض القرار الذي يقضي بصحة الهبة استناداً على التصريح الوارد بالعقد المتمثل في انتقال الحيازة للموهوب له دون التأكيد من وقوع الحيازة الفعلية . " ، المجلة القضائية ،

عدد 02 ، لسنة 1998 ، ص. 72 .

المطلب الثالث : أن يحتفظ المتصرف بالإنشاع بالعين مدى الحياة

يتعلق الشرط الثالث و الأخير للعمل بالمادة 777 مدني بأن يحتفظ المتصرف بالإنشاع بالعين مدى حياته ، مما يثير في هذا المطلب مسألة المفارقة بين حق الإنشاع طبقا للقواعد العامة و ما هو معمول به في هذه المادة لذلك وحب تبيانه في نقطتين هما :

أولا : المقصود بالإنشاع .

ثانيا : الإنشاع مدة الحياة كشرط في أعمال قرينة المادة 777 من القانون المدني .

أولا: المقصود بالإنشاع

لم يورد التقنين المدني تعريفا لحق الإنشاع جريا على عادته في الإقلال من التعريفات قدر المستطاع ، و نستأنس بتعريف القانون المدني الأردني له بموجب المادة 1205 : " الإنشاع حق عيني للمنتفع بإستعمال عين تخص الغير ، و إستغلالها ما دامت قائمة على حالها و أن لم تكن رقبته ملك للمنتفع " (1).

إن الإنشاع هو حق عيني يخول للمنتفع الإنشاع بشيء مملوك للغير، فتكون له سلطة إستعماله و إستغلاله مع إلتزامه بالمحافظة على هذا الشيء و رده لصاحبه عند نهاية حق الإنشاع و الذي ينقضي حتما بموت المنتفع .

من خلال هذين التعريفين فإن حق الإنشاع يتميز بالخصائص التالية :

1. حق الإنشاع حق عيني يخول صاحبه مزيبي التقدم و التتبع .
 2. حق الإنشاع يولي صاحبه إستعمال شيء يخص الغير وإستغلاله .
 3. حق الإنشاع حق مؤقت محدود بحيازة المنتفع .
- فالمنتفع له سلطة الإستعمال و الإستغلال ، و يقع على عاتقه إلتزام المحافظة على الشيء ، أما رد هذا الشيء إلى صاحبه عند نهاية الإنشاع فهو لا يعد إلتزاما إذا كان حق الإنشاع مدى الحياة بقدر ما هو نتيجة لوفاة المنتفع (2).

(1) د. عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، الجزء التاسع ، ص. 1200 .

(2) د. رمضان أبو السعود ، الحقوق العينية الأصلية ، المرجع السابق ، ص. 507 .

ثانيا: الإنتفاع مدة الحياة كشرط في أعمال قرينة المادة 777 من القانون المدني

من خلال المادة 777 قانون مدني فإن المتصرف يشترط لنفسه حق الإنتفاع مدى الحياة ، أي إستعمال الشيء المتصرف فيه و إستغلاله مدى الحياة⁽¹⁾ .

ويلاحظ أن المقصود من الإحتفاظ بالحق في الإنتفاع وفقا للمادة 777 من القانون المدني ، هو أن يكون المتصرف ينتفع بالعين مدة حياته مستندا إلى حق ثابت لا يستطيع المتصرف إليه تجريد منه⁽²⁾ .

كما أنه يجب أن يقوم المتصرف بإستغلال العين المتصرف فيها لحسابه لا لحساب غيره ، وفي هذا السياق ذهبت محكمة النقض المصرية في حكم صدر بتاريخ 1923/04/25 إلى أن القرينة التي تتضمنها المادة 917 من القانون المدني المصري التي تقابل المادة 777 من القانون المدني الجزائري لا تقوم إلا بتوفير شرطين أولهما هو إحتفاظ المتصرف بحيازة العين المتصرف فيها ، و ثانيهما إحتفاظه بحقه في الإنتفاع بها على أن يكون الإحتفاظ بالأمرين مدى حياته .

وقد جاء في منطوق الحكم مايلي : " فإذا كان الحكم المطعون فيه قد إنتهى بأسباب سائغة إلا أن حيازة المورث للأعيان المبيعة منه إلى ورثته و إستغلاله لها بعد البيع لم يكن لحساب نفسه و لكن لحسابهم تنفيذا للتوكيل الصادر منهم إليه فإن الحكم يكون قد نفى إحتفاظ المورث بحقه في الإنتفاع بالأعيان المتصرف فيها مدى حياته مما انتهى إليه مما تنتفي به القرينة القانونية الواردة في المادة 917"⁽³⁾ .

لكن تجدر الإشارة إلى أن حق الإنتفاع يقصد به إستغلال حق الغير غير أن المتصرف ينتفع ويستغل ماله الخاص ذلك أنه بإعمال أحكام الوصية فإن المتصرف الوارث يبقى مالكا لأمواله المتصرف فيها و إنتفاعه منها أساسه و مصدره ملكيته لها غير أن الإنتفاع من مال الغير مصدره

(1) يرى البعض أن إحتفاظ المورث بحق الإنتفاع طول حياته كاف وحده لقيام القرينة القانونية محل الشرح فهو يتضمن اشراط الإنتفاع بالعين مدى الحياة و استبقاء الحيازة في يده بصفته منتفعا ، و قد يضيف إلى ذلك عدم تسجيل البيع و تصرفه في العين تصرف المالك ، فيكون بذلك قد قوى القرينة . - أنظر في ذلك - د. عبد الرزاق السنهوري ، الجزء التاسع ، المرجع السابق ، الهامش 1 ، ص. 232 .

(2) د. رمضان أبو السعود ، الحقوق العينية الأصلية المرجع السابق ، ص. 200 .

(3) د. عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص. 168 .

حق الإنتفاع إذا ما تحققت شروطه . وعلى هذا الأساس كان حق الإنتفاع الوارد في القواعد العامة يختلف عن ما هو منصوص عليه بالمادة 777 من القانون المدني⁽¹⁾ .

و على هذا النحو يجب حتى يعتد بقيام هذا الشرط المتعلق بالإنتفاع مدى حياة إن يتوافر

مايلي:

1. أن يكون الإنتفاع لحساب المتصرف

فلا يكفي لقيام هذه القرينة أن يحتفظ المتصرف بالإنتفاع بالشيء ، أو يضمن العقد شرط يقضي بذلك ، بل يجب أن يكون الإنتفاع لحساب نفسه لا لغيره ، فمتى كان الإنتفاع موكولا إلى مشيئة المتصرف إليه و يستطيع أن ينتزع الإنتفاع من يد المتصرف متى أراد سقط تطبيق هذا الشرط .

2. أن يستند حق الإنتفاع إلى مركز قانوني

فلا يكفي انتفاع المتصرف في العين فعليا و إن كان حتى وفاته و من ذلك توثيق و شهر العقار لصالح الوارث مع بقاء المورث منتفعا به⁽²⁾ ، هذا وأن مجرد الإنتفاع الفعلي يسقط قيام القرينة المنوه بها بنص المادة 777 من القانون المدني ، و إن بقي لقاضي الموضوع حق إستخلاص قرائن قضائية بناء على دفع الطاعن في التصرف⁽³⁾ .

(1) وجاء قانون 19/87 بحق انتفاع مؤبد ملك للفلاحين من قبل الدولة صاحبة ملكية الرقبة ، المادة 7 من قانون 19/87 ، المؤرخ في 1987.12.08 يتضمن صيغ كفية استعمال الأراضي الفلاحية ، للأموال الوطنية و تحديد حقوق المنتجين و واجباتهم ، جريدة رسمية رقم 50 لسنة 1987 .

(2) قرار رقم 43301 بتاريخ 1986.09.22 ، مجلة قضائية العدد 3 ، لسنة 1992 ، ص. 63 .

(3) د. عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، الجزء التاسع ، هامش 5 ، ص. 232 .

المبحث الثاني أحكام هذا التصرف

إنَّ تصرف المورث إلى أحد ورثته مع إسْتِبقاء حيازة الشيء المتصرف فيه و الإنتفاع به مدى حياته تسري عليه أحكام الوصية ، غير أنه يمكن لمن له مصلحة إثبات ما يخالف هذه القرينة ، و للمتصرف إليه حق دحض هذه القرينة مستعيناً بوسائل مضادة لتنجيز التصرف و تلافي تطبيق هذه المادة عليه ، و سنتناول هذا المبحث فيما يلي :

المطلب الأول : خضوع هذا التصرف إلى أحكام الوصية .

المطلب الثاني : إمكانية إثبات أن التصرف لم يكن وصية .

المطلب الثالث : صعوبة إثباته بحكم هذا التصرف .

المطلب الأول : خضوع هذا التصرف إلى أحكام الوصية

بتوافر الشروط السابقة تقوم قرينة قانونية على أن تصرف المورث لأحد ورثته بعد وصية مستترة⁽¹⁾، و قد ألحق المشرع هذا التصرف بالوصية ، و أعطاهما حكمها في نص المادة 777 مدني، و هذه القرينة مستحدثة لم ترد في القانون الفرنسي الملغى⁽²⁾ ، فهذه القرينة أقامها المشرع لرد الإحتيال على أحكام الوصية ، فقد يعمد المورث إلى ستر وصيته في شكل تصرف منحز كييع أو هبة و يحتفظ في هذا التصرف بحيازة العين ، و بحقه في الإنتفاع بما يعني أن المورث قد يخلع على التصرف وصفا قانونيا غير صحيح ، و من ثم نكون بصدد تكييف غير صحيح أعطي للتصرف عن عمد بغية التحايل على القانون ، فالتكييف مسألة قانونية يعود لقاضي الموضوع الفصل فيها ، و يفصل فيها من تلقاء نفسه دون التقييد بالوصف الذي خلعه أصحاب الشأن على التصرف⁽³⁾.

و من ثم إذا نجح الطاعن في إثبات طعنه ناعيا على التصرف بأنه وصية مستترة بناءً على أحكام المادة 777 مدني ، فإن الوصية لا تجوز للوارث و من ثم يبطل التصرف سواء كان عقد هبة أو بيع باشتراك بقاء الحيازة و الإنتفاع مدى الحياة للمورث التصرف .
يجب في ذلك إعمال التفرقة بين انعقاد التصرف لوارث و لغير وارث ، و كأن بتطبيق حرفية نص المادة 777 مدني نلغى تطبيقها عندما يتم التصرف لأجنبي ، و لا يحق للورثة الطعن على تصرف مورثهم الذي قصد منه حرمانهم من الإرث ، و لكن سقوط العمل بالقرينة القانونية لا ينفي العمل بالقرينة القضائية ، و على الورثة التذليل بالقرائن و ظروف و ملابسات التصرف للعمل على إبطاله متى حرموا من الميراث ، و للقاضي سلطة تقدير ذلك .

(1) د. رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص. 200 .

(2) بالإضافة إلى تصرف المريض مرض الموت . - أنظر في ذلك - أ. محمد زهدور ، المرجع السابق ، ص. 77 .

(3) يرى د. اسماعيل غانم : " أن التكييف القانوني للتصرف يجب أن يقوم على أساس النتيجة القانونية التي يتبناها التصرف ، و لو كان يقصد بها إلى تحقيق غرض عملي آخر ، إذ الغرض العملي الواحد في سبيل تحقيقه و سائل قانونية متعددة ، و يختلف تكييف كل منها عن الآخر رغم وحدة الغرض ، و من هذا ينهي إلى التحايل على القانون ، لا يتحتم معه أن يكون مصحوباً بتكييف غير صحيح للتصرف . فقد تكون هناك هبة يرتضي الطرفان فيها انتقال ملكية الرقبة إلى الموهوب له ، و يحتفظ الواهب بحيازة الشيء و يحقه في الإنتفاع به طول حياته ، و لكن ارتضاها هذه النتيجة القانونية لم يكن إلا وسيلة لتحقيق غرض عملي هو الإيصال ، ففي هذا المثل يكون التكييف الصحيح للتصرف أنه هبة وفقاً لما ارتضاه الطرفين من نتائج قانونية ، فلا يجوز للمتصرف أن يرجع فيها بدعوى أنها وصية ، و لكن لأن الغرض من التصرف على هذا النحو هو التحايل على أحكام الوصية ، فلا تنفذ بقودها " ، - أنظر في ذلك - د. عبد المعتم فرج الصدة ، المرجع السابق ، هامش 1 ، ص. 843 .

المطلب الثاني : إمكانية إثبات أن التصرف لم يكن وصية

إذا قام الدليل على توافر شروط قرينة المادة 777 مدني فيقع عبء الإثبات على من يتمسك بالقرينة سواء كان وارثاً أو دائناً للتركة ، تعين على القاضي أن يجري حكم القرينة فيعتبر التصرف وصية ومن ثم لا ينفذ في حق الورثة إلا في حدود الثلث ، و لا ينفذ أيضاً في حق الدائنين إذا كانت التركة مستغرقة بدين لأن الديون مقدمة على الوصايا⁽¹⁾، و يكون للمتصرف إليه أن يثبت عكس هذه القرينة ، كأن يثبت أن التصرف في حقيقته بيع و ذلك بإقامة الدليل على واقعة دفع الثمن ، أو يثبت أن التصرف قصد به انتقال الملكية حال حياة المتصرف⁽²⁾ ، فإن عجز قامت هذه القرينة ، و في هذا السياق ذهبت محكمة النقض المصرية في حكم لها صادر بتاريخ 1964.05.04 في إعفاء من يطعن في التصرف بأنه ينطوي على وصية من إثبات هذا الطعن و نقل عبء الإثبات على المتصرف إليه⁽³⁾ ، و قضت المحكمة العليا في قرار لها : " ... كون الطاعنة لم تثبت عكس ما جاء في هذا العقد سواء من حيث علاقتها بالواهب (درجة القرابة ، و حق الإرث) ، أو من حيث دليل الحيازة الفعلية و المادية للموهوب في الحياة و عليه فإن ما قضى به مجلس قضاء الأغواط بناءً على هذه المادة 777 من القانون المدني ، حين قضوا ببطلان و عدم تنفيذ هذا التصرف إنما طبقوا الشريعة الإسلامية إذ لا يجوز الوصية للوارث "⁽⁴⁾ .

و عليه إذا لم يثبت للمتصرف عكس ما ورد في قرينة المادة 777 ، أنه ليس من ورثته ، و أن حيازة المتصرف لم تكن فعلية وإنه لم يستبقها للإنتفاع بها طول حياته ، فإنه و الحال هذه يسري على هذا التصرف أحكام الوصية ، و يبقى طعن الوارث على تصرف مورثه بأنه في حقيقته وصية مستترة لا بيع أو هبة منجزة و إنما قصد التحايل على نظام الإرث المقرر شرعاً سواء جاء التصرف في مثل قرينة المادة 777 من القانون المدني ، أو حال التصرف في مرض الموت ، مما سبق شرحه مصدره القانون مباشرة و ليس حق يتلقاه من مورثه باعتباره خلفاً عاماً له ، و على ذلك لم يكن الحكم الصادر بحجة البيع و صحته الصادر من قبل مورثه إضراراً به حجة عليه⁽⁵⁾ .

(1) د. عبد النعم فرج الصلدة ، المرجع السابق ، ص. 846 .

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

(3) د. عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص. 169 .

(4) قرار المحكمة العليا ... غرفة الأحوال الشخصية ، الصادر بتاريخ 1990.03.05 تحت رقم 59240 ، مجلة قضائية ، عدد 3 لسنة 1990 ، ص. 62 .

(5) د. عبد الرزاق السنهوري ، الجزء التاسع ، ص. 234 .

المطلب الثالث : صعوبة إثبات عكس هذا التصرف .

إذا تمَّ التصرف تطبيقاً للمادة 777 مدني بموجب عقد رسمي سواء وقع التصرف في شكل عقد بيع أو هبة أو أي تصرف آخر ، و غالباً ما يقع عملياً التصرف بالهبة للعين مع الإحتفاظ بالحيازة و الإنتفاع مدى الحياة ، يجعل الأمر يصل إلى حد استحالة إثبات عكس هذه القرينة لما للعقد الرسمي من حجية مطلقة في الإثبات لا يدحضه الطعن بالتزوير طبقاً للأشكال القانونية المطلوبة ، و قد يمكن القول بالدفن بالدليل الموازي للعقد الرسمي لنقض حجية ما أثبتته العقد المستتر ، ولكن يرد أن هذا العقد لا يعدو إلا أن يكون تعديلاً للعقد الأول ، و مع هذا فإن المشرع يبين بنهاية المادة قبول إثبات عكس هذه القرينة ، و هذا الإتجاه تبرره بدايتها - المادة 777 مدني - التي جاءت عامة " يعتبر التصرف وصية و تجري عليه أحكامها " ، و بهذا فإن هذه المادة تنسح لكل التصرفات القانونية و منها ما لا يستوجب الكتابة الرسمية ، و بهذا يفسح المجال لإثبات عكسها⁽¹⁾ .

هذا و إن الحيازة المقصودة هنا هي الحيازة القانونية و ليست المادية الصرفة ، و التي بها يمكن للواهب أن يجرد الموهوب له منها في أي وقت و دون قيد ، و على هذه الأسس كان التصرف - العقد الذي احتوى هذا الشرط وصيةً بدايةً و نهايةً و به يسهل معرفة التصرف و تكييفه -⁽²⁾

(1) أشعيان محمد ، المرجع السابق ، ص.32 .

(2) جاء في قرار المحكمة العليا تحت رقم 59240 بتاريخ 1990.03.05 ما يلي : " و بما أن الطاعنة لم تثبت عكس ما جاء في هذا العقد من حيث علاقتها بالواهب - درجة القرابة و حق الإرث - أو من حيث دليل الحيازة الفعلية و المادية للشئ الموهوب في حياة الواهب ، و عليه فإن ما قضى به مجلس قضاء الأعواط لا يعتبر تحرقاً للقانون بل هو تطبيق سليم له " ، - أنظر - الملحق ص.ص.125، 127 ، الملاحظ أن طلب المحكمة العليا في البت في عكس الحيازة الفعلية أمر مستحيل ، ذلك أن الواهب صرح في متن العقد الرسمي نفسه .

المبحث الثالث

سريان القاعدة من حيث الزمان

إن قرينة المادة 777 من القانون المدني تسري على الأفراد من يوم صدورها في القانون المدني ، لكن هل تسري هذه القاعدة بأثر رجعي أم فوري يمتد إلى المستقبل فقط ؟ .
ونتطرق إلى ذلك فيما يلي :

- المطلب الأول : القاعدة العامة في سريان القانون من حيث الزمان .
- المطلب الثاني : سريان قاعدة المادة 777 قانون مدني من حيث الزمان .

المطلب الأول : القاعدة العامة في سريان القانون من حيث الزمان

تقضي القاعدة العامة في تطبيق القوانين من حيث الزمان ، أنه متى صدر القانون كان واجب التطبيق من اليوم التالي لنشره في الجريدة الرسمية أو من التاريخ الذي يحدده نفس القانون لسريان أحكامه ، مثال ذلك ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 1003 مدني إذ ينص: " يسري مفعول هذا الأمر ابتداء من تاريخ 25 جمادى الثانية عام 1395 الموافق لـ 5 يوليو 1975 وينشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الديمقراطية الشعبية" (1) .
وتقوم هذه القاعدة على مبدئين هما :

أولا : الأثر المباشر للقانون

و يعني أن القانون لا يسري على كل الوقائع و المراكز القانونية التي تحدث من يوم نفاذه إلى يوم إلغائه .

ثانيا :عدم رجعية القوانين

أي عدم سريان القوانين على الماضي فلو ألغيت قاعدة قانونية وحلت محلها قاعدة قانونية جديدة فإن هذه الأخيرة تسري من يوم نفاذها ، ولا تسري على الوقائع التي سبقت نفاذها بحيث

(1) د. نادية فضيل، دروس في المدخل للعلوم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 97.

يقف سريان القاعدة القديمة فتجعل حدا بينهما وبين تطبيق القاعدة من حيث الزمان .

أ. الأسس التي يقوم عليها مبدأ رجعية القوانين

1. العدل :

إذ أنه من غير العدل أن يعاقب الناس بقانون على تصرفات أباحها القانون القديم.

2. إستقرار المعاملات :

إذ تقضي المصلحة العامة بأن لا يسري القانون الجديد على علاقات قانونية نشأت و رتبت كافة آثارها في ظل القانون القديم ، و السماح للقانون الجديد بأن يمس أو يعدل هذه العلاقات لأن ذلك يؤدي إلى عدم إستقرار المعاملات و إضطرابها وإهتزاز الثقة بالقانون و إن عدم إستقرار التعامل العقاري مساس في صميم استقرار المعاملات.

3. المنطق السليم :

الذي يقضي بأن نشر القانون في الجريدة الرسمية يتطلب أن لا يكون له أثر على ما سبق نفاذه من علاقات قانونية تم ترتيبها وفق أحكام القانون القديم⁽¹⁾ وتأكيدا إلى هذه الأسس فقد أجمعت الدساتير والقوانين على العمل بهذا المبدأ⁽²⁾ وهذا ما فعله المشرع الجزائري في المادة 02 من

(1) د.نادية فضيل، المرحع السابق، ص 96.

(2) وقد جاءت عدة نظريات لتفسير هذا المبدأ أجمالها في نظرتين:

النظرية التقليدية : نظرية الحق المكتسب

وأت هذه النظرية أن أساس مبدأ عدم رجعية القوانين يقوم على التفرقة بين الحق المكتسب و مجرد الأمل، فالقانون الجديد لا يكون ذا أثر رجعي و يمنع تطبيقه إذا كان يؤدي إلى المساس بحق مكتسب في ظل القانون القديم ، ويكون له هذا الأثر إذا أدى إلى تطبيقه المساس بمجرد الأمل، ذلك أن الموصي له لا يكون له أثناء حياة الموصي إلا مجرد أمل أما بعد وفاة الموصي ، فيصبح حق الموصي له حقا مكتسبا. فإذا صدر قانون جديد أثناء حياة الموصي فإنه يسري على الوصية أما إذا صدر بعد وفاته فلا يسري عليها إذا أن للموصي له مجرد أمل في الحالة الأولى بينما له حق مكتسب في الحالة الثانية.

وقد انتقدت هذه النظرية على أساس أن أنصارها لم يتفقوا على تعريف واحد للحق المكتسب ، فيرى البعض أنه لا يقوم على سند قانوني في حين يرى البعض الآخر أن له القدرة على المطالبة بالحق ، كما فرقوا بين الحق المكتسب و مجرد أمل تفرقة غامضة ، كما أنه من غير المستساغ القول بعدم إمكانية المساس بالحق مكتسب ، فلو صدر قانون جديد ينظم الملكية مثلا فهذا القانون لا يمكن له المساس بالملكية التي قامت قبل صدوره و هو قول مردود ذلك أن للمشرع الحق في الصلاحيات التي يراها ضرورية لتطور و تنظيم المجتمع.

النظرية الحديثة : ترى هذه النظرية ضرورة التفرقة بين عدم رجعية القوانين الذي يمثل الوجه السلبي لقاعدة تطبيق القانون من حيث الزمان و الأثر المباشر الذي يمثل الوجه الإيجابي لها. وقد إستعمل أنصار هذه النظرية مصطلح المراكز القانونية، كما ميزوا بين تكوين هذه المراكز و إنقضائها وفق مايلي :

إذا كانت المراكز القانونية لم تتم بعد سواء من حيث التكوين أو الإنقضاء، هذا القانون الجديد هو الذي يطبق.

القانون المدني إذ ينص : "لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل و لا يكون له أثر رجعي".

ب. الإستثناءات الواردة على مبدأ عدم رجعية القوانين

هذا المبدأ لا يطبق بصفة مطلقة وإنما ترد عليه بعض الإستثناءات منها :

1. إذا كان مبدأ عدم رجعية القوانين يقيد القاضي و السلطة التنفيذية فيما تصدره من نوائح فإنه لا يقيد المشرع إلا في المجال القضائي ، فيمكن له أن يخرج عن هذا المبدأ بقصد تحقيق الصالح العام في حالات تصبح فيها الرجعية ضرورة تفوق ضرورة إستقرار المعاملات.

2. القانون الأصلح للمتهم : و مجال هذا الإستثناء هو القانون الجنائي إذ يعد ضماناً للحريات و يشترط لإعمال هذا الشرط مايلي :

• أن يكون القانون الجديد فعلاً أصح للمتهم ، كأن يصبح يبيع فعلاً كان معاقب عليه أو يخفف من عقوبة ذلك الفعل.

• أن لا يكون قد صدر حكم نهائي بات في القضية.

• أن لا يكون القانون القديم من القوانين محددة المدة.

• أما إذا كانت المراكز القانونية بدأت تتكون في ظل القانون القديم معني هذا أن هذه التصرفات أصبحت لها قيمة قانونية و عليه فإن القانون القديم هو الذي يطبق ، و لا يمكن للقانون الجديد أن يمس هذا التصرف .

أما إذا كانت المراكز القانونية قد تكوّنت ، أو انقضت في ظل القانون القديم فلا يكون للقانون الجديد أثر و تطبيق ، و يمكن القول أن النظرية الحديثة أعطت تبريرات و واضحة في تفسير قاعدة سريان القانون بأثر رجعي . - أنظر في ذلك - د.نادية فضيل ، المرجع السابق ، ص. 97 .

المطلب الثاني : سريان قرينة التصرف لو اُثرت مع الإحتفاظ بالحيازة والإنتفاع مدة الحياة من حيث الزمان

لما كانت هذه القرينة المتعلقة بالتصرف إلى و اُثرت قد إستحدثت في القانون المدني الجزائري ، إذ لم يكن معمولاً بها في القانون الفرنسي الملغى ، فلا يكون لها أثر رجعي إذ تنص المادة 02 من القانون المدني على المبدأ العام أن: " لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي، و لا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء ". بإستقراء هذه المادة نستخلص أن القانون المدني بحسب الأصل و كقاعدة عامة يجب أن يسري بأثر فوري ، لكن المشرع الجزائري في المادة 1003 مدني نص على أن مفعول هذا الأمر يسري ابتداء من 5 يوليو أي أن القانون المدني يسري بأثر رجعي ابتداء من 05 يوليو 1975 إلى غاية صدوره و نشره بتاريخ 26 سبتمبر 1975 .

إن هذا النص و إن كان يقصد به المشرع تحقيق الصالح العام إلا أن الأستاذ علي علي سليمان يؤاخذ به على وقوعه في هذا " الفراغ القانوني " إذ كان عليه أن يمدد العمل بالقانون الفرنسي حتى ينشر القانون الجديد أو كان عليه أن ينشره قبل 05 يوليو. " و يقرر الدكتور علي علي سليمان علة منطقية مؤادها أنه من غير المستساغ إلزام المواطنين بقانون لم يوجد بعدها ، و يضيف الأستاذ محمد زهدور أن التصرفات التي أبرمت خلال الفترة التي كان القانون فيها أثر رجعي يجب أن تكون محل إعتبار خاص من قبل القضاء طالما أنه حدث خطأ تشريعي. وعليه فالإشكال في المدة ما بين صدور القانون و نشره إشكال قانون كامل لا مادة واحدة ، إذ أنه من المسلم به و إستناداً إلى المادة 02 و المادة 1003 أن سريان قاعدة المادة 777 تبدأ من تاريخ 05 يوليو 1975 ومن ثم و أمام هذا النص الصريح فلا مجال للكلام عن الأثر الرجعي لهذه المادة على التصرفات التي أبرمت في ظل القانون الفرنسي الملغى.

(1)د. علي علي سليمان ، إعادة النظر من قبل قانون المدني الجزائري ، المرجع السابق ، ص.10.

أما ما تم إبرامه في الفترة ما بين إصدار القانون المدني و نشره بالرجوع إلى المادة 1003 مدني يستلزم علينا العمل بمبدأ الأثر الرجعي رغم أنه من غير المستساغ الإحتجاج بقاعدة لم تكن موجودة أثناء إبرام التصرف ، و علل الدكتور علي علي سليمان ذلك بما يلي : " ... لا يسوغ بتاتا أن نطالب الأفراد بتنظيم علاقاتهم القانونية طبقا لأحكام قانون لم يصدر بعد. كما أنه من الظلم و مما لا يتفق مع العدالة أن نطبق على علاقات الأفراد أحكاما جديدة لم يكونوا يتوقعون صدورها يوم أن قاموا بإنشاء هذه العلاقات وإلا تزعزت الأمور وعدم الإستقرار بين الناس"⁽¹⁾. وعلى أية حال حكم كهذا يجعل القضاء مطالب بتقدير الوقائع أحسن تقدير وإعمال التطبيق الصحيح للتصرف حتى نتفادى إضرار الأفراد من خلال تعاملاتهم .

(1) د. زهدور محمد، مرجع سابق ، ص.ص 110، 112.

المبحث الرابع

تقدير قرينة التصرف لوارث مع الإحتفاظ بالحيازة و الإنتفاع مدى الحياة

تعتبر قرينة المادة 777 مدني كما هي وسيلة من وسائل رد التحايل على نظام المواريث ، وهذا أمر غير مقبول فلا بد من تعديل القانون لإستبعاد كل تحايل عليه ، إذ أن الله سبحانه و تعالى جعل لكل شخص نصيبا ثابتا في التركة ، ولا يجوز للشخص أن يتصرف تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت إلا في حدود ثلث التركة وما زاد تعلق بحق الورثة⁽¹⁾ .

و لعل الإعتبارات العملية أو المبادئ العامة في القانون توحى بأن هذه القرينة الخاصة بالتصرف لوارث بالذات مع الإحتفاظ في نفس الوقت بالحيازة و الإنتفاع مدى الحياة ، بل وأكثر من ذلك التخصيص عليها في عقد توثيقي متى إستلزم ذلك التصرف تحتاج إلى دراسة و تحليل بين البعد القانوني و التطبيق الميداني لها⁽²⁾ و سنتناول ذلك في مطلبين كما يلي :

المطلب الأول : تقدير قرينة المادة 777 مدني من الناحية القانونية .

المطلب الثاني : هشاشة نص المادة 777 مدني في إستقرار المعاملات العقارية .

(1) د. فريدة زواوي ، المرجع السابق ، ص 39

(2) انظر التعليم الوزارية الصادرة عن وزارة المالية الموجهة للسادة مدراء المحفظ العقاري المؤرخة في 1995.02.12 تحت رقم 00689 التي أقرت أنه : " ... بنينا على أحكام المواد 202 ، 205 ، 506 من القانون الأسرة و المادة 777 مدني نستبعد الهبة الواردة على ملكية الرقبة دون حق الإنتفاع " ، و فعلا تم تطبيق هذا العمل على مستوى بعض الموتقين دون الآخر ، و نهم عن ذلك رفض إبداع الشهر على مستوى جهات الشهر العقاري بعد سنة 1995 ، و وصل نبعنا لذلك الأمر إلى الطعن أمام الغرفة الإدارية في قرارات المحافظ العقاري القاضي بعدم قبول شهر العقد على هذا النحو ، و قد بين ذلك الموثق الأستاذ شعبان محمد ذلك في مقاله الوارد في مجلة الموثق ، العدد 4 ، لسنة 1992 ص.32 .

المطلب الأول : تقدير قرينة المادة 777 من القانون المدني من الناحية القانونية

الجدير بالبيان أن الموثق يلجأ إلى التنصيب على حيازة المتصرف للعين و الإنتفاع بها مدى حياته ، و ينقل للموصى له ملكية الرقبة فحسب على أن يجمع المتصرف إليه بين شقي الملكية - رقبة و إنتفاعا - إثر وفاة المتصرف ، إلا أن التنصيب على هذا الشرط في متن العقد الرسمي يجعل من المستحيل إثبات العكس لما للعقد من حجة حسب ما يقضي به نص المادة 324 مكرر 5 التي تنص: " يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره. و يعتبر نافذا في كل الترتب الوطني"⁽¹⁾.

هذا و أن المادة 202 من قانون الأسرة تنص "... ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالالتزام يتوقف إلى إنجاز الشرط". و بما أن المادة 777 قانون مدني يعتبر التصرف بها وصية فإن ذلك يصل إلى حد التناقض بينهما ... خاصة و أن المادة 223 من قانون الأسرة تنص "تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون".

فهل معنى هذا أن المشرع ألغى بموجب نص المادة 223 من قانون الأسرة نص المادة 777 مدني إلغاءً ضمنياً؟⁽²⁾.

لعل عيب المادة 777 أنها جاءت ضمن الأحكام الموضوعية في القانون المدني ، إذ جاءت تحت عنوان الوصية المواد من 775 إلى 777 مدني مع أنها تعتبر من صميم مادة الإثبات باعتبارها قرائن قانونية بل أن ذلك يقف أيضا وراء قصور المشرع الجزائري في تنظيم قانون خاص للإثبات كما فعلت معظم التشريعات المقارنة كالشريع المصري مثلا.

إن إعتبار عقد الهبة بموجب المادة 206 من قانون الأسرة عقد عيني و شكلي إذ تنص: " تنعقد الهبة بالإيجاب و القبول و تتم الحيازة مع مراعاة قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات وإذا إحتل أحد القيود السابقة بطل العقد".

(1) أ. شعبان محمد، المرجع السابق، ص 31.

(2) الإلغاء قد يكون صريحا و قد يكون ضمنيا و هذا ما نصت عليه المادة 2/2 من القانون المدني (و يكون الإلغاء ضمنيا إذا تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع نص القانون القديم أو يضم من جديد موضوعا سبق أن قرر فواعده ذلك القانون القديم).

نجد المشرع بهذا يؤكد على إلزامية إنتقال الحيازة إلى المتصرف إليه، إلا أنه بموجب قرينة المادة 777 من القانون المدني لا سيما إذا تم العقد رسميا يتعدر ذلك ، إذ أنها تبقى الحيازة في جانب المتصرف الذي استثناها بشرط لنفسه في العقد

فهل هذا يعني أن عقد الهبة الذي خلى من حيازة المتصرف إليه بالعين الموهوبة باطل بطلان مطلق تطبيقا لنص المادة 206 من قانون الأسرة " ... إذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة ؟ . يعتبر شرط الحيازة جوهرية في عقد الهبة ، وبه تكتمل شرائطها ، إلا أن المشرع بموجب المادة 777 من القانون المدني كيف العقد الذي إحتوى على مثل هذا القيد وصية و فسر إرادة المتعاقدين على ذلك و حسناً ما فعل⁽¹⁾ .

ومن ثم لا يستطيع القاضي إعمالا لسلطته التقديرية في تكييف العقود و تفسير إرادة المتعاقدين بشروط المادتين 111،112 من القانون المدني أن يعمل بنص المادة 105 من القانون المدني التي تنص: " ... إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال و توفرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحا بإعتباره العقد الذي توفرت فيه أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد " ، ومن ذلك بيع بثمن تافه هو عقد باطل لتفاهة الثمن لكن هو ينقلب إلى هبة صحيحة ولا شك أن نية المتعاقدين المحتملة هي عمل هبة وقد خالف هذا الرأي العميد السنهوري⁽²⁾

ولا بنص المادة 104 من القانون المدني التي تنص: "إذا كان العقد في شقٍ منه باطلا أو قابلا للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا، أو قابل للإبطال فيبطل العقد كله"⁽³⁾ .

(1) و هذا بخلاف صراحة ما هو ثابت بالقواعد العامة لعقد الهبة إذ أن عقد الهبة في الأصل يؤدي إلى نقل حق الملكية أي الملكية التامة أي ملكية الرقبة و حق التمتع ، و قد جاءت التعلية الوزارية الصادرة عن وزارة المالية - المشار إليها سابقا الخاتمة لرقم 00689 ص 44 من الإرسالية - معتمدة في الأساس على هذا المبدأ ، هذا و إن المحكمة العلية - غرفة الأحوال الشخصية - بقرار لها مؤرخ في 1969.04.09 في القضية بين (م.م) و(م.ل) بأنه : " ... يجب نقض القرار الذي يصحح عقد الهبة إذا لم تتم الحيازة فيها ، هذه الحيازة هي شرط تمام العقد " ، نشرة القضاة ، العدد 4 ، لسنة 1986 ، ص.225 .

(2) أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، قواعد تفسير العقد، المطبعة العربية الحديثة، 1977، ص 47.

(3) د. علي سليمان، عقد البيع، المرحع السابق، ص 80.

من ذلك الشخص يهب لزوجته التي طلقها مالا و يشترط عليها ألا تتزوج ، و تبين بعد ذلك أن هذه الهبة هي متعة لتعويضها عن طلاقها فيكون الشرط باطلا والهبة صحيحة ، فالعبرة بالباعث الدافع في التصرف .

وقد قضت المحكمة العليا بإبطال التصرف الواقع من المورث للوارث بناء على نص المادة 777 من القانون المدني لأنها تمت تحايلا على القانون ، لأن القانون يسمح بذلك وأن إدراج هذا الشرط هو دافع الواهب للهبة وأقرت للوارث الذي ضمير من تصرف مورثه بشرائط المادة 777 من القانون المدني أن يطعن في التصرف و يبطل عقد الهبة الذي تم بين مورثه الواهب والموهوب له الوارث⁽¹⁾.

جاء في حيثيات القرار : " حيث أنه يتبين من القرار المطعون فيه و من الوثائق المقدمة بأن النزاع يتعلق بطبيعة و نوعية عقد الهبة المحرر من طرف الهالك م.م بتاريخ 1989.11.10 ، و اشترط الواهب على الموهوب لها بأن تبقى الأموال الموهوبة بحيازته و تحت إدارته و تصرفه إلى ما بعد مماته ، و بما أن الطاعنة لم تثبت عكس ما جاء في هذا العقد ، لا من حيث علاقتها بالواهب أو من حيث التدليل على حيازتها الفعلية و المادية للشيء الموهوب إبان حياة الواهب ، و على ذلك لا يعتبر ما قضى به المجلس خرق للقانون ، و بما أن الطاعنة أيضا هي زوجة للهالك الواهب ، و لها حق إرثه اعتباراً بالشريعة الإسلامية و ما تنص عنه المادة الأولى مدني ، فإنه و بما ثبت بملف القضية فإن الوصية لو ارث لا تجوز إلا إذا أجازها باقي الورثة ، و إن قضاة المجلس لما قضوا ببطلان و عدم تنفيذ التصرف طبقوا الشريعة الإسلامية أحسن تطبيق لكونها هي المطبقة حتى صدور هذا التصرف"⁽²⁾.

(1) فكان المشرع بهذا أقر إنقلابا على القواعد العامة في الهبة بل وبهذه المادة يتسع المجال للعمل وفق ما يخالف المادة 92 مدني التي تحظر التعامل في تركة الإنسان المستقبلية ، و يصل الأمر إلى حد المخالفة لروح الشريعة الإسلامية و نظام الموارث فيها ، ولكن كان من الواجب على الموق بوصفه أهل اختصاص أن يته المتصرف إلى حكم هذا التصرف تعليقا لهذه المادة ، لا سيما إذا تم للوارث و يمنع تبيحة لذلك عن العمل بهبة ملكة الرقة دون حق الانتفاع بجزءة لحق الملكية ، فما معنى أن يستبقي المرء لنفسه حق الانتفاع و يتصرف بهبة الرقة إلى غيره ، التي لا تشكل شيئا بالنظر إلى قيمة حق الانتفاع ، و هذا الأمر هو الذي نبهت إليه التعليمة الوزارية المستند عليها سابقا ، و التي تحمل رقم 00689 .

الطلب الثاني : هشاشة نص المادة 777 مدني في إستقرار المعاملات العقارية

ما من شك أن إستقرار المعاملات و المعاملات العقارية بشكل أدق ، هدف كل التشريعات وهو مطلب صعب المنال ، و تبقى التشريعات تسعى إليه و تلتمس منه التعديل وأن القرينة الخاصة بالتصرف لو ارث مع إحتفاظ الواهب للعين الموهوبة فيها رد للتحايل الذي يقع على منظومة المواريث ، التي هي من النظام العام⁽¹⁾ ، و إن السماح بإدراج شرط الإحتفاظ بالحيازة و الإنتفاع مدى الحياة لا سيما في متن عقد رسمي يجعل الأمر لا يستقيم مع حكم المادة باعتباره وصية ، و لا يقدح في ذلك إمكانية إثبات عكس هذه القرينة وفي هذا ترك لإرادة الأفراد تعبت بمنظومة المواريث شرعا و قانونا ، و أنه تبعا لذلك في وسع الشخص التحكم في تركته من غير ركوبه أي خطر ، وغالبا ما يستعمل هذا الشرط لمحاباة بعض الورثة الآخرين مع أن القاعدة في الفقه الإسلامي المساواة بين الأولاد في العطفية⁽²⁾.

لأن في إعمال المادة 777 من القانون المدني فتح المجال واسعا لإبطال هذه العقود خاصة إذا طال التصرف بين تاريخ إبرامه وإبطاله ، و من ذلك إبرامه ضد مصلحة الوارث القاصر الذي له حق الطعن حين رشده ، وهذا فيه ما فيه من إضطراب لإستقرار المعاملات العقارية ، وإذا بقي الأمر على هذا النحو ففي ذلك تشجيع للموثقين لتلقي نظائر العقود التي تبقى عرضة للإبطال في أي وقت ، بل و في ذلك عمل على نحو غير سليم بالنسبة للمحافظات العقارية من خلال التأشير على الدفاتر العقارية لكل عقار بعد إبطاله ، و قد قضت المحكمة العليا بإبطال الهبة التي أجراها الواهب للموهوب لها الوارثة تطبيقا لهذه المادة ، و بالنظر إلى تواريخ التعامل قد تقع سلسلة من التعامل على هذا العقار مما يطرح صعوبة بعد إبطاله اتجاه الغير ، و لعل هذا يبيح إشكال العمل بهذه المادة عملي أكثر مما هو قانوني ، و كأن بهذا الأمر دافع وراء التعلية الوزارية المستند إليها سابقا ، التي ما نهت العمل بهذه المادة حينما تقع الهبة على ملكية الرقبة دون الإنتفاع ، مما لا يتفق و انسجام الهبة على نحو هذه المادة و مواد قانون الأسرة ، لا سيما 202 ، 206 منه .

(1) قرار المحكمة العليا: ملف رقم 59240 ، مجلة قضائية، العدد الثالث، لسنة 1993 .

(2) د. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 76 .

(3) أ. شعبان محمد، المرجع السابق، ص 72 .

نتائج البحث :

1. الوصية تملك مضاف لما بعد الموت ، تعتقد بها الخلافة الإختيارية في مال المورث ، و فيها مساس بما سيؤول للورثة من مال مورثهم الموصي ، كان ذلك دافع المشرع لتقييدها بالثلث يقدر بتاريخ الوفاة لا بتاريخ التصرف .
2. الوصية المستترة ليست بالوصية محل الشرع بالنقطة (1) السابقة و المنصوص عليها بالمادة 184 أسرة ، و ليست بالوصية الواجبة ، و لا تعني المفهوم الفني للصورية ، و إنما هي ما ألحقه المشرع بحكم الوصية و وفق ما نص عنه بالمادتين 776 ، 777 الخاصتين على الترتيب بالتصرف في مرض الموت و التصرف لو ارث مع الإحتفاظ بالخيازة و الإنتفاع مدى الحياة .
3. إنَّ علة إلحاق المشرع قرينتي المادتين 776 ، 777 مدني بحكم الوصية هو الحفاظ على مال الوارث و حماية له .
4. إنَّ قرينتي المادتين 776 ، 777 مدني تعتبر - على أساس ما تقدّم - من صلب قواعد الإثبات الموضوعية ، و ما نص عليهما في القانون المدني إلا لغياب قانون خاص بالإثبات في المادة المدنية و التجارية .
5. التستر المراد به في مفهوم هذا البحث يختلف عن التستر المنصوص عنه بالصورية ، ذلك أنَّ هذه الصورية التي اعتمدها المشرع في قرينتي المادتين 776 ، 777 مدني المراد منها التحايل على القانون و التهرب من تطبيق نصوص القانون الآمرة ، و تبعاً لذلك أجاز للمتعاقدين و خلفهما العام إثبات الصورية و تستر التصرف بكافة الطرق رداً على التحايل المراد من النيل من قواعد الوصية و الميراث إضراراً بالوارث .
6. إنَّ مرض الموت حالة قانونية تختلف عن الحجر و عيوب الإرادة قررت لدفع الضرر المحتمل على الورثة من جراء تصرف مورثهم و هو يشعر بدنو أجله من وقت نزول المرض .
7. تبعاً لما تقدم الدفع بمرض الموت من قبل صاحب المصلحة لا ينشأ إلا بعد وفاة المتصرف وفق ما تقضي به القواعد المستقرة في الشريعة الإسلامية و القانون .
8. إنَّ الدفع بمرض الموت يختلف عن الدفع بالحجر المنصوص عنه بالمواد 101 و ما بعدها من قانون الأسرة لأن الحجر يدفع به في حال حياة المتصرف و تختلف عن عيوب الإرادة التي تتم طبقاً للقواعد العامة و يقع بها العقد قابلاً للإبطال .

9. الوارث. مفهوم المادة 776 مدني هو حكم الغير بالنسبة لتصرف مورثه الضار بحقه في الإرث و لا يقدح في ذلك ، ما هو ثابت بالمادة 328 مدني التي تعتبر الوارث خلفاً عاماً لمورثه وعلى هذا الأساس أجزى له بمقتضى هذه المادة إثبات التصرف بكافة الطرق .

10. إنه تبعاً للنقطة " 09 " أعلاه و يجب إعادة النظر في سياغة نص المادة 776 مدني ، خاصة فيما يتعلق بالإحتجاج بتاريخ المحرر العربي على الغير حتى تستقيم مع المادة 328 مدني .

11. إنَّ ما هو منصوص عنه بالمادة 408 مدني و المتعلقة ببيع المريض مرض الموت تلقى على المشرع واجب إعادة النظر فيها حتى يستقيم حكم إبطال بيع لمريض مرض الموت مع ما هو ثابت من أساس موضوعي له و تجب الترجمة الدقيقة للمادتين بالنسخة الفرنسية والعربية .

12. إنَّ ما هو منصوص عنه بالمادة 777 مدني و الخاصة بالتصرف لوارث مع الإحتفاظ بالحيازة و الإنتفاع مدى الحياة يجعل الأمر لا يتماشى مع القواعد العامة في الهبة لا سيما أحكام المواد 202 ، 205 ، 206 أسرة لبقاء حيازة العين لدى الواهب ، بل و أنه كثيرة هي القرارات القضائية للمحكمة العليا و التي نبهت لذلك . و لا يعني إلحاق المشرع قرينة المادة 777 مدني بحكم الوصية هذا نجاحه في محاربة التحايل على الميراث بل أنه أعمال النص كما هو تشجيع على ذلك ، لا سيما و أنَّ العقد موثق .

13. إنَّ التعليم الوزاري الصادر عن وزارة المالية تحت رقم 00689 و مؤرخة في 1995.02.12 إلى السادة مدراء الحفظ العقاري لم ترد هذا التحايل ، و لا يزال الموثقين يلجؤون إلى هذه التصرفات إلى حد هبة ملكية الرقابة فقط وصولاً إلى إضطراب لدى جهات الشهر لدى المحافظات العقارية .

14. إنَّ رفض المحافظ العقاري لشهر العقد المكرس للمادة 777 مدني يجعل صاحب المصلحة أمام خيار الطعن أمام القضاء الإداري ، مع أنَّ التطبيق السليم للقانون كان بإمكانه دفع ذلك و تلافيه .

15. إنَّ عدم تدخل الجهات الوصية أمام هذه الحالة أو اجتهاد قضائي فاصل في هذا المجال يترك الأمر يتجه نحو اللامستقرار في الملكية العقارية

الخاتمة

من خلال البحث يتبين أن المشرع سعى إلى بسط حماية للوارث ، ليس فقط من تلك التصرفات التي تحمل في طياتها تعد على حقه في الإرث، بل أنه كفل تنظيم خاص و محكم لنظام الموارث، إستمد جل قواعده من الشريعة الإسلامية، وأكثر من ذلك جرم التعدي على التركة وإعتبرها حق خالص للوارث بعد وفاة مورثه، فالحماية الجزائية ذات تطبيق ضيق إتبعها بنظام في المجال المدني قيد من خلاله حرية الإيضاء بالثلث بإعتبار الوصية تنفذ بعد وفاة الموصي، و فرق أخذا بالمذهب المالكي بين الوصية للوارث و لأجنبي و منعها في الأولى إلا بإقرار الورثة ، وأنه في المقابل أطلق الحرية للتصرفات المنجزة للشخص كالهبة ، ولو أدى هذا التصرف إلى حرمان الورثة من كل التركة وهو إعمال حقيقي لحرية المرء في التصرف فيما يملك دون المساس بما يحكم التصرف من ضوابط قانونية طبقا لما هو منوه به في القواعد العامة في القانون .

إن المشرع حينما تصدى إلى تنظيم مرض الموت ، استمد أحكامه من الفقه الإسلامي نقلا لمواده عن المشرع المصري ، إلا أن معالجته لتصرفات المريض مرض الموت لم تكن شاملة، بل إقتصرت على بعض التصرفات دون الأخرى، ومن ثم لا تزال الشريعة الإسلامية مصدرا أصيلا للقانون وحب الأخذ بأحكامها في هذا الإطار، على أساس أنها أغنى مصدر للموضوع و لقلة تنظيمه في التشريعات المقارنة كالتشريع الفرنسي الذي لا يعرف سوى تطبيق ضيق له فيما يخص التصرفات التي يجريها المريض للأطباء و الصيادلة و رجال الدين .

ومن ثم مطلوب منه التفصيل أكثر وضبط حكم تصرف المريض مرض الموت ، ضبطا دقيقا سواء من ناحية المفهوم ، أو أحكام كل التصرفات في فترة المرض إسترشادا بالفقه الإسلامي الزاخر في هذا الإطار نقلا من مواد مرشد الحيران أو التقنين العراقي الذي ألم بالموضوع إلماما دقيقا هذا وتجب الترجمة الدقيقة للمصطلحات تفاديا لأي تعارض بين النصوص العربية و الفرنسية بإعبارها ظاهرة تفسر مثل مواد القانون المدني و العقوبات الأخرى، إنه قبلت أثناء عقد من الزمن لأسباب تاريخية فإن الأمر يختلف حاليا ، و أن بمقدور أهل الإختصاص الترجمة الدقيقة للتقنيات ، بما فيها القانون المدني .

و تجب الإشارة إلى أنه من الواجب أن توضع سواء القرينة الخاصة بالتصرف في مرض الموت ، أو التصرف لوارث مع الإحتفاظ بالحيازة و الإنتفاع مدى الحياة في صلب قواعد الإثبات

كما فعل المشرع المصري ، فالمشرع اعتبرها و صايا حكمية و لأجل ذلك سرت قواعد الأحوال الشخصية على هذين التصرفين ، و استفاد الوارث أو الدائن بما هو مقيد له في نظام التوريث .
ولعل القضاء من خلال إجتهد المحكمة العليا بإعتبارها الهيئة المقومة لأحكام الجهات و الدرجات القضائية على مستوى الوطن ، يعول عليه في إرساء مبادئ و إجتهدات قضائية في تصرفات المريض مرض الموت و مواكبة الأمراض الحديثة و تكييفها.

إن وقوف المشرع بجانب الوارث ردا للتحايل على أحكام الوصية من خلال قريني التصرف في مرض الموت و التصرف لوارث، مع الإحتفاظ بالحيازة و الإنتفاع المواد 776 و 777 من القانون المدني الذي لا يكفي لتحقيق ما يصبوا إليه، لا سيما أن التواطؤ ما يقع بين المتعاقدين و حتى الضابط العمومي نفسه.

إن الحماية لم يبسطها إلى الدائنين صراحة مع أن القواعد العامة تقتضي ذلك و أن الثابت أن الدين مقدم على الوصايا و أمام هذه الحالة و جب أن يؤدي القضاء دوره الكامل و المنوط به بإعتبار أن القانون مهما نظم الأمور يبقى نسبي و أن القاضي حين يتصدى بإجتهداه من خلال أعمال تفسير العقود، و التكييف الصحيح لتلك التصرفات المستترة الضارة بحق الإرث و الماسة بصميم الملكية الفردية.

هذا و إن التصدي لحماية الوارث في الوصايا المستترة جاء ضمن الإطار العام للتحايل على نظام الموارث الذي يبقى موضوعا يستهل الدراسة و البحث للمقارنة بين الخلفيات النظرية و التطبيقات العملية سيما و حتى نظام الوقف الخاص كما هو منصوص عليه يحتاج إلى تمحيص و تصويب قانوني دقيق الكل حفاظا على مصلحة الوارث الدائنين .

23. د. سليمان (علي علي) : النظرية العامة للإلتزام مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، - الجزائر - الطبعة الثالثة 1993 .
24. (—————) : ضرورة إعادة النظر في القانون المدني ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 1992 .
25. د. صده (عبد المنعم فرج) : الحقوق العينية الأصلية دراسة في القانون اللبناني و القانون المصري ، درا النهضة العربية بيروت - لبنان .
26. د. سوار (محمد وحيد الدين) : شرح القانون المدني الأردني . الحقوق العينية الأصلية ، الجزء الثاني ، أسباب كسب الملكية و الحقوق المشتقة من حق الملكية ، مكتبة دار الثقافة ، - عمان - الأردن ، 1974 .
27. د. طلبة (أنور) : عقد البيع في ضوء قضاء النقض ، 1990 .
28. المستشار عبد التواب (معوض) : الشهر العقاري و التوثيق علما و عملا . منشأة المعارف الإسكندرية ، القاهرة .
29. د. عبد الرحمن (أحمد شوقي محمد) : قواعد تفسير العقود الكاظمة عن النية المشسركة للمتعاقدين و مدى تأثير قواعد الإثبات عليها ، المطبعة العربية الحديثة، 1977 .
30. د. عبد السيد تناغو (سمير) : عقد البيع ، منشأة المعارف الإسكندرية .
31. د. قدارة (خليل احمد حسن) : الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء الثاني ، أحكام الإلتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة 2 ، 1992 .
32. المستشار محمد (السيد خلف) : قضاء النقض في الملكية في خمسة و خمسين عاما ، الطبعة 01 - القاهرة - 1989 .
33. د. مجدي (مصطفى هرجة) : قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، الطبعة 1994 .
34. د. محمودي (مراد) : دروس في المدخل للعلوم القانونية ، محاضرات غير منشورة ، السنة الجامعية 95 ، 96 كلية الحقوق ، جامعة البليدة .
35. المستشار نشأت بك (أحمد) : رسالة الإثبات في التعهدات . الجزء الثاني اليمين ، القرائن ، بما في ذلك قوة الشيء المحكوم فيه ، المعاينة ، الطبعة السادسة 1996 .

11. () : الوسيط في شرح القانون المدني. العقود التي تقع على الملكية الجزء الرابع. البيع و المقايضة ، إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان ، 1968 .
12. المستشار العمروسي (أنور) : التعليق على نصوص القانون المدني المعدل ، بمذاهب الفقه أحكام القضاء الحديثة في مصر و الأقطار العربية ، الجزء الثاني ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية - القاهرة 1983 .
13. الشواربي (عبد الحميد) : أحكام التركات في ضوء القضاء و الفقه ، منشأة المعارف - الإسكندرية - القاهرة 1990 .
14. أبو السعود (رمضان) : أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية النظرية العامة للإثبات ، الدار الجامعة - لبنان - 1993 .
15. () : الوجيز في الحقوق العينية و الأصلية أحكام الحقوق العينية الأصلية و مصادرها ، درا المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - القاهرة 1988 .
16. د. بكوش (يحيى) : أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية ، الطبعة الثانية - الجزائر - 1998 .
17. د. بلحاج (العربي) : الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - الميراث و الوصية - ، ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - 1994 .
18. () : مبادئ الإجتهااء القضائي ، ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - 1994 .
19. المحاميان : بلخير (سعيد) و بلخير (نصيرة ليلي) : - التركة ، القسمة ، بيع العقار المشاع - زكريا للمنشورات القانونية ، - الجزائر - 1992 .
20. د. حسنين (محمد) : عقد البيع في القانون المدني الجزائري. ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الثالثة - الجزائر - 1990 .
21. د. حسين (أحمد فرج) : الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية . الدار الجامعية ، بيروت - لبنان .
22. أ. زهدور (محمد) : الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية ، المؤسسة الوطنية ، - الجزائر - 1991 .

قائمة المراجع

المراجع باللغة العربية :

المؤلفات :

1. الإمام أبو زهرة : أحكام التركات و الموارث ، دار الفكر العربي - القاهرة - 1987 .
2. الإمام أبو زهرة : شرح قانون الوصية ، دراسة مقارنة لمسائله و تبيان لمصادره الفقهية ، دار الفكر العربي 1988 .
3. المستشار اسطنبولي (أديب) : مرشد في قانون الأحوال الشخصية ، الوصية و الموارث ، الجزء الثاني ، الطبعة الثالثة ، المكتبة القانونية - دمشق - 1994.
4. (_____) : التقنين المدني السوري ، الجزء الخامس ، الطبعة الثانية ، المكتبة القانونية - دمشق - 1994 .
5. د. الجراح (شفيق) : القانون المدني (العقود المسماة) ، (عقد البيع) ، الطبعة التعاونية . 1984 - 1985 .
6. المستشار الخطيب (أنور) : حماية فاقد الأهلية في الشرع الإسلامي و القوانين اللبنانية و مقابله مع القانون الفرنسي ، مطبعة الكتب .
7. المستشار الدناصوري (عز الدين) و د. الشواربي (عبد الحميد) : الصوربة في ضوء القضاء و الفقه ، منشأة المعارف - الإسكندرية - القاهرة .
8. د. الجمال (مصطفى) : نظام الملكية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية - القاهرة - بدون سنة النشر .
9. د. الزرقاء (مصطفى أحمد) : شرح القانون المدني السوري ، العقود المسماة ، عقد البيع و المقايضة . دمشق 1965 .
10. د. السنهوري (عبد الرزاق أحمد) : الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء التاسع أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية (حق الإنتفاع و حق الإتفاق) ، دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان 1968 .

93	أولا . - المقصود بالحيازة
94	ثانيا . - الحيازة مدى الحياة كشرط في إعمال قرينة المادة 777 مدني
96	المطلب الثالث . - أن يحتفظ المتصرف بالانتفاع بالعين مدى الحياة
96	أولا . - المقصود بالانتفاع
97	ثانيا . - الانتفاع مدى الحياة كشرط في إعمال قرينة المادة 777 مدني
99	المبحث الثاني . - أحكام هذا التصرف
100	المطلب الأول . - خضوع هذا التصرف لحكم الوصية
101	المطلب الثاني . - إمكانية إثبات أن التصرف لم يكن وصية
102	المطلب الثالث . - صعوبة إثبات عكس هذا التصرف
103	المبحث الثالث . - سريان القاعدة من حيث الزمان
103	المطلب الأول . - القاعدة العامة في سريان القانون من حيث الزمان
104	أ . الأسس التي يقوم عليها مبدأ رجعية القوانين
105	ب . الإستثناءات الواردة على مبدأ عدم رجعية القوانين
106	المطلب الثاني . - سريان قرينة التصرف لو ارث مع الإحتفاظ بالحيازة و الإنتفاع مدى الحياة من حيث الزمان
108	المبحث الرابع . - تقدير قرينة التصرف لو ارث مع الإحتفاظ بالحيازة و الإنتفاع مدى الحياة
109	المطلب الأول . - تقدير قرينة المادة 777 مدني من الناحية القانونية
112	المطلب الثاني . - هشاشة نص المادة 777 مدني في استقرار المعاملات العقارية
114	نتائج البحث
116	الخاتمة
131	الملحق
137	قائمة المراجع
143	الفهرس

- 74 ثالثا . - الدفع بالصورية و الدفع بالتحويل على نظام التوريث
- 75 المبحث الثاني . - البيع من المريض مرض الموت
- 75 المطلب الأول . - البيع في مرض الموت للوارث
- 77 أولا . - حالة إقرار و قبول الورثة للبيع
- 77 ثانيا . - عدم إقرار الورثة للبيع الصادر للوارث
- 78 المطلب الثاني . - البيع في مرض الموت لغير وارث و ممن لا وارث له
- 78 أولا . - البيع لغير وارث
- 78 1. البيع بدون ثمن أصلا
- 79 2. البيع بما لا يقل عن القيمة
- 79 3. البيع بأقل من القيمة بما لا يجاوز ثلث التركة
- 79 ثانيا . - البيع لمن لا وارث له
- 80 المطلب الثالث . - تقدير المادة 408 مدني
- 81 أولا . - التعارض بين النسخة العربية و النسخة الفرنسية
- 83 ثانيا . - من حيث الحكم الذي جاءت به المادة 408 بنسختها العربية و الفرنسية
- 85 الأساس الأول . - مأخوذ من تناقض القانون المدني و قانون الأسرة
- 85 الأساس الثاني . - مأخوذ من مخالفة أساس إبطال تصرف المريض مرض الموت
- 86 المبحث الثالث . - حماية الغير حسن النية في بيع المريض مرض الموت
- 87 المطلب الأول . - شروط تمسك الغير بالحماية القانونية المقررة بالمادة 409 مدني
- 88 المطلب الثاني . - أحكام حماية الغير حسن النية
- 89 الفصل الثاني . - التصرف لوارث مع الإحتفاظ بالحيازة و الإنتفاع بالشئ مدى الحياة
- المبحث الأول . - شروط القرينة الخاصة بالتصرف لوارث مع الإحتفاظ بالحيازة و الإنتفاع
- 90 بالشئ مدى الحياة
- 91 المطلب الأول . - أن يكون التصرف لأحد الورثة
- 91 أولا . - انعقاد التصرف لوارث
- 92 ثانيا . - نتائج الأخذ بصفة الوارث في تطبيق المادة 777 مدني
- المطلب الثاني . - أن يحتفظ المتصرف بحيازته و يعين المتصرف فيها مدني 777

61	المطلب الثاني . - المشاكل العلمية لسريان قرينة المادة 776 مدني من حيث الزمان
60	أولا . - خروجها عن القاعدة العامة في الإثبات
60	ثانيا . - مخالفتها لمبدأ اقتناع القاضي
	الباب الثاني . - التصرفات الساترة للوصية
61	تقسيم
62	الفصل الأول . - تستر الوصية تحت إسم البيع
63	المبحث الأول . - البيع في مرض الموت و تمييزه عن الوصية
63	المطلب الأول . - عقد البيع في القواعد العامة
63	أولا . - تعريف عقد البيع
64	ثانيا . - خصائص عقد البيع
65	1. شروط الثمن
65	2. حالات الثمن
66	ثالثا . - أركان عقد البيع
66	1. ركن التراضي
67	2. ركن المحل
67	3. ركن السبب
68	4. ركن الشكل
70	المطلب الثاني . - تمييز البيع عن الوصية
70	أولا . - من حيث التكيف
70	ثانيا . - من حيث الأثر
70	ثالثا . - من حيث الأركان
71	رابعا . - من حيث المقابل
71	خامسا . - من حيث الشكل
72	المطلب الثالث . - تكيف التصرف عمل القاضي
72	أولا . - تفسير العقد مسألة موضوعية
73	ثانيا . - تكيف التصرف مسألة قانونية

- 40 أولاً . - وقوع التصرف في مرض الموت
- 41 ثانياً . - أن يكون التصرف تبرعياً
- 42 المطلب الثاني . - خضوع التصرف بالتبرع في مرض الموت لحكم الوصية
- 43 المبحث الثاني . - تبرعات تلحق بحكم الوصية في مرض الموت
- 44 المطلب الأول . - أحكام الهبة في مرض الموت
- 44 أولاً . - الهبة في مرض الموت
- 45 ثانياً . - خضوع الهبة في مرض الموت لحكم الوصية
- 46 المطلب الثاني . - أحكام الوقف في مرض الموت
- 48 المطلب الثالث . - أحكام الإبراء و الإقرار في مرض الموت
- 48 أولاً . - أحكام إبراء المريض مرض الموت
- 49 ثانياً . - أحكام الإقرار في مرض الموت
- 50 المبحث الثالث . - موقف ورثة المريض من التصرف التبرعي في مرض الموت
- 51 المطلب الأول . - ورثة المريض مرض الموت في حكم الغير
- 52 أولاً . - إثبات أن المورث المتوفي كان في مرض الموت
- 53 ثانياً . - إثبات أن تاريخ التصرف وقع في مرض الموت
- 53 1. إثبات التصرف في سند رسمي
- 54 1.1 مفهوم العقد الرسمي
- 54 2.1 حجية العقد الرسمي
- 55 2. إثبات التصرف في السند العرفي
- 55 1.2 مفهوم السند العرفي
- 55 2.2 حجية السند العرفي
- 56 3. تعارض المادتين 328 و 776 مدني يتعلق بالإحتجاج بالورقة العرفية
- 57 المطلب الثاني . - عدم سريان التصرف في حق الورثة كما هو
- 58 المبحث الرابع . - تقدير القرينة القانونية الخاصة بالتصرف التبرعي في مرض الموت
- المطلب الأول . - القاعدة في سريان القانون من حيث الزمان و موقع المادة 776 مدني
- 59 من ذلك

17	1. إطلاق الهبة
17	1.1 الهبة تصرف منجز حال الحياة
18	2.1. خطورة التصرف بالهبة
20	2. تقييد الوصية
20	ثانيا . - علة تقييد الوصية
20	1. الوصية تملك مضاف لما بعد الموت
21	الرأي الأول . - جواز الجمع بين الوصية و الميراث للوارث
22	الرأي الثاني . - ليس للوارث الحق في الوصية و الميراث
23	2. منع الإضرار بالورثة
25	المبحث الثاني . - أساس الحماية في مرض الموت
26	المطلب الأول . - ماهية مرض الموت
26	أولا . - تعريف مرض الموت
27	ثانيا . - شروط مرض الموت
28	الأمراض المزمنة و مرض الموت
30	ثالثا . - من يلحق بالمريض مرض الموت من الأصحاء
31	رابعا . - تطبيقات قضائية في مرض الموت
31	تعليق حول التطبيقات القضائية
32	المطلب الثاني . - إثبات مرض الموت
32	أولا . - مرض الموت واقعة مادية
33	ثانيا . - قاعدة الإثبات لمصلحة الوارث
34	المطلب الثالث . - سبب تقييد تصرف المريض مرض الموت من التصرف
35	أولا . - تعلق حق الورثة
37	ثانيا . - تحايل المريض على أحكام القانون
38	الفصل الثاني . - التصرفات التبرعية في مرض الموت
39	المبحث الأول . - أحكام التصرفات التبرعية في مرض الموت
40	المطلب الأول . - شروط إعمال أحكام التصرف بالتبرع في مرض الموت

الفهرس

5

مقدمة

الباب الأول : حماية الوارث في الوصية ومن التصرف الصادر في مرض الموت

6

تقسيم

8

الفصل الأول : -أساس الحماية في الوصية ومرض الموت

9

المبحث الأول . -أساس حماية الوارث في الوصية

10

المطلب الأول . - ماهية الوصية .

10

أولا . - تعريف الوصية ومشروعيتها .

10

1- تعريف الوصية

10

1.1. التعريف الفقهي للوصية .

10

2.1. موقف قانون الأسرة .

11

2. مشروعية الوصية .

11

1.1. مشروعية الوصية في الكتاب والسنة .

11

2.2 . إجماع الصحابة .

11

3.2. المصلحة في مشروعية الوصية .

12

ثانيا . - أركان الوصية وشكلها .

12

1. أركان الوصية .

13

1. شكل الوصية .

13

1.2 . إثبات الوصية قبل صدور أمر 91/70 المتعلق بالتوثيق .

13

2.2. إثبات الوصية بعد صدور أمر 91/70 المتعلق بالتوثيق والقوانين

14

التالية له

15

3.2. إثبات الوصية في ظل قانون الأسرة

16

المطلب الثاني : تنفيذ حرية الإيضاء

17

أولا . - إطلاق التبية وتنفيذ الوصية

المراجع باللغة الفرنسية :

1. Code Civil Français , 74^{ème} édition , 1974 /75 jurisprudence générale Dalloz , Paris , 1974/75 .
2. Gilles GOUBEAUX , Philippe BIHR et Xavier HENRY , Code Civil, 98^{ème} édition , Dalloz , 1999 .
3. HENRI Capitant , Alex weill et François Terré , Les grands arrêts de la jurisprudence civil , 7^e édition , Dalloz , 1976 .
4. JEAN CARBONNIER , Droit Civil : Les Obligations , 12^e édition mise à jour, Presses Universitaires de France , Paris 1985.
5. Michel de JUGLART et Alain PIEDELIEVRE Cours de Droit Civil , Tome 2 , 6^{ème} édition , Montchrestien , Paris , 1993.
6. MAZEUD . leçon de Droits Civil. Tome 6^{ème}. Edition Paris 1969 .
7. MICHEL DE JUGLART Cour de droit Civil , Tome 1 Premier volume , 5^e Edition , Edition Montchrestien , Paris , 1967.

8. المجلة القضائية ، المحكمة العليا ، عدد 02 و 03 لسنة 1992 .
9. المجلة القضائية ، المحكمة العليا ، عدد 02 و 03 لسنة 1993 .
10. المجلة القضائية ، المحكمة العليا ، عدد 01 و 02 لسنة 1996 .
11. المجلة القضائية ، المحكمة العليا ، العدد 01 لسنة 1997 .
12. المجلة القضائية ، المحكمة العليا ، عدد 02 لسنة 1998 .

النصوص التشريعية و التنظيمية :

1. أمر 62 - 157 المؤرخ في 30 جوان 1962 يمدد العمل بالتشريعات الفرنسية (ملغى) .
2. الأمر رقم 54/66 المؤرخ في 8 يونيو 1966 ، المعدل و المتمم يتضمن قانون الإجراءات المدنية .
3. الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 8 جوان 1966 ، المعدل و المتمم يتضمن قانون العقوبات .
4. الأمر رقم 70 - 91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن تنظيم التوثيق ، جريدة رسمية 107 سنة 1970 (ملغى) .
5. الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المعدل و المتمم يتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم .
6. الأمر رقم 75 - 74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ، جريدة رسمية 92 سنة 1975 .
7. القانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة ، جريدة رسمية 24 سنة 1984 .
8. القانون 87 - 19 المؤرخ في 18 ديسمبر 1987 ، يتضمن كفايات إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الوطنية الخاصة و تحديد حقوق المنتجين و واجباتهم ، جريدة رسمية ، العدد 50 لسنة 1987 .
9. القانون 91 - 10 المؤرخ في 27 أبريل 1991 يتعلق بالأوقاف ، جريدة رسمية رقم 21 لسنة 1991 .
10. الأمر رقم 88 - 27 المؤرخ في 12 يوليو 1982 المنظم للتوثيق ، جريدة رسمية 28 سنة 1988 .
11. المرسوم رقم 76 - 62 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام ، جريدة رسمية 30 سنة 1976 .
12. المرسوم رقم 76 - 63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري جريدة رسمية 30 سنة 1976 .

رسائل الماجستير :

1. يوسف مصطفى العلاونة (عبد الرؤوف) : تصرفات المريض مرض الموت في الشريعة الإسلامية ، بحث لنيل شهادة الماجستير في القضاء الشرعي ، غير منشورة ، جامعة الأردن ، آب 1994 .

2. السيد إبراهيم عامر (رشاد) : تصرفات المريض مرض الموت في القانون المدني الجزائري مقارنة بالشريعة الإسلامية و القوانين الأخرى ، بحث للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص ، جامعة الجزائر ، 1989 .

المجلات و الدوريات :

1. 5. زواوي (فريدة) : الوقف الخاص وجهة نظر في وضعيته الحالية ، مجلة الموثق ، العدد 05 ، ديسمبر 1998 .

2. 5. الجمال (مصطفى) : نظام الملكية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية - القاهرة .

3. 5. جمال الدين طه (العاقل) : الهبة ، مجلة الأمن و القانون ، كلية الشرطة ، دبي ، الإمارات العربية المتحدة ، 1998 .

4. أ. شعبان (محمد) : وجوب تطبيق الخطر القانوني على ما هو معمول به واقعياً ، مجلة الموثق ، العدد 04 ، سبتمبر 1998 .

5. أ. الطاهر (ملاحسو) : دور الموثق ، مجلة الموثق ، العدد 04 ، سبتمبر 1998 .

6. 5. يونس حداد (نادية) : العقد العربي و المعاملة العقارية ، المجلة القضائية ، العدد 01 ، لسنة 1997 .

المجلات القضائية :

1. النشرة السنوية مجموعة الأحكام ، المجلس الأعلى - الجزائر - 1968 .

2. نشرة القضاة ، مجموعة الأحكام ، المجلس الأعلى - الجزائر - 1969 .

3. المجلة القضائية ، المحكمة العليا ، عدد خاص 1982 .

4. المجلة القضائية ، المحكمة العليا ، عدد 04 لسنة 1986 .

5. المجلة القضائية ، المحكمة العليا ، عدد 03 لسنة 1989 .

6. المجلة القضائية ، المحكمة العليا ، عدد 02 و 03 لسنة 1990 .

7. المجلة القضائية ، المحكمة العليا ، عدد 01 ، 02 و 04 لسنة 1991 .



رقم الجرد: ٥٤٤٩
تم الفاتورة:
امتاريسخ: ٤٥٥١ - ٥٥٥٢ - ٥٥٥٣
الأصل: كلية الحقوق