وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة زيان عاشور بالجلفة

كلية الحقوق و العلوم سياسية

قسم الحقوق

الوصية بين الفقه الإسـلامي والتشـريع الجزائري مقارنة ببعض التشـريعات العربية

مذكرة نـهاية الدراسة لاستكمال متطلبات الماستر

تخصص أحوال شخصيـة

الطالب :

- بوعبدلي مريم
- مني نعيمـــــة

الأستاذ

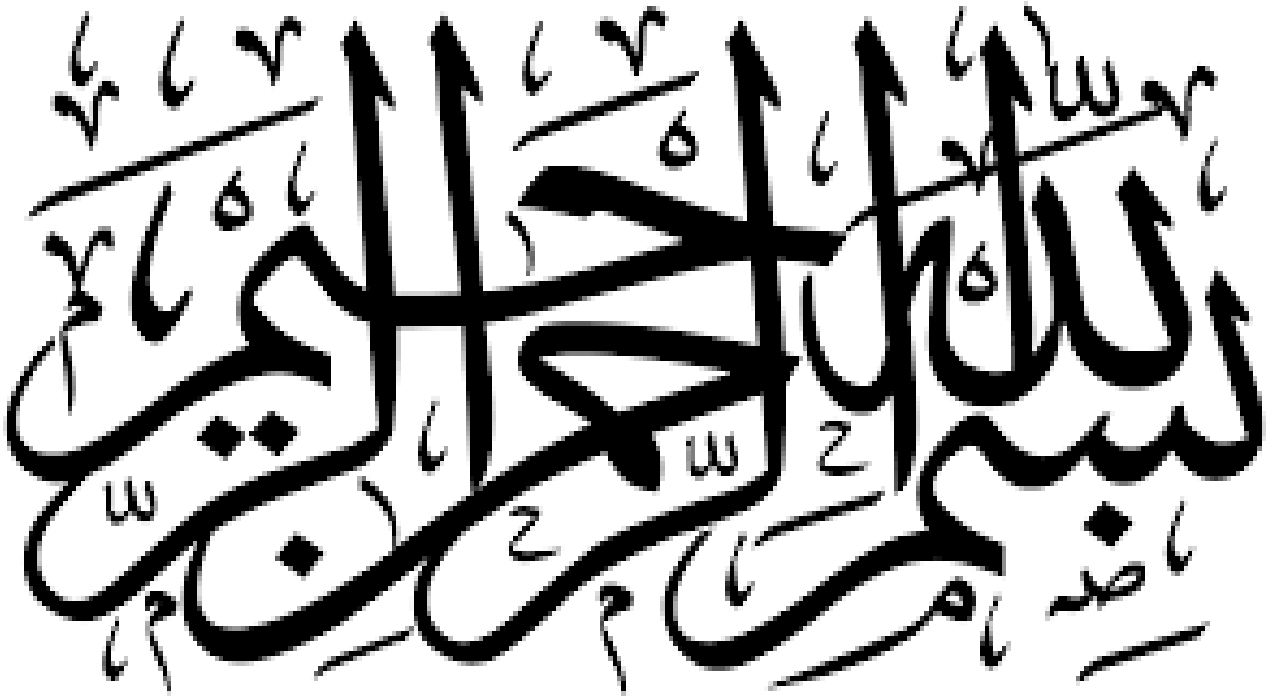
عباس عبد القادر

لجنة المناقشة

- **رئيسا**
- **مشرفا**
- **مناقشا**

الموسم الجامعي

2015/2014


بسم الله الرحمن الرحيم

إهداء

الى الرسول الكريم محمد صلى الله عليه وسلم منار الحق والهدى لجميع المؤمنين الى من قال فيهما الله تعالى:

((وَقضَى رَبُّكَ أَلاَّ تعْبُدُوا إلاَّ إيَّاهُ وَبالوَالِدَيْن إحْسَانًا))

والداي العزيزان

الى والدتي الكريمة حفظها الله ورعاها التي حملتني وهنا على وهن والتي اكثرت الدعاء لي

والتي تحملت معي مشاق الحياة وكانت عونا لي طوال حياتي الى من لا مثيل له في الوجود

الى رمز العطاء والحنان الى سبب وجودي في الحياة

الى والدي العزيز ادامه الله

الى امي الثانية الى رمز العطاء جدتي الحنونة اطال الله في عمرها هي وجدي العزيز

الى كل اخوتي وزملائي حفظهم الله ورعاهم

الى الاستاذ المشرف الذي كان نعم الموجه والمرشد لي الى كل الزملاء في كلية الحقوق

وخاصة زميلتي في هذا العمل نعيمة

مريم بوعبدلي

إهداء

الى والدي الكريمين الذين غرسا في حب العلم والرغبة في طلبه اهدي هذا العمل المتواضع عرفانا وتقديرا ومحبة لهما.

الى اخواتي واخوتي الأعزاء وكل زملاء الدراسة واخص بالذكر خديجة سهام والى زميلتي في هذا العمل مريم والى الأستاذ المشرف وكل من قدم لي يد العون من اجل اتمام هذا العمل وادعوا الله ان بجزيهم عني خير الجزاء.

مني نعيمة

تشكرات

انه لمن دواعي الاعتراف بالجميل ان نتوجه بجزيل الشكر وعظيم التقدير وخالص الامتنان الى الأستاذ الفضل عباس عبد القادر لقبوله الاشراف على هذه المذكرة وتوجيهاته الخالصة والى اعضاء لجنة المناقشة لما بذلوه من وقتهم في تقييمها والذي سيكون لأرائيهم الأثر الكبير في تسديدها وتقويمها كما نشكر السيد طالب وليد رؤوف الذي مد لنا بد العون ورافقنا في عملنا حتى النهاية وكذلك السيد رمضاني ابراهيم الذي سهل علينا وساعدنا في هذا الانجاز.

قال تعالى:

((مِّن بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُّوصُّونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ))

سورة النساء الآية12

المقدمـــــــة

مقدمة

في القوانين العربية كما في القانون الجزائري تم التطرق إلى أحكام الوصية في قوانينها الخاصة كنظام الأسرة .و مثال ذلك مجلة الأحوال الشخصية التونسية و مدونة الأحوال الشخصية المغربية و قانون الأحوال الشخصية السوري إلا أن القانون المصري خصها بقانون خاص هو قانون الوصية رقم : 71 سنة 1946م .كما أن قانون الأسرة الجزائري نظم الوصية في الفصل الأول من الكتاب الرابع المتعلق بالتبرعات في مواده 184 إلى 201، و عرفها بأنها «تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع» .

و في القانون المدني الجزائري نص على أن الوصية سبب من أسباب كسب الملكية في الفصل الثاني من الكتاب الثالث في مواده : 775 إلى 777 . و أحال على قانون الأسرة باعتباره النص الخاص .هذا التعريف الوارد في قانون الأسرة جاء شاملا لكل شيء يوصي به الشخص بعد موته أي كل صور الوصية التي يقرها القانون .و «التمليك» هنا الوارد في المادة : 184 من قانون الأسرة هو أن الوصية بالأعيان من منقول أو عقار و كذا الوصية بالمنافع من سكن دار أو زراعة أرض ،وجميع أنواع الوصايا سواء كانت بالمال أو غيره .

أما المراد من جملة «مضاف إلى ما بعد الموت »أن التصرف الذي تم في حال حياة لا يترتب إلا بعد الموت .أما المقصود من كلمة «التبرع» هو أن الوصية تتم بدون عوض باعتبارها أوجهها لموصي في ماله تطوعا بعد موته .و بالرغم مما تقدم فإن قانون الأسرة الجزائري جاء ناقصا و بعيدا عن المبتغى،غير أن المادة 222 منه فتحت باب الاجتهاد أمام القاضي للجوء إلى أحكام الشريعة في كل ما لم يرد فيه النص في هذا الشأن . غير أن الوصية كثير من الناصية العملية إشكالات و صعوبات بشأن إبرامها و تحرير إثباتها و تنقيدها .

و لقد نص القانون المدني و قانون الأسرة الجزائري على بعض التصرفات التي تعتبر في الأصل وصية مع ذلك أحكمها بشروط.كما أن هناك بعض الحالات التي تصبح فيها الوصية واجب.وهو حال التنزيل في قانون الأسرة الجزائري و هو ما سماه القانون المصري بالوصية الواجبة .

و يكون بالضرورة أثناء التطرق لموضوع الوصية وفق النصوص الواردة في قانون الأسرة الجزائري و كذا نصوص القانون المدني التعرض لأحكام الشريعة الإسلامية و مذاهب الفقهاء .إضافة إلى وجهة نظر القانون المصري كونه أكثر تفصيلا

اهداف واهمية اختيار الموضوع

اخترنا البحث في موضوع الوصية لانها من جملة مايحتاج اليه الناس في حياتهم العملية وفي كل زمان ومكان ولغفلة الناس عنها نتيجة للغفلة العامة عن الموت وما يتعلق بها من احكام وما يأتي بعده.

اسباب اختيار الموضوع:

نظرا لأهمية الوصية وحاجة الناس اليها وهذا مما يتطلب مزيدا من اهتمام أي باحث وكذلك جهل الكثير من الناس جزئيات الأحكام المتعلقة بالوصية

منهج الدراسة:

اعتمدنا في دراسة موضوع بحثنا على المنهج الاستدلالي وذلك للاستدلال بالنصوص القانونية والآيات القرآنية والأحاديث والمنهج التحليلي وذلك بتحليل جملة النصوص المتعلقة بالوصية وكذا المنهج المقارن وذلك بمقارنة نصوص القانون الجزائري بالقانون المغربي والمصري وايضا المقارنة بالشريعة الاسلامية في بعض النقاط.

الدراسات السابقة:

معظم الدراسات السابقة في هذا المجال والتي استطعنا الاطلاع عليها تتمثل في الكتب الخاصة بالوصية بالإضافة الى رسالة الماجستير بعنوان احكام الوصية في الفقه الاسلامي للأستاذ محمد علي محمود يحي بجامعة النجاح الوطنية بنابلس

خطة البحث:

قسمنا دراسة هذا الموضوع الى فصلين وكل فصل الى مبحثين وكل مبحث الى مطلبين فتناولنا في الفصل الأول ماهية الوصية واركانها وذلك بتحديد مفهوم الوصية وانواعها في مبحث اول وتحديد اركان الوصية في مبحث ثاني.

اما الفصل الثاني فتطرقنا فيه الى الاحكام المتعلقة بالوصية وذلك من خلال بيان كيفية تنفيذ الوصية ومبطلاتها في مبحث اول لنتطرق في المبحث الثاني الى الوصية الواجبة والتي تعرف في القانون الجزائري بالتنزيل.

وفي الأخير خاتمة تطرقنا فيها الى نتائج البحث.

الفصل الأول

ماهية الوصية وأركانها

لقد اعتبر المشرع الجزائري الوصية سببا من أسباب نقل الملكية وهذا التصرف لا يكون إلا بعد الموت حيث نظمها في نصوص القانون المدني والذي يعتبر الشريعة العامة إذ خصها بجملة من النصوص القانونية من 755 إلى 777 كما أنه أحالنا إلى قانون الأسرة الجزائري والذي اهتم بتنظيمها تنظيما مفصلا حيث عرفها وبيّن شروطها وكيفية إثباتها وقبولها وردها (في مواده من 184 إلى 202) وهذا ما سنتناوله في هذا الفصل مبرزين فيه ماهية الوصية في مبحث أول وأركانها في مبحث ثاني وهذا كله مقارنة بالشريعة الاسلامية وبعض التشريعات العربية.

المبحث الأول : ماهية الوصية

نتطرق في هذا البحث إلى تعريف الوصية في اللغة و الفقه و القانون و دليل مشروعيتها و حكمها في المطلب الأول أما في المطلب الثاني فنتكلم عن إثبات الوصية مع إبراز التصرفات اللاحقة بها و ذلك مقارنة بالتشريع المصري و المغربي في بعض النقاط .

المطلب الأول : تعريف الوصية ومشروعيتها .

سنتناول في هذا المطلب تعريف الوصية في اللغة والفقه و القانون الجزائري و المصري و المغربي و كذلك دليل مشروعيتها وحكمها والحكمة منها في ثلاثة فروع .

فرع الأول : تعريف الوصية

أولا : تعريف الوصية في اللغة :

تطلق الوصية في اللغة على عدة معاني منها :

1- أوصى الرجل و ووصاه : عهد إليه ، وأوصيت إليه و أوصيت له بشيء و أوصيت إليه إذا جعلته وصيك وأوصيته ووصيته ايصاء و توصية. [1]

2- وصى الشيء وصيا : اتصل ، و أرض واصية متصلة النبات ، و قد وصت الأرض إذا تصل نباتها .[2]

3- التقدم إلى الغير بما يعمل مقترنا بوعض ، و تواصى القوم إذا أوصى بعضهم بعض.[3]

لقوله تعال : « وتواصوا بالحق وتواصوا بالصبر ».[4]

و قوله تعالى : « أتواصوا به بل هم قوم طاغون ».[5]

ثانيا : تعريف الوصية في الفقه :

عرف الفقهاء الوصية بتعاريف متعددة نذكر منها :

---

[1] - جمال الدين محمد بن مكرم بن الأنصاري، لسان العرب،دار الفكر،بيروت،ط1، 1990، ج15، ص394 .
[2] - الفيروزي أباضي، مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت،ط8 ،2005 ، ص1731 .
[3] - الأصفهاني، أبو القاسم حسين بن محمد بن المفضل،المفردات، ط الأخيرة، 1961 ، ص525 .
[4] - سورة العصر الآية 3 .
[5] - سورة الذاريات الأية 53 .

عند الفقهاء الشافعية والحنابلة الوصية مأخوذة من وصيت الشيء أوصيه : إذا وصلته . وسميت الوصية : وصية لأن الميت لما أوصى بها ، وثل ما كان فيه من أمر حياته ما بعده من أمر مماته .

يقال : وصى و أوصى . بمعنى واحد .1 و أما قوله : استوصى فلان بأمر فلان : فمعناه : انه قام بأمره متبرعا دون أن أوصى بما قام به .2 هي التبرع بالمال بعد الموت.3

كما تعرف بأنها تحول الموصى به إلى الموصى له بعد الموت.4

2- عند فقهاء الحنفية :

الوصية اسم كما أوجبه الموصي في ماله بعد موته، و به ينفصل عن البيع ، و الإجارة و الهبة، لأن شيئا من ذلك لا يحتمل الإيجاب بعد الموت.5 و كذا هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت.6

3- تعريفها عند فقهاء المالكية :

الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت على سبيل التبرع عينا كان أو منفعة. 7

و هي هبة الرجل ماله لشخص أخر أو لأشخاص بعد موته أوعتق خلاصه،سواء صرح بلفظ الوصية أولم يصرح به .8

و تعرف أيضا بأنها عقد يوجب حقا في ثلث مال عاقده يلزم بموته.9

---

1 - ابي منصور محمد بن أحمد الأزهري، الزاهر في غريب ألفاظ الإمام الشافعي ، دار البشائر الإسلامية، لبنان، ص372 .

2 - نفس المرجع ،ص373 .

3 - ابن قدام المقدسي، موفق الدين بن أبي محمد بن عبد الله، الكافي في فقه أحمد بن حنبل، بيروت، ط5، 1988، ج4، ص474 .

4 - البجيرمي، سليمان، حاسبة البيجيرمي بتحفة الحبيب على شرح الخطيب المسمى بالإقناع في حل ألفاظ أبي شجاح، ج3، ص296 .

5 - الكاسلي علاء الدين ابوبكر بن مسعود الحنفي.بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع.دار الكتب العلمية،لبنان،ط2،1986،ج7،ص332. 333

6 - الميداني،أبو الحسن أحمد بن محمد القدوري البغدادي عبد الغني الدمشقي،اللباب في شرح الكتاب،دار الكتب العلمية،بيروت ج4،ص168

7 - الدسوقي شمس الدين محمد عرفة الدسوقي،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،دار إحياء التراث العربي ج4،ص422

8 - القرطبي أبو الوليد محمد احمد بن محمد بن رشد ،بداية المجتهد و نهاية المقتصد،دار المعرفة،بيروت،ط8،1986،ج2،ص336

9 - الكشناوي، أبو بكر بن حسه،أسهل المدارك شرح إرشاد المسالك في فقه الإمام مالك ،المكتبة التجارية،بيروت،ط2،ج3،ص271

- من خلال التعاريف السابقة التعريف الراجح هو ما ذهب إليه المالكية بأن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت على سبيل التبرع عينا كان أو منفعة .

ثالثا : تعريف الوصية في القانون :

1- في القانون الجزائري: نظم قانون الأسرة الجزائري الوصية في الفصل الأول من الكتاب الرابع المتعلق بالتبرعات في مواده من 184 إلى 201 و عرفها في المادة 184 ق ا ج بأنها : « تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع» نستنتج من هذا لتعريف مايلي :

- مصطلح تملك الوارد في المادة يشمل كل أنواع الوصايا سواء بالمال أو غيره، و كذلك الوصية بالأعيان و الوصية بالمنافع.

- أما المراد بعبارة مضاف إلى ما بعد الموت تعني أن الوصية لا تنفذ إلى بعد الموت ،فتخرج منها الهبة التي تنفذ في الحال.

- أما كلمة تبرع يقصد بها ان الوصية تتم بدون عوض، فيخرج منها الوصايا التي تنبني على بيع أو إيجار لشخص ما

2- في قانون الوصية المصري رقم 71 لسنة 1946م : عرفتها المادة الأولى منه بأنها تعرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت، فهذا القانون جعل معنى الوصية شاملا، و سماها تصرفا، و جعله مضاف إلى آجل و هو موت الموصي.[1]

3- في مدونة الأسرة المغربية : ورد في الفصل الثاني من الكتاب الخامس في المادة 278: « الوصية عقد يوجب حقا في ثلث مال عاقده يلزم بموته.[2]

4- في القانون التونسي : تناولها في الفصل 171 بأنها : « الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء إن كان عينا أو منفعة » [3]

و الواضح من خلال هذه التعاريف جميعها بأنها تتضمن معنى واحد و ان اختلفت الصيغ و العبارات و لم يعرفها القانون المدني الجزائري، و إنما أحال إلى قانون الأحوال

[1] - محمد كمال الدين إمام،الوصايا و الأوقاف في الشريعة الإسلامية،مناشر المعارف،الإسكندرية،2002،ص32

[2] - مدونة الأسرة المغربية لسنة 2004

[3] - مجلة الأحوال الشخصية،القانون 77 لسنة 1959، الكتاب الحادي عشر المتعلق بالوصية.

الشخصية حيث نصت المادة 775 على انه : « يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية و النصوص القانونية المتعلقة بها » أي انه أحال إلى أحكام الوصية في قانون الأسرة .كما نص في المادة 777 ق .م.ج على انه : « يعتبر التصرف وصية و تجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته و أستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه و الانتفاع فيه مدى حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك » .

واضح من خلال هذا النص أن القانون كيف التصرف للوارث مع الاحتفاظ بالحيازة حال حياة المتصرف على انه وصية ما لم يقم الدليل على عكس ذلك . و القصد من تقرير هذه الأحكام هو لحماية الورثة من التصرفات الصورية التي قد تضر بالورثة بشكل أو بأخر.[1]

فرع الثاني : دليل مشروعية الوصية : الوصية مشروعة بالكتاب و السنة و الإجماع :

أولا : من الكتاب : فمنه قوله تعالى « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت أن ترك خيرا الوصية للوالدين و الأقربين بالمعروف حقا على المتقين » [2]

و قوله تعالى « من بعد وصية توصون بها أو دين »[3] و قوله تعالى « يا أيها الذين امنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم آو آخران من غيركم أن انتم ضربتم في الأرض فأصابتكم مصيبة الموت»[4]

ثانيا : من السنة : ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال : « ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليليتين إلا ووصيته مكتوبة عنده» [5]

و ما رواه سعد بن أبي وقاص رشي الله عنه قال : جاءني رسول الله صلى الله عليه و سلم قال يعودني وجع اشتد بي فقلت يا رسول الله : إني قد بلغ مني الوجع و إنا ذو مال و لا يرثني إلا ابنة لي أفأ تصدق بثلثي مال ؟

---

[1] - بن الشويخ الرشيد ، الوصية و الميراث في قانون الأسرة الجزائري مقارنة ببعض التشريعات العربية ، دار الخلدونية،الجزائر،ط1،2008،ص(7-8)

[2] - سورة البقرة،الآية 180

[3] - سورة النساء ،الآية 12

[4] - سورة المائدة ،الآية 106.

[5] - ابي عبد الله محمد ابن إسماعيل البخاري،الجامع الصحيح من حديث رسول الله (ص) سننه و أيامه،المطبعة السلفية ،القاهرة،ج2،ص286

قال : « لا قلت فالشطر يا رسول الله . فقال : لا ، قلت فالثلث ، قال : الثلث و الثلث كثيرإنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفنون الناس ».[1]

و عن أبي إمامة قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه و سلم يقول : « إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث ».[2]

ثالثا : من الإجماع : اجمع فقهاء المسلمين عن جوازها في كل العصور منذ عمر الصحابة حتى الآن ،و أما المعقول : فهو حاجة الناس إلى الوصية زيادة في القربات و الحسنات ، و تداركا لما فرط به الإنسان في حياته من أعمال الخير.[3]

رابعا : الحكمة من مشروعية الوصية : شرعها الله سبحانه و تعالى تمكينا من العمل الصالح ، و مكافأة لمن أسدى للخير معروفا و صلة للرحم و الأقارب غير الوارثين ، و سد خلة المحتاجين ، ففيها تتجلى رحمة الله تعالى بعباده فهي ابهى صورها و أجمل معانيها و ذلك أن الإنسان قد يعميه طول الأمل و حب الدنيا فينسيه الآخرة،فلا يفيق إلا و قد دهمه الموت ، حيث يأخذه الموت ، حيث يأخذه الندم على ما فرط ، و الحسرة على ما لم يقدم لأخراه خيرا ينفعه .

فتجلت هذه الرحمة في كونه سبحانه و تعالى شرع لنا الوصية حتى في اللحظات الأخيرة من حياتنا ، و ذلك بشرط المعروف آو العدل ، لقوله تعالى : « من بعد وصية يوحي بها أو دين غير مضار »4 و قوله تعالى « إن ترك خيرا الوصية للوالدين و الأقربين بالمعروف »5 و المعروف المراد هو العدل الذي لا جدال فيه ،لأن الوصية ما شرعت إلا لتجمع مصالح العباد في الدنيا، و رجاء الثواب و الدرجات العالية في الآخرة .

فرع الثالث : حكم الوصية : اختلف العلماء في حكمها إلى عدة أراء نجملها في ما يلي :

---

[1] - صحيح البخاري،باب الوصايا،ج4،ص3.
[2] - صحيح الترمذي شرح الإمام ابن العربي المالكي،باب لا وصية لا وارث،ج8،ص275 .
[3] - وهبة الزحيلي،الفقه الإسلامي و أدلته، دار الفكر للطباعة و النشر،دمشق،ط2،1985،ج8،ص11 .
[4] - سورة النساء الآية 11 .
[5] - سورة البقرة الآية 180 .

1- الرأي الأول : يرى أن الوصية واجبة على كل من ترك مالا سواء أكان المال قليلا أم كثيرا و استدلوا بقوله تعالى : « كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ».[1]

2- الرأي الثاني : يرى إنها تحب للوالدين و الأقربين الذين لا يرثون الميت .

3- الرأي الثالث : و هو قول الأئمة الأربعة : إنها ليست فرضا على كل مالا - كما في الرأي الأول - و لا فرضا للوالدين و الأقربين غير الوارثين - كما في الرأي الثاني - و إنما يختلف حكمها باختلاف الأحوال فقد تكون واجبة او مندوبة أو محرمة أو مكروهة أو مباحة .[2]

1- واجبة : تجب في حالة ما إذا كان على الإنسان حق شرعي يخشى أن يضيع إن لم يوصى به كوديعة و دين لله ، مثل أن يكون عليه زكاة لم يؤدها ، أو حج لم يقم به ، أو تكون عنده أمانة تجب عليه أن يخرج منها أو أن يكون عليه وديعة بغير إشهاد.[3]

2- مستحبة : كالوصية للأقارب غير الوارثين ، و لجهات البر و الخير و المحتاجين ، و تسنى لمن ترك خيرا بأن يجعل خمسة لفقير قريب ،وإلا فلمسكين و عالم و دين .

3- مباحة : كالوصية للأغنياء من الأجانب و الأقارب ، فهذه الوصية جائزة .

4- مكروهة : كالوصية لأهل الفسوق و المعصية، و نكره أيضا إذا كان الموصي قليل المال ، و له وارث او ورثة يحتاجون إليه .

5- حرام : إذا كان فيها إصرار بالورثة و أيضا كالوصية بمعصية كبناء كنيسة و ترميمها و كتابة التوراة و الإنجيل و قراءتها ، و كتابة كتب الضلال و الفلسفة و سائر الأعمال المحرمة، و الوصية بخمر أو الإنفاق على مشروعات ضارة بالأخلاق العامة و تحرم أيضا بزائد عن الثلث لأجنبي و لوارث بشيء مطلقا . و التحقيق عند الحنابلة أن الوصية بالزائد عن الثلث مكروهة.[4]

---

[1] - سورة البقرة الآية 180 .
[2] - وهبة الزحيلي ،نفس المرجع،ص 11 .
[3] - السيد سابق،فقه السنة،دار الحديث،القاهرة،ط1،2004،ص (1094-1095).
[4] - وهبة الزحيلي،الفقه الاسلامي و أدلته، المرجع السابق،ص13.

فرع الرابع : أنواع الوصية : الوصية نوعان مطلقة و مقيدة .

1- الوصية المطلقة : هي التي لم تعلق على أمرا و شرط ، و ذلك كأن يقول الموصي : إن مت فثلث مالي للمساكين ، أو لزيد .

2- الوصية المقيدة : فهي ما علقها الموصي على أمرا و شرط، و ذلك أن يقول : إن مت من مرضي هذا أو في هذه البلدة أو هذه السفرة فثلث مالي للمساكين،فأن برئ من مرضه أو قدم سفره أو خرج من البلدة ثم مات بطلت الوصية. [1]

المطلب الثاني: التصرفات اللاحقة بالوصية

فرع1: تصرفات المريض مرض الموت:

وصية جائزة بالرغم من أن قانون أ.ج. لم ينص عليها في أحكام الوصية ونص عليها في القانون المدني من خلال المادة 176. نصت المادة 176 من القانون المدني الجزائري:

"كل تصرف قانوني تصدر عن شخص في مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف".[2] نلاحظ من خلال نص المادة إن العبرة بالقصد وليس بظاهرة العقد، وأن التصرف إذا كان معناه صراحة التبرع تسري عليه أحكام الوصية. ومثال ذلك: الهبة في مرض الموت تعتبر وصية.

ويعرف بعض الفقهاء أن المريض مرض الموت هو الذي يكون في حالة يغلب فيها الهلاك لا محالة بسبب ما هو فيه وان يتصل الموت به سواء كان الموت بسببه أو بسبب آخر.ويجب تحقق شرطان حتى تعتبر تبرعات مريض الموت في حكم الوصية هما:

1.أن يتصل بمرضه الموت. فلو صح في مرضه الذي تبرع فيه ثم مات بعد ذلك، فحكم عطيته حكم عطية الصحيح لأنه ليس بمرض الموت.

2.أن يكون مخوفا، والمرض المخوف هو ما ألزم صاحبه الفراش، كالجذام والفالج النصفي ... إلخ. أما المرض غير المخوف، كالحمى والصداع ... الخ. فهذا حكم

[1] - السوقي،حاشية الدسوقي،المرجع السابق،ص429 .
[2] حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، المرجع السابق، ص 65.

صاحبه حكم الصحيح؛ لأنه لا يخاف منه في العادة.[1]

فرع2: التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحيازة

قد يعمد المتصرف إلى إخفاء وصيته في شكل تصرف منجم كبيع أو هبة لأحد الورثة. وفي هذا تنص المادة 777 من القانون المدني الجزائري: "يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك".[2]

نلاحظ أن هذا النص يشترط في التصرف لكي يعتبر وصية وتجرى عليه أحكامها بشروط تتمثل فيما يلي:

1. أن يتم التصرف الذي قام به الشخص من المورث إلى أحد ورثته. وهنا العبرة بوقت وفاة المتصرف.
2. أن يحتفظ المورث بحيازة العين، ويكفي وضع اليد، وتثبت هذه الواقعة المادية بطرق الإثبات المخولة قانونا.
3. أن يحتفظ المورث بحقه في الانتفاع بالعين مدى حياته.

فإذا توفرت هذه الشروط اعتبر التصرف وصية وتصري عليه أحكامها بغض النظر عن التسمية التي تعطى للعقد.

[1] دكتور وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 129.
[2] حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، المرجع السابق، ص 63.

المبحث الثاني: أركان الوصية

لقد اختلف الفقهاء في بيان ما يعد ركنا في الوصية وما يعد شرطا، وهذا ناجم اختلاف نظرة كل منهم إلى مدى قيام الوصية بالصيغة وحدها من عدمه.

فالأحناف يرون أن ركنها الوحيد هو الصيغة وقال جمهور الفقهاء أن لها أربع أركان هي: الصيغة، الموصي، الموصى له، الموصى به.[1]

المطلب الأول: أطراف الوصية

انعقاد الوصية يقتضي وجود طرفين هما: الموصي، الموصى له. نتعرض لهما في هذين الفرعين مع إبراز شروط كل طرف و أحكامه.

فرع 1: الموصي

هو الشخص الذي يقوم بإنشاء الوصية.

أولا: شروط الموصى

يشترط في الموصي حتى تصح وصيته شروط معينة إذا تخلفت أو تخلف أحدها لا تصح وصيته. نعرضها فيما يلي:

1.أهمية التبرع:

يجب أن يكون الموصي أهلا للتبرع، وذلك بأن يكون بالغا، عاقلا، وعلى هذا لا وصية لصبي غير المميز. وكذلك الوصية الصادرة عن المجنون أو المعتوه، لأنهم ليسوا أهلا للتبرع، ولأن الوصية من التصرفات المالية المحضة، إذ لا يقابلها عرض دنيوي وهذا باتفاق الفقهاء المسلمين.[2]

أما الصبي المميز فوصيته جائزة عند الإمام مالك وأحمد في حين ذهب أبو حنيفة وأصحابه والشافعي في أحد أقواله أن الوصية غير جائزة، واستثنى الحنفية وصيته إذا تعلقت بتجهيزه ودفنه.[3]

---

[1] زهدور محمد، الوصية في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1991م، ص 63.

[2] الدكتور بدران أبو العينين، المواريث والهبة والوصية في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية 1975م، ص 131.

[3] الإمام محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، 1988م، ص 53، 54.

ولا تصح وصية المحجور عليه إلا وصية السفيه فإنها كانت سبيل الخير، فتصح من ثلث ماله إن كان له وارث.[1]

وقد حسم قانون الأسرة الجزائري هذا الجدل الفقهي حول اشتراط أهلية الموصي، واشترط فيه بلوغ سن الرشد القانوني وهو تسعة عشر سنة طبقا للمادة 40 من القانون المدني، وأن يكون سليم العقل، إذ جاء في نص المادة 186 منه: "يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغا من العمر تسع عشر سنة على الأقل".

2.الرضا:

يجب توفر رضا الموصي بالإيصاء، فإن كان مكرها أو خاطئا فلا تصح وصيته لعدم توفر شرط الرضا، كما لا تصح وصية السكران لأنها تضر بورثته وهذا باتفاق الفقه والقضاء والدين.

وعليه فمن كان مكرها في الوصية وقعت باطلة لانعدام الرضا. وذلك لأن الرضا الاختياري شرط أساسي في العقود والتصرفات المالية.

في النهاية فإنه لا يشترط أن يكون الموصي مسلما، وإن كان القانون المصري يشترط ألا يكون وصية غير المسلم محرمة، في شريعته حسب المادة 3 فقرة 2 منه قانون الوصية المصري كما أن وصية المرتد جائزة وأحد بها مشروع الأحوال الشخصية المصري الجديد.[2]

ثانيا: أحكام الموصي

1.وصية غير المسلم

إن وصية غير المسلم إلى المسلم صحيحة والعكس، ذلك أن الإسلام ليس شرطا لصحة الوصية، ولأن الكفرة لا ينافي أهلية التملك، وهذا باتفاق جميع الفقهاء المسلمين وتحقيقا للغرض من الوصية.

وقد أكد المشرع الجزائري ذلك في نص المادة 200 من قانون الأسرة الجزائري بقوله: "تصح الوصية مع اختلاف الدين".

---

[1] بدران أبو العينين، المرجع السابق، ص 132.

[2] المادة 320 من قانون الأحوال الشخصية المصري الجديد.

وأخذ القانون المصري بهذا الحكم في المادة التاسعة منه، غير أنه اشترط لصحة الوصية من غير المسلم ألا تكون محرمة في شريعته، وفي الشريعة الاسلامية، وهذا في المادة 3 فقرة 2 منه.

2.وصية المرتد

المرتد في الفقه الإسلامي هو من كان على دين الإسلام ثم ارتد إلى دين آخر أي الكفر، ويرى الحنفية أن وصيته تبقى موقوفة إلى أن يتقرر أمره، فإن عاد للإسلام تعاد أمواله، وتعتبر وصيته صحيحة، وان لم يعد بطلت تصرفاته ومنها الوصية.

وعند المالكية والشافعية فإن ماله يصبح ملكا لبيت مال المسلمين أو الخزينة العامة، فلا وصية ولا ميراث.

وقد خالفهم ابن حنبل وأبو يوسف من الحنفية، واعتبروا وصيته صحيحة، أما المرأة فالرأي الراجح عند الحنفية أو وصيتها تقع صحيحة ذلك أن المرأة لا تقتل بل تخير بين التوبة والحبس وفي الحالتين فإنها تبقى مالكة لأموالها.

ولا يورد المشرع الجزائري نصا في هذا الشأن مما يتعين الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية حسب نص المادة 222 منه.[1]

3.المدين المستغرق دينه وتركته

تصح وصية المدين المستغرق دينه التركة، على خلاف ما ذهب إليه البعض كالدكتور بدران أبو العينين بدران في كتابه: "المواريث والهبة والوصية في الشريعة الاسلامية والقانون". ذلك أن هذا المشكل لا يثار إلا عند التنفيذ كما يرى الإمام أبو زهرة.[2]

وما ذهب إليه الإمام أبو زهرة هو الأرجح، تأكيدا لنص المادة 180 من قانون الأسرة الجزائري التي سبقت الدين عن الوصية.[3]

فعند التنفيذ يقدم الدين على الوصية قل أو كثر، وإن كانت مستغرقة بالدين توقف تنفيذها.

[1] تنص المادة 222 قانون الأسرة الجزائري: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".
[2] الإمام أبو زهرة، المرجع السابق، ص 56.
[3] تنص المادة 180 قانون الأسرة الجزائري "يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي: الديون الثابتة في ذمة المتوفى، مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع - الوصية".

4.الوكالة في الوصية

بالرجوع لنص المادة 571 وما بعدها من القانون المدني الجزائري فإنه لا مانع من الوصية بوكالة[1]، وطبقا لنص المادة 572 من ذات القانون فإنه يجب أن يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محلا للوكالة، ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك[2]، ومقتضى ذلك أنه ما دام شرط في الوصية أن تكون في الشكل الرسمي، وبمحضر سامي عدل، فإنه يجب أن تكون الوكالة الخاصة محررة في شكل رسمي أو لمحضر هو بمثابة مجلس عقد الوصية.

فحضور الموصي شخصيا ليبس وجوبي فالمادة 191 ق.أ.ج لم تنص على الوجوب والصراحة، والقاعدة أنه يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وقد وضعت هذه الأخيرة قاعدة مفادها أنه "كل مقرف يستطيع الشخص أن يقوم به بنفسه أن يوكل فيه غيره".[3]

5.فقدان الموصي أهليته بعد إبرام الوصي

قد يتعرض الموصي إلى عارض من عوارض الأهلية كالجنون أو الحجز أو السفه أو الغفلة، ذلك بعد إنشاء الوصية صحيحة، فما وصيته حينذاك؟

يرى المالكية والحنابلة أن وصيته تبقى صحيحة، مثلها في ذلك مثل سائر العقود الأخرى والتصرفات المختلفة كالبيع والإجارة والوقف ...الخ.

ولم يورد القانون الجزائري حكما في هذا الشأن، فيرجع فيه حكما للفقه الإسلامي.

أما القانون المصري، إذا جن الموصي جنونا مطبقا متصلا بالموت بطلت وصيته، المادة 14 من القانون وصية المصري، وسنده في ذلك أن لو بقي الموصي حيا قد يتراجع عن وصيته فلا يجب حرمانه من هذه الفرصة احتياطا.

في حين أن وصيته لا تبطل بالحجر عليه لسفه أو غفلة، وهو ما نصت عليه المادة 16 من ذات القانون وهذا كله أخذا عن المذهب الحنفي.[4]

---

[1] القانون رقم05-07 المؤرخ في13مايو2007 يتضمن القانون المدني الجزائري نص المادة571"الوكالة أو لإنابة هو عقد بمقتضى يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه"

[2] المادة 572 من القانون المدني الجزائري " يجب أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توفره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ما لم يوجد نص بنص بخلاف ذلك

[3] أ. لعروم مصطفى، مذكرة بعنوان: الوصية بين الشريعة والقانون. طبعة سنة 1998م، ص 56.

[4] الإمام محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص 58، 59.

الفرع 2: الموصى له

أولا: شروطه

1.وجودية الموصى له

أ.وجود الموصى له وقت الوصية

يختلف الأمر هنا في حالة ما إذا كان الموصى له معينا أو غير معين، فإذا كان معينا فيشترط وجوده وقت الوصية، وذلك بأن يكون حيا حقيقة أو حكما أو تقديرا وقت الوصية، أو شخصا اعتباريا يحق له قبول التبرعات.أما إذا كان غير معين كالفقراء والأيتام مثلا، دون تعيين آخر فلا يشترط وجوده عندالوصية بإجماع الفقهاء المسلمين. ونص القانون المصري على هذا الشرط في المادة 6منه

ب.وجود الموصى له وقت وفاة الموصي

يجب أن يكون الموصى له موجودا وقت وفاة الموصي لأنه إذا مات الموصى له قبل وفاة الموصي تبطل الوصية وأكد قانون الأسرة الجزائري على هذا الشرط بقوله: "تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي أو بردها".

2.معلومية الموصى له

ويقصد بها معرفة الموصى له، بالتعيين أو الوصف وأن لا يكون مجهولا جهالة لا يمكن استدراكها، ذلك أنه إذا لم يعرف الموصى له بطلت الوصية.

3.أن يكون الموصى له أهلا للتمليك الاستحقاق

لا تصح الوصية لمن ليس أهلا للتملك، فمن أوصى لحيوان مثلا بطلت وصيته، فقد اتفق الفقهاء أنه يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصى له أهلا للاستحقاق، وبالتالي فلا تصح الوصية لمن ليس أهلا للتملك كالحيوان.

ولم يتعرض القانون الجزائري لهذا الشرط بالإثبات أو النفي.[1]

[1] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الوصية)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر الطبعة الثالثة 2004م، الجزء الثاني، ص 259.

4.ألا يكون الموصى له جهة معصية

ويقصد بالجهة المعصية، هي الجهة المحرمة شرعا وقانونا، كالوصية لدور اللهو والعمار أو الوصية للخليلة، ذلك أن الوصية شرعها الله لجهات الخير.

وقد يكون الموصى له من أهل التمليك الجائز لهم الإيصاء، ومع ذلك تبطل الوصية، لأن الباعث عليها محرم ومنافي لمقاصد الشارع الحكيم، كالوصية للخليلة وذلك لكي تستمر معه في العلاقة المحرمة.

5.أن لا يكون الموصى له قاتلا للوصي ولا وارثا له

ذهب الحنفية والحنابلة في المذهب والشافعية في مقابل الأظهر والنوري إلى أنه يشترط في الموصى له أن لا يكون قاتلا للموصي، لقوله صلى الله عليه وسلم "ليس لقاتل ميراث".والقتل المانع من الوصية هو القتل المضمون بقصاص أو دية أو كفارة ولو كان خطأ، وسواء كان القتل مباشرة أو تسببا عند الحنابلة.[1]

أما المشرع الجزائري فنص في المادة 188 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا". فالعبرة هنا بالحرمان من الإيصاء بالقتل العمد، وبالنتيجة سيبتعد القتل الخطأ والشخص الذي يكون في حالة دفاع شرعي.[2]

وبالنسبة للوارث يرى الحنفية أنها غير جائزة إذا كان للموصي وارث آخر لم يجز الوصية، عملا بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم "إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث". وقال جمهور الفقهاء بجواز الوصية للوارث إذا أجازها الورثة لما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم "لا وصية لوارث إلا أن يجيزها الورثة".

وقد أخذ المشرع الجزائري برأي جمهور الفقهاء، ويتجلى ذلك من نص المادة 189 من ق.أ.ج التي نصت على أنه: "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي".

كما تجدر الإشارة إلى أن القوانين العربية اختلفت بشأن حكم الوصية لوارث فذهب القانون المصري إلى جوازها للوارث وغير الوارث، وأنها لا تحتاج إلى إجازة الورثة إلا إذا تجاورت ثلث التركة المادة 37 من القانون الوصية المصري.

---

[1] حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، المرجع السابق، ص 53.

[2] وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، المرجع السابق، ص 225.

ثانيا: أحكام الموصى له

1.الوصية لمن لا يحصون

لقد عرفنا سابقا أن من شروط الموصى له أن يكون معلوما، فإن كان مجهولا بطلت الوصية عند جمهور الفقهاء، لذلك ذهب الأحناف لعدم صحة الوصية لمن لا يحصى إلا إذا كانت صدقة وتمليكا لوجه الله تعالى كالوصية للفقراء. وذهب المالكية لعدم الرفض، وجواز الوصية لمن لا يحصون مثالها:

أن يقول الشخص:

أوصية لفقراء المدينة الفلانية فتكون للمعسرين منهم. فإذا كانت أموال توزع على المحتاجين وإذا كانت بالمنافع بالعين تأخذ حكم الوقف، وتوزع غلتها على من يصدق عليه الوصف من الموصى له، هذا هو رأي الإمام مالك وأبو حنيفة.[1]

2.الوصية للجهات العامة

باتفاق جمهور الفقهاء يصح أن تكون الوصية للجهات التي تكون منفعتها عامة، فتصح الوصية للمساجد والمستشفيات ...الخ وغيرها من جهات الخير والبر وهذا سواء كان الموصى به عينا أو منفعة لمدة مؤبدة أو مؤقتة.

أما إذا كانت لجهة لم توجد بعد فهي لا تجوز عند جمهور الفقهاء.

3.الوصية للمعدوم

عرفنا سابقا انه يشترط وجود موصى له وقت الوصية وهذا باتفاق جمهور الفقهاء. ومع ذلك أجاز الفقه المالكي الوجود في المستقبل، كأن يوصي شخص لمن سيولد لفلان، غير أن جمهور الفقهاء يرى بطلان هذه الوصية، لأن الشرط عندهم وجود الموصى له وقت الوفاة.ولم يورد قانون الأسرة الجزائري حكما في شأن الوصية للمعدوم على خلاف القانون المصري، ويرجع بشأنه لأحكام الفقه المالكي.

[1] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الوصية)، المرجع السابق، ص 292، 293.

1.الوصية للحمل

أجمع الفقهاء المسلمون على جواز الوصية للحمل المستكن، لأن الجنين يصلح أن يكون وارثا، فكذا تصح الوصية له.

غير أن صحتها ونفاذها له سواء كانت بالأعيان أو بالمنافع موقوفة على شروط هي:

أ.وجود الحمل الموصى له وقت إنشاء الوصية

وذلك بأن يولد حيا في أقل مدة الحمل ونشير هنا إلى أن الفقه الإسلامي والقوانين العربية اختلفت في مدة الحمل المعتبرة، وقد حدد قانون الأسرة الجزائري هذه المدة في المادة 42 منه بقوله "أقل مدة للحمل ستة (6) أشهر وأقصاها (10) أشهر".

ب.أن يولد كله حيا وبه حياة مستقرة

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن حياته تعلم بحركة أو صوت، أما الحنفية فشرطهم خروج أكثره حيا. والظاهر أن قانون الأسرة الجزائري أخذ براي الجمهور، وفقا للمادة 134 حيث انه لايمكن ان يرث الحمل الا اذا ثبت انه حي حيث يجب ان يولد بالصراخ وتظهر عليه علامات الحياة العادية[1] بالإضافة الى ذلك فإن الوصية تجوز للتوأم حيث أنهم يتقاسمونها بالتساوي رغم اختلاف الجنس[2]

ج.يجب أن يوجد على الصفة التي أرادها الموصي

فإذا عينه حين الوصية منسوبا إلى شخص معين فلا يستحق الحمل الوصية إلا إذا ثبتت نسبة ذلك الشخص وقد تلد المرأة أكثر من توأم. فإن ولدوا أحياء كان الموصى به بينهم بالتساوي ولو اختلف الجنس، وان ولد أحدهم حي والآخر ميت كان الموصى به للحي إن لم ينص الموصي في ذلك على شيء وإذا ولد أحدهما حيا ثم مات، فالموصى به ينتقل لورثته إذا كانت الوصية بالأعيان، أما إذا كانت بالمنافع عادت لورثة الموصي ما لم يكن شرط آخر يعمل به.

1 المادة134 من قانون الأسرة الجزائري"لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا ويعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة"

2 المادة 187 قانون الأسرة الجزائري: "تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا وإذا ولد توأم"

5.الوصية المشتركة:

هي الوصية التي يشترك فيها أكثر من نوع من الموصى له السالف ذكرها كأن يوصي شخص بثلث ماله لمعينين، وجماعة محصورة، وجهة من جهات البر، الحكم هنا أن يقسم الموصى به نحسب نص الموصي، فإن لم يبين نصيب كل نوع، كان لكل معين ولكل فرد من أفراد الجماعة المحصورة سهم، ولجهة البر سهم، وعند القسمة يعتبر كل واحد منهم جهة على سبيل الانفراد، أما جهة البر فتعتبر موصى له واحدا. ونص قانون الأسرة الجزائري على أحكام الوصية المشتركة إذا أوصى لشخص ثم لثاني يكون الموصى به مشترك بينهما.وان كانت الوصية لشخصين ومات احدهما فإن الوصية تؤول الى الحي منهما لكن شرط تحديد من يستحق الوصية أما إذا كان التحديد واضحا فالحي منهما لا يأخذ إلا ما حدد له في الوصية [1]

المطلب الثاني: صيغة الوصية وحلها

فرع 1 : صيغة الوصية

1.في الفقه الإسلامي

اختلف الفقه الإسلامي بشأن هذا الركن من حيث توافق الإرادتين أي الإيجاب من طرف الموصي والقبول من طرف الموصى له.

فذهب الإمام ..... الأحناف أن الوصية تلزم بالموت من غير حاجة إلى قبول. وأن الموصى له لا يملك حق الرد، مثله مثل الوارث. في حين يرى جمهور الفقهاء أن الصيغة في الوصية لا تكون إلا بالإيجاب من الموصي وقبول من الموصى له، ذلك أنه لا يدخل شيء في ملك الإنسان جبرا عنه إلا الميراث وذلك بمقتضى نص الشارع الحكيم.

1المادة195 من قانون الأسرة الجزائري "إذا كانت الوصية لشخص معين دون أن يحدد ما يستحقه كل منهما، ومات أحدهما وقت الوصية أو بعدها قبل وفاة الموصي، فالوصية كلها للحي منهما، أما إذا حدد ما يستحقه كل منهما فالحي لا يستحق إلا ما حدد له".

كما اختلف الفقهاء بشأن الوسائل التي يمكن للموصي أن يعبر بها عن نيته في الإيصاء أي إيجابه. فذهب جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة إلى عدم انعقاد الوصية بالإشارة من القادر على النطق عكس المالكية الذين قالوا بانعقاد الوصية بالإشارة من القادر على الكلام. كما اختلفوا في انعقاد الوصية بالإشارة من معتقل اللسان.

فذهب الحنفية والمالكية والحنابلة بأنه لا تصح الوصية منه إلا إن يأس من نطقه أما شافعية فقالوا بأنها تصح.

وبالنسبة لرد الوصية اتفق الفقهاء على أن الوصية تبطل إذا رد الموصى له الوصية بعد موت الموصي، لأنه أسقط حقه في حال يملك قبوله وأخذه، كتنازل الشفيع عن الشفعة بعد الموت.[1]

2.في القانون الجزائري

إن الأصل في التصرفات أن تكون منجزة والاستثناء أن الوصية تخرج من هذه القاعدة فهي تأبى التنجيز، وذلك بحكم طبيعتها لأنها تصرف مضاف إلى بعد الموت.

فالوصية تنعقد عند صدورها من الموصي. بمعنى أن ركن الوصية الوحيد هو الإيجاب فقط. أما قبول الموصى له بعد وفاة الموصي فلا يعد إلا شرطا للزوم الوصية.[2]

وبالنسبة لوسائل تعبير الموصي عن إيجابه في قانون الأسرة فالمشرع الجزائري لم ينص عليها في قانون الأسرة الجزائري، على خلاف القانون المصري الذي نص عليها في المادة 2 فقرة 1 من قانون الوصية المصري رقم 71 لسنة 1946 [3]

وذلك لأن المشرع الجزائري رأى أن وسائل التعبير عن الإرادة واحدة في كل العقود والتصرفات ويكون الرجوع فيها للقواعد العامة في القانون المدني الجزائري ما لم يوجد نص خاص. حيث نصت المادة 60 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "التعبير عن الإرادة يكون بالفظ وبالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه".

---

[1] وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية. المرجع السابق، ص 228-229

[2] حمدي باشا عمر، عقود التبرعات (الوصية). المرجع السابق، ص 47.

3 المادة 2 فقرة 1 من قانون الوصية المصري" تنعقد الوصية بالعبارة او الكتابة فاذا كان الموصي عاجزا عنهما وانعقدت الوصية بإشارة مفهمة.

الواضح أن المشرع الجزائري أخذ برأي المالكية، فقد يكون التعبير ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا.

3.الصيغة المنشأة للوصية

قد تكون صيغة منجزة أو معلقة أو مضافة وكل منها قد يكون مقيدا بشروط أو مطلقا عن القيود.

- الصيغة المنجزة: هي ما دلت على وجود التصرف، ووجود حكمه في الحال.
- الصيغة المضافة: هي ما أفادت وجود العقد في الحال، وتخلف حكمه إلى زمن مستقبل.
- الصيغة المعلقة: هي ما دلت على وجود التصرف مرتبا على وجود شيء آخر سيوجد في المستقبل.[1]

ونص عليه قانون الأسرة الجزائري في المادة 199 ف 1 بقوله: "إذا علقت الوصية على شرط استحقها الموصى له بعد إنجاز الشرط".

ونص عليه القانون المصري في المادة 4 منه بأن الوصية المضافة أو المعلقة على شرط أو مقترنة به صحيحة.

1.الشروط المقترنة بالوصية

إذا اقترنت الوصية بشرط صحيح مثل الزكاة والحج، أو ما فيه مصلحة للموصى له مثل قضاء ديونه فالوصية صحيحة.

أما إذا اقترنت الوصية بشرط باطل وهو الذي لا مصلحة فيه، ومنافي لمقاصد الشارع الحكيم، فيلغى الشرط الفاسد وتنفذ الوصية.

وهذا ما قصده قانون الأسرة الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 199: "وإذا كان الشرط غير صحيح صحت الوصية وبطل الشرط".

ونص قانون المصري في المادة 4 منه "ولا يراعى الشرط إذا كان غير صحيح أو زالت المصلحة المقصودة منه".

[1] حمدي باشا عمر، عقود التبرعات (الوصية). المرجع السابق، ص 46.

2.أحكام القبول والرد

أخذ المشرع الجزائري برأي جمهور الفقهاء بالنسبة لقبول الوصية يكون صراحة أو ضمنا بعد الوفاة الموصي وهذا ما نص عليه في المادة 197 ق. أ. ج.[1]

وفي حالة وفاة الموصى له قبل قبول الوصية فلورثته الحق في قبول الوصية أو ردها وهذا ما نص عليه المشرع ج في المادة 197 من قانون الأسرة الجزائري.

[1] المادة197 من قانون الأسرة الجزائري " يكون قبول الوصية صراحة او ضمنا بعد وفاة الوصي".

فرع 2 : الموصى به (محل الوصية)

أولا: شروط الموصى به

اشترط الفقهاء في الموصى به شروط لصحة الوصية وشروط لنفادها.

1.شروط الصحة: وفيها ثلاثة شروط

أ.أن يكون الموصى به مما يجري فيه الإرث

لا خلاف بين الفقهاء في أن كل ما يصلح أن يكون محلا للإيصاء من الأموال والحقوق التي تتعلق بأعيان الأموال، ويدخل في ذلك الأموال النقدية والعينية كالعقارات وحق الارتفاق ونحوه كالمحلات التجارية والمنقولات والديون التي في ذمة الغير.

غير أن الخلاف واقع في الحقوق التي تصلح للتعاقد حال حياة الموصي، ولكنها لا تورث، كالمنافع فالأحناف لا يجيزون الإيصاء بها في حين يجيز المالكية والشافعية ذلك، بل ويجيزون الوصية بحق الخلو.[1]

ولقد ساير قانون الأسرة الجزائري في المادة 190 المذهب الشافعي والمالكي، فأجاز الوصية بالأموال والحقوق المتعلقة بالأعيان كما أجاز الوصية بالمنفعة إذ تنص المادة: "للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة". وعلى هذا تصح الوصية بالأعيان المالية عقارا أو منقولا وبالحقوق المالية كحقوق الارتفاق مثلا أو بالمنافع لمدة معلومة أو مؤبدة وهكذا.[2]

ونص في المادة 196 ق. أ. ج بأن الوصية بمنفعة لمدة غير محددة تنتهي بوفاة الموصى له.

ب.أن يكون الموصى به موجودا عند الوصية

إذا كان الموصى به معينا بالذات، كمن يوصي لشخص بسيارته فيجب أن تكون في ملكه عند إنشاء الوصية، وذلك لأن الوصية بملك الغير لا تصح وإن ملكه بعد الوصية ثم مات وهذا بإجماع الفقهاء المسلمين. أما إذا كان غير معين فالعبرة بوجوده في ملك الموصي.

---

[1] الإمام محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 92، 93، 94، 95 منه.

[2] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 267.

ج.أن يكون الموصى به مالا متقوما وقابلا للتمليك

ومعناه أن يكون المال مما يباح الانتفاع به، وذلك لأن الخمر والخنزير والمخدرات وغيرها أموال غير متقومة في مفهوم الشرع الإسلامي فهي لا تصلح أن تكون موضوعا للوصية بين المسلمين.[1]

معنى قابلا للتمليك هو أن يكون الموصى به مما يجوز تملكته بعقد من العقود في نظر القانون الجزائري والإسلامي (كعقود البيع والهبة والإيجار ...إلخ) لأن الوصية تمليك، ومالا يقبل التمليك لا تصح به الوصية.[2]

1.شروط النفاذ:

وفيها شرطان

أ.أن لا يكون الموصى به مستغرقا بالدين

يشترط لنفاذ الوصية ألا يكون الموصى به مستغرقا بالدين، أي ألا يكون الموصي مدينا بدين مستغرق لجميع أمواله، ذلك أن الديون مقدمة عن الوصية وتقديم الوصية في القرآن الكريم[3] على الدين، وفي هذا قال الفقهاء أن تقديمها على الدين ليس تقديم ترتيب وإنما لأجل لفت الانتباه إلى أهميتها ووجوب تنفيذها من طرف الورثة.

وقد تصح الوصية بمال مستغرق بالدين في حالتين قانونيتين وهما: إذا أبراه الغرماء وأسقطوا ديونهم حازت الوصية حينئذ، وكذا إذا أجاز الغرماء إنفاذ الوصية قبل الدين حازت الوصية أيضا.[4]

ب.ألا يزيد الموصى به عن ثلث التركة

يشترط لنفاذ الوصية ألا يزيد الموصى به عن ثلث التركة، وهذا بإجماع الفقهاء المسلمين، عملا بالحديث النبوي الشريف، عن سعد بن أبي وقاص عن النبي عليه الصلاة والسلام: "الثلث والثلث كثير".[5]

---

[1] حمدي باشا عمر، عقود التبرعات. المرجع السابق، ص 55.
[2] العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص268
[3] سورة النساء الآية 12 قال تعالى: "من بعد وصية توصون بها أو دين".
[4] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 270.
[5] رواه البخاري ومسلم.

وإذا كانت الوصية بأكثر من الثلث فذهب الفقه المالكي بأنها تقع باطلة، أما إذا أجازها الورثة فإنها تأخذ حكم الهبة، أما إذا لم يكن للموصي ورثة، فما زاد عن الثلث يذهب للخزينة العامة (بيت المال).

أما بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري، فالزيادة عن الثلث تتوقف على إجازة الورثة أن وجدوا حسب نص المادة 185 منه[1]. وفي حالة عدم وجود الورثة فقد أخذ بالرأي الراجع عن المذهب المالكي.

ونص القانون المصري في المادة 37 على صحة الوصية بالثلث للوارث وغيره وأنها تنفذ من غير إجازة الورثة وتصح بما زاد عن الثلث ولا تنفذ الزيادة إلا إذا أجازها الورثة[2].

ثانيا: أحكام الموصى به

1.تحديد المال الذي تتعلق به الوصية ووقت تقدير الثلث

أ.تقدير المال الذي تتعلق به الوصية

إن الوصية قد تتعلق بعين ذاتها، كأن يوصي شخص بمنزله فتكون صحيحة في حدود الثلث، غير أنه إذا هلك الموصى به كله أو استحق حال حياة الموصي بطلت الوصية لانعدام المحل، أما إذا تعلق بها حق خاص كحق المرتهن واستوفى دينه منها كان له أن يرجع بقيمتها فيما تبقى من التركة، وكذلك بالنسبة للأموال كالغنم إذا هلكت بطلت الوصية.

وأما إذا كانت الوصية بجزء شائع كجزء من المنزل وهلك المنزل كله بطلت الوصية أما إذا هلك بعضه يستوفى حقه من الجزء الباقي.

ب.وقت تقدير الثلث المقرر شرعا

ذهب الأحناف والمالكية أن الوقت الذي يقدر فيه ما يتركه الموصي وهو وقت القسمة، وأخذ كل من الورثة والموصى لهم حقوقهم لأنه الوقت الذي تنفذ فيه الوصية، وذهب الشافعية والحنابلة أن الوقت المعتبر للتقدير هو وفاة الموصي.

---

[1] المادة:185 من قانون الأسرة الجزائري "تكون الوصية في حدود ثلث التركة ومازاد على الثلث تتوقف على اجازة الورثة"

[2] المادة:37 من قانون الوصية المصري " تصح الوصية للوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة وتصبح بما زاد على الثلث ولا تنفذ في الزيادة إلا إذا أجازها الوراثة بعد وفاة الموصى وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه"

1.الزيادة في الموصى به والوصية بالمجهول وهلاك الموصى به

أ.الزيادة في الموصى به

إذا كانت الزيادة في الموصى به لها قيمة بعد فصلها كغرس الأشجار في حديقة مثلا، ولكن وجدت قرينة دالة على أن الموصي قصد إلحاقها بالوصية، كانت هذه الزيادة تابعة للموصى به.[1]

أما إذا كانت الزيادة في الموصى به لها قيمة بعد فصلها ولم توجد قرينة تدل على إلحاقها بالوصية كالبناء في الأرض الموصى بها، فهذه الزيادة توجد الشركة بين الورثة والموصى له ولهذا تلغى تبعيته للوصية ما كان تابعا للعين الموصى بها إذا انفصل عنها في عملية الزيادة، فإذا هدم الموصي مثلا دارا موصى بها، وجدد بناءها على شكل آخر فإن الشركة تثبت في الدار الجديدة للورثة بقيمة البناء قائما للموصي له بقيمة الأرض، والأنقاض تكو للورثة لكونها خرجت عن الوصية بانفصالها بالهدم.

أما إذا هدم الموصي العين الموصى بها وضم الأرض إلى الأرض المملوكة له والبناء فيها واشترك الموصى له مع الورثة في جميع الأرض والبناء بقيمة أرضه.[2]

وتكلم القانون المصري عن أحكام الزيادة في الموصى به في مواده من 70 إلى 75 بخلاف القانون الجزائري الذي لم يورد نص بشأنه.

ب.الوصية بالمجهول

عند جمهور الفقهاء الوصية بالمجهول صحيحة لأنهم لم يشترطوا أن يكون الموصى به معلوما. فإن قال الموصي: أوصيت لفلان بجزء من مالي فللورثة أن يعطوه أي قدر شاء ما يحتمله اللفظ، وإن لم يكن له ورثة كان البيان لولي الأمر.

وإن قال أوصيت بسهم من مالي ومات ولا وارث له كان له النصف لبيت المال، ومن الوصية بمجهول: الوصية بمثل نصيب وارث معين أو غير معين، أو بمثل نصيب أحد الورثة أو بمثل نصيب وارث معدوم؛ أو الوصية بسهم معلوم شائع في التركة، والوصية بمثل نصيب أحد الورثة مع الوصية بعين أو نقود والقانون الجزائري لم يتعرض لبيان

[1] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 299.
[2] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 300.

الحكم في الوصية بالمجهول، فنرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عكس القانون المصري الذي فصل في هذه الحالات في مواده 40، 41، 42.

ج.حالات الوصية بمثل نصيب أحد الورثة: يختلف باختلاف الأحوال التالية:

ج.1.الوصية بمثل نصيب وارث معين

مثل الإيصاء لشخص ما، بمثل نصيب ابن أو ابنة الوصي، أوصى شخص بمثل نصيب ابنه، وتوفي وله ابن واحد كان للموصى له نصف المال إذا أجاز الابن ذلك أما إذا لم يجز فله الثلث فقط.

ج. 2. الوصية بمثل نصيب وارث غير معين

ومثال ذلك أن يوصي شخص آخر بمثل أحد ورثته دون تعيينه، فالحكم هنا يختلف:

- فإن كان الورثة متساوين في الأنصبة أعطي الموصى له سهم مثل نصيب أحدهم وما بقي يورع على الورثة.
- وفي حالة عدم تساوي الورثة: في الأنصبة يعطى مثل نصيب أقل الورثة سهما، فإن كان عدد الورثة ثلاثة أعطي الثلث.

ج. 3. الوصية بمثل نصيب وارث معدوم

وذلك بأن يقول الشخص أوصي لفلان بمثل نصيب ابن لي لو كان، وهنا يفرق بين حالتين:

- لو أوصى شخص بنصيب ابن لو كان وترك بنتين، كان لكل منهما النصف ومن سهمين، ثم يزاد سهمان للابن، وتصبح السهام أربعة للموصى له سهمان ولكل بنت سهم واحد.
- حالة ما إذا كان من أوصى بنصيبه محجوب حجب حرمان أو نقصان، ومثالها أوصى بنصيب ابن لو كان وترك أخا وبنتا، فلو فرض الابن موجود الحجب الأخ حجب حرمان، فتح الفريضة على فرض وجوده، فتكون ثلثا التركة للابن وثلث ⅓ للبنت، إن أجازها الأخ والبنت وإن لم يجيزاها كان للموصى له الثلث فقط.[1]

[1] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 302، 303.

ج. 4. الوصية بمثل نصيب أحد الورثة مع الوصية بسهم معلوم شائع في التركة

مثالها أوصى شخص بمثل نصيب أحد الورثة لشخص ولشخص آخر الربع ¼، سواء بين الموصي الوارث أم لم يعين. فالحكم هنا توزع التركة على الورثة ليعرف سهم كل وارث ثم يزاد على مجموع السهام إلى سهم الوارث المعين، ثم ينظر إلى الوصيتين فإن خرجنا منه الثلث ⅓ نفذتا من غير توقف على إجازة الورثة وإن لم تخرج من الثلث ⅓ يوقف الزائد على إجازة للورثة فإن لم يجيزوا يقسم الثلث بين شخصين الموصى لهم.

ج. 5. الوصية بمثل نصيب أحد الورثة مع الوصية بعين أو نقود

في حالة اجتماع الوصية بمثل نصيب الوارث مع الوصية بعين من أعيان التركة، أو مقدار من المال، أن يقول شخصه: أوصيت لفلان بمثل نصيب ابني وبهذه الدار، أو بألف دينار لشخص آخر. فالحكم هنا تقدر الوصية بمثل نصيب الوارث بما يساويه من سهام التركة، وتقدر بالعين أو النقود فإذا زادت قيمتها عن الثلث، ولم يجز الورثة الزيادة قسم الثلث على الوصيتين.

1.أنواع الموصى به

لم يفصل قانون الأسرة الجزائري في أنواع الموصى به، على خلاف القانون المصري في مواده من 50 إلى 70. أما الفقهاء فأجازوا الوصية بالعين والوصية بالمنفعة، والوصية بالحقوق، والوصية بالإقراض، الوصية بالمنافع، الوصية بالمرتبات، الوصية بتقسيم التركة.

أ.الوصية بالمنافع

يقصد بها كل وصية يكون الموصى به فيها ليس تمليكا لعين موجودة وقت وفاة الموصي أو بعضها، فيشمل المنافع المحضة كدار معينة، والوصية بإيراد المنافع المحضة كأجرة الدار، كما تصح بمنافع العين كلها أو بعضها. وهذا ما قصده قانون الأسرة الجزائري في مادتين 190 و 196.[1]

[1] المادتين :190،196 من قانون الأسرة الجزائري المادة 190 "للموصي ان يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا او منفعة " المادة:196 " الوصية، بمنفعة لمدة غير محدودة تنتهي بوفاة الموصى له وتعتبر عمرى"

والوصية بالمنافع جائزة باتفاق الأئمة الأربعة ومعهم جمهور فقهاء المسلمين.[1]

والوصية بالمنافع إما مؤقتة وهي المقيدة بمدة معينة كالإيصاء بمنفعة دار لمدة معينة.

والمؤبدة أو المطلقة هي التي لا تقيد بمدة معينة وفيها حالات.

ح1) أن تكون الوصية لقوم محصورين فللموصى له الانتفاع مدة حياته، وتنتهي الوصية بانتهاء من جعلت له وهذا حسب نص المادة 196 ق. أ. ج. يقولها: "الوصية بمنفعة لمدة غير محدودة تنتهي بوفاة الموصى له وتعتبر عمرى".

ح2) أن تكون الوصية لقوم غير محصورين لا ينقطعون كالفقراء أو لجهة بر دائمة كالمسجد، فهنا العين وقفا وتكون المنافع وصية على التأبيد.

ح3) أن تكون الوصية بالمنفعة لمدة معينة لشخص معين أو لقوم محصورين ثم من بعدهم لجهة من جهات الخير، فتصبح العين الموصى بها وقفا وتعود منافعها للجهة الموصى لها.

ذهب جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة إلى أن الوصية بالمنافع أو ببدلها أو بالغلة بعد الموت صحيحة ونافذة وذلك لجواز تمليكها بعقد الإجارة أو بعقد الإعارة في حال الحياة فكان تمليكها بعقد الوصية بعد الوفاة أولى بالجواز لأن عقد الوصية أوسع العقود[2]. أما القانون المصري فتكلم عن المنفعة في المادة 51 فقرة 1 و 2 من قانون الوصية المصري ونصها: إذا منع أحد الورثة الموصى له من الانتفاع بالعين كل المدة أو بعضها ضمن له بدل المنفعة ما لم يرض الورثة كلهم أن يعوضوه بالانتفاع مدة أخرى، وإذا كان المنع من جميع الورثة كان الموصى له بالخيار بين الانتفاع بالعين مدة أخرى وتضمينهم بدل المنفعة.[3]

أ.الوصية بالتصرف في عين

أجمع الفقهاء أن من الوصية بالمنافع الوصية ببيع عين معينة لشخص معين بثمن معين أو الوصية بتأجيرها كذلك لمدة معينة.

---

[1] حمدي باشا عمر، عقود التبرعات (الوصية). المرجع السابق، ص 54.

[2] الشيخ علي الخفيف – أحكام الوصية (بحوث المقارنة)- دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى 1431 ه 2010 م، ص 436.

[3] الشيخ علي الخفيف، نفس المرجع، ص 442.

فإذا كانت الأجرة أو الثمن بالمثل نفذت الوصية من غير توقف على إجازة الورثة لأنها لا تمس بحقوقهم.

وإذا كانت الزيادة على الثلث فاحشة ولم يجز الورثة الزيادة لا تنفذ الوصية، إلا إذا قبل الموصى له دفع الزيادة عن الثلث.

ب.الوصية بالإقراض

تصح الوصية بالإقراض عند الفقهاء بشرط أن يخرج القدر الموصى بإقراضه عن ⅓ التركة، وإلا توقفت على إجازة الورثة.

والوصية بالإقراض هي من قبيل الوصية بالمنافع، وهي مقيدة بأجل معلوم بعده يجب على الموصي أن يؤدي المال إلى الورثة. وجمهور الفقهاء يرى بعدم لزوم الأجل في القرض وخالفهم في ذلك المالكية فقرروا أن الأجل يلزم إذا ذكر أمد معلوم أو جرت العادة العامة عليه.[1]

ج.الوصية بتقسيم التركة بين الورثة

قد يقوم الموصي أحيانا بتقسيم تركته بين الورثة قبل وفاته بحسب الميراث الشرعي، وذلك بتعيين نصيب كل واحد من الورثة، ويقضي على ما عساه يكون من خلاف بين الورثة بعد وفاته.

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى جواز ذلك ما دامت قيمة ما خصص لكل وارث يساوي نصيبه من التركة. في حين يرى جمهور الفقهاء أن ذلك التقييم لا يلزم به الورثة، وأنهم ملزمون بما حدده الموصي تحقيقا لأرادته. وما زاد عن الثلث توقف على إجازة الورثة حسب ما نصت عليه المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري[2].

د.الوصية بالمرتبات

المرتب يقصد به قدر من المال يعطى في أوقات دورية متساوية في مقدار زمني لشخص أو لجهة من الجهات كما إذا قال الشخص: أوصيت لفلان من مالي 1000 دينار جزائري

[1] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 311.
[2] المادة:185 من قانون الأسرة الجزائري " تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد عن الثلث تتوقف على اجازة الورثة.

كل شهر مدة حياته أو يقول: اصرفوا للمسجد الفلاني من مالي بعد مماتي كل سنة 1000 دج لإصلاحه.[1]

وقد اتفق جمهور الفقهاء على صحة الوصية بالمراتب من رأس مال التركة أو من علة بعض الأعيان فيها.

وقد تكون هذه الوصية مؤقتة بمدة معلومة أو بحياة الموصى له، وقد تكون مؤبدة بشيء، كما قد تكون لمعين أو لغير معين أو للطبقات أو لجهة من الجهات.

هـ.الوصية بالحقوق

أجمع الفقهاء على جواز الوصية بالارتفاق كحق الشرب وحق المنفعة التي يملكها المستأجر وغيرها. لأن هذه الحقوق من الحقوق التي يجري فيها الإرث، وهي من قبيل الوصية بالمنافع تنتهي بوفاة الموصى له.

[1] العربي بلحاج، نفس المرجع، ص 313.

الفصل الثاني

الأحكام المتعلقة بالوصية

إذا نشأت الوصية مستوفية لمقوماتها و شروطها كانت صحيحة قابلة لتنفيذها ، مالم يوجد مبطل لها .

لهذا سوف نتعرض في هذا الفصل في مبحث أول لتنفيذ الوصية و مبطلاتها ، و ذلك من خلال إثبات وجود الوصية المدعى بها أولا ، ثم كيفية هذا التنفيذ بعد إثباتها ، و الإجراءات الخاصة بانتقال ملكية الموصى له ، اذا كان عقارا أو حقا عينيا متعلقا به ، و نختم بالمبطلات التي تحول دون هذا التنفيذ .

ثم نتكلم في المبحث الثاني من هذا الفصل عن مسألتين مهمتين : أولاهما الوصية الواجبة أو التنزيل .و ذلك من خلال التطرق الى تعريف التنزيل و مراحل تطوره و التأصيل الشرعي له .

المبحث الأول : الوصية و ما يبطلها:

نتناول في هذا المبحث مطلبين : نخصص الأول منهما لتنفيذ الوصية ، و ثانيها للبحث في المبطلات التي تحول دون هذا التنفيذ .

المطلب الأول : تنفيذ الوصية :

نتناول هذا المطلب ، في ثلاث فروع نخصص الأول منهم لإثبات الوصية ، و الثاني لكيفية تنفيذها ، و الثالث للإجراءات الخاصة لإنتقال ملكية الموصى به إذا كان عقارا أو حقا عينيا متعلقا به .

الفرع الأول : إثبات الوصية :

إن المستقر عليه في الشريعة الإسلامية هو الرضائية في العقود و التصرفات عامة ، و الوصية باعتبارها تصرفا قانونيا ينشأ بإرادة منفردة هي إرادة الموصى و يمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات ، كالكتابة و شهادة الشهود .....الخ .و قد حث الشارع الإسلامي على كتابة الوصية للإحتياط و تيسيرا للإثبات، فعن "ابن عمر " أن الرسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " ما حق امرئ مسلم يبيت ليلتين و له شيء يريد أن يوصى به إلا وصيته مكتوبة عند رأسه ."

و قال الشافعي :في معنى الحديث ما لحزم و إحتياط المسلم إلا أن تكون وصيتة مكتوبة عنده[1].

و لقد فصل قانون الأسرة الجزائري في مسألة إثبات الوصية في المادة : 191 و لم يجعل لها إلا طريقين إثنين[2] :

أولا : إثباتها بموجب عقد توثيقي :

الأصل أن الوصية تثبت بموجب عقد تصريحي يحرر من الموثق ، وهو ما نصت عليه المادة : 191 ف 1 من قانون الأسرة بقولها . لا تثبت الوصية إلا بتصريح الموصى أمام الموثق و تحرير عقد بذلك".

---

[1] مجلة القانون و الاقتصاد للبحث في الشؤون القانونية و الاقتصادية من الوجهة المصرية ،العدد الأول 1938 ، مقال خاص بالوصية ،مطبعة فتح الله إلياس ، مصر، ص 103

[2] المادة:191 من قانون الأسرة الجزائري " تثبت الوصية 1- بتصريح الموصي امام الموثق وتحرير عقد بذلك 2- وفي حالة وجود مانع قاهر يثبت الوصية بحكم ويؤشر به على الهامش اصل الملكية"

و على الموثق عند تحريره لهذا العقد أن يراعي جميع الإجراءات والترتيبات الواجب توافرها في العقود

الاحتفالية les actes solennels ، فيتم تحرير العقد بحضور مستمر لشاهدي عدل و شاهدي تعريف عند الإقتضاء مراعاة لما نصت عليه المادتين : 324 مكرر2 و 324 مكرر 3 من القانون المدني الجزائري فضلا عن حضور الموصى [1]

و يراعي عند تحرير العقد الإشارة بدقة الى صيغة الموصى و الموصى له و الموصى به ، و ازالة اللبس عن كل ما يمكن أن يؤدي الى اشتباه الوصية أو اختلاطها بما يماثلها من العقود .

و نص المادة : 191 من قانون الأسرة جاء عاما فلم يخصص في محل الوصية فيما إذا كان عقارا او منقولا او منفعة وعليه ومهما كان محل الوصية فان اثباتها يجب ان يكون قي شكل يحرره الموثق ويسجل عقد الوصية بمصلحة التسجيل و الطابع بمفتشية الضرائب برسم ثابت ما دامت عقدا كسائر العقود ، و تسلم نسخة منها للموصى و للموصى له ان كان موجودا .

هذا و اذا حررت الوصية بوكالة أي بحضور وكيل الموصي ، فيجب الانتباه الى تلك الوكالة بحيث يشترط أن تتوفر فيها نفس الشروط الواجب توافرها في عقد الوصية ذاته و قد سبق توضيح ذلك .

غيران السؤال الذي يطرح هو النصوص الموجودة في قانون التسجيل.

لا سيما المتعلقة منها بتسجيل الوصية [2] فهل نطبق حاليا نص المادة 64 من قانون التسجيل بخصوص تسجيل الوصية أم نطبق القواعد العامة في تسجيل العقود الأخرى ذات الرسم الثابت ، ما دامت طريقة تحرير الوصية قد فصل فيها قانون الأسرة الجزائري كونها عقدا و ليست وصية مودعة أولها شكل آخر كما هي معروفة في القانون الفرنسي و في بعض الفقه و التشريعات الأخرى .

[1] أ.حمدي باشا عمر ، المرجع السابق ، ص 59 .

[2] تنص المادة: 64 من قانون التسجيل الصادر بالأمر: 105/76 المؤرخ في 2976/12/9: إن الوصايا المودعة لدى الموثقين أو التي يستلمونها خلال الأشهر الثلاثة من وفاة الموصيين بناء على طلب الورثة الموصى لهم أو منفذي الوصايا."

و المعمول به في الميدان أن الوصية تسجل برسم ثابت كغيرها من العقود الخاضعة لهذا الرسم و هو ما يعمل به في مكاتب التوثيق.

و يلحق بالعقد التوثيقي العقد الذي يحرره قناصل الجزائر بالخارج ، إذ أعطى لهم المشرع صفة الموثق بالخارج و نص صراحة في المادة : 37 ف 2 من الأمر : 12/77 المؤرخ : 1977/03/02 المتعلق بتنظيم الوظيفة القنصلية : على أن القنصل مؤهل لتحرير الوصايا و غيرها من العقود الوحيدة الطرف و التي تقدم له من قبل الرعايا ، و المصادقة على صحتها ،و استلامها و إيداعها[1].

ثانيا : إثباتها بموجب حكم قضائي : و هو الاستثناء عن الأصل ، و قد نصت المادة : 2/191 من قانون الأسرة بقولها : " و في حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم و يؤشر به على هامش أصل الملكية " .

و يمكن تصور هذه الحالة كما لو اتفق الموصى مع الموثق على موعد لتحرير عقد وصية وبحضور شاهدي عدل و لما كان هدا الأخير في طريقه لإتمام المتفق عليه تحرير عقد الوصية – تصدمه سيارة فيموت – فهنا بمكان الموصى له باعتباره صاحب المصلحة رفع دعوى قضائية عادية يطلب فيها إثبات هذه الوصية بحكم و له أن يستعين في ذلك بمشروع العقد الموجود بمكتب التوثيق و بالشهود ، و عليه خاصة إثبات المانع القاهر الذي حال دون تحرير هذه الوصية في عقد توثقي لأن هذا هو الأصل ، فاذا صدر حكم بإثبات هذه الوصية و صار الحكم نهائيا أشربه على هامش أصل الملكية . [2]

و أأكد هنا أن القاضي المرفوع أمامه هذه الدعوى – دعوى إثبات الوصية – ملزم بالتأكد من مدى توفر وجدية المانع القاهر فان ثبت له ذلك حكم بالتثبيت ، و الا رفض الدعوى لأنه لا يعمل و لا يلجأ للاستثناء إلا بتعذر العمل بالأصل ، و هو ما تؤكد عليه الغرفة الوطنية للموثقين ،و لا سيما و أن المادة : 191 فصلت صراحة في مسألة الإثبات [3] . و هو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه:

من المقرر قانونا أنه تثبت الوصية بتصريح الموصى أمام الموثق و تحرير عقد بذلك ، و في حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم و يؤشر به على هامش أصل الملكية .

---

[1] أ. لعروم مصطفى ، المرجع السابق ، ص 12 .

[2] أ . حمدي باشا ، المرجع السابق ، ص 60 .

[3] الأستاذ : علاوة بوتغرار ،مقال بعنوان : الوصية تطرح نقائص ، مجلة الموثق العدد 1 سنة 2001 ص 9

و من ثمة فإن قضاة المجلس بقضائهم استبعاد الوصية الشفوية بسبب عدم التصريح بها أمام الموثق قد طبقوا صحيح القانون [1].

و قبل أن نختم كلامنا في مسألة الاثبات نشير الى أن المادة : 16 من القانون المدني الجزائري قد حددت لنا ضابط الإسناد في حالةتنازع القوانين من حيث المكان بشأن الوصية ، إذ نصت في فقرتها الأولى : يسري على الميراث و الوصية وسائر التصرفات التي تنعقد بعد الموت ، قانون الهالك أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته ".

و أكدت على ذلك المحكمة العليا في قرار جاء فيه : من المقرر قانونا أنه يسري على الميراث و الوصية و سائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت ، قانون الهالك أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته ، ومن ثم فان القضاء بها يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون .و لما كان الثابت في قضية الحال – أن المجلس باعتماده على القانون الفرنسي دون مراعاة قانون الهالك أو الموصى باعتباره جزائريا مسلما يكون قد أخطأ في تطبيق القانون و خرق أحكام الشريعة الإسلامية .و متى كان ذلك استجوب نقض القرار المطعون فيه [2].

و يسري على شكل الوصية قانون الموصى وقت الايصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية .

وكذلك الحكم في شكل التصرفات التي تنفذ بعد الموت (المادة: 16 ف 2 من القانون المدني الجزائري.)

الفرع الثاني: كيفية تنفيذها:

إذا أثبت صاحب المصلحة و الغالب أن يكون الموصى له ، وجود الوصية بالطرق التي يحددها قانون الأسرة ، حق له تنفيذها مالم يوجد مبطل لها فالأصل إذا أن الموصى له هو الذي يملك صلاحية التنفيذ ، غير أن الموصى قد يلجأ أحيانا لتعين وصي أو عدة أوصياء تكون له أو لهم صفة الوصي على الورثة القاصرين و تكون له صفة منفذ الوصية لجهة

[1] الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص 2001 ، ملف رقم:160350 قرار صادر بتاريخ: 23/ 1997/12 ، ص 295.

[2] القرار بتاريخ: 1990/10/17 ، ص 79 ،المجلة القضائية ، العدد 1991 ، ملف رقم: 63219 .

القاصرين ، و الكبار من الورثة و الموصى لهم جميعا ، ويكون منفذ الوصية هذا مسؤولا إذا تعدد المنفذون و كانوا مسؤولين جميعا بالتضامن عن أموال التركة [1].

فإذا كانت التركة خالية من الديون أو برأ الدائنون المدين و كانت التركة كلها مالا حاضرا ، وكان الثلث يخرج من التركة أخذ أصحاب الوصية نصيبهم كله دون تأخير .

و المشكل يطرح في حالة ما إذا كانت الوصية بمال ،و كانت التركة كلها مالا غائبا ، أو كان في التركة ، مال حاضر و آخر غائب أو دين فإذا كانت التركة كلها مالا غائبا أو ديونا ، فإن تنفيذ الوصية يؤخر حتى يحضر المال الغائب أو يستوفي الديون ، فكلما حضر شيء قسم بين الموصى لهم و الورثة بنسبة أنصبتهم .

أما اذا كان في التركة مال حاضر و آخر غائب أو دين أو كانت خليطا من الأنواع الثلاثة فالأصل هنا هو العمل بالإتفاق إن وجد ، فإن إتفق الموصى له مع الورثة على طريقة لأخذ حقه وجب اتباع ما اتفق عليه .و ان لم يتفقوا على شيء إختلفت الطريقة المعمول بها تبعا لاختلاف الموصى به ، أو اختلاف من عليه الدين ، لأن الموصى به قد يكون نقودا مرسلة وقد يكون عينا من الأعيان ، كما قد يكون سهما شائعا في كل المال ، أو في نوع منه .و الدين قد يكون على أجنبي و قد يكون على أحد الورثة، وحل وقت أدائه عند قسمة التركة أو لم يحل بعد.و فصل القانون في هذه الحالات في مواده : 43 الى 46 مأخوذة عن المذاهب الأربعة[2] ، إن كان الغالب فيها مذهب الأحناف على خلاف القانون الجزائري الذي لم يورد نصا في هذا الشأن .و نحن بصدد التنفيذ قد يطرح مشكل تزاحم الوصايا ، و المقصود به أن تتعدد و لا يتسع الثلث لها كلها ، إن لم يجز الورثة أو أجازوا و كانت التركة لا تتسع لها جميعا إذ لا يمكن تنفيذها كلها .

أما إذا كان الثلث يسعها أو كانت التركة تسعها و قد أجاز الورثة أو

[1] العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الجزء الثاني : الميراث و الوصية ص : 315 و 316

[2] المادة43:من قانون الأسرة الجزائري " ينسب الولد لأبيه اذا وضع الحمل خلال10اشهر من تاريخ الانفصال او الوفاة"
المادة46: " يمنع التبني شرعا وقانونا"

لم يكن هناك ورثة قط و الحكم عند وجود التزاحم أن يقدم أصحاب الوصية الواجبة، مواده : 169 الى 172 من قانون الأسرة الجزائري[1] ،

سواء كان المتوفي قد أوصى لهم بحقهم أو لم يوصى لأنهم يستحقونها بحكم القانون ، فإذا كانت تساوي الثلث و لم يجز الورثة سواه فإنهم سيأخذون الثلث و ليس لأحد قبلهم شيء ، و إن كان نصيبهم أقل من الثلث أخذوا حصتهم كاملة .

أما إذا كانت الوصايا كلها اختيارية كنا بصدد ثلاث حالات :

أولها : أن تكون الوصايا كلها للعباد و ليس بعضها للقربات : فإن لم يسع الثلث جميع الوصايا ،و لم يجز الورثة أو أجاز الورثة الوصايا كلها ، و لكن التركة ضاقت عن تنفيذها ، فهنا تقسم التركة او الثلث حسب الاحوال بين الوصايا بالمقاصة مع مراعاة انه لا يستوفى الموصى له بعين نصيبه أو الثلث حسب الأحوال بين الوصايا بالمقاصة مع مراعاة أنه لا يستوفي الموصى له بعين نصيبه إلا من هذه العين ، وهذا رأي الصاحبين .

ثانيها : أن تكون الوصايا كلها للقربات (حقوق الله تعالى) و تأخذ هنا أربعة أحوال:

-أن تكون الوصايا كلها فرائض كالزكاة و الحج.

-أن تكون كلها واجبات كالكفارات و النذور و صدقه الفطر ..

-أن تكون كلها مندوبات كحج التطوع و الصدقة للفقراء .

-أن تكون خليطا من أنواع السارقة أو من بعضها.

فإن كان متحدة الرتبة بأن كانت لها فرائض أو كلها واجبات أو كلها مندوبات كحج التطوع فإنه يقدم فيها ما بدأ به المتوفي أولا ' فإن أوصى بحج و زكاة قدم الحج و إن قبض شيء فلما يليه .

أما إذا كانت متفاوتة الرتبة كما لو اختلطت الوصايا، وتعلق بعضها بالفرائض و بعضها الآخر بالواجبات أو مندوبات قدم الفرض ثم الواجب ثم المندوب .

[1] المادة169:من قانون الأسرة الجزائري " من توفي وله احفاد وقد مات مورثهم قبله او معه وجب تنزيلهم منزلة اصلهم"
المادة:170:"اسهم الأحفاد تكون بمقدار حصة اصلهم لو بقي حيا على ان لا يتجاوز ذلك ثلث التركة"
المادة172:"الا يكون الأحفاد قد ورثوا من ابيهم او امهم مالا يقل عن مناب مورثهم من ابيه او امه، وبكون هذا التنزيل لذكر مثل حظ الأنثيين"

ثالثها : أن تكون الوصية للقربات والعباد معا :

كأن يوصي بمقدار من المال للزكاة عنه و الحج عنه و فدية للصوم فإن بين السهم كل جهة ،و لم يسع الثلث الجميع وزع الثلث بنسبة السهام التي ذكرها ، فإن قال للحج الربع و للزكاة الثلث ، و لفلان الخمس و للصوم الخمس كانت بنسبها .

و ان لم يذكر – سهام كل جهة – كان لكل جهة سهم أيضا فيقسم الثلث أرباعا و هكذا .

هذا و يلاحظ أنه في حالة تزاحم الوصايا بالمرتبات ، و مات بعض الموصى لهم أو انقطعت جهة من الجهات الموصى لها بالمرتب ، كان نصيبه أو نصيبها لورثة الموصى .

إن هذه الأحكام مأخوذة من المذهب الحنفي .

و يتم تنفيذ الوصية من الناحية العلمية كما يلي :

1- تحرير عقد فريضة أمام الموثق يحدد فيه سهم كل وارث و يذكر فيه وجود وصية إن وجدت طبعا.

2- تعيين خبير رضائي لحصر التركة (منقولات، عقارات.....الخ)

3 – تقييم التركة جملة ثم تقييم القدر الذي تجوز فيه الوصية شرعا و قانونا.

4- يأخذ الموصى له أولا حقه المقر شرعا و قانونا – حسب التقييم – وما بقي من التركة يقتسمه الورثة بحسب سهامهم .

- ونشير الى أن قانون الأسرة الجزائري باعتباره النص الخاص لم يورد نصا في هذا الشأن ، تنفيذ الوصية[1]، و هذا نقص فادح ترتبت عليه صعوبات كثيرة من الناحية العملية ، و من بين الصعوبات تحديد قيمة الشيء الموصى به ، هل هو في حدود الثلث أم أكثر ، و قد إقترحت الغرفة الوطنية للموثقين في ندوتها المنعقدة يومي 12-13 مارس 1998 بشأن قانون الأسرة ضرورة إثراءه بإدخال و إضافة على المادة : 201 لتصح صياغتها[2] ، و تقييمها بتقرير خبرة رضائية أو قضائية "

[1] مجلة الموثق – العدد الثالث ، جوان 1998 ، ص 10

[2] المادة201:من قانون الأسرة الجزائري "تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي او بردها"

الفرع الثالث :

شهر الوصية :

لا يوجد نص خاص في القانون الجزائري ينص على شهر الوصية على خلاف ما هو عليه في القانون المصري ، و لم يكن قانون التسجيل المصري .

الصادر سنة 1932 ينص على شهر الوصية إ ذا كان محلها عقارا أو منقولا أو حقا عينيا مرتبطا بالعقار ، إذ أن التصرفات التي أخضعها للتسجيل هي التصرفات فيما بين الأحياء ، الوصية تصرف مضاف الى ما بعد الموت ، و قد كان ذلك نقصا واضحا في هذا القانون ، غير قانون تنظيم الشهر العقاري رقم : 114 لسنة 1946 المعمول به منذ أول يناير 1947 – و لا يزال معمولا به الأن ، تدارك هذا النقص ، اذا نصت المادة : 09 منه صراحة على وجوب شهر الوصية [1]. إن القيد هو إجراء ضروري للحياة العصرية لضمان تأمين المعاملات العقارية ، لذلك عملت جل التشريعات بالإضافة الى إشتراط الرسمية كركن في العقود الى فرض القيد و تعميمه ، إما لإنشاء الحقوق أو الإحتجاج بها في مواجهة الغير و ترتيب آثار بالنسبة لهم .

و المشرع الجزائري أخذ بتنظيم الشهر العيني ، و نحن نعلم ما يترتب عن هذا النظام من آثار ، أهمها إلغاء سلطان الإرادة في التصرفات المتعلقة بالملكية و الحقوق العينية الأخرى و الإعتماد عليه وحده لوجود هذه التصرفات .و عليه بالرغم من عدم وجود نص خاص ينص على شهر الوصية في القانون الجزائري إلا أن القواعد العامة في إنتقال الملكية العقارية تقر ذلك . حيث تنص المادة : 793 من القانون المدني : لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير ، إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري ".و أكدت هذا المبدأ المادة : 16 من الأمر 74/75 الصادر في 1995/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري إذ نصت على ما يلي : إن العقود الإدارية و الإتفاقات التي ترمي الى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني ، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات

[1] عبد الرزاق الشهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية كحق الانتفاع و حق الارتفاق ، الجزء 9- دار النهضة العربية ، طبعة 1968 ، ص 235، 236

العقارية " كما نصت المادة : 15 من ذات الأمر أنه " كل حق للملكية و كل حق عيني آخر يتعلق بعقار ، لا يوجد بالنسبة للغير إلا من تاريخ إشهاره في مجموعة البطاقات العقارية ، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية و ما يمكن إستخلاصه من قانون الشهر و المرسوم : 63/76/ المعدل و المتمم المؤسس للسجل العقاري هو أن التصرفات و العقود سواء كانت صادرة من جانب واحد كالهبة و الوصية أو العقود المرتبة للإلتزامات من جانبين كعقد البيع ، و كذا المغيرة لحق عيني عقاري أو العقود المبنية لهذه الحقوق أو الكاشفة لها ، إذ نصت على حقوق عينية عقارية وجب إشهارها لإنتقال الملكية فيها سواء بين المتعاقدين أوفي مواجهة الغير .و ما دام القيد هو الذي ينقل الملكية فمعناه أن الحق لا ينتقل بأثر رجعي لما قبل القيد ، كالرجوع بأثار القيد الى تاريخ العقد أو سحبه الى الماضي لأن العبرة بالقيد و ليس بتاريخ إنعقاد العقد فالآثار تترتب من يوم القيد هذا هو الميدأ العام .

غير أن الوصية و باعتبارها تصرف مضاف الى ما بعد الموت ، فإن المادة : 15 من الأمر 74/75 أوردت إستثناء فيما يخص آثار القيد بالنسبة لها[1] ، إذ نصت أن نقل الملكية عن طريق الوفاة تنقل الحقوق للورثة و الموصى لهم دون حاجة الى إجراء شكلي و لا يلعب القيد دوره المنشيء للحقوق أو الناقل لها .

و مع ذلك فإن المشرع الجزائري إشترط على كل موصى له قيد حقه كلما أراد التصرف فيه ، و ذلك بإستصدار شهادة رسمية موثقة تسمى الشهادة التوثيقية تثبت إنتقال هذا الحق ثم قيده في مجموعة البطاقات العقارية ، تكون هذه الشهادة بإسم جميع الموصى لهم و هذا ما أكدته المادتين : 39 و 62 من المرسوم 63/76 المذكور أعلاه .إذ نصت المادة 91 ف 1 من ذات المرسوم على ما يلي : كل إنتقال و انشاء أو إنقضاء لحقوق عينية بمناسبة أو بفعل الوفاة ضمن الأجال المحددة في المادة : 99 يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة ."

[1] لمادة 15 من الأمر: 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن قانون المسح العام للأراضي و تأسيس السجل العقاري تجعل من الإمكان الرجوع بالآثار إلى تاريخ الوفاة شريطة أن يسعى الوارث أو الموصى له أو هما معا للحصول على شهادة رسمية موثقة تتضمن انتقال الحق و قيده بمجموعة البطاقات العقارية

فالقيد في حالة الوفاة هو شرط كاشف ليكون التصرف نافذا في مواجهة الغير ، و اشترطت المادة : 99 من ذات المرسوم على الموصى لهم تقديم طلب الشهادة التوثيقية في أجل ستة (6) أشهر من تاريخ الوفاة ، و إلا اعتبر مدنيا مما أدى عدم الإعلان الى الإضرار

بالغير ، إضافة الى عدم إمكانية شهر التصرفات التي يوقعونها تطبيقا للأثر الإضافي للقيد[1] .و مع كل ما تقدم فإنه يجب على المشرع التدخل لوضع نص خاص يوجب فيه شهر الوصية ، مادامت المصلحة و أصول التعامل تتطلبان ذلك .

المطلب الثاني : مايبطل الوصية :

من المقرر شرعا و قانونا إذا وقعت الوصية مستوفية لمقوماتها و شروطها كانت صحيحة ، فإذا مات الموصى مصرا عليها و لم يوجد ما يبطلها و قبلها الموصى له نفذت و ترتبت عليها آثارها .و قد يحدث لها ما يعرف بنفاذها فيلغيها و يسمى مبطلا لها و مبطلاتها كثيرة ، و هذا الأبطال يأتيها تارة من قبل الموصى و أخرى من قبل الموصى له ، وثالثة من ناحية الموصى به [2].

و لقد سبق لنا الكلام على أكثر هذه المبطلات في هذا البحث لذلك سوف نتعرض لها إجمالا ثم بعد ذلك نفصل منها ما لم يسبق تفصيله ، و ذلك في الفروع التالية :

الفرع الأول : مايبطل من جهة الموصى :

1- تبطل الوصية عند الحنفية بالجنون المطبق إذا إتصل بالموت ، و يشمل الجنون العته لأن الوصية عقد غير لازم كالوكالة فيكون لبقاءه حكم إبتدائه ، بينما ذهب جمهور الفقهاء الى أن الوصية لا تبطل بالجنون سواء كان مطبقا أولا لأن شرط تحقق الأهلية واجب عند الانعقاد ولا يؤثر زوالها بعد في صحة العقد أو التصرف ، و هوما يستفاد من أحكام القانون الجزائري الدي إشترط سلامة العقل عند الإنعقاد فقط في المادة : 186 من قانون الأسرة أخذا بالمذهب المالكي[3] .

[1] بدران أبو العينين بدران ، المرجع السابق ، ص 162
[2] مصطفى محمد شلبي – المرجع السابق – ص257
[3] المادة186 من قانون الأسرة الجزائري " يشترط في الموصى ان يكون سليم العقل بالغا من العمر تسع عشرة(19)سنة على الأقل

1- و يلاحظ أنه يجوز للموصى الرجوع عن الوصية في أي وقت شاء ، فإذا جن جنونا مطبقا متصلا بالموت فقد طرأ عليه إحتمال رجوعه عنها فتبطل.

2 - ردة الموصى بعد الوصية لأن ملكه موقوف على الأصح ، فمن مات و هوفي ردته أو قبل او لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه فإن وصيته تبطل .و لم يتعرض القانون الجزائري للردة، ربما لقلة وقوعها في الوقت الحاضر أو عملا بمذهب الحنابلة القائلين بصحة وصية المرتد.

3- رجوع الموصى عن وصيتة ، و لا خلاف بين الفقهاء في أن الوصية تصرف غير لازم في حياة الموصى ،و أن له حق الرجوع عنها كلها أو بعضها في أي و قت شاء لأنه لم يتعلق بها حق للموصى، في حياة الموصى و ليس للرجوع عندهم صيغة خاصة [1]. و هو ما أخذ به المشرع الجزائري بالمادة : 192 من قانون الأسرة التي نصت على أنه " يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا ، فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها و الضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها ".

-و قد أكدت هذا المبدأ المحكمة العليا في قرارها الذي فيه : من المقرر قانونا أنه يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا ، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.

و لما كان الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضوا بصحة الوصية و ثبوتها و إستخراج الثلث منها للمستأنف بالرغم من كون الموصى قد تراجع عن وصيته بموجب الوكالة الرسمية التي و كل بها من خلالها ابن عمه ببيع جميع ممتلكاته العقارية ، يكونوا بقضائهم كما فعلوا قد أخطأوا في تطبيق القانون .

- و متى كان دلك استجوب نقص القرار المطعون فيه [2]

فالرجوع الصريح قد يكون بلجوء الموصى الى الموثق لتحرير عقد بذلك دون أن يكون هذا الأخير ملزما بتسبيب طلبه ، و يكون ذلك بمحضر شاهدي عدل ، لأنه و حسب المادة : 192 من قانون الأسرة ، فإن الرجوع الصريح في الوصية يتم بوسائل إثباتها ، و قد يكون الرجوع الصريح في الوصية للجوء الموصى إلى القضاء لاستصدار حكم بذلك إذا

[1] العربي بلحاج، نفس المرجع، ص 313.
[2] بدران أبو العينين بدران – المرجع السابق ، ص 162

ما إختار هذا الطريق ،و أما الرجوع الضمني فيكون بكل تصرف قانوني يقوم به الموصى بعد إبرام الوصية ، ويستخلص منه الرجوع فيها ، كأن يقوم بالتصرف في العين الموصى بها بالبيع أو الهبة أو الوقف أو المبادلة .....الخ أو كل تصرف آخر يمس موضوع الوصية بما في ذلك أن يوكل غيره لأجل بيع العين الموصى بها [1].و قد استثنى قانون الأسرة الجزائري في المادة : 193 رهن الموصى له إذ لم يعتبره رجوعا في الوصية.

الفرع الثاني : مايبطل الوصية من جهة الموصى له :

1- رد الموصى له الوصية كلها أو بعضها قبل قبوله و بعد موت الموصى بإتفاق الفقهاء ، أما رده قبل موته فيه عند جمهور الفقهاء فله أن يقبلها بعد وفاته ، رده بعد قبولها يبطلها عند الحنفية بشرط قبول الورثة أو أحدهم لهذا الرد ، وقد أخذ قانون الأسرة الجزائري بهذا الحكم في المادة : 201 التي نصت على أنه : تبطل الوصية بموت الموصى أوبردها

2- موته قبل موت الموصى إذا كانت الوصية أعيانا أو منافع و سواء علم الموصى بموته أو لم يعلم لكونه صار غير أهل للتمليك بالموت و لا يصح إلى غيره ، و كذلك إذا مات بعد موت الموصى و قبل ابتداء مدة الإتتفاع في الوصية بالمنفعة ، و قد أخذ قانون الأسرة الجزائري بهذا الحكم في المادة : 201 منه .

3- قتل الموصى له عمدا و عدوانا ، بدون وجه شرعي و لا عذر قانوني سواء كان ذلك قبل انعقاد الوصية أو بعدها و أخذ المشرع الجزائري بهذا الحكم في المادة 188 من قانون الأسرة عند كلامه عن القتل المانع من استحقاق الوصية[2]، و في المادة: 135 بمناسبة كلامه عن القتل المانع من الإرث، و الحكم فيهما واحد[3].

4- تعذر الجهة الموصى لها، فيما إذا كانت الوصية لجهة غير موجودة، و ستوجد في المستقبل[4].

---

[1] محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ،ص 262 ، 263

[2] المادة188 من قانون الأسرة الجزائري"لايستحق الوصية من قتل الموصي عمدا"

[3] المادة135 من قانون الأسرة الجزائري"يمنع من الميراث الأشخاص الآتية اوصافهم ـ قاتل المورث عمدا او عدوانا سواءا كان القاتل فاعلا اصليا او شريكا ـ شاهد الزور الذي أدت شهادته الى الحكم بالإعدام وتنفيذه ـ العالم بالقتل او تدبيره اذا لم يخبر السلطات المعنية"

[4] قرار صادر بتاريخ1990/01/24 ص85 منه، المجلة القضائية العدد الرابع،1991، من ملفرقم:54727

5- تبطل الوصية لوارث في قانون الأسرة الجزائري .

الفرع الثالث : مايبطل الوصية من جهة الموصى به :

1- تبطل الوصية إذا هلك الموصى به المعين بالذات أو بالنوع سواء كانت الوصية به كله أو بجزء شائع منه ، فلو أوصى بسيارة أو بجزء شائع فيها كنصفها مثلا ثم هلكت قبل الموصى له بطلت الوصية سواء كان الهلاك قبل موت الموصى أو بعده لفوات محل الوصية ، او أوصي بغنمه ، أو بسهم شائع فيها كثلثها ثم هلكت

الغنم قبل قبوله بسبب غير موجب للضمان بطلت الوصية ، و إذا كان هلاكها بسبب موجب للضمان لا تبطل الوصية لانتقال حق الموصى له إلى بدل[1].

-هذاو لم يتكلم قانون الأسرة الجزائري عن حالة هلاك الموصى به ، على خلاف القانون المصري الذي تناولها في المواد : 47- 48 – 49 منه يرجع هنا بشأنه إلى أحكام الفقه الإسلامي .

2- ثبوت إستحقاقه – الموصى به – لغير الموصى سواء كان ذلك قبل موت الموصى أو بعده ، لأنه تبين بهذا الاستحقاق أن الموصى أوصى بما ليس مملوكا له .

-و البطلان في هذين الحالتين (الهلاك – الاستحقاق) قد يكون كليا إذا هلك الموصى به كليا أو استحق كله ، و قد يكون جزئيا إذا كان الهلاك أو الاستحقاق لبعضه فقط [2].

-و قد يتناول القانون المصري مبطلات الوصية من الجهات الثلاثة : الموصى ، الموصى له ، الموصى به في مواد متفرقة هي مواده : 8- 14-24-27-49-59 منه .

-يقول الإمام مالك – رحمه الله تعالى : " و لن يصلح آخر هذه إلا بما يصلح به أولها ."

-و روى أبو داود بإسناده عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : " العلم ثلاثة وما سوى ذلك فهو فضل : آية محكمة وسنة قائمة ، و فريضة عادلة ."

-و عليه إرتأينا الخوض في موضوع التنزيل و هو من علم الفرائض الموصوف من قبله صلى الله عليه وسلم بأنه أول علم ينسى و هو أول ما ينتزع من هذه الأمة .

[1] أ. حمدي باشا عمر ، المرجع السابق ، ص 61

[2] بدران أبو العينين بدران ، المرجع السابق ، ص 163، 164

-و موضوع التنزيل الذي نص عليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة ضمن الكتاب الثالث المعنون بالميراث في الفصل السابع منه بالتنزيل من المواد 169 الى 172 منه .

- و لم ينص عليه فقهاء الشريعة الإسلامية كلهم في باب الميراث ، انما في باب الوصايا بل هو منهج جميع الدول الإسلامية الأخرى .

- ولاشك أن الوصايا من قبيل التبرعات التي يرجى بها ثواب الآخرة ، مادامت صدقة من الصدقات الجارية .

- و لكن المميز في هذه الوصية أنها تخرج من طابعها التبرعي إلى طابع التحتم و إلا لزم بعض النظر على اسس تحتمه ، و عليه سميت وصية واجبة .و من ثم فهي ليست وصية خالصة من حيث الطبيعة إذ لها جملة من خصائص الميراث ، و الزحتم و اللزوم أولها .

و عليه : ماذا نعني بالتنزيل في قانون الاسرة الجزائري ؟

- و على أي أساس تم وضعها في مواضيع الميراث ؟

- و هذا سنتناوله في المطلب الأول الجانب النظري من المبحث الثاني الخاص بالتصرفات المتعلقة بالوصية الواجبة .

المبحث الثاني: الوصية الواجبة

المطلب الأول : مراحل تطور التنزيل :

و نعني به ما يتعلق بالتنزيل قانونا في تطوره التاريخي و مفهومه.

أولا :

مراحل تطور التنزيل : يمكن التمييز بين مرحلتين :

الفرع الأول : مرحلة ما قبل صدور قانون الأسرة : إن التنزيل لم يكن معمولا به كما هو الآن قبل صدور قانون الأسرة لتطبيقه مذهب الإمام مالك ، و لكن مع ذلك فإن أوصى موصى ما بمقدار من المال لأحفاده،وكان ذلك معلوما للورثة في حدوث الثلث إذا كان التنزيل قبل قانون الأسرة وصية اختيارية ".[1]

[1] أ. قرار المحكمة العليا في إحدى قراراتها بتاريخ : 1995/05/02 جاء فيه ما يلي : " من المقرر شرعا أن التنزيل قبل صدور قانون الأسرة كان إختياريا و بعد صدور قانون الأسرة أصبح واجبا ....."

و هو ما كان في مصر قبل صدور قانون الوصية لسنة 1942، فلم يكن التنزيل قبل صدوره وصية واجبة بقوة القانون، و هذا عملا و تما شيا و مقتضيات أحكام المذهب الحنفي.

الفرع الثاني مرحلة ما بعد صدور قانون الاسرة لسنة 1984 :

لقد نص المشرع على التنزيل في قانون الأسرة الجزائري في المواد: 169 -170- 171 – 172- من (الفصل السابع): التنزيل من الكتاب الثالث: المواريث. و عليه نبدي الملاحظات التالية : ما سماه المشرع الجزائري تنزيلا ، هو من قبيل الوصية الواجبة عند بقية التشريعات العربية .

-إن المشرع جعله من مواضيع الميراث على خلاف سائر التشريعات العربية الأخرى .

-نصت المادة : 169 على مايلي : من توفي و له أحفاد و قد مات مورثهم قبله او معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة بالشرائط التالية :

و مصطلح وجب تنزيلهم " إشارة الى أن التنزيل واجب قانوني ، أي أنه وصية واجبة .

أما مصطلح "... الشرائط التالية... " فيعني به : اما ذكره تبعا بعد ذلك من شروط فلا تكون إلا من قبيل الحصر لتقديمهم وصف " التالية " أي أنه وبمفهوم المخالفة فلا يستلزم أي شرط غير المذكور في المواد : 170- 172 ق.أ.ج .

فمثلا لو تشترط المواد رسمية التنزيل : و من ثم يمكن أن يكون بورقة عرفية أو شفاهة ، بل حتى لو لم يصرح ، و أن منع مستحقي التنزيل من ذلك الحق ، فلا يلتفت إليه لأن التنزيل مفروض بنص القانون فلا يكون تعديل أو إلغاء ما يصدره و ما ينشئه القانون [1]

و جاء في قرار المحكمة العليا رقم : بتاريخ : 1991/10/29 : " من المستقر عليه فقها وقضاءا أنه يشترط في التنزيل أن يتم في عقد رسمي ....."

و أكد قرار آخر للمحكمة العليا رقم : بتاريخ : 1993/05/25.

" من المستقر عليه فقها و قضاءا أن التنزيل جائز شرعا و قانونا و لا يجوز مخالفته ....."أما المشرع الفرنسي و بعده المشرع المصري فقد جعل الوصية في القانون

[1] محمد محدة ، التركات و المواريث ، الطبقة الثانية سنة 1994 ، ص 295

الخاص رقم : 71 لسنة 1946 و ذكر في الفصل السادس من المواد : 76 الى 79 موضوع التنزيل .

كما إهتم بالتنزيل في المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية رقم : 34 بتاريخ : 1475/12/31 في الفصل الخامس منه بالمادة : 257 واضعا فيه بعض التعديلات على قانون الوصية المصري .كما نص عليه المشرعين : الأردني و السوري ، وكذلك المشرع التونسي في المادة : 191 منه .

المطلب الثاني : تعريف التنزيل :

الفرع الأول تعريفه :

لغة : التنزيل مشتق من نزل ، وهو يعني تعريف الترتيب ، ومنه المنزلة تعني المرتبة .

و هو من : نزل ، الشيء ، أنزله قوله تعالى : ﴿ الله أنزل أحسن الحديث﴾[1]

القوم : أجلهم المنازل .

الشيء رتبه ووضعه في منزله ، الشيء ، أقامه مقامه .

اصطلاحا : هو تنزيل غير الوارث منزلة الوارث في الميراث و أخذه لنصيبه ."

مما يعاب على هذا التعريف : إعترافه بالتنزيل مطلقا دون تمييز لأي شخص غير وارث ، بينما أنه في الحقيقة فإن التنزيل دون شك يكون لكل قر يب غير وارث ، أما الغير الوارثين هم : أقارب و أباعد.

الفرع الثاني:التعريف القانوني : لم يعط المشرع الجزائري تعريفا للتنزيل .

و كذلك فعل كل من المشرعين المصري و السوري ، تاركين ذلك للفقه .و يمكن إبداء الملاحظات التالية : أن التنزيل كان يعرف عند العامة في مجتمعنا الجزائري ب : " الغرس " أو " الغراسة " ، فالجد يغرس أولاد إبنه في موقع أبيهم المتوفي قبله كي ينوبهم ما كان ينوب أباهم ....." و مع ذلك فإنه يمكن تعريف التنزيل على أنه: هو جعل أحفاد الشخص منزلة أصلهم في تركة الجد أو الجدة ، وهو إستحداث في الفقه الإسلامي الجديد .

[1] سورة الزمر الآية 23.

الفرع الثالث : التأصيل الشرعي للتنزيل " رأي الشريعة و الفقهاء ."

إن الفقهاء ما فتئوا أن اهتموا بموضوع الوصية الواجبة في باب الوصايا و من استقراء أراء هم يمكن حوصلة رأيين بشأنها : قول يفيد وجوبها وآخر يفيد كونها للندب و الاستحباب ، نظرا لأهمية هذه النقطة حاولنا قدر الإمكان أن نبرز أدلة الفرقتين و ما يمكن رده عليهما .

أ/مذهب أهل الإستحباب و أدلتهم :

وهو قول الجمهور و منهم الأئمة الأربعة ، و جاء في تفسير الطبري أنه : قول أكثر العلماء ، بل قالوا أنها : قد تعتبرها الأحكام التالية : التحريم – الكراهية – و الإباحة «. حسب عرض الموصى .

ب/الدليل القرآني :

يتمسك القائلون بالإستحباب بدعوى نسخ الأية ﴿ كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين و الأقربين بالمعروف حقا على المتقين ﴾[1]

وجاء في تفسير بن كثير : إشتملت هذه الآية الكريمة على الأمر بالوصية للوالدين و الأقربين وقد كان واجبا على أصح القولين قبل نزول آية المواريث ، فلما نزلت آية الفرائض نسخت هذه و صارت المواريث المقدرة فريضة من الله .

و قال : قال أحمد : حدثنا إسماعيل بن علية عن يونس بن عبيد عن محمد بن سيرين قال : جلس إبن عباس فقرأ سورة البقرة حتى أتى هذه الأية : 180 من سورة البقرة فقال : نسخت هذه الآية . و كذا رواه سعيد بن منصور عن هيثم عن يونس ، ورواه الحاكم في مستدركه و قال : صحيح على شرطهما ، ثم قال ابن حاتم وروي عن ابن عمر

و أبي موسى و سعيد ابن المسيب و الحسن و مجاهد و عطاء و سعيد بن جبير و محمد بن سيرين و عكرمة بن أسلم و الربيع بن أنس أن هذه الآية منسوخة .

قلت و لكن هناك من يقول بدعوى الفسخ و مع ذلك يقول الفسخ و مع ذلك يقول بوجوب الوصية للأقارب .

[1] سورة البقرة الآية 180.

قال : و هو قول أكثر المفسرين و المعتبرين من الفقهاء قال : منهم من قال أنها منسوخة في من ذكرت ثابتة في من لا يرث وهو مذهب بن عباس و الحسن و مسروق و الضحاك و العلاء بن زياد : قلت و بها قال أيضا سعيد بن جبير و الربيع بن أنس و لكن على قول هؤلاء لا يسمى شفاعة في إصطلاحنا المتأخر .

و قال القرطبي – رحمه الله تعالى – إختلف العلماء في هذه الآية هل هي منسوخة أو محكمة ، فقيل هي محكمة ، ظاهرها العموم و معناها الخصوص في الوالدين الذين لا يرثان كالكافرين ، و في القرابة غير الورثة و قيل الآية عامة ، و تقرر الحكم بها برهة من الدهر و نسخ منها من كان يرث بأية الفرائض و بقوله صلى الله عليه وسلم : إن الله أعطى كل دي حق حقه فلا وصية لوارث " رواه أبو إمامة و أخرجه الترمذي و قال أنه حديث حسن صحيح .

و قيل الآية منسوخة و بقيت الوصية ندبا ونحو هذا قول مالك رحمه الله .

وأضاف قال : مالك و الشافعي و ابو حنيفة و أصحابهم و الأوزاعي و أحمد بن حنبل : من أوجه لغير قرابته و ترك قرابته محتاجين فبئسما صنع و فعله مع ذلك جائزا لكل من أوصى له ....."

و منه فإن تقرير نسخ الآية ، أعني آية الوصية يقتضي لزوما نسخ حكمها و هذا هو ما سعى لإيضاحه مذهب الإستحباب ، لكن يرد عليهم أن النسخ متعلق بما هو منسوخ فقط و لا يتعدى إلى غيره أي : أن النسخ يقع في حق الإيصاء إلى الوالدين لأنهما وارثين و كذلك كل قريب وارث ، أما القريب غير الوارث فالراجح عدم تعلق نسخ حكم الواجب بصددهم .لكي لا يعني كون الإيصاء لهم واجبا أو مستحبا بل وجب التدليل بدليل آخر يبني ذلك الحكم . و تنص الآية : 8 من سورة النساء : ﴿ و إذا حضر القسمة أولى القربى و اليتامى و المساكين فأرزقوهم منه و قولوا قولا معروفا ﴾[1]

وقال القرطبي : فالآية على هذا محكمة : قاله إبن عباس وروى عن ابن عباس أنها منسوخة نسخا لقوله تعالى : " يوصيكم الله ....."و الأول أصح فإنها مبينة استحقاق الورثة لنصيبهم ، و استحباب المشاركة لمن لا نصيب له ممن حضرهم ، قال سعيد بن جبير .ضيع الناس هذه الآية ، قال الحسن : ولكن الناس شذوا و قالت : طائفة : هذا

[1] سورة النساء الآية 8.

الرسخ واجب على جهة الفرض ..... و الصحيح أن هذا على الندب ، لأنه لو كان فرضا لكان إستحقاقا في التركة و المشاركة في الميراث .

قال و الندب أصح الأقوال ، وكلام القرطبي بين علة ذلك ، ويود مذهبي هذا أنه قول المجهول بل هو ما ثبث به في السنة و ما يؤيده الفعل و هذا ما سنوضحه فيما بعد .

ج/الدليل من السنة :

1- حديث قتادة أنه صلى الله عليه وسلم قال : أنظر قرابتك الذين يحتاجون و لا يرثون فأوصى لهم من مالك بالمعروف " أخرجه عبد الرزاق و عبد بن حميد .

قلت و الحديث يرغب للإيصاء لكل قريب غير وارث محتاج ، و قد ورد في صيغة أمر فأوصى لهم " و قد يقال لنا : إن الأمر للوجوب : قلنا نعم مالم تصرفه قرينة الى غيره و هي الأمر بالأداب يفيد الاستحباب ولا شك في أن الوصية من أعمال التبرع أي الآداب .

2- حديث عبد الله بن عمر – رضي الله عنهما – أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " ما حق إمرء مسلم له شيء يوصى فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده [1] .

و قد قيل أنه زيد في إحدى الروايات " له شيء يريد أن يوصى فيه " فلو ثمت بهذه الزيادة لقلنا أن الأمر بيد الموصى – إن شاء أوصى و إن شاء لم يوصي ، فكانت الوصية للأرقاب غير الوارثين من ضرب الندب لا غير و إن لم تثبت طبقنا قاعدة الأمر بالآداب يفيد الاستحباب ".

قلت: و لو كان من قبيل الواجب لكان راوي الحديث عبد الله بن عمر قد أوصى لقرابته غير الوارثين وما فعل ذلك.

3-قوله : صلى الله عليه وسلم : " إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم ، فضعوه حيث شئتم ".

د/ الدليل العقلي :

- ان الصحابة رضوان الله عليهم لم ينقل عليهم أنهم أوصوا بذلك بل و لم ينقل نكير و عكس ذلك .قلت : وقول الصحابي الذي لا مخالف له حجة لا يجوز العدول عنه ، يقول الحاكم في المستدرك " و ليعلم طالب هذا أن تغيير الصحابي الذي شهد الموصي و

[1] دار النفائس ، طبعة 1- سنة 1985 ، كتاب : الوصايا باب الوصايا ، رقم الحديث 1194 ، ص273 التجريد الصحيح لأحداث الجامع الصحيح : زيد الدين الزيدي

التنزيل عند الشخصين حديث " و قال في موضع آخر : " هو عندنا في حكم المرفوع ." و يعلق الإمام ابن القيم في هذا القول " و إن كان هذا فيه نظر إلا أنه الأولى بالقبول لأنهم عليهم نزل وهم أعلم بمعناه ..... و الأخذ بقولهم أولى من الأخذ بقول غيرهم ما أمكن إلى ذلك سبيلا ."

- قلت : و ثبتني حديث : رقم : 1195 من كتاب الوصايا في باب الوصايا للبخاري : حديث عمرو بن الحارث : قال : " ما ترك رسول الله صلى الله عليه وسلم عند موته درهما و لا دينارا و لا عبدا و لا أمة و لا شيئا إلا بلغته البيضاء و سلاحه و أرضا جعلها صدقة ."

قلت : والدليل من هذا أنه صلى الله عليه وسلم لم يوصي لقرابته غير الورثة رغم أنه الأسوة و القدوة ، و أضيف : و الأحد بالأقدم فالأقدم قاعدة أصولية و أمكن لنا إعمالها هنا

- إن هاته الوصية من أعمال التبرع منشأة للإرادة مع التغيير .

- القياس فالوصية الواجبة تقاس على الوصية الاختيارية ، لأن كلاهما وصية و حيث حكم الوصية الاختيارية الندب في حال المال الكثير و الكراهة في حال المال القليل ، ألحقنا هذا الحكم للوصية الواجبة .

هـ/ أقوال أهل العلم :

لقد نقلنا كلام ابن كثير و القرطبي آنفا [1].

و يقول صاحب تتمة الروضة النضير في ص 109 منه ." ..... و أما غير الوارث فهو قريب لا أقرب ، الآية غير شاملة لهم ..... فلا يجب للأقارب غير الوارثين لكنهم الأولى بالإيصاء من غيرهم ." [2].

و لما سئل ابن يتيمة قال " .....إذا استروا هم وغيرهم في الحاجة فأ قارب الواقف يقدمون على نظائرهم الأجانب كما يقدمون لصلته في حياته كما قال النبي صلى الله عليه وسلم : " صدقتك على المسلمين صدقة و على ذوي الأرحام صدقة و صلة " . ولهذا يأمر أن يوصي لأقاربه الذين لا يورثون ، إما أمر إستحباب كقول الأكثرين ...."

[1] التجديد الصريح – المرجع السابق ، ص 273

[2] محمد مصطفى شلبي – المرجع السابق ، ص 229

و/ أراء أصحاب المذاهب :

جاء في الهداية " الوصية غير واجبة و هي مستحبة " مذهب الأحناف.

- جاء في المدونة: " أرأيت إن قلت ثلث مالي لولد ولدي، قال مالك: ذلك جائز إذا كانوا غير وارثين "[1].

- جاء في الشرح الصغير: " الوصية مندوبة " المالكية

- و نقل الشافعي : قال أكثر أهل العلم : إن الوصية للأقربين منسوخة زال فرضها و إذا كانوا وارثين فالميراث و إن كانوا غير وارثين فليس بفرض إن يوصى لهم [2].

- مع ذلك يقول : و اجب على لو أوصى لقرابته الشافعية .

- و جاء في كتاب العدة في شرح العمدة: " و لأن الله إنما كتب الوصية على من ترك خيرا فلما نسخ الوجوب في محل الوجوب لا يعوده : قلت : أي أن مذهبه الأخذ بالنسخ الكلي فانتبه ، و قال : أكثرهم على إستحباب الوصية بالخمس " الحنابلة .

ي/ الإباضية : جاء في المدونة الكبرى : ولو أن رجلا أوصى لأخي من الناس و ترك أقاربه و لم يوصى لهم بشيء مضت ذلك الوصية و ترك الذي فيه الفضل و الذي ندب الله إليه العبادة و حتم عليه من الفضل في الوصية للأقربين لأقرب الناس إليه فيمن لا يرث .

- قلت : و يقال أنه : في هذا المذهب الإباضي : أنه من أوصى لغير قرابته بالثلث ، رد الثلث للقريب لأقرب الناس إليه ونقد ثلثا الوصية لغير القريب ، و لا أعلم لمذهبهم هذا دليلا و لا سندا

*الفرع الثاني : مذهب أهل الوجوب و أدلتهم:

- قول مذهب الجماعة إلى أن وجوبها صار منسوخا في حق الأقارب الذين يرثون و بقي وجوبها في حق الذين لايرثون و الأقارب و هو قول إبن عباس و طاووس وقتادة و الحسن . وهو قول : عبد الله بن أبي طالب أوفي وطلحة بن مطرف .

- و القائلون بالوجوب صنفان : [3] .

- واجب ديانة فقط ، و هو قول بعض التابعين و الظاهرية و أحمد .

---

[1] رواه أحمد و الترميذي و ابن ماجة و النسائي و إسناده الصحيح

[2] ابن تيمية : فتاوى النساء – دار الكتاب للحديث ، ص 202

[3] الإمام أبو زهرة – شرح قانون الوصية ، دار الفكر العربي ، طبعة 2 سنة 1978 ، ص : 240

- واجب قضاء و ديانة ، وهو قول ابن حزم الظاهري و أحمد في رواية عنه .

- و إضافة إلى إبن حزم ، فقد قال به أيضا القرضاوي و الطنطاوي .

- و يرى ابن حزم أنه واجب قضائي، فإن لم يوصي الجد بشيء وجب على ورثته أو الوصي المشرف على التركة ، و إخراج شيء غير محدد بمقدار من المال الميت و إعطاءه لهم .

- و الجدير بالذكر هنا أن المشرع الجزائري يعتمد في المواد : 169 و ما بعدها على وجوب الوصية للقريب غير الوارث أي رأي إبن حزم و أترابه .

- بل هو مذهب المشرع المصري و السوري و التونسي و الأردني

أ/ الدليل من القرآن : قول الله تعالى :﴿ كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين و الأقربين بالمعروف حقا على المتقين ﴾[1]

- و قال إبن حازم : " و فرض على كل مسلم أن يوصي لقرابته الذين لا يورثون إما لرق و إما لكفرو إما لأن هناك من يحجبهم ."

- قلت و إبن حزم الظاهري إعتمد على ظاهر الآية أي أن " كتب عليكم " تدل على وجوب لأنها بصيغة أمر يفيد الوجوب مالم ترد قرينة إلى غير الوجوب ."

- و من ثم يمكن القول أن في الآية لفظين بيانيين في إرادة معنى التحتيم و الايجاب ، وهما كتب عليكم " أي فرض كقوله " إن الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا ".

- و كذلك لفظ حقا على المتقين " التي يقول بشأنها الجصاص " لا شيء في ألفاظ الوجوب أكد من قول القائل ، هذا حق عليك ". و تخص المتقين على وجه التأكيد.

- وعندهم أن الوصية للأقربين مادامت واجبة عموما فهي من باب أولى لأولاد الولد بمثل نصيبه أصلا في حدوث الثلث خصوصا .و لكن هذا الامر يحتاج إلى إنكار نسخ الآية باية الفرائض لأن إعترافهم بنسخها يعني الإعتراف بنسخ حكم الوجوب و لا محالة لأن الأمر بعد نسخ الوجوب يصير استحبابا و ندبا كقاعدة أصولية .

- إلا أنهم بالنسخ الجزئي و ذلك في حق الوالدين و الأقربين الوارثين فقط و عدم تعلق النسخ بالأقارب غير الوارثين

[1] سورة البقرة الآية 180

- و جاء فخر الرازي في تفسيره حجة هؤلاء المعتمدين على حجتين هما : الأولى هو أن الآية دالة على وجوب الوصية للقريب ، فترك العمل به في حق الوارث القريب إما بآية المواريث أو قوله صلى الله عليه وسلم : لا وصية لوارث " الإجماع على " لا وصية لوارث " وهنا الإجماع غير موجود . و الثانية قوله تعالى صلى الله عليه وسلم "

و أجمعنا على أن الوصية لغير الأقارب غير واجبة فوجب أن تكون هذه الوصية مختصة بالأقارب و صارت السنة مؤكدة و للقرآن وجوب الوصية .

ب/الدليل من السنة :

1- عن عائشة رضي الله عنها أن رجلا قال للنبي صلى الله عليه وسلم " إن أمي إفتتلت نفسها و أنها لو تكلمت تصدقت فأتصدق عنها يا رسول الله ؟

-قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : نعم فتصدق .

-قال ابن حزم : " هذا دليل ايجاب الصدقة على من لم يوصي كما روى أيضا عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رجلا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " إن أبي مات ولم يوصي فهل يكفي عنه أن أتصدق عنه ، قال عليه الصلاة

و السلام نعم ." قلت : و ما قاله إبن حزم عليه ، فالنبي صلى الله عليه وسلم امر بالصدقة ولم يأمر بالوصية للأقارب غير الوارثين ، ثم أن هذا الأمر ليس للوجوب كما ظنه إبن حزم رحمه الله ، ولكن هناك قرائن تصرفه إلى غير ذلك

و كما نعلم في علم الأصول فالقرائن إما متصلة أو منفصلة ، وهي هنا منفصلة .

- قول : الرجل : و أنها لو تكلمت أتصدق – أي أن الرسول صلى الله عليه وسلم حينما أجاب بالقبول ، فذلك لأن منشأه و معناه : تصدق لأن أمك أرادت أن تتصدق لو تكلمت إذا كان منشأها إرادة الموصى ضمنا .

- و الامر بالآداب يفيد الاستحباب[1].

- حديث قتادة : " أنظر قرابتك الذين يحتاجون و لا يرثون فأوصى لهم من مالك بالمعروف ."

- و قد بين أنه دليل لمذهب الاستحباب عليهم للحجج التي قلناها سابقا .

[1] محمد مصطفى شلبي – المرجع السابق – ص 207

ج/الدليل العقلي :

-قاعدة " أن أمر الإمام بالمباح يجعله واجبا ."

-أو لولي الأمر أن يأمر بالمباح لما يراه من المصلحة العامة ، و متى أمر به وجبت طاعته [1]

-وهذه القاعدة لصالح مذهب الاستحباب لأنه بمفهوم المخالفة إن لم يأمر الإمام أو الحاكم بالمباح أو المندوب فيبقى على أصله أي الندب و الإباحة فقط .و لكننا هنا ننظر لأصل الحكم أي : هل الوصية للأقارب غير الوارثين واجبة قبل الإمام أوأنها ليست واجبة حتى بأمر الإمام بها .

د/ أقوال أهل العلم :

قال طاووس : " إن الله قسم بينكم فأحسن القسمة و أنه من يرغب برأيه عن رأي الله عز وجل ، ليصل و اوصى لقرابته ممن لا يرث ثم دع المال على ما قسمها الله عليه .

قال الضحاك: " من مات من غير أن يوصى لأقاربه فقد ختم عمله بمعصية ".

قال ابن مسعود : إن الوصية تجب للقريب غير الوارث الأفقر فالذي يليه ".

قال ابن حزم الظاهري: " وفرض على كل مسلم أن يوصي لقرابته الذين لا يرثون، إما لكفر و إما لأن هناك من يحجبهم عن الميراث، أو لأنهم لا يرثون فهي لهم بما طابت به نفسه لأحد في ذلك. فإن لم يفعل أعطوا ولابد من كونها للورثة مشاهد منهم، فإن كان والده أو أحدهما على الكفر أو مملوكا ففرض عليه أيضا أن يوصي لهم أو لأحدهما ، فإن لم يفعل أعطيا من المال و لابد ، ثم يوصي فيما شاء بعد ذلك ، فإن أوصى لثلاثة من أقاربه أجزأه [2] وهذه هي آراؤهم لا تلزمنا مادامت لا تعتمد الدليل البين الواضح بل وتعارض ما ثبت في القرآن

والسنة والراجح من أقوال أهل العلم المعتبرين.

[1] العربي بلحاج – المرجع السابق –ص 218

[2] محمد مجدة ، المرجع السابق ، ص 295 و 296

الخاتمـــــة

الخاتمة :

من خلال الدراسة السابقة يمكن أن نوجز عملنا وفق :

مجموعة من المفاهيم و التي تتضمن ما يلي :

أن الوصية سبب في كسب الملكية في القانون المدني الجزائري فهي تصرف قانوني من جانب واحد يفضي إلى كسب الملكية إذا تصرف شخص بمقتضاها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت و التي تناولها القانون المدني الجزائري في القسم الثاني من الفصل الثاني و الذي يعتبرها تصرف في التركة مضاف ما بعد الموت .كما تعتبر عملا إرادي منحها الله للإنسان كي يتخذ منها وسيلة لمنح الآخرين حقا مشروعا لا يتحقق فيه معنى الإظهار الذي قد يوجد في بعض الأسباب الأخرى لكسب الملكية و هي تستغل بكونها أداة، و الوصية تختلف عن الهبة من حيث أثر كل واحدة منها و أيضا من حيث أركانها .لذلك فالوصية تختلف عن غيرها من التصرفات القانونية لما لها من ذاتية خاصة.وإن تصرفات المريض مرض الموت و التصرف الوارث مع الاحتفاظ بالحيازة و بالمنفعة طوال حياة المتصرف هما مسألتان ملتحقتان بالوصية فتأخذان حكمها و تخضعان لما يسري عليها و يضبطها من قواعد قانونية و شرعية .

المصادر:

القرآن الكريم

السنة النبوية الشريفة

القوانين:

قانون رقم 84-11 المؤرخ في09يوليو1984 يتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم رقم05-02 المؤرخ في27فبراير2005.

قانون الوصية المصري رقم71 لسنة1974 .

الأمر رقم77-12 المؤرخ في02مارس1977 بتعلق بتنظيم الوظيفة القنصلية.

الأمر رقم76-105 المؤرخ في 09 ديسمبر1976 المتضمن قانون التسجيل.

قانون رقم05-07 المؤرخ في13 مايو2007 المتضمن القانون المدني الجزائري.

المراجع:

ابن عابدين، لمحمد أمين بن عبد العزيز، رد المحتار على الدر المختار في تنوير الأبصار، القاهرة 1435ه.

الإمام أبو زهرة، شرح قانون الوصية، (دراسة مقارنة لمسائله وبيان لمصادره الفقهية)،دار الفكر العربي،سنة1988م

الدكتور بدران أبو عينين بدران، المواريث والهبة والوصية في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1975م.

الدكتور وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، الطبعة الثانية، 1405هـ، 1985م، الجزء الثامن.

السيد السابق، فقه السنة، دار الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى، 1425هـ، 2004م.

الشيخ علي الخفيف ، احكام الوصية (بحوث المقارنة)،دار الفكر العربي،القاهرة، الطبعة الأولى1431هـ،2010م.

العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري(الوصية)،دبوان المطبوعات الجامعية الجزائر، الجزء الثاني الطبعة2004 .

أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح (المسند في حديث رسول الله صلي عليه وسلم سننه وأيامه)، المطبعة السلفية، القاهرة، الجزء الثاني، 194هـ، 256هـ.

بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى، 1429ه، 2008م.

بهرام عبد الله بن عبد العزيز الديبري، صححه الدكتور أحمد بن عبد الكريم نجيب، الشامل في فقه الإمام مالك، مركز سيبويه للطباعة والنشر والدراسات، طبعة أولى، .

جمال الدين محمد بن مكرم بن الأنصاري، لسان العرب،دار الفكر ببيروت، الطبعة الأولى1990

حمدي باشا عمر، عقود التبرعات (الهبة، الوصية، الوقف).

زهدور محمد، الوصية في قانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991م.

عبد الرحمن محمد عوض الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المجلد الثالث، 1299هـ.

عبد الرزاق الشهوري،الوسيط في شرح القانون المدني،كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية كحق الانتفاع، الجزء التاسع،دار النهضة العربية،طيعة1968م.

لعروم مصطفى مذكرة بعنوان، الوصية الشريعة والقانون، 1998م.

محمد محدة،التركات والمواريث،الطبعة الثانية،سنة1994م.

محمد مصطفى الشلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، طبعة الثالثة 1967م.

وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، الجزء 43 (وديعة، وضوء) طبعة 1، الكويت 1425ه، 2005م.

المذكرات:

لعروم مصطفى،(الموثق)، مذكرة بعنوان، الوصية بين الشريعة والقانون، الطبعة 1998م.

زهدور محمد،رسالة الماجستير، الوصية في قانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، جامعة الجزائر، سنة1975 م.

المجلات:

المجلة القضائية.

المجلة القضائية العدد الثاني1991.

المجلة القضائية العدد الرابع1991.

مجلة الأحول الشخصية التونسية الصادرة بامر13اوت1956.

الاجتهاد القضائي لغرفة الأحول الشخصية عدد خاص2001.

مجلة الموثق.

مجلة الموثق1998.

مجلة الموثق2001.

المجلة القانونية.

مجلة القانون والاقتصاد للبحث في الشؤون القانونية والاقتصادية من الوجهة المصرية مطبعة فتحى الله الياس نوري واولاده، العدد الأول،يناير1983

الإهـــــــــــــداء

التشكـــــــــــــرات

مقدمـــــــــــــــة

الفصل الأول : ماهية الوصية و أركانها.....5

المبحث الأول : ماهية الوصية.....5

المطلب الأول : تعريف الوصية و مشروعيتها و أنواعها 5

الفرع الأول : تعريف الوصية.....7.5

الفرع الثاني : دليل مشروعية الوصية.....9.8

الفرع الثالث : حكم الوصية.....10.9

الفصل الرابع : أنواع الوصية.....11

المطلب الثاني : التصرفات اللاحقة بالوصية 11

الفرع الأول: تصرفات المريض مرض الموت.....12.11

الفرع الثاني: التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحيازة.....12

المبحث الثاني : أركان الوصية 13

المطلب الأول : أطراف الوصية 13

الفرع الأول : الموصي 16.13

الفرع الثاني : الموصي له 21.17

المطلب الثاني : صيغة الوصية و محلها.....21

الفرع الأول : صيغة الوصية.....24.21

الفرع الثاني : الموصى به (محل الوصية) 33.25

الفصل الثاني: الأحكام المتعلقة بالوصية

المبحث الأول : الوصية وما يبطلها 36

المطلب الأول : تنفيذ الوصية 36
الفرع الأول : إثبات الوصية 39.36
الفرع الثاني : كيفية تنفيذ الوصية 42.39
الفرع الثالث : شهر الوصية 45.43
المطلب الثاني : ما يبطل الوصية 45
الفرع الأول : ما يبطل الوصية من جهة الموصى 47.45
الفرع الثاني : ما يبطل الوصية من جهة الموصى له 48.47
الفرع الثالث : ما يبطلها من جهة الموصى به 49.48
المبحث : الثاني : الوصية الواجبة.....49
المطلب الأول : مراحل تطور التنزيل.....49
الفرع الأول : مرحلة ما قبل صدور قانون الاسرة 50.49
الفرع الثاني : مرحلة ما بعد صدور قانون الاسرة لسنة 1984 .....51.50
المطلب الثاني : تعريف التنزيل.....51
الفرع الأول : تعريفه لغة واصطلاحا.....51
الفرع الثاني : تعريفه قانونا.....51
الفرع الثالث : التاصيل الشرعي للتنزيل رأي الشريعة والفقهاء.....59.52
الخاتمة
قائمة المراجع
الفهرس