جامعة زيان عاشور – الجلفة –
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

أحكام الصيغة في عقد الوصية

دراسة مقارنة بين التشريعات العربية والفقه الإسلامي

مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر في الحقوق - تخصص أحوال شخصية -

إعداد الطالب :
حوة مصطفى

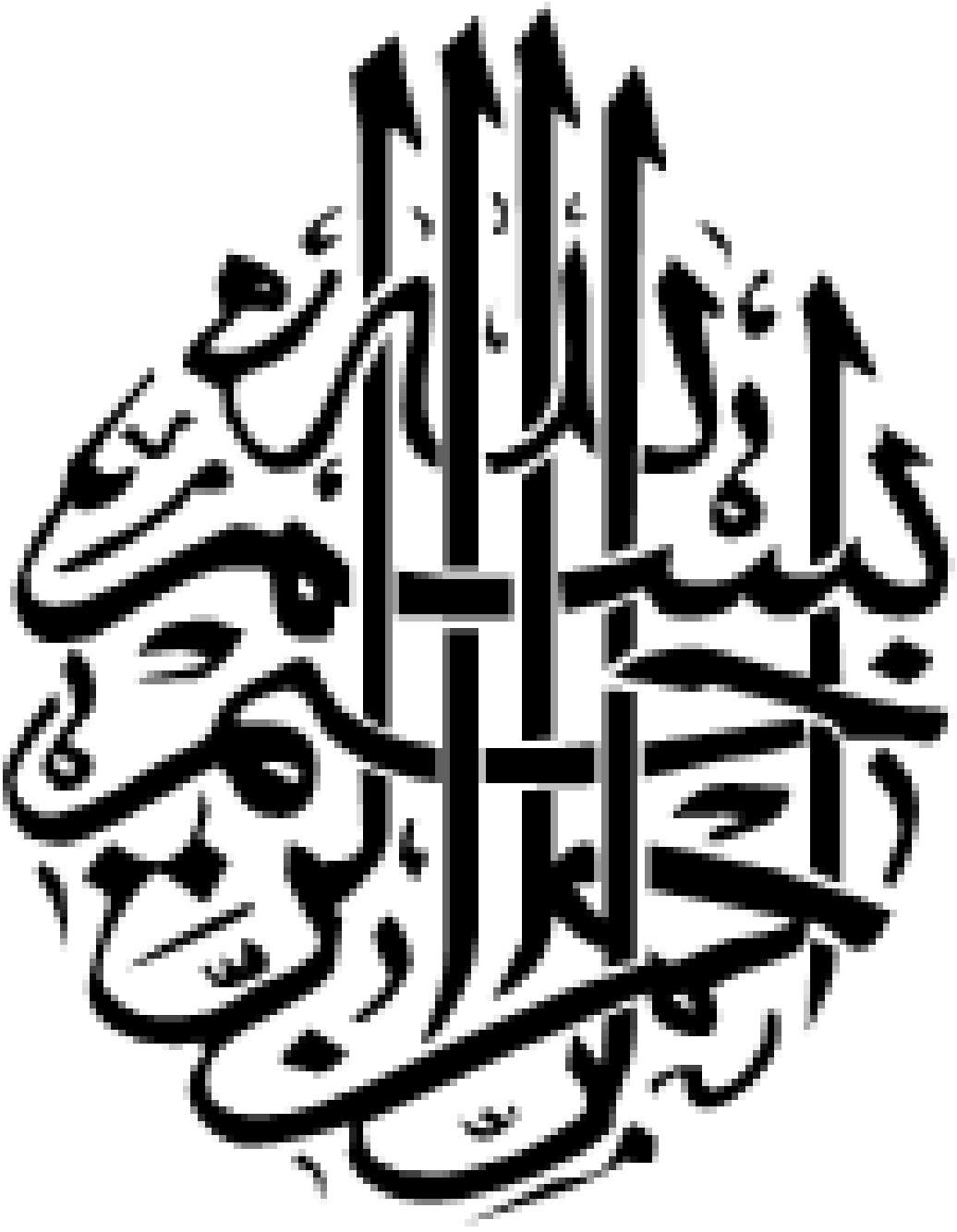
إشراف الأستاذ :
د/ بن مصطفى عيسى

لجنة المناقشة

- د/ بورزق أحـــــمد ..... رئيســـــــــــــــا
- د/بن مصطفى عيسى ..... مشرفا ومقررا
- د/ حمزة أحـــــمد ..... مناقشـــــــــــــــا

السنة الجامعية :

2016 / 2017 م



إهـــــــداء

أهدي هذا العمل

إلى:

- ❖ الوالدين الكريمين حفظهما الله.
- ❖ كل أفراد عائلتي.
- ❖ الزوجة الكريمة.
- ❖ إبنتي وقرة عيني "أروى".
- ❖ أخي وخالي وصديقي "الحاج"
- ❖ الأصدقاء بالدراسة.
- ❖ زملائي بالعمل.
- ❖ كل من لم يدخر أي جهدا في مساعدتي.
- ❖ كل من ساهم في تلقيني و لو حرفا في مشواري الدراسي.

شكـــر

الحمد لله الذي أنار لنا درب العلم والمعرفة وأعاننا على أداء هذا الواجب ووفقنا الى انجاز هذا العمل .

نتوجه بجزيل الشكر والامتنان الى كل من ساعدنا من قريب أو من بعيد على انجاز هذا العمل و تذليل ما واجهناه من صعوبات ، ونخص بالذكر الأستاذ المشرف : **بن مصطفى عيسى** الذي لم يبخل علينا بتوجيهاته ونصائحه.

ولا يفوتنا أن نشكر كل أساتذة وموظفي كلية الحقوق بجامعة زيان عاشور بالجلفة.

كما نتقدم بالشكر الى عمال المكتبة

وكل الشكر لمن ساعدنا على كتابة وطبع هاته المذكرة.

مقدمة

الحمد لله الهادي إلى صراطه المستقيم ، والصلاة و السلام على أشرف الأنبياء والمرسلين نبينا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين.

بين الإنسان و المال صلة قديمة نشأت معه منذ وجوده ، فهو غايته التي يسعى جاهدا إلى تحقيقها بشتى الطرق والوسائل ، فتطورت هذه الصلة مع الزمن حتى عرفت بالملكية و حاولت الشرائع تنظيمها وتبيان أسبابها إلى أن جاء الإسلام فوضع لها نظاما شاملا ، أقر فيه أحسن ما قبله ورتبه ، ثم أكمل ما به من نقص ، فجعل لها أسبابا منشئة وأخرى ناقلة في حياة الشخص وبعد وفاته ، وهذه الأسباب منها الاختياري الذي يصدر عن إرادة ورغبة وغير الاختيار ي الذي يثبت بأمر الشارع ومن غير أن يكون للشخص دخل فيه.

والوصية هي تصرف من التصرفات الناقلة للملكية في الإسلام التي ترك فيها الاختيـــار للأشخاص، و مما لا شك فيـــه أن الوصية عرفت منذ أن عرف الإنسان المال و أحس بأن حياته فانية ، مما يقتضي منه التفكير في مصير ثروته، ومستقبل أبناءه .

ولعل هذا ما تشير إليه الآية الكريمة: ﴿ وَلْيَخْشَ الَّذِينَ لَوْ تَرَكُوا مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَافًا خَافُوا عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُوا اللَّهَ وَلْيَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا ﴾[1].

والوصية كنظام قانوني لها تاريخ قديم، حيث تطورت بتطور الحضارات . و قد اهتمت الشريعة الإسلامية بدورها بالوصية باعتبارها من أهم التصرفات المالية المضافة إلى ما بعد الموت عن طريق التبرع حيث وضحت أحكامها، وفصل الفقهاء في بيان أركانها وشروطها ، و قد انعكس هذا الاهتمام الكبير بأحكام الوصية على مختلف التشريعات العربية.

فقد اختلف الفقه الإسلامي بين أركانها و شروطها و رغم هذا الخلط غير المبرر بين أركان الوصية و شروط تنفيذها ، يمكن الرجوع إلى أحكام المذهب المالكي التي تتفق

[1] - الآية (09) من سورة النساء.

مع مذهب الجمهور في اعتبار أركان الوصية أربعة على خلاف رأي الحنفية الذين يعتبرون الصيغة ركن الوصية الوحيد ، وإن مرد هذا الخلاف بالأساس تضارب آراء الفقهاء بخصوص مفهوم الركن من جهة ، و تكييف الوصية على أنها عقد أو إيقاع من جهة أخرى.

ونظـــرا لأهميـــة هـــذا الركن في الوصية فقد عالجها الشارع الحكيم و وضع لها شروط و أحكام ، كما تولى الفقه الإسلامي والقانون هذا الموضوع بالشرح والاجتهاد على أساس العدل والإنصاف لحفظ نظام الأسرة والمجتمع وأغلب التشريعات العربية استمدت نظـــام الوصيـــة بأركانهـــا و شروطهـــا من الشريعة الإسلامية واجتهادات الفقهاء ، حيث اعتبرها المشرع الجزائري إنها تثبت بإرادة الشخص طبقا لما جاء في قانون الأسرة الجزائري من الكتاب الرابع باب التبرعات من الفصل الأول من المادة 184 إلى المادة 201 ، كما أفردت و خصصت المدونة المغربية الكتاب الخامس للوصية المقسم إلي قسمين قسم خاص بشروط الوصية و إجراءات تنفيذها المقسم إلى عدة أبواب و قسم ثاني خاص بالتنزيل، و تناول المشرع الكويتي الوصية في القسم الثاني من المادة 219 إلى المادة 287 ، كما تطرق المشرع السوري إلى الوصية في قانون الأحوال الشخصية و عالجها في الكتاب الخامس من المواد 207 إلى المادة 259.

أهمية الموضوع

و تتجلى أهمية موضوع الصيغة في عقد الوصية بإعتباره واحد من موضوعات الفقه الإسلامي الهامة ، ذات الصلة بواقع الناس في حياتهم وتعاملاتهم اليومية ، و قد تحدث الفقهاء عن كثير من مسائل وتفصيلات هذا الموضوع ، وقدم كل واحد منهم رأيه بما ترجح لديه من الأدلة والبراهين.

كما أن أهمية الصيغة في عقد الوصية كبيرة فهناك من اعتبر من المذاهب أن الوصية لها ركن واحد و هو الصيغة التي تعتبر الوسيلة الوحيدة الناقلة للملكية من الموصي إلى الموصى له ، وتكلم الفقهاء عن صيغة الوصية لا يريدون منها إلا ما يصدر

من الموصي من لفظ أو كتابة أو إشارة مفهمة يدل على معناها، ذلك أن الصيغة هي مصدر العقد و صورته في الخارج.

وإذا كانت المذاهب جميعا تتفق على ضرورة الصيغة كركن من أركان الوصية، إلا أنها اختلفت مع ذلك في مضمونها.

وعليه يتم طرح الإشكال التالي:

- ما مفهوم الوصية؟ و ما هي أركانها وشروطها ؟ و ما أدلة مشروعيتها ؟
- ما معنى الصيغة في عقد الوصية ؟ وهل الصيغة تشمل الإيجاب فقط أم الإيجاب والقبول معا؟

أسباب اختيار الموضوع:

ومن أسباب اختيارنا لموضوع الصيغة في عقد الوصية بالتحديد هو:

- الرغبة الملحة للبحث في الموضوع، وكذا الحاجة العلمية والعملية لمثل هاته المواضيع وخاصة بدراسة المقارنة وما تنتجه من آراء وأفكار.
- إبراز كل الآراء الفقهية للمذاهب الأربعة والفقهاء و شرح القانون الذي اعتمده المشرع العربي في معالجة الوصية وركن الصيغة فيها وكذا إبراز أهم التقنينات العربية في الوصية بشكل عام و ركن الصيغة بشكل خاص.
- جهل الكثير من الناس بجزئيات الأحكام المتعلقة بركن الصيغة .

المنهج المتبع:

لقد اخترت في دراستي لهذا الموضوع المنهج المقارن والتحليل مع استقراء الأحكام والأدلة ، حيث يجدر بنا أن نقوم بإبراز أهم الآراء الفقهية والقانونية المتعلقة بنظام الوصية وصيغتها و ذلك من خلال الإجابة على إشكالية الموضوع بإقامة الدليل الشرعي والنص الفقهي على كل حكم ومسألة وكل هذا تبدو له أهمية بالغة الأثر.

الصعوبات:

و قد واجهتنا بعض الصعوبات في إعداد و معالجة هذا الموضوع في اختيار المراجع المتخصصة في هذا الشأن، وهذا راجع إلى ضيق الوقت المخصص لنا لإعداد هذا البحث.

الدراسات السابقة:

بعد البحث والدراسة حول الموضوع وجدت أن بعض الفقهاء والعلماء تناولوا هذا الموضوع وخصص بعضهم كتبا خاصة كالإمام الشافعي والدكتور/ بلحاج العربي "الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الجزء الثاني(الهبة والوصية)"، والإمام محمد أبو زهرة في كتابه "شرح قانون الوصية" ، و الدكتور/ وهبة الزحيلي ، والعديد من الفقهاء الذين تناولوا هذا الموضوع لأهميته البالغة.

الخطة المتبعة:

و للإجابة عن الاشكالية السابقة تناولنا هذا البحث في فصلين أساسيين حيث تطرقنا في:

الفصل الأول: ماهية الوصية أركانها وشروطها، مبرزين في المبحث الأول مفهوم الوصية الشرعية و القانونية و بيان أركانها و شروطها ، أما المبحث الثاني فنتناول فيه أدلة مشروعية الوصية والحكمة من مشروعيتها ، لنتطرق في المبحث الثالث إلى أنواع الوصية.

الفصل الثاني: الصيغة في عقد الوصية و نتناول أهم الآراء الفقهية القانونية التي عالجت موضوع الصيغة في الوصية ، فنتطرق في المبحث الأول الى مفهوم الصيغة تعريف و شروط ، حيث نبرز فيه أهم التعريفات الفقهية و القانونية التي أخذت بها بعض التشريعات العربية، كما نتناول في المبحث الثاني الإيجاب في عقد الوصية و في المبحث الثالث نتناول القبول والرد في الوصية مبرزين أهم الآراء الفقهية والنصوص القانونية في أهم التقنينات العربية التي تناولت موضوع الوصية أركانها و شروطها باعتبار أن الصيغة أبرز أركانها.

الفصل الأول
ماهية الوصية

تعتبر الوصية الحق الثابت بعد موت غير المتوفى ، والتي يتم إخراجها قهرا على الورثة دون رضاهم ومادامت في حدود الإطار الشرعي من التركة بعد استفاء الحقوق المتعلقـــة بالتركـــة و كذالك ما اتفق عليه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية و الحنابلة و ما خالفهم من أهل الظاهر في التقسيم والترتيب في الحقوق المتعلقة بالتركة وهي ديون الله تعالى من حج و زكاة و كفارات و نذر، و ديون العبد في ذلك الممتازة أو العادية التجهيز ، الدفن و تنفيذ الوصايا و أخيرا الميراث.

و لأن الوصية هي سبب من أسباب نقل الملكية في الإسلام ، جاء نظاما مرتبطا بنظام المواريث إذ أن كلا منهما يرد على مال الشخص بعد وفاته ، فكل لمنهما خلافة يخلف فيه الوارث مورثه في تركته ، والموصي فيها أوصى به ، و أن كانت أولاهما إجبارية بحكم الشرع و لا دخل للمورث و لا للوارث فيها فتثبت جبرا عنهما ، و الثانية اختيارية تثبت بإرادة الموصي ومشيئته إذا قبلها الموصى له. و سنتناول في هذا الفصل المباحث التالية:

المبحث الأول : مفهوم الوصية

المبحث الثاني : أدلة مشروعية الوصية والحكمة منها.

المبحث الثالث : أركان الوصية ، شروطها وأنواعها.

المبحث الأول : مفهوم الوصية

جاءت تعريفات الفقهاء والقانونيون مترجمة لضوابط الأحكام التي استنبطها أئمتهم ، فهي تختلف تبعا لاختلاف الأحكام المقررة في كل مذهب ومع ذلك فقد تأتي بعض التعريفات معيبة من ناحية قصورها أو زيادتها قيودا لا حاجة إليها ، ولذا كانت موضع جدل ونقاش كبيـــر بين الفقهـــاء ، وعبارتهم في تعريف الوصية كثيرة و منوعة و تختلف في وضوحها و خفائها و وفائها و قصورها ، ولهذا سنتطرق في هذا المبحث الى تعريف الوصية لغة اصطلاحا في أول مطلب ثم نتطرق الى تعريفها قانونيا في بعض التشريعات العربية كمطلب ثان.

المطلب الأول : تعريف الوصية لغة واصطلاحا

وإذا كان تعريف الوصية جاء موحدا لغة فأن التعريف الاصطلاحي والشرعي للفقهاء اختلف حسب كل مذهب، إن لم نقل في المذهب الواحد يختلف تعريفها .

أولا : تعريف الوصية لغة:

تطلق الوصية لغة على عدة معاني منها :

أ) – العهد إلى الغير: أوص الرجل ووصاه : عهد إليهن وأوصيت إليه ، وأوصيت له بشيء، وأوصيت إليه إذا جعلته وصيتك، وأوصيت وصية و إيصاء وتوصية. [1]

ب)– الوصل: وصى الشيء وصيا اتصل وأرض واصية متصلة النبات و قد وصت الأرض إذا اتصل نباتها.[2]

ج) – التقدم إلى الغير بما يعمل مقترنا بوعظ ، وتواصى القوم إذا أوصى بعضهم بعضا[3]

---

1 ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم بن الأنصاري، لسان العرب ، مادة (وَصَى) ، دارالفكر ، بيروت ط الأولى، ت ط : 1410 هـ – 1990 م ، ج 15 ، ص394.

2 الفيروز أبادي ، القاموس المحيط ، مادة (وَصَى) ص 1731 . الزبيري، تاج العروس، مادة (وَصَى)، ج 20 ص 296 .

3 الأصفهاني ، أبو القاسم حسين بن محمد بن المفضل ، المفردات ، مادة (وَصَى) ، ط الأخيرة ، ت ط : 1381 هـ– 1961 م ، ص 525

قول الله تعالى ﴿ وَتَوَاصَوْا بِالْحَقِّ وَتَوَاصَوْا بِالصَّبْرِ ﴾ [1]

وقال تعالى : ﴿ أَتَوَاصَوْا بِهِ بَلْ هُمْ قَوْمٌ طَاغُونَ ﴾ [2]

ثانيا: تعريف الوصية شرعا:

عرف الفقهاء الوصية بتعارف عدة نذكر منها:

1 – تعريف الوصية عند فقهاء الحنفية :

أ) – اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد موته ، و به ينفصل عن البيع والإجارة والهبة ، لأن شيئا من ذلك لا يتحمل الإيجاب بعد الموت [3]

ب) - تمليك مضاف إلى ما بعد الموت [4]

2– تعريف الوصية عند فقهاء المالكية :

أ) – تمليك مضاف إلى ما بعد الموت على سبيل التبرع عينا كان او منفعة [5]

ب)– هي هبـــة الرجـــل لمالـــه لشخص أخر أو عدة أشخاص بعد موتها وعتق غلامه، سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح به .[6]

ج) – هي عقد يوجب حقا في ثلث مال عاقده يلزم بموته[7]

3– تعريف الوصية عند فقهاء الشافعية والحنابلة

– هي تبرع بحق مضاف لما بعد الموت [8]

---

1 سورة العصر الآية (3).

2 سورة الذاريات الآية (53).

3 – الكاساني، علاء الدين أبوبكر مسعود الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع – دار الكتب العلمية ، بيروب، لبنان الطبعة الثانية ، ت ط 1406هـ – 1986 م، ج 7 ، ص 332-333.

4 الميداني، أبو الحسين أحمد بن حمد القدوري البغدادي، اللباب في شرح الكتاب، دارالكتب العلمية، بيروب، لبنان،ج 4 ص 168

5 الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي احمد الدردير، دار احياء التراث العربي، ج 4، ص 244.

6 القرطبي، ابو الوليد محمد احمد بن محمد بن احمد بن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ط الثامنة ، ت ط : 1406هـ – 1986م.

7 الكشناوي ، أبوبكر بن حسن ، أسهل المدارك في شرح ارشاد المسالك في فقه الإمام مالك، المكتبة التجارية ، بيروت ط الثانية ،3ج ،ص271.

8 العمراوي ، محمد الزهيري، انوار المسالك وعدة الناسك ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .بيروت .لبنان . ط الاولى ت ط 1416 هـ – 1966م. ص266.

أ) – تبرع بالمال بعد الموت [1]

ج) – هي تبرع بمال يقف نفوذه على خروجه من الثلث [2]

د) – هي تحول الموصى به إلى الموصى له بعد الموت [3]

المطلب الثاني : تعريف الوصية قانونا

سنتطرق في هذا المطلب الى أهم التعريفات التي نظم وحكم بها المشرع العربي الوصية في قوانينه والتي جاءت موحدة في عمومها وان اختلفت في جزئيات لا تؤثر على التعريف الموحد للوصية.

حيث نجد أن القوانين الوضعية العربية في تعريفها للوصية تأثرت بالمذاهب الفقهية السارية في مناطق صدور تلك القوانين ، فاستعارة تعريفات الفقهاء تارة و حورتها تارة أخرى ، دون أن تبتعد عن مضمونها. و انعكس هذا الاهتمام الكبير بأحكام الوصية على مختلف التشريعات العربية، و هكذا نصت المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري تقضي بأن "الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع". ونص المادة 190 على أنه " للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها و التي تدخل في ملكه قبل موته عبثا أو منفعة" و المقصود بكلمة (تمليك) الواردة في النص أن الوصية قد تكون بالأعيان سواء أكانت منقولا أو عقارا بالدفع تسكن الدار أو زراعة الأرض. [4] و قريبا من هذا التعريف نجد المادة 277 من مدونة الأسرة المغربية نصت على ما يلي:

"الوصية عقد يوجب حقا في ثلث مال عاقده يلزم بموته"

---

1 ابن قدامة المقدسي ، موفق الدين ابي محمد بن عبد الله ، الكافي في فقه احمد بن حنبل، بيروت .لبنان. ط الخامسة ت ط 1408 هـ – 1988 م ، ج 4 ، ص 474.

2 ابن قدامى المقدسي ، شمس الدين أبو فرج عبدا لرحمان ابن أبي عمر احمد ، الشرح الكبير على متن المقنع على مذهب ابن أبي عبدا لله احمد بن حنبل الشيباني. المتوفى سنة 682 هـ ، ج 3، ص514.

3 البجيرمي ،سليمان ، حاشية البجيرمي بتحفة الحبيب على شرح الخطيب المسمى بالإقناع في حل ألفاظ ابي شجاع، ج3 ص296.

4 شيخ نسيمة ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري ، الهبة ، الوصية ، الوقف ، دار هومة ، الجزائر ، ت ط 2012 ، ص120.

كما تنص المادة 207 من قانون الأحوال الشخصية السوري على ما يلي :
"الوصية تصرف في الشركة مضاف إلى ما بعد الموت"
كما نص قانون الوصية المصري في مادته الأولى أن : " الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت".

و في هذا الصدد تشير المادة 202 من قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان إلى أن "أركان الوصية: الصيغة، الموصي، الموصى له، الموصى به" وهي نفس المقتضيات الواردة في مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية.

أما القانون الأحوال الشخصية الكويتي فقد عرف الوصية في المادة 312، بأنها "تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت".

ولم تكتف التشريعات العربية بتعريف الوصية بل عملت أيضا على تنظيم أحكامها وهي مستمدة في مجملها من الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: أدلة مشروعيتها والحكمة من مشروعيتها .

تثبت مشروعية الوصية بالكتاب والسنة والإجماع، كما يستنبط منها الحكمة من مشروعيتها، لهذا سنتناول في هذا المبحث أدلـــة مشروعيـــة الوصيـــة في المطلب الأول و نبين الحكمة من مشروعيتها في المطلب الثاني.

المطلب الأول : أدلة مشروعيتها

في هذا المطلب سنسرد أهم الأدلة المستنبطة من الكتاب والسنة و اجتهاد للعلماء التي اعتمدها الفقهاء في مشروعية الوصية كتكليف شرعي حث عليه الشارع.

أولا: أدلة المشروعية الوصية من كتاب الله الكريم:

أ- **قال تعالى:** ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ * فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَمَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾[1]

وجه الاستدلال :

وجه الاستدلال في قوله تعالى ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ ﴾ يقتضي الوجوب، أما قوله تعالى ﴿إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ ﴾ فليس المراد منه معاينة الموت ، لأنه في ذالك الوقت يكون عاجزا عن الإيصاء.[2]

و يقول صاحب جامع البيان:(واعلم انه قد كتبه علينا وفرضه ، كما قال ﴿كتب عليكم الصيام﴾)[3] ولا خلاف بين الجميع إن تارك الصيام وهو عليه قادر مضيع بتركه فرضا لله عليه ، وهو يترك الوصية لوالديه و أقربائه و له ما يوصي لهم فيه ، مضيع فرض الله عز وجل .[4]

---

1 سورة البقرة الايتان (180 – 181)

2 الامام الرازي فخر الدين 544-604 هـــ ، تفسير الفخر الرازي المشتهر بالتفسير الكبير ومفاتيح الغيب، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ت ط 1415هـــ – 1995م ، ج 3، ص 64 .

3 سورة البقرة الاية (183)

4 الطبري ،بن جرير (ت 310هـــ) جامع البيان عن تأويل القران، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ت ط 1415هـــ – 1995م،ج 2، ص 158.

ب – قوله تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ [1]

ج– قوله تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ [2]

د– قوله تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ [3]

وجه الاستدلال:

يعني قوله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ [4] أن الذي قسمه الله تبارك وتعالى لولد الميت الذكور منهم والإناث ولأبويه من تركته من بعد وفاته ، إنما يقسمه لهم على ما قسمه لهم في هذه الآيات من بعد قضاء دين الميت الذي مات و هو عليه من تركته من بعد تنفيذ وصيته في بابها ، بعد قضاء دينه كله. فلم يجعل تعالى ذكره لأحد من ورثة الميت ولا لأحد ممن أوصى له بشيء إلا من بعد قضاء دينه من جميع تركته ، وإن أحاط بجميع ذلك ، ثم جعل أهل الوصايا بعد قضاء دينه شركاء ورثته فيما بقى لما أوصى لهم به ما لم يتجاوز ذلك ثلثه فإن جاوز ذلك ثلثه جعل الخيار في إجازة ما زاد على الثلث في ذلك أو رده إلى ورثته ، إن أحبوا أجازوا الزيادة في ثلث ذلك ، شاءوا ردوه فأما من كان من ذلك إلى الثلث فهو ماض عليهم.[5]

ثانيا: أدلة مشروعية الوصية من السنة النبوية الشريفة:

1– ما ورد عن ابن عمر بن الخطاب –رضي الله عنهما– : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال :"ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه ، يبيت ليلتين إلا و وصيته مكتوبة عنده"[6].

---

1 سورة النساء الاية (11)

2 سورة النساء (12).

3 سورة النساء (12).

4 سورة النساء (11).

5 الطبري ،بن جرير (ت 310هـ) جامع البيان عن تأويل القران، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ت ط 1415هـ – 1995م،ج 2، ص 158. ، تفسير الرازي.ج 5، ص 244.

6 د. محمد مصطفى الشبلي ، أحكام الوصايا و الأوقاف، دار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت–لبنان ، الطبعة الرابعة ، 1402هـ– 1982 م.

2- ما ورد عن سعد بن أبي وقاص -رضي الله عنهما- قال : جاء النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم يعونني وأنا بمكة ن وهو يكره أن يموت بالأرض التي هاجر منها قال: "يرحم الله ابن عفـــراء" [1]، فقلت يا رســـول الله أوصي بمالي كله ؟ قـــال : "لا" قلت : الثلث ، قال فالثلث كثير انك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس ما في أيديهم..".[2]

3- ما رواه البخاري ومسلم عن ابن عمر-رضي الله عنهما-قال: قال رسول الله-صل الله عليه وسلم-((ما حق امرئ مسلم له شيء يوصى فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده قال ابن عمر: ما مرت عليّ ليلة منذ سمعت رسول الله-صلى الله عليه وسلم-يقول ذلك إلا وعندي وصيتي)).[3]

4- ما ورد عن انس - رضي الله عنه- قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "المحروم من حرم وصيته".[4]

5- ما ورد عن جابر بن عبد الله -رضي الله عنه- قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من مات على وصية مات على سبيل و شهادة ، و مات على تقى وشهادة ومات مغفورا له"[5].

6- ما ورد عن أبي هريرة - رضي الله عنه- أن رسول الله صلى الله عليه وسلـــم قال : " إن الله تصدق عليكـــم عنـــد وفاتكم بثلث أموالكم زيادة في أعمالكم فضعوها حيث شئتم أو أحببتم".[6]

---

1 أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الوصايا ، باب الوصايا ، قوله صلى الله عليه وسلم "وصية الرجل مكتوبة عنده" رقم (2587).

2 أبن حجر العسقلاني،أحمد بن على، فتح الباري بشرح صحيح البخاري لأبي عدالله محمد بن اسماعيل البخاري ، دار الفكر، بيروت ، لبنان،ج 5، ص364.

3 أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الوصايا ، باب الوصايا، باب(أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ت ط 1997، رقم 3591، ج 3، ص1006.

4 أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الوصية، دار المحاسن،القاهرة ، مصر، رقم 05، ج 4، ص 150-151.

5 أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب الوصايا ، باب الحث على الوصية ، رقم 2700، ج 2، ص 901.

6 أخرجه ابن ماجه في سننه ، كتاب الوصايا ، باب الحث على الوصية رقم 1053 ج 2، ص 289.

وجه الاستدلال:

أخبر عليه الصلاة والسلام أن الله تبارك وتعالى جعلنا أخص بثلث أموالنا في أخر أعمارنا ، لنكسب به زيادة في أعمالنا ، والوصية تصرف في ثلث المال في أخر العمر زيادة في العمل ، فكانت مشروعة.

الإجماع:

فإن العلماء أجمعوا على جواز الوصية من زمن رسول الله- صلى الله عليه وسلم- إلى يومنا هذا ، ولم يؤثر عن واحد منهم منعها.

المطلب الثاني : الحكمة من مشروعيتها

شرع الله سبحانه وتعالى الوصية ، تمكينا من العمل الصالح ، ومكافأة لمن أسدى للخير معروفا وصلة للرحم و الأقارب غير الوارثين وسد خلة المحتاجين.

حكم الوصية:

نقصد بحكم الوصيـــة : صفة التصرف الشرعية من حيث كونه مطلوب الفعل أو الترك أو التخيير بينهما، وهو حكم التكليف.

1 ذهب الظاهرية إلى أن الوصية واجبة على كل من ترك مالا.

واستدلوا في رأيهم بالكتاب والسنة :

أ -دليل الكتاب:

فأوجب الله عز وجل الميراث في كل ما علم به من ماله و ما لم يعلم ، و واجب الوصية و الدين مقدمين كذلك على المواريث فالفرق بين ذلك مبطل بلا دليل ، و إنما يبطل من الوصية ما قصد به ونهى الله تعالى عنه فقط.

ب - دليل السنة:

ما رواه عبـــد الله بن عمر رضي عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين ألا ووصيته مكتوبة عنده ".[1]

1 أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الوصايا ، باب الوصايا، رقم 3591، ج 3، ص1006.

قال بن عمر: ما مرت ليلتان منذ سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ذلك إلا وعنـــدي وصيتي[1] ، وروي الوجوب عن عبد الله بن عمر طلحة والزبير ، و كان طلحة و الزبير يشددان في الوصية.

قال ابن حزم : [2] و هو قول عبد الله بن أبي أوفى و طلحة بن مطرف ، و طاووس الشعبي وغيرهم – وهو قول أبي سليمان و جميع أصحابنا.

وقال الضحاك والزهري وأبو مجاز و داوود وابن جرير الطبري ، وهي واجبة لمن يرثه من الموصي وبينهما قرابة كالعمات و الخالات وسائر ذوي الأرحام ن أو كان ممن يرثه ألا أن هناك من يحجبه.[3]

وقـــال هؤلاء لقد نسخ وجوب الوصية للوالدين والأقربين الوارثين في قولـــه تعالـــى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾.[4]

و بالحديث الذي رواه أبي امامه الباهلي قال : "سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم في خطبة حجة الوداع : إن الله أعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث".

وبآية المواريث ، وبقي الحكم بحق من يرث منهم من هذا الفرض.

ذهب جمهور الفقهاء: إلى أن الوصية ليست واجبة على كل من ترك مالا ولا للوالدين والأقربين غير الوارثين إنما هي: مستحبة أو مندوبة واستدلوا على رأيهم بما يلي :

1 قالوا: إنها لو كانت واجبة لم تترك إلى إرادة الموصي في الحديث و لكان ذلك لازما على كل حال ، كما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مات ولم يوص.

2 أن أكثر أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لم ينقل عنهم وصية .

---

1 أخرجه ابن ماجه في سننه.

2 ابن حزم علي(456هـــ) ، المحلى بالآثار،الجزء السابع، دار التراث، بيروت ، لبنان، بدون طبعة، ص352.

3 ابن حزم علي، مرجع سابق، ص 353.

4 سورة البقرة الآية (180).

المبحث الثالث: أركان الوصية شروطها و أنواعها.

الصيغة تقتضي وجود أربعة أركان موصي وموصى له ،موصى به و الصيغة ، ولقد اختلف الفقهاء حول هاته الأركان فمنهم من ذهب الى أن الصيغة هي وحدها من تكون الركن في الوصية وأما الباقي فهي مجرد شروط ، و يرى ابن رشد أن الصيغة وحدها لا تكفي لنشوء الوصية بل لابد من توافر الأركان الأربعة سالفة الذكر.

المطلب الأول : أركانها وشروطها

الوصية تقتضي توفر أركان أربعة موصي و موصى له وموصى به والصيغة و لقد اختلف الفقهاء حول هذه الأركان.

ا–فهناك من ذهب إلى أن الصيغة هي الركن الوحيد للوصية وبقية الأركان اعتبروها شروط لها وهذا ما اخذ به الحنفية [1]

ب–ذهب ابن رشد إلى أن الصيغة لا تكفي وحدها لنشوء الوصية بل لابد من أركان أربعة [2] ولكن الرأي الراجح القول بأن للوصية أركان أربعة وهي الموصي والموصى له الموصى به الصيغة لكونها الحد الأدنى المتفق عليه بين الفقهاء [3] ومع ذلك سنشير إلى هذه الأركان وان اعتبرها البعض شروط مفصلة مراعا ة للتسلسل المنطقي مع عدم التعرض لركن الصيغة بالتفصيل لأن ركن الصيغة سنفرد لها الفصل الثاني لمعالجة أحكامها بالتفصيل.

الفرع الأول :الصيغة و أنواعها :

الصيغة ليست إلا تعبيرا عن إرادة الموصي ، تصح سلامة الإرادة وتلحقها كل عيوب الإرادة.

---

1 محمد أمين بن العابدين ،حاشية در المختار ،دار الفكر لبنان ، 2،ط1992، ج 2، ص648 .

2 ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، طبعة 2001، ج1–2،ص63

3 زهدور محمد ،الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الاسلامية ،المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائري ت ط1991، ص63

أنواعها

ا-الصيغة المنجزة : هي التصرف الدال على وجود التصرف في الحال

ب-الصيغة المضافة : هي الدالة على وجود التصرف في الحال وتأجيل حكمه إلى المستقبل كما اقر القانون الجزائري بان الوصية تمليك مضاف إلى اجل مستقبلي أي لما بعد الموت بطريق التبرع [1].

ج-الصيغة المعلقة : وهي أن تكون صيغة التصرف معلقة على شرط سيوجد في المستقبل فيتحقق الشروط وبعد التصرف قائم يظل هذا الشكل معلق إلى تحقيق وفاة الموصي كان يقول أن ملكت هذه الدار فقد جعلتها مأوى للغرباء بعد وفاتي[2].

الصيغة هي توافق الإرادتين الايجابي والقبول لكن هنالك اختلاف بين فقهاء حول هاتين الإرادتين .

الفرع الثاني : الموصي والموصى له وشروطهما

أولا – تعريف الموصي : هو الشخص الذي يتبرع بمالـــه أو شيء عينـــي أو بالمنافع و إن يكون مالك صحيح المالك.

شروطه : لابد لنفاذ الوصية أن تتوفر في الموصي شروط حتى تصبح الوصية و هذه الشروط هي :

أ –أهلية التبرع : يجب أن تتوفر في الموصي أهلية التبرع عند صدور الوصية وبحيث يكون عاقلا بالغا مميزا[3].

ففي القانون المدني الجزائري يعتبر الشخص عديم التمييز طالما انه لم يبلغ سن السادسة عشر من عمره وهذا طبقا لنص المادة 42 الفقرة الثانية من ق.م.ج التي جاء فيها يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشر سنة ، فإذا أبرم شخص جزائري وصيته قبل بلوغه الثالثة عشرة عدت الوصية غير قائمة لصدورها من شخص عديم التمييز ، فالوصية لا تصح من الصبي باعتبارها تبرع مالي لا يتم إلا بوجود الإرادة والتمييز هذا استنادا لنص المادة 186من ق م ج الذي يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل بالغا من العمر

1 محمد مصطفى شلبي ،أحكام الوصايا والأوقاف ،الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت لبنان ،ت ط1982 ص58 .

2 محمد أمين بن العابدين ،مرجع سابق ، ج2، ص648 .

3 بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،(الميراث والوصية) ،ديوان المطبوعات الجامعية ، ت ط1999 ج2 ص253.

تسع عشر 19سنة على الأقل [1] ، وكذلك ما ورد في المادة 40 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري جاء فيها ما يلي "وسن الرشد تسعة عشر ة سنة كاملة" [2]. حيث يخول للإنسان الكامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية ، والبلوغ هو مناط التكليف في الأحكام الشرعية والمقصودة به الوصية هو الأهلية الخاصة بالتبرع باعتبار الوصية من التصرفات الضارة لأنها لا يوجد فيها مقابل[3]

قد يوجد شخص مميز ومع ذلك تبطل وصيته لكونه غير بالغ فهذا ما يراه البعض لكن البعض الأخر خاصة المالكية والحنابلة يرون أن البلوغ ليس شرطا فتصبح وصية المميز إذا كانت متفقة مع الحق[4].

و كاستثناء عن الأصل في سن البلوغ أن العرف يجيز لمن بلغ من العمر 18 سنة أكبر من السن الذي قرره الفقه الإسلامي.

لقد نص المشروع الجزائري في المادة 186 من القانون الأسرة الجزائري على أن يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل ، فلم يفرق المشرع بين وصية المجنون ولا المعتوه ولا السفيه ولا الصبي ولا ذي الغفلة مما يوجب الرجوع إلى مبادئ الفقه المالكي و أحكام الشريعة الإسلامية وهو ما نصت عليه المادة 222 من ق.ا .ج التي جاء فيها ما يلي : كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية[5].

وعكس المشرع الجزائري فإن بعض التشريعات العربية وضحت هذا فنجد أن المشرع المغربي قد نص في المادة 279 في المدونة المغربية للأحوال الشخصية :

" يشترط في الموصي أن يكون راشدا

تصح الوصية من المجنون حال إفاقته و من السفه والمعتوه."

كما اشترط المشرع السوري في مادته 11 أخذ إذن من القاضي في حالة الحجر على الموصي لسفه أو غفلة لإجازة الوصية.

---

1 دلاندة يوسف، قانون الأسرة مدعم باحث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا، الأحوال الشخصية والمواريث، دار هومة، الجزائر ت ط 2003، ص144.

2 القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ،ص10.

3 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الميراث والوصية، مرجع سابق، ص70 .

4 شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك ،مطابع مصر، ت ط 2004، ص68-69 .

5 دلاند يوسف ،قانون الأسرة مدعم باحث المبادئ واجتهادات المحكمة العليا ،مرجع سابق ،ص164 .

فحسب الفقه و الشريعة الإسلامية [1] تعتبر وصية المجنون والمعتوه باطلة بطلانا مطلقا لكونه غير مدرك وغير مميز بين المنافع والإضرار لكن في حالة الجنون المتقطع فوصية المجنون عند إفاقته تعتبر صحيحة و كذلك في حالة الجنون الطارئ الوصية غير باطلة رغم زوال الأهلية و ذلك على سائر عقود المعوضات كالبيع والإيجار.

أما السلفية : فإن وصيتـــه جائـــزة على أن لا تنفذ إلا بعد موته وتكـــون في حدود الثلث و حتى تعتبر وصيته صحيحة يجب إجازتها من قبل القاضي ليتأكد من صحت الوصيـــة و سلامة إرادة التمييز عند الموصي[2].

ب – رضا الموصي : لابد أن يكون هناك إرادة الشخص الموصي خالية من عيوب الإرادة التي تؤدي إلى بطلان الوصية ولابد أن تكون إرادته يتوفر فيها عنصر الرضا الاختياري ، فمن المتفق عليه في الفقه والقضاء والقانون الوضعي الطبيعي فإنه من كان مكرها أو هازلا أو مخطئا أو سكرانا فلا تصح الوصية صفة لأنها تضر ورثته [3] و ذلك وفقا للقاعدة الفقهية **لا ضرر ولا ضرار** [4] ، فإن الوصية باطلة لعدم توفر شرط الرضا والإرادة فقد شابها عيب من عيوب الرضا وهذا حسب المادة 79 من القانون المدني الجزائري[5].

ج–رضا الاختياري : هو شرط أساسي في صحة العقود والتصرفات المالية فإذا انعدم كان العقد أو التصرف غير صحيح [6]. لا يشرط في الوصية أن يكون الموصي مسلما فوصية غير مسلم تصح كوصية المسلم وكذلك وصية المرتد جائزة فقد أخذت بها بعض التشريعات منها قانون الأحوال الشخصية المصري.

1 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،(الميراث والوصية)، مرجع سابق، ج2، ص256 .

2 عدنان نجا، المواريث في الشريعة الاسلامية، دار الطباعة والنشر بيروت، (بدون،ت)، ص348 .

3 زهدور محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الاسلامية، مرجع سابق، ص71 .

4 سبق تخريجه.

5 القانون المدني الجزائري، مرجع سابق .

6 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الميراث والوصية)، مرجع سابق، ج2، ص256–257 .

ثانيا :الموصى له وشروطه :

ا)**:تعريف الموصى له :** هو كل شخص موجود وقت الوصية و استمر وجوده إلى وفاة الموصي ما لم يكن وارثا و يدخل الإيصاء للحمل عند استهلال المولود[1].

شروطه : يشرط في الموصي له أن تتوفر فيه الشروط المعنية وهي :

– أن يكـــون موجـــودا عند إنشـــاء الوصيـــة و أن يكون معلوما و أن يكون أهلا للتمليك و الاستحقاق و أن يكون أهلا للتمليك والاستحقاق وان يكون موجودا عند إنشاء الوصية و أن لا يكون قاتلا للموصي له موجودا وقت إنشاء الوصية لا وقت موت الموصي و إذا كان الموصي به معينا بالاسم أو بإشارة أو الوصف المميز عن غيره من حيث لا يمكن تصور الوصية دون الموصي له و إلا اعتبرت باطلة [2] وكلمة الوجود عامة لا تقتصر على وجود الحقيقي بل حتى الوجود التقديري كما في الحمل المعين مثال : يقول الموصي أوصي كذا إلى حمل فلانة.

لقد تعرض القانون الجزائري لوصية الحمل المعين وهذا طبقا لنص المادة 187 من قانون الأسرة الجزائري التي قد جاء فيها ما يلي : تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا و إذا ولدت توائم يستحقونها بالتساوي و لو اختلف الجنس [3] ، فاشترط القانون الجزائري حسب هذه المادة ضرورة إثبات وجودية الحمل الموصي له وقت إنشاء الوصية و أن يولد الجنين حيا مستقرا كما جاء في المادة 134 من ق.أ.ج " لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا ويعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة على " أن الجنين يتمتع بالحقوق المدنية بشرط أن يولد حيا[4].

وبهذا يتحقق الانسجام بين قانون الأسرة الجزائري المادة 187 و 134 والقانون المدني الجزائري المادة 25 في ضرورة الولادة المصحوبة بعلامات ظاهرة للحياة و أن يولد الجنين حيا حتى يمكنه التمتع بالحقوق مما يتضح أن صحة وصية الحمل ونفاذها سواء بالأعيان أو بالمنافـــع موقوفـــة على الشـــروط التي يتطلبها الشارع مدنية كانـــت

1 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص256 .

2 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، (الميراث والوصية)، مرجع سابق، ص287 .

3 دلاند يوسف، قانون الأسرة مدعم باحث المبادئ واجتهادات المحكمة العليا، مرجع سابق ،ص144.

4 نفس المرجع، ص118 .

أو شخصية [1] . أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر حسب المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري أقل مدة الحمل ستة (6) أشهر وأقصاها 10اشهر[2].

في هذا الخصوص نصت المادة 282 من المدونة المغربية على ما يلي: " تصح الوصية لمن كان موجودا وقتها أو منتظر الوجود" ولم ينص صراحة للحمل ، غير ان المادة 304 أزالت هذا اللبس حيث نصت " من أولى لحمل معين وتوفي، فللورثة المنفعة الموصى به إلى أن ينفصل حيا فتكون له.".

كما المشرع الكويتي أجاز ذلك في المادة 220 من قانون الأحوال الشخصية .

يرى الفقهاء أنه في حالة تعدد الحمل كأن يولد أحدهما حيا و الأخر ميت كانت الوصية للحي دون الميت و إن مات أحدهما أو كلاهما بعد الولادة كان نصيبه لورثته إذا كانت الوصية بالأعيان [3] ، أما إذا كانت الوصية لمنفعة عادت إلى ورثة الموصي لأن الوصية بالمنافع تنتهي بموته ما لم يكن هنالك شرط أخر يعمل به.

لقد أجاز المذهب المالكي للمعدوم المحتمل الوجود بعد وفاة الموصي واخذ ت به جل التشريعات العربية.

و هذا الأخير ينشا الوصية صحيحة لكن تنتهي بالبطلان لتعذر من يستحقها كما يوصى بالوصية للمعدوم منفردا بها كما يوصى بها بالتعدد مثال يقول : أوصيت لأولاد فلان الذين ينتسبون إليه في حال وفاته يدخل في الاستحقاق أولاده الذين كانوا وقت إنشاء الوصية أو الذين يكونون بعد ذلك ، لكن جمهور الفقهاء من غير المالكية يشترطون وجوده عند وفاة الموصي لأن الوصية كذلك أخت الميراث [4] ، و يصح كذلك أن يكون الموصي له جهة من جهات فتصبح الوصية لأماكن العبادات و المؤسسات الخيرية كالمصالح العامة وللملاجئ[5].

أما في العصر الحديث عندما أصبح الجهات شخصية معنوية بما دفع ذلك إلى اتساع وكثرة المؤسسات والشركات الاستغلالية فالوصية في هذه الحالة تكون صحيحة

1 دلاند يوسف ،قانون الأسرة مدعم باحث المبادئ واجتهادات المحكمة العليا، مرجع سابق، ص30 .

2 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، (الميراث والوصية)، مرجع سابق، ص257 .

3 الأعيان هي : انشاء المحرزة والمحرزة ماديا وهي عكس المنافع .

4 نفس المرجع ،ص71 .

5 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الميراث والوصية)، مرجع سابق، ص257-258 .

ولو أنها تمليك أعيان وليس تمليك أشخاص فان الجهات قابلة لامتلاك كالأشخاص الحقيقيين

و لقد أجاز المذهب المالكي الوصية للجهات حتى ولو لم تكن موجودة وقت الوفاة وستوجد في المستقبل وهذا قياسا على أجازته الوصية المعدوم[1].

معلومية الموصى له : لا يمكن أن يكون الموصي له مجهول جهالة لا يمكن رفعها لابد أن يكون معينا باسمه كفلان ابن فلان أوجهة البر الفلانية أو لحمل فلانة المستكن في بطنها أو يشير إلى شخص معين ، و قد يكون الموصي له معروفا بالوصف كان يقول الموصي إلى فقراء المدينة أ و إلى طلبة العلم ففي هذه الحالة لا يكون الموصي له معينا بالتعين بل معرفا بالوصف ، و إذا كان الموصى له معروفا بالوصف لا يشترط وجوده وقت الوصية إذا لم يعرف الموصى له و بقي مجهولا بصورة مطلقة بطلت الوصية لأن الموصي له غير معلوم ، أما إذا أوصي بثلث ماله للمسلمين أو لجهة معينة ستوجد في المستقبل فالمذهب المالكي يجيز ذلك و يعتبر أن الوصية صحيحة مثال : الوصية للملجأ الذي سيبنى في الوقت الزماني والمكان الفلاني.

ويشترط الفقهاء لصحة الوصية التي تكون لله تعالى ولأعمال الخير بدون أن يعين الموصي الجهة كأن يقول هذه الوصية تصرف لوجه الله في أي عمل خيري بأن تصرف في وجوه الخير و كذلك الوصية للمؤسسات الخيرية والمساجد والمؤسسات العلمية والمصالح العامة و دور البر والإحسان والمستشفيات و الملاجئ ، هذه الأعمال كلها الهدف منها العمل الخيري فنجد الفقهاء أجازوا هذه الأعمال لحكمة من ورائها هو أن التكافل في مثل هذه الوصايا موجودا سواء قصد الموصي الجهة أو لم يقصدها ، و المعروف بالجنس أو الوصف بأن يشترط وجوده عند الوصية و لا موت الموصي لأن الوصية للمعدوم ما دام معروفا.

وعند جمهور الفقهاء منهم الحنفية الشافعية والمالكية يعتب التمليك لدابة باطلا أما الحنابلة فيرون أن لو قصد الموصي للإنفاق على هذا الحيوان أو الدابة فإن الوصية تصح لأن العبرة في العقود للمعاني والمقاصد ، والقانون الجزائري والتشريعات العربية لم تتعرض لهذا الشرط بالنسبة لتملك الدابة بقصد الإنفاق عليها لا بالإثبات ولا بالنفي [2] حيث

1 محمد ابو زهرة، شرح قانون الوصية الواجبة المصري، مرجع سابق، ج2 ص56.

2 بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الميراث والوصية)، مرجع سابق، ج2 ، ،ص258 .

نجد المادة 187 من قانون الأسرة الجزائري لم تنص على ذلك و قد يفهم من إغفال القانون الجزائري لهذا الشرط بأن الوصية لمن ليس أهلا للاستحقاق تكون صحيحة كالوصية لبناء مسجد أو مدرسة فهي وصية بتصرف أي إخراج الموصي المال من تركته وقد أشرنا فيما سبق إلى أن رأي المالكية يذهب إلى صحة الوصية للميت إن علم بموته بناء على اعتبار لأن قصد الموصي من الوصية هو سداد ديون الموصي له[1].

ألا يكون الموصى له جهة معصية :

في الجهة المحرمة شرعا و قانونا لأن جهة المعصية تبطل الوصية فالوصية شرعها الله للإصلاح والخير حتى يتدارك بها حسناته لقول الرسول صلى الله عليه وسلم "أن الله أعطاكم ثلث أموالكم في أخر آجالكم زيادة في حسناتكم" [2] ، ولقد جاء في المادتين 97 و 98 من القانون المدني الجزائري ما يفيد هذا الشرط [3] فالمادة 97 من ق.م.ج جاء فيها ما يلي "إذا التزم المتعاقد لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا"

و المادة 98 من ق.ج جاء فيها ما يلي " كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على ما يخالف ذلك ".

و هذا الاتجاه سار عليه المشرع المغربي مثله مثل كل التشريعات العربية ، حيث جاء في نص المادة 278 من المدونة المغربية للأحوال الشخصية ما يلي: "يشترط في صحة عقد الوصية خلوه من التناقض والتخليط مع سلامته مما منع شرعا".

وجاء في نص المادة 209 من قانون الأحوال الشخصية السوري ما يلي : "تشترط في صحة الوصية ألا تكون بها ما نهي عنه شرعا".

كما جاء في الماد 215 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي ما يلي: "يشترط في صحة الوصية ألا تكون بمعصية ، وألا يكون الباعث عليها منافيا لمقاصد الشارع...".

و يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا أخر

1 نفس المرجع ص259 .

2 رواه ابن ماجة والدار القطني .

3 بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الميراث والوصية) ، مرجع سابق، ج2 ، ص259 .

مشروعا أن يثبت ما يدعيه [1] ، يفهم من خلال هاتين المادتين بان المشرع الجزائري يأخذ ببطلان الوصية إذا كان الموصي له جهة معصية

تكون الوصية صحيحة إذا كان الموصي له في حد ذاته من أهل التملك خاصة إذا كان لفظ الوصية لا يشتمل على شيء محرم يفيد صرفها إلى معصية [2] و تجوز الوصية من غير المسلم للمسلم إذا كانت قربة (جائزة) و مباحة في الشريعة غير المسلم الموصي و مباحة في الشريعة الإسلامية بالنسبة للموصي له بيد أن المعصية قد تختلف باختلاف الأديان فقد تكون مباحة في إحدى الشريعتين دون أخرى.

وهذا ما نصت عليه المادة المذكورة أعلاه من قانون الأحوال الشخصية الكويتي حيث جاء فيها:" و إذا كان الموصي غير مسلم صحت الوصية إلا كانت محرمة في الشريعة الإسلامية."

الوصية مباحة شرعا ولكن الباعث عليها محرم مثلا الوصية لخليلة لاستمرار علاقتها الغير شرعية معها[3]

فنجد رأيان في مبدأ سد الذرائع هما :

المذهب الحنفي والشافعي : يرون أن الوصية صحيحة عملا بظاهر العقد فلم يشمل لفظ الوصية على شيء محرم و ترك أمر النية لله تعالى.

أما المذهب الحنبلي والمالكي : و هو ما ذهب إليه ابن تيمية وابن القيم فان الوصية تكون باطلة لان العبرة في العقود بالقصد و النية والباعث حينئذ منافي لمقصد الشريعة الإسلامية فتكون الوصية باطلة [4] ، فإذا كان الموصي مسلما أريد بالمعصية ما كانت محرمة في نظر الإسلام سواء اتفقت الأديان معه على تحريمها أو لم تتفق على ذلك مثلا الوصية للأندية القمار و المرافق و دور اللهو المحرم و الوصية للمعابد التي يتعبد فيها غير المسلمين لأن هذه لا تعتبر مباحة في عقيدة الإسلام فإذا وقعت الوصية في هذه الحالة كانت باطلة باتفاق الفقهاء و لقد أخذ القانون بهذا الرؤى بحيث إذا كانت الوصية باطلة لا يعتد بها غير أن بطلان الوصية إذا كان الباعث عليها منافيا لمقاصد الشارع

1 القانون المدني، مرجع سابق، ص22 .

2 بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الميراث والوصية) ، مرجع سابق، ج2، ص259-260 .

3 بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الميراث والوصية) ، نفس المرجع، ، ،ص262-261 .

4 نفس المرجع ، ج2،ص259-260

مصدره القاعدة الشرعية فإن الأمور تؤخذ بمقاصدها [1] ، حيث نجذ أن الباعث المنافي لمقاصد الشريعة الإسلامية يختلف باختلاف المذاهب و قد يقصد بها أن يكون الباعث محرما أو مكرها كراهة التحريم فإنه عند معرفتنا للباعث و القصد فإن هذا الباعث لابد أن يعتمد على أمور واضحة بينه و ليس مجرد التخيل و التخمين فمثلا الذي يوصي إلى حانة أو إلى بيوت الدعارة و هو في كامل قدراته فإن وصيته ليست صحية بل باطلة.

مثال أخر : كالذي يوصي إلى خليلته و هو في كامل قواه العقلية و الإرادية فهذا يعتبر قرينة على مقابل معاشرته إياها أو مجازاتها على المواصلة و الإستمرار معه فإن هذه الوصية باطلة على الرغم من أنها جائزة في ذاتها لكن الباعث غير منافي لمقاصد الشريعة الإسلامية لكن إذا تبين أن الباعث غير منافي لمقاصد الشريعة الإسلامية كأن يوصيه له مريض يصعب شفاؤه و صدرت منه الوصية لخليلة من بعد الإبتذال و ليس في ذلك ما يؤدي إلى أمر محرم فلا تبطل الوصية إلا إذا ثبت عكس ذلك[2].

فإذا كان الهدف من الوصية الأضرار بالورثة و حرمانهم من الميراث فإن وصية الضرر محظورة و الباعث عليها محظور [3] مثال أن يوصي الموصي بماله لشخص بأكثر من ثلث تركته أو أن يوصي إلى أحد من ورثته دون بقيتهم مما يكون حيف و ميل إلى البعض دون البعض الأخر فالحيف هو أكبر الكبائر[4] لقوله تعالى ﴿ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾[5] ، و ذهب بعض الفقهاء إلى أن الأضرار قد يتحقق في بعض الأحوال و حتى و لو كانت الوصية بالثلث و كانت ليست لوارث لأن الموصي قد يوصي في هذه الحالة لا يقصد الوصية لكن القصد الضرر بالورثة كحرمانهم من الإرث و تحريم وصية الضرر هي مصداقا لقوله تعالى ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ ﴾[6].

1 احمد فراج حسين ،أحكام الوصايا والأوقاف ،في ش ا،دراسة فقهية قانونية ،كلية الحقوق الإسكندرية ت ط 2000، ص67 .

2 احمد فرج حسين ،أحكام الوصايا والأوقاف ،في ش ا،دراسة فقهية قانونية، مرجع سابق ،ص68 .

3 المحظور: تعني الشئ الممنوع .

4 احمد فرج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف ،في ش ا،دراسة فقهية قانونية، مرجع سابق ،ص69 .

5 سورة البقرة ، الآية 229 .

6 سورة النساء الآية 12

أن الوصية لا تفقد صحتها إذا كان الموصي مسلم أو غير مسلم فإنه على السواء إلا إذا كانت محرمة في شريعته وفي الشريعة الإسلامية فان وصية غير المسلم تدور حول أمور أربعة[1] حيث نجد ثلاثة منها صحيحة و واحد باطلة و هي :

-أن تكون بأمر جائز في الشريعتين الوصية للفقراء المسلمين وغير المسلمين وجهات البر العامة فهي صحيحة باتفاق الكل.

-بأن تكون بأمر غير جائز في شريعته و جائز في الشريعة الإسلامية كالوصية للمساجد.

-أن تكون محرمة في شريعته و في الشريعة الإسلامية كالوصية لدور القمار فهي باطلة لأنه محرمة في الشريعتين

فهذا الأخير اختلف فيه الفقهاء أبو حنيفة إلى صحتها أما أبو يوسف و محمد ذهبوا إلى بطلانها لأن يسمى قوما بأعيانهم[2]

ألا يكون الموصى له قاتلا للموصي :

نجد أن القانون اشترط في الموصى له أن لا يكون قاتلا للموصي وهذا ما نصت عليه المادة 188 من القانون الأسرة الجزائري جاء فيها ما يلي : " لا يستحق من قتل الموصي عمدا " [3] ، لقد استمد المشرع الجزائري هذا من رأي الفقهاء فاعتبر أقوالهم المصدر الرئيس في الوصية للقاتل ، إذا قتل الموصى له الموصي بعد الوصية ، وقد يحدث القتل قبل الايصاء للشخص الذي قام بجرحه و أدى هذا الجرح إلى موت الموصي. ففي هذا الصدد نجد أراء مختلفة[4]

الرأي الأول : أخذ الشافعية و الحنابلة بهذا الرأي بأن الوصية لا تتأثر مطلقا سواء كان القتل قبل الوصية أو بعدها ، لأن الوصية تمليك بعقد كالهبة و الوصية تصح للكافر و لن يكون القتل أشنع من الكفر ، و في أغلب أقوالهم لا يكون عدم القتل شرطا في الوصية.

الرأي الثاني : و أخذ الحنفية و بعض أقوال الحنابلة بهذا الرأي و استندوا إلى الحديث الذي يروى " لا وصية لقاتل "[5] ، نجد أن الحديث يدل على منع الوصية للقاتل سواء كانت سابقة على القتل أو لاحقة له ، فالمنع جاء شامل لأن القتل في أغلب الأحيان يرتكب

1 احمد فرج حسين ، احكام الوصايا والأوقاف ،في ش ا،دراسة فقهية قانونية، مرجع سابق ،ص71-70 .

2 احمد فرج حسين، مرجع سابق ،ص71 .

3 دلاندة يوسف، قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا، مرجع سابق، ص144.

4 محمد مصطفى شلبي،أحكام الوصية و الأوقاف،الدار الجامعية للطباعة و النشر،دار الفكر بيروت لبنان، ت ط 9821، ص81.

5 رواه الدار القطني،سنن الدرقطني، تحقيق سيد عبد الله هاشم يماني المدني، دار المعرفة،بيروت ، لبنان، ت ط 1966.

لاستعجال الحق قبل أوانه ، فلا يكون القتل شرطا في الوصية إلا أنهم اختلفوا في شرطيته أ هو شرط صحة أو بطلان؟ فتكون باطلة حتى و لو أجازها الورثة ، لكن أبو حنيفة يرى أن بطلانها يعود إلى الورثة فإذا أجازوها أو لم يكن لهذا الموصي وارث نفذت و كانت صحيحة[1].

الرأي الثالث : أخذ به المالكية حيث يفصلون في القتل البعدي و القبلي ، فيرون إن وقعت الوصية بعد الضرب المميت و عرف المقتول قاتلـــه لا تبطل سواء كـــان الضرب عمدا أو خطأ ، لكن إذا وقعت الوصية قبل الضرب و بعـــد ذلك أوصى الموصي لهذا الشخص و بعدها مات من جراء الضرب فالوصية باطلة سواء عرف القاتل و لم يغير الموصي الوصية وهذا الرأي أخذ به المشرع المغربي حيث ونصت المادة 289 من المدونة المغربية في شروط الموصى له في الفقرة الثانية منها مايلي " عدم قتله للموصي عمدا إلا إذا أوصى له من جديد" .

أ –الشرط الأول :

أن يكون القاتل عاقلا بالغا مكلفا ، أما إذا كان مجنونا أو معتوها أو كان تحت تأثير عقار تناوله مكرها أو على غير علم فغاب عن الوعي ، أو كان صبيا غير بالغ ، فإن في هذه الأحوال إذا ارتكب واحد من هؤلاء الأشخاص المذكورين هذا الفعل المجرم فإن الوصية جائزة لهم لعدم توفر صفة العقل و البلوغ و التكليف ، فإذا وقع الفعل المجرم فاشخص غير المكلف ليس منهم فلا إثم عليه ، و لا يترتب بطلان الوصية[2].

ب – **الشرط الثاني :** أن يكون القتل بغير حق و بغير عذر شرعي ، لكن إذا كان القتل بحق كالقتل قصاصا أو حدا أو بعذر شرعي كالدفاع عن النفس و المال أو العرض ، فإن هذا لا يؤثر على صحة الوصية ، لأن الموصى له معذورا إذا تجاوز حق الدفاع الشرعي[3].

رأي المشرع الجزائري في ذلك : لقد أخذ بمبادئ الفقه المالكي فيشترط عند قتل الموصى له للموصى عمدا ، فإنه يترتب عنه وجوب القصاص أو الكفارة و هذا ما جاء في نص

1 محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصية و الأوقاف، الدار الجامعية للطباعة و النشر، مرجع سابق، ص82.

2 محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصية و الأوقاف،الدار الجامعية للطباعة و النشر، مرجع سابق، ص82.

3 أحمد فراج حسين،أحكام الوصايا و الأوقاف،في ش إ،دراسة فقهية قانونية، مرجع سابق، ص 78–77.

المادة 188 من قانون الأسرة الجزائري السالفة الذكر التي يفهم منها أن القتل العمد هو القتل عدوانا[1].

الرأي الأول : ذهب جمهور الفقهاء منهم الظاهرية و بعض المالكيـــة و بعض الشافعيـــة و الحنابلة و الزيدية إلى قولهم بأن قولهم بأن الوصية للوارث باطلة منذ وضعها ، فلا تلحقها إجازتها أصلا و إن حصلت الإجازة عدت الوصية هبة مبتدأ.

و استند هؤلاء الفقهاء إلى الحديث "لا وصية لوارث" [2] فإن هذا الحديث في ظاهره يفيد نفي صحة الوصية فيكون المعنى الصحيح لا وصية صحيحة لوارث فإنه مادامت الوصية وقعت غير صحيحة فلا تعمل الإجازة فيها شيء.

الرأي الثاني : لقد أخذ بهذا الرأي الفقه المالكي حيث ذهب إلى إجازة الوصية للوارث لكن اشترط قبولها من الورثة ، و لقد روي عن إبن عباس أن الرسول صل الله عليه و سلم قال : "لا وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة " و في حديث آخر " إلا أن يجيزها الورثة "[3].

فهذا الاستدلال يدل على الصحة و ليس النفي ، مثلا : عندما يكون الموصى له وارثا و يتوفى الموصي تاركا وصية لهذا الوارث ، فحسب الحديث سالف الذكر أن هذه الوصية لا تصح إلا إذا أجازها الورثة.

لكن هناك إشكال في هذا الصدد و هو يمكن أن يجيزها بعض الورثة و يرفضها البعض الآخر و الحل أن تنفذ الوصية في حصص من أجازوها فقط[4].

ثالثا : الموصى به.

الموصى به هو محل الوصية التي تظهر حكمها فيه ، و لقد اشترط الفقهاء فيه شروط لصحة الوصية ، و أخرى لنفاذها و من أهمها[5].

1/أن يكون الموصى به مما يجري به الإرث :

أي أن يكون مما يصلح أن يكون تركه ، بمعنى أن يكون الموصى به قابلا للتمليك، يعد من العقود الناقلة للملكية حال حياة الموصين حسب المادتين 184-191

1 في المذكرة التفسيرية،شرح قانون الأسرة، المادة 188،القتل العمد.

2 رواه أبو داوود و الترمذي.

3 حديث شريف،رواه الترمذي.

4 محمد مصطفى شلبي،أحكام الوصية و الأوقاف،الدار الجامعية للطباعة و النشر، مرجع سابق، ص86.

5 الصادق عبد الرحمن الغرياني، الفقه المالكي،مؤسسة الريان،لبنان،ج4، ت ط 2006، ص280.

ق.أ.ج ، حيث أن المادة 184 ق.أ.ج تنص على أن "الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"[1].

أما المادة 191 ق.أ.ج " تثبيت الوصية ، بتصريح الموصي أمام الموثق بتحرير عقد بذلك و في حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ، و يؤشر به على هامش أصل الملكية" سواء كان المال حقيقيا كالدرهم و الأشياء العينية ، أو مالا حكما كالمنافع ، كسكن الدار و زراعة الأرض ، و البراءة من الدين و الكفالة و غيرها.

و لقد أقر القانون الجزائري في المادة 190 ق.أ.ج ذلك ، و نصت على أن : " للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها و التي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة"، و المقصود بالأموال في هذه المادة هي الأموال القابلة للتمليك ، و التي تكون مما يجري فيه الإرث ، و محلا للتعاقد[2].

و على هذا الأساس ، فإنه تصح الوصية بالحمل و الأعيان المالية (عقارا أو منقولا) و بالحقوق المالية (كحق الإرتفاق) ، أو المنافع لمدة معلومة أو مؤيدة ، لكنه في المادة 196 ق.أ.ج ينص على أن : إذا تعلق الأمر بالوصية بالمنفعة لمدة غير محددة فإنها تنتهي بوفاة الموصى له ، و تعتبر عمرى[3].

و عليه فإن المشرع الجزائري يشترط في الموصى به أن يكون مما ينتقل بالإرث من المورث إلى الوارث ، فإن لم يكن كذلك أشترط فيه أن يكون صالحا لأنه محلا للتعاقد حال حياة الموصي ، فإن لم يكن من هاتين الحالتين ، فإن الوصية تكون باطلة.

2/ أن يكون موجودا عند الوصية :

وجود الموصى به المعين عند وجود الوصية شرط بالإتفاق ، و قد نص القانون على ذلك لأن العبارة لا تستقيم في الوصية بالمعين بالذات إذا كان موجودا ، و هذا ما جاء في ابن عابدين : الموصى به إن كان معينا ، أو غير معين و هو شائع في بعض المال ، يشترط وجوده عند الوصية ، و إن كان شائعا في كله يشترط وجوده عند الموت[4].

---

1 أحمد نصر الجندي،شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية مصر، ت ط:2009، ص 419.

2 مرجع نفسه ، ص419.

3 عمرى: هو مصطلح فقهي يفيد نوعا من التعامل أي التبرعات المقيدة بحياة شخص، فهي جائزة أن يقول أعمرك داري أو هبت لك مسكنا ينتفع بها في حياته ، فإذا مات رجعت إليه.

4 محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية الواجبة، المصري، مرجع سابق، ص 99.

وعليه الوصية بملك الغير ، و إن ملكـــه بعد الوصية ثم مات ، و هذا ما وضحته و أكدته المادة 190 ق.أ.ج و التي تنص على ضرورة الإيصاء بالأموال التي يملكها الموصي حين الوصية.

3/ أن يكون مالا متقوما و قابلا للتمليك :

فإذا كان غير متقوم لا تصح الوصية ، لأن المال المتقوم هو الذي يكون محلا للتصرف فلا تجوز شرعا من كل ما هو محـــرم لأنهـــا تعتبـــر مالا متقوما في حق المسلم ، فلو أوصى مسلم بخمر أو خنزير لا تصح سواء كانت الوصية للمسلم أو لغير المسلم و ذلك لانعدام محل العقد في نظر الموصي ، أما إذا أوصى بها غير مسلم لغير مسلم لصحة الوصية لتقومها في حق المسلمين.

أما معنى قابل للتمليك هو أن يكون الموصى به مما يجوز تملكه بعقد من العقود في نظر التشريع الإسلامي و القانون الجزائري كعقد البيع ، الهبة ، الإيجار ، الإرث [1] باعتبار أن الوصية تمليك ، و كل ما لا يقبل التمليك لا تنعقد الوصية.

و عليه لا تصح الوصية بما لا يعتبر مالا أو بالأموال المباحة غير المملوكة ، بعقد من العقود في القانون ، و كذلك لا تصح الوصية بالوظائف العامـــة و الأمـــوال العامـــة و غيرها من الحقوق الشخصية و المهنية لأنها لا تورث و لا تصح أن تكون محلا لتعاقد الموصي حال حياته[2].

4/ أن يكون الموصى به مستغرقا بالدين :

يشترط لنفاذ الوصية أن يكون الموصى به مستغرقا بالدين ، بمعنى أن لا يكون الموصي مدينا بالدين مستغرقا لكل أمواله ، باعتبار أن الديون الثابتة التي هي على عاتق الموصي تكون مقدم في التعلق بمال الميت على كل حق و ذلك بعد مصاريـــف التجهيز و الدفن بالقدر المشروع و هذا ما أكدته المادة 180 من قانون الأسرة الجزائري لأن أداء الديـــون هـــو واجب على كـــل المسلميـــن و الوصيـــة فـــي غيـــر الواجبـــات مندوبة أو مباحة ، و الواجب في أحكام الفقه مقدم على المندوب و المباح ، و ذلك استنادا لما روي عن علي كرم الله وجهه قال : ((إنكم تقرؤون الوصية قبل الدين و قد شهدت رسول الله صل الله عليه وسلم بالدين قبل الوصية)) و عليه يجب تقديم الديون على الوصية على

1 بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق،ص 268.

2 مرجع نفسه ، ص 269.

رغم أن بعض الآيات القرآنية ذكرت الوصية قبل الدين قوله تعالى ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ ...﴾[1] ، لكن هذا لا يدل على تقدمها في الرتبة عليه إنما لتبيان أهميتها و وجوب إخراجها حتى لا يهمل الورثة ، أو العباد تنفيذها ، لكن هناك حالات تصح بها الوصية بمال مستغرق بالدين ، و هذا في حالتين قانونيتين هما :

الحالة الأولى : إذا أبرأ الغرماء و أسقطوا ديونهم فهنا تجوز الوصية.

الحالة الثانية : الغرماء يجيزون نفاذ الوصية قبل الدين ، فهنا كذلك تجوز الوصية.

5/ أن لا يزيد الموصى به عن الثلث :

لقد حدد الشرع و القانون الوصية بالثلث ، و منع تجاوز هذه الحدود إلا بإيجاز الورثة فإذا أوصى الشخص بأكثر من ذلك دون إجازة الورثة تعد الوصية باطلة ، لأنها تصرف يتعلق بحق الغير و هو الثلثان فيتوقف على إجازة أصحاب الحق هم الورثة.

و لهذا طبقا لما جاء في حديث بن أبي وقـــاص حيث قال الرســـول صل الله عليه و سلم له في مرض الموت "الثلث و الثلث الكثير"[2].

و القانون عرض لهذا الشرط في مادته 185 ق.أ.ج : "تكون الوصية في حدود ثلث التركة و ما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة".

و كذلك المادة 189 ق.أ.ج : "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي".

لكن السؤال المطروح : هو في حالة تجاوز الثلث ، و عدم وجود الورثة ؟ فعند جمهور العلماء يذهب إلى عدم جواز الموصي الزيادة على الثلث إن لم يكن له ورثة لكن الأحناف و إسحاق و شريك و أحمد في رواية ، و هو قول علي و ابن مسعود إلى جواز الزيادة على الثلث ، لأن الموصي لا يترك في هذه الحال من يخشى عليه الفقر ، و لأن الوصية جاءت في الآية مطلقة ، و قيدتها السنة بمن له الوارث فبقي من لا وراث له على إطلاقه[3]. و الفقه المالكي ذهب إلى عدم الزيادة عن الثلث ، فالزيادة هنا تعد باطلة و تؤول إلى الخزينة العامة (بيت المال).

---

1 سورة النساء الآية 12.

2 حديث رواه البخاري و مسلم.

3 السيد سابق،فقه السنة، المرجع السابق،ص 601.

المطلب الثاني : أنواع الوصية بحسب صفة حكمها الشرعي

أجمع أغلب فقهاء الدين في تصنيفهم للوصية على أنها تتدرج بين واجبة ومستحبة و مباحة ومكروهة ومحرمة مدعمين آراءهم بأدلة فقهية سنتطرق لها في هذا المطلب .

أولا: واجبة :

كالوصية برد الودائع و الديون المجهولة التي لا مستند لها ، و بالواجبات التي شغلت بها الأمة كالزكاة و الحج و الكفارات و نحوها ، و هذا متفق عليه[1].

قال الحنيفة : إن الوصية بحقوق الله المفروضة واجبة ، فيجب على الموصي أن يوصي بالزكاة و الكفارات و نحو ذلك[2].

وقال بعض المالكية : أن الوصية بالدين واجبة على كل من عليه دين بغير بينة[3].

وقال الشافعية : هي واجبة على من عليه حق الله تعالى كالزكاة و الحج أو حق للآدميين إذا لم تكن ثمة بينة عليها[4].

وقال الحنابلة : و لا تجب إلا من عليه دين أو عنده وديعة أو عليه واجب يوصي بالخروج منه ، لأن الله تعالى أوجب أداء الأمانات إلى أهلها ، و الوصية هنا تكون واجبة عليه[5].

ثانيا: مستحبة.

كالوصية للأقارب غير الوارثين ، و لجهات البر و الخير و المحتاجين ، و يسن لمن ترك خيرا ،(وهو المال الكثير عرفا).

فعند الحنفية : و يستحب أن يوصي الإنسان بدون الثلث سواء كان الورثة أغنياء أو فقراء لأن في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم ، بخلاف استكمال الثلث ، لأنه استفاء تمام حقه فلا صلة و لا منة[6] .

---

1 ابن العربي ، أحكام القرآن 71/1 ، القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن 259/2.

2 الكساني ، البدائع ، مرجع سابق، ج7 ص 331 ، الجزيري عبد الرحمان ، الفقه على المذاهب الأربعة ، قسم المعاملات دار احياء التراث العربي ، بيروت، لبنان ط الثانية ، 1424 هـ – 2002 م ، ج 3 ، 326.

3 القرطبي أبو يوسف بن عبد الله، الكافي في فقه أهل المذاهب ، مطبعة حسان بالقاهرة ، ت ط 1399 هـ – 1979 م ج2، ص33 ، الجزيري عبد الرحمان ن الفقه على المذاهب الأربعة ، قسم المعاملات ، مرجع سابق، ج 3 ، ص 326.

4 المارودي، الحاوي الكبير 10/10 ، الشريني ، مغني المحتاج 93/3.

5 ابن قدامة المقدسي ، الشرح الكبير ج 3 ص151.

6 ابن البزاز ، الفتاوي البزازية المبوعة بهامش الفتاوي الهندية، دار احياء التراث العربي –بيروت –لبنان، ط الثالثة ، ت ط 1400هـ – 1980م، ج 6 ص 433.

وقال الحنابلة : و تستحب الوصية لمن ترك خيرا ، و هو المال الكثير ، و هذا المذهب في الجملة و عليه جماهير الأصحاب ، و قطع به الكثير منهم ، فيستحب للغني الوصية بثلث ماله ، و المتوسط بالخمس[1].

ثالثا: مباحة. كالوصية للأغنياء من الأحباب و الأقارب.

وعند الحنابلة : و تجوز الوصية ممن لا وارث له ، فتجوز بجميع ماله[2].

رابعا: مكروهة:

و قيل : تكره الوصية لغير من ترك خيرا ، فتكره إذا كان الموصي فقيرا ، و قيل : تكره إذا كان الورثة محتاجين و إلا فلا[3].

خامسا : حرام غير صحيحة اتفاقا.

كوصية بمعصية كما لو أوصى ببناء دار لهو محرم ، أو أوصى بمال تقام فيه حفلات ماجنة ، أو يشترى به خمرا للشرب ، أو يدفع لمن يقتل نفسا ظلما ، أو كانت وصيته بقصد الإضرار بالورثة ، أو يوصي لفاسق ، ليستعين به على الفسق ، أو نحو ذلك من الأمور المحرمة[4].

و أما مذهب المالكية الوصية خمسة أقسام:

الأول: الواجبة فتجب على من كان عليه ديــن أو عنده وديعة كي لا تضيع حقوق الناس أو كانت بقربة واجبة .

الثاني : الوصية المحرمة وهي ما كانت بمحرم كالوصية بالنياحة و نحوها.

الثالث : الوصية المندوبة وهي ما كانت بقربة و واجبة.

الرابع : الوصية المكروهة وهي ما كانت صادرة من شخص له مال قليل و له وارث.

الخامس : الوصية المباحة وهي ما كانت بمباح.

وبعض من المالكية يقسمها إلى قسمين واجبة وهي فيما إذا كان له أو عليه حق ومستحبة و هي فيما عدا ذلك[5].

---

1 ابن قدامة ، الكافي، ج 4 ، ص474 .

2 عبد الرحمان الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، مرجع سابق ، ج 3، ص327.

3 ابن قدامة المقدسي ، المقنع ، ج 2 ،ص357 .

4 المرجع نفسه ، ج 2 ص357 .

5 عبد الرحمان الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، مرجع سابق ، ج 3، ص329.

الفصل الثاني

الصيغة في عقد الوصية

لا شك أن الصيغة هي ما ينشئ به الموصي وصيته من عبارة أو ما يقوم مقامها من كتابة أو إشارة هي ركن الوصية اتفاقا ، فهي بوجودها و تحققها تتشكل صورة العقد في الخارج من كل ما يدل على تصرف أو التزام يترتب عليه تحمل التركة ابتداء بعد الوفاة بحق من الحقوق و تكون الصيغة عبارة ملفوظة و قد تكون عبارة مكتوبة و قد تكون إشارة دالة عليها ، فهي كل عبارة ملفوظة تدل و تفيد معنى الوصية الذي بيناه فيما سبق و تدل عليه بأي نوع من أنواع الدلالات ، و بأية لغة من اللغات ، و ليس ذلك محل خلاف بين الفقهاء ، و بكل صورها فلا فرق بين وصية في مجلس يضم من يشهد عليها و وصية في مجلس لا يضم إلا الموصي وحده ، و لا موصي قادر على النطق والتعبير و البيان و آخر لا يقدر على ذلك لأي سبب من الأسباب التي يعتقل بها اللسان ، سواء أكان السبب عارضا موقوتا منتظرا زواله ، أم غي منتظر الزوال.

و إذا كان الحنفية يرون بأن الصيغة هي الركن الوحيد في الوصية على عكس المذاهب الأخرى ، فإن العلماء اختلفوا في كون الوصية تنعقد بالإيجاب فقط أو بالإيجاب و القبول معا فورد في كتب الحنفية من قال الصيغة هي الإيجاب من الموصي والقبول من الموصى له ، و هذا كلام أبو حنيفة و أبو يوس ف و محمد رحمهم الله ، و قال زفر رحمه الله أن الوصية تنعقد بركن الإيجاب فقط ، حجته في ذلك أن الموصى له بمنزلة الوارث لأن كل منهما من المالكين بنقل الملكية له بعد الموت ، ثم ملك الوارث لا يفتقر إلى قبوله ، و كذلك هو ملك الموصى له.

و لهذا سنخصص هذا الفصل كاملا لأحكام الصيغة في الوصية نتطرق في المبحث الأول إلى تعريف الصيغة و شروطها و نتناول في المبحث الثاني الإيجاب في عقد الوصية ، و يكون مبحث ثالث نتناول فيه القبول والرد في عقد الوصية.

المبحث الأول: تعريف الصيغة وشروطها

تعتبر الصيغة هي الصورة العقد ومظهره فهي تلك الألفاظ والعبارات والإشارات الناقلة للملكية ، غير أن الصيغة في عقد الوصية لها خاصيتها باعتبار أن عقد الوصية له ميزته وخاصيته بأنه عقد تمليك مضاف إلى ما بعد الموت فهو يختلف عن العقود العادية التي تكون فيها نقل الملكية محينة غير مؤجلة عكس عقد الوصية ، لهذا سنتطرق لتعريف الصيغة لغة و اصطلاحا في مطلب ثم نذكر أهم شروطها في مطلب.

المطلب الأول : تعريف الصيغة

أولا – تعريف الصيغة لغة: تطلق على معاني عدة منها:

أ) – الخلق : يقال : صاغ أي الله تعالى فلانا صيغة حسنة ، أي خلقه خلقا حسنا.

ب) – الهيئة : يقال : صاغه أي هيأه على مثال مستقيم ، و يقال صيغة الأمر كذا– أي التي بني عليها ، و يقال : صيغـــة الكلمة كذا أي هيئتها الحاصلة في ترتيب حروفها و حركاتها.

ج) – السبكة: يقال سبكه عليه فانصاع.

د) – الأصل: يقال : هو من صيغة كريمة – أي من أصل كريم[1].

ثانيا – تعريف الصيغة اصطلاحا:

و معنى صيغة الوصية : هي العبارة التي عبر بها الموصي مضافة إلى ما بعد الموت، وعرفت : بأنها ما ينشئ به الموصي وصيته من لفظ أو كتابة أو إشارة و عرفت أيضا : بأنها كل لفظ أشعر بالوصية أو هي مظهر العقد و صورته في الخارج.

و أما معنى الصيغة في الوصية عند الفقهاء : فإنهم يريدون بها خصوص الإيجاب من الموصي و القبول من الموصى له ، كما في قولهم : و صيغتها كذا–أي الوصية– أوصيت بكذا أو أعطوه كذا بعد موتي ، فإن اقتصر على قوله فإقرار [2] ، لأن قوله : بعد موتي يصرف العبارة إلى الوصية[3].

1 الزبيدي ، تاج العروس، مادة (صوغ)، ج 12 ص 44.

2 أبو جعفر محمد بن يعقوب، فروع الكافي، دار الاضواء، بيروت، لبنان، ط الأولى، ت ط 1413هـ –1993م،ج 3ص25 .

3 الشربيني ، مغني المحتاج ،ج 3، ص53 .

المطلب الثاني : شروطها

ا-**الصيغة المنجزة** : هي التصرف الدال على وجود التصرف في الحال.

ب-**الصيغة المضافة** : هي الدالة على وجود التصرف في الحال و تأجيل حكمه إلى المستقبل كما أقر القانون الجزائري بأن الوصية تمليك مضاف إلى أجل مستقبلي أي لما بعد الموت بطريق التبرع[1].

ج-**الصيغة المعلقة** : و هي أن تكون صيغة التصرف معلقة على شرط سيوجد في المستقبل فيتحقق الشروط و بعد التصرف قائم يظل هذا الشكل معلق إلى تحقيق وفاة الموصي كان يقول أن ملكت هذه الدار فقد جعلتها مأوى للغرباء بعد وفاتي[2].

الصيغة هي توافق الإرادتين الايجابي و القبول لكن هنالك اختلاف بين فقهاء حول هاتين الإرادتين.

1/ **رأي الأحناف :** فيرون خاصة الإمام زفر يقول بأن أركان الوصية هو الإيجاب فقط بحيث جعل الوصية تنشأ بإرادة منفردة ، فهذا الرأي لا يأخذ بالصيغة الشرعية لطبيعة الوصية حيث لا يمكن تمليك شخص جبرا[3].

2/ **رأي الشافعية :** ذهبوا بأن الوصية على غير الميراث و أن ركن الوصية هو الإيجاب أما القبول فهو شرط لزوم فقط لصحة الوصية.

3/ **رأي المالكية :** فذهبوا إلى أن الوصية هي إيجاب الموصي و قبول الموصي له و هو شرط لصحة الوصية على أن يكون هذا القبول بعد وفاة الموصي[4].

1 محمد مصطفى شلبي، احكام الوصايا والأوقاف ،مرجع سابق ، ص58 .

2 محمد أمين بن العابدين ،حاشية در المختار ،دار الفكر، بيروت ، لبنان ،مرجع سابق، ص648 .

3 زهدور محمد ،الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الاسلامية، مرجع سابق ،ص65

4 دلاند يوسف، مرجع سابق، ص 176.

المبحث الثاني: الإيجاب في عقد الوصية

يقصد بالإيجاب في عقد الوصية ما يعبر به الموصي عن إنشاءها ، أو بمعنى آخر هو كل ما يدل على معنى الوصية و يفهم منه قصدها و إنشاؤها ، دون التقيد بصيغة معينة ، ذلك لأن الوصية من العقود ، و القاعدة العامة في العقود أن العبرة فيها بالمعاني لا بالألفاظ و المباني ، و عليه لا يشترط في الوصية لفظ مخصوص و لا عبارة معينة. و لهــذا يقول ابن عرفة: "الصيغــة ما دل على معنى الوصيــة"[1]، فيدخل اللفظ و الكتابة و الإشارة ، من هنا تنوعت الصيغة في الوصية إلى ثلاثة أنواع :

العبارة ، الكتابة و الإشارة

و الوصية قد تكون معلقة على شرط ، كما قد يقترن الإيجاب فيها ببعض الشروط لذا سنتناول في المطلب الأول و سائل التعبير عن الإيجاب ، و سنخصص المطلب الثاني لبيان حكم الشروط المقترنة بالإيجاب.

المطلب الأول : وسائل التعبير عن الإيجاب

و فــي المدونة المغربيــة نص المشرع " تنعقد الوصية بإيجاب من جانب واحد و هو الموصي" حسب ما يستفاد من المادة 284 من مدونة الأسرة ، هذا عكس المشرع الجزائري الذي لم يتحدث على كيفية انعقاد الوصية بل اكتفى بالإثبات فقط حسب المادة 191 من قانون الأسرة الجزائري:

" تثبت الوصية:

- تصريح الموصي إمام الموثق و تحرير عقد بذلك.
- وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ، يؤشر به على هامش أصل الملكية".

كما تطرقت في المادتين 197 و 198 من قانون الأسرة الجزائري القبول مباشرة الذي يعتبر هو الرد ضمنيا على إيجاب سبقه.

1 محمد الرصاع ابي عبدالله الأنصاري، شرح حدود ابن عرفة، دار المغرب الإسلامي، الرباط، المغرب، 1993م،ج 1 ص 676.

المادة 197 " يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنيا بعد وفاة الموصي ".

المادة 198 " إذا مات الموصى له قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الرد ".

و نص المشرع السوري في المادة 208 : " تنعقد الوصية بالعبارة أو الكتابة فإذا كان الموصي عاجزا عنهما انعقدت الوصية بإشارته المفهومة.

وعليه فإن الإيجاب في نطاق الوصية هو كل بالعبارة أو الكتابة أو الإشارة . تدل على قصد تمليك بعد الموت.[1]

الفقرة الأولى: العبارة

العبارة أو التعبير اللفظي يقصد به في هذا الإطار كل لفظ يدل على التمليك بعد الموت[2]، فلا خلاف بين الفقهاء في انعقاد الوصية باللفظ الصريح من قبيل: أوصيت لفلان بكذا ، و غير الصريح الذي يفهم منه الوصيــة بالقرينة ، مثل : جعلت له بعد موتي كذا أو أشهدوا أني أوصيت لفلان بكذا أو ادفعوا لفلان هذا بعد موتي.

أما إذا كان اللفظ محتملا للوصية و غيرها ، فالعبرة بما فهمه الشهود عند تحمل الشهادة على الوصية أو الوعد بها ، و إن لم يفهموا شيئا من ذلك كانت العبرة بالقرائن اللفظية.

و قد قسم الشافعية الإيجاب إلى نوعين : الإيجاب الصريح و الكناية[3].

فالإيجاب الصريح لا يحتاج إلى نية ، أما الكناية فتحتاج إليها.

و عليه كانت الصيغة الصريحة عند الشافعية هي ما كان الإشعار بما فيها قويا سواء بالوضع أو بالقرينة مثلا : أوصيت و وصيت و ما اشتق منهما... و إن لم يقل بعد وفاتي ، أما إذا اقتصر على قوله أعطوه أو ادفعوا إليه كذا و لم يزد "بعد موتي" كان ذلك توكيلا على العطاء ينقطع بالموت و غيره من مبطلات الوكالة و عليه لا يستحق المأمور

1 زهدور محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية ،مرجع سابق ، ص 65.

2 كمال حمدي ، المواريث والهبة والوصية ، السكندرية، مصر ، 1998 ، ص 193-194.

3 عبد الرحمان الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، مرجع سابق ، ج 3، ص 285- 286.

له بالعطاء أي شيء بعد وفاة الآمر بالعطاء قبل العطية لأن الوكالة في هذه الحالة تكون قد أصبحت باطلة[1].

بينما إذا اقتصر على قوله وهبته له أو تصدقت له بداري ولم يزد عبارة "بعد موتي" فإنها تعتبر عطية ناجزه.

إذا اقتصر على قوله: هو لفلان، فإنه يعتبر إقرارا لا وصية ما عدا إذا قال: هو له من مالـي فيكون حينئذ كنايـة عن الوصية أو الهبة الناجز ة ، لأن الكناية تحتمل الوصية و غيرها شرط اقترانها بالنية ، و يلاحظ أن للعبارة التي تصدر بها الوصية دور كبير في استجلاء إرادة الموصي ، لذا ينبغي أن يختار الألفاظ المناسبة للتعبير عن إرادته ، و في هذا الإطار نشير إلى حكم صادر عن المحكمة مغربية إقليمية بمكناس سابقا و الذي جاء فيه: " الغالب على الناس أنه إذا أوصى لأولاده إنما يقصد به للذكور"[2].

ففي هذا الحكم يلاحظ أن القضاء فسر عبارة "الأولاد" بأنها تعني الذكور فقط حسب المفهوم المتداول على صعيد المجتمع المغربي ، و ليس على مستوى المفهوم اللغوي للكلمة ، و من المعلوم أن لفظ الولد يشمل لغويا ودينيا البنت والذكر، وهو ما يبدو لنا بشكل واضح من قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ ﴾[3].

وجاء أيضا في قرار للمجلس الأعلى للقضاء بالمغرب:

"عبارة كل واحد يتبع أباه الواردة في الوصية تعني أن نية الموصي انصرفت إلى قسمة الموصى به على أحفاده بحسب فقرائهم لا بحسب عدد رؤوسهم".

و قد تبدو هذه الاجتهادات القضائية للوهلة الأولى مخالفة للمنطق القانوني السليم خاصة و أنها تعمل على إعطاء بعض الألفاظ مفهوما مغايرا للمفهوم المعمول به قانونا

1 دلانده يوسف، مرجع سابق، ص 146.

2 عبد الكريم شهبون ، شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية ، مطبعة النجاح الجديدة ،الدار البيضاء ، المغرب، ص 358.

3 سورة النساء ، الآية 11.

إلا أنه لا يمكن التسرع في إطلاق الأحكام قبل الاطلاع على وقائع كل قضية على حدة .

الفقرة الثانية: الكتابة

اتفق الفقهاء على جواز انعقاد الوصية بالكتابة، عملا بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا و وصيته مكتوبة عنده ."[1]

فلو كانت الوصية لا تنعقد بالكتابة ، لما كانت فائدة في الأمر بكتابتها و الحث على ذلك.

و يبدو أن هذا الحديث النبوي الشريف جاء بشكل عام ، يشمل القادر على النطق و كذلك العاجز عنه طالما كان ملما بالكتابة.

لكن الفقهاء اختلفوا في جواز الاكتفاء بمجرد الكتابة، في إثبات الوصية وتنفيذها.

الرأي الأول: يكتفى بالوصية المكتوبة إذا عرف الموصي سواء أشهد عليها أم لا ، و هو قول أبي عبيد و أحمد في إحدى الروايتين ، و حجتهم حديث ابن عمر الذي سبق تخريج[2].

الرأي الثاني: لا يكتفى بالوصية المكتوبة وحدها و إنما يلزم الإشهاد عليها ، و هذا قول الشافعية و أحمد في الرواية الأخرى[3].

و دليلهم: قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾[4] .

الرأي الثالث: لا يكتفى بالوصية المكتوبة ولا يعمل بها إلا إذا أشهد الموصي الشهود على أن ما في الوثيقة المكتوبة بخطه هي وصيته ، أو قال للشهود أو للورثة نفذوا ما فيها سواء قـال ذلك بلسانه ، أو كتبه بخط يده أو بخط غيره ، إذا ثبت أنه قرأه على الشهود أو قرئ عليه... ففي جميع الأحوال ينبغي الإشهاد على الوصية ، و هذا هو المشهور في

1 هذا الحديث سبق تخريجه.

2 عبد الرحمان الجزيري ، مرجع سابق ، ص 286/285.

3 المرجع نفسه، ص 286/285.

4 سورة المائدة ، الآية 106.

المذهب المالكي و الذي أخذ به المشرع الجزائري في المادة 191 المتعلقة بالاثبات حيث نصت على مايلي: " تثبت الوصية:

- تصريح الموصي إمام الموثق وتحرير عقد بذلك.

- وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ،يؤشر به على هامش أصل الملكية. "

كما كان المشرع المغربي أكثر وضوحا في هذا الخصوص حيث جاء في المدونة المغربية في المادة 296 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه:

"يشترط في صحة الوصية أن يصدر بها إشهاد عدلي أو إشهاد أية جهة رسمية مكلفة بالتوثيق أو يحررها الموصي بخط يده مع إمضائه.

فإذا عرضت ضرورة ملحة تعذر معها الإشهاد أو الكتابة قبل إشهاد الموصي على وصيته من اتفق حضورهم من الشهود ، شريطة أن لا يسفر البحث و التحقيق عن ريبة في شهادتهم و أن تؤدى هذه الشهادة يوم التمكن من أدائها أمام القاضي ، الذي يصدر الإذن بتوثيقها ، و يخطر الورثة فورا و يتضمن الإخطار مقتضيات هذه الفقرة.

للموصي أن يوجه نسخة من وصيته أو تراجعه عنها للقاضي قصد فتح ملف خاص بها ."

و هذا يعنـــي أن الأصـــل في الوصيـــة أن تكـــون مكتوبـــة و أن يصدر بها إشهاد عدلي ، أو إشهاد جهة رسمية مكلفة بالتوثيق إلا إذا حالت ظروف قاهرة دون ذلك ، جاء في قرار للمجلس الأعلى المغربي :

"عندما يضطر الموصي نظرا لحالة القوة القاهرة لأن يلجأ إلى وصية لفظية أمام من اتفق حضورهم لها ، ممن تقبل شهادتهم و هم غير منتصبين ، و حال ذلك دون كتابتها صحت هذه الوصية إن أديت من يوم التمكن من الأداء و عمل بها مطلقة أو مقيدة... [1] "

الفقرة الثالثة: الإشارة

إنعقاد الوصية بالإشارة قد يطرح عدة إشكالات على المستوى العملي ، لذا ميز الفقهاء بين نوعية الإشارة من جهة و الشخص المشير بها.

1 عبد الكريم شهبون ، مرجع سابق، ص 361.

بالنسبة لنوعية الإشارة فقد ميز الفقهاء بين الإشارة المبهمة والإشارة المفهمة فالإشارة المبهمة هي التي لا يفهم المراد منها و قد أجمع الفقهاء على أن الوصية لا تنعقد بها.

أما الإشارة المفهمة فهي التي تدل بشكل واضح على المراد منها وتنعقد بها الوصية إتفاقا إذا كان الموصي عاجزا عن الكلام خلقة ، إلا أن الفقهاء اختلفوا في حكم الشخص القادر عن الكلام و كذلك الشخص الذي أصبح عاجزا عن الكلام لعلة أصابته.

بالنسبة للقادر على الكلام : فالمشهور في مذهب مالك أن الوصية تنعقد بإشارته ، جاء في شـرح الخرشي : " و يكون بلفظ غير صريح يفهم منه إرادة الوصية كالإشارة و ظاهره و لو من القادر عليها[1]" . بينما ذهب الحنفية و الحنابلة و الشافعية إلى عدم قبول إشارته جاء في المغني لابن قدامة : "لا خلاف أن إشارة القادر لا تصح بها وصية و لا إقرار"[2] و هذا أمر منطقي لأنه غير معذور.

أما بالنسبة للعاجز عن الكلام لعلة أصابته : فقد ذهب المالكية والشافعية إلى أنه تصح وصيته بالإشارة المفهمة سواء كان قادرا على الكتابة أو عاجزا عنها[3].

و قد استدلوا بما ثبت عن الرسول ص لى الله عليه وسلم و أصحابه من الاعتداد بالإشارة في العبادات و المعاملات من الشخص القادر عنها و بالتالي كان العاجز أولى إلى جانب قياس الإشارة على القول بجامع أن كلا منهما يفهم المقصود و يبين المراد.

و قال الثوري و الأوزاعي و الحنابلة أنها لا تصح ، بينما قال الحنفية أنها لا تصح إلا إذا طالت العلة بالشخص لمدة سنة ، و قال البعض إلى حين الوفاة[4].

و قد أخذ المشرع الجزائري برأي المذهب المالكي حيث نصت المادة 60 من القانون المدني الجزائري على ما يلي : " التعبيـــر عن الإرادة يكـــون باللفظ و بالكتابة

1 محمد الخرشي أبو عبدالله،على العدوي ، الخرشي على مختصر سيدي خليل، المطبعة الكبرى الاميرية،سنة 1317 ط 2 ،ج8.
2 ابن قدامة ، المغني ، مرجع سابق، ج 4، ص 481.
3 عبد الرحمان الجزيري ، مرجع سابق، ص289.
4 المرجع نفسه ، ص289.

أو الإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه.

و يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا."

كما كان نص المشرع المغربي صريحا و واضحا و أزال هذا الخلاف حيث سمح بانعقاد الوصية بالإشارة المفهمة شريطة العجز عن الكتابة و الكلام و هو ما يستفاد من المادة 295 من مدونة الأسرة و التي جاء فيها : " تنعقد الوصية بما يدل عليها من عبارة أو كتابة أو بالإشارة المفهمة إذا كان الموصي عاجزا عنهما" و هو نفس الاتجاه الذي تبنته بعض التشريعات العربية المقارنة حيث نصت المادة 229 من قانون الأحوال الشخصية اليمني على ما يلـي : " تنعقد الوصية باللفظ أو بالكتابة وعند العجز بالإشارة المفهمة..." و جاء في المادة 203 من قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان " تنعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة ، فإذا كان الموصي عاجزا عنهما فبالإشارة المفهومة".

في المقابل نجد بعض التشريعات العربية لم تشترط لقبول الوصية بالإشارة العجز عن الكلام و الكتابة ، حيث نصت المادة 295 من قانون الأحوال الشخصية الموريتاني على أنه : "تنعقد الوصية بأي لفظ أو كتابة أو إشارة مفهمة من الموصي ".

المطلب الثاني : حكم الشروط المقترنة بالإيجاب

الإيجاب في عقد الوصية قد يأتي مطلقا كما قد يأتي مقيدا أو مشروطا ، و يقصد بالإيجاب المشروط أن يعلق الموصي وجود الوصية على أمل في المستقبل بأداة من أدوات الشرط ، كـ : إن وإذا... و هو ما يعرف بالوصية المعلقة على شرط أو يقيد وصيته على شرط من الشروط فنكون أمام وصية مقترنة بشرط[1].

1 محمد أمين بن عابدين ، حاشية در المختار على در الختار ، مرجع سابق، ص 648.

لذا سنتناول حكم الوصية المطلقة و المقيدة في (الفقرة الأولى) و الوصية المعلقة على شرط في (الفقرة الثانية) ، ذلك قبل الحديث عن الوصية المقترنة بشرط في (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: الوصية المطلقة والمقيدة

تتنوع الوصية باعتبار صيغتها إلى وصية مطلقة و أخرى مقيدة. فالوصية المطلقة هي الخالية من التعليق صراحة أو ضمنا، غير الموت، مثل قوله : أوصيت لفلان أو متى حدث بي حدث الموت فثلثي لفلان ، أو إن مت فداري لفلان[1] ...

أما الوصية المقيدة فهي التي قيدها الموصي صراحة بقيد من القيود كقوله : إن مت من مرضي هذا أو سفري هذا أو في هذا العام أو في هذا البلد فلفلان كذا ...

أو ضمنا كوصية المريض في حالة مرضه أو المسافر في سفره سواء قال إن مت من مرضي هذا أو لم يقل ذلك ، و قد تطرقت بعض القوانين العربية المقارنة بشكل صريح لهذا التمييز في الوصايا ، و هكذا تقضي المادة 199 من قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان بما يلي: "تقع الوصية مطلقة، أو مقيدة بشرط."

وفائدة التمييز بين الوصية المطلقة و المقيدة يمكن توضيحها من خلال التصنيف الآتي:

نوع الوصية صورها حكمها

*** مطلقة غير مكتوبة تكون الوصية صحيحة**

مكتوبة: و أبقى الموصي الكتاب عنده حتى مات صحيحة.

مكتوبة: وأخرج الموصي الكتاب من يده، و وضعه تحت يد الموصى له أو غيره و تركه بيده حتى مات صحيحة.

مكتوبة:و وضعها تحت يد غيره ثم استرجعها منه في صحته أو مرضه ، حتى ولو سبق.

*** في حالة تحقق الشرط غير مكتوبة تكون الوصية صحيحة**

مكتوبة: و أبقى الموصي الكتاب عنده حتى مات صحيحة.

1 المرجع نفسه ، ص648.

مكتوبة: و أخرج الموصي الكتاب من يده و وضعه تحت يد الموصى له أو غيره وتركه بيده حتى مات صحيحة.

مكتوبة: و وضعها تحت يد غيره تم استرجعها باطلة.

***في حالة تخلف الشرط غير مكتوبة باطلة**

مكتوبة: وأبقى الموصي الكتاب عنده حتى مات باطلة.

مكتوبة: وأخرج الموصي الكتاب من يده, ووضعه تحت يد الموصى له أو غيره, وتركه بيده حتى مات صحيحة.

مكتوبة: و وضعها تحت يد غيره تم استرجعها باطلة.

وهكذا يتبين لنا أن الوصية المطلقة لها أربعة صور، تصح في ثلاثة وتبطل في واحدة. و الوصية المقيدة هي كالمطلقة في عدد صورها ، لكن حكمها يختلف بحسب تحقق الشرط أو عدمه[1].

و فـي جميع الأحوال لابد من التمييـز بين الوصيـة المعلقة على شرط من جهة و الوصية المقترنة بشرط من جهة أخرى.

الفقرة الثانية: الوصية المعلقة على شرط

إن تعليق الوصية على وجود شرط معين يعني ترتيب وجودها على وجود هذا الشرط ، فالأصل في العقود أن تترتب آثارها فور إنشائها ، و لكن هناك حالات يختلف فيها الأثر عن وقت الإنشاء ، و على هذا الأساس يمكن القول بأن صيغة العقود عموما تكون على ثلاث حالات :

1-**الصيغة المنجزة:** و هي التي تدل على إنشاء العقد و ترتيب آثاره في الحال دون تأجيل أو تعليق على شرط.

1 مصطفي محمد الشبلي ، أحكام الوصايا والأوقاف ، دار الجامعية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة 4 ، ت ط 1402هـ - 1982م ص 32.

2-**الصيغة المعلقة:** و هي كل صيغة علق فيها الأثر على أمر، فإن حدث الأمر المعلق عليه صح العقد، و إلا لم يترتب عليه أي حكم.

3-**الصيغة المضافة إلى المستقبل:** و هي ما دلت على إنشاء العقد في الحال ، و لكن تؤخر أثره إلى الوقت الذي أضيف إليه[1].

و الفرق بين الإضافة و التعليق عند الحنفية ، أن الصيغة المعلقة على شرط لا ينعقد فيها العقد قبل حدوث الأمر المعلق عليه [2] ، فقد يحدث فيتم العقد و قد لا يحدث فلا ينعقد العقد ، أما الإضافة فالعقد فيها ثم حين الإنشاء و لكن الأثر متأخر إلى وقت معلوم.

و قابلية العقود للإضافة و التعليق تختلف و الوصية من العقود التي لا يترتب أثرها ، إلا مضافا إلى وقت متأخر عن وقت الإنشاء ، لأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ، فهل يجوز تعليقها على شرط؟.

لقد ميز الفقهاء بين الوصية المعلقة على شرط صحيح و الوصية المعلقة على شرط غير صحيح.

فإذا كانت الوصية المقترنة بشرط غير صحيح -كما سيتبين لنا في الفقرة الموالية- هي وصية صحيحة و الشرط باطل ، فهذا يختلف عن حكم الوصية المعلقة على شرط غير صحيح حيث تبطل الوصية أيضا ، لأن التعليق لا يتم به العقد قبل وجود الأمر المعلق عليه ، فإن قال الموصي: أوصيت لك بداري إن نجحت في الامتحان ، لا تنعقد الوصية قبل النجاح في الامتحان ، و إذا كان الشرط المعلق عليه باطلا كانت الوصية باطلة ، كأن يقول الموصي: أوصيت لك بداري إن قتلت فلانا ، فالوصية في هذه الحالة باطلة لأنها علقت على شرط باطل.

1 مصطفي محمد الشبلي ، مرجع سابق.ص 33

2 محمد ابو زهرة ، شرح قانون الوصية ، دراسة مقارنة بين القانون والمصادر الفقهية، الناشر مكتبة الانجلومصرية ، مصر القاهرة ، 1369هـ - 1950م ص 38.

و إذا كان الشرط صحيحا ، صحت الوصية في حالة تحقق هذا الشرط و بطلت إذا تخلف هذا الشرط.

وقد تطرق قانون الأسرة الجزائري للاشتراط في عقد الوصية حيث تقضي المادة 199 بمايلي:

"إذا علقت الوصية على شرط استحقها الموصى له بعد إنجاز هذا الشرط و إذا كان الشرط غير صحيح صحت الوصية و بطل الشرط."

كما تنص 288 من مدونة الأسرة المغربية: "يصح تعليق الوصية بالشرط وتقييدها به إن كان الشرط صحيحا."

و الملاحظ أن القانون الكويتي للأحوال الشخصية كان أكثر دقة في التمييز بين الوصية المعلقة على شرط و الوصية المقيدة على شرط ، إذ نصت الفقرتان (ج) و(د) من المادة 216 منه على ما يلي:

ج- إذا علقت الوصية على شرط غير صحيح كانت باطلة.

د-إذا قيدت الوصية بشرط غير صحيح صحت الوصية و لغي الشرط"

الفقرة الثالثة: الوصية المقترنة بشرط

يجوز أن تقترن صيغة الوصية بشروط معينة ، و يراد بالشرط المقترن بالوصية حين يرغب الموصي بالوصية أكثر من آثارها الشرعية التي نص عليها الفقه أو القانون.

والشرط الصحيـح حسب ابن تيميـة هو ما كان فيه مصلحة مشروعة للموصي أو للموصى له أو لغيرهما ولم يكن منهيا عنه ولا مخالفا لمقاصد الشريعة[1].

و مثال الشرط الذي يحقق مصلحة الموصي ، أن يوصي لفلان بكذا على أن يقوم برعاية أولاده الصغار أو أن يدفع ضرائب الدولة المستحقة ، أو أن يبدأ في تنفيذ الوصايا بأداء ما فاته من واجبات كالزكاة و الحج أو القيام ببعض النذور، و من أمثلة الشروط التي تحقق مصلحة للموصى له اشتراط أن يبدأ من الوصية بأداء ديونه.

1 علاد الدين أبو الحسن على ، الاختيارات الفقهية لشيخ الاسلام ابن تيمية ، كتاب الوصية ، بدون

و قد تكون الشروط المقترنة بالوصية تحقق مصلحة مشروعة لشخص أجنبي غير الموصي والموصى لـه ، كأن يوصي لفلان بداره على أن يسقي من مائها حديقة جاره [1] أو يوصي بمنفعـة شقته لجهة خيرية على أن يكون حق السكن لمن لم يجد مأوى من ذريته و قد قيد الإمام أبو حنيفة الشرط الصحيح بقيدين:

1 -أن يكون مشتملا على مصلحة.

2 -و ألا يكون منهيا عنه و لا منافيا لمقاصد الشريعة.

أما إذا كان الشرط غير صحيح شرعا فيعتبر باطلا و تبقى الوصية صحيحة ، كأن يوصي لفلان بمبلغ من المال على ألا يتزوج ، فالوصية بالمال تعتبر صحيحة لكن شرط عدم الزواج يعتبر لاغيا ، و مثاله أيضا أن يوصي شخص بداره لفلان على أن يخصصها للقمـار ، أو الوصية بقدر من المال للنائحة ، فكل ذلك مناف لمقاصد الشريعة الإسلامية و هذا ما نصت عليه صراحة المادة 199 من قانون الأسرة الجزائري حيث نصت على ما يلي "إذا علقت الوصية على شرط استحقها الموصى له بعد إنجاز هذا الشرط وإذا كان الشرط غير صحيح صحت الوصية وبطل الشرط."

و نجد نفس هذه المقتضيات في التشريعات العربية المقارنة ، حيث بينت مدونة الأسرة بشكل واضح وصريح كذلك موقفها من الشروط المقترنة بالوصية من خلال المادة 285 التي تنص على أنه " يصح تعليق الوصية بالشرط وتقييدها به إن كان الشرط صحيحا ، و الشرط الصحيح ما كان فيه مصلحة للموصي أو للموصى له أو لغيرهما ولم يكن مخالفا للمقاصد الشرعية".

و يبدو لنا من خلال نص هذه المادة أنها تسعى لتحقيق هدفين بالنسبة للشرط :

أولا: أن تكون فيه مصلحة بينة بحيث لا يكون اشتراطه من باب العبث حتى ولو كان فيه مصلحة في وقت وتزول في وقت آخر فإنه يعتبر صحيحا.

ثانيا: ألا يكون منهيا عنه وغير مناف لمقاصد الشرع بالشكل الذي وضحناه سالفا، وفي جميع الأحوال إذا كان الشرط الصحيح هو ما استوفى هذين الأمرين، فإن الشرط الباطل

1 علاد الدين أبو الحسن على ، الاختيارات الفقهية لشيخ الاسلام ابن تيمية ، كتاب الوصية ، بدون.

هو الذي لا يتحقق فيه الأمران معا ولا يؤثر على صحة الوصية، حيث يعتبر باطلا وتبقى الوصية صحيحة.

كما أيضا جاء في الفقرة الثانية من المادة 211 من قانون الأحوال الشخصية الموريتاني:

.."للموصي تعليق أو تقييد الوصية بشرط صحيح، يعتبر صحيحا الشرط المتضمن مصلحة لأحد طرفي الوصية أو للغير إذا لم يخالف مقاصد الشرع " و نصت المادة 216 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على ما يلي :

"تصح إضافة الوصية إلى المستقبل أو تعليقها على الشرط أو تقييدها به إذا كان الشرط صحيحا.

- الشرط الصحيح ما كان فيه مصلحة مشروعة للموصي أو للموصى له أو لغيرهما ولم يكن منهيا عنه ، و لا منافيا لمقاصد الشريعة ، و تجب مراعاته ، ما دامت المصلحة المقصودة به متحققة أو غالبة.

إذا علقت الوصية على شرط غير صحيح كانت باطلة.

إذا قيدت الوصية بشرط غير صحيح، صحت الوصية و لغي الشرط. "

المبحث الثالث: القبول والرد في عقد الوصية

إن الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت، ينعقد بالإرادة المنفردة للموصي، لكن الملكية لا تثبت إلا بعد قبول الموصى له، وتبطل في حالة رده لها، فما هي الأحكام المنظمة للقبول والرد في عقد الوصية (المطلب الأول)، وما هي الإشكالات الفقهية والعملية المرتبطة بهما (المطلب الثاني)؟

المطلب الأول : مفهوم القبول و الرد وطبيعته

سنحاول توضيح مفهوم القبول في الفرع الاول، ومفهوم الرد في الفرع الثاني، قبل التطرق لطبيعتهما في الفقرة الثالثة.

فرع الأول : مفهوم القبول

من المعلوم أنه لابد من وجود طرفين في كل عقد ، و لابد من إيجاب و قبول كما فـي عقد الزواج ، و الكراء و البيع مثلا ، و عدم تلاقي الإرادتين لا يولد عقدا ، خاصة و أن مفهوم العقد ينصرف إلى توافق إرادتين من أجل إحداث أثر قانوني[1].

إلا أن بعض الفقهاء رأوا أنه يمكن أن يتم إنشاء العقد بالإرادة المنفردة في عقود التبرع كالوصية و الهبة على سبيل المثال.

فالفقهاء اعتبروا الوصية نوعا من العقود و اختلفوا في الشق المتعلق بالقبول فبعضهم قال بلزومه و البعض الآخر قال بالعكس ، كما سنرى في الفرع الثالث من هذا المطلب.

من هنا يمكن القول أن الوصية من العقود التي لها طبيعة خاصة[2].

فهي و إن كانت تنعقد بمجرد الإيجاب من الموصي ، فإنها لا تصبح تامة إلا بصدور قبول من الموصى له بعد وفاة الموصي، أي أن القبول لا يتم في نفس المجلس الذي صدر فيه الإيجاب ، بل يتأخر إلى حين وفاة الموصي الذي صدر عنه الإيجاب.

1 زهدور محمد ،الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الاسلامية،مرجع سابق ،ص67.

2 عبد الرحمان الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الاربعة. مرجع سابق ، ص 282.

و يقصد بالقبول الموافقة على الوصية ممن له الحق في ذلك.

و يجب أن يكـــون القبول مطابقا للإيجاب، فإذا قال الموصي أوصيت لك بهذه الدار، فالقبول يجب أن يكون بـــ : "قبلتها" ، أما إذا قال الموصى له : قبلت هذا البستان أو غير ذلك ، فإن القبول لا يعتبر شرعا.

و يلاحظ أن للفقهاء رأيان بخصوص مفهوم القبول :

* **رأي الجمهور:** أن المراد بالقبول الموافقة على الوصية و الرضا بها ممن له الحق في ذلك.

* **رأي الحنفية :** المقصود بالقبول عدم الرد الصادق بالموافقة و بالسكوت حيث لا موافقة و لا رد.

و تظهر أهمية هذا الخلاف في حالة وفاة الموصى له قبل القبول والرد و بعد وفاة الموصى.

فإذا اتبعنا رأي الجمهور فإن القبول يعتبر غير حاصل لأن الموصى له لم يوافق على الوصية، وبالتالي ينتقل الحق في القبول والرد إلى ورثته.

أما إذا أخذنا برأي الحنفية فيعتبر القبول حاصلا نظرا لعدم وقوع الرد ، و بذلك تنتقل الوصية لورثة الموصى لهم على وجه التمليك و لا يحق لهم ردها[1].

ويرى الفقيه محمد التأويل أن رأي الجمهور هو الراجح لأن القبول عمل إيجابي يعبر عن رضـــا الموصى له فإذا لم يصـــدر منه مـــا يدل على القبول لا يمكن إدعاء حصوله، خاصة و أن السكوت لا يدل على الرضا دائما ، كما قد يموت الموصى له قبل العلم بالوصية و في هذه الحالة لا يمكن القول أن سكوته دليل على رضاه [2].

1 عبد الرحمان الجزيري ، مرجع سابق، ص 283.

2 محمد التأويل ، الوصايا والتنزيل في الفقه الإسلامي ، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الطبعة الأولى ، ت ط 1425هـــ – 2004م ، ص 486.

وقد تبنت التشريعات العربية هذا الرأي حيث اعتبرت موت الموصى له قبل الموصي من مبطلات الوصية . ففي هذا الخصوص نص المادة: 201 من قانون الأسرة الجزائري "تبطل الوصية بموت الموصى له ، أو بردها".

كما نصت المادة: 314 من المدونة المغربية أن موت الم وصى له يعد مبطلات الوصية.

كما ذكرت المادة 220 من قانون الأحوال الشخصية السوري ما يلي :

"تبطل الوصية:

أ -بجنون الموصي جنونا يؤدي به الى الموت.

ب -بموت الموصى له قبل الموصي...."

الفرع الثاني: مفهوم الرد

الرد هو ضد القبول و يعني رفض الوصية و عدم الموافقة عليها ، و يبدو أن رد الوصية لا يحصل كثيرا في الحياة العملية حسبما ذكر المقرر العام لمدونة الأحوال الشخصية المغربية ، حيث يقول: "...فإن العرف القائم في المغرب هو عدم تفكير أحد من الموصى لهم في الرد ، فلم نسمع قط أن أحدا رد وصية ، و لا رأينا نازلة بهذا المعنى في مجموع ما اطلعنا عليه من النوازل والفتاوى، وليس في كتب الوثائق جملة تدل على القبول أو تشير لعرض الوصية على الموصى له، بل كلها تشتمل على صيغة الإرادة المنفردة، فمذهب الشافعي في هذه المسألة متفق مع الواقع المغربي فيه ا" [1] .

ويحصل القبول و الرد بالقبول و الكتابة والإشارة وبالفعل أيضا من كل ما يدل على الرضا بالوصية أو رفضها حسب رأي الجمهور، بينما ذهب الشافعية في المشهور عندهم إلى أنه لا يتم القبول إلا بالقول ولا يكفي فيه الفعل[2].

1 عبد الكريم شهبون ، شرح مدونة الاحوال الشخصية المغربية ، مرجع سابق، ص 365.

2 عبد الرحمان الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الاربعة. مرجع سابق ، ص 283.

3 المرجع نفسه ، ص 283.

و لاشك أن الأرجح هو رأي الجمهور قياسا للفعل على القول ، بل هو أقوى منه في الدلالة على القبول أو الرد ، و قياسا أيضا للوصية على الهدية حيث يكفي في قبولها الفعل ، فإذا قيل للموصى له : هذه وصية فلان ، فقال: رددتها أو مزق وثيقتها ، أو كتب جوابا بردها ، أو قيل له: هل تقبلها؟ فأشار برأسه أو يده بالنفي ، اعتبر كل ذلك دلالة على رد الوصية ، أما إذا قال : قبلتها أو شكـــر لـــه عند وصيته أو أشار برأسه بقبولها أو أخذها و تصرف فيها ، أو كتب جوابا بقبولها ، كان ذلك كله قبولا للوصية ، أما السكوت فلا يعتبر قبولا ولا ردا.

الفرع الثالث: طبيعة القبول

إختلف الفقهاء في طبيعة القبول و ما إذا كان يعتبر شرطا في صحة الوصية أو لا يعتبر كذلك.

***الرأي الأول :** القبول ركن من أركان الوصية وهذا قول أبي حنيفة.

***الرأي الثاني:** القبول شرط صحة في الوصية وهو قول مالك.

***الرأي الثالث:** القبول شرط صحة في لزوم الوصية وتنفيذها وهذا هو المشهور في المذهب المالكي.

***الرأي الرابع:** القبول شرط في تنفيذ الوصية وملكية الموصى له للموصى به .

***الرأي الخامس:** القبول لا يعتبر ركنا ولا شرطا في الوصية وهو قول الشافعي [1].

وينبني على هذا الخلاف، اختلاف في الرأي بخصوص مسألتين : ملكية الموصى به قبل قبول الوصية ، و حكم الغلة الحادثة بعد الموت و قبل القبول.

أولا: ملكية الموصى به قبل قبول الوصية

بصدد هذه المسالة انقسم الفقهاء على ثلاثة أقوال:

***القول الأول:** الملك للموصى له بمجرد وفاة الموصي ما دام القبول لا يعتبر ركنا ولا شرطا وهو قول المالكية والشافعية في إحدى الروايتين.

1 زهدور محمد ، مرجع سابق، ص 66.

و قد استند أصحاب هذا القول على الحجج الآتية :

أ-القياس على الإرث، فهو يدخل في ملك الوارث بالموت، فكذلك الوصية.

ب-القياس على الوصية للفقراء، وهي أيضا تدخل في ملكهم بمجرد الموت.

ج-الإحتجاج بأنه لا يصح بقاء الوصية على ملك الموصي لموته لان الميت لا يملك .

كما أنه لا يجوز انتقالها للوارث لأن الوصية مقدمة على الميراث لقوله تعالى: ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ ﴾[1].

و بالتالي فإن المنطق يقتضي القول بانتقال ملكية الموصى به للموصى له بمجرد وفاة الموصي خاصة وأن قصد الموصي في وصيته غالبا هو أن تسلم الوصية للموصى له بمجرد و فاته.

***القول الثاني:** الوصية لا تدخل في ملك الموصى له إلا بالقول إذا كانت بمعين، لأن القبول يعتبر ركنا أو شرطا في صحة الوصية ، وهذا قول الحنفية والحنابلة وأحد أقوال المالكية ، و قد استدلوا بما يلي :

أ- القياس على البيع والهبة وباقي العقود، حيث لا تدخل في ملك الطرف المستفيد إلا بالقبول.

ب- الاحتجاج بأن القبول إما شرط أو جزء من السبب، والحكم لا يتقدم على شرطه ولا على سببه ولا على جزئه[2].

ج-الإنسان لا يملك شيئا بغير سعيه، وهذا ما يوضحه قوله تعالى: ﴿ وَأَن لَّيۡسَ لِلۡإِنسَٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ ﴾ فلو ثبت الملك للموصى له بدون قبول ، لثبت له بدون سعيه وهذا يتعارض مع نص الآية الكريمة و عمومها.

1 زهدور محمد ، مرجع سابق، ص 66

2 المرجع نفسه ، ص 67 .

د–القول بدخول الموصى به في ملك الموصى له بدون حاجة إلى القبول ، فيه إضرار بالموصى له ، حيث يؤدي إلى المن عليه من قبل الورثة كما يجعله متحملا للوازم الإنفاق على الموصى به الذي لا نفع فيه.

*__القول الثالث:__ الملك بعد وفاة الموصي موقوف ، غير محكوم به لأحد ، فإن قبل الموصى له ، دخل ملكه و إن رده دخل في ملك الورثة.

و هذا رأي الشافعية والمالكية ، و قد استدلوا بأنه لا يصح بقاء الموصى به على ملك الموصي لأنه أصبح ميتا ، كما لا يصح القول بانتقال ملكيته للورثة ، لأن الوصية مقدمـــة على الميـــراث ، و لا يصـــح أيضا جعله للموصى له لأنه لم يعلن عن قبوله بعد ، و بالتالي يتعين وقفه وعدم الحكم به لأحد حتى يثبت الأمر بالقبول والرد[1].

و يترتب عن اختلاف آراء الفقهاء بخصوص هذه المسألة ، اختلافهم أيضا في حكم الغلة الحادثة بعد موت الموصي و قبل الموصى له.

ثانيا: حكم الغلة الحادثة بعد الموت وقبل القبول

للفقهاء ثلاثة آراء بخصوص هذه المسألة ، و سنحاول إيجازها فيما يلي :

*__الرأي الأول:__ الغلة الحادثة بعد الموت و قبل القبول ملك للموصى له كلها ، عملا بقاعدة من ملك شيئا ملك غلته ، و حديث الرسول صلى الله عليه و سلم : "الخراج بالضمان"[2] فالضمان على الموصى له بالموت و بالتالي تكون الغلة له بالموت أيضا.

*__الرأي الثاني:__ هذه الغلة ملك للورثة لأن الملك باق للميت أو للوارث قبل القبول ، و ما دام القبول ركن أو شرط في الملك ، و لم يتم القبول بعد ، فإن الغلة لورثة الموصي [3].

*__الرأي الثالث:__ للموصى له ثلث الغلة ، و الثلثان للورثة ، فإن كان الموصى به و غلته

1 زهدور محمد ، مرجع سابق، ص 67.

2 رواه ابن ماجه رقم الحديث 2234 ، الترمذي رقم: 1206.

3 القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، دار ابن حزم ، سنة 1420هـ – 1999م ص 667.

يخرجان من الثلث أخذهما ، و إن كان الثلث يحمل الموصى به دون غلته ، فإنه يعطى للموصى له كله.

و إذا كان المشرع الجزائري قد سكت عن بيان حكم هذه المسألة ، و عليه فإنه يتعين الرجوع إلى ما تقتضيه أحكام المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري و هو العمل بأحكام الشريعة الإسلامية في حالة سكوت النص.

و تجدر الإشارة إلى أن المشرع التونسي حسم هذا الخلاف من خلال الفصل 181 من مجلة الأحوال الشخصية الذي ينص على أن : "الموصى له يستحق الوصية مع ما زاد فيها من زمن وفاة الموصي. "

كما أن قانون الأحوال الشخصية لدولة الكويت تطرق لهذه الإشكالية بشكل دقيق حيث نصت المادة 235 على المقتضيات الآتية:

"أ- إذا كان الموصى له موجودا عند موت الموصي، استحق الموصى به من حين الموت، ما لم يفد نص الوصية ثبوت الاستحقاق في وقت معين بعد الموت .

ب-تكون للموصى له زوائد الموصى به من حيث الاستحقاق إلى القبول، إذا كان القبول متأخرا عن بدء الاستحقاق ولا تعتبر وصية، وعلى الموصى له نفقة الموصي به في تلك المدة."

المطلب الثاني : الإشكاليات المرتبطة بالقبول والرد

إذا كان القبول هو الموافقة على الوصية ، و الرد هو رفضها ، فما هو الوقت اللازم للقبول و الرد ، و من له هذا الحق ، و هل يجوز تجزئة القبول و الرد؟.

للإجابة على هذه التساؤلات ، سنخصص الفرع الأول للحديث عن وقت القبول والرد و الفرع الثاني للحديث عن من له حق القبول و الرد ، بينما سنخصص الفقرة الثالثة لتجزئة القبول و الرد.

الفرع الأول: وقت القبول و الرد

لا خلاف بين الفقهاء في أن الوصية عطية لا يستحقها الموصى له إلا بموت الموصي ، إذ لا تجب له قبله إجماعا ، و لهذا كان الوقت المعتبر لقبولها أو ردها هو ما بعد وفاة الموصي لا قبله ، فإن قبلها بعد موته لزمت ، و إن ردها بعده بطلت.

لكن الفقهاء اختلفوا إذا ردها الموصى له قبل الموت ثم قبلها بعده.

ذهب الجمهور إلى أنها لا تبطل حيث يجوز له قبولها بعد الموت ، و قال بعض المالكية أنها تبطل إذا ردها قبل الموت.

و مرد هذا الخلاف اختلاف الفقهاء في حكم إسقاط الشيء قبل وجوبه ، كمن يسقط الشفعة قبل البيع ، فمن رآه لازما قال ببطلان الوصية بردها قبل الموت ، و من رآه غير لازم قال بعدم بطلانها لأنها إسقاط للشيء قبل وجوبه[1].

و بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري فقد نصت في المادة 197 على ما يلي: "يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي".

و هذا يعني أن المشرع أخذ برأي الجمهور ، فلم يعتد برد الموصى له للوصية قبل وفاة الموصي ، و هو نفس الرأي الذي أخذ به القانون المصري في المادة 24 و التي تقول : "لا تبطل الوصية بردها قبل موت الموصي" ، و في نفس السياق تقضي المادة 290 من المدونة المغربية بما يلي :

"لا يعتبر رد الموصى له إلا بعد وفاة الموصي."

أما القانون التونسي فقد كان أكثر إيضاحا حيث نص في الفصل 196 من مجلة الأحوال الشخصية على أنه:

"لا يعتبر القبول بعد الرد ولا الرد بعد القبول إلا إذا قبل الورثة"

و اتفقت المذاهب الفقهية على أنه لا تشترط الفورية في القبول و الرد ، كما لا يشترط كون القبول أو الرد في مدة معينة بل هو على التراخي ، فيجوز بعد الوفاة و لو

1 محمد التأويل ، مرجع سابق، ص 488.

إلى مدة طويلة ، لأن الفور إنما يشترط في العقود المنجزة التي يرتبط القبول فيها بالإيجاب كالبيع مثلا ، جاء في المغني: "...و يجوز القبول و الرد على الفور و التراخي و لا يكون إلا بعد موت الموصي ، لأنه قبل ذلك لم يثبت له حق[1] ".

لكن الشافعية خالفوا هذا الرأي حيث ذهبوا إلى أن للوارث الحق في مطالبة الموصى له بالقبول أو الرد ، فإن امتنع بعد المطالبة اعتبر ذلك ردا للوصية ، و هذا رأي منطقي و عادل لأن فيه دفع الضرر عن الورثة ، كما ذهب الحنابلة إلى أنه في حالة الامتناع عن القبول و الرد رغم مطالبة الورثة بذلك يحكم على الموصى له بالرد و سقوط حقه[2].

و إذا كان المشرع الجزائري لم تتعرض لهذه المسألة فإن المشرع المصري أخذ برأي الشافعية و الحنابلة فاشترط أن يكون قبول الوصية أو ردها خلال 30 يوما من وفاة الموصي ، أو من وقت علم الموصى له بالوصية و به أخذ المشرع السوري أيضا حيث نص في المادة 227 من قانون الأحوال الشخصية على ما يلي : "يشترط في الرد أن يكون بعد وفاة الموصي و خلال ثلاثين يوما منها أو من حين علم الموصى له بالوصية أو لم يكن عالما حين الوفاة"[3].

بينما فرض المشرع في سلطنة عمان على الموصى له حضور قسمة التركة، و إلا اعتبر تخلفه عن ذلك بدون عذر ردا للوصية بموجب حكم يصدره القضاء.

الفرع الثاني: من له حق القبول والرد؟

إن الإجابة على هذا السؤال تقتضي التمييز بين حالتين:

- الحالة التي يكون فيها الموصى له معينا.
- الحالة التي يكون فيها الموصى له غير معين.

1 محمد التأويل ، مرجع سابق،ص488.

2 محمد ابو زهرة ، مرجع سابق ص 36.

3 المرجع نفسه ، ص 40.

و في الحالتين معا قد يكون الموصى له المعين رشيدا كامل الأهلية ، و قد يكون محجـورا عليـه ، كمـا أن الموصى له غير المعين قد يكون جماعة غير محصورة العدد ، أو جهة محددة[1].

إتفق الفقهاء على أن الموصى له المعين يملك بنفسه القبول و الرد متى كان كامل الأهلية ، لأنه صاحب الولاية على نفسه ، كما اتفقوا على أنه إذا كان فاقدا للأهلية لا يعتد بقبوله أو برده لأن عبارته ملغاة ، و إنما يقبل نائبه الشرعي ، أما الحمل فإن المالكية ترى أن القبول ينبغي أن يكون بعد الوضع لأن أهلية الملك لا تثبت للحمل إلا بعد الولادة و نجد أن المشرع الجزائري قد تطرق إلى هذه حالة حيث نصت المادة 187 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي : "تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا ،..."

كما تطرق المشرع الجزائري الى حالة موت الموصى له قبل القبول حيث نصت المادة 198 موضحة "إذا مات الموصى له قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الرد" [2].

كما الفقهاء أيضا أجمعوا على أن الموصى له غير المعين لا يحتاج إلى قبول ولا رد، وإنما تلزم الوصية في هذه الحالة بمجرد إيجاب الموصي وقد أخذت مدونة الأسرة بهذا الرأي في المادة 288 حيث نصت:"الوصية لغير معين لا تحتاج لقبول ولا ترد برد أحد"[3] ، أما المشرع المصري فجعل حق القبول والرد عن المؤسسات والجهات والمنشآت لمن يمثلها قانونا, فإن لم يكن لها من يمثلها قانونا، لزمت الوصية من غير حاجة إلى قبول[4].

و قد اختلفت آراء الفقهاء، بخصوص ناقص الأهلية وهو الصبي غير المميز والمحجور عليه بسبب السفه أو الغفلة.

– قال الحنفية: له القبول لأن الوصية نفع محض له كالهبة والاستحقاق في الوقف، وليس له ولا لوليه الرد، لأنه ضرر محض.

– قال الجمهور: القبول والرد لنائبه الشرعي.

1 محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، دراسة مقارنة بين القانون والمصادر الفقهية، ص 40.

2 دلانده يوسف، مرجع سابق ص 149.

3 عبد الكريم شهبون ، مرجع سابق، ص 365

4 محمد ابو زهرة ، مرجع سابق ،ص 45.

و في هذا الخصوص عالجت المواد 81 و 86 من الكتاب الثاني المتعلق بالنيابة الشرعيـــة في قانـــون الأحوال الشخصية هذه المسألة ونصت المادة 83 منه على مايلي: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له ، و باطلة إذا كانت ضارة به ويتوقف على اجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع و الضرر ، و في حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء."

و خلاصة آراء الفقهاء بخصوص من له حق القبول و الرد ، أن الموصى له المعين الرشيد له وحده حق القبول و الرد و هو ما أكدته المادة 289 من مدونة الأسرة بقولها : " الوصية لشخص معين ترد برده ، إذا كان كامل الأهلية ، و يرث ورثته هذا الحق عنه" ، أما الموصى له غير الر اشد فينوب عنه وليه في القبول و الرد ، و إذا كان جنينا لا يقبل له إلا بعد ولادته.

بخلاف الموصى له غير المعين كالمساجد و الفقراء ، فإن الوصية تلزم بموت الموصي و لا تحتاج لقبول ، و هذا ما أكدت عليه مدونة الأسرة في المادة 288 و التي تنص على أن : "الوصية لغير معين لا تحتاج إلى قبول و لا ترد برد أحد[1]. "

الفرع الثالث: تجزئة القبول والرد

معلوم أن قبول الوصية وردها، قد يتحقق بشكل كامل، كما قد يتم بشكل جزئي، فالوصية تختلف عن غيرها من العقود في جواز تبعيض الصفقة، ذلك لأن القبول لما كان لأجل مصلحة الموصى له فقد يرى أن مصلحته في قبول البعض ورد البعض الآخر، فإذا أوصى شخص لج ـــاره بدار وأرض زراعية, فله قبول الأرض دون الدار والعكس صحيح ، و له أيضا قبول بعض الدار أو الأرض، ولا يحق للورثة الاعتراض على ذلك لأنه لا ضرر عليهم في قبول البعض ورد البعض الآخر[2].

و إذا كانت الوصيـــة لجماعة فقبل بعضهم ورد الآخرون ، لزمت الوصية لمن قبل منهم ، و بطلت لمن رد ، و عادت ميراثا بين الورثة يحاصصون بها أصحاب الوصايا ، ذلك لأن بطلانه ـــا في نصيب م ـــن رد لا يؤثـــر في صحتها في نصيب من

1 عبد الكريم شهبون ، مرجع سابق، ص 365

2 المرجع نفسه ، ص 365

قبل ، و إذا كان المشرع قد سكت عن هذا في قانون الأحوال الشخصية فإن المشرع المغربي قد أشار إلى ذلك ، و بهذا أخذت مدونة الأسرة المغربية في المادة 291 و التي نص على أنه : "يجوز رد بعض الوصية وقبول بعضها كما يجوز ذلك من بعض الموصى لهم كاملي الأهلية و تبطل بالنسبة للمردود و الراد فقط".

و قد جاء في الفصل 195 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية ، "إذا قبل الموصى له بعض الوصية ورد بعضها الآخر تلزم فيما قبل و تبطل في البعض الآخر.

وفي صورة تعدد الموصى لهم وقبول بعضهم دون البعض الآخر تنفذ بالنسبة لمن قبل و تلغى بالنسبة للآخر" و هي نفس المقتضيات التي نصت عليها المادة 233 من قانون الأحوال الشخصية لدولة الكويت و جاء فيها " والوصية تقبل التجزئة ، فمن له القبول ، له أن يقبل الوصية كلها أو بعضها ، فإن قبلها كلها لزمت ، و إن رد بعضها بطلت فيما ردها فيه ، و إذا تعدد الموصى لهم فقبل بعضهم ، و رد بعضهم ، لزمت في نصيب من قبل ، و بطلت في نصيب من رد" .

الخاتمة

وصفوة القول أن الوصية من أهم العقود وأكثرها انتشارا في الحياة العملية خاصة وأن الشريعة الإسلامية حثت على اللجوء إليها، ونظمت أحكامها بشكل يتماشى مع مبادئ العدل والإنصاف وروح البر وصلة الرحم . ضلت أحكامها مستقرة طوال حقب عديدة من الزمن ، فلم تقم أغلب التشريعات العربية إلا بتكريس مبادئ الشريعة الاسلامية المقررة فيها .

فالوصية وسيلة من وسائل تمتين العلاقات الأسرية طالما احترمت روح الشرع الحنيف، فهي تحتل مكانة هامة لكونها عملا وتصرفا راديا منحه الله سبحانه وتعالى للإنسان لكي يتخذ منها وسيلـــة لمنـــح الغيـــر حقـــا مشروعـــا من الأقارب وذوي الحاجات ، إلا أنها قد تتحول إلى مصدر للكثير من المنازعات التي تهدم بناء الأسرة كلما ابتعدت عن النهج الذي رسمته الشريعة الغراء.

من هنا كانت للصيغة باعتبارها ركنا من أركان الوصية أهمية قصوى في التعبير عن إرادة الموصي، لذا اهتم الفقهاء بتوضيح الأحكام المتعلقة بها وهو ما انعكس أيضا على التشريعات العربية المتعلقة بالأحوال الشخصية والتي وإن اختلفت في بعض الجزئيات، فإنها تلتقي في المبادئ العامة التي تميز عقد الوصية.

و إذا كان المشرع العربي قد حاول تنظيم المقتضيات المتعلقة بصيغة الوصية واستقى معظم أحكامها من المذ اهب الفقهية ، إلا أنه رأينا كل تشريع على حدى نجده أنه أغفل الإشارة إلى كثير من الإشكاليات التي ما تزال تطرح في الحياة العملية، وهو ما يفرض استفادة هاته التشريعات العربية المقارنة من بعضها فهي وان اختلفت في جزئيات فهي طبعا تكمل بعضها ، كما أن الاجتهادات القضائية من جهة أخرى لها دورها في تغطية نقائص التشريع ، وخاصة وأن القضاء يعتبر من أهم المصادر التكميلية للقاعدة القانونية.

ولعلى من ابرز النتائج التي استخلصناها من بحثنا هذا هي:

1 -تعتبر الوصية من التصرفات الناقلة للملكية مضاف إلى ما بعد الموت وهي مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع وهذا ما اتفقت عليه جميع التشريعات العربية.

2 -اجماع المذاهب على أن للوصية أربعة أركان موصي وموصى له وموصى به وصيغة و مع فقهاء المذهب الحنفي خالفوا هذا الرأي واعتبروا أن الصيغة هي الركن الوحيد وأن البقية من موصي وموصى له وموصى به هي مجرد شروط.

3 -كل التشريعات العربية عملت بالرأي الذي يري أن للوصية أربعة أركان موصي وموصى له وموصى به و صيغة.

4 كما اختلفت المذاهب في أن ركني الصيغة هل هي ايجاب فقط أم ايجاب وقبول نهجت نهجها كذلك التشريعات العربية فمثلا المشرع المغربي فـــي المادة 284 من المدونة المغربيـــة نص المشرع: " تنعقد الوصية بإيجاب من جانب واحد و هو الموصي". فهناك من يرى أن القبول عير ملزم في عقد الوصية .

5 – الوقت المعتبر للقبـــول الوصية أو ردها مع اختلاف الفقـــهاء فيما يتعلق بهذا حيث ذهب الجمهور إلى أنها لا تبطل حيث يجوز للموصى له قبولها بعد موت الموصي إن كان ردها قبل وفاته ، و قال بعض المالكية أنها تبطل إذا ردها قبل الموت.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

المصادر :

القرآن الكريم

المراجع :

- **كتب**

1. ابن العربي ، أحكام القرآن 71/1 ، القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن 259/2.
2. ابن حجر العسقلاني،أحمد بن على، فتح الباري بشرح صحيح البخاري لأبي عدالله محمد بن اسماعيل البخاري (364/5) دار الفكر.
3. ابن حزم علي(456هـ) ، المحلى بالآثار،الجزء السابع، دار التراث–بيروت –لبنان– بدون طبعة.
4. ابن قدامة ، الكافي.
5. ابن قدامة المقدسي ، الشرح الكبير ج 3.
6. ابن قدامة المقدسي ، المقنع ، ج 2
7. ابن قدامة المقدسي ، موفق الدين ابي محمد بن عبد الله ، الكافي في فقه احمد بن حنبل، ج 4، بيروت .لبنان

ابن قدامى المقدسي ، شمس الدين أبو فرج عبدا لرحما ن ابن أبي عمر احمد ، الشرح الكبير على متن المقنع على مذهب ابن أبي عبدا لله احمد بن حنبل الشيباني. المتوفى سنة 682 هـ – ج 3.

8. ابن ماجه في سننه، كتاب الوصايا، باب الحث على الوصية ، ، ج 2.
9. ابن منظور، جمال الدين محمد بن مكرم بن الأنصاري **لسان العرب** ، ج15 ، .دارالفكر ، بيروت، ط الأولى، ت ط : 1410 ـــه – 1990 م.
10. أبو جعفر محمد بن يعقوب ، فروع الكافي،ج 3، دارالأضواء ،بيروت ،لبنان،طبعة الاولى ،ت ط 1413هـ –1993م.
11. الأصفهاني ، أبو القاسم حسين بن محمد بن المفضل المفردات ، ط الأخيرة، ت ط : 1381 ـــه

12. الميداني ، أبو الحسين أحمد بن حمد القدوري البغدادي ، اللباب في شرح الكتاب ، ج 4 ، دار الكتب العلمية، بيروب، لبنان.
13. الامام الرازي فخر الدين 544-604 هـ ، تفسير الفخر الرازي المشتهر بالتفسير الكبير ومفاتيح الغيب ، ج 3 ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان 1415هـ – 1995م.
14. البجيرمي ،سليمان ، حاشية البجيرمي بتحفة الحبيب على شرح الخطيب المسمى بالإقناع في حل ألفاظ ابي شجاع . ج 3.
15. البخاري في صحيحه ، كتاب الوصايا ، باب الوصايا، باب(أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ت ط 1997، رقم 3591، ج 3.
16. بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،ج 2الميراث والوصية ،ديوان المطبوعات الجامعية ،ط1999،ج2 .
17. الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي احمد الدردير ، ج 4 ، دار احياء التراث العربي.
18. دلاند يوسف ، قانون الاسرة مدعم باحث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا ،الاحوال الشخصية والمواريث دار هومه الجزائر 2003.
19. الزبيدي ، تاج العروس.
20. الشربيني ، مغني المحتاج ، ج 3 .
21. شرح الزرقاني على موطا الإمام مالك ،مطابع مصر 2004.
22. شيخ نسيمة ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري ، الهبة ، الوصية ، الوقف ، دار هومة ، الجزائر ، 2012.
23. الطبري ، جامع البيان، ج 3، الرازي ، تفسير الرازي ، ج 5.
24. الطبري ،بن جرير (ت 310هـ) جامع البيان عن تأويل القران، ج 5، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان 1415هـ – 1995م.
25. عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ،الجزء الثالث ، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان ،ط الثانية ، 1424 هـ – 2002 م .

26. عبد الرحمان الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، ج 3، ص 286/285، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان ، سنة 1424هـ -2003 م.
27. عدنان نجا ،المواريث في الشريعة الإسلامية ،دار الطباعة والنشر بيروت (د،ت) .
28. العمراوي ، محمد الزهيري، أنوار المسالك وعدة الناسك ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع .بيروت .لبنان . ط الأولى . ت ط 1416 هـ - 1966م.
29. الفيروز أبادي ، القاموس المحيط.
30. الزبيري، تاج العروس، ج 20 .
31. القرطبي ، ابو الوليد محمد احمد بن محمد بن احمد بن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ط الثامنة . ت ط : 1406هـ - 1986م .
32. القرطبي أبو يوسف بن عبد الله ، الكافي في فقه أهل المذاهب ج 2 ، مطبعة حسان بالقاهرة ، ت ط 1399 هـ - 1979 م.
33. الكاساني، علاء الدين أبوبكر مسعود الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ج 7 ، دار الكتب العلمية ، بيروب، لبنان ،الطبعة الثانية ، ت ط 1406هـ - 1986 م.
34. الكشناوي ، أبوبكر بن حسن ، أسهل المدارك في شرح ارشاد المسالك في فقه الإمام مالك ، ج 3 ، المكتبة التجارية ، بيروت ، ط الثانية.
35. كمال حمدي ،المواريث والهبة والوصية ،الاسكندرية ،مصر ،1998.
36. الماوردي ، الحاوي الكبير ، ج 10 ، الشريني ، مغني المحتاج ،ج 3.
37. محمد الرصاع أبي عبدالله الأنصاري، شرح حدود ابن عرفة ،ج 1 ، دار المغرب الاسلامي، الرباط، المغرب، 1993م
38. محمد امين بن العابدين ،حاشية در المختار ،دار الفكر لنان ،مجلد2،ط1992 .
39. محمد مصطفى شبلي ، أحكام الوصايا و الأوقاف، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت-لبنان ، الطبعة الرابعة ، 1402هـ - 1982 م.
40. محمد مصطفى شلبي ،أح لكام الوصايا والأوقاف ،الدارالجامعية للطباعة والنشر بيروت- لبنان ، الطبعة الرابعة ، 1402هـ - 1982 م.
41. المرغيناني، الهداية ، ج4،

42. ابن البزاز، الفتاوي البزازية المبوعة بهامش الفتاوي الهندية ، ج 6، دار احياء التراث العربي –بيروت –لبنان، ط الثالثة ، ت ط 1400هـ – 1980م.

43. مسلم في صحيحه، كتاب الوصية، دار المحاسن،القاهرة ، مصر، ج 4.

المذكرات والرسائل:

44. رسالة ماجستير "أحكام الوصية في الفقه الاسلامي" اعداد الطالب: محمود على محمود يحي ، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس فلسطين، سنة 2010

- **قوانين:**

45. قانون الأسرة الجزائري 05–02 المعدل والمتمم بتاريخ 14 ربيع الثاني 1427 الموافق لـــ: 11 ماي لسنة 2006.

46. الأمر رقم 75–52 المؤرخ في 20 رمضان من عام 1395هـــ الموافق: 26 /1975/09 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

47. قانون الأحوال الشخصية المغربية ، قانون رقم 03–70 بمثابة مدونة الأسرة– صيغة محينة بتاريخ :25 يناير 2016.

48. قانون الأحوال الشخصية الكويتي ، المعدل بأرقام 61 لسنة 1996 و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2007 وقانون اجراءات ودعاوى النسب وتصحيح الاسم.

49. قانون الأحوال الشخصية السوري المعدل بمرسوم 59 بتاريخ: 1953/09/19.

50. قانون الوصية المصري رقم: 71 لسنة 1946.

51. قانون الوصية الواجبة التونسي بموجب قانون ، عدد 77 سنة 1959، المؤرخ في 1959/06/19.

فهرس الموضوعات

قائـــــمة المحتويات :

اهداء

شكر

مقدمة: .....خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.

الفصل الأول : ماهية الوصية أركانها وشروطها

المبحث الأول : مفهوم الوصية .....8.....

المطلب الأول : تعريف الوصية لغة واصطلاحا .....8.....

المطلب الثاني : تعريفها قانونا .....10.....

المبحث الثاني: أدلة مشروعيتها والحكمة من مشروعيتها .....12.....

المطلب الأول : أدلة مشروعيتها .....12.....

المطلب الثاني : الحكمة من مشروعيتها .....15.....

المبحث الثالث: أركان الوصية شروطها و أنواعها. .....17.....

المطلب الأول : أركانها وشروطها .....17.....

المطلب الثاني : أنواع الوصية بحسب صفة حكمها الشرعي .....33.....

الفصل الثاني : الصيغة في عقد الوصية

المبحث الأول: تعريف الصيغة وشروطها .....37.....

المطلب الأول : تعريف الصيغة .....37.....

المطلب الثاني : شروطها .....38.....

المبحث الثاني: الإيجاب في عقد الوصية .....39.....

المطلب الأول : وسائل التعبير عن الإيجاب: .....39.....

المطلب الثاني : حكم الشروط المقترنة بالإيجاب .....45.....

المبحث الثالث: القبول والرد في عقد الوصية .....52.....

المطلب الأول : مفهوم القبول و الرد وطبيعته .....52.....

المطلب الثاني : الإشكاليات المرتبطة بالقبول والرد .....58.....

الخاتمة .....65.....

قائمة المصادر والمراجع .....68.....

الفهرس