

**مفهوم الوصية المستترة
وأحكامها في القانون المصري والعراقي**

الباحث/ محمد عادل قدوري

مفهوم الوصية المستترة وأحكامها في القانون المصري والعراقي

الباحث/ محمد عادل قدوري

الملخص

الوصية المستترة: هي تصرف يعمد الموصي فيه إلى إبقاء نية الإيصال وإظهار نية تصرف آخر بقصد التمايل على أحكام الميراث، وعندئذ يكون التصرف الخفي هو الوصية، أما التصرف الظاهر فقد يكون بيعاً، أو هبة، أو وديعة، أو إقرار بدين، أو غير ذلك.

والوصية المستترة هي نوع من الصورية النسبية تنصب على نوع العقد وليس على العقد ذاته، كأن يكون العقد هو بيع لأحد الورثة في الظاهر، ولكنه في حقيقته وصية، ويعمد الشخص المتصرف، إلى إخفاء الوصية تحت ستار عقد من أجل التحايل، على أحكام الوصية من خلال إخفاء الوصية تحت ستار التصرفات المنجزة حال الحياة وفي ذات الوقت يحتفظ المتصرف بحيازة العين وبحق الانتفاع بها مدى الحياة.

لقد بحثت القوانين الوضعية الوصايا المستترة ووضعت لها أحكام، ومن تلك القوانين القانون المصري والقانون العراقي، وتميز القانون المدني المصري عن نظيره العراقي بأنه قد وضع قرينة مفادها أن احتفاظ المتصرف بالعين وبحقه في الانتفاع بها مدى الحياة- إذا كان التصرف بها لوارث- يعد قرينة قانونية على اعتبار التصرف المنجز مضاف إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية / م ٩١٧ مدني مصري، ولم ترد مثل هذه القرينة في القانون المدني العراقي، فالقانون الأخير طبق أحكام الصورية على الوصية المستترة.

The concept of the hidden will and its provisions in Egyptian and Iraqi law- Comparative study

Abstract

The hidden will: it is an act in which the testator intends to keep the intention of the bequest and to show the intention of another action with the intention of swaying the provisions of the

inheritance, and then the hidden action is the will, and the apparent disposition may be a sale, a gift, a deposit, or an acknowledgment of a debt, etc.

The hidden will is a kind of relative sham that focuses on the type of contract and not on the contract itself, such as if the contract is a sale to one of the heirs on the surface, but in reality it is a will, and the disposing person hides the will under the guise of a contract in order to circumvent the provisions of the will through Hiding the will under the guise of actions performed during life, and at the same time the governor retains possession of the eye and the right to use it for life.

The statutory laws have examined hidden wills and established provisions for them, including Egyptian law and Iraqi law, and distinguishing Egyptian civil law from its Iraqi counterpart that it has made a presumption that the disposer retains the eye and his right to use it for life- if disposing of it to an heir- is a legal presumption. Considering that the accomplished behavior is added to after death and the provisions of the will/ M 917 are applicable to an Egyptian civilian, and no such presumption was mentioned in the Iraqi civil law, the last law applied the provisions of shame to the hidden will.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، الذي رفع مراتب العلم وأعلامه بين العباد، وأصلي وأسلم على رسول الله محمد، امام المتقين، وخاتم الانبياء والمرسلين، وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد: فإن التقديم لموضوع: (مفهوم الوصية المستترة وأحكامها في القانون المصري والعراقي) يتطلب الاتي:

أولاً: التعريف بالموضوع:

الوصية المستترة هي: تصرف يعمد الموصي فيه إلى إخفاء نية الايضاء واطهار نية تصرف آخر بقصد التحايل على احكام الميراث، وعندئذ يكون التصرف الخفي هو الوصية، اما التصرف الظاهر فقد يكون بيعا، او هبة، او وديعة، او اقرار بدين، او

غير ذلك. والوصايا المستترة هي نوع من الصورية النسبية^(١)، تنصب على نوع العقد وليس على العقد ذاته، كأن يكون العقد هو بيع لآحد الورثة في الظاهر، ولكنه في حقيقة وصية، فيطلق الفقهاء على هذا النوع من الصورية النسبية تسمية الصورية بطريق التستر (الاخفاء)^(٢). لقد ظهرت الوصايا المستترة في وقت كانت الوصية للوارث محظورة وغير جائزة، وادي ذلك بالناس إلى التحايل على أحكام الوصية للوارث من خلال اعطاء الوصية مظهر التصرفات المنجزة حال الحياة كالبيع وللتخلص من الطعن والاعتراض الذي يصدر من الورثة، وفي ذات الوقت يحتفظ المتصرف بحياسة العين وبق الانتفاع بها مدى الحياة^(٣).

ثانياً: أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

رغم أن حظر الوصية للوارث قد زال في التشريعين (المصري والعراقي)، وذلك بموجب المادة ٣٧ من قانون الوصية المصري رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ والمادة ١١٠٨/ف٢ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٠، إلا أن الوصايا المستترة لم تنتهي، والسبب في ذلك يعود إلى أن الوصية للوارث قد اجيزت في حدود ثلث التركة،

(١) الصورية النسبية هي: اعطاء صاحب المصلحة تكييف قانوني غير صحيح للتصرف القانوني، فنكون امام تصرف قانوني واحد اعطي له في الظاهر تكييف قانوني غير صحيح، أما التكييف القانوني الصحيح له فيكون مخفياً، ويقع عبء اثبات التحايل على التكييف الصحيح على من يدعي صورية التصرف، أما اعطاء التصرف التكييف الصحيح فهو مسئولية القاضي، لان تكييف التصرف هو مسألة قانونية. ينظر: د. عبد الناصر توفيق العطار، اثبات الملكية بالحياسة والوصية، القاهرة، دون تاريخ نشر، ص ٩٩.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام، ج ٢، ط ٦ الناشر: العاتك لصناعة الورق، القاهرة، توزيع: المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٩، ص ١٠٤، د. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، ج ٢، ط ١، الناشر: جامعة جيهان الخاصة، اربيل، ١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م، ص ٢٠٢.

(٣) د. عبد المنعم فرج الصعدة، حق الملكية، ط ٣، شركة ومطبعة مصطفى البابلي الحلبي واولاده، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٨٢٢؛ د. جميل الشراوي، الحقوق العينية الاصلية، حق الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧٤م ص ٤٠٨؛ ود. نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الاصلية، منشأة دار المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠١، ص ٥٣٤.

وما زاد عن ذلك يخضع لإجازة الورثة، ويحصل أحيانا أن يستهدف المتصرف- الموصي- محاباة أحد الورثة بأكثر من الثلث، وذلك يؤدي الي انقاص نصيب غيره من الورثة، فإذا تصرف بالوصية فإنه يصطدم بالقيود القانونية التي تفرضها احكام الوصية، لذا يلجا إلى تصوير الوصية في صورة تصرف ناقل للملكية بين الأحياء كالبيع للتخلص من تلك القيود.

إن استمرار وجود الوصايا المستترة يجعلها بحاجة إلى بحث ودراسة مستمرة، خصوصا وان الكشف عنها يتطلب البحث عن نية الايصاء في التصرف، وذلك يتطلب التعرف على الأدلة والقرائن التي تثبت تلك النية، وتلك أمور ملقاة على عاتق القضاء، وان الوقائع والمنازعات التي تعرض على القضاء متجددة، من هنا يكون البحث في الوصايا المستترة بحاجة إلى التجديد، وذلك يعد من احد اسباب اختيار هذا الموضوع وبه تكمن اهميته، كما أن اللجوء إلى الوصايا المستترة يؤدي إلى الاضرار بالورثة من خلال التحايل على احكام الميراث الشرعي، وأحيانا تعطل أحكامه بالكلية، وتلك مخالفة شرعية تقتضي التصدي لها من خلال الكشف المستمر لكل الأدلة والقرائن التي تثبت حقيقة التصرف، وهذه الأدلة والقرائن تتطور مع تطور الحياة، مما يعني ذلك أن البحث فيها لا يتوقف عند حد اوزمن معينين، وذلك سبب اخر لاختيار موضوع هذا البحث.

ثالثاً: مشكلة البحث:

إن هذا البحث يسعى إلى معالجة مشكلة تتمثل بكيفية التعرف على النية الحقيقية للمتصرف، الذي كان تصرفه الحقيقي هو الوصية، وقد اخفي هذا التصرف تحت ستار تصرف منجز ظاهر غير حقيقي، حيث بالتعرف على النية الحقيقية للمتصرف يتم التمسك بالتصرف الحقيقي وهو الوصية، وعدم السماح للمتصرف بالتحايل على أحكام الميراث والاضرار بباقي الورثة، ومعالجة هذه المشكلة تكون بالبحث والتعرف على الأدلة والقرائن القانونية والقضائية التي تثبت النية الحقيقية للمتصرف وما اذا كان تصرفه وصية أم تصرف منجز، وهذه الأدلة والقرائن تتجدد وتتطور مع مرور الزمن وتطور الحياة.

رابعاً: المنهج المتبع في البحث:

لقد اقتصرنا البحث على دراسة الوصية المستترة في القانون المصري والعراقي، لذا نقارن بين القانونين المذكورين في موضوع البحث، ونبين أوجه الشبه والاختلاف بينهما،

ونتبع في ذلك المنهج المقارن باعتباره منهجا من مناهج البحث القانوني، كما نتبع المنهج الوصفي عند عرض آراء الفقهاء والنصوص القانونية واحكام القضاء الخاصة بموضوع البحث.

خامسا: خطة البحث:

الألقاء الضوء والإلمام بموضوع الوصايا المستترة في النظامين القانونيين (المصري والعراقي) نقسم هذا البحث إلى فرعين، نخصص الأول لدراسة الوصايا المستترة في القانون المصري، أما الثاني فنخصصه لبحث الوصايا المستترة في القانون العراقي، وفي كلا الفرعين نستعرض اقوال الفقهاء والنصوص التشريعية واحكام القضاء.

الفرع الأول

الوصايا المستترة في القانون المصري

قبل صدور ونفاذ القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨م، كان التصرف المنجز، كالبيع الذي يصدر من الشخص لأحد ورثته أو للغير مع احتفاظه بالعين وبحقه في الانتفاع بها مدى الحياة، يعتبر مجرد قرينة قضائية يجب أن تعززها قرائن أخرى أو أدلة حتى يمكن اعتبار التصرف وصية مستترة.

وحق الوارث الذي يطعن في تصرف مورثه لوارث آخر بأنه بيع صوري يستتر وصية بقصد التحايل على أحكام الإرث هو حق خاص مصدره القانون، ويعتبر الوارث في حكم الغير بالنسبة لهذا التصرف متى كان طعنه على التصرف انصب على أنه يخفي وصية إضرارا بحقه في الميراث^(٤).

(٤) جاء في حكم المحكمة النقض: ((...كما أنه من المقرر أن الوارث لا يعتبر في حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث إلى وارث آخر إلا إذا كان طعنه على هذا التصرف هو أنه وإن كان في ظاهره بيعا منجزا إلا أن في حقيقته وصية إضرار بحقه في الميراث أو أنه صدر في مرض الموت فيعتبر إذ ذاك في حكم الوصية لأنه في هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التي يقصد بها التحايل علي الميراث...)). الطعن رقم (٥٠٢) لسنة ٦٥ق، جلسة ١٢/يناير ٢٠٠٦م، مجموعة أحكام محكمة النقض - المكتب الفني، س ٥٧ ص ٦٣. وفي ذات المعني، الطعن رقم (١٨٧) لسنة ٦٧ق، جلسة ٢٨/ديسمبر/٢٠٠٩م، مجموعة أحكام محكمة النقض المكتب الفني، س ٦٠، ص ٩٤٨.

ولفرض اعتبار التصرف وصية مستترة، لا بد من إثبات التحايل على الوصية من خلال إثبات أمرين: الأول: قصد التبرع، والثاني: إضافة التملك إلى ما بعد الموت، باعتبار أن الوصية هي تبرع مضاف إلى ما بعد الموت، فقصد التبرع لوحده لا يكفي لاعتبار التصرف وصية مستترة، ذلك أن التصرف قد يقصد منه التبرع، غير أنه منجز ولم يكن مضاف إلى ما بعد الموت، فهنا نكون أمام هبة مستترة في صورة عقد بيع، أو يكون التصرف بيعاً بثمن بخس^(٥).

إن قصد التبرع وإضافة التملك إلى ما بعد الموت يمكن استخلاصه بالقرائن القضائية وهي كثيرة منها. بقاء البائع منتفعة بالأطيان التي تصرف فيها، وعدم تسجيل عقد البيع الصادر من المورث إلى أولاده، ووجود ورقة ضد تقضي بأن البيع لا يكون سارية إلا بعد وفاة البائع وإن ريع المبيع يبقى من حق البائع طوال حياته، وعدم دفع ثمن المبيع ومنع المشتري من التصرف فيه، وبيع الوالد لولده بثمن بخس واحتفاظه بحق الانتفاع طوال حياته، واشتمال العقد على منقولاته ومواشيه، وثبوت عدم حاجة المورث إلى أن يبيع أملاكه إلى أحد ورثته وأنه لم يقبض ثمنها وظل واضعة يده على أملاكه التي تصرف فيها حتى وفاته، واحتفاظه بالعقد ولم يسلمه إلى المتصرف إليه حتى لا يتمكن من تسجيله، وغير ذلك من القرائن التي لا حصر لها^(٦).

وبالنظر لاختلاف القضاء في تقدير دلالة هذه القرائن على قصد التبرع وإضافة التملك إلى ما بعد الموت، ولكون هذه القرائن القضائية ليست قاطعة، فهذا وذاك اختلفت أحكام القضاء وتعارضت في القضايا المتماثلة رغم اتحاد الظروف^(٧)، كما أن إثبات التحايل على أحكام الوصية من قبل الورثة الطاعنين بالتصرف المنجز لم يكن بالأمر اليسير دائمة، بل في الغالب يكون صعباً، ولهذه الأسباب مجتمعة، فإن المشرع المصري في القانون المدني النافذ، أقام قرينة قانونية مفادها: إذا تصرف الشخص لأحد ورثته، واحتفظ بأية طريقة كانت بحيارة العين التي تصرف فيها وبحقه في الانتفاع بها

(٥) د. عبد الناصر توفيق العطار، إثبات الملكية بالحيارة والوصية، مرجع سابق، ص ٨٠، ٨١.

(٦) د. عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، مرجع سابق، ص ٨٢٤. د. عبد الناصر توفيق العطار،

إثبات الملكية بالحيارة والوصية، مرجع سابق، ص ٧٧-٩٠.

(٧) د. عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، مرجع سابق، ص ٨٢٤.

مدى حياته، فإن هذا التصرف يعتبر مضاف إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية، ما لم يقدّم دليل يخالف ذلك^(٨).

وبعد أن أقام المشرع المصري القرينة القانونية التي وردت في المادة (٩١٧/مدني) فلم يعد على من يطعن بتصرف المورث بأنه وصية، إثبات هذا الطعن، أي إثبات نية- قصد- الأيضاء، بل عليه فقط إثبات أن التصرف صدر لوarith، وإن المورث احتفظ بحيارة العين المتصرف فيها وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته^(٩).

وإذا كان المشرع المصري قد اعتبر احتفاظ المتصرف بالعين وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته قرينة قانونية على أن التصرف مضاف إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية، غير أن هذه القرينة القانونية ليست قاطعة وتقبل إثبات العكس، ويقع عبء إثبات عكس القرينة على من يدعي أن التصرف لم يكن وصية وإنما تصرف منجز، كأن يكون بيع أو هبة مستترة في صورة بيع وغير ذلك، وقد يكون من يدعي ذلك هو المتصرف نفسه أو الوارث المتصرف له.

إن إثبات عكس ما جاء بقرينة المادة (٩١٧/مدني) يكون من خلال إثبات أن التصرف كان منجزاً ولم يكن مضافاً إلى ما بعد الموت، أو إثبات نفي قصد التبرع، ومن الأمور التي تثبت أن التصرف منجز، وليس مضاف إلى ما بعد الموت، استلام المتصرف له العين المتصرف فيها واستغلالها لحساب نفسه في حياة المتصرف^(١٠).

(٨) المادة (٩١٧) من القانون المدني المصري.

(٩) د. عبد الناصر توفيق العطار، إثبات الملكية، بالحيارة والوصية، مرجع سابق، ص ١٠٦. وقضت محكمة النقض: (... وإدراكاً من المشرع للأعراف السائدة في المجتمع ورغبة منه في احترام أحكام الميراث فإن ما ورد بنص المادتين (٩١٩ و ٩١٧) من القانون المدني لا يعدو أن يكون تقريراً لقيام قرينتين قانونيتين الصالح الوارث حماية لحقه، إذ من شأن أي منهما أن تعفيه من إثبات أن تصرف مورثه ينطوي على وصية فينقل عبء الإثبات على عاتق المتصرف إليه..). الطعن رقم (١٨٧) لسنة ٦٧ق، جلسة ٢٨/ ديسمبر/ ٢٠٠٩م، مجموعة أحكام محكمة النقض، المكتب الفني، ص ٦٠، ٩٤٨، ٩٤٩.

(١٠) جاء في حكم المحكمة النقض: "احتفاظ الواهب بحقه في الانتفاع بالمال الموهوب مدى حياته لا يتعارض مع تنجيز التصرف، فإذا رفضت المحكمة ما تمسك به الطاعنون من أن عقد الهبة الصادر من مورثهم إلى غير وارث يخفي وصيه، وأقامت هذا القضاء على ما استظهره الحكم من أقوال الشهود من تجيز العقد باستلام الموهوب له حال حياة الواهب المنازل الموهوبة واستغلالها

وحيازة المتصرف للعين لحساب المتصرف له باعتبار أن الأخير قاصرا وأن المتصرف وأبيه، وتسجيل التصرف ونقل الملكية للمتصرف له، وتنازل المتصرف من شرط منع المتصرف له من التصرف^(١١)، كما ينتفي قصد التبرع إذا ثبت أن المتصرف استلم كامل^(١٢) ثمن العين التي تصرف فيها أو بعضه^(١٣) المسمى في عقد البيع. وينبغي لقيام لقيام القرينة القانونية التي جاءت بها المادة (٩١٧/مدني) تحقق الشرطين التاليين:

الشرط الأول: أن يكون التصرف قد صدر لوارث:

يشترط لنهوض قرينة المادة (٩١٧/مدني مصري)، أن يكون التصرف قد صدر لوارث، فالنص القانوني المذكور قد اقتصرها على الوارث، أما غير الوارث فلم يشمل بالقرينة، والعبرة بكون الشخص وارثه هو بوقت وفاة المتصرف، أما غير هذا الوقت فلا تتحقق به القرينة كوقت انشاء التصرف أو بعده وقبل الوفاة، حتى وإن كان الشخص وارثه في ذلك الوقت ثم أصبح غير وارث عند موت المتصرف^(١٤).

وإذا كان من تم التصرف له غير وارث- وإن لم تقم به القرينة القانونية- فإن ذلك لا يمنع الوارث الذي يطعن بأن التصرف يخفي وصية ويثبت ذلك بكل طرق الإثبات،

لحساب نفسه...)) الطعن رقم (١٥٥) لسنة ٤٠ ق، جلسة ١٩٧٥/٦/٢٦. أشار إليه: د. عبد

الناصر توفيق العطار، إثبات الملكية بالحيازة والوصية، مرجع سابق، هامش (١)، ص ١٠٧.

(١١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٩، اسباب كسب الملكية، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراعي، نقابة المحامين، الجيزة، ٢٠٠٦ ص ٢٢٣.

(١٢) جاء في حكم المحكمة النقض: "ولا يقدح في تكييف العقد بأنه بيع منجز احتوائه على شرط احتفاظ البائع بالعين المبيعة مدة حياته وشرط منع المتصرف إليه من التصرف في هذه العين إذا ثبت أن الثمن المسمى في العقد قد دفع بأكمله، إذ هذا يتنافى مع معنى الوصية التي هي من التبرعات"، نقض مدني ١٤/١١/١٩٩٨، مجموعة أحكام محكمة النقض، المكتب الفني، س ١٩، ص ١٣٦٢.

(١٣) ورد في حكم المحكمة النقض: "إقرار المتصرف باستلام جزء من الثمن من المستأنف الأولى يبنى عن اتجاه النية إلى تنجيز العقد، وأنه ليس ما يمنع في القانون أن يحتفظ المتصرف لنفسه بحق المنفعة، إذ لا تلازم بين استيفاء المنفعة وتنجيز العقد"، نقض مدني ٢٦/٢/١٩٧٠، مجموعة أحكام محكمة النقض- المكتب الفني س ٢١، ص ٣٥٨.

(١٤) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٩، مرجع سابق، ص ٢١٩. د. عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، مرجع سابق، ص ٨٢٥.

متخذاً من إثبات احتفاظ المتصرف بحيازة العين وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته كقرينة قضائية يتم التوصل بها إلى اثبات أن التصرف يستتر وصية إذا ما تعززت بأدلة وقرائن أخرى^(١٥).

ويرى اتجاه في الفقه القانوني في معرض مناقشته لنص المادة (٩١٧/ مدني مصري) - أنه لا معنى للفرقة بين التصرف الحاصل للوارث والتصرف الحاصل لغير الوارث، بعد أن أجاز قانون الوصية المصري الوصية للوارث بالثلث وأصبحت كالوصية للأجنبي^(١٦)، وكان هذا الاتجاه يرى شمول التصرف لغير الوارث بالقرينة القانونية أسوة بالوارث، فإذا كان نص المادة (٩١٧/ مدني) يسهل إثبات التحايل على أحكام الوصية إذا كان التصرف للوارث، فمن باب أولى تسهيل إثبات التحايل على أحكام الوصية إذا كان المتصرف له غير وارث، ويبدو أن السبب في عدم الثقات المشرع المصري إلى هذه الملاحظة هو أن الواقع العملي يشير ويبين بأن الوصايا المستترة هي في الأعم الغالب تكون لأحد الورثة أو لبعضهم، ونادراً ما تكون للأجانب، فضلاً عن أن التحايل على أحكام الوصية بالتصرف للوارث يؤدي إلى إشاعة البغض والكراهية بين الورثة واللذين هم أفراد أسرة واحده.

(١٥) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٩، مرجع سابق، ص ٢١٩. د. عبد الناصر توفيق العطار، إثبات الملكية بالحيازة والوصية، مرجع سابق، ص ٩٩.

وجاء في حكم المحكمة النقض: "...يشترط لانطباق المادة ٩١٧ من القانون المدني المصري - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن يكون المتصرف إليه وارثاً، فإذا لم يتوافر هذا الشرط كان للوارث الذي يطعن على التصرف بأنه يستتر وصية إثبات هذا الطعن بكافة طرق الإثبات وله في سبيل ذلك أن يثبت احتفاظ المورث بحيازة العين المتصرف فيها وبحقه في الانتفاع بها كقرينة قضائية يتوصل بها إلى إثبات مدعاه، والقاضي بعد ذلك حر في أن يأخذ بهذه القرينة أولاً يأخذ بها شأنها في ذلك شأن القرائن القضائية التي تخضع لمطلق التقدير)). الطعن رقم ٤٥٧ لسنة ٥٨ ق، جلسة ١٥/٣/١٩٩٠ م. أشار إليه: المستشار د. معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، ط ٧، المجلد التاسع، مكتبة علم الفكر والقانون، طنطا، ٢٠٠٤ م، ص ٣٨٥.

(١٦) د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، اسباب كسب الملكية، الوصية وتصرفات المريض مرض الموت، تنقيح: محمد علي سكيكر ومعتز كامل مرسي، منشأة دار المعارف الإسكندرية، ٢٠٠٥ م، ص ١٤٠.

الشرط الثاني: احتفاظ المتصرف بحيازة العين وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته:

معنى هذا الشرط أن القرينة القانونية لا تنهض إلا إذا كان المتصرف بالعين لوارث قد احتفظ بحيازة العين وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته^(١٧)، ويقصد بالحيازة هنا الحيازة المادية^(١٨). وهي الحيازة التي تقوم على الركن المادي للحيازة، والتي هي واقعة مادية يمكن إثباتها بكل طرق الإثبات، كأن يقوم الدليل على أن المتصرف كان يستعمل العين بنفسه أو أن يقوم بتأجيرها باسمه، فالمحكمة تبحث الحيازة هنا من حيث أنها قرينة على أن المتصرف قصد تملك العين المتصرف فيها بعد موته للمتصرف له، ولم يترك له حيازتها التي كان عليه أن يتركها لو كان التصرف منجزاً، إذن فحيازة العين التي تتطلبها القرينة ليست الحيازة القانونية المطلوبة في دعاوى الحيازة أو كسب الملكية بالتقادم^(١٩).

وينبغي أن يستند المتصرف في حيازته للعين وانتفاعه بها إلى حق، أي إلى مركز قانوني يخوله الحق في هذا الانتفاع لا يستطيع المتصرف إليه حرمانه منه، وهذا الحق إما أن يكون عينية كحق الانتفاع، أو شخصية كعقد الايجار أو العارية، بمعنى أن

(١٧) جاء في حكم المحكمة النقض: ((... وكان ما ورد في المادة ٩١٧ من القانون المدني وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة لا يعدو أن يكون تقريراً لقيام قرينة قانونية لصالح الوارث تعفيه من إثبات طعنه على تصرفات مورثه التي أضرت به بأنها في حقيقتها وصية وإذا كانت تلك القرينة لا تقوم إلا باجتماع شرطين أولهما هو احتفاظ المتصرف بحيازته للعين المتصرف فيها، وثانيهما احتفاظه بحقه في الانتفاع بها على أن يكون ذلك كله مدى حياته بما لزمه على القاضي إذا تمسك الخصم أمامه بصورية التصرف استناداً لتلك القرينة التحقق من توافر هذين الشرطين للتعرف على حقيقة العقد المتنازع عليه والتحري عن قصد المتصرف من تصرفه...)). الطعن رقم ١٣٢٤ لسنة ٦٠ ق، ٢٠/١١/١٩٩٦.

أشار إليه: عبد المنعم حسني المحامي، الموسوعة الماسية، الاصدار المدني ج ١٣، مركز حسني للدراسات والاستشارات القانونية والمحاماة، القاهرة ٢٠٠٦، ص ٣٤٥.

وفي ذات المعنى الطعن رقم (٤٧١) لسنة ٣٧ ق، جلسة ١٩٧٣/١/٢٠.

أشار إليه: المستشار الدكتور. معوض عبد التواب، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، ج ٥،

طه ١، مطبعة الانتصار، الإسكندرية، ٢٠٠٣ م، ص ٢٦٣، ٢٦٤.

(١٨) د. عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، مرجع سابق، ص ٨٢٥.

(١٩) د. عبد الناصر توفيق العطار، إثبات الملكية بالحيازة والوصية، مرجع سابق، ص ١٠٠.

يستند هذا الحق إلى اتفاق بين الطرفين المتصرف والمتصرف له^(٢٠)، وبذلك فإن الانتفاع الفعلي لوحده لا يكفي لقيام القرينة مالم يستند إلى حق قانوني^(٢١)، فاحتفاظ المتصرف بحيازة العين والانتفاع بها لحساب الغير لا يكفي لتحقق القرينة التي جاءت بها المادة (٩١٧) من القانون المدني المصري^(٢٢).

ويشير الأستاذ العلامة السنهوري إلى طرق احتفاظ المورث بالعين والانتفاع بها مدى حياته، والتي تستند إلى - حق - مركز قانوني بقوله: "... والطريقة المألوفة هي أن يشترط لنفسه في عقد بيع يصدر منه حق الانتفاع بالمبيع مدى الحياة مع منع المشتري من التصرف بالرقبة، وبذلك يبقى حائزة للعين باعتباره منتفعا لا مالكا، ويبقى حائز لها مدى حياته، دون حاجة إلى تتبع حقه في الانتفاع في يد الغير بفضل شرط المنع من التصرف في الرقبة، ويصح للاحتفاظ بحيازة العين المبيعة وبالانتفاع بها مدى الحياة أن يلجأ إلى طريقة أخرى، وإن كانت غير مألوفة، وذلك بأن يستأجر العين مدى حياته من المشتري بأجره يحصل على مخالصة بها دون أن يدفع شيئا"^(٢٣).

(٢٠) د. عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، مرجع سابق، ص ٨٢٥.

(٢١) جاء في حكم لمحكمة النقض: ((مفاد ما تنص عليه المادة ٩١٧ من القانون المدني أن القرينة التي تضمنتها لا تقوم إلا باجتماع شرطين أولهما: هو احتفاظ المتصرف بحيازة العين المتصرف فيها، وثانيهما احتفاظه بحقه في الانتفاع بها، على أن يكون الاحتفاظ بالأمرين مدى حياته ومستندة إلى حق ثابت لا يستطيع المتصرف إليه تجريده منه، فلا يكفي أن ينتفع المتصرف بالعين انتفاعاً فعلياً حتى وفاته دون أن يكون مستدأ في هذا الانتفاع إلى مركز قانوني يخوله ذلك)). الطعن رقم ١٢٥٢ لسنة ٥٣ق، جلسة ١٢/١/١٩٩١م. أشار إليه: د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، ج ٦، مرجع سابق، ص ١٣٩.

(٢٢) جاء في حكم لمحكمة النقض: (... فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى بأسبابه سائغة إلى أن حيازة المورث للأعيان المبيعة منه إلى ورثته واستغلاله لها بعد البيع لم يكن لحساب نفسه ولكن لحسابهم تنقيدا للتوكيل الصادر منهم إليه فإن الحكم يكون قد نفي احتفاظ المورث بحقه في الانتفاع بالأعيان المتصرف فيها مدى حياته مما تنتفي به القرينة القانونية الواردة في المادة (٩١٧) مدني).. الطعن رقم ٤٥٩ لسنة ٢٦ق، جلسة ٢٥/٤/١٩٦٣ مجموعة أحكام محكمة النقض، المكتب الفني، س ١٤، ص ٥٧٩.

(٢٣) د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٩، مرجع سابق، ص ٢٢١.

وإذا حال المتصرف بين المتصرف له وحيازته للعين وانتقاعه بها دون أن يستند في ذلك إلى حق قانوني، وبقت العين في حيازة المتصرف، فإن هذه الحيازة لا تنهض معها قرينة المادة (٩١٧/مدني)، وعدم قيام القرينة القانونية لا يمنع المحكمة في هذه الحالة من استخلاص قصد الايضاء باعتبار أن الحيازة الفعلية للعين والانتقاع بها مدى الحياة هي قرينة قضائية، إذا ما تعززت بأدلة أخرى تثبت أن المتصرف يستر وصية^(٢٤).

إن حيازة العين من قبل المتصرف وانتقاعه بها مدى حياته من مسائل الواقع التي تستقل محكمة الموضوع في تقديرها وتختص في التحقيق فيها ولا رقابة لمحكمة النقض عليها أن هي بنت حكمها على أسباب سائغة^(٢٥)، كما أن خلو العقد من الإشارة إلى شرطي القرينة (الحيازة والانتقاع مدى الحياة) لا يمنع محكمة الموضوع من التحقق من توافرها والتوصل من خلال ظروف الدعوى وملابساتها إلى قصد المتصرف، هل هو

(٢٤) د. عبد الناصر توفيق العطار، إثبات الملكية بالحيازة والوصية، مرجع سابق، ص ١٠٥، ١٠٦. وجاء في حكم حديث لمحكمة النقض: "... إلا أنه يبقى للوارث عند تخلف شروط أي من القرينتين، قرينتي المادة (٩١٦، ٩١٧/مدني) أو كليهما أن يدلل بكافة طرق الإثبات على أن العقد الحقيقي للمورث هو الايضاء وإضافة التصرف إلى ما بعد الموت، ويتعين على قاضي الدعوى أن يتصدى لما يقدمه الوارث من أدلة وقرائن ويقدمه في ضوء ظروف كل دعوى وملابساتها ولا يكفيه القول أن شروط هذه القرينة أو تلك لم تتوفر... الطعن رقم ١٨٧ لسنة ٦٧ ق، جلسة ٢٨/ديسمبر/٢٠٠٩م، مجموعة أحكام محكمة النقض، المكتب الفني، س ٦٠، ص ٩٤٩.

(٢٥) قضت محكمة النقض بحكم لها: "... حيث أن المقرر في قضاء هذه المحكمة، أن البحث في كون البيع الصادر من المورث لأحد ورثته حقيقية أو صوريا وما إذا كان تصرفاً منجزاً أو مضافة إلى ما بعد الموت هو من أمور الواقع الذي يستظهره قاضي الموضوع متى أقام ذلك على أسباب سائغة وأن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير أقوال الشهود وسائر الأدلة والتحقق من توافر شرط القرينة المنصوص عليها في المادة ٩١٧ من القانون المدني للتعرف على طبيعة العقد المتنازع عليه في ضوء ظروف الدعوى وملابساتها...".

الطعن رقم ٢٦٢١ لسنة ٥٩ق، نقض مدني جلسة ٢٠/١٠/١٩٩٦، أشار إليه: عبد المنعم حسني المحامي، الموسوعة الماسية، ج ١٣، مرجع سابق، ص ٣٤٤، ٣٤٥.

الايضاء أم تنجيز العقد؟^(٢٦)، ولا يجوز الدفع بشرطي القرينة لأول مره أمام محكمة النقض^(٢٧).

لقد تبين لنا مما سبق أن القرينة القانونية التي جاءت بها المادة (٩١٧) من القانون المدني المصري النافذ لم تكن موجودة في ظل القانون المدني القديم، بل هي مستحدثة، وعليه فإنها لا تكون ذات أثر رجعي ولا تسري على التصرفات الصادرة من المورث قبل ١٥ / أكتوبر / ١٩٤٩م، وهو تاريخ نفاذ القانون المدني المصري الحالي^(٢٨).

(٢٦) ورد في حكم لمحكمة النقض: "... أن القرينة المنصوص عليها في تلك المادة لا تقوم إلا بإجماع شرطين هما احتفاظ المتصرف بحيارة العين وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته، إلا أن خلو العقد في النص عليهما لا يمنع محكمة الموضوع، إذا تمسك الورثة الذين أضر بهم التصرف بتوافر هذين الشرطين، رغم عدم النص عليهما في العقد، من التحقق من توافرها للوقوف على حقيقة العقد المتنازع عليه وقصد المتصرف من تصرفه في ضوء الدعوى وملابساتها... ينظر: الطعن رقم ٦٠٨ لسنة ٤٨ق، نقض مدني، جلسة ١١/١١/١٩٨١.

أشار إليه: عبد المنعم حسني المحامي، الموسوعة الماسية، ج ١٣، مرجع سابق، ص ٣٣٩، ٣٣٩. وفي ذات المعنى: نقض مدني، ١٠/٤/١٩٧٣، مجموعة أحكام محكمة النقض - المكتب الفني، س ٢٥، ص ٥٧٧.

(٢٧) وجاء في حكم المحكمة النقض: "... وكان البين من الصورة الرسمية لمذكرة الطاعن المقدمة لمحكمة الاستئناف، المستند رقم (٥) بحافظة مستنداته الأولى، أنه لم يتمسك بالقرينة المستمدة من المادة (٩١٧) المذكورة ولم يطرح الواقع الذي تقوم عليه بشرطها أمام محكمة الموضوع ومن ثم فإن ما أفرغته تلك المنكرة يكون في نطاق دفاعه بأن التصرف يعد تبرعة لصدوره من مورثه في مرض موتها وليس مستقلا عنه ولا يجوز له التحدي بالقرينة المنصوص عليها في المادة (٩١٧) أنفة الذكر لأول مرة أمام محكمة النقض)).

الطعن رقم ١٣٦٩ لسنة ٤٨ق، نقض مدني، جلسة ٢٥/٢/١٩٨٢م.

أشار إليه: عبد المنعم حسني المحامي، المجموعة الماسية، ج ١٣، مرجع سابق، ص ٣٣٦، ٣٣٧. ينظر أيضا: نقض مدني ١٨/١٢/١٩٧٣، مجموعة أحكام محكمة النقض - المكتب الفني، س ٢٤، ص ٢٨٧.

(٢٨) د. عبد المنعم فرج الصده، حق الملكية، مرجع سابق، ص ٨٢٧.

د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٩، مرجع سابق، ص ٢٢٢. هامش ٢.

الفرع الثاني

الوصايا المستترة في القانون العراقي

لم يرد في القانون المدني العراقي نص مماثل لنص المادة (٩١٧) من القانون المدني المصري، ويترتب على ذلك أن احتفاظ المتصرف بحياسة العين وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته- وفقا للقانون العراقي- لا يعد قرينة قانونية، وإن كان بالإمكان اعتباره قرينة قضائية إذا تعززت بأدلة أو قرائن أخرى، ومحكمة الموضوع هي التي تحدد كون التصرف وصية من عدمه في ضوء الظروف الموضوعية وملابسات الدعوي^(٢٩).

الوصايا المستترة- وفقا للقانون المدني العراقي- تخضع للأحكام القانونية التي جاءت بها النصوص القانونية التي تعالج موضوع الصورية، فالوصية: هي التصرف المستتر الذي يتضمن الحقيقة والذي يكون مخفيا تحت ستار تصرف ظاهر لا يعبر عن الحقيقة كالبيع، ولما كان المتصرف قد أراد الإضرار بالورثة من خلال التحايل على أحكام الميراث، لذا كان الجزء الذي يقرره القانون هو إعطاء الورثة- المتضررين من التصرف- الحق بالطعن في التصرف الظاهر- البيع مثلا والتمسك بالتصرف المستتر (الوصية)^(٣٠).

والوصية المستترة هي نوع من أنواع الصورية النسبية والتي تسمى: (الصورية بطريق الإخفاء) كالبيع لأحد الورثة وهو في حقيقته وصية، وحكم الصورية بالنسبة للمتعاقدين وخلفهما العام وهم: المتصرف (المورث) والمتصرف إليه (المستفيد) والورثة (المتضررين من التصرف- جاءت به المادة (١٤٨)^(٣١) من القانون المدني العراقي التي نصت على:

(٢٩) د. غني حنون طه، عقد البيع، بغداد، ١٩٧٠م، ص٤٧. د. سعدون العامري، الوجيز في العقود المسماة، عقدي البيع والايجار، بغداد، ١٩٧٤.

(٣٠) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام، ج٢، مرجع سابق، ص١٠٣.

(٣١) المادة (١٤٨) من القانون المدني العراقي، تقابلها المادة (٢٤٥) من القانون المدني المصري والتي نصت على: ((إذا ستر المتعاقدان عقدة حقيقية بعقدة ظاهر، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي)).

ينظر: أسامة أنور العربي، سلسلة التشريعات والقوانين المصرية، القانون المدني رقم ١٣١ وفقا للأخر تعديلاته، دار العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٨، ص٤٦.

١- ((يكون العقد المستتر هو النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام ولا أثر للعقد الظاهر فيما بينهم.

٢- وإذا ستر المتعاقدين عقداً حقيقياً بعقد ظاهر فالعقد الحقيقي هو الصحيح ما دام قد استوفى شرائط صحته)).

ويقع عبء إثبات الصورية- إثبات أن التصرف الحقيقي هو وصية وأن التصرف الظاهر هو تصرف غير حقيقي على من يدعي الصورية وهو المتضرر- الورثة- في موضوع الوصايا المستترة، ويكون إثبات ذلك بكل طرق الإثبات، كشهادات الشهود والقرائن القضائية وغير ذلك من الأدلة.

وقد يعتمد المتصرف (المورث) بعد أن يخفي وصية تحت ستار تصرف منجز كالبيع مثلاً، إلى تسجيل عقد البيع المتعلق بالعقار- وهو العقد الغير حقيقي- في دائرة التسجيل العقاري^(٣٢). ففي مثل هذه الحالة: هل يستطيع الورثة المتضررين من البيع الصور، الطعن بالصورية والتمسك بالتصرف الحقيقي؟ أجابت على هذا التساؤل المادة (١٤٩) من القانون المدني العراقي، فنصت على: "لا يجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على عقار بعد تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري"^(٣٣) والمادة (١٠/١) من قانون التسجيل العقاري ذي الرقم (٤٣) لسنة ١٩٧١م المعدل^(٣٤) والتي نصت على: "تعتمد السجلات العقارية وصورها المصدقة وسنداتها أساساً لإثبات حق الملكية والحقوق العقارية الأخرى وتعتبر حجة على الناس كافة بما دون فيها مالم يطعن فيها بالتزوير ولا يقبل الطعن بالصورية في التصرفات المسجلة فيها".

ويبدو أن المادة (١٤٩) من القانون المدني العراقي قد شرعت تطبيقاً لمبدأ استقرار التعامل الذي يقتضي الأخذ بالتصرف الظاهر، وإن كان لا يعبر عن حقيقة التصرف. ويرى الباحث أن اتجاه المشرع العراقي معيب، ذلك أن المتصرف (المورث) بإمكانه التحايل على أحكام الميراث من خلال قيامه بالايضاء إلى أحد ورثته بأكثر من الثلث

(٣٢) تسمي في مصر الشهر العقاري.

(٣٣) لا يوجد في القانون المدني المصري نص يقابل نص المادة (١٤٩) من القانون المدني العراقي.

(٣٤) نشر قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١م، في جريدة الوقائع العراقية بعدها ١٩٩٥، بتاريخ ١٠/٥/١٩٧١م. ينظر وزارة العدل العراقية، مديرية التسجيل العقاري العامة، قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٤١١هـ- ١٩٩١م.

تحت ستار عقد منجز كالبيع مثلاً، وبعد ذلك يقوم بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري، فلا يستطيع الورثة المتضررين عندئذ الطعن بالصورية والتمسك بأن التصرف الحقيقي هو وصية وعدم إجازتها بما يزيد عن الثلث. بسبب أن التصرف الظاهر - البيع - قد تم تسجيله، لذا نصي المشرع العراقي بتعديل نص المادة (١٤٩) من القانون المدني العراقي ونص المادة (١٠ / ف ١) من قانون التسجيل العقاري، وذلك بإضافة عبارة إلى نصيها تفيد استثناء الوصايا المستترة من حكميهما، لغرض تمكين الورثة المتضررين من الطعن بأن التصرف المنجز يخفي وصية، والتمسك بإعمال حكم الوصية باعتبارها التصرف الحقيقي خصوصاً وأن عبء إثبات الطعن يقع على الورثة المتضررين، وأحياناً يتمكنون من إثبات طعنهم بطرق قانونية وأدلة معتبرة، فقد يحصل إقرار من المتصرف أو المتصرف له بأن حقيقة التصرف هي وصية، ومع وجود نص المادة (١٤٩ / مدني عراقي) لا يمكن اعتبار التصرف وصية.

إن تمكين الورثة المتضررين من الوصايا المستترة من الطعن بالعقد الساتر للوصية حتى بعد تسجيله يتفق مع اتجاه معتبر في الفقه القانوني الذي يرى: "بأنه متى تبين أن البيع حقيقته وصية مستترة كان منعماً بوصفه بيعاً، فلا يكون لتسجيل العقد حال حياة البائع أي أثر ولا يرد عليه التقادم، فالبيع الذي يستتر وصية ليس إلا عقداً واحداً هو وصية مستترة تسري عليها جميع أحكام الوصية، أما البيع الظاهر فهو صوري لا وجود له"^(٣٥).

وقد قضت محكمة النقض المصرية بما يتطابق مع الاتجاه الفقهي المتقدم حيث جاء في حكم لها: "... متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن التصرف لم يكن منجزاً وأنه يخفي وصية، فلا يكون لتسجيل العقد حال حياة البائع أي أثر في تصحيح التصرف أو نقل الملكية، لأن التسجيل لا يصحح عقداً باطلاً، كما أنه لا يحول دون الطعن في العقد بأنه يخفي وصية، ولا يسري على هذا البطلان التقادم المنصوص عليه في المادة (١٤٠) مدني، ولا يقدح في ذلك القول بأن اعتبار البطلان مطلقاً يتنافى مع إمكان إجازة التصرف من الورثة، ذلك أنه ليس للورثة أن يجيزوا التصرف باعتباره بيعاً،

(٣٥) د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٩، مرجع سابق، ص ٢١٥.

وإنما لهم أن يجيزوه على الاعتبار الصحيح بوصفه وصية، وفي هذه الحالة تجري عليه أحكام الوصية التي يجيزها الورثة^(٣٦).

وتطبيقاً للمادة (١٤٩) من القانون المدني العراقي والمادة (١٠) من قانون التسجيل العقاري، قضت محكمة التمييز العراقية في حكم لها جاء فيه: "... لدى التدقيق والمدولة تبين أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلاً وعند النظر في الحكم المميز ظهر أنه صحيح وموافق للقانون، لأن الادعاء بالتسجيل الصوري في السجل العقاري باسم المدعى عليها غير وارد لكون المادة (١٤٩) من القانون المدني تنص على أن لا يجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على عقار بعد تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري كما أن المادة (١٠/١) من قانون التسجيل العقاري تنص على أنه تعتمد السجلات العقارية وصورها المصدقة وسناداتها أساساً لإثبات حق الملكية والحقوق العقارية الأخرى وتعتبر حجة على الناس كافة بما دون فيها ما لم يطعن فيها بالتزوير ولا يقبل الطعن بالصورية في التصرفات المسجلة فيها"^(٣٧).

الخاتمة

لدراسة موضوع: (مفهوم الوصية المستترة واحكامها في القانون المصري والعراقي) أهمية بالغة، ذلك انها تكشف عن الأدلة والفرائن القانونية والقضائية التي تتطور مع تطور الحياة التي من خلالها يمكن التعرف على نية المتصرف الحقيقية عند ابرامه للتصرف القانوني، وما اذا كان التصرف وصية ام تصرف منجز، وبالتالي يمكن للورثة الاحتجاج والتمسك بالتصرف الحقيقي (الوصية) تجاه المتصرف له الذي استفاد من التحايل على احكام الميراث عندما قام المتصرف بستر الوصية بتصرف ظاهر غير حقيقي منجز.

(٣٦) نقض مدني، الطعن رقم ٣٩ لسنة ٢٩ ق، جلسة ١٩/يناير / ١٩٦٤م، مجموعة احكام محكمة النقض- المكتب الفني، س ١٥، ص ٤٣.

(٣٧) حكم محكمة التمييز الاتحادية ذي الرقم ١٩١١/مدنية عقار/ ٢٠٠٨م، بتاريخ ٢٧/٨/٢٠٠٨م، النشرة القضائية، تصدر عن المركز الاعلامي للسلطة القضائية- مجلس القضاء الأعلى، ع ١١، آذار/ ٢٠١٠م، ص ٢٠.

وقد تولى هذا البحث تحديد معنى الوصايا المستترة وبيان أحكامها في النظامين القانونيين (المصري والعراقي)، وذلك في فرعين، كان الأول مخصصا لدراسة الوصايا المستترة في القانون المصري، أما الثاني فقد تم تخصيصه لبحث الوصايا المستترة في القانون العراقي، وفي كلا الفرعين تم التعرض لآراء الفقهاء واحكام القضاء في مصر والعراق، وقد توصلنا في هذه الدراسة الموجزة إلى النتائج والمقترحات التالية.

أولاً: النتائج

- ١- تعتبر نوع من انواع الصورية النسبية والتي اطلق الفقه عليها تسمية الصورية بطريق التستر (الاخفاء).
- ٢- لم يرد في القانون المدني العراقي نصا مماثلا لنص المادة (٩١٧) من القانون المدني المصري، ويترتب على ذلك أن احتفاظ المتصرف بالعين وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته اذا كان التصرف لوarith- وفقا للقانون المدني العراقي- لا يعد قرينة قانونية على اعتبار التصرف المنجز مضاف إلى ما بعد الموت وتسري عليه احكام الوصية، وان كان بالإمكان اعتباره قرينة قضائية اذا تعززت بادلته وقرائن اخرى.
- ٣- اتجه المشرع العراقي في المادة (١٤٩/ مدني) والمادة (١٠/ ف١) من قانون التسجيل العقاري إلى عدم جواز الطعن بصورية التصرفات القانونية التي ترد على عقار بعد تسجيله في دائرة التسجيل العقاري المختصة، حتى وان كانت تلك التصرفات غير حقيقية وتخفي تصرفا حقيقيا كالوصية، وبذلك يكون بإمكان المتصرف- المورث- التحايل على احكام الميراث وقواعد الوصية الامرة من خلال قيامه بالوصية إلى احد الورثة واخفاء الوصية تحت ستار عقد منجز كالبيع يقوم بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري، عندئذ لا يستطيع بقية الورثة المتضررين الطعن بصورية البيع والتمسك بان التصرف الحقيقي هو وصية وعدم اجازتها بما زاد عن الثلث، حتى وان استطاعوا اثبات كون التصرف الحقيقي هو وصية، بسبب أن التصرف الظاهر- البيع- قد تم تسجيله في الدائرة المختصة، من هنا يستطيع المتصرف- المورث- التحايل على أحكام الميراث ومحاباة أحد الورثة على حساب البقية، وتجدر الإشارة إلى أن المادة ١٤٩ من القانون المدني العراقي ليس لها مقابل في القانون المدني المصري، وبذلك يجوز- وفقا للقانون الاخير- الطعن بصورية التصرفات القانونية الواردة على عقار حتى وان تم تسجيلها في دائرة

التسجيل العقاري، متى كانت تلك التصرفات غير حقيقية وتخفي تصرفاً حقيقياً كالوصية، وحسناً فعل المشرع المصري بعدم إيراد نص مماثل لنص المادة (١٤٩) / مدني عراقي، إذ أن هذا الاتجاه يحقق العدالة ويقطع الطريق على المتصرف- المورث- إذا كان قصده من التصرف التحايل على أحكام الميراث.

ثانياً: المقترحات

- ١- نقترح على المشرع العراقي إضافة نص إلى القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل. يتطابق مع نص المادة ٩١٧ من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨، وذلك لإقامة قرينة لصالح الورثة المتضررين من الوصايا المستترة للحد من التحايل على أحكام الميراث.
- ٢- ندعو المشرع العراقي إلى تعديل نص المادة (١٤٩) / مدني) ونص المادة (١٠) / ف١) من قانون التسجيل العقاري، وذلك بإضافة عبارة إلى النصين المذكورين تفيد استثناء الوصايا المستترة من حكميهما، لغرض تمكين الورثة المتضررين من الطعن بصورية التصرفات المنجزة، والتمسك بأن التصرف الحقيقي هو وصية.

قائمة المراجع

أ- الكتب

- ١- أسامة أنور العربي، سلسلة التشريعات والقوانين المصرية، القانون المدني رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ وفقاً لآخر تعديلاته، دار العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٨م.
- ٢- د. جميل الشرقاوي، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٤م.
- ٣- وزارة العدل العراقية، مديرية التسجيل العقاري العامة، قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٤١١هـ، ١٩٩١م.
- ٤- د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية، الوصية وتصرفات المريض مرض الموت تنقيح: محمد علي سكيكر ومعتز كامل مرسي، منشأة دار المعارف الإسكندرية، ٢٠٠٥م.

- ٥- د. معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، ط ٧، المجلد التاسع، مكتبة علم الفكر والقانون، طنطا، ٢٠٠٤م. - الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، ج ٥، ط ١٠، مطبعة الانتصار، الاسكندرية، ٢٠٠٣م.
- ٦- د. نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الاصلية، منشأة دار المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠١م.
- ٧- د. سعدون العامري، الوجيز في العقود المسماة، عقدي البيع والايجار، بغداد ١٩٧٤م.
- ٨- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، احكام الالتزام، ج ٢، ط ٦، الناشر: العاتك لصناعة الورق-القاهرة، توزيع: المكتبة القانونية-بغداد، ٢٠٠٩م.
- ٩- عبد المنعم حسني المحامي، الموسوعة الماسية، الاصدار المدني، ج ١٣، مركز حسني للدراسات والاستشارات القانونية والمحاماة، القاهرة، ٢٠٠٦م.
- ١٠- د. عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، ط ٣، شركة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده، القاهرة، ١٩٦٧م.
- ١١- د. عبد الناصر توفيق العطار، اثبات الملكية بالحيازة والوصية، القاهرة، دون تاريخ نشر.
- ١٢- د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، اسباب كسب الملكية، ج ٩، تتقيح: المستشار أحمد مدحت المراغي، نقابة المحامين الجيزة، ٢٠٠٦م.
- ١٣- د. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، احكام الالتزام، ج ٢، ط ١، الناشر: جامعة جيهان الخاصة، اربيل، ١٤٣٣هـ- ٢٠١٢م.
- ١٤- د. غني حسون طه، عقد البيع، بغداد، ١٩٧٠م.

ب - المجموعات والدوريات (مراجع الأحكام القضائية):

- ١٥- النشرة القضائية الصادرة عن المركز الاعلامي للسلطة القضائية في العراق مجلس القضاء الأعلى)، ع ١١، اذار، ٢٠١٠، ص ٢٠، حكم محكمة التمييز الاتحادية ذي العدد ١٩١١ / مدنية عقار / ٢٠٠٨ م بتاريخ: ٢٧ / ٨ / ٢٠٠٨
- ١٦- مجموعة احكام محكمة النقض، المكتب الفني:
- نقض مدني، الطعن رقم ٥٠٢ لسنة ٦٥ ق- جلسة ١٢ / يناير / ٢٠٠٦م مجموعة احكام محكمة النقض- المكتب الفني، س ٥٧، ص ٦٣.
 - نقض مدني، الطعن رقم ١٨٧ لسنة ٦٧ ق- جلسة ٢٨ / ديسمبر ٢٠٠٩م، مجموعة احكام محكمة النقض- المكتب الفني، س ٦٠، ص ٩٤٨.

- نقض مدني، جلسة ١٤/١١/١٩٦٨، مجموعة احكام محكمة النقض المكتب الفني، س١٩، ص ١٣٦٢.
- نقض مدني، جلسة ٢٦/٢/١٩٧٠، مجموعة احكام محكمة النقض- المكتب الفني، س٢١، ص ٣٥٨.
- نقض مدني، الطعن رقم ٤٥٩ لسنة ٢٦ ق- جلسة ٢٥/٤/١٩٦٣، مجموعة احكام محكمة النقض- المكتب الفني، س ١٤، ص ٥٧٩.
- نقض مدني، جلسة ١٠/٤/١٩٧٣، مجموعة احكام محكمة النقض- المكتب الفني، س٢٥، ص ٥٧٧.
- نقض مدني، الطعن رقم ٣٩ لسنة ٢٩ ق- جلسة ١٩/يناير/ ١٩٦٤، مجموعة احكام محكمة النقض- المكتب الفني، س ١٥، ص ٤٣.