



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



أحكام الوصية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري - دراسة مقارنة -

مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر حقوق (أحوال شخصية)

إشراف الأستاذ:

د. معتزه عيسى

إعداد الطالبين:

- مليكي نذير

- عيجولي محمد

السنة الجامعية: 2018/2017

قال تعالى: " كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ

الْمَوْتُ أَنْ تَرَكَ خَيْرًا لِّوَالِدَيْهِ وَالْأَقْرَبِينَ

بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ..."

(سورة البقرة الآية 180)

إهداء

إلى قافلة معلمي واساتذتي من الابتدائي الى الجامعة
الى كل واحد منهم علمني حرفا او اخذت عنه فكرة الى
من عرفت منه معنى حب العلم والتعلم والتعليم معلمي الاول
ابي العزيز مليكي عبد القادر وروحه الزكية الطاهرة الى
حبيبتي امي التي كافحت من اجلي دبوسة ضربان الى
أنسي في الحياة ورفيقة دربي الأستاذة عمران البتول الى
قرة عيني وردتاي إسراء ومرجانة الى إخوتي عبد الله
.ميلود..شريفة.. عبد الرزاق. عميرة.....الى كل هؤلاء
أهدي هذا العمل ونسال الله التوفيق والسداد وعليه
التكلان.

نذير

إهداء

الى كل سائر طموح نحو المعالي
الى كل متوكل غير متكمل
الى كل منطلق غير ابيه لعائق او ملتفت لموهنات العزائم
الى ابي وامي الساهرين الى ان فارقا الحياة لاجل ان نرث
عنهم حب العلم
الى زوجتي سر نجاحي وسند مشوار حياتي
الى ابنائي وبناتي قرة عيني
الى اخي الوحيد عضدي في كل حين
الى اخواتي الاعزاء وخالتي من تلج السنتهم دوما
بالدعاء لي
الى كل احبائي اهدي هذا العمل

كلمة شكر

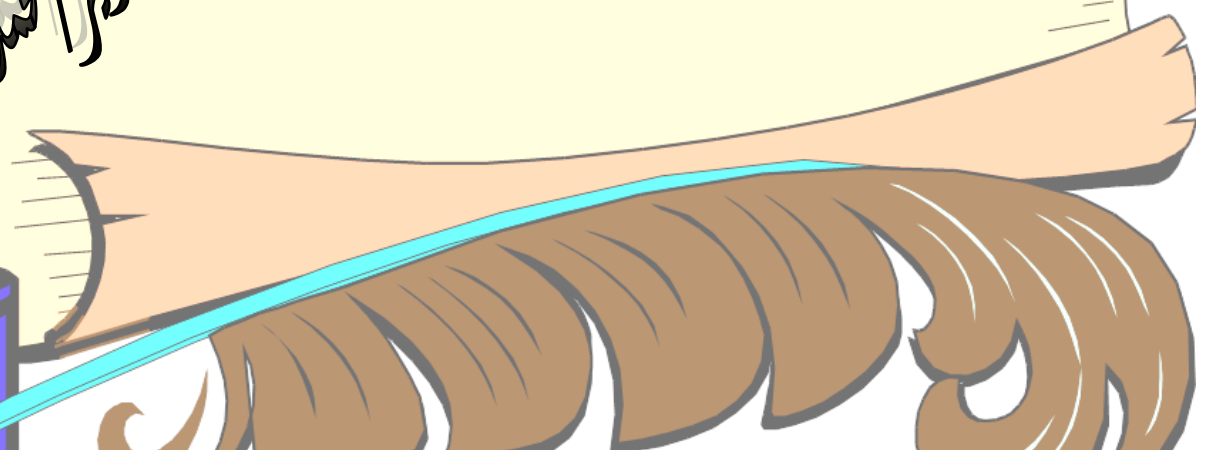
قال تعالى: ﴿رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ ﴿19﴾﴾

سورة النمل الآية 19 .

وقال ﷺ: ﴿من لم يشكر الناس لم يشكر الله﴾

في البداية نشكر الله عز وجل الذي وفقنا لإتمام هذا العمل المتواضع كما تتوجه بالشكر الجزيل إلى كل من ساعدنا على إنجاز هذا البحث سواء من قريب أو من بعيد ، كما يسعدنا أن تتقدم بأسمى التقدير وجزيل الشكر إلى الأستاذ المشرف الدكتور * معتز عيسى * الذي لم يخل علينا بنصائحه القيمة التي مهدت لنا الطريق لإتمام هذا البحث ، ولا يفوتنا أن تتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى أساتذة وعمال كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة نزيان عاشور بالجلفة وإلى كل طلبة دفعة 2018 .

ندم الطر



مَدِينَةُ

إن الحمد لله نحمده ونستعين به خالق السموات والأرض جاعل الظلمات والنور والصلاة والسلام على أشرف خلق الله وخاتم الأنبياء والمرسلين سيدنا وحبينا محمد صلى الله عليه وسلم. عرفت الوصية منذ القدم، غير أن مدلولها اختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة، إلى أن جاءت الشريعة الإسلامية الغراء، فتولت تنظيمها على وجه يحفظ حقوق أفراد الأسرة الواحدة ويوزع المال توزيعاً متناسباً، وجعلت منها وسيلة يتقرب بها الإنسان من ربه، فيتدارك ما فاته من واجبات وأعمال خير طيلة حياته، وانتشرت الوصية في عهد الإسلام، وفتح معها باب من أبواب الإنفاق في وجوه الخير العامة لم يعرف من قبل.

والوصية تعتبر من أهم التبرعات بالأموال، المضافة إلى ما بعد الموت، والإنسان بحكم تركيبته وفطرته شديد الحب للمال كثيراً ما يكون ظالماً لنفسه وللناس مقصراً في أعمال البر، فإذا ما تذكر وخاف الهلاك، يحاول أن يتدارك ما فاته في الماضي من العمل الصالح فيبدو له أن يقدم مساعدة لغير الوارثين من أقربائه، ولقد حثنا المشرع الحنيف والسنة المطهرة على الوصية قبل الموت وأخذ الحزم والحيلة في ذلك لأنه قد تفاجئنا الموت ونحن على غير وصية ولا ينبغي للمؤمن أن يغفل عن ذكر الموت والاستعداد له، فينبغي أن يكون متأهباً لذلك فيكتب وصيته ويجمع فيها ما يحصل له الأجر ويحط عنه الوزر من حقوق الله وحقوق عباده، ولقد سميت الوصية وصية لأن الميت يوصي بها ما كان في حياته وبعد مماته وتطلق شرعاً أيضاً على ما يقع به الزجر عن المنهيات والحث على المأثورات، وقد شرعت الوصية في الكتاب والسنة ففي الكتاب وردت آيات كثيرة في ذكر الوصية قال تعالى: "وَوَصَّىٰ بِهَا إِبْرَاهِيمُ بَنِيهِ وَيَعْقُوبُ يَا بَنِيَّ إِنَّ اللَّهَ اصْطَفَىٰ لَكُمُ الدِّينَ فَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ" الآية 132 سورة البقرة.

فهذه الآية تدل على أن خليل الله إبراهيم عليه السلام وصى بنيه قبل الموت لما اصطفاه الله فأوصاهم بأن لا يدعوا هذا الدين وان يلازموه حتى الممات، فلا تموتن إلا وانتم مسلمون. كما أن للوصية أهمية بالغة من الناحية الدينية جعلت رجالاً يولون اهتماماً كبيراً قد نظموا لها نصوصاً قانونية لما لها من أهمية باعتبارها سبباً من أسباب كسب الملكية في القانون المدني الجزائري في المواد 775 إلى 777، وقد نص في أول هذه المواد على أنه: يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها.

حقيقة الوصية تتركز على جانبين هامين أولهما ديني بحت وثانيهما قانوني صرف ولهذا يجدر بنا الإحاطة بهذين الجانبين، ونظراً لأهمية الوصية وكثرة انتشارها في الحياة العملية قد عاجتها الشريعة

الإسلامية ووضعت لها شروط وأحكام، كما تولى الفقه الإسلامي والقانون هذا الموضوع بالشرح والاجتهاد على أساس العدل والإنصاف لحفظ نظام الأسرة والمجتمع وأغلب التشريعات العربية استمدت نظام الوصية من الشريعة الإسلامية واجتهادات الفقهاء، وكذلك المشرع الجزائري فقد استمد نظام الوصية من الشريعة الإسلامية الحنيفة، والوصية في القانون المدني سبب من أسباب كسب الملكية بالخلافة عن مالك هذه الخلافة، تثبت بإرادة الشخص طبقا لما جاء في قانون الأسرة الكتاب الرابع باب التبرعات من الفصل الأول: من المادة 184 إلى المادة 201.

وكذلك ما جاء في الكتاب الثالث، باب الميراث الفصل السابع: التنزيل من المادة 169 إلى 172، مما يطرح الإشكالية التالية: ما هي الوصية وماهي أحكامها وفق الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري؟

وهذه الإشكالية تتفرع عنها التساؤلات الفرعية التالية:

1. كيف يتم إثباتها وتنفيذها؟

2. ماهي مبطلات الوصية؟

3. التنزيل في التشريع الجزائري؟

أهمية الموضوع:

تتجلى أهمية الموضوع أن الوصية لها أهمية دنيوية وأخروية، وذلك لما تحققه للفرد من حرية التصرف في ثلث المال في حياته ومن ثواب وأجر في آخرته.

أسباب اختيار الموضوع:

ومن أسباب اختيارنا لموضوع الوصية بالتحديد هو:

- الرغبة الملحة للبحث في الموضوع.

- الحاجة العلمية والعملية لمثل هذه المواضيع.

- ما يجمله المجتمع بصفة عامة عن موضوع الوصية.

حاولنا إبراز الآراء الفقهية للمذاهب الأربعة والفقهاء وشراح القانون التي اعتمدها المشرع الجزائري في معالجة الوصية الاختيارية والتنزيل في تقنين الوصية الواجبة.

الدراسات السابقة:

لا شك أن هذه الدراسة قد سبقتها العديد من الكتابات في هذا الموضوع، ولكنها لم تكن بالكثرة التي تتيح لنا الإمام بجميع جزئيات المسائل المطروحة، ومن أهم الدراسات التي اطلعت عليها في موضوع الوصية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:

1 - لشهب حورية: الوصية في التشريع الجزائري ، رسالة ماستر في الحقوق ، تخصص أحول شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة 2014 - 2015. هذه الدراسة تناولت الوصية في التشريع الجزائري ، ولم تشمل الشريعة الإسلامية.

2 - جغبوب فريد: الوصية بين الشريعة والقانون، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاة، مديرية التربصات الدفعة الثانية عشر 2004. هذه الدراسة تناولت الوصية في القانون القديم.

3 - دحماني فريزة: الوصية في القانون الجزائري ، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاة، الدفعة 12 الفترة التكوينية 2007 - 2010. هذه الدراسة تناولت هي الأخرى الوصية في القانون الجزائري دون الفقه الإسلامي.

4 - محمد علي محمود يحيى: أحكام الوصية في الفقه الإسلامي، رسالة استكمالاً للحصول على درجة الماجستير في الفقه والتشريع، بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس فلسطين، 2010.

صعوبات البحث:

وقد واجهتنا صعوبات ونحن بصدد الخوض لهذا الموضوع في اختيار المراجع المتخصصة والمؤلفات الخاصة من الجانب الفقهي والقانوني، وتذليلاً لهذه الصعوبات اعتمدنا على جملة من مراجع فقهية وقانونية قدر المستطاع للإمام بجوانب الموضوع.

خطة البحث:

وللإجابة عن الإشكالية السابقة تناولنا هذا البحث في فصلين، أتناول في الفصل الأول الطبيعة القانونية والفقهية للوصية، مبرزين في المبحث الأول المبادئ العامة للوصية والمبحث الثاني الوصية: تنفيذها، ردها، الرجوع عنها، إثباتها ومبطلاتها والمبحث الثالث إثبات الوصية وتنفيذها وشهرها والمبحث الرابع مبطلات الوصية وأثارها، أما الفصل الثاني تناولنا فيه الأحكام الإجرائية والموضوعية للوصية، مبرزين في المبحث الأول الأحكام الموضوعية والمبحث الثاني الأحكام الإجرائية وفي المبحث الثالث التنزيل في التشريع الجزائري.

الفصل الأول:

الطبيعة القانونية والفقهاء

للوصية

تمهيد

كل ما من شأنه أن يقرب بين قلوب الناس ويغرس فيها المحبة، ويؤكد فيها روابط الود، مطلوب في الشريعة الإسلامية، ويتفاوت طلبه بتفاوت حاجة الناس إليه. فما كان لازماً ضرورياً لحياتهم كان القيام به فرضاً لازماً على كل فرد من الأفراد، كزكاة الأموال التي فرضها الله تعالى، وجعل ذلك ركناً من أركان الإسلام، لأن مما لا بد منه في هذه الحياة الدنيا أن يوجد أفراد بين الناس عاجزين عن سلوك سبيل الحياة وتحصيل الضروري من القوت. فمن المفروض إنقاذ هؤلاء وإعطاؤهم ما يدفع عنهم غائلة الجوع والعري.¹

أما ما زاد عن ذلك، من إنفاق المال وبذله فهو مندوب، لما فيه من إيجاد التآلف والتحاب، مما يعتبر التزاماً ليس بمعلق، وهو إلزام الشخص نفسه شيء من المعروف والإحسان من غير تعليق على شيء، والالتزام بهذا الشكل يعتبر تبرعاً أو عقد تبرع (ويدعى أيضاً عقد تفضل) وهو عقد يسعى من خلاله أحد العاقدين إلى إسداء الجميل والإحسان لآخر عن طريق تحويله مزية مالية دون مقابل.²

فالتبرعات إذن هي كل ما يعطيه الإنسان مجاناً دون مقابل كالهبة والصدقة والحبس والعمري والعري والإسكان والمنحة والإرفاق والوصية وغيرها. هذه الأخيرة التي تعتبر تمليكا مضافاً إلى ما بعد الموت عن طريق التبرع سواء كان الملك عيناً أو منفعة.

ولقد نظمها المشرع في القسم الأول من الكتاب الخامس من مدونة الأسرة في المواد من 277 إلى 314.

وسوف نتطرق لذلك بالتفصيل في المباحث التالية:

المبحث الأول: المبادئ العامة للوصية

المبحث الثاني: الوصية: تنفيذها، ردها، الرجوع عنها، إثباتها ومبطلاتها

المبحث الثالث: إثبات الوصية وتنفيذها وشهرها.

المبحث الرابع: مبطلات الوصية وأثارها.

¹ - عبد الكريم شهبون، "عقود التبرع في الفقه المالكي"، الطبعة الثانية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2011، ص 9.

² - عبد الحق الصافي " القانون المدني " الجزء الأول "تكوين العقد"، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2006، ص 23.

المبحث الأول: المبادئ العامة للوصية

ظهرت الوصية منذ زمن بعيد وذلك لأهميتها، ولكن الإسلام جاء عليها بشروط لم تكن موجودة عند سابقيه، فقد كان صاحب المال يعطي من ماله وصية لمن يشاء ويحرم من يشاء، لدى لم يكن للوصية قيمتها وقدرها إلى أن جاء الإسلام وأقرها بشروطها، فهي لا تنفذ إلا بعد موت الموصي، ليتحقق الأجر والثواب.

المطلب الأول: مفهوم الوصية، مشروعيتها وحكمتها

تتمثل رحمة الله سبحانه في كونه شرع لنا الوصية، حتى في اللحظات الأخيرة من حياتنا، وذلك بهدف أن يعوضنا عما يكون قد فاتنا من أعمال الخير في سائر حياتنا، وأن يزودنا عن طريقها بأكثر قدر من الثواب قبل رحيلنا.

وسنقوم في هذا المطلب بإعطاء تعريف للوصية وأدلة مشروعيتها (الفرع الأول) وحكمتها (الفرع الثاني)

الفرع الأول: تعريف الوصية وأدلة مشروعيتها

أولاً: الوصية لغة

الوصية أصلها وصيبة بياءين أدغمت الياء في الياء، فصارت وصية وتجمع وصايا، كعطية وعطايا، ومطية ومطايا.

وهي في الأصل مصدر سماعي فالتطيع والنميمة، والفعل منها وصى يوصي، مثل وعى يعي، أو اسم مصدر لأوصى يوصي، كعطية وهدية ومن أعطى وأهدى لتضمنه معنى الفعل دون حروفه¹.

وتطلق على الشيء الموصى به، فتكون فعلية بمعنى كئطحة وذبيحة ومن مجيئها مصدرا أو اسم مصدر قوله تعالى: "وَصِيَّةٌ مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ..."²

وقوله "كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ..."³.

¹ - محمد التاويل، "الوصايا والتنزيل في الفقه الإسلامي"، الطبعة الأولى، 2004، ص 12 .

² - الآية 12 من سورة النساء.

³ - الآية 180 من سورة البقرة.

وهي لفظ مشترك بين عدة معاني: ترد بمعنى الإيضاء، يقال وصيت الشيء بالشيء إذا وصلت به، ومنه قولهم أرض واصمة: أي متصلت النبات ومعنى الأمر والفعل منه وصى مشدداً، وأوصى مثل قوله تعالى: " ولقد وصينا الذين أوتوا الكتاب..."¹

كما ترد بمعنى الاستعطاف، يقال أوصيته بولده إذا استعطفته عليه، ومنه حديث واستوصوا بالنساء خيراً.²

ثانياً: الوصية شرعاً واصطلاحاً

الوصية في الشرع أخص منها في اللغة وأعم منها عند الفقهاء، فقد عرفها القرطبي بأنها عبارة عن كل شيء يؤمر بفعله ويعهد به في الحياة وبعد الموت، وخصصها العرف بما يعهد بفعله أو تنفيذه بعد الموت.

وعرفها ابن حجر بقوله: هي عهد خاص مضاف إلى ما بعد الموت. أما فقهاء المالكية فقد عرفها ابن عرفة: عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده، يلزم بموت أو نيابة عنه بعده.³

وهي تجب على من له ما يوصي فيه لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: " ما حق امرئ مسلم، له شيء يريد أن يوصي فيه، يبيت ليلتين إلا وصية مكتوبة عنده ". وهي لا تصح ضراراً لقوله سبحانه وتعالى: " مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍ وَصِيَّةٍ مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ..."⁴ ولا وصية في معصية لقوله صلى الله عليه وسلم " إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم، وزيادة لكم في أعمالكم " وهي في القرب من الثلث لقوله (ص) " الثلث والثلث كثير "⁵

ثالثاً: الوصية في القانون

تعد الوصية من أهم التصرفات القانونية الكثيرة الانتشار في الحياة العملية باعتبارها من أهم التبرعات بالأموال بعد الموت، لذا نجد أن القانون الجزائري الصادر في 9 جوان 1984 قد عالج ونظم أحكامها ووضع شروطها في المواد من 184 إلى 201، المشرع الجزائري لم يعرف الوصية تعريفاً جامعاً مانعاً فهولاً يشمل الإسقاطات كالإبرام وهذا من قول النص " بطريق التبرع".

¹ - الآية 131 من سورة النساء.

² - محمد التاويل، المرجع السابق، ص 13.

³ - محمد التاويل، المرجع السابق، ص 14.

⁴ - الآية 12 من سورة النساء.

⁵ - محمد الشوكاني، " الأدلة الرضية "، الطبعة الأولى، 2010، ص 211.

كذلك نجد قانون الأسرة الجديد قد نظم وعالج الوصية في مواده من 184 إلى 201 من الكتاب الرابع الفصل الأول.

ولقد نظم قانون الأسرة الجزائري الوصية في الفصل الأول من الكتاب الرابع المتعلق بالتبرعات في مواده من 184 إلى 201 بأنها " تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع".

ونص القانون المدني الجزائري عليها ضمن أسباب كسب الملكية في الفصل الثاني من الكتاب من: 775 إلى 777 وأحال على قانون الأسرة باعتباره النص الخاص.

إن تنظيم الوصية في قانون الأسرة الجزائري جاء ناقصا وبعيدا عن المبتغى، غير أن المادة 222 منه فتحت الباب على مصراعيه أمام القاضي للجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني: حكمة مشروعية الوصية

شرح الله تعالى الوصية رحمة بعباده ولطفا بهم زيادة في أجورهم، وكفارة لذنوبهم، وقضاء لما فاتهم من واجبات، وإحسانا إليهم، فإن الإنسان حريص على المال بخيل به ما دام يرجو العيش، ويأمل الحياة، وإذا حضرته المنية قد يندم حين يرى ماله الذي تعب في جمعه آل إلى غيره من بعده، فلا تطيب نفسه ويتمنى لو أنفقه فيما يعود عليه نفعه في دينه وأحراه.

أولا: دليلها من الكتاب:

قوله تعالى: {كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ} سورة البقرة.¹

وقوله تعالى: {وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ إِن لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكَنَّ ثُمَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةً وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتُ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الشُّدُسُ فَإِن كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ}.²

¹ - سورة البقرة، الآية 18.

² - سورة النساء الآية 12 .

ثانيا: دليلها من السنة:

عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن الرسول صلى الله عليه وسلم (ما حق امرئ مسلم له شيء يريد أن يوصي فيه، يبيت ليلتين، إلا ووصيته مكتوبة عنده) متفق عليه.¹

ثالثا: دليلها من الإجماع والمعقول:

1 / أما الإجماع: فلقد أجمع الفقهاء في جميع الأمصار والإعصار على جواز الوصية، ولم ينقل عن أحد أنه قال بعدم مشروعيتها أو منعها.²

2 / أما المعقول: فالإنسان يحتاج إلى أن يكون ختم عمله بالقربة، زيادة على القرب السابقة على ما نطق به الحديث، أو تداركا لما فرط في حياته، وذلك بالوصية، وهذه العقود ما شرعت إلا لحوائج العباد، فإذا مست حاجاتهم إلى الوصية وجب القول بجوازها.³

رابعا: حكم الوصية.

يقصد بحكم الوصية: صفة التصرف الشرعية من حيث كون مطلوب الفعل أو الترك أو التخيير بينهما، وهو حكم تكليفي.

اختلف الفقهاء في تحديد نوع الحكم التكليفي للوصية، فمنهم من قال: أنها واجبة، ومنهم من قال أنها مندوبة في الأصل وليست واجبة إلا أنه قد يطرأ عليها الوجوب لمعنى آخر، وذلك على النحو التالي:

1 / ذهب الظاهرية إلى أن الوصية واجبة على كل من ترك مالا واستدلوا على رأيهم بالكتاب والسنة:
أ - دليل الكتاب: قوله تعالى: " كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربون بالمعروف حقا على المتقين (180) (فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَمَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ) 181.⁴

فأوجب الله عز وجل الميراث في كل ما علم به من ماله أو لم يعلم، وواجب الوصية والدين مقدمين كذلك على الموارث بين مبطل، وإنما يبطل من الوصية ما قصد به ونهى الله تعالى عنه فقط.

ب - دليل السنة: ما رواه عبد الله بن عمر رضي الله عنهما وأرضاهما أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: (ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده).

¹ - صحيح البخاري كتاب الوصايا، رقم الحديث (738 ، ص 451، 452) وصحيح مسلم كتاب الوصية رقم الحديث (4204 ، ص 713)

² - صحيح البخاري ، كتاب الوصايا، رقم الحديث - 2738 دار الكتب العلمية لبنان، ط 1 ، ص 451 ، سنة 1997 .

³ - صحيح البخاري ، كتاب الوصايا، رقم الحديث - 2738 دار الكتب العلمية لبنان، ط 1 ، ص 451 ، سنة 1997 .

⁴ - الآية 180 - 181 من سورة البقرة

قال ابن عمر: ما مرت ليلتين منذ سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ذلك إلا وعندي وصيتي. وروي الوجوب عن عبد الله بن عمر وطلحه والزبير كان يشددان في الوصية.

قال ابن حزم:¹ وهو قول عبد الله بن أبي أوفى، وطلحة بن مطرف، وطاووس والشعبي وغيرهم وهو قول أبي سليمان وجميع أصحابنا.

وقال الضحاك والزهري وأبو مجاز وداوود وابن جرير الطبري، هي واجبة لمن لا يرثه من الموصي أو بينهما قرابة كالعمات والخالات وسائر ذوي الأرحام، أو كان ممن يرثه إلا إذا كان هناك من يحجبه.² وقال هؤلاء لقد نسخ وجوب الوصية للوالدين والأقربين الوارثين في قوله تعالى: {كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ}.³

وبالحديث الذي رواه أبي إمامة الباهلي قال: "سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم في خطبة حجة الوداع: إن الله قد أعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث".⁴ وبأية الموارث، ويبقى الحكم بحق من يرث منهم من هذا الفرض.

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

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

2- إن أكثر أصحاب الرسول صلى الله عليه وسلم لم ينقل عنهم وصية، ولم ينقل، لذلك ينكر سبب ذلك من أحد.

قال ابن عبد البر:⁵ اجمعوا على أن الوصية غير واجبة إلا من عليه حقوق بغير بينة أو أمانة بغير إسهاد، وهذا ما يقصده الجمهور بقولهم.

¹ - ابن حزم علي (456 هـ)، المحلى بالآثار الجزء السابع، دار التراث لبنان، بدون طبعة، ص 352 .

² - نفس المرجع السابق، ص 353 .

³ - سورة البقرة الآية 180 .

⁴ - سنن الترمذي، الجامع الصحيح، باب ما جاء لا وصية لوارث رقم الحديث 2120، ص 581 .

⁵ - ابن عبد البر، في إختصار المغازي والسير نقلا: من الأعلام للزركشي، باب التمهيد للوصية، جزء 14، ص 299 .

وقد يطرأ عليها الوجوب لمعنى آخر يقتضي الوجوب كما لو كان عليه دين أو عنده وديعة أو عليه واجب لا يمكنه إيصال الحق لصاحبه أو لا سبيل لتحلله من الواجب الذي عليه إلا عن طريق الوصية، فإنها تجب عليه في هذه الحالة.¹

ومن خلال تتبعنا لأحكام الوصية في الكتب الفقهية عند جماهير الفقهاء،² تبين لنا أن الوصية من حيث آثارها الشرعية أي: من حيث كونها مطلوبة الفعل أو الترك التخيير بينهما، تعزيرها أنواع الحكم التكليفي الخمسة:

أن يكون مختاراً: لأن المكره مضطراً، فهو يفعل المكره عليه بغير إرادته، فهو مبطل للعقد، ولأن الشرط في العقود: الرضا، وقد فات منه الإكراه، ولكن إذا أجاز بعد زوال الإكراه صحت.

خامساً: مقاصد الوصية:

كما أن الوصية تحقق مجموعة من المقاصد سواء على المستوى الاجتماعي أو الاقتصادي.

1: المقاصد الاجتماعية

تحقق الوصية التكافل والتضامن في المجتمع الإسلامي بحفظها لكثير من الجهات حقها في العيش الكريم، وتؤمنها نفسياً واجتماعياً وتثبت وترسخ قيم الأخوة والترابط والراحم بين الأفراد والأسر والجماعات، بما يحقق مفهوم الجسد الواحد كما دعا إليه الرسول صلى الله عليه وسلم.

2: المقاصد الاقتصادية

من أهم مقاصد الوصية أنها تعيد توزيع الثروات، وتمنع تجمعها في أيدي قليلة، مما يساهم في تحقيق العدل الاجتماعي والتقليل من الفوارق الاجتماعية، كما تساهم في الرفع من القدرة الشرائية للفئات الفقيرة والمعوزة، وتحرر المعاملات المالية من الاستغلال.

المطلب الثاني: أركان الوصية وشروطها وأنواعها

سنحاول في هذا المطلب تسليط الضوء على أركان الوصية وشروطها (الفرع الأول) وأنواعها

حسب صفة حكما شرعي (الفرع الثاني)

¹ - ابن عبد البر ، المرجع السابق ، ص 299 .

² - السيد السابق، فقه السنة، المرجع السابق، ص 917.

الفرع الأول: أركان الوصية وشروطها

للوصية أركان أربعة لا يتصور وجودها إلا بها، وهذه الأركان هي كالتالي:

أولاً: الموصي

الموصي هو الشخص الذي باشر التمليك مضافاً لما بعد الموت، وعرف بأنه الذي ينشئ الوصية بما يدل على رغبته ورضاه بنقل الملكية إلى من يرغب في نقلها إليه بعد الموت¹.

ويشترط في الموصي أن يكون حراً مميّزاً مالكا للموصى به، فلا تصح من عبد، ولا من غير مميز كالجنون والمغمى عليه والصبي في أول صغره، وتجاوز وصية ابن عشر سنين وما قاربها إذا لم يكن فيها اختلاط، ولا تصح أيضاً من غير المالك، كمن أوصى بدار معينة، فمات فاستحق جميع تلك الدار.²

ثانياً: الموصى له

الموصى له هو الشخص الذي جرى له التمليك مضافاً لما بعد الموت، وعرف: بأنه الشخص أو الجهة التي تنتقل إليه ملكية الموصى به بعد موت الموصي.³

ويشترط فيه أن يكون غير وارث، وألا يقتل عمداً من أوصى له، وأن يكون حياً بعد موت الموصي، فإن مات الموصى له في حياة الموصي بطلت الوصية، علم الموصي بموته أم لا، وأن يقبلها بعد موت الموصي إن كان معيناً، وإن مات الموصى له بعد موت الموصي وقبل القبول كان لوارثه القبول، مات قبل العلم أو بعده إلا أن يعلم أن الموصي أراد الموصى له بعينه، فليس لوارثه القبول حينئذ، وأن يصح تملكه حقيقة أو حكماً، فيدخل في ذلك الأحرار والعبيد، والحمل الموجود يوم الوصية، ومن سيكون بعدها إذا وجد واستهل، والميت الذي علم الموصي بموته.⁴

ثالثاً: الموصى به

الموصى به هو الشيء الذي جرى تملكه مضافاً إلى ما بعد الموت على وجه التبرع. ويشترط فيه أن يكون الثلث أو أقل، ويكون مما يصح أن يملكه الموصى له، فلا تصح الوصية لمسلم بم لا يجوز شرعاً كالخمر أو النياحة وغيرها.⁵

¹ - محمد علي محمود يحيى، " أحكام الوصية في الفقه الإسلامي "، رسالة لنيل الماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2010، ص 45.

² - أحمد بن سليمان الرموكي، " مختصر حيلة الجواهر المكنونة في صدق الفرائض المسنونة "، الطبعة الأولى، 2003، ص 175.

³ - محمد علي محمود يحيى، المرجع السابق، ص 45.

⁴ - أحمد بن سليمان الرموكي، المرجع نفسه، ص 175.

⁵ - أحمد بن جزري، " القوانين الفقهية "، 741 هـ، ص 596.

كما للموصي أن يجعل وصيته من معين كدار مثلا فيلزم بذلك ورثته. أما إذا أوصى بشيء معين ثم تلف ففي هذه الحالة تبطل الوصية ولا تلزم الموصي في ماله الآخر¹.

رابعا: الصيغة

يقصد بالصيغة العبارة التي عبر بها الموصي مضافة إلى ما بعد الموت، وعرفت: بأنها ما ينشئ به الموصي وصيته من لفظ أو كتابة أو إشارة. وعرفت أيضا: بأنها كل لفظ أشعر بالوصية أو مظهر العقد وصورته في الخارج.

أما معنى الصيغة في الوصية عند الفقهاء: فإنهم يريدون بها خصوص الإيجاب من الموصي والقبول من الموصى له².

الفرع الثاني: أنواع الوصية

سنقوم في هذه الفقرة بإلقاء نظرة على أنواع الوصية بحسب صفة حكمها الشرعي وذلك على الشكل التالي:

أولا: الوصية الواجبة

تجب الوصية في حالة ما إذا كان على الإنسان حق شرعي يخشى أن يضيع إن لم يوص به: كوديعة أودين لله أو لأدمي، مثل أن يكون عليه زكاة لم يؤديها أو حج لم يقيم به أو تكون عنده أمانة أودين لا يعلمه أو يكون عنده وديعة بغير إشهاد، فهذا واجب عليه أن يكتب وصيته ويسجلها ويتعهدا حتى إذا فاجأه الأجل فإن حقوقه لا تضيع وحقوق الآخرين تكون محفوظة بهذه الوصية.

ثانيا: الوصية المستحبة

يندب هذا النوع من الوصية لمن لم يكن عليه حقوق واجبة وليس في ذمته ديون، ولا له عند الناس حقوق، وإنما أراد أن يوصي بوصية يتبرع بها وهو بذلك من الأعمال الصالحة. فعلى المسلم إذا أراد أن يوصي بعد موته فليترك الله تعالى وليسأل أهل العلم حتى تكون الوصية في كتابتها وإعدادها مبنية على الأصول الشرعية ليسلم أهله من بعده من الخلاف والشقاق والنزاع، كالوصية للأقارب غير الوارثين، وجهات البر والخير والمحتاجين.

¹ - أبوبكر جابر الجزائري، "منهاج المسلم"، طبعة 1992، ص 392.

² - محمد علي محمود يحيى، مرجع سابق، ص 46.

ثالثا: الوصية المباحة

تباح الوصية إذا كانت لغني سواء أكان الموصى له قريبا أو بعيدا.

رابعا: الوصية المكروهة

تكره الوصية إذا كان الموصي قليل المال وله وارث أو ورثة يحتاجون إليه، كما تكره كذلك لأهل الفسق متى علم أو غلب على ظنه أنهم سيستعينون بها على الفسق والفجور. فإذا علم أو غلب ظنه أن الموصى له سيستعين بها على الطاعة فإنها تكون مندوبة.

خامسا: الوصية المحرمة

تحرم الوصية إذا كان فيها إضرار بالورثة أو بقصد منعهم من أخذ نصيبهم المقدر شرعا، ومثل هذه الوصية التي يقصد بها الإضرار تكون باطلة ولو كانت دون الثلث، وتحرم كذلك إذا أوصى بخمر أو بناء كنيسة أو دار للهو لأهل المعصية والفجور للإنفاق على مشروعات ضارة بالمسلمين وأخلاقهم. قال الله تعالى في كتابه العزيز: " غير مضر وصية من الله والله عليم حلیم."¹

¹ - الآية 12 من سورة النساء.

المبحث الثاني: الوصية: تنفيذها، ردها، الرجوع عنها، إثباتها ومبطلاتها

سنتناول في هذا المبحث تنفيذ الوصية، ردها والرجوع عنها وذلك في المطلب الأول على أن نخصص كيفية إثباتها ومبطلاتها في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تنفيذ الوصية ردها والرجوع عنها

الوصية هي تبرع بعد الموت، فهي لا تنفذ إلا بعد وفاة الموصي، ولا تنفذ في حياته وحال مرضه، وذلك احتمال رجوعه عنها كما أن تنفيذها متوقف على قبولها وعدم ردها من طرف الموصى له. وسنحاول من خلال هذا المطلب تسليط الضوء على كل من تنفيذ الوصية (الفقرة الأولى) وردها والرجوع عنها (الفقرة الثانية).

الفرع الأول: تنفيذ الوصية

نخصص هذه الفقرة لتنفيذ الوصية، ونحدث فيها عن مقدارها (أولاً)، ثم كيفية تنفيذها (ثانياً).

أولاً: مقدار الوصية

اجمع الفقهاء على أن تكون الوصية في حدود الثلث وإن لم يجزها الورثة، مستندين في ذلك على أحاديث عدة كالحديث الذي أخرجه البخاري ومسلم عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه، قال: "جاء النبي صلى الله عليه وسلم يعودني وأنا بمكة وهو يكره أن يموت بالأرض التي هاجر منها قال: يرحم الله ابن عفرأ" قلت يا رسول الله أوصي بمالي كله قال "لا" قلت: فالشطر قال: "لا" قلت فالثالث قال: "فالثالث، والثالث كثير". وكذلك ما روي عن أن رجلاً من الأنصار أوصى عند موته بعق ستة أعبد لا مال له غيره فدعاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة¹.

والمشرع المغربي بدوره سار نفس الرأي، وهذا ما يستفاد من المادة 277 من مدونة الأسرة والتي تنص على أن الوصية تجب في ثلث مال عاقدها، ونشير هنا إلى أن الثلث الذي يوصى له من الباقي من التركة بعد نفقات تجهيز الميت وتسديد ديونه². ولعل العبرة في قصر مقدار الموصى به في الثلث هو الحيلولة دون حرمان الورثة من نصيبهم أو جعل حق الموصى له أكبر من حق الورثة.

وقد يحصل أحياناً أن يوصي الموصي بأكثر من الثلث، وفي هذه الحالة اختلفت آراء الفقهاء حول إجازة تلك الوصية أو بطلانها، فميزوا بين أمرين:

¹ - عثمان الطاهر جلوص: "الفائض في علم الفرائض على مذهب الأئمة الأربعة"، مطبعة فضالة المحمدية، الطبعة الأولى، 1999، ص 56.

² - عثمان الطاهر جلوص، المرجع نفسه، ص 56.

1- الوصية بأكثر من الثلث إذا كان للموصي وارث:

اختلف الفقهاء حول جواز الوصية بأكثر من الثلث إذا كان للموصي وارث على قولين:

القول الأول: أن الوصية إذا زادت عن الثلث فلا تعتبر جائزة، إلا إذا أجازها الورثة، فإن أجازوها جميعا جازت، وإن ردها بطلت في القدر الزائد، وإن أجازها البعض نفذت في حصة المجيز وبطلت في حق من لم يجز، وحثتهم على صحة الوصية فيما زاد عن الثلث أن الورثة إذا قبلوا بالزيادة فذلك حقهم فلهم أن يمنحوا الزيادة لمن شاؤوا.¹

القول الثاني: وهو ما ذهب إليه الظاهرية فاعتبروا الوصية باطلة سواء أجاز الورثة الزائد عن الثلث أم لا، وسندهم هو حديث النبي صلى الله عليه وسلم لسعد بن أبي وقاص في قوله: "الثلث والثلث كثير" وبالتالي فكل ما زاد عن الثلث في رأيهم يعد باطلا ولا يجوز بأي طريق من طرق الإجازة، وذلك لرفضه صلى الله عليه وسلم بكل المال وبنصفه.²

أما بخصوص المشرع المغربي فقد ذهب مع القول الأول، وهذا ما يلاحظ من خلال استقراء المادة 303 من مدونة الأسرة.

خلاصة القول أن الوصية يجب أن ينحصر مقدرها في الثلث، فإذا زادت عن الثلث فلا بد من إجازة باقي الورثة حتى لا يضار أحد بالوصية.

2- الوصية بأكثر من الثلث إذا لم يكن للموصي وارث:

اختلف الفقهاء حول الوصية بما زاد عن الثلث في حالة لم يكن للموصي وارث فانقسموا إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: وهو قول الحنفية والشافعية والحنابلة ويرى هذا الاتجاه أن الوصية إذا زادت عن الثلث ولم يكن للموصي ورثة تعتبر جائزة، واشتراطوا عدم وجود دين على الموصي، وبناء على هذا فإن الموصي حتى ولو أوصى بجميع ماله، فإن الوصية تعتبر صحيحة ما لم يكن له ورثة ولم يكن عليه دين.³

ويرتكز هذا الاتجاه في قوله على أن ما ورد عن سعد بن أبي وقاص أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس" حيث يرى أن المنع من الزيادة في الثلث هو لتعلقه بحقوق الورثة. أما من لا وارث له فتجاوز وصيته بجميع ماله.⁴

¹ - عثمان الطاهر جلوص: المرجع السابق، ص 56.

² - محمد علي محمود يحيى، المرجع السابق، ص 127.

³ - عثمان الطاهر جلوص: المرجع نفسه، ص 57.

⁴ - محمد علي محمود يحيى، المرجع نفسه، ص 129.

الاتجاه الثاني: وهو رأي جمهور الشافعية والمالكية، ويقولون أن الموصي إذا أوصى بأكثر من الثلث فإن الوصية تكون باطلة وجوازها متوقف على إجازة الورثة والورثة هنا هم بيت مال المسلمين، ودليل هذا الاتجاه هو ما ورد عن أبي هريرة رضي الله عنه: أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: **إن الله أعطاكم عند وفاتكم ثلث أموالكم، زيادة في أعمالكم**¹.

والراجع في هذه المسألة الجمع بين القولين: فينظر إلى بيت مال المسلمين فإن كان من العدل أن تصرف هذه الأموال للفقراء والمساكين فإن الوصية بما زاد عن الثلث لمن لا وارث له تكون باطلة وتكون الزيادة لبيت مال المسلمين، وأما إن غير ذلك فالوصية صحيحة ويكون للموصي له جميع ما في الوصية².

ثانيا: كيفية تنفيذ الوصية

يعتبر تنفيذ الوصية الهدف الأساسي بالنسبة للموصي والموصى له، ويشرع في تنفيذها بعد وفاة الموصين وبعد ان يتم إخراج الحقوق التي لها أسبقية على الوصية³. وذلك في نطاق ثلث ما تبقى من التركة.

ويقوم بتنفيذ الوصية إما الشخص الذي عينه الموصي لتنفيذها فإذا لم يعينه، فقد أجاز المشرع للأطراف الاتفاق على كيفية التنفيذ وإلا يقوم بها من يعينه القاضي لهذه الغاية، ويشترط فيها أن تنفذ وفق ما تم النص عليه في الوصية دون تعديل أو تغيير.

فإذا أوصى صاحب مال للمساجد أو للمؤسسات العلمية فإن المال الموصى به يصرف في عمارة هذه المؤسسات وفي مصالحتها، وإذا أحدث أن لم يعين الموصي مصرفا لوصيته كأن يقول أوصي الله فإنها تصرف في أعمال البر. أما في الوصية لأشخاص معينين بالصفة كالفقراء والمساكين هنا يجتهد المنفذ في عدد من تشملهم الوصية على أساس تقديم الأكثر حاجة على غيره⁴.

¹ - محمد علي محمود يحيى، المرجع السابق، ص 129.

² - عثمان الطاهر جلوص: المرجع السابق، ص 57.

³ - نصت المادة 322 من مدونة الأسرة على أنه: "تتعلق بالتركة حقوق خمسة تخرج على الترتيب الآتي:

1-الحقوق المتعلقة بعين التركة.

2- نفقات تجهيز الميت.

3- ديون الميت.

4- الوصية الصحيحة النافذة.

5- الموارث بحسب ترتيبها في هذه المدونة.

⁴ - محمد الحبيب التحكاني: "نظام التبرعات في الشريعة الإسلامية"، تطوان، 1983، ص 153.

بالنسبة للمشرع المغربي فقد سكت عن الوصية بأكثر من الثلث لمن لا وارث له. وفي هذه الحالة يمكن الرجوع لما ذهب إليه المذهب المالكي. مادام المشرع نص في المادة 400 من مدونة الأسرة على أن: "كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد...".

المطلب الثاني: الرجوع عن الوصية وردها

إن الوصية باعتبارها إيجاب من طرف الموصي فإنها تعد غير لازمة له في حياته وله الحق في الرجوع عنها متى شاء وكيفما شاء.

(أولا) غير أن الوصية تعد لازمة بموت الموصي ويكون للموصي إما قبول الوصية أو ردها (ثانيا).

أولا: الرجوع عن الوصية

يعد الرجوع عن الوصية أمرا مشروعاً بإجماع الفقهاء سواء كان الرجوع في الصحة أو في المرض. فقد قال الإمام مالك أن: "الأمر المجتمع عليه عندنا: أن الموصي إذا أوصى في صحته أو في مرضه بوصية فإنه يغير من ذلك ما بدا له ويصنع من ذلك ما شاء حتى يموت، وإن أحب أن يطرح تلك الوصية ويبدلها فعل¹".

وقد نصت المادة 286 من مدونة الأسرة على هذه القاعدة بأن سمحت للموصي بالحق في الرجوع في وصيته وإلغائها. ولو التزم بعدم الرجوع فيها وله الحق في إدخال ما شاء من تغييرات عليها. وتتجلى الحكمة من مشروعية الرجوع في الوصية في تشجيع الناس على الوصية بما لهم في حياتهم والإكثار من ذلك، ليستفيد من الثواب ولينتفع الموصى له من الوصية. لأن الإنسان إذا علم أن له الرجوع فيها متى شاء لم يتخوف من الإقدام عليها ولن يتردد لأنه عالم بأن الحل في يده وله الخيار في الرجوع متى شاء.

¹ - محمد الحبيب التحكائي، المرجع السابق، ص151.

ويكون الرجوع عن الوصية إما بالقول المريح كأن يقول الموصي رجعت في وصيتي أو أبطلتها. وإما بالفعل،¹ وذلك بأن يقوم الموصي بأي فعل يستدل به الرجوع عن الوصية كبيع العين الموصى بها. وهو ما عبر عنه المشرع في المادة 287 من مدونة الأسرة.

ثانيا: رد الوصية

يقصد برد الوصية رفضها وعدم قبولها. وقد أجمع الفقهاء على جواز رد الموصى له الوصية. يشترط أن يقع الرد بعد وفاة الموصي لا قبله.² وهذا ما كرسه المشرع المغربي في المادة 290 من مدونة الأسرة والتي تنص على أنه: "لا يعتبر رد الموصى له إلا بعد وفاة الموصي".

وإذا كان واضحا أن الوصية تبطل برد الموصى له الوصية كاملة فإن الأمر يختلف إذا رد البعض دون البعض في هذه الحالة تكون الوصية نافذة فيما قبله وباطلة فيما رده. أما إذا كان الموصى لهم متعددين فقبل بعضهم ورد البعض الآخر لزم الوصية من قبل وبطلت لمن رد إذا اشترط الموصي عدم التجزئة وجب العمل بالشرط،³ وقد أخذ بهذا المشرع المغربي في المادة 291 من مدونة الأسرة.

و حتى يعتد بالرد من طرف الموصى له يميز بين الموصى له إذا كان شخصا معين أو غير معين. إذا كان الموصى له معيناً يشترط لقبول رده أن يكون رشيدا وذا ولاية كاملة وغير محجور عليه. أما إذا كان فاقدا الأهلية لجنون أو عته أو صغر في السن فالمتفق عليه هو عدم قبول رده ولا يعتد بما يصدر منه من تصرفات والأمر يترك لولييه في حدود مصلحته.

إذا كان الموصى له غير معين: ذهب المالكية، الحنفية، الشافعية والحنابلة أن الوصية لغير معين كالفقراء والمساجد تلزم بالموت ولا تحتاج إلى قبول ولا ترد برد أحد لتعذر ذلك من الجميع.⁴

¹ - اتفق الفقهاء على أن هناك أفعال تعد رجوعا عن الوصية وأفعال لا تعد من قبيل ذلك. فمن أوصى لشخص بعين ثم أوصى بنفس العين لشخص آخر فقد اختلف في حكم الوصية الثانية على قولين :

القول الأول: الوصية الثانية لا تعد رجوعا وإلى ذلك ذهب جمهور الفقهاء وحجتهم أن الموصي يحتمل أن يكون قاصدا التشريك بينهما.

القول الثاني: إن من أوصى لشخص ثم أوصى بنفس العين لآخر فإن ذلك يعد رجوعا عن الوصية في حق الأول وإلى هذا ذهب بعض الشافعية.

² - إذا ردها قبل موت الموصي فلا عبرة فالرد هنا لأن الوصية لم يقع حكمها. أما إذا ردها بعد الموت وقبل القبول فيصح الرد وتبطل الوصية أما إذا ردها الموصى له بعد القبول والقبض فلا يصح الرد لأنها ملكه. وفي حالة ردها بعد القبول وقبل القبض فمنهم من اعتبر الرد صحيحا وتبطل الوصية ومنهم من اعتبر الرد باطلا.

³ - أحكام الوصية في الفقه الإسلامي م.س.، ص 165.

⁴ - الوصايا والتنزيل في الفقه الإسلامي م.س، ص 354.

ويحصل الرد إما بالكتابة أو بالإشارة وبكل ما يفيد هذا المعنى مثلها مثل القبول.

المبحث الثالث: إثبات الوصية وتنفيذها وشهرها.

في مبحثنا هذا نتناول كيفية إثبات الوصية والفرق والوسائل التي يتم العمل بها لإثبات الوصية ونوجزها في ثلاث مطالب وهي كالآتي.

المطلب الأول: إثبات الوصية.

إن المتفق عليه في الشريعة الإسلامية هو الرضائية في العقود والتصرفات عامة، والوصية باعتبارها تصرفاً قانونياً ينشأ بإرادة منفردة هي إرادة الموصي يمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات كالكتابة والشهادة والشهود....إلخ.

وقد حث الشارع الإسلامي على كتابة الوصية للاحتياط وتيسيراً للإثبات، فعن ابن عمر أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: "ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده".¹

قال الشافعي: معنى الحديث للحزم والاحتياط للمسلم إلا أن تكون مكتوبة عنده،² ولقد فصل قانون الأسرة الجزائري في مسألة إثبات الوصية في المادة 191 ولم يجعل لها إلا طريقتين اثنتين:

- 1 - بتصريح الموصي أما الموثق وتحرير عقد بذلك.
- 2 - وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ويؤشر على هامش أصل الملكية، حسب نص المادة 191 من قانون الأسرة الجزائري في الفقرة 2.

الفرع الأول: إثباتها بموجب عقد توثيقي.

الأصل أن الوصية تثبت بموجب عقد تصريحي يحرر من قبل موثق وهو ما نصت عليه المادة 1/191 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "لا تثبت الوصية إلا بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير العقد بذلك".

وعلى الموثق عند تحريره لهذا العقد أن يراعي جميع الإجراءات والترتيبات الواجب توافرها في عقود احتفالية فيتم تحرير العقد بحضور مستمر لشاهدي عدل وشاهدي التعريف عند الاقتضاء مراعاة لما

¹ - رواه مسلم في صحيح كتاب الوصايا، رقم الحديث: 2491 / 2.

² - عبد الرحمان بن محمد عوض الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، طبعة 2، 2003، ص

نصت عليه المادتين 324 مكرر 2 و 324 مكرر 3 من قانون المدني الجزائري فضلا عن حضور الموصي.¹ وهذا ما جاء في الباب السادس إثبات التزام الفصل الأول الإثبات بالكتابة. ويراعي عند تحرير العقد الإشارة بدقة إلى صفة الموصي والموصى له والموصى به، وإزالة اللبس عن كل ما يمكن أن يؤدي إلى اشتباه الوصية واختلاطها بما يماثلها من العقود. وان نص المادة 191 من قانون الأسرة جاء عاما فلم يخصص في محل الوصية فيما إذا كان عقارا أو منقولاً أو منفعة... الخ، وعليه فإن إثباتها لا بد له أن يكون في شكل عقد يجره الموثق. هذا وان حررت الوصية بوكالة أي بحضور وكيل الموصي، فيجب الإلتباه إلى تلك الوكالة بحيث يشترط أن تتوفر في الموكل الشروط الواجب توافرها في العقود التي تلزمها نصوص القانون المدني: كالمسن والبلوغ، الأهلية، لإنشاء عقد الوصية، ما نص عنه وهو القانون المدني في المواد 40، 59.² ويسجل عقد الوصية بمصلحة التسجيل والطابع بمفتشية الضرائب برسم ثابت مادامت عقدا كسائر العقود، وتسلم نسخة منها للموصي وللموصى له إذا كان موجودا. غير أن السؤال الذي يطرح هو بخصوص النصوص الموجودة في قانون التسجيل لاسيما المتعلقة منها بتسجيل الوصية.³ وجاءت في المادة 64 من قانون التسجيل بخصوص الوصية تسجل برسم ثابت كغيرها من العقود الخاضعة لهذا النص وتسجل الوصية في العقود الأخرى ذات الرسم الثابت، الوصية قد فصل فيها قانون الأسرة الجزائري كونها عقدا وليس وصية مودعة أو لها شكل آخر كما هي معروفة في القانون الفرنسي وفي بعض الفقه والتشريعات الأخرى. والمعمول به في ميدان التوثيق أن الوصية تسجل برسم ثابت كغيرها من العقود الخاضعة لهذا الرسم. ويلحق بالعقد التوثيقي العقد الذي يجره قناصلة الجزائر في الخارج، إذ أعطى لهم المشرع صفة موثق الجزائري في الخارج ونص صراحة في المادة 37 الفقرة ب من الأمر 77 / 12 المؤرخ في 02 / 03 / 1977 المتعلق بتنظيم وظيفة القنصل المؤهل: لتحرير الوصايا وغيرها من العقود الوحيدة الطرف والتي تقدم له من قبل الرعايا والمصادقة على صحة استلامها لإيداعها.⁴

¹ - القانون المدني الجزائري، إثبات الإلتزام، معدل بالقانونين 89 / 01 المؤرخ: 07 / 02 / 1987 ، 88 / 14 .

² - القانون المدني الجزائري ، المادتين 40، 59 ، شروط العقد التي تلزمها النصوص.

³ - تنص المادة 64 من قانون التسجيل الصادر بالأمر رقم: 76 / 105 المؤرخ في: 09 / 12 / 1976 إن الوصايا المودعة لدى الموثقين أو التي يستلمونها تسجل خلال الشهر الثلاثة من الوفاة الموصيين بناء على طلب الورثة الموصى لهم أو منفذي الوصايا.

⁴ - لعروم مصطفى، مجلة الموثق، العدد الثالث، جوان 1998 ،ص 12 .

الفرع الثاني: إثباتها بموجب حكم قضائي:

وهو الاستثناء عن الأصل وقد نصب عليه المادة 191/2 من قانون الأسرة بقولها: وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ويؤشر به على هامش أصل الوصية. ويمكن تصور هذه الحالة كما لو اتفق الموصي مع الموثق على موعد لتحرير عقد وصية وبحضور شاهدي عدل.

ولما كان هذا الأخير في طريقه لإتمام المتفق عليه- تحرير عقد وصية، وفي حالة مانع قاهر خارج عن إرادة الموصي كالوفاة أو نحوها، فهنا بإمكان الموصي له -باعتباره صاحب المصلحة- رفع دعوى قضائية عادية يطلب فيها إثبات هذه الوصية بحكم وله أن يستعين في ذلك بمشروع العقد الموجود بمكتب التوثيق والشهود، وعليه خاصة إثبات المانع القاهر الذي حال دون تحرير هذه الوصية في عقد توثيقي لأن هذا هو الأصل، فإذا صدر حكم بإثبات هذه الوصية وصار هذا الحكم نهائياً أشار به على هامش أصل الملكية.¹

وأكد هنا على أن القاضي المرفوع أمامه هذه الدعوى -دعوى إثبات الوصية- ملزم بالتأكد من مدى توفر وجدية المانع القاهر فإن ثبت ذلك حكم له بالتثبيت، والا رفض الدعوى لأنه لا يعمل ولا يلجأ للاستثناء إلا بتعذر العمل بالأصل، وهو ما أكدت عليه الغرفة الوطنية للموثقين لاسيما وان المادة 191 من قانون الأسرة الجزائري فصلت في مسألة الإثبات، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه:

من المقرر قانوناً أنه تثبت الوصية بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك، وفي حالة وجود المانع القاهر تثبت الوصية بحكم ويؤشر به على الهوامش أصل الملكية. ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم باستبعاد الوصية الشفوية بسبب عدم التصريح بها أمام الموثق طبقوا صريح القانون.²

وقبل أن نختتم كلامنا في مسألة الإثبات نشير إلى أن المادة 16 من قانون الأسرة المدني الجزائري قد حددت لنا ضابط الإسناد في حالة تنازع القوانين، من حيث المكان بشأن الوصية، إذ نصت في فقرتها الأولى: يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت، قانون المالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته، "وأكدت على ذلك المحكمة العليا القرار الذي جاء فيه:

¹ - حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، (الهبة، الوصية، الوقف)، دار هوما للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، 2004، ص 60 .

² - علاوة بوتغرار، مقال بعنوان: الوصية، تطرح نقائص، مجلة الموثق العدد الأول: 2001، ص 9 .

من يقرر قانوناً أنه يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت، قانون الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.

ولما كان من ثابت في قضية الحال ملف رقم 160350 أن المجلس بإبنتعاده على القانون الفرنسي دون مراعاة القانون الهالك أو الموصي بإعتباره جزائرياً مسلماً يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وخرق أحكام الشريعة الإسلامية.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.¹

ويسري على شكل وصية قانون الموصي وقت الإيصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية.

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

المطلب الثاني: كيفية تنفيذها.

إذا أثبت صاحب المصلحة والغالب أن يكون الموصى له وجود الوصية بالطرق التي حددها قانون الأسرة - كما أرينا - حق له تنفيذها ما لم يوجد مبطل لها.

فالأصل إذا أن الموصى له هو الذي يملك صلاحية التنفيذ، غير أن الموصي قد يلجأ أحياناً لتعيين وصي أو عدة أوصياء تكون لهم صفة الوصي على الورثة القاصرين وتكون صفة منفذ الوصية لجهة القاصرين والكبار من الورثة والموصى لهم جميعاً، ويكون منفذ الوصية هذا مسؤولاً كالوكيل العادي عن الأضرار الناتجة عن عمله أو عن إهماله، وإذا تعدد المنفذون كانوا مسؤولين جميعاً بالتضامن عن أموال التركة.²

فإذا كانت التركة خالية من ديون أو أبرا الدائنون المدين وكانت التركة كلها مالا حاضراً، كان ثلث يخرج من التركة أخذ أصحاب الوصية نصيبهم كله دون تأخير.

والمشكل يطرح في حالة ما إذا كانت الوصية بمال وكانت كلها مالا غائباً أو ديوناً، أو كان في تركة مال حاضر وأخر غائب أو دين.

فإذا كانت التركة كلها مالا غائباً أو ديون، لأن تنفيذ الوصية يؤخر حتى يحضر المال الغائب أو تستوفي الديون، فكلما حضر شيء قسم بين الموصى لهم والورثة بنسبة أنصبتهم.

¹ - الإجهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001، ملف رقم: 160350، قرار صادر بتاريخ 23 / 12 / 1997، ص 195.

² - المجلة القضائية، العدد الثاني، ملف رقم: 63219، قرار صادر بتاريخ 17 / 10 / 1990، ص 76.

أما إذا كان في التركة مال حاضر وآخر غائب أو كانت خليطا من الأنواع الثلاثة فالأصل هنا هو العمل بالاتفاق إن وجد فإن اتفق الموصى له مع الورثة على الطريقة المعمول بها تبعا لاختلاف الموصى به أو لاختلاف من عليه الدين، لان الموصى به أو لاختلاف من عليه دين، لان الموصى به قد يكون نقودا مرسله وقد يكون عينا من الأعيان، كما قد يكون سهمها شائعا في كل المال أو في نوع منه. والدين قد يكون على أجنبي وقد يكون على أحد الورثة، حل وقت ادائه عند قسمة التركة أو لم يحل بعد.¹

فصل القانون المصري هذه الحالات في مواده: من 43 إلى 46 وهي مأخوذة عن المذاهب الأربعة وان كان الغالب فيها مذهب الأحناف، على خلاف القانون الجزائري الذي لم يورد نصا في هذا الشأن. ونحن بصدد التنفيذ قد يطرح مشكل تزاحم الوصايا، والمقصود به أن تعدد ويتسع الثلث لها كلها ان لم يجز الورثة أو جازوا وكانت التركة لا تتسع لها جميعا اذ لا يمكن تنفيذها كلها، أما إذا كان الثلث يسعها أو كانت التركة تسعها وقد أجاز الورثة، او لم يكن هناك ورثة قط فإن الوصايا تنفذ ولا تتزاحم.

والحكم عند وجود التزاحم أن يقدم أصحاب الوصية الواجبة.² سواء كان المتوفى قد أوصى لهم بحقهم أو لم يوص لأهم يستحقونها بحكم القانون كما سنرى فإذا كانت تساوي وليس لأحد قبلهم شيء وان كان نصيبهم أقل من الثلث اخذوا حصتهم كاملة، أما اذا كانت الوصايا كلها اختيارية كنا بصدد ثلاث حالات.

أولها: أن تكون كلها للعباد وليس لبعضها للقربيات: فان يسع الثلث جميع الوصايا ولم يجز الورثة أو أجاز الورثة الوصايا كلها ولكن التركة ضاقت عن تنفيذها، فهنا تقسم التركة أو الثلث على حسب الأحوال بين الوصايا بالمقاسمة مع مراعاة انه لا يستوفى في الموصى به بعين نصيبه إلا من هذه العين وهذا هو رأي الصحابة.³

ثانيها: أن تكون الوصية كلها للقربيات (حقوق الله تعالى) وتأخذ هنا أحوالا أربعة:

الحالة الأولى: أن تكون الوصايا كلها فرائض كالزكاة والحج.

¹ - العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، (الجزء الثاني، الميراث والوصية)، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 1994، ص 316.

² - محمد مصطفى، شبلي، أحكام الوصية والأوقاف، الدار الجامعية للطباعة والنشر، دار الفكر بيروت، لبنان، ط 1892، ص 161 / 162.

³ - قانون الأسرة الجزائري، المواد من 169 إلى 172.

الحالة الثانية: أن تكون كلها واجبات كذلك كالكفارات والندور والصدقة لعيد الفطر.
الحالة الثالثة: أن تكون كلها مندوبات كحج التطوع والصدقة للفقراء، وأخيرا أن تكون خليطا من الأنواع السابقة أو بعضها.

فإن كانت متحدة الرتبة بأن كانت كلها فرائض أو كلها واجبات أو كلها مندوبات فإنه يقدم فيها ما بدأ به المتوفي أولا، فإن أوصى بحج وزكاة قدم الحج وإن بقي شيء فلما يليه.
أما إذا كانت متفاوتة الرتبة كما لو اختلطت الوصايا، وتعلق بعضها ببعض بالفرائض وبعضها الأخر بالواجبات أو المندوبات قدم الفرض ثم الواجب ثم المندوب.¹
وثالثها: أن تكون الوصايا فيها قريات وفيها وصايا للعباد أي خليط: كأن يوصي بمقدار من المال للزكاة عنه والحج وفدية للصوم ولزكاة.

فإن بين سهام كل جهة ولم يسع ثلث الجميع وزع الثلث بنسبة السهام التي ذكرها، فإن قال للحج الربع وللزكاة الثلث، ولزكاة الخمس وللصوم الخمس كانت بنسبها.

وإن كان لم يذكر سهام كل جهة كان لكل جهة سهم ولزكاة سهم أيضا فيقسم الثلث أرباعا وهكذا، وهذا ويلاحظ أنه في حالة تراحم الوصايا بالمرتبات ومات بعض الموصى لهم أو انقطعت جهة من الجهات الموصى لها بالمرتب، كان نصيبها لورثة الموصي.²
إن هذه الأحكام كلها مأخوذة من المذهب الحنفي.

ويتم تنفيذ الوصية من الناحية العلمية كما يلي:

أولا: تحرير عقد فريضة أمام الموثق يحدد فيه سهم كل وارث ويذكر فيه وجود وصية إن وجدت طبعا.

ثانيا: تعيين خبير رضائي أو قضائي لحصر التركة (منقولات، عقارات.....الخ).

ثالثا: تقييم التركة جملة ثم تقييم القدر الذي تجوز فيه الوصية شرعا وقانونا.

رابعا: يأخذ الموصى له أولا حقه المقرر شرعا وقانونا حسب التقييم وما بقي من التركة يقتسمه الورثة بحسب سهامهم.

نشير إلى أن قانون الأسرة الجزائري باعتباره النص الخاص لم يورد نصا من هذا الشأن تنفيذ الوصية وهذا نقص فادح ترتبت عليه صعوبات كثيرة من الناحية العملية، وقد اقترحت الغرفة الوطنية للموثقين في الندوة الوطنية التي عقدتها يومي 12 و 16 مارس 1998 بشأن قانون الأسرة ضرورة إثرائه

¹ - سيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، 1985، ص76.

² - العربي بالحاج، المرجع السابق، ص 190 إلى 321 .

بإدخال إضافة على المادة 201 لتصبح صياغتها كما يلي: ولا تنفذ الوصية إلا بعد حصر التركة منقولاً أو عقاراً، وتقييمها بتقرير خبرة رضائية أو قضائية.¹

المطلب الثالث: شهر الوصية

لا يوجد نص خاص في القانون الجزائري ينص على شهر الوصية على خلاف ما هو في القانون المصري، ولم يكن قانون التسجيل المصري الصادر سنة 1923 ينص على شهر الوصية إذا كان محلها عقاراً أو حقاً عينياً متعلقة به، إذ أن التصرفات التي أخضعها للتسجيل هي التصرفات فيما بين الأحياء والوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت وقد كان ذلك نقصاً واضحاً في هذا القانون، غير أن قانون تنظيم الشهر العقاري رقم 114 لسنة 1946 المعمول به منذ أول يناير 1947، ولا يزال معمولاً به حتى الآن تدارك هذا النقص، إذ نصت المادة 9 منه صراحة على وجوب شهر الوصية.²

إن قيد الوصية هو إجراء ضروري في الحياة العصرية لضمان تأمين المعاملات العقارية، لذلك عملت جل التشريعات بالإضافة إلى اشتراط الرسمية كركن في العقود إلى فرض القيد وتعميمه، إما لإنشاء الحقوق أو الاحتجاج بها في مواجهات الغير وترتيب آثار بالنسبة لهم. والمشرع الجزائري، كما نعلم أخذ بنظام الشهر العيني ونحن نعلم ما يترتب عن هذا النظام من آثار، أهمها إلغاء سلطان الإرادة في التصرفات المتعلقة بالملكية والحقوق العينية الأخرى أو لاعتماد على قيد وحده لوجود هذه التصرفات.

وعليه فعلى الرغم من عدم وجود نص خاص ينص على شهر الوصية في القانون الجزائري إلا القواعد العامة في انتقال الملكية العقارية تقر بذلك.

حيث تنص المادة 793 من القانون المدني على ما يلي: لا ينتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير، إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري.³

وأكدت هذا المبدأ المادة 16 من الأمر 74 / 75 الصادر في 12 / 11 / 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري إذ نصت على ما يلي: إن العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي

¹ - العربي بالحاج، نفس المرجع، ص 319 / 320 / 321 .

² - مجلة الموثق، العدد الثالث، جوان - 1998، ص 10 .

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية (حق الانتفاع وحق الارتفاق)، الجزء التاسع، دار النهضة العربية، طبعة 1986، ص 235 / 236 .

إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني،¹ لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية.

كما نصت المادة 15 من ذات الامر: كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار، لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية.²

إذا ما يمكن عن طريق استخلاصه من قانون الشهر والمرسوم 63/76. المعدل والمتمم المؤسس للسجل العقاري وهو أن التصرفات والعقود سواء كانت صادرة من جانب واحد كالهبة والوصية أو العقود المهنية لهذه الحقوق أو الكاشفة لها، إذا نصت على حقوق عينية عقارية وجب إشهارها لانتقال الملكية فيها سواء بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير.

وما دام القيد هو الذي ينقل الملكية فمعناه أن الحق لا ينقل بأثر رجعي لما قبل القيد، كالرجوع بأثار القيد إلى تاريخ العقد أو سحبه إلى الماضي لان العبرة بالقيد وليس بتاريخ انعقاد العقد، فالآثار تترتب من يوم القيد هذا غير أن الوصية وباعتبارها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت فان المادة 15 من الأمر 74/75 أوردت استثناء فيما يخص آثار القيد بالنسبة لها، اذ نصت ان نقل الملكية عن طريق الوفاة تنقل الحقوق للورثة والموصى لهم دون الحاجة إلى إجراء شكلي ولا يلعب القيد دوره المنشئ للحقوق أو الناقل لها.

ومع ذلك فان المشرع الجزائري اشترط على الموصى له قيد حقه كلما أراد التصرف فيه وذلك باستصدار شهادة رسمية موثقة تسمى الشهادة التوثيقية تثبت انتقال هذا الحق ثم قيده في مجموعة البطاقات العقارية، إذ نصت المادة 1/19 من ذات المرسوم على ما يلي: "كل انتقال أو انقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة ضمن الآجال المحددة في المادة 99 يجب ان يثبت بموجب شهادة موثقة.

فالقيد في حالة الوفاة هو شرط كاسف ليكون التصرف نافذا في مواجهة الغير، واشترطت المادة 99 من ذات المرسوم على الموصى لهم تقديم طلب الشهادة التوثيقية في أجل ستة(6) أشهر من تاريخ الوفاة، والا اعتبروا مسؤولين مدنيا إذا ما أدى عدم الإعلان إلى الإضرار.

¹ - القانون المدني الجزائري، المادة 793 .

² - المادة 16 من الأمر 75 / 74 الصادر 12 / 11 / 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

وقد حاول بعض الفقهاء وضع ضوابط زمنية للتقليل من مرونة هذه الشروط، فقالوا بأن العلة أو المرض إذا امتد عاما من غير أن يتبدل أو يتغير فإن التصرفات بعد مضي هذا العام تعتبر كتصرفات الأصحاء، كما أنه إذا زال المرض أو زال سبب الخوف، وخشية الهلاك تبقى تلك التصرفات سارية وصحيحة.¹

- أن يكون التصرف بقصد التبرع: أي يجب أن يكون التصرف الصادر من المريض في مرض الموت قصد التبرع به، ذلك انه من المحتمل وان كان هذا نادرا أن يكون المورث قد تصرف في المرض موته معاوضة لا تبرعا وأكثر ما يقع ذلك في عقد البيع، فان كان الثمن لا محاباة فيه فان البيع ينفذ في حق الورثة وتسري عليه أحكام البيع لا أحكام الوصية، أما إذا كان في الثمن محاباة، فهذه المحاباة وحدها التي تسري عليها أحكام الوصية.

وعلى كل حال فالمسألة خاضعة للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

وعليه فإذا توفر هذان الشرطان، صدور التصرف القانوني من المورث في مرض الموت ان يكون القصد منه التبرع، أخذ التصرف القانوني حكم الوصية وسرت عليه أحكامها، فلا ينفذ التصرف،² أيأ كانت تسميته إلا في ثلث التركة وما زاد عن الثلث التركة توقف على إجازة الورثة(المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري). واشترطت المادة 776 في فقرتها الثانية على ورثة المتصرف فقط أن يثبتوا بأن التصرف قد تم في مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ويدخل في ذلك البينة والقرائن والاستعانة بتقارير الأطباء.....الخ لأنهم يثبتون واقعة مادية.³

فإذا اثبتوا ذلك قامت قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس مفادها أن ذلك التصرف هو على سبيل التبرع وبالتالي تسري عليها أحكام الوصية لأحكام ذلك التصرف.⁴

¹ - ليلي زروقي والأستاذ حمدي باشا، المنازعات العقارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع بالجزائر، 2002، ص 63 / 75 .

² - قانون التسجيل الصادر بأمر رقم: 105 / 76، المؤرخ في : 09 / 12 / 1976 .

³ - القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، طرق اكتساب الملكية الفصل الثاني، القسم الثاني.

⁴ - الأستاذ لعروم مصطفى، مجلة الموثق، المرجع السابق، ص - 20 / 19 / 18 .

المبحث الرابع: مبطلات الوصية وأثارها.

من المقرر شرعا وقانونا أن الوصية إذا وقعت مستوفية لمقوماتها وشرائطها كانت صحيحة، فإذا مات عليها ولم يوجد ما يبطلها وقبلها الموصى له نفذت وترتبت عليها أثارها. وقد يحدث لها ما يعرقل نفاذها فيلغيها ويسمى مبطلاتها وهي كثيرة، وهذا الإبطال يأتيها تارة من قبل الموصي وأخرى من قبل الموصى له وثالثة من ناحية الموصى به.

المطلب الأول: مبطلات الوصية.

مبطلات الوصية متنوعة ومتعددة منها ما يرجع إلى الموصي وأخرى إلى الموصى له وأحيانا إلى الموصى به، ونفصل ذلك كالاتي:

الفروع التالية: مبطلات الوصية من جهة الموصي في الفرع الأول ومبطلاتها من جهة الموصى له في الفرع الثاني والفرع الثالث مبطلاتها من جهة الموصى به وهذا ما سنحاول أن نبينه.

الفرع الأول: مبطلات الوصية من جهة الموصي.

في هذا الفرع سنحاول دراسة مبطلات الوصية من جهة الموصي:

1 - تبطل الوصية عند الحنفية بالجنون المطبق إذا اتصل به الموت، ويشمل الجنون العته لأن الوصية عقد غير لازم كالوكالة فيكون لبقائه حكم ابتدائه، بينما ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الوصية لا تبطل بالجنون سواء كان مطبقا أو لا لأن شرط تحقق الأهلية واجب عند الانعقاد ولا يؤثر زوالها بعدئذ في صحة العقد أو التصرف.¹

وهو ما يستفاد من أحكام القانون الجزائري الذي اشترط سلامة العقل عند الانعقاد في المادة 186 من قانون الأسرة أخذ بالمذهب المالكي.

ويلاحظ أنه يجوز للموصي الرجوع عن الوصية في أي وقت شاء، فإذا جن جنونا مطبقا مثلا بالموت فقد طرأ عليه احتمال رجوعه عنها فتبطل.²

2 - ردة الموصي بعد الوصية لأن ملكه موقوف على الأصح، فمن مات وهو على رده أو قتل أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه فإن وصيته تبطل.³

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المدني، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية (حق الانتفاع وحق الارتفاق)، الجزء التاسع، دار النهضة العربية، طبعة 1986، ص 222 / 224 .

² - حمدي باشا عمر، عقود التبرعات الهبة، الوصية، الوقف، دار هوما للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، 2004، ص 75 .

³ - محمد مصطفى شلي، أحكام الوصايا والأوقاف، المرجع السابق، ص 257 .

وهذا ربما لحماية حقوق أطراف الأسرة كوجود من يتدينون بالديانة كالمسيحية أو غير ذلك من الديانات الأخرى غير الدين الإسلامي في تلك الأسرة.

لم يتعرض القانون الجزائري للردة ربما لقلّة وقوعها في الوقت الحاضر أو عملاً بمذهب الحنابلة القائلين بصحة وصية المرتد غير أنه في المادة: 200 من قانون الاسرة الجزائري انها تصح مع اختلاف الدين، أي المشرع الجزائري أجاز الوصية بين مختلفي الديانة.

3 - رجوع الموصي عن وصيته، ولا خلاف بين الفقهاء في أن الوصية تصرف غير لازم في حياة حق الموصى وأن الرجوع عنها كلها أو بعضها في أي وقت شاء ما لم يتعلق بها حق للموصى له في حياة الموصي وليس للرجوع عندهم صيغة¹ وهو ما اخذ به المشرع الجزائري في المادة 192 من قانون الأسرة التي نصت على أنه: يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمناً، فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها والضمني يكون بكل يستخلص منه الرجوع فيها.

وقد أكدت هذا المبدأ المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه: من المقرر قانوناً أنه يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمناً، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون، الثابت في قضية الحال،² أن قضاة المجلس لما قضوا بصحة الوصية وثبتها واستخرج الثلث منها للمستأنف بالرغم من كون الموصي قد تراجع عن وصيته بموجب الوكالة الرسمية التي وكل من خلالها ابن عمه ببيع ممتلكاته العقارية، يكونوا بقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق القانون، ومتى كان ذلك استوجب نقص القرار المطعون فيه.³

فالرجوع الصريح: قد يكون بلجوء الموصي إلى الموثق لتحرير عقد بذلك دون ان يكون هذا الأخير ملزماً بتسبيب طلبه ويكون ذلك بحضور شاهدي عدل، لأنه وحسب المادة 192 من قانون الأسرة فإن الرجوع الصريح في الوصية يتم بوسائل إثباتها، وقد يكون الرجوع الصريح في الوصية بلجوء الموصي إلى القضاء لاستصدار حكم بذلك إذا ما اختار هذا الطريق، لأن الحكم القضائي هو أيضاً من وسائل إثباتها إعمالاً لنص المادة 192 من قانون الأسرة، وأما الرجوع الضمني: فيكون بكل تصرف قانوني يقوم به الموصي بعد ابرام الوصية ويستخلص منه الرجوع فيها، كان يقوم بالتصرف في العين الموصى بها بالبيع أو الهبة أو الوقف أو المبادلة..... الخ

¹ - العربي بالحاج، المرجع السابق، ص 317.

² - باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسات القضائية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، جزء 1، طبعة 2012، ص 119 .

³ - المجلة القضائية لسنة 1990، العدد الرابع، ص 85، ملف رقم 54727، قرار صادر بتاريخ: 24 / 01 / 1990 .

أو كل تصرف آخر يمس موضوع الوصية بما في ذلك أن يوكل غيره لأجل بيع العين الموصى بها.¹ وقد استثنى قانون الأسرة الجزائري في المادة 193 رهن الموصى به إذا لم يعتبره رجوعاً في الوصية، واعتقد أن هذا الحكم الخاص لإعمال للقواعد العامة التي تعتبر الرهن تأميناً عينياً للدين المترتب في ذمة المدين الراهن.

الفرع الثاني: مبطلاتها من جهة الموصى له.

في هذا الفرع سأتطرق إلى دراسة مبطلات الوصية من جهة الموصى له.

1 - رد الموصى له كلها أو بعضها قبل قبوله وبعد موت الموصى باتفاق الفقهاء، وأما رده قبل موته فلا عبرة به عند جمهور الفقهاء فله ان يقبلها بعد وفاته، ورده بعد قبولها يبطلها عند الحنفية بشرط قبول الورثة وأحدهم لهذا الرد، وقد أخذ قانون الأسرة الجزائري بهذا الحكم في المادة 201 التي نصت على أنه: تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصى أو بردها.²

2 - موته قبل موت الموصي إذا كانت الوصية أعياناً أو منافع وسواء علم بموته أو لم يعلم لكونه صار غير اهل التملك بالموت ولا يصح صرفه إلى غيره، وكذلك إذا مات بعد موت الموصي وقبل ابتداء مدة الانتفاع في الوصية بالمنفعة. أخذ قانون الأسرة الجزائري بهذا الحكم في المادة 201.

3 - قتل الموصى له الموصي عمداً وعدواناً وبدون وجه شرعي ولا عذر قانوني سواء كان ذلك قبل انعقاد الوصية أو بعدها.

أخذ المشرع الجزائري بهذا الحكم كما أرينا في المادة 188 من قانون الأسرة عن القتل المانع من استحقاق الوصية، وفي المادة 135 عن القتل المانع من الإرث والحكم فيهما واحد كما رأينا.

4 - تعذر وجود الجهة الموصى لها فيما إذا كانت الوصية لجهة غير³ موجودة وستوجد في المستقبل.

5 - تبطل الوصية لو ارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي (المادة 189 من قانون الأسرة الجزائري).

الفرع الثالث: مبطلاتها من جهة الموصى به.

أما في هذا الفرع أتطرق إلى مبطلات الوصية من جهة الموصى به.

1 - تبطل الوصية إذا هلك الموصى به المعين بالذات أو بالنوع سواء كانت الوصية به كله أو جزء شائع منه، فلو أوصى بسيارة أو جزء شائع فيها كنصفها مثلاً ثم هلكت قبل قبول الموصى له بطلت الوصية

¹ - محمد مصطفى شبلي، المرجع السابق، ص 263 .

² - باديس دياي، مرجع سابق، ص 120 .

³ - قانون الأسرة الجزائري، المادة 201، من الكتاب الرابع، الفصل الأول.

سواء كان الهلاك قبل موت الموصى أو بعده لفوات محل الوصية، ولو أوصى بغنمه أو بسهم شائع فيها كثلثهما ثم هلكت الغنم قبل قبوله بسبب غير موجب للضمان بطلت الوصية، وإذا كان هلاكها بسبب موجب للضمان لا تبطل الوصية لانتقال حق الموصى له إلى البدل.

لم يتكلم القانون الجزائري عن حالة هلاك الموصى به على خلاف القانون المصري الذي تناولها في المواد: 47 - 48 - 49¹، ويرجع بشأنه لأحكام الفقه الإسلامي.

2 - ثبوت استحقاق الموصى به لغير الموصي سواء كان ذلك قبل موت الموصي أو بعده لأنه تبين بهذا الاستحقاق أن الموصى به ليس مملوكا له.

والبطلان في هذين الهلاك والاستحقاق وقد يكون كليا إذا هلك الموصى به كله أو استحق كله، وقد يكون جزئيا إذا كان الهلاك أو الاستحقاق لبعضه فقط.²

تناول القانون المصري مبطلات الوصية من الجهات الثلاثة الموصي، الموصى له، الموصى به، في مواد متفرقة هي المواد: 8 - 14 - 15 - 17 - 18 - 19 - 24 - 27 - 47 - 48 - 49 - 50.³

ومن الأسباب التي تؤدي إلى بطلان الوصية كثيرة ولكن الفقهاء اختلفوا فيما بينهم حول بعض هذه الأسباب وتم تلخيصها واجمالها وذلك على النحو التالي:

1 - زوال أهلية الموصي بالجنون وإذا جن الموصي جنونا مطلقا واتصل الجنون بالموت تبطل الوصية عند الحنفية والجنون المطبق هو أن يمتد شهرا عند أبي يوسف وسنة عند محمد.⁴

2 - أما عند جمهور الفقهاء،⁵ فلا تبطل الوصية بالجنون سواء كان جنونا مطبقا أولا وسواء اتصل بالموت أو لم يتصل، متى كان كامل الأهلية وقت إنشائها فقط، وعلى هذا فإن العقود والتصرفات تعتمد في صحتها على تحقق الأهلية وقت إنشائها فقط، وعلى هذا فإن الوصية لا تبطل بزوال أهلية الموصي قياسا على البيع والإجارة.

¹ - بدران أبو العينين بدران، الموارث الوصية والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية، مصر 1990، ص 163.

² - محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية الواجبة المصري، رقم - 71 سنة 1976 .

³ - محمد مصطفى شبلي، المرجع السابق، ص 285 - 259 .

⁴ - محمد أبو الزهرة، شرح قانون الوصية الواجبة، المرجع السابق، رقم - 71 سنة 1976 .

⁵ - علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكساني الحنفي، كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط 2، 1986، ج 10، ص 594 .

- 3 - وكذلك رجوع الموصي عن وصيته اتفق الفقهاء،¹ على أن رجوع الموصي عن وصيته تبطل به الوصية، لأنها عقد غير لازم فيجوز للموصي الرجوع فيها متى شاء، كما مر ذلك سابقا.
 - 4 - إذا مات الموصى له قبل موت الموصي.
 - 5 - إذا كان الموصى به معيناً وهلك قبل وفاة الموصي.
 - 6 - إذا رد الموصى له الوصية بعد وفاة الموصي.
 - 7 - إذا قتل الموصى له الموصي، كما أوضحت سابقا.
 - 8 - يتصرف الموصي بالموصى به تصرفات يزيل اسم الموصى به ومعظم صفاته.²
- المطلب الثاني: آثار بطلان الوصية.**

الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت، ينعقد بالإرادة المنفردة للموصي غير أن ملكيته لا تثبت إلا بعد قبول الموصى له، صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصي، وتبطل في حالة رفضه لها، حسب نص المادة 201 من قانون الأسرة الجزائري: تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي أو بردها، ولذلك سنتكلم على الآثار المترتبة على قبول الوصية ثم نعرض على حالة ردها وتفصيل ذلك كالآتي:

الفرع الأول: مفهوم قبول الوصية وردها.

القبول هو مقرر للموصي له، بحيث أن الوصية لا تلزم إلا بقبولها من الموصى له بعد وفاة الموصي، بشرط أن يكون الموصى له كامل الأهلية وليس لأحد سلطان عليه.

أما إذا كان الموصى له جنينا، يكون القبول بعد الوضع، لان أهلية الملك لا تثبت للحمل إلا بعد وضعه حسب نص المادة 187 قانون الأسرة الجزائري: "تصح الوصية للحمل".

بشرط أن يولد حيا، وإذا ولد توائم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس" وهو رأي المذهب المالكي.³

أما إذا كان قاصرا أو محجورا عليه، يكون قبول الوصية، أو ردها من له الولاية على ماله وليا كان أو وصيا أو قانون المادة: 81 قانون الأسرة الجزائري " من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون".

ومنهم من يرى من الفقهاء بلزوم القبول بعد موت الموصي من بينهم:

¹ - المغني عبد الله بن أحمد المقدسي (620 هـ)، اختيار لتعليق المختار، مكتبة الجمهورية العربية القاهرة مصر، ص 3 / 89 .

² - المغني عبد الله بن أحمد المقدسي، اختيار لتعليق المختار، نفس المرجع، ص - 65.66 .

³ - محمد طه العلي خليفة، أحكام الدراسة التطبيقية، دار النشر والتوزيع والترجمة مصر، ط 2، 2005، ص 632 .

الحنفية: قالوا أن القبول شرط لتنفيذ الوصية بعد الموت وعليه فإذا قبل الموصى له الوصية، كان الموصى به ملكا له وإذا ردها صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي يعود الموصى به إلى ملكية ورثة الموصى.¹ المادة 197 من قانون الأسرة الجزائري: "يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي" وإذا قبل الموصى له بعض الوصية ورد البعض الآخر لزمّت الوصية فيما قبل وبطلت فيما رد، وإذا قبلها بعض الموصى لهم وردها الباقون تكون لازمة بالنسبة لمن قبلوا وتبطل بالنسبة لمن ردوا.

- السؤال الذي يطرح هنا كيف ومتى يتم القبول أو الرد؟

أولا: وقت القبول: ذهب المالكية والحنابلة والشافعية إلى أن القبول يتم بالقول أو بالفعل الدال على الرضا كأن يقول الموصى له قبلت الوصية، أو رفضت الوصية.

ثانيا: وقت الرد: بينما ذهب أبي حنيفة أن القبول يكون بالقول والفعل، كما قد يكون بالسكوت وعدم الرد من الموصى له، وعليه فإن هذا الرأي يقوم على أساس الاكتفاء بعدم الرد، ذلك أن القبول المطلوب هو عدم الرد، فيكفي القبول الصريح أو القبول دلالة، حتى لو أن الموصى له مات قبل أن يقبل أو يرد ويثبت ملكه في الموصى به لعدم الرد من قبله وأنتقل ذلك الملك لورثته.²

في حين يرى جمهور الفقهاء بأنه لا بد من القبول بالقول وما يقوم مقامه من التصرفات الدالة على الرضا، ولا يكفي بعدم الرد، لأنه غير القبول والمطلوب، وهذا ما أخذ به القانون الجزائري من خلال نص المادة 197 من قانون الأسرة الجزائري كذلك ما جاء في نص المادة 198 من قانون الأسرة الجزائري: "إذا مات الموصى له قبل القبول، فلورثته الحق في القبول أو الرد".

أما فيما يخص وقت القبول، فإنه لا يصح القبول إلا بعد وفاة الموصي فلا عبرة للقبول ما دام الموصي حيا.

باعتبار أن آثار الوصية لا تظهر إلا بعد الوفاة، وانها من العقود غير اللازمة، إذ يستطيع الموصي الرجوع عن وصيته متى شاء، لكن القبول والرد لا يشترط فيه الفورية باعتبار أن الفورية تشترط في العقود المنجزة التي يربط فيها القبول بالإيجاب كالبيع (المادة 197 من: قانون الأسرة الجزائري) غير أنه يترتب على الرد إضرار بالورثة أو التركة وعلى هذا الأساس اشترط كل من القانون المصري (المادة 22 من قانون الوصية) و(القانون السوري المادة 277 /فقرة 01) على أن يكون رد الوصية خلال: 20 يوما من وفاة الموصي فان لم يجب بالقبول أو الرد، اعتبر منه ذلك ردا فتبطل الوصية ما لم يكن له عذر مقبول.

¹ - عبد الرحمان الجزيري، فقه المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ص 789 .

² - العربي بالحاج، المرجع السابق، ص 280 .

الفرع الثاني: وقت ثبوت ملكية الموصى به للموصى له.

كما يعد القبول أمراً أساسياً لثبوت الملكية في الموصى به، حيث أن انتقال ملكية الموصى به له ملكاً جديداً بقبول هذا الأخير بعد وفاة الموصي تلزم الوصية بالاتفاق، وبناء على ذلك فإنه تكون زوائد العين الموصى بها أي إذا حدثت بعد الوفاة وقبل القبول ملكاً للموصى له، لأنها تعتبر أثراً لملكيتها الخاصة واتفق الفقهاء على أن الموصي إذا حدد موعداً للملكية كابتداء شهر كذا تبدأ به الملكية لأن شرط الموصي يراعي ما لم يخالف مقاصد الشرع عاماً إذا لم يعين الموصي وقتاً لابتداء الملكية، فإن الموصى له عقب الوفاة.¹

ثبت له الملك بالوفاة مباشرة، أما إذا تراخى القبول عن الوفاة فقد اختلفوا في وقت ثبوت الملكية.²

أ- رأي الحنابلة وبعض المالكية:

أن الملكية تثبت للموصى له منذ قبول الوصية لأن الوصية عقد ركنه الإيجاب والقبول فقبل القبول لا يتم العقد، وبالتالي فإن نفقات وزوائد الموصى به خاضعة لاختصاص الورثة.³

ب- رأي الحنفية والشافعية:

تثبت الملكية استناداً إلى الوفاة لأن الوصية ملك مضاف إلى ما بعد الموت كالعقد الموقوف على الإجازة.

فالإجازة تعتبر تنفيذاً للعقد من تاريخ إنشائه لا من تاريخ إنجازها وبالتالي فالملكية تثبت من وقت الوفاة، وزوائد الموصى به هي ملك للموصى له.⁴ وتظهر ثمرة الخلاف في ملك زوائد الموصى به، وغلته الحاصلة في المدة ما بين الموت والقبول كصغير الحيوان وثمره البستان وأجرة الدار ونحوها من الزوائد المنفصلة أما الزوائد المتصلة كالسمن فهي بالاتفاق للموصى له إذا احتملها الثلث فعلى الرأي الأول تكون الزوائد بعد الموت وقبل القبول ملكاً لورثة الموصي وعليهم نفقتها لكن اختلف الحنفية مع الشافعية أصحاب الرأي الأول في اعتبار الزوائد من الثلث فقال الحنفية تعتبر من أصل الموصى به فيشترط على ألا تزيد مع الأصل عن الثلث وقال الشافعية يعتبر ذلك نماء زائداً عن أصل الموصى به فلا تدخل في حساب الثلث فتكون للموصى له وهذا هو الرأي الأرجح لأن هذا الزائد حدث على ملك الموصى له فيسلم له.

¹ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 10، دار الفكر دمشق سوريا، 1980، ص 745.

² - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 745.

³ - العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 283.

⁴ - نفس المرجع، ص 283.

ولم ينص المشرع الجزائري على وقت ثبوت ملكية الموصى به للموصى له ولا على قضية الزوائد من وقت الوفاة إلى وقت القبول غير أنه انطلاقاً من المواد 185 - 198 - 222 من قانون الأسرة الجزائري،¹ يتضح بأنه يرجع في هذا الشأن لأحكام الفقه الإسلامي والراجح عند الفقهاء أنه تثبت ملكية الموصى به للموصى له استناداً إلى وقت الوفاة لأنه هو المقصود من وصية الموصي غير أن الموصي له لا يملك الموصى به إلا بالقبول ولا يستند وجودها الملكية (إلى ما قبل القبول) 197 قانون الأسرة الجزائري (ولقد نص القانون بأنه تثبت الوصية بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك إلا أنه في حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم قضائي يؤشر على هامش أصل الملكية) 191 قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الثالث: حكم الرجوع عن الوصية وردها بعد القبول.

في هذا الفرع سندرس حكم الرجوع عن الوصية وردها بعد القبول:

اتفق الفقهاء على جواز الرجوع عن الوصية، من الموصي لان الوصية كالهبة وهي من العقود غير اللازمة أي يمكن الرجوع عنها قبل القبول وهذا الرجوع يكون بالقول الصريح كما يكون بالفعل أو الدلالة وقد عالج المشرع هذا الحكم في نص المادة 192 من قانون الأسرة الجزائري: على انه "يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمناً. فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها والضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها"

ولا يعتبر القانون هذا الموصى به بمثابة رجوع عن الوصية كلياً أو جزئياً بعد قبولها بشرط أن يقبل ورثة الموصي أو أحدهم بالرجوع وعندها يعد عقد الوصية مفسوخاً ويعود الموصى به إلى التركة وذهب جمهور الفقهاء إلى انه لا يجوز رد الوصية بعد قبولها إذا تم قبضها لأن الملك قد ثبت واستقر، فلا فسخ للوصية إلا إذا قبلها الورثة وفي هذه الحالة تعتبر هبة من الموصى له إلى ورثة الموصي، وعليه فإنها تحتاج إلى شروط الهبة أي أنها تأخذ حكم التبرعات إن رأي الجمهور يتفق مع المبادئ العامة المتعلقة بالنظرية العامة للعقود خاصة قوة الالتزام وذلك أن فسخ أي عقد من العقود لا يكون إلا من طرفي العقد فكيف يتم فسخ الوصية والموصي قد توفي؟ وعلى هذا الأساس نص المشرع الجزائري في المادة: 201 قانون الأسرة الجزائري على أنه "تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي أو بردها" لكن السؤال الذي يطرح بهذا الصدد من يملك حق القبول والرد؟

¹ - القانون رقم: 84 - 11 المؤرخ في 09 جويلية 1984 المعدل والمتمم بالأمر 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

اتفق الفقهاء على أن الموصى له المعين يملك بنفسه القبول والرد على أن الموصى له إذا كان كامل الأهلية و راشدا لأنه صاحب الولاية على نفسه واتفقوا كذلك على أن الموصى له فاقد الأهلية وهو المجنون والمعتوه والصبي غير المميز ليس القبول والرد إنما،¹ يقبل وليه عنه أو يرد واتفقوا أيضا على أن الموصى له غير المعين لا يحتاج إلى قبول ولا رد، و إنما تلزم الوصية بمجرد إيجاب الموصي فحق القبول والرد عن المؤسسات والجهات والمنشآت لمن

يمثلها قانون فإن لم يكن لها من يمثلها قانونا لزم الوصية من غير حاجة إلى قبول.

لكن الفقهاء اختلفوا في ناقص الأهلية وهو الصبي غير المميز والمجور عليه بسبب السفه أو الغفلة. فقال الحنفية: له القبول لان الوصية نافعة نفعا محضا له كالهبة والاستحقاق في الوقف وليس له ولا لوليه الرد لأنه ضار محضا فلا يملكوه. وقال الجمهور أمر القبول والرد عن ناقص الأهلية لوليه يفعل ما فيه المصلحة.²

¹ - العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 285.

² - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وادلتها، مرجع سابق، ص 454 .

خلاصة:

بعد ما حاولنا تسليط الضوء على مجموعة من المبادئ العامة المتعلقة بالوصية من تعريف لها وتحديد أركانها وشروطها وكيفية إثباتها وبطلانها وكذا رصد لأهم الإشكاليات، اتضح لنا أن الشريعة الإسلامية فتحت أبواب الوصايا في وجه العموم وحررتها من كثير من القيود المفروضة على غيرها، باعتبارها قرينة إلى الله وطلب للأجر والثواب، وآخر فرصة لاستدراك الإنسان ما فاتته من واجبات وما فرط فيه من حقوق الله وحقوق العباد فوسعت من مجالاتها نظرا لما توليه لها من أهمية بالغة ولما تراه فيها من مصالح دينية ودنيوية، وما يمكن ان تحققه من منافع عامة وخاصة على الصعيد الاجتماعي والاقتصادي وغيرها من وجوه البر وأبواب الخير.

إلا انه رغم هذه العناية التي حظيت بها الوصية في مختلف المذاهب الفقهية والقوانين الوضعية، ورغم ما كتب عنها وحولها إلا أنها لازالت في حاجة إلى دراسة جديدة خاصة أن الكتب المتعلقة بدراستها ودراسة أحكامها في حاجة إلى التنقيح والتهديب لتناسب مع متطلبات العصر الحالي، وكذا تفتقر إلى شيء من التنظيم من حيث التبويب والفهرسة والمزيد من التبسيط والفهم لحل ما فيها من إشكال وشرح ما فيها من غموض يحول بعض الأحيان بينها وبين القارئ ويمنع من الاستفادة منها. أما بالنسبة للنصوص المنظمة للوصية في مدونة للأسرة تحتاج إلى دراسة جديدة، لتطعمها بما جد من نوازل وأحكام.

الفصل الثاني:

أحكام الوصية في الفقه الإسلامي

والقانون الجزائري

تمهيد:

تعتبر الوصية من أهم التبرعات بالأموال، والتي حثنا عنها الشرع والقانون وفق أركان موضوعية وأخرى إجرائية، ومن بين هذه الأركان الصيغة والموصي والموصى له ولا تجوز هذه الوصية إلا بتوفر عدة شروط خاصة بالموصى له والموصى به وأخرى خاصة بنفاذ الوصية، أما الموصى له يجب أن يكون معلوما وموجودا، والموصى به هو ما يجري فيه الإرث، اما كيفية نفاذ الوصية وانعقادها فهي تخضع لأحكام القانون وهو ما سنتطرق إليه في فصلنا هذا بالتدقيق والتفصيل.

وسوف نتناول في هذا الفصل:

المبحث الأول: الأحكام الموضوعية للوصية بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.

المبحث الثاني: الأحكام الإجرائية والشكلية للوصية بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.

المبحث الثالث: التنزيل في التشريع الجزائري.

المبحث الأول: الأحكام الموضوعية للوصية بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.
سنتناول في هذا المبحث أربع مطالب ففي المطلب الأول وسنتطرق إلى أركان الوصية وفي المطلب الثاني شروط صحة الوصية وفي المطلب الثالث شروط نفاذ الوصية ضف إلى ذلك في المطلب الرابع كيفية انعقاد الوصية.

المطلب الأول: أركان الوصية

يتوقف وجود الوصية على أربعة: الموصي والموصى له، والموصى به والصيغة المنشئة للوصية. وعليه نتناول في هذا المطلب أربع فروع في الفرع الأول الصيغة والفرع الثاني الموصي، الفرع الثالث الموصى له زد على ذلك الفرع الرابع والأخير الموصى به.

الفرع الأول: ركن الصيغة.

اختلف الفقهاء في ركن الصيغة من حيث يجب توافر الإيجاب والقبول أو ضرورة توافر الإيجاب فقط، ونتيجة لذلك وجد رأيان هما:

الرأي الأول:

منهم الجمهور، إلى اعتبار الصيغة أنها تتحقق بالإيجاب وحده دون القبول.¹
ويقصد بالإيجاب في العقود: التعبير البات النهائي الذي يقصد صاحبه أثرا قانونيا، طالما صادفه قبول. فالوصية حسب قولهم تعتبر من التصرفات التي تنشئ بعباراة واحدة، لأنها من عقود التبرعات التي تصدر من جانب المتبرع وحده.²

الرأي الثاني:

وذهب رأي آخر ومنهم المالكية، إلى أن الصيغة لا توجد بالإيجاب وحده، وإنما يشترط اقتراها بالقبول فقبل وجود القبول فإن الوصية غير موجودة كبقية العقود وعليه نرى أن هذا الرأي ينظر إلى الوصية على أنها عقد يفيد الملك، والقبول يعتبر بالموافقة على الإيجاب وبه إبرام العقد ويشترط فيه أن يكون باتا ومتطابقا مع الإيجاب.³

¹ - محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، الكويت، دار الفكر العربي، الطبعة 7، 1409، 1988، ص 80 .

² - أحمد الغندور وزكي الدين شعبان، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، ط 1، الكويت، ص 23 و 25 .

³ - محمد أبو زهرة، المرجع نفسه، ص 63 .

أما الآن سنرى كيف نعى المشرع الجزائري فيما يخص ركن الصيغة وعليه نصت المادة 60 من القانون المدني الجزائري على أن: التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، بالكتابة أو الإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة عن مقصود صاحبه.

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون، أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً. ومن خلال ذلك نجد أن للموصي أن ينشئ وصية بالقول أو الكتابة أو الإشارة أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة المقصود.

وبما أن المشرع الجزائري قد نعى منحى الملكية الذي تعتبر الوصية من العقود تنشأ بالإيجاب والقبول، وعليه فإن الصيغة أيضاً تقوم على الإيجاب والقبول.

الفرع الثاني: ركن الموصي.

وهو كل مكلف حر، فلا تصح وصية المجنون المعتوه الذي لا يعقل، والصبي الذي لا يميز قطعاً، ولا تصح وصية الصبي المميز وتديره على الأظهر عند الأكثرين كهفته، ولا تصح وصية المحجور عليه لسفه على المذهب.¹

كما نجد أن المشرع الجزائري نص في المادة 186 من قانون الأسرة الجزائري على شروط معينة في ركن الموصي فإن تخلف أحدهم لم تصح الوصية.

الفرع الثالث: ركن الموصى له.

الموصى له هو الركن الثالث فالوصية تصح من المسلم والكافر بكل من يصح تملكه من مسلم وكافر معين لقوله تعالى: {إِلَّا أَنْ تَفْعَلُوا إِلَىٰ أَوْلِيَائِكُمْ مَّعْرُوفًا} الآية 6 : الأحزاب.²

قال محمد بن الحنفية: هو وصية المسلم لليهودي والنصراني، ولأن الهبة تصح لهم فصحت لهم الوصية، ولو كان الكافر مرتداً أو حربياً، ولو كان بدار حرب كالهبة.

ومن جهة أخرى نجد أن المشرع الجزائري نص على ركن الموصى له في المادة 187 من قانون الأسرة على شروط يجب توفرها في ركن الموصى له وكذا المادة 25 من القانون المدني.³

¹ - علاوة بوتغرار، مقال بعنوان: الوصية تطرح نقائص، مجلة الوثوق، العدد الأول، سنة 2001 .

² - العربي بالحاج، المرجع السابق، ص 269 .

³ - محمد زهدود، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر - 1991 .

الفرع الرابع: ركن الموصى به.

المراد بركن الموصى به هو ما تحمله الوصية من قول أو كتابة أو ما يقوم مقامها وهو أيضا محل الوصية الذي يثبت فيه الملك للموصى له، وهذا المحل قد يكون عينا كالأرض والسيارة وقد يكون منفعة كزراعة الأرض وسكنى الدار، وقد يكون حقا ماليا في الذمة كالدين أو على عين كحق المرور والشرب ونحوها.¹

ولقد أقر قانون الأسرة الجزائري ذلك في المادة 190 التي تنص على " للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة".

1- أن يكون هذا المتبرع سليم العقل:

ومعنى أن يكون الموصي بالغاً، عاقلاً، حراً، بحيث يتفق جميع الفقهاء على أن يكون الموصي مميزاً وعاقلاً، فلا تصح وصية المجنون والعبد لأنهما ليس أهلاً للتبرع وكذلك عدم التمييز يقتضي إلى القول بعدم وجود الوصية.²

أما في قانون الأسرة الجزائري فقد نصت المادة 186 منه على أن " يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغاً من العمر تسع عشر سنة على الأقل". فمن خلال نص المادة تبين لنا أن المشرع اشترط في الموصي سلامة العقل وكذلك بلوغه 19 سنة على الأقل حتى يعتقد بوصيته.

2- الرضا:

وهو الرغبة في الشيء والارتياح إليه، بمعنى أن يكون الموصي راضياً مختاراً في هذا الإيضاء فإن كان مكرهاً أو مخطئاً فلا تصح الوصية في هذه الحالة، لعدم توفر شرط الرضا. ونفس الشيء بالنسبة لوصية السكران لأنها تضر ورثته. " لا ضرر ولا ضرار" في الشريعة الإسلامية.³

¹ - وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي وادلته، الجزء 08، دار الفكر دمشق، 1417 - 1996، بيروت لبنان، لوجود لسنة النشر.

² - العربي بالحاج، المرجع السابق، ص 379 إلى 382.

³ - بدران أبو العينين بدران، الموارث والوصية والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون، مركز الإسكندرية للكتاب، 1997، بدون جزء.

المطلب الثاني: شروط صحة الوصية

في هذا المطلب تطرقنا إلى شروط صحة الوصية، حيث قسمنا هذا المطلب إلى فرعين كالآتي:

الفرع الأول: شروط الصحة في الموصى له.

الموصى له هو من توجه إليه الوصية ويقصد بالعتاء والصلة والهيبة فإن الموصى له سواء كان شخص طبيعي أو معنوي فإن شروط الصحة بالنسبة للموصى له كالتالي:

1- أن يكون الموصى له معلوما:

وذلك عند إنشاء الوصية أو عند موت الموصي، علما يمكن معه تنفيذ الوصية، ويقصد به الشرط هو أن يكون الموصى له معروفا بالتعيين أو بالوصف وأن لا يكون مجهولا جهالة مطلقة وفاحشة لا يمكن استدراكها وعليه فإن الموصى له يكون معينا بالاسم كأن يقول أوصيت بكذا للفقراء طلبة العلم لمسجد مدينة كذا وعليه في هذه الحالة يكون الموصى له غير معين بالتعيين وإنما هو معروف بالوصف.¹

2- أن يكون الموصى له موجودا:

وكذلك عند إنشاء الوصية إذا كان معينا بالاسم، أو الإشارة، سواء كان هذا الوجود حقيقيا أم تقديريا، كالحمل في بطن أمه، وهذا الأمر لا خلاف فيه بين الفقهاء لأنه لا يمكن أن نتصور أن يكون الموصى له معينا بالاسم أو الإشارة وهو غير موجود وقت الوصية.

الفرع الثاني: شروط الصحة في الموصى به:

يشترط في الموصى به أن يكون مما يجري فيه الإرث وأن يكون موجودا عند الوصية وأن يكون مالا منقولاً وقابلاً للتملك، وسوف نتناول هذه الشروط كالتالي:

1 - أن يكون الموصى به مما يجري فيه الإرث أو يصلح أن يكون محلاً للتعاقد حال حياة الموصي، لأن الوصية تملك، ولا يمكن غير المال وهذا الأخير يشمل الأموال النقدية من دراهم ودنانير والهيبة من عقارات وعروض تجارية ونحوها وكذا الديون التي في ذمة الغير والحقوق المستحقة في الغنيمة والحقوق المقدره بمال وهي الارتفاق والمنافع كسكن الدار ونحوها مما يصح بيعه وهبته والمنافع حتى عند الحنفية وأن كانت لا تورث عندهم فإنه يصح التعاقد عليها حال الحياة فيصح الايضاء بها لأن المقصود تملك المنفعة بعد الموت.²

¹ - رامول خالد، ودوة أسيا، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دار هومة للنشر، سنة 2008، ص

.72

² - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 60 .

لقد أقر القانون الجزائري في المادة 190 قانون الأسرة الجزائري. على ذلك ب: "للموصي أن يوصي بالأموال" وهي الأموال القابلة للتعميل والتي يكون مما يجري فيه الإرث ومحلا للتعاقب. وعلى هذا يشترك القانون الجزائري في الموصى به أن يكون مما ينتقل الإرث لأنه محلا للتعاقد حال الحياة الموصي.

وعليه فإنه يشترط في الموصى به أن يكون موجودا وقت الوصية، فلو قال لشخص مثلا أوصيت بمالي المودع في مصرف كذا، ولم يكن له مال في ذلك المصرف فإن الوصية في هذه الحالة تقع باطلة وذلك لانعدام محله المعين حتى ولو كان ملك الموصي الدار بعد الوصية ثم مات، وهي في ملكه فلا تصح هذه الحالة وصية السابقة ولا تنفذ وعليه إذا أراد الايصاء بما فيها عليه الإنشاء وصية جديدة بعد ملكه لها.

هذه هي الشروط الثلاثة التي تشترط في الموصى به لصحة الوصية وفيما يلي سوف نتطرق لشروط نفاذ الوصية.¹

المطلب الثالث: شروط نفاذ الوصية:

تعرضنا في المطلب الثاني شروط صحة الوصية أما الآن سنتطرق إلى شروط نفاذ الوصية بعضها تمس الموصي والموصى له، وبعضها الأخر يتعلق بالموصى به وستعرض لدراستها في كل من الفروع التالية:

الفرع الأول: شروط نفاذ الوصية في الموصي.

يشترط في الموصي لنفاذ وصيته ما يلي:

أولا: ألا يكون مدينا بدين مستغرق لجميع تركته، بمعنى آخر ألا يكون الموصى به مستغرقا بالدين، لأن إبقاء الدين مقدم على تنفيذ الوصية وهذا بالإجماع، ففي هذه الحالة مستغرق بالدين حالتين اثنتين قانونيتين وهما:

- 1 - إذا أبرأ الغرياء المدين وأسقطوا ديونهم في هذه الحالة الوصية تقع صحيحة وتنفذ.
- 2 - وكذلك إذا أجاز الغرياء تنفيذ الوصية قبل ديونهم فإن الوصية في هذه الحالة تقع صحيحة وتنفذ. وعليه فإنه يشترط لنفاذ وصيته ألا يكون مدينا بدين مستغرق لجميع تركته لأن الدين ينفذ أولا قبل الوصية.²

¹ - العربي بالحاج، المرجع السابق، ص 43 .

² - لعروم مصطفى، مذكرة بعنوان الوصية بين الشريعة والقانون، ط 7 ، ص 55.

الفرع الثاني: شروط نفاذ الوصية في الموصى له.

يشترط في الموصى له من أجل نفاذ الوصية ما يلي:

1 - من أهم شروط نفاذ الوصية ألا يكون الموصى له وارثا للموصي، وهذا تبعا لقوله صلى الله عليه وسلم: "إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث"¹، وكذا ما روي عن أبي عباس قوله: "لا وصية لوارث إلا أن يشأ الورثة" ومن هنا ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز الوصية للوارث ولكن بشرط إجازتها من قبل الورثة أما إذا أجازها بعض الورثة دون البعض فإنها تنفذ في حصص من قبلها ولا تنفذ في حصص من رفضها، والسبب في الاشتراط ألا يكون الموصى له وارثا للموصي هو أن إثارة بعض الورثة دون البعض الأخر بالوصية من غير رضاهم مما يؤدي إلى الشقاق والتنازع وقطع الرحم واثارة البغضاء والحسد بين الورثة.

ومعنى الحديث السابق أن الوصية للوارث لا تنفذ مطلقا مهما كان مقدارها إلا بإجازة الورثة فإن أجازوها نفذت، وان رفضوها بطلت وان أجازها البعض دون البعض فإنها تنفذ في حصة المميز ويشترط لصحة هذه الإجازة شرطين هما:²

1 - أن يكون المميز من أهل التبرع عالما بالموصى له:

وذلك بأن يكون بالغاً، غير محجور عليه لسفه أو عته أو مرض موت، وكذا أن يكون عالماً بالموصى به وبالتالي فإنه لا يجوز إجازة الصغير والمجنون والمريض مرض الموت، وكذا لا تصح إجازة الوارث ما لم يعلم بما أوصى به، حيث جاء في الحنابلة: "لو أجاز مريض فمّن ثلثه".

2 - أن تكون الإجازة بعد موت الموصي:

وبناء على ذلك عبر بإجازة الورثة حال حياة الموصي بمعنى إذا أجاز الورثة للوصية في حياة الموصي ثم ردها بعد وفاته ففي هذه الحالة لا تصح الإجازة ويؤخذ بالرد، سواء كانت الوصية لوارث أو الأجنبي بما زاد على الثلث وهذا رأي الحنفية والشافعية والحنابلة وكذا قول المالكية.

والعبرة بتحديد الوارث الذي يميز باتفاق الفقهاء أي المذاهب الأربعة هو وقت موت الموصي، ولا وقت إنشاء الوصية، بمعنى أنه لو كان غير وارث عند الوصية وبعد ذلك أصبح وارثا بأمر حادث وقت الموت، فإن الوصية في هذه الحالة تصبح موقوفة، أو إن كان وارثا عند إنشاء الوصية ثم أصبح عند الموت

¹ - رواه أبو داود (2870) والترمذي (2120) والنسائي (4641) وابن ماجه (2713) والحديث صححه الألباني في صحيح أبي

داود.

² - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 60.

غير وارث بسبب حجه مثلا فإن الوصية في هذه الحالة تكون نافذة، لأن العبرة في الإرث وعدمه هو وقت الموصي ولأن هذا الوقت أو أن ثبوت حكم الوصية الذي هو ثبوت ملك الموصى به. واعتبارا كون الموصى له غير وارث للموصي عند موته شرطا لنفاذ الوصية وهو الراجح ولكن هناك رأيان، هناك من يقول بمشروعية الوصية للوارث وهناك من يقول بعدم مشروعيتها وسوف نتطرق إليهما كالتالي:¹

الرأي الأول: القائلون بمشروعية الوصية للوارث:

هو رأي الشيعة الزيدية، الشيعة الإمامية، الإسماعيلية، ويرون أن الوصية للوارث جائزة بدون توقف على إجازة الورثة، لظاهرة قوله تعالى: { كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْأَقْرَبِينَ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ } 180 من سورة البقرة. فإن هذه الآية أجازت الوصية للوالدين والأقارب سواء أكانوا وارثين أم لا، وهذه الآية لم تنسخ بآيات الموارث، إذا لا تعارض بينهما وبين الآيات، لا محل كل منهما غير محل لأخره.² فالوصية محلها ثلث التركة، والميراث محله الثلثان، وبناء على ذلك فإن كان هذا الموصى له وارث فإنه يجوز له أن يأخذ الموصى به من ثلث عملا بآيات الوصية ويأخذ ما يرثه الثلثين عملا بآيات الموارث وعليه فإن القول بأن أية الوصية نسخت بحديث: " إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث " غير مقبول لأن الحديث من قبيل سنة الإكاد فيكون ثبوته والقرآن ثابت قطعا لا ينسخ بظني.

الرأي الثاني: مانعوا الوصية للوارث مطلقا:

وهو رأي المزني والظاهرين حيث يرون أن لا تصح الوصية للوارث ولو أجازها الورثة لأن الله تعالى منع ذلك وبالتالي فإنه لا يحق للورثة أن يجيزوا ما أبطل الله على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن استحقاقه من الوصية باطل تبعا لقوله صلى الله عليه وسلم: " إن دمائكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم..... " رواه ابن عباس في صحيح البخاري. وبالتالي فإن الورثة لا يجوز لهم ما هو باطل ولكن أحبوا تنفيذ الوصية من ما لهم باختيارهم فلهم التنفيذ وبالتالي تصبح بمثابة الهبة ويراعي فيها ما يجب من الهبة من قبول ورفض وكون المجيز أهلا للتبرع وغير ذلك من الشروط اللازمة في الهبة.

¹ -وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 44 .

² - لعروم مصطفى، المرجع السابق، ص 70 .

إن المشرع الجزائري قد خالف القوانين العربية التي عممت الحكم وأجازت الوصية للوارث في حدود الثلث، دون إجازة الورثة بناءً على ذلك فإنه نص في المادة 189 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي".

كما أن المادة 185¹ من قانون الأسرة تؤكد على حرية الموصي في التصرف في أمواله في حدود ثلث التركة دون إجازة الورثة وما زاد على الثلث فإنه متوقف على إجازة الورثة.

ومن خلال هذا نجد أن المشرع الجزائري قد أجاز الوصية للوارث ولكنها متوقفة على إجازة الورثة، وفي حالة رفض الورثة للوصية بدون سبب مشروع وقانوني فإنه يمكن اللجوء إلى المحكمة للفصل في النزاع المتعلق بنفاذ أو عدم نفاذ الوصية للوارث وعليه فإن هذا الموقف الذي اتخذه المشرع نجده متماشيا مع آراء الاجتهادات وروح نظام الوصية والإرث.

وعليه فإنه هذا هو الشرط الواجب توافره في الموصي له حتى تكون الوصية صحيحة ونافذة بمعنى ألا يكون الموصي به وارثا للموصي، وهذا حسب المادة 189 قانون الأسرة الجزائري السابق الإشارة إليها التي جاء فيها: "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي".

الفرع الثالث: شروط نفاذ الوصية في الموصي به:

ولنفاذ الوصية في الموصي به يشترط شرطان وهما:

1- ألا يكون الموصي به مستغرق بالدين:

أي ألا يكون الموصي مدينا بدين لجميع أمواله، تلك أن الديون - كما سلف الذكر - مقدمة من الوصية وتقدم الوصية في القرآن² على الدين، يقول بشأنه الفقهاء أنه ليس الترتيب إنما الأجل للفت الانتباه إلى أهميتها ووجوب تنفيذها من طرف الورثة.

2- ألا يزيد الموصي به عن ثلث التركة:

يشترط لنفاذ الوصية ألا يزيد الموصي به عن ثلث التركة وهذا بإجماع الفقهاء المسلمين عملا بالحديث النبوي الشريف الذي رواه أصحاب السنن عن سعد بن أبي وقاص أنه كان مريضا فعاده رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: "يا رسول الله أوصي بجميع مالي؟ فقال: لا، فقال بثلثي مالي؟ قال: لا، قال: فنصف مالي؟ قال: لا، قال فثلث مالي؟ فقال عليه الصلاة والسلام الثلث، والثلث كثير إنك أن

¹ - راجع المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري .

² - سورة النساء الآية 12 قال سبحانه وتعالى "من بعد وصية يوصي بها أو دين....".

تدع و رثك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس " رواه الخمسة إلا النسائي من حيث عمرو بن خارجة وأبو داود والترمذي وان كانت الوصية بأكثر من الثلث توقف نفاذ الزيادة على إجازة الورثة، فإن أجاز البعض نفذت في حق من أجاز ولا تنفذ في من لم يجز.¹

تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث وتتوقف على إجازة الورثة. أكد الاجتهاد القضائي الجزائري على هذا الشرط في عدة مناسبات إذ جاء في أحد قرارات؛ المحكمة العليا: من المقرر قانونا أنه تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة، ما تبين في -قضية الحال- إن الوصية صدرت في حياة موصيه.

القول الثاني: يرى أن الوصية للأجنبي بما زاد عن الثلث تقع باطلة، وهذا قول المالكية والحنابلة في الرواية الثانية عندهما. ويرى الشافعية أنه إذا أوصى بما زاد عن الثلث ورد الوارث الخاص الزيادة بطلب الوصية في الزائد لأنه حقه، أما إذا كان الوارث عاما فتبطل الوصية في الزائد ابتداء من غير رد لأن الحق للمسلمين فلا يجيز.²

أما القانون الجزائري فلم يورد بيانا في هذا الشأن فيرجع فيه لأحكام الفقه الإسلامي، وقد سجلنا أن الغرفة الوطنية للموثقين بالجزائر نظمت ندوة حول قانون الأسرة وذلك يومي 12 و 16 مارس 1998، اقترحت خلالها عدة تعديلات واضافات من شأنها سد الثغرات والنقائص التي تعترى هذا القانون، وقدمت اقتراحا بشأن هذا المشكل -الوصية بجميع التركة- مؤداه أنه في حالة عدم وجود الورثة إطلاقا وأراد المالك أن يوصي بكل ماله لهيئة خيرية أو لكافل أو محسن إليه، فإن الإجازة من حق بيت المال المتمثل في الخزينة العامة أو أملاك الدولة لحماية حقوقها عند التعسف في استعمال هذا الحق من الموصي.³

المطلب الرابع: كيفية انعقاد الوصية.

باعتبار الصيغة هي الإرادة الظاهرة للموصي، والتي من خلالها يكشف ويظهر إرادته الباطنة إلى العالم الخارجي، وهذه الأخيرة هي التي تتعلق بها الأحكام دون الإرادة دون الإرادة الباطنة، فهي تصلح لأن تكون تعبير للصيغة، وهي تنعقد بثلاث طرق وهي: العبارة، الكتابة والإشارة.

¹ - لعروم مصطفى، المرجع السابق، ص 70 .

² - جريدة الشروق، العدد 03، مقال بعنوان: الوصية بجميع التركة، الإثنين 29 مارس 2004، العدد 61036، ص 09 .

³ - مجلة الموثق، العدد 03، 6 جوان 1998، ص 10 .

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع أغفل مسألة التعبير عن الإرادة واستنادا إلى المادة 222 منه والتي أحالتنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، واستنادا إلى آراء الفقهاء أيضا فإن الوصية تنعقد بثلاث طرق السابق الإشارة إليها والتعبير عن الإرادة يتضمن التعبير عن الإيجاب والتعبير عن القبول.¹

الفرع الأول : التعبير عن الإيجاب: ويكون بالطرق التالية:

1- انعقاد الوصية بالعبارة:

إن الفقهاء لم يختلفوا في انعقاد الوصية بالعبارة أو اللفظ، وذلك باستعمال لفظ يدل على الرغبة في إنشاء تصرف أو التزام يترتب عليه تحمل التركة ابتداء بعد وفاة الموصي سواء كان باللغة العربية أم غيرها مما كان مفهومها واضح الدلالة، سواء كان هذا اللفظ صريح أو ضمني والذي يفهم منه الوصية بالقرينة مثال ذلك أن يقول: هذا الشيء هبة لفلان بعد موتي، أو اشهدوا أنني أوصيت لفلان بكذا.

2- انعقاد الوصية بالكتابة:

لا خلاف أيضا بين الفقهاء في انعقاد الوصية بالكتابة، سواء كان الموصي قادرا على النطق باللفظ أم غير قادر لأي سبب من الأسباب التي يعقل بها اللسان ويمنع الكلام مثل إذا صدرت من عاجز عن الكلام كالأخرس ولا يشترط في الكتابة الوصية أن يكتب الشخص وصيته بيده إذ يكفي أن يكتبها غيره ويقراها عليه، ثم يوقعها الموصي ويشهد الغير على ما ورد بها.²

3- انعقاد الوصية بالإشارة:

تنعقد الوصية بالإشارة من الأخرس أو معتقل اللسان عند الحنفية والحنابلة والشافعية مئوسا من نطقه وإذا كان العاجز عن النطق عالما بالكتابة، فإن الوصية تنعقد بالإشارة أيضا ولو كان قادر على النطق لأن الإشارة طريق من طرق التعبير عما في النفس كاللفظ أو الكتابة وخلاصة القول أن وصية الناطق تنعقد بالعبارة والكتابة وكذلك بالإشارة وهذا حسب المالكية، أما الأخرس ونحوه فإن وصيته تنعقد بالكتابة أو الإشارة إذا كان عاجزا عن الكتابة وإن كان مدركا للكتابة فإن وصيته لا تنعقد إلا بها.³

¹ - علاوة بوتغرار، المرجع السابق، ص 21 - 22 .

² - محمد مصطفى شبلي، أحكام الوصايا والأوقاف، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1982، 121.

³ - محمد مصطفى شبلي، المرجع نفسه، ص 122.

الفرع الثاني: التعبير عن القبول:

إن الإيجاب يعتبر ركنا للوصية وأنه يتحقق بثلاثة طرق: الكتابة، العبارة، والإشارة وأن القبول ليس ركنا بل هو عبارة عن شرط لزوم الوصية ويعرف القبول بأنه تعبير بالموافقة عن الإيجاب وبه يتم إبرام العقد ويشترط فيه أن يكون باتا ومطلقا للإيجاب، ولقد ثار الخلاف في

شأنه بين الفقهاء من حيث اعتباره ركنا في الوصية أو شرط للزومها هذا من جهة ومن حيث وسائل التعبير عنه وهذا من جهة ثانية، وقد اجمع الفقهاء على أن القبول يكون صراحة بالقول كأن يقول الموصى له قبلت الوصية، أو ضمنا كأن يتصرف في الشيء الموصى به مما يدل على قبوله لها، وبالرجوع إلى نص المادة 197 قانون الأسرة الجزائري. الذي جاء فيها:

يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصى وما يستفاد من نص المادة أن التعبير عن القبول يكون صراحة أو ضمنا والإشكال الذي يواجهنا هنا مدى اعتبار السكوت قبولا؟¹

وبالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أنه أغفل هذه المسألة ولم يتطرق إليها واستنادا إلى نص المادة 222 قانون الأسرة الجزائري التي أحالتنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية في المسائل التي لم يرد فيها نص وبالرجوع إلى رأي الفقهاء نجد أن بينهم خلاف في شأن ذلك، حيث يرى الحنفية خروجاً عن القاعدة العامة "لا ينسب لساكت قول". "أن القبول مادام يقع بالقول والفعل فإنه يكون أيضا بالسكوت وعدم الرد من الموصى له، بمعنى أن السكوت لا يعتبر قبولا إلا إذا حصل اليأس من الرد الصريح بوفاة الموصى له أي أنه إذا كان الموصى له ما زال على قيد الحياة لا يعتبر سكوته قبولا. فإن الموصى له لم يصدر عنه قبولا أو رده للوصية، لا يثبت الملك بها للموصى له ولكن لا يبطل الحق في القبول والرد بل ينتقل إلى ورثة الموصى له فإن قبولها ثبت الملك لهم، وإن قبلها البعض وردها البعض الآخر ثبت الملك في حق من قبلها ولم يثبت في حق من رفضها، وبالرجوع إلى نص المادة 198 قانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها: "إذا مات الموصى له قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الرد" ما يكشف هنا هو أن السكوت لا يعتبر قبولا، وفي حالة وفاة الموصى له قبل صدور القبول فإن هذا الحق أي حق القبول ينتقل إلى ورثة الموصى له من بعده.²

¹ - بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 55 .

² - بدران أبو العينين بدران، المرجع نفسه، ص 56 .

المبحث الثاني: الأحكام الإجرائية والشكلية للوصية بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.

يقصد بالحكم، الأثر القانوني المترتب على التصرف وليس الحكم التكليفي أو الوصف الشرعي ففي هذا المبحث سنتطرق إلى أحكام أطراف الوصية في المطلب الأول، أما المطلب الثاني فقد خصصناه للبحث في مقدار الوصية، أما المطلب الثالث سندرس إجراءات الوصية.

المطلب الأول: أحكام أطراف الوصية.

إن عقد الوصية عندما يستوفي شروطه وأركانه الأساسية تترتب عنه آثار المتعلقة بالموصي، الموصى له، وعليه سوف نتطرق إلى،¹ أحكام الوصية بمعنى الأثر القانوني وسندرس ذلك في فرعين:

الفرع الأول : أحكام الموصي:

سوف نتناول في هذا الفرع النقاط التالية: وصية المدين تميز فيها بين حالتين فقد تكون التركة إما مدينة بدين مستغرق أو مدينة بدين غير مستغرق، هذا بالنسبة إلى وصية المدين أما وصية مسلم سوف نتطرق إلى حكم وصية الذمي وحكم وصية الحربي.

أولاً: وصية المدين.

إن وصية المدين تنشأ صحيحة حتى ولو كان الدين مستغرقاً لجميع ماله لأن تعلق الدين بالتركة إنما يكون عند الوفاة، وعند الوفاة يظهر أثر الدين في الوصية وهنا تميز بين حالتين:

1 - فهذه الحالة يكون تنفيذ الوصية موقوفاً على براءة ذمة الموصى من كل الدين أو بعض سواء كانت البراءة بسبب إجازة الدائن للوصية أو عن طريق إسقاط الدائن لحقوقه أو أن يتدخل شخص آخر ويتبرع أداء الدين عن المدين، ففي هذه الحالة برنة ذمة المدين من هذه الديون فإن الوصية تكون نافذة في ثلث ما تبرئ منه وغير نافذة في الباقي، ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 180 قانون الأسرة الجزائري. على تقديم الدين على الوصية وطيه فإن تنفيذ الوصية في هذه الحالة موقوفة.²

2 - فإن كانت التركة مدينة بدين مستغرق.

3 - وإن كانت التركة مدينة بدين غير مستغرق.

¹ - أحمد خدور وزكي الدين شعبان، أحكام الوصية والميراث والوقف، مكتبة الفرج، ط 1، الكويت، 1404 هـ / 1987، ص 54 .

² - أحمد الخدور وزكي الدين شعبان، المرجع نفسه، ص 55.

هنا تكون الوصية نافذة بدون توقف على إجازة أحد في الثلث الخالي من الدين لأنه لم يتعلق بحق لأحد كما سبق وأن أشرنا إليه.¹

ثانيا: وصية غير سلم:

تصح الوصية من غير المسلم وغيره بمعنى أن الإسلام ليس شرطا في صحة الوصية ونفاذها لأن الوصية هي نوع البر، وهذا الأخير مرغوب فيه في كل الأديان وبناء على ذلك فإنه تجوز وصية المسلم للكافر، والكافر للمسلم، وكذلك تصح وصية الذمي للمسلم، وللذمي تصح أيضا وصية المسلم للذمي وهذا بناء على المبدأ الشرعي المعروف الذي جاء فيه: " فإذا قبلوا عقد الذمة فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما للمسلمين " ذكره الألباني في بدائع الصنائع (كتاب الشهادة).

وفعلا هذا ما أخذ به المشرع الجزائري على أنه تصح الوصية للأشخاص مع اختلاف الأديان والملة بينهم وبين الموصي وهذا ما جاء في نص المادة 200 قانون الأسرة الجزائري.

حيث نصت: " تصح الوصية مع اختلاف الدين ". ولفظ غير المسلم يشمل الذمي والحربي والمرتد وسوف نتطرق إلى حكم كل منهما كالتالي:²

1 - وصية الذمي: الذمي هو غير المسلم المواطن في دار الإسلام بصفة دائمة، لقد اتفق الفقهاء على جواز وصيته ذلك لأنه من أهل التمليك ويملك التصرف بما له كما يشاء بالبيع والهبة والوصية إلى غير ذلك من التصرفات وطيه تكون وصيته كالمسلم جائزة نافذة في حدود ثلث التركة ولا تنفذ فيما زاد عن الثلث وذلك مراعاة لحقوق الورثة، وهذا الذمي له أن يوصي لذمي مثله كما له أن يوصي للمستأمن، وكذلك إلى المسلم إلا أن عند الحنفية فإنه ليس له أن يوصي لحربي في دار الحرب لما لها من إعانة وتقوية للأعداء، وعند الحنفية تصح وصيته لكل جهة هي قرية في اعتقاده إلا إذا كانت هذه الأخيرة محرمة في نظر الشريعة الإسلامية دون شريعته.³

فمثال على ما هو قرية في شريعة الإسلام وشريعة الذمي هي الوصية للفقراء وبناء مسجد للمسلمين معينين إلى غير ذلك، إما ما هو قرية في شريعة الإسلام دون شريعته هو الوصية ببناء مسجد للمسلمين غير معينين والمثال على ما هو قرية في شريعته دون شريعة المسلمين هو الوصية ببناء كنيسة

¹ - أحمد الخدور وزكي الدين شعبان، أحكام الوصية والميراث والوقف، مكتبة الفرع، طبعة، 1 الكويت، 1404 هـ 1987، ص 56.

² - العربي بالحاج، المرجع السابق، ص 288.

³ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 58.

وما هو محرم في الشريعتين معا، الوصية باتخاذ الدية للقمار وكذلك المراقص ونجد عند أبي حنيفة في حالة ما هو قرية في الشريعتين وكذا ما هو في شريعته

دون شريعة المسلمين لأن المعبر بما هو قرية عندهم لا بما هو قرية حقيقة لأنهم ليسوا من أهل القرية الحقيقية وفي الحالتين الباقيتين لا تصح الوصية.

2 - وصية الحربي: والحربي هو غير مسلم التابع لدولة غير إسلامية من المستأمن فهو غير المسلم الداخل دار الإسلام بأمان مؤقت.

تصبح الوصية للحربي ومن الحربي مستأمنا كان أو في دار الحرب وهذا عند الشافعية والحنابلة ولا تصح له حال كونه في دار الحرب وتصح له إذا كان مستأمنا وهذا عند الحنفية أما عند المالكية فهي لا تصح مطلقا، أما وصية المستأمن فحكمه عند الحنفية هو نفس حكم الذمي فتصح الوصية له وطه مسلم أو ذمي فإن كان له ورثة في دار الإسلام فإنه في هذه الحالة لا تنفذ الوصية بأكثر من الثلث إلا بناء على الإجازة أما إذا كان ورثته في دار الحرب فهنا تنفذ وصيته في المال كله، إذ لا حق للورثة في ماله بسبب اختلاف الدارين، لأن اختلاف الدارين يمنع التوارث.

3 - وصية المرتد: وهو من كان مسلما وترك دين الإسلام إلى دين آخر أم أو إلى غير دين،¹ وهو عاقل غير مكره على ذلك، لقد ذهب الجمهور من الفقهاء إلى أن الردة تستوجب عقاب صاحبها بالقتل إذا أصر عليها ولم يرجع إلى الإسلام بدون تفرقة بين الرجل والمرأة وذلك تبعا لقوله الرسول صلى الله عليه وسلم: "من بدل دينه فاقتلوه". رواه ابن عباس في صحيح البخاري.

ويرى الحنفية أن وصيته مثل كل تصرفاته تبقى موقوفة إلى أن يقرر أمره فإن عاد إلى الإسلام تعاد إليه أمواله، وتعتبر وصيته صحيحة، وإن أصر على رده بطلت تصرفاته ودنمها إنشاء الوصية وعند المالكية والشافعية فإن ماله يصبح ملكا لبيت المسلمين أو الخزينة العامة فلا وصية ولا ميراث، وقد خالفهم في ذلك ابن حنبل وأبو يوسف من الحنفية، فاعتبروا وصيته صحيحة، لأن الردة عندهم لا تزيل عن الشخص ملكيته لا أمواله.²

فالرأي الراجح عند الحنفية أن وصيتها تقع صحيحة، ذلك أن المرأة لا تقتل بل تخير بين التوبة أو الحبس وفي الحالتين تبقى مالكة لأموالها. أما القانون الجزائري لم يورد نصا في هذا الشأن مما يتعين معه الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي إن كانت الردة نادرة الحدوث في الوقت الحاضر.

¹ - زكي شعبان وحمد الغندور، المرجع السابق، ص 67 .

² - العربي بالحاج، المرجع السابق، ص 382، 397 .

الفرع الثاني: أحكام الموصى له.

الموصى له إما أن يكون محقق الوجود عند الوصية أو مرجح الوجود عندها كالحمل أو أن يكون معدوماً، والوجود إما شخص طبيعي أو جهة عامة أي شخص معنوي.

أولاً: شروطه.

يشترط في الموصى له حتى تصح الوصية له شروط معينة، نذكرها في الآتي:

1 - وجودية الموصى له ومعلوماته.

1-1 - وجودية الموصى له:

أ- وجود الموصى له وقت الوصية:

يختلف الأمر في حالة ما إذا كان الموصى له معيناً أو غير معين فإذا كان معيناً فيشترط وجوده وقت الوصية، أي وقت إنشائها، ومن ثم يجب أن يكون هذا -الموصى له- حياً حقيقة أو تقديراً وقت الوصية، ومثل الحياة التقديرية أن يكون الموصى له جنيناً.¹ أو شخصاً اعتبارياً يحق له قبول التبرعات، أما إذا كان غير معين كالفقراء والأيتام مثلاً؛ دون تعيين آخر فلا يشترط وجوده عند الوصية، بإجماع المسلمين.

ب- وجود الموصى له وقت وفاة الموصي:

ذلك أنه إذا مات الموصى له قبل موت الموصي تبطل الوصية. أكد قانون الأسرة الجزائري على هذا الشرط في المادة 201 منه "تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي أو يردّها".

1-2 - معلومية الموصى له:

المقصود بالمعلومية، هو معرفة له بالتعيين أو بالوصف وألا يكون مجهولاً جهالة فاحشة لا يمكن استدراكها وانزالها ذلك أنه إذا لم يعرف الموصى له وبقي مجهولاً بصورة مطلقة بطلت الوصية.

2- أن يكون الموصى له أهلاً للتملك وألا يكون جهة معصية.

1- أن يكون الموصى له أهلاً للتملك والاستحقاق:

ومن ثم فلا تصح الوصية لمن ليس أهلاً للتملك والاستحقاق فمن أوصى لحيوان مثلاً: بطلت وصيته.²

¹ - العربي بالحاج، المرجع السابق، ص 120 .

² - بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 134 .

إن هذا الشرط يصلح في الدول الإسلامية فقط بعكس ما هو الحال عليه في بعض الدول الغربية، التي تصل فيها مثل هذه القضايا للجهات القضائية، سببا لتنفيذ وصية لحيوان، بل ومزاحمتها للوصية التي قد تمت للإنسان في بعض الحالات.¹

2- ألا يكون الموصى له جهة معصية:

يقصد بالجهة المعصية، الجهة المحرمة شرعا وقانونا، كالوصية الأندية للقمار أو المرقص، وبطلان الوصية بأمر محرم مأخوذ عن الفقه الحنفي، وقد يكون الموصى له من أهل التملك. لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة المورث ولما كان ثابتا- في قضية الحال- إن قضاة الموضوع لما قضوا برفض طلب الطاعن بقسمة التركة على اعتبار أن الوصية بالقسمة قد تمت بعقد توثيقي فإنهم أخطئوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في السبب. لأن الوصية للوارث غير مقبولة شرعا وقانونا ومهما كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

كما تجدر الإشارة إلى أن القوانين العربية اختلف بشأن هذا الحكم، الوصية للوارث فقد ذهب القانون المصري إلى جوازها للوارث وغير الوارث.

ثانيا: أحكام الموصى له.

1- الوصية لمن يحصون:

أ- الموصى لهم المعروفون بالوصف أو الجنس:

وهم المحصورون المعروفون بأوصافهم أو جنسهم، وليسوا معروفون بأسمائهم ولم يعينوا بأشخاصهم. كأن يقول أحدهم، أوصيت للمرضى من بني فلان، أو الفقراء من عائلة محبة، فتجوز الوصية لهؤلاء باتفاق جمهور الفقهاء المسلمين.²

أم ويكون الموصى به كله للباقيين وليس لكل واحد جزؤه المستقل، وذلك أن التعريف لم يكن بالشخص حني يكون الموصى به مجزأ بينهم، وإذا مات واحد منهم بعد استحقاقه للوصية ودخول الموصى به في ملكية تطبق القواعد العامة في هذا الشأن.

فإن كانت الوصية بملكية خاصة انتقل نصيبه إلى ورثته كما ينتقل كل ملك تام وإن كان الموصى به منفعة فإن نصيبه يبقى للباقيين من المحصورين، ولا ينتقل لورثته لأن الشافع لا تنتقل بالوراثة وإذا كان الموصى لهم بالمنافع طبقات لا يأخذ الاستحقاق أكثر من طبقتين.

¹ - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 43، 45.

² - محمد أبو زهرة، المرجع نفسه، ص 374، 375.

هذا هو مذهب الإمام مالك أبو حنيفة، والمحصولون يعرف عدد لذلك لكل واحد منهم سهم عند قسمة الموصى به إن لم يوجد شرط.¹

ب- الموصى لهم المعينون بأسمائهم وأشخاصهم:

وهم الموصى لهم المعينون بأسمائهم وأشخاصهم، كالوصية لمحمد، أو يقول : أوصيت لهذا مشيراً إلى شخص، ومن مات منهم بعد الاستحقاق ودخول الموصى به في ملكه يكون نصيبه لورثته إن كان عيناً، وإن كان منفعة يرد إلى ورثة الموصى لانتهاء الوصية فيه لأن الوصية بالمنفعة لمعين تنتهي بوفاة.² أما إذا بطلت الوصية بالنسبة لبعضهم عند وفاة الموصي بأن مات قبله، أورد فبطلت الوصية له فإن نصيبه يكون لورثة الموصي ذلك أن كل واحد منهم هنا موصى له بانفراد وعند قسمة الموصى به يعمل بالشرط إن وجد والا كان للمعينين سهام بعدد رؤوسهم.

2- الوصية لمن لا يحصون:

الموصى له غير المحصور، أو من لا يحصى وهو ما كان يزيد على المائة حسب ما كان معمولاً به المحاكم الشرعية بمصر كأن يقول : أوصيت للقبيل الفلاني وهم غير محصورين، وقد عرفنا أنه من شروط الموصى له أن يكون معلوماً، فإن كانت الوصية لمجهول وقعت باطلة عند جمهور الفقهاء، لذلك ذهب الأحناف لعدم صحة الوصية لمن لا يحصى في حين ذهب المالكية لجواز الوصية لمن لا يحصون.

المطلب الثاني: مقدار الوصية.

إن حق الإنسان في الإيضاء مقيد بالثلث أي أن يكون في حدود الثلث بالنسبة للتركة وهذا استناداً لنص الحديث النبوي الشريف: "الثلث والثلث كثير" رواه عامر بن سعد عن أبيه فأستدل من هذا الحديث النبوي الشريف أن مقدار الوصية هو الثلث، وما زاد عن الثلث فهو متوقف على إجازة الورثة وهذا استناداً أيضاً إلى نص المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها: " تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد عن الثلث تتوقف عن إجازة الورثة، فمن خلال نمن المادة نجد أن القانون قد حدد مقدار الوصية بالثلث وما زاد طيه هو متوقف على إجازة الورثة، بينما يختلف الأمر ما إذا كانت الوصية لوارث أو تكون لغير وارث فسوف نتطرق في الفرعين التاليين إلى مقدار الوصية في الحالتين:

¹ - مصطفى شبلي، المرجع السابق، ص 117 .

² - محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 82،85 .

الفرع الأول: الوصية لغير الوارث:

طبعاً إن مقدار الوصية هو أي يكون في نسبة الثلث من كل التركة عند لحظة الوفاة فإن زادت عن الثلث في هذه الحالة وجبت إجازة الورثة فإن أجازوا جميعاً ما زاد في الثلث نفذت الوصية وإن أجاز البعض دون البعض الآخر نفذت في حق من أجاز بقدر نصيبه بينما لا ينفذ في حق من رفض، أما إذا رفضها الجميع فلا وصية إلا بالثلث.¹

وهذا ما جاء في نص المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري بمعنى أن حق الإنسان في الإيصال هو مقيد بالثلث وهذا استناداً أيضاً إلى الحديث النبوي المشار إليه ولكن في هذه الحالة يختلف الأمر فيما إذا كان للموصي وارث أم لا وسوف نتطرق إلى ذلك كما يلي:

أولاً: إذا كان للموصي وارث:

واختلف الفقهاء في هذه المسألة حيث أجد:

1 - رأي الجمهور من غير الظاهرية والمالكية:

إن الوصية لا تنفذ في الزائد عن الثلث إلا بإجازة الفريضة بمعنى أنه إذا أجازوها، فإنها تنفذ، أما إذا كان العكس فتكون باطلة فيما زاد عن الثلث وهذا استناداً إلى أن الله تعالى قد أعطى للموصي الحق في التصرف في الثلث فقط وهذا حماية لحق الورثة، فإذا أسقط هؤلاء حقهم فإن المانع في هذه الحالة يزول وبالتالي ع الوصية بناءً على الحديث النبوي الشريف: "إنك إن تذر ورثتك أغنياء" رواه سعد بن أبي وقاص عن أبيه، ما إذا أجاز البعض من الورثة دون البعض الآخر الزائد في الثلث فإن هذه الأخيرة تنفذ في حق من قبل دون الراضين.

2 - رأي المالكية والظاهرية:

إن الوصية لا تنفذ في الزائد من الثلث ولو أجازها الورثة بدليل الحديث النبوي: "الثلث والثلث كثير".² أما بخصوص رأي المشرع الجزائري في هذه المسألة فنجد في المادة 185 قانون الأسرة الجزائري. قد حدد مقدار الوصية بالثلث، وما زاد عن الثلث فهي متوقفة على إجازة الورثة.

¹ - علاوة بوتغرار، المرجع السابق، ص 11.

² - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 101.

ثانيا: إذا لم يكن للموصي وارث:

في هذه النقطة أجد أن الفقه انقسم الرأيين:

1- رأي الحنفية:

في هذه الحالة الوصية تنفذ بالزائد عن الثلث حتى لو كان الموصى به هو جميع المال، لأن السبب في المنع يرجع إلى حق الورثة وبما أن لا يوجد له وارث لا يتعلق بحق أحد.

2- رأي الجمهور:

إن الوصية بأكثر من الثلث لا تجوز مطلقا لأن هذا الزائد متعلق بحق المسلمين ولا مجيز عنهم مما يترتب طيه عدم تنفيذ الوصية ولكن بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري فنجد أنه لم ينم على هذه الحالة ولم يبين لنا ما هو الحل، ولكن في الحقيقة الأمر وبما أن لا يوجد للموصى وارث، فإن الوصية في هذه الحالة تنفذ فيما زاد عن الثلث حتى لو شملت جميع مال الموصي، لأن هذه الزيادة لم يتعلق بها حق للورثة، مما يعني تنفيذها ووقوعها صحيحة.

الفرع الثاني: الوصية للوارث:

الرأي الراجح إن الوصية لوارث لا تقع صحيحة إلا بإجازة الورثة وهذا ما أخذ به القانون الجزائري في نص المادة 189 قانون الأسرة الجزائر بحيث جاء فيها: " لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي ".¹

أستدل من هذه المادة أن الوصية لوارث لا تنفذ مطلقا كلها إلا بإجازة الورثة فإن أجازها البعض دون البعض الآخر نفذت الوصية في حق من قبلها ولا تنفذ بالنسبة إلى من لم يجزها والعبرة باعتبار الموصى له وارث أم لا هي بتاريخ الوفاة لا بتاريخ الوصية والمثال على ذلك فمن أوصى لزوجته الموجودة في عصمته ثم طلقت فيما بعد وتوفى الموصي استحققت هذه المرأة الوصية لأنها لم تصبح زوجة للموصي.²

المطلب الثالث: إجراءات الوصية:

هناك جملة من الإجراءات القانونية لابد من إتباعها، كي يستطيع الموصى له الحصول على الشيء الموصى له ويملكه تملিকা قانونيا، أي بالحصول على سند الملكية، وفق ما ينص عليه القانون وهو ما نصت عليه المواد 165،792، 793 من القانون المدني الجزائري، من خلال هذا نجد أن المشرع قد

¹ - قانون الأسرة الجزائري، المادة 189، الباب الرابع، الفصل الأول.

² - علاوة بتغرة، المرجع السابق، ص 126 .

أرسى قاعدة عامة مفادها عدم انتقال الملكية إلا بعد استفاء جميع الإجراءات القانونية والرسمية وخاصة إجراءات الشهر العقاري.

الفرع الأول: التسجيل:

يعد التسجيل أول مرحلة من مراحل نقل الملكية بعد ثبوت الوصية عن طريق محرر رسمي (وثيقة صادرة عن الموثق أو حكم قضائي) حيث نظمه قانون التسجيل الجزائري وذلك لنقل الملكية بالطرق المختلفة سواء كانت؛ عقارات أو منقولات، والتسجيل هو أول إجراء يتم من طرف، مفتش التسجيل أو الذي أراد أصحابها إعطائها تاريخاً ثابتاً بغض النظر عن طبيعتها (عقارات أو منقولات)،¹ ومع خضوع العملية لدفع رسوم التسجيل.

ويستوفى مفتش التسجيل الحقوق بناء على تصريحات الورثة أو الموصى لهم أو بناء على المحررات الرسمية الصادرة عن الموثق لأنها تخضع للتسجيل والإشهار العقاري، وجميعها تكون خاضعة للرسم ولو كانت عن طريق الوفاة، كما يجدر الإشارة إلى أن كل الأموال الموجودة في الجزائر والتي تنتقل بالميراث أو الوصية تخضع لرسوم نقل الملكية بغض النظر عن جنسية الشخص المتوفى أو الورثة أو الموصى لهم، بعكس الأموال الموجودة في الخارج والتي لا تخضع لرسم نقل الملكية ولو كانت ملكاً لجزائري مقيم في الجزائر.

الفرع الثاني: الإشهار العقاري:

يعد الشهر هو الإجراء النهائي لكي تكسب عن طريق الملكية بصورة نهائية في العقارات على وجه التحديد من خلال المحافظة العقارية حسب ما أشارت إليه المادة 793 من القانون المدني.

ومن خلال المكلف بعملية الإشهار العقاري وهو المحافظ العقاري مع خضوع العملية لرسوم الإشهار العقاري مع العلم أن هناك نظامان للشهر العقاري، وهما نظام الشهر العيني.²

فالأول أي نظام الشهر الشخصي، فيتم فيه الشهر بالنظر إلى أسماء أطراف التصرف أما الثاني: أي نظام الشهر العيني، بالنظر إلى العقار محل التصرف من خلال إنشاء بطاقة عقارية لكل عقار لتحديد وصيته، هنا وتجدر الإشارة إلى أن الشهر يتم بعد وفاة الموصي أولاً وقبول الموصى له هذه الوصية، لأنه برفضه لها ترد إلى المادة 201 من قانون الأسرة.

¹ - رامول خالدو ودوة آسيا، افطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري ، دار هومة للنشر، سنة 2008 ، لا يوجد طبعة، ص 22 .

² - رامون خالد ودوة آسيا، المرجع السابق، ص 22.

المبحث الثالث: التنزيل في التشريع الجزائري .

التنزيل مسألة معقدة على مستوى الدراسة وعلى مستوى التطبيق العلمي، لأنه وليد اجتهاد فقهي، تلقفته القوانين الوضعية ليصبح من موضوعات فقه الميراث وتطبيقاته.

المطلب الأول: التنزيل قبل صدور قانون الأسرة الجزائري وبعده¹

أتناول في الفرع الأول التنزيل قبل صدور قانون الأسرة وفي الفرع الثاني التنزيل بعد صدور قانون الأسرة.

لم يكن التنزيل مطبقا قبل صدور قانون الأسرة بل كان المعمول به آنذاك هو أصل مذهب الإمام مالك الذي لا يقول بالتنزيل، فكان الشخص إذا نزل أحفاده ذكورا كانوا أم إناثا طائعا مختارا طبق التنزيل بموجب تلك الوصية أما إذا لم يفعل فالأحفاد محجوبين.²

الفرع الأول : التنزيل قبل صدور قانون الأسرة .

وقد أكدت المحكمة العليا هذا الوضع في قرار لها جاء فيه : من المقرر شرعا أن التنزيل قبل صدور قانون الأسرة كان اختياريا.

ومتى تبين- في قضية الحال- أن الجد قام بتنزيل أحفاده بواسطة الشهود وعن طريق التوثيق قبل صدور قانون الأسرة، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بأحقية الأحفاد في تركة جدهم حسب المناب الذي كان يستحقه والدهم طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.³

الفرع الثاني: التنزيل بعد صدور قانون الأسرة:

نص قانون الأسرة الجزائري على أحكام التنزيل في الفصل السابع من الكتاب الثالث الخاص بالميراث وذلك في المواد من 169 إلى 172 .

والتنزيل إلتفاته طيبة من المشرع الجزائري حيث جعل في هذه المواد وبقوة القانون إذا توافرت الشروط في الحفدة الذين مات أبوهم مع أو قبل جدهم، جعل لهم الحق في النصيب الذي كان سيأخذه مورثهم من جدهم لو بقي حيا في التركة بشروط نراها فيما بعد.⁴

¹ - لعروم مصطفى، مذكرة بعنوان : الوصية بين الشريعة والقانون، ط: 1998، ص 26.

² - الأستاذ محمد العمري، الميراث في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المؤسسة الوطنية للإتصال والنشر والإشهار، طبعة 2000، ص 229 .

³ - لعروم مصطفى، المرجع نفسه، ص 26 .

⁴ - لعروم مصطفى المرجع نفسه، ص 26.

قد أكدت المحكمة العليا على وجوبه التنزيل في قرار لها جاء فيه: "من المقرر شرعا إن التنزيل قبل صدور قانون الأسرة كان اختياريا وبعد صدور قانون الأسرة أصبح واجبا بقوة القانون، ومتى تبين في قضية الحال، أن مورث الطاعنين قد توفي والده وأن الطاعنين لم يقع تنزيلهم من طرف جدهم، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بعدم أحقيتهم في إرث جدهم طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.¹

وفي هذا الصدد نسجل ما ذكره الشيخ "حماني" رحمه الله في كتابه "فتاوى الشيخ حماني" إذ تمنى لو أن القانون الأسرة جعل للأخذ بالتنزيل أثرا رجعيا ليعود إلى 1954، لأن كثيرا من شهداء الواجب تركوا أبناء عاشوا في حرمان وأعمامهم يقتسمون المهكتارات والأموال، ولا ذنب لهؤلاء الأحفاد سوى أن آبائهم ضحوا في سبيل أن تنعم الجزائر بالحرية والاستقلال.²

والوضع نفسه في مصر إذ قبل صدور قانون الوصية رقم 71 سنة 1946 لم تكن هناك وصية واجبة فكان الأمر متروك لإرادة الشخص فلم يكن للقانون سلطان عليه في ذلك، و لكن صدور القانون تغير الوضع فأصبحت هذه الوصية واجبة بقوة القانون.

وأصل وجوب التنزيل كما يرى جمع عظيم من فقهاء التابعين ومن بعدهم أئمة الفقه والحديث هو آية الوصية، التي رأيناها والمذهب القائل بالتنزيل هو المذهب الحنفي.³

المطلب الثاني: شروط ومن تجب لهم الوصية:

نتناول في الفرع الأول شروط التنزيل في الوصية والفرع الثاني من تجب لهم الوصية.

الفرع الأول: شروط تنزيل الوصية

نص قانون الأسرة الجزائري على شروط التنزيل في مواده من 169 إلى 172 وهي:

أولاً: أن يكون المتوفى قد مات في حياة أبنية حقيقية أو حكما أو مات معه في حادث واحد كحادث المرور أو حريق أو حرب أو تهدم بناء أو غير ذلك من الحوادث الطبيعية أو الطارئة.⁴

¹ - الإجتهد القضائي، لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001، ملف رقم 99186 قرار صادر بتاريخ: 02 / 05 / 1995، ص 321.

² - لعروم مصطفى، مذكرة بعنوان: الوصية بين الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 26.

³ - محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، الدار الجامعية للطباعة والشر، بيروت، لبنان، ط: 1978، ص 230.

⁴ - بوحلاسة عمر، مقالة كيفية تطبيق أحكام التنزيل في قانون الأسرة الجزائري (مجلة الموثق العدد السادس) 1999، ص 43.

يستكشف من قراءة المادة 169 أن المشرع الجزائري يقصد بالموت الحقيقي دون الحكمي في حين أن الحكم فيهما واحد.¹

ونرى أنه يجب أخذ المعنى على إطلاقه واعتبار الموت الحقيقي والحكمي، كما فعل القانون المصري في المادة 76 .

ثانيا: ألا يكون هؤلاء الأحماد وارثين للجد كان أو جدة، فإن كانوا وارثين لأحدهما كما في حالة ما إذا توفي الجد عن البنت وأحماد أو في حالة ما إذا توفيت الجدة عن بنتين وأحماد، ففي هاتين الحاكين يكون الأحماد عسبة لا يستحقون التنزيل (المادة 171 من قانون الأسرة).

الفرع الثاني: من يجب لهم التنزيل:

نصت المادة 169 من قانون الأسرة بأنه من توفي وله أحماد وقد ما تمورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة" واضح من هذه المادة أن التنزيل مقصور على أولاد ابن المتوفى الذكر دون أولاد بنت المتوفى أي الأحماد من الأبناء الذكور دون الأحماد من البنات، ويمكن تحديد من يجب تنزيهه من منزلة مورثة في تركة جده أو جدته كالآتي.

فرع الولد الذكر الذي مات موتا حقيقيا في حياة أبيه أو أمه فرع الولد الذي مات في حياة المورث موتا حكما كالمفقود الذي حكم القاضي بموته في حياة أبيه أو أمه.

ولو لم يكن مات حقيقة، فإن أولاد المفقود يجب تنزيلهم باعتبار أنهم أولاد شخص مات بحكم القضاء في حياة أصله ولا يرث له من ذلك الأصل.

إذا مات الشخص مع أصله في وقت واحد كحوادث المرور وغيرها من الحوادث الطبيعية كالغرق والزلازل وما إلى ذلك من أسباب الوفاة ولم يعلم السابق منهما بأي دليل وإنما وجب التنزيل في هذه الحالة لانتهاء الإرث فيها بين المتوفين والتنزيل يجب حيث يرث الشخص أصله.²

الفرع الثالث: مقدار التنزيل

حدد قانون الأسرة في المادة 170 قدرا معلوما لهذه الوصية حتى لا تكون مثار نزاع بين هؤلاء الورثة وبين الورثة الآخرين، فقدرها بما كان يستحقه أصلهم ميراثا لو أنه تأخر موته بشرط أن يكون في حدود ثلث التركة وفي تقديرنا هذا إشارة إلى أنها ليست ميراثا خالصا لان الشارع حرمهم منه، وإنما هي وصية وجدت عوضا عن الميراث الذي فاتهم.

¹ - الموت الحكمي: في حالة المفقود والغائب، وقد نم على أحكامهما قانون الأسرة الجزائري في مواد من 109 إلى 115 .

² - محمد مصطفى شلبي: المرجع السابق، ص 232 .

إذ جاء نص المادة 170 من قانون الأسرة كما يلي: أسهم الأحفاد تكون بمقدار حصة أصلهم لو بقي حيا على ألا يتجاوز ذلك ثلث التركة".¹

غير أن القانون الجزائري لم يفصل في هذه المسألة على خلاف القانون المصري في مادته 76 و77 عندما نص القانون المصري على أن صاحب التركة إذا أوصى قبل موته نصيب فرعه المتوفى قبله لأولاده وكان مساويا لثلث التركة نفذت من غير توقف على إجازة الورثة وان كان اقل منه كما هو لان القانون جعله الواجب الأصلي، وان كان أكثر من الثلث كان وصية واجبة في مقدار الثلث تنفذ من غير إجازة الورثة وفيما زاد تكون وصية اختيارية تأخذ أحكامها، فان أجازها الورثة نفذت وان دورها بطلت وان أجازها بعضهم وردا الزاخرين نفذت في حق من أجازها فقط.²

وإذا لم يوصى لهم بشيء وجب لهم نصيب أصلهم ما دام في حدود الثلث بان كان مساويا له أو أقل منه، فان كان أكثر منه وجب لهم مقدار الثلث فقط ولا حق لهم فيما زاد مطلقا لأن الفرض أن صاحب التركة لم ينشئ وصية، وما قيل من أن القدر الزائد على ثلث في هذه الحالة يكون موقوفا على إجازة الورثة لا وجه له.

وينطبق هذا الحكم أيضا فيما إذا أوصى لبعض المستحقين وترك البعض الآخر، فانه يعطي لمن تركه نصيبه في الوصية كاملا من باقي الثلث أن يتسع لذلك وان لم يكن باقي الثلث كافيا كمل له نصيبه مما أوصى به لغيره.

ولو أوصى لكل مستحق بأقل من نصيبه كملت الأنصبة من باقي الثلث.³
وقد سبق لنا التأكيد على أن الوصية الواجبة مقدمة في التنفيذ على غيرها من الوصايا الاختيارية.

الفرع الرابع: طريقة استخراج مقدار التنزيل:

لم يتعرض قانون الأسرة للكيفية التي يستخرج بها التنزيل وانما اكتفى بذكر الضوابط لهذا الموضوع ولكي يتم استخراج نصيب المنزل ينبغي افتراض أصله الذي توفي كأنه على قيد الحياة حيث نص القانون المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري على صحة الوصية بالثلث للوارث وما زاد عن الثلث جاء في الكتاب الرابع من كتاب التبرعات الفصل الأول المادة 185 تكون الوصية في حدود الثلث وما زاد عن الثلث نتوقف عن إجازة الورثة حيث صححها القانون 11 / 84 قانون الأسرة الجزائري.

¹ -قانون رقم: 11 / 84 ، مؤرخ في 9 يونيو، يتضمن قانون الأسرة الجزائري ، المعدل والمتمم بالأمر 02 / 05 المؤرخ في 2005 / 02 / 27 .

² - قانون الوصية الواجبة المصري ، رقم 71 لسنة 1946 .

³ - محمد مصطفى شليبي، أحكام الوصايا والأوقاف، المرجع السابق، ص 232 .

هذا وتجدر الإشارة إلى أن التنزيل يطبق من الناحية القانونية دون النظر إلى تاريخ وفاة والد المنزل لأن العبرة بتاريخ وفاة الجد بعد صدور قانون الأسرة بتاريخ 09 جوان 1984 .

المطلب الثالث: أوجه التشابه وأوجه الاختلاف بين التنزيل الاختياري والتنزيل بقوة القانون.

إلى جانب التنزيل بقوة القانون يوجد التنزيل الاختياري والذي لم ينص عليه هذا القانون، لكن ذلك لا يمنع به العمل وهناك أوجه تشابه وأوجه اختلاف بين التنزيلين كما نوضح فيما يلي:

الفرع الأول؛ أوجه التشابه.¹

وتتمثل فيما يلي:

- 1 - أنهما يتعلقان بتنزيل غير وارث في منزلة أحد الورثة.
- 2 - يتم تقسيم التركة على أساس اعتبار الابن ميتا.
- 3 - عند تزامم أحدهما مع الوصية الاختيارية، فإنه لا تقدم على الوصية بل يشترك المنزلون اختياريا والمنزلون بقوة القانون مع الموصى له في ثلث التركة ويقسمونها تبعا لحصة كل منهم.

الفرع الثاني: أوجه الاختلاف.²

وتتمثل فيما يلي:

- 1 - يصدر التنزيل الاختياري عن إرادة المنزل ويحتاج إلى إيجاب هذا الأخير، في حين أن التنزيل بقوة القانون يفرض على المنزل وعلى المستفيد من التنزيل، ويقع تلقائيا وبقوة القانون ودون حاجة للتعبير عنه، كما لا يستحق للمورث (الجد) أن يعترض عليه.
- 2 - كون التنزيل بقوة القانون جاء ضيقا من جهة المستفيدين منه وهم الأحفاد، في حين يجوز التنزيل الإختياري لغير الأحفاد ولغير الورثة، حتى ولو كانوا أجانبا عن الأسرة، مثل الأصدقاء... الخ.
- 3 - كون التنزيل بقوة القانون جاء ضيقا أيضا من جهة حالات التنزيل، لكونه اقتصر على حالة واحدة، وهي التي تكون فيها العبارة صريحة في تسوية الملحق بالملحق به (مثل أن يقول: فلان وارث مع ولدي، أو فلان له نصيب ولدي، أو نزله منزلة ولدي)، ولم يذكر الحالة التي تكون فيها عبارة المنزل غير صريحة في التسوية.

¹ - لحسن بن شيخ آملويا، قانون الأسرة ر دراسة تفسيره إ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، ج 1 ، 2014 ، ص 137 .

² - لحسن بن شيخ آملويا، قانون الأسرة (دراسة تفسيرية)، المرجع السابق، ص 137 .

خاتمة

خاتمة

بعد هذا العرض المبرز والبسيط في أسباب كسب الملكية خلصت إلى أن أحكام الوصية بقيت مستقرة طوال حقب عديدة من الزمن، فلم يرقم المشرع الجزائري المختص بقانون الأحوال الشخصية، إلا بتكريس مبادئ الشريعة الإسلامية المقررة منذ أربعة عشرة قرنا والقائل أن الوصية تصرف قانوني من جانب واحد يقضي إلى كسب الملكية إذا تصرف الموصي في ماله باعتباره تصرفا في التركة يضاف إلى ما بعد الموت كما أنها تحتل مكانة هامة من بين تلك الأسباب لاعتبارها عملا إراديا منحه الله سبحانه وتعالى للإنسان لكي يتخذ منها وسيلة لمنح الغير حقا مشروعاً من الأقارب وذوي الحاجات، كما أن أمره لا يتحقق فيه معنى الإضرار الذي قد يوجد في بعض الأسباب الأخرى لكسب الملكية من جهة، ومن جهة أخرى أنها تستقل دون غيرها بكونها أداة ليتدارك الإنسان ما فاتته القيام به من واجبات كالكفارات والزكاة والحج في حياته.

لقوله صلى الله عليه وسلم: "إن الله تبارك وتعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم زيادة أعمالكم فضعوها حيث شئتم".

كما أنها تختلف عن غيرها من التصرفات القانونية الأخرى وهذا راجع إلى ذاتيتها الخاصة كالوصية التي أقرها القانون .

كما أن القانون قيد الموصي في أمواله في حدود الثلث سواء كان لوارث أو لغير وارث ما زاد عن الثلث موقف على إجازة الورثة .

كذلك يجوز أن تعلق الوصية على شرط صحيح غير مخالف للنظام العام والآداب وأن يكون الموصي أهلا للتبرع مع توفر الرضى كما أن الموصى له يجب أن لا يكون جهة معصية ولا مجهولا جهالة الفاحشة لا يمكن دفعها كما يجب أن لا يكون الموصي قاتلا إلى غير ذلك من الشروط المحددة فقها وقانونا.

من أهم النتائج التالية:

- 1 - أن الوصية سبب من أسباب كسب الملكية.
- 2 - أنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت أي بمعنى لا يتم نفاذها إلا بعد موت الموصي وهي مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع.
- 3 - نظام الوصية مرتبط ارتباط كبير بالميراث، الميراث إجباري والوصية اختيارية.
- 4 - للوصية أربعة أركان ولكل ركن شروط.
- 5 - إذا كانت الوصية اختيارية فهذا لا يمنع أن تكون واجبة بقوة القانون.

6 - متى هلك الموصى به بطلت الوصية.

وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري قد كان موفقا في موضوع الوصية حينما أحال النقائص إلى المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري إلى الشريعة الإسلامية التي كان لها الدور الكبير في سد الفراغ الذي تركه القانون وكل ذلك إعمالا لمبدأ العدالة والتوسيع من السلطة التقديرية للقاضي ومن ثم فيجب عليه أن ينظر إلى الظروف المحيطة بالقضية المعروضة فيما يخص الوصية وفقا لأراء المذاهب الأربعة.

التوصيات:

- من الأحسن تعديل التعريف الوارد في المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري على أن يتم تعريف الوصية بأنها: تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع ليصبح هذا التعريف شامل لكل صور الوصية، ما كان منها تمليكا كالوصية لشخص معين وما ليس منها بتمليك كالوصية للمساجد والمؤسسات الخيرية، وما كان منها إسقاط كالوصية بإبرام كفيل من الكفالة وإبرام المدين من الدين.

- يجب الحصول على جواب فاصل أيضا فيما يخص التنزيل والتناقض الوارد في النص، لا سيما أن المحكمة العليا قد سايرت في إحدى قرارتها بأن التنزيل يخص أبناء الإبن دون أبناء البنت.

- أرجوا تعديل المادة 188 من قانون الأسرة الجزائري التي تتضمن منع القاتل من استحقاق الوصية على غرار موانع استحقاق الإرث وأن يحدد المشرع بعض حالات على عذر شرعي أو قانوني كحالة الدفاع الشرعي دون تجاوز الحد اللازم، وكذلك القاتل الغير مميز.

قائمة

المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

أولا المصادر:

1. القرآن الكريم على رواية ورش.

2. الحديث النبوي.

3. صحيح البخاري ، كتاب الوصايا، دار الكتب العلمية لبنان، ط 1 ، سنة 1997 .

ثانيا :الكتب

1. ابن حزم علي (456 هـ)،المحلي بالآثار الجزء السابع، دار التراث لبنان، بدون طبعة.

2. ابن عبد البر، في إختصار المغازي والسير نقلا: من الأعلام للزركشي، باب التمهيد للوصية، جزء 14.

3. أحمد الغندور وزكي الدين شعبان، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، ط 1 ، الكويت. 1404 هـ 1987 .

4. أحمد بن سليمان الرسموكي، "مختصر حيلة الجواهر المكنونة في صدق الفرائض المسنونة"، الطبعة الأولى، 2003.

5. باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسات القضائية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، جزء 1، طبعة 2012.

6. باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسات القضائية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، جزء 1، طبعة 2012 .

7. بدران أبو العينين بدران، الموارث والوصية والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون، مركز الاسكندرية للكتاب 1997، بدون جزء.

8. بدران أبو العينين بدران، الموارث الوصية والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية، مصر 1990.

9. بن شويخ رشيد، الوصية والميراث، دار الخلدونية، ط 2 ، سنة 2008 .

10. الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية (حق الانتفاع وحق الارتفاق)، الجزء التاسع، دار النهضة العربية، طبعة 1986 .
11. حمدي باشا عمر، عقود التبرعات الهبة، الوصية، الوقف، دار هوما للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، 2004.
12. حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، (الهبة، الوصية، الوقف)، دار هوما للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، 2004.
13. رامول خالد، ودوة آسيا، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارلت في التشريع الجزائري، دار هومة للنشر، سنة 2008 .
14. سيد سابق فقه السنة، مؤسسة الرسالة، المجلد الثالث، ط 1 ، بيروت لبنان، طبعة 2002 .
15. سيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، 1985.
16. عبد الحق الصافي " القانون المدني " الجزء الأول "تكوين العقد " ، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2006.
17. عبد الرحمان بن محمد الجزيري كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار ابن حزم لبنان، ج 1 ، ط 1 ، 2000 .
18. عبد الرحمان بن محمد عوض الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، طبعة 2، 2003 .
19. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المدني، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية (حق الانتفاع وحق الارتفاق)، الجزء التاسع، دار النهضة العربية، طبعة 1986.
20. عبد الكريم شهبون، "عقود التبرع في الفقه المالكي " ، الطبعة الثانية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2001.
21. عثمان الطاهر جلوص: "الفائض في علم الفرائض على مذهب الأئمة الأربعة"، مطبعة فضالة المحمدية، الطبعة الأولى، 1999.

22. العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 1994 .
23. علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكساني الحنفي، كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط 2 ، 1986 ، ج 10 .
24. علاء الدين الكساني بن مسعود الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار المعرفة لبنان، ط 1 ، سنة 2000
25. لحسن بن شيخ آثمليويا، قانون الأسرة ر دراسة تفسيره إ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، ج 1 ، ط 2014.
26. ليلي زروقي والأستاذ حمدي باشا، المنازعات العقارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع بالجزائر، 2002.
27. محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية الواجبة المصري، رقم 71 سنة 1976 .
28. محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، الكويت، دار الفكر العربي، الطبعة 7 ، 1409 ، 1988 .
29. محمد التاويل، " الوصايا والتنزيل في الفقه الإسلامي " ، الطبعة الأولى ، .
30. محمد الحبيب التحكائي: "نظام التبرعات في الشريعة الإسلامية"، تطوان، 1983.
31. محمد الشوكاني، " الأدلة الرضية " ، الطبعة الأولى، 2010.
32. محمد العمراني، الميراث في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المؤسسة الوطنية للاتصال والنشر والإشهار، طبعة 2000 .
33. محمد زهدود، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1991
34. محمد طه العلي خليفة، أحكام الدراسة التطبيقية، دار النشر والتوزيع والترجمة مصر، ط 2، 2005 .

35. محمد علي محمود يحيى، " أحكام الوصية في الفقه الإسلامي "، رسالة لنيل الماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2010.
36. محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط: 1978 .
37. محمد مصطفى شلبي، احكام الوصايا والأوقاف، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1982 .
38. محمد مصطفى، شلبي، أحكام الوصية والأوقاف، الدار الجامعية للطباعة والنشر، دار الفكر بيروت، لبنان، ط 1892.
39. المغني عبد الله بن أحمد المقدسي (620 هـ)، اختيار لتعليق المختار، مكتبة الجمهورية العربية القاهرة مصر.
40. وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي وادلته، الجزء 08 ، دار الفكر دمشق، 1417 - 1996 ، بيروت لبنان، لا وجود لسنة النشر.
41. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 10، دار الفكر دمشق سوريا، 1980 .
- ثالثا: الأوامر والقوانين:
1. قانون الأسرة الجزائري.
2. القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، طرق اكتساب الملكية الفصل الثاني، القسم الثاني
3. قانون الوصية الواجبة المصري ، رقم 71 لسنة 1946 .
4. الأمر 75 / 74 الصادر 12 / 11 / 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.
5. قانون التسجيل الصادر بالأمر رقم: 76 / 105 المؤرخ في: 09 / 12 / 1976.
6. القانون رقم 84 / 11 المنشور بالجريدة الرسمية، الصادرة في 12 جوان 1984.
7. القانون رقم: 84 - 11 المؤرخ في 09 جويلية 1984 المعدل والمتمم بالأمر 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

8. القانون المدني الجزائري، إثبات الإلتزام، معدل بالقانونين 89 / 01 المؤرخ: 07 / 02 / 1987 ، 88 / 14 .

9. قانون رقم: 11 / 84 ، مؤرخ في 9 يونيو، يتضمن قانون الأسرة الجزائري ، المعدل والمتمم بالأمر 02 / 05 المؤرخ في 2005 / 02 / 27 .

رابعاً: المجالات

1. الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001 ، ملف رقم: 160350، قرار صادر بتاريخ 23 / 12 / 1997 .

2. الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001، ملف رقم: 160350، قرار صادر بتاريخ 23 / 12 / 1997 .

3. الإجتهد القضائي، لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001 ، ملف رقم 99186 قرار صادر بتاريخ: 02 / 05 / 1995 .

4. جريدة الشروق، العدد 03 ،مقال بعنوان: الوصية بجميع التركة، الإثنين 29 مارس 2004 ، العدد 61036 .

5. ضائية، العدد الثاني، ملف رقم: 63219 ، قرار صادر بتاريخ 17 / 10 / 1990 .

6. علاوة بوتغرار، مقال بعنوان: الوصية، تطرح نقائص، مجلة الموثق العدد الأول: 2001.

7. لعروم مصطفى، مجلة الموثق، العدد الثالث، جوان 1998 .

8. المجلة القضائية لسنة 1990 ،العدد الرابع، ص 85 ،ملف رقم 54727 ، قرار صادر بتاريخ: 24 / 01 / 1990 .

خامسا :المقالات:

1. بوحلاسة عمر، مقال في كيفية تطبيق أحكام التنزيل في قانون الأسرة الجزائري (مجلة الموثق العدد السادس)، 1999 .
2. علاوة بوتغرار، مقال بعنوان: الوصية تطرح نقائص، مجلة الموثق، العدد الأول، سنة 2001 .

سادسا :المذكرات والرسائل الجامعية:

1. لعروم مصطفى، مذكرة بعنوان : الوصية بين الشريعة والقانون، ط 7 : 1998 .
- سابعا: المعاجم والقواميس:**
2. ابن منظور أبو الفضل جمال الدين، لسان العرب، دار صادر بيروت، لبنان، 2000 .
 3. محمد كروم القاموس المحيط، دار الفكر لبنان، ط 2002 .

فهرس

الموضوعات

فهرس الموضوعات

الصفحة	بسملة
أ-ج	مقدمة
	الفصل الأول: الطبيعة القانونية والفقهية للوصية
06	تمهيد
07	المبحث الأول: المبادئ العامة للوصية
07	المطلب الأول: مفهوم الوصية، مشروعيتها وحكمتها
12	المطلب الثاني: أركان الوصية وشروطها وأنواعها
16	المبحث الثاني: الوصية: تنفيذها، ردها، الرجوع عنها، إثباتها ومبطلاتها
16	المطلب الأول: تنفيذ الوصية ردها والرجوع عنها
19	المطلب الثاني: الرجوع عن الوصية وردها
20	المبحث الثالث: إثبات الوصية وتنفيذها وشهرها.
20	المطلب الأول: إثبات الوصية.
24	المطلب الثاني: كيفية تنفيذها.
27	المطلب الثالث: شهر الوصية
30	المبحث الرابع: مبطلات الوصية وأثارها.
30	المطلب الأول: مبطلات الوصية.
34	المطلب الثاني: أثار بطلان الوصية.
39	خلاصة
	الفصل الثاني: أحكام الوصية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري
41	تمهيد:
42	المبحث الأول: الأحكام الموضوعية للوصية بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.
42	المطلب الأول: أركان الوصية
45	المطلب الثاني: شروط صحة الوصية
46	المطلب الثالث: شروط نفاذ الوصية
50	المطلب الرابع: كيفية انعقاد الوصية.
53	المبحث الثاني: الأحكام الإجرائية والشكلية للوصية بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة

	الجزائري .
53	المطلب الأول: أحكام أطراف الوصية.
58	المطلب الثاني: مقدار الوصية.
60	المطلب الثالث: إجراءات الوصية.
62	المبحث الثالث: التنزيل في التشريع الجزائري .
62	المطلب الأول: التنزيل قبل صدور قانون الأسرة الجزائري وبعده
63	المطلب الثاني: شروط ومن تجب لهم الوصية
66	المطلب الثالث: أوجه التشابه وأوجه الاختلاف بين التنزيل الاختياري والتنزيل بقوة القانون.
67	خاتمة
70	قائمة المصادر والمراجع
77	محتويات الدراسة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الملخص:

يتناول هذا البحث قضية من قضايا الفقه الإسلامي في كتاب الاحوال الشخصية ويعالج موضوع الوصية حقيقتها ومشروعيتها وأركانها وشروط كل من الصيغة والموصى له والموصى به، وكذلك إثباتها وتنفيذها وشهرها، كما ينتقل البحث إلى رأي الفقهاء المجزين والممانعين، كما أن في العرض الأخير اتناول التنزيل في التشريع الجزائري ، قبل وبعد صدور قانون الأسرة الجزائري وشروط من يجب لهم التنزيل ومقدار التنزيل وأوجه التشابه والاختلاف بين التنزيل الاختياري والتنزيل بقوة القانون.

Résumé:

Cette recherche porte sur la question des questions de jurisprudence islamiques dans le livre de statut personnel et aborder la question des testaments réalité et la légitimité des coins et les conditions de chacun de la formule et a recommandé de lui et recommandé, ainsi que la mise en oeuvre éprouvée et mois de grossesse, et la recherche de passer à l'opinion des juristes et dans la présentation finale ramasser le téléchargement dans la législation Algérie, à la fois avant et après la publication du code algérien de la famille et les conditions de leur doivent télécharger et la quantité de téléchargements et les similitudes et les différences entre le téléchargement optionnel et télécharger force de loi.