

المحاضرة الأولى

مفهوم الوصية

نتطرق من خلال هذه المحاضرة إلى العناصر التالية:

أولاً: تعريف الوصية في التشريع الجزائري

1- في تقنين الأسرة

2- في التقنين المدني

ثانياً: التمييز بين الوصية وما يشابهها من عقود التبرع

1- التمييز بين الوصية والوقف

2- التمييز بين الوصية والهبة

ثالثاً: التصرفات الملحقة بالوصية في التشريع الجزائري

1- التصرفات الواردة في التقنين المدني

2- التصرفات الواردة في تقنين الأسرة

أولاً: تعريف الوصية في التشريع الجزائري

سننتقل إلى تعريف الوصية في تقنين الأسرة، ثم تعريفها في التقنين المدني.

1- تعريف الوصية في تقنين الأسرة

عرف المشرع الجزائري الوصية في نص المادة 184 من تقنين الأسرة حيث جاء فيها "

الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع.

من خلال استقراء هذا النص، يمكن استخلاص الملاحظات التالية:

- المقصود بمصطلح "تمليك" هو أن الوصية قد تكون بالأعيان التي تشمل كل من

المنقولات والعقارات، كما يمكن أن تكون بالمنافع من سكنى دار أو زراعة أرض وهذا ما

تؤكدته نص المادة 190 من تقنين الأسرة والتي جاء فيها " للموصي أن يوصي بالأموال

التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة.

- المقصود بعبارة "مضاف إلى ما بعد الموت"، هو أن أثر التصرف الذي تم في حياة الموصي لا يترتب إلا بعد موته.
- أما المراد من كلمة "تبرع" فهو أن الوصية تتم دون عوض، على اعتبار أنها مال أو منفعة أوجبه الموصي في ذمته المالية تطوعا بعد موته لجهة الموصي له، ومن ثم لا يأخذ الموصي مقابلا لوصيته.

والملاحظ أن التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري، اتسم بالقصور في الأوجه التالية:

- من حيث حصر الوصية فيما يقبل التملك فحسب، ذلك أن الوصية تشمل المال والمنفعة، كما تشمل مسائل أخرى كالديون أو الإبراء من الدين أو تأجيله أو الكفالة.
- من حيث عدم تحديد جهة من الجهات العامة التي يمكن أن تستفيد من الوصية كالمساجد، المستشفيات ودور الأيتام... إلخ، بينما نجد المشرع قد حصر من حيث النصوص المنظمة لموضوع الوصية في المواد من 184 إلى 201، الوصية للأشخاص الطبيعية فقط.

واستنادا إلى ما سبق من ملاحظات يمكن تعريف الوصية على أنها "تصرف مضاف إلى ما بعد الموت يكون للموصي بمقتضاه أن ينقل بعض ماله إلى الموصى له أو يخوله حقا يتعلق بهذا المال".

إن هذا التعريف - كما يرى حمدي عمر باشا- جامع مانع يشمل كل شيء يوصى به الشخص بعد وفاته أي يستغرق مختلف صور الوصية التي يقرها القانون. إذن الوصية هي تصرف في التركة يضاف إلى ما بعد الموت.

2- تعريف الوصية في التقنين المدني

اعتبر المشرع الجزائري الوصية في التقنين المدني سبب من أسباب كسب الملكية تطبيقا لنص المواد من 775 إلى 777 منه، غير أنه بالرجوع إلى نص المادة 775 يتضح لنا أن المشرع لم ينظم أحكام الوصية ضمن نصوص التقنين المدني بل أحالها إلى تقنين الأسرة.

وتجدر الإشارة إلى أن ما تم تنظيمه في التقنين المدني لا يعتبر وصية بالمعنى الشرعي ابتداءً بل هو تنظيم لبعض التصرفات التي ألحقها المشرع بالوصية الحكمية أو كما يطلق عليها الوصية بحسب المآل، إلا أنه في حقيقة الأمر تكون العبرة في اعتبار التصرف وصية هو ذلك التصرف الذي يتم الاستقرار عليه انتهاءً .

ثانياً: التمييز بين الوصية وما يشابهها من عقود التبرع

تعد الوصية من التصرفات التي تتم دون مقابل فهي من عقود التبرعات مثلها مثل الهبة والوقف، وعليه حتى لا يكون هناك تداخل بينها وبين غيرها من عقود التبرع وجب تمييزها عن الوقف والهبة.

1- التمييز بين الوصية والوقف

سبق التطرق إلى تعريف الوصية، أما الوقف فقد عرفته المادة 213 من تقنين الأسرة على أنه "حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصدق"، وانطلاقاً من هنا يمكننا ذكر أهم أوجه التشابه والاختلاف بين الوصية والوقف.

- أوجه التشابه

- كلاهما نوع من الصدقات في الإسلام وعمل الخير وأصحاب هذه الصدقات ليسوا ملزمين بالقيام بها بل لهم كامل الحرية في أن يوقفوا أو يوصوا فهي من عقود التبرع على العموم.
- ما يشترط في الواقف هو نفسه ما يشترط في الشخص الموصي كأن يكون أهلاً للتبرع وعدم الحجر عليه.
- جهة الانتفاع بالوقف قد تكون شخص طبيعي أو معنوي، وهو ما نجده أيضاً في الوصية، كما أن الوصية يمكن أن تأخذ حكم الوقف في حالة كان الموصي به منفعة تم تخصيصها على الدوام لجهة الخير، كما أنه يجوز أن يخرج الوقف مخرج الوصية في حالة ما أضاف الواقف حكمه إلى ما بعد الموت.

- أوجه الاختلاف

على الرغم من النقاط المشتركة بين الوصية والوقف إلا أنه توجد نقاط اختلاف بينهما، نذكر منها:

- في الوصية تنتقل الملكية إلى الموصى له بعد وفاة الموصي وبذلك يجوز للموصى له التصرف في المال الموصى به بكافة أنواع التصرفات القانونية، بينما انتقال ملكية المال الموقوف فقد اختلف الفقهاء بشأن بقائها للواقف أو انتقالها إلى الموقوف عليهم أو إلى الله تعالى.
- الواقف له الحق في حبس ما شاء من أملاكه بمختلف أنواعها بعضها أو كلها، غير أنه توجد حالة يكون فيها الوقف في حدود الثلث وهي حالة خروج الوقف مخرج الوصية- إذا اشترط الواقف تنفيذ وقفه بعد مماته- بينما الوصية وتطبيقا لنص المادة 185 من تقنين الأسرة فمقدارها يجب لأن لا يتعدى الثلث.
- وأهم ما يميز الوصية عن الوقف هو كون الوصية تستمد قوتها من طرفي العقد بحد ذاته، عكس الوقف الذي يتمتع بالشخصية المعنوية والتي تجعل الملكية تتصرف إلى الواقف في حد ذاته كمؤسسة مستقلة عن طرفي العقد وهذا ما أكدته المادة 05 من تقنين الأوقاف رقم 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991، المتعلق بالأوقاف، المعدل والمتمم " الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين، ويتمتع بالشخصية المعنوية."

2- التمييز بين الوصية والهبة

تتشابه الوصية والهبة في كون كلاهما من عقود التبرع، ويختلفان في النقاط التالية:

- الهبة تصرف حال الحياة، أما الوصية فهي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، كما أن عقد الهبة يلزم لإنشائه توافق إرادتي كل من الواهب والموهوب له، أما الوصية فيجب أن تتوفر فيها إرادة الموصي فقط والقبول فيها شرط لزوم فقط فهي تصرف ملزم لجانب واحد، كما أن ملكية العين الموصى بها تنتقل للموصى له بعد وفاة الموصي والعكس نجده في الهبة.
- الأصل في الهبة امتناع الرجوع فيها إلا في الأحوال التي يجوز الرجوع فيها المنصوص عليها في المادة 211 و 212 من تقنين الأسرة، إلا أنه في الوصية يصح للموصي الرجوع عن وصيته ما دام حيا تطبيقا لنص المادة 182 من تقنين الأسرة.

- أوجب المشرع الجزائري الرسمية في هبة العقار تطبيقا لنص المادة 206 من تقنين الأسرة، بينما لا نجد ذلك في الوصية إذ لا تلزم فيها الشكلية الرسمية إلا بمناسبة الإثبات وبعد وفاة الموصي وانتقال الملكية للموصى له تطبيقا لنص المادة 192 من تقنين الأسرة.
- الهبة ليست مقيدة بمقدار معين، فيجوز أن ترد على المال الخاص بالواهب كله أو بعضه إلا إذا كانت في مرض الموت تطبيقا لنص المادة 204 من تقنين الأسرة، فلا تنفذ إلا في حدود الثلث، أما الوصية كما ذكرنا سابقا فهي مقيدة بالثلث من التركة وما زاد عنه يتوقف على إجازة الورثة تطبيقا لنص المادة 185 من نفس التقنين.
- قد تكون الهبة لوارث، بينما لا نجد ذلك في الوصية حيث لا تكون أبدا لوارث وهذا مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم " لا وصية لوارث "

ثالثا: التصرفات الملحقة بالوصية في التشريع الجزائري

المقصود بالتصرفات الملحقة بالوصية جملة التصرفات التي عند إنشائها يعطى لها وصفا غير الوصية، أو أن المتصرف لا يصرح بأنه يوصي إلا أنها تأخذ أو تلحق حكما بالوصية، فتخضع بذلك لأحكامها وهذه التصرفات الملحقة بالوصية منها ما هو منصوص عليه في تقنين الأسرة، ومنها ما نص عليه المشرع الجزائري في التقنين المدني.

1- التصرفات الملحقة بالوصية في التقنين المدني

بالرجوع إلى التقنين المدني، نجد أن المشرع قد ألحق بالوصية تصرفين اثنين حيث أخضعهما لحكمها، الأول يتعلق بتصرفات المريض مرض الموت تطبيقا لنص المادة 776 من التقنين المدني، ويتعلق الثاني بتصرف المورث لأحد ورثته مع الاحتفاظ بالحياة تطبيقا لنص المادة 777 من التقنين المدني.

أ- تصرفات المريض مرض الموت

نصت المادة 1/776 من التقنين المدني على أنه " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف..."

يستفاد من هذا النص أن كل تصرف تبرعي يصدر عن الشخص في مرض الموت، وذلك بغض النظر عن التسمية التي تعطى للتصرف، تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، ومنه يأخذ حكم الوصية، فالعبرة هنا هو القصد أو النية وليس ظاهر التصرف أو العقد أو شكله، وتخضع هذه المسألة للسلطة التقديرية للقاضي الذي ينظر في الموضوع.

من خلال استقراء نص المادة 1/776 من التقنين المدني، يمكننا استخلاص وجوب توافر شرطين حتى يعتبر التصرف الذي قام به المريض مرض الموت وصية وتسري عليه أحكامها، وهما:

- الشرط الأول: صدور التصرف القانوني من المورث في مرض الموت

حيث يكون الإنسان في أضعف حالاته النفسية والجسدية، خاضعا لتأثير الآخرين فيه والذين يؤثرون على إرادته ووعيه فكل تصرف صادر في مرض الموت وأيا كانت التسمية التي أعطيت لهذا التصرف الذي جاء مطلقا في نص المادة 1/776 المشار إليها سابقا، فإذا وهب المورث عينا أو أقر بدين أو أبرأ مدينا له في حالته الصحية هذه، فإنه تسري على تصرفاته تلك أحكام الوصية ولا تنفذ الهبة والإقرار أو غيرها من التصرفات إلا في حدود ثلث التركة، وما زاد عن ذلك يتوقف على إجازة الورثة.

- الشرط الثاني: أن يقصد بهذا التصرف التبرع

حيث يقصد المورث التبرع بالمحل المتصرف فيه للمتصرف، ونادرا ما يتصرف المورث في مرض موته معاوضة لا تبرعا، وأكثر ما يقع ذلك في عقد البيع مع تسجيل ثمن بخس فإن ثبت أن ذلك الثمن تبرعي سرت عليه أحكام الوصية لا البيع في حق المتصرف إليه (المشتري) وذلك تطبيقا لنص المادة 408 من التقنين المدني، إلا أنه إذا كنا بصدد عقد الهبة فإنه يسهل إثبات قصد التبرع باعتبار أن المشرع عرف الهبة في نص المادة 202 من تقنين الأسرة على أنها تملك بلا عوض أي بقصد التبرع، وعليه متى ثبت أن الهبة صدرت في

مرض الموت تبعا لنص المادة 204 من تقنين الأسرة، وأنه كان بقصد التبرع، سرت عليه أحكام الوصية طبقا لتقنين الأسرة، وهذا ما تؤكدته المادة 1/776 من التقنين المدني.

وبالرجوع إلى نص المادة 2/776 من التقنين المدني، نجدها تنص على أنه "...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 ثابتا."

يفهم من هذا النص أنه يقع على ورثة المتصرف عبء إثبات صدور التصرف عن مورثهم في مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق لأنهم يثبتون واقعة مادية، وبذلك يكون المشرع قد خفف عبء الإثبات على الورثة بنقل محله إلى واقعة أخرى متصلة يسهل عليهم إثباتها، إذ لا يكون عليهم إثبات أن التصرف صدر على سبيل التبرع، وإنما يكفي عليهم إقامة الدليل على صدور التصرف في مرض الموت، ومتى ثبتوا ذلك قامت قرينة بسيطة لفائدتهم أن هذا التصرف صادر على سبيل التبرع، وهي قرينة قابلة لإثبات العكس وهذا ما أكدته المادة 3/776 من التقنين المدني التي جاء فيها "إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه."، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها رقم 41111 المؤرخ في 05-05-1986، الذي اعتبرت فيه أن الهبة أثناء مرض الموت تعد وصية، وعلى الورثة إثبات أن الهبة قد صدرت من مورثهم وهو في مرض موته. وعليه فالإنسان لا يتصرف في مرض موته عادة إلا على سبيل التبرع ونادرا ما يكون في تصرفه وموته حتمي قصد المعاوضة.

فيجوز لمن صدر له التصرف أن يدحضها ويثبت عكس ما يدعيه الورثة، كأن يثبت أن التصرف الذي صدر في مرض الموت إنما هو معاوضة ويتم دفعه ثمنا عادلا وليس بخسا فهنا يمكنه التخلص من اعتبار أن التصرف قد صدر في حال صحة المتصرف لا في حالة مرض موته، وبذلك يكون قد تخلص من خطورة اعتبار التصرف وصية.

ب- تصرفات المورث لأحد ورثته مع الاحتفاظ بالحياة

نصت المادة 777 من التقنين المدني على أنه " يعتبر التصرف وصية وتسري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حياة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك."، وعليه فحكم هذا النص خاص فقط بالتصرفات التي تتم لوارث فيخرج بذلك التصرفات التي تتم لغير وارث، كما أن تصرف المورث لم يصدر في مرض موته بل صدر وهو في صحته، إلا أنه يشترط حتى يعتبر تصرفه وصية وتسري عليه أحكامها الشروط التالية:

- يجب أن يتم التصرف من المورث إلى أحد ورثته لا غيرهم والعبرة هنا بوقت وفاة المورث.
- احتفاظ المورث- المتصرف- بحياة العين التي تم التصرف فيها والانتفاع بها طوال حياته، فإذا باع المورث مثلاً دار لأحد ورثته واحتفظ بحياة الدار وبحق الانتفاع بها مدى حياته، فلا ينتفع الوارث بالدار ولا يحوزها إلا بعد موت المورث، وهذا يجعل الوارث في منزلة الموصى له لا في منزلة المشتري، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 59240 المؤرخ في 05-03-1990، الذي جاء فيه " من المقرر قانوناً أنه يعتبر تصرف الشخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حياة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته وصية ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك. ومن المقرر أيضاً أنه لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة. ولما كان ثابتاً- في قضية الحال- أن قضية الاستئناف لما قضوا ببطالان عقد الهبة وعدم تنفيذ التصرف باعتباره وصية لوارث، يكونوا بقضائهم كما فعلوا طبقوا القانون تطبيقاً سليماً ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن."
- وعليه متى توفرت هذه الشروط قامت قرينة بسيطة على أن التصرف وصية بغض النظر عن التسمية التي تعطى للعقد، بيعاً كان أو هبة أو مبادلة فيقع على المتصرف إليه دحض هذه القرينة وإثبات عكسها بكافة طرق الإثبات.

ج- الحكم الخاص بالبيع في مرض الموت

إضافة إلى الأحكام السابقة للتصرفات الملحقة بالوصية نجد أن المشرع الجزائري قد نص على حالة خاصة في المادة 408 من التقنين المدني والمتعلقة بالبيع في مرض الموت، وعند استقراء هذا النص يتضح أن حكمه ينطبق على البيع فقط إذ أن المشرع تناول هذه المادة في القسم الثاني تحت عنوان "أنواع البيوع"، وهذا ما أوقعه في تناقض خاصة ما جاء في الفقرة الثانية من هذا النص، رغم أن نيته كانت تهدف إلى إلحاق هذا النوع من البيع بالوصية لافتراض شبهة التحايل في الثمن، لا سيما إذا ما تم لوارث إذ أنه إذا قام شخص ببيع شيء من ماله لأحد ورثته في حالة مرض الموت، فإنه لا ينفذ في حق باقي الورثة إلا بعد إقرارهم.

وتبعاً لذلك يكون المشرع قد طبق على البيع لوارث في مرض الموت أحكام الوصية وجعل نفاذ التصرف متوقفاً على قبول باقي الورثة، فإذا قبلوا أصبح التصرف نافذاً في حقهم من وقت إبرامه، وإن رفضوا لا ينفذ التصرف في حقهم وبقي الشيء المبيع عنصراً من عناصر التركة ووجب على الورثة رد المبلغ للمشتري، كما أن إقرار الورثة أو رفضهم لا يكون معتداً به إلا إذا صدر بعد موت المورث وليس قبله.

2- التصرفات الملحقة بالوصية في تقنين الأسرة

أورد تقنين الأسرة حالتين تأخذان حكم الوصية وهما الهبة للولد المكفول تطبيقاً لنص المادة 123 منه، والحالة الثانية تتعلق بالهبة في مرض الموت تطبيقاً لنص المادة 204 منه.

أ- الهبة للولد المكفول

في الحقيقة رغم أن الولد المكفول وإن كان يحمل لقب كافله عندما يكون أصلاً مجهول النسب، فإنه لا يعتبر ابناً للكافل ولو حكماً كما أنه لا يعتبر من الورثة وإنما يعتبر من الغير سواء كان واحداً أو أكثر وسواء كان معلوم النسب أو مجهولاً، إلا أننا نجد أن معظم الكافلين يهبون معظم أموالهم للأولاد المكفولين وقد لا يتركون شيئاً للورثة وهذا خوفاً على مستقبل مكفوليهم، فسد لهذا الأمر جاء نص المادة 213 من تقنين الأسرة لتقييد الهبة للولد المكفول بالثلث المشروع حيث جاء فيها "يجوز للكافل بأن يوصي أو يتبرع للمكفول بما له في حدود الثلث، وما زاد على الثلث فإنه يبطل إلا بإجازة الورثة."

بهذا النص يكون المشرع قد وضع حماية قانونية للورثة وضمان حقهم في استلام ثلثي التركة المتبقي، وعليه نرى أنه من الأحسن لو كان موضع هذا النص ضمن المواد المنظمة للوصية أو الهبة، إذ أنها جاءت في غير موضعها حيث وردت في باب الكفالة.

كما أنه عند استقراء نصوص المواد من 202 إلى 212 المنظمة للهبة، لا نجد فيها ما يقيد الهبة لغير وارث في حال صحة الواهب والولد المكفول غير وارث، فكان الأولى ألا يقيد المشرع كما لم يقيد غيره في الهبة، إلا أنه ولاعتبار أن أغلب المتكفلين لأولاد مجهولي النسب ليس لهم أولاد، فتم تقرير هذا الحكم حتى لا يقوم الكافل بهبة كل أمواله للولد المكفول وهذا سعيًا منه إلى حرمان ورثته الآخرين، فقيد بهذا النص الذي استوى فيه حكم الوصية مع حكم الهبة إذ ينفذ كلاهما في حدود الثلث وما زاد عنه يتوقف على إجازة الورثة.

إن نص المادة 123 من تقنين الأسرة تطرح العديد من المشاكل نذكر منها:

- اعتبار الهبة من التصرفات المنجزة فور حياة الواهب وحال صحته، فهل تكون العبرة بثلاث مال الموهوب عند وقت الهبة أم عند وقت الوفاة؟

بين تضارب الآراء من جهة وعدم وجود أي اجتهاد قضائي بفصل في مثل هذه المشاكل من جهة أخرى، ارتأينا ترجيح هذا الرأي لعلاوة بوتغرار الذي جاء كما يلي: "بما أن المشرع اعتبر الهبة التي تتم للولد المكفول بمثابة الوصية إذ نجدها موقوفة على شرط عدم تجاوز ثلث التركة، وبذلك فكلهما ينفذ بعد وفاة الواهب أو الموصي وما زاد عن هذا الحد فإنه موقوف على إجازة الورثة" وهذا للتوفيق بين حماية الورثة من جهة وحق الولد المكفول في الثلث الجائز التصرف له بهبة أو وصية.

- ما مصير التصرف بالهبة للولد المكفول قبل الكفالة وبعد انتهاء الكفالة؟

لم تتضمن المادة 123 تقييد التبرع إذ جاء مضمونها مطلقا وعليه فالهبة التي تتم قبل الكفالة لا تخضع لهذا النص، إلا إذا تم اثبات للقاضي ما يفيد أن الواهب قد شرع في إجراءات الكفالة لهذا الولد قبل هذا التاريخ أو بأي تصرف آخر صدر منه يفيد تكفله به، وتخضع هذه المسائل دائما للسلطة التقديرية للقاضي. أما إذا تمت الهبة بعد الكفالة فالراجع هو سريان حكم هذا النص إذ أنه لولا الكفالة لما وجدت الهبة للولد المكفول.

- قد تكون للولد المكفول صفة الوارث فما هو مصير الهبة التي تتم في مثل هذه الحالة؟

ولتوضيح الأمر أكثر نعطي مثال لو تكفل شخص بإبن ابن عمه القاصر اليتيم ومن ثم يموت هذا الشخص تاركا وراءه زوجة وهذا الولد الذي يكون عاصبا في هذه الحالة رفقة أبناء عمومه آخرين، فإذا نظرنا إلى الولد المكفول بصفته وارثا مستقلا عن الكفالة لوجدنا أن الهبة التي تتم لفائدته تكون صحيحة تطبيقا لنص المادة 205 من تقنين الأسرة، واستنادا إلى الاجتهاد القضائي الصادر عن المجلس الأعلى ضمن القرار رقم 47072 المؤرخ في 14-08-1988، الذي يقضي بعدم جواز تدخل القاضي في إرادة الواهب فيما وهبه ولمن وهبه، وتبعا لذلك تصح الهبة لهذا الولد ولو جاوزت الثلث بل حتى ولو ورث كل أملاك الواهب الكافل.

إلا أنه بالرجوع لنص المادة 123 من تقنين الأسرة نجد أن الهبة لا تنفذ كلها باعتبار هذا الولد وارثا بالتعصيب، كما أن الهبة نجدها في هذه الحالة مقيدة بالثلث وما زاد عنه يوقف على إجازة الورثة وهذا حماية لهم. وعليه فإن نص المادة 123 تكون قد خصصت ما جاء مطلقا في نص المادة 205.

كما أنه لو رجعنا إلى نص المادة 777 من التقنين المدني، لا كان من الأفضل لو أنها تضمنت حكم الولد المكفول، لأنه في هذا الوضع قد يجعل الولد المكفول يستفيد من الثغرات الموجودة في نص هذه المادة، فيبيع له كافله كل أملاكه ويحتفظ لنفسه بالحياة والانتفاع طيلة حياته، فهنا لا يستطيع القاضي تطبيق نص المادة 123 من تقنين الأسرة على مثل هذا العقد لكون النص يتعلق بالهبة والوصية فقط، ولم يتطرق للبيع فهنا يسهل على الولد المكفول التوصل من حكم هذا النص والتستر تحت حكم نص المادة 777 من التقنين المدني.

ب- الهبة في مرض الموت

نصت المادة 204 من تقنين الأسرة على الحكم القانوني للهبة التي تتم في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة واعتبرتها وصية حيث تطبق عليها أحكام المادة 185 من تقنين الأسرة وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 297335 المؤرخ في 16-06-1988، الذي جاء فيه "من المقرر قانونا أن الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية..."، وما يلاحظ على نص المادة 204 من تقنين الأسرة هو أنها

لم تعطي وصفا واضحا لمرض الموت فلم تعرفه ولم تحدد شروطه ولا مدته، لذلك تصدت المحكمة العليا لهذا الموضوع ولخصت الشروط والضوابط وبعض أوصاف مرض الموت في خلاصة قرارها رقم 33719 المؤرخ في 09-07-1984، الذي جاء فيه " من المقرر شرعا أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا ويجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقواعد الفقهية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي السائد."

وعليه فيقصد بمرض الموت هو أن يكون المريض في حال يغلب فيها الهلاك ويتوقعه، وتكون تصرفاته لخوف الموت المرتقب ومن ذلك من حكم عليه بالإعدام والأسير الذي يعرف أنه مقتول لا محالة.

وتبعاً لذلك يمكن استخلاص الشروط والوصاف الواجب توافرها في مرض الموت وهي كالآتي:

- أن يكون المرض الأخير : ونقصد بذلك أنه لو مرض الشخص وأبرم تصرفات خلال ذلك المرض ثم شفي مدة وعادته المرض بعد ذلك وتوفي فيه، فإن التصرفات السابقة لا تكون قد صدرت في مرض الموت.
- أن يكون المرض خطيرا: وهو ما يعبر عنه الفقهاء بأنه مما يغلب الهلاك منه ويثبت ذلك من أهل الاختصاص .
- أن يؤدي هذا المرض إلى الموت.

والملاحظ أن هذا الاجتهاد القضائي لم يربط مرض الموت بمدة معينة، وحسن ما فعل لكون الكثير من الأمراض الخطيرة التي يطول أمدّها وتؤدي إلى الموت الحتمي كمرض فقدان المناعة المكتسبة، السل والسرطان والشلل ونحو ذلك من الأمراض التي تفوق مدتها 01 السنة ومع ذلك فهو يتصل بالموت الحتمي.

إلا أن بعض الفقهاء حاولوا وضع مدة زمنية والتي يؤخذ بها في مرض الموت فقالوا أن المرض إذا طال سنة فأكثر دون أن يتبدل أو يتغير، فإن التصرفات التي يقوم بها المريض في هذه الحالة تعتبر كتصرفات الأصحاء، لكن إذا زادت شدة المرض بعد سنة بدأت حالات مرض

الموت. وما يمكن قوله في الأخير هو أن المادة 204 من تقنين الأسرة ما هي إلا تكريسا في الحقيقة بصفة إجمالية لما نصت عليه المادتين 776 و 777 من التقنين المدني وتطبيقا لهما.