

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي



جامعة محمد بوضياف - المسيلة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

الموسمية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص أحوال
شخصية

تحت إشراف الأستاذ
محمد بوهالي

إعداد الطالب:
عادل نايلي

السنة الجامعية: 1436هـ / 1437هـ - الموافق لـ 2015م/2016م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

[كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ
إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ
وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى
الْمُتَّقِينَ] الآية 180 سورة البقرة

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى أبي الذي لم يبخل علي يوماً بشيء
وإلى أمي التي زودتني بالحنان والمحبة
إلى أخي الذي اعتبره أبي الثاني عبد الحليم
وإلى إخوتي وأسرتي جميعاً أقول لهم: أنتم وهبتموني الحياة والأمل
والنشاط على شغف الاطلاع والمعرفة إلى كل صديق وقف بجانبني .
إلى من علمونا حروفاً من ذهب وكلمات من درر وعبارات من
أسمى وأجلى عبارات العلم إلى من حاثوا لنا من علمهم حروفاً ومن
فكرهم منارة تنير لنا سيرة العلم والنجاح إلى أساتذتنا الكرام

عادل نايلي

شكر وعرفان

لابد لنا ونحن نخطو خطواتنا الأخيرة في الحياة الجامعية من وقفة نعود
إلى أعوام قضيناها في رحاب الجامعة مع أساتذتنا الكرام الذين قدموا
لنا الكثير باذلين بذلك جهودا كبيرة في بناء جيل الغد لتبصر الأمة
من جديد...

وقبل أن نمضي أتقدم بأسمى آيات الشكر والامتنان والتقدير والمحبة
إلى الذين حملوا أقدس رسالة في الحياة...
إلى الذين مهدوا لنا طريق العلم والمعرفة...
إلى جميع أساتذتنا الأفاضل.....

"كن عالما .. فإن لم تستطع فكن متعلما ، فإن لم تستطع فأحبه العلماء
، فإن لم تستطع فلا تبغضهم"
وأخص بالتقدير والشكر:
الأستاذ بوهالي محمد

عادل نايلي

مقدمة

الحمد لله رب العرش العظيم خالق السموات والأرض جاعل الظلمات والنور والصلاة والسلام على أشرف خلق الله وخاتم الأنبياء والمرسلين سيدنا وحبيبنا محمد صلى الله عليه وسلم .

تعتبر الوصية من أهم التبرعات بالأموال، المضافة إلى ما بعد الموت، والإنسان بحكم تركيبته وفطرته شديد الحب للمال كثيرا ما يكون ظالما لنفسه وللناس مقصرا في أعمال البر، فإذا مات ذكر وخاف الهلاك، يحاول أن يتدارك ما فاتته 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 متأهبا 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 شرعا أيضا 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: [وَوَصَّي بِهَا إِبْرَاهِيمُ بَنِيهِ وَيَعْقُوبُ يَا بَنِيَّ إِنَّ اللَّهَ اصْطَفَى 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 من الذين فأوصاهم بأن لا يدعوا هذا الدين وإن يلازموه حتى الممات، فلا تموتن إلا وانتم مسلمون.

كما أن للوصية أهمية بالغة من الناحية الدينية جعلت رجالا يولون اهتماما كبيرا قد نظموا لها نصوصا قانونية لما لها من أهمية باعتبارها سببا 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 بحث وثانيهما قانوني صرف ولهذا يجدر بنا الإحاطة بهذين الجانبين، ونظرا لأهمية الوصية وكثرة انتشارها في الحياة العملية قد عالجتها 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، الوصية 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 مفهوم الوصية وأركانها وأنواعها في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري؟

وهذه الإشكالية تتفرع عنها التساؤلات الفرعية التالية:

أ- كيف يتم إثباتها وتنفيذها؟

ب- ماهي مبطلات الوصية؟

ج- وتنزيلها في التشريع الجزائري؟

خطة البحث:

وللإجابة عن الإشكالية السابقة أتناول هذا البحث في فصلين، أتناول في الفصل الأول الطبيعة القانونية والفقهية للوصية، مبرز في المبحث الأول مفهوم الوصية الشرعية والقانونية

ومشروعيتها وبيان أنواعها والمبحث الثاني إثبات الوصية وتنفيذها وشهرها والمبحث الثالث مبطلات الوصية وأثارها.

أما الفصل الثاني أتناول فيه الأحكام الإجرائية والموضوعية للوصية، مبرز في المبحث الأول الأحكام الموضوعية والمبحث الثاني الأحكام الإجرائية وفي المبحث الثالث التنزيل في التشريع الجزائري.

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

أسباب اختيار الموضوع:

ومن أسباب اختياريلموضوع الوصية بالتحديد هو :

- الرغبة الملحة للبحث في الموضوع.
 - الحاجة العلمية والعملية لمثل هذه المواضيع.
 - ما يجهله المجتمع بصفة عامة عن موضوع الوصية.
- حاولت 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 الإلمام 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- جغوب فريد: الوصية بين الشريعة والقانون، مذكرة تخرج لنيل المعهد الوطني للقضاة، مديرية التريضات 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 يحي: 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 واجهتني صعوبات وأنا بصدد الخوض لهذا الموضوع في اختيار المراجع المتخصصة والمؤلفات الخاصة من الجانب الفقهي والقانوني، وتذليلاً لهذه الصعوبات اعتمدت على جملة من مراجع فقهية وقانونية قدر المستطاع للإلمام بجوانب الموضوع.



الفصل الأول

الطبعة القانونية والفقهية للوصية

- المبحث الأول: مفهوم الوصية وأركانها وشروطها.
- المبحث الثاني: إثبات الوصية وتنفيذها وشهرها.
- المبحث الثالث: مبطلات الوصية وأثارها.

تمهيد:

تعتبر الوصية الحق الأول الثابت بعد موت غير المتوفى، والتي يتم إخراجها قهرا على الورثة دون رضاهم ومادامت في حدود لإطار الشرعي من التركة بعد استيفاء الحقوق المتعلقة بالتركة وكذلك ما اتفق عليه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وما خالفهم من أهل المظاهر في هذا التقسيم والترتيب في الحقوق المتعلقة بالتركة وهي ديون الله تعالى من حج وزكاة وكفارات ونذر، وديون العبد في ذلك الممتازة أو العادية، التجهيز، الدفن، وتنفيذ الوصايا وأخيرا الميراث.

والوصية من أسباب نقل الملكية في الإسلام، جاء نظاما مرتبطا بنظام الموارث إذ أن كلا منهما يرد على مال الشخص بعد وفاته، فكل منهما خلافة يخلف فيه الوارث مورثه في تركته، والموصي فيها أوصى به، وأن كانت أولاهما إجبارية بحم الشارع ولا دخل للمورث ولا للوارث فيها فتثبت جبرا عنهما، والثانية اختيارية تثبت بإرادة الموصي ومشينته إذا قبلها الموصى له.

أتناول في هذا الفصل المباحث التالية:

المبحث الأول: مفهوم الوصية ومشروعيتها وأنواعها.

المبحث الثاني: إثبات الوصية وتنفيذها وشهرها.

المبحث الثالث: مبطلات الوصية وأثارها.

المبحث الأول : مفهوم الوصية وأركانها وشروطها .

سأتطرق في هذا المبحث إلى مفهوم الوصية من خلال اللغة والإصطلاح ثم أبين بعد ذلك الأركان التي تقوم عليها الوصية ثم أفصل في شروط الوصية .

المطلب الأول : مفهوم الوصية .

أتناول في هذا المطلب تعريف الوصية في اللغة وتعريفها اصطلاحاً ضف إلى ذلك التعريف القانوني من خلال الفروع التالية :

الفرع الأول : التعريف اللغوي:

الوصية تطلق في اللغة:على معان يقال أوصيت إلى فلان بمال جعلته له وأوصيه بولده استعطفته عليه وأوصيته بالصلاة أمرته بها، ويقال وصيت الشيء إذا وصلته به كأن الموصي لما أوصى بالمال وصل ما بعد الموت بما قبله في نفوذ التصرف،والاسم الوصاية بكسر الواو وقد تفتح.

الوصية لغة :هي من وصيت الشيء أوصيه إذا وصيته، ويقال أرض واصيه،أي:متصلة النبات⁽¹⁾ وأوصاه ووصاه توصية:عهد إليه، والاسم:الوصاية بالكسر والفتح لغة:وهو الموصي على وزن فعيل والجمع أوصياء، وأوصية إليه بمال جعلته له.⁽²⁾

وسميت وصية،لأن الميت يصل بها ما كان في حياته بعد مماته،وتطلق على فعل الموصي،وعلى ما يوصي به من مال أو غيره من عهد ونحو.

ومما ذكر تبين أن الوصية تطلق في اللغة على فعل الموصي وهو:

والإيضاء،كما تطلق على ما يوصى به الإنسان من مال غيره، وهو الوصية :بمعنى أن اللغويين لم ينفوا في معنى الوصية بين الوصية والإيضاء في الشريعة الإسلامية فرقوا بين

(1)- لسان العرب محمد كروم، دار الفكر لبنان، ط2002، ص1403.

(2)- علاء الدين الكساني بن مسعود الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار المعرفة لبنان، ط1، سنة 2000

الفصل الأول.....الطبيعة القانونية والفقهية للوصية

الوصية والإيصاء، فجعلوا لفظ الوصية، يدل على التملك المضاف إلى ما بعد الموت، ولفظ الإيصاء يدل على جعل الغير وصيا على من يلي أمره بعد وفاته.⁽¹⁾

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي:

تعتبر الوصية في الاصطلاح: هبة الإنسان غيره عينا أو دينا أو منفعة على أن يملك الموصي له الهبة بعد الموت الموصي، وقيل هي عهد خاص مضاف إلى ما بعد الموت، يوجب حقا في التركة لمجرد وفاة أو هي: ما أوجبه الموصي في ماله تطوعا بعد موته أو في مرضه الذي مات فيه.⁽²⁾

وأما معناها في اصطلاح الفقهاء تفصيل المذاهب:

الحنفية⁽³⁾ - قالوا: الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، فقوله: تملك يشمل العقود التي تنقل ملكيتها كالبيع والهبة وغيرها، وقوله مضاف لما بعد الموت يخرج ما عدا الوصية.

وقوله بطريق التبرع يخرج الإقرار بالدين فلو أقر في حياته بدين لأخر ثم مات كان ذلك الإقرار تملكا للدين بعد الموت.

وقد يقال إن الإقرار بالدين ليس تملكا وإنما هو إظهار لما في ذمته فهو خارج بتملكه وعلى هذا فلا حاجة إلى قيد بطريق التبرع.

ولا فرق في الموصى به بين أن يكون عينا أو منفعة، ولا يشترط أن يضيف الوصية إلى الموت لفظا فلو قال أوصيت بكذا ولم يقل بعد موتي صح حتى ولو لم يصرح بالوصية بل ذكر على الوصية كقول لفلان ألف قرش من ثلثي مالي أو أربعه فلا تصح إلا إذا ذكرت الوصية.

(1) - علاء الدين الكساني بن مسعود الحنفي، المرجع السابق ص 340.

(2) - سيد سابق فقه السنة، مؤسسة الرسالة، المجلد الثالث، ط1، بيروت لبنان، طبعة 2002، ص 318.

(3) - عبد الرحمان بن محمد الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار ابن حزم لبنان، جزء 1، طبعة 2001، ص 789.

الفصل الأول.....الطبيعة القانونية والفقهية للوصية

أما المالكية⁽¹⁾ - قالوا: الوصية في عرف الفقهاء عقد يوجب حقا في ثلث مال عاقده يلزم بينه أو يوجب نيابة عنه بعده.

ومعنى التعريف أن عقد الوصية يترتب عليه أحد الأمرين :

الأول: ملكية الموصى له ثلث مال العاقد(الموصي) بعد موته بحيث لا يكون العقد لازما إلا بعد الموت أما قبل الموت فلا يكون العقد لازما.

الثاني: نيابة عن الموصى في التصرف فالموصى إما أن يوصى بالإقامة نائب عنه بعد موته (وصي) وإما أن يوصي بالمال.

وبعض المالكية عرف بالوصية بما عرفها به الحنفية. ولا يخفى أن الأول يشمل الوصية بمعنى إقامة الوصي بخلاف الثاني.

الشافعية⁽²⁾ - قالوا: هي تبرع بحق مضاف بالتصرف بعد الموت سواء إضافة لفظا أو لا قال أوصيت لزيد بكذا كان معناه بعد الموت.

الحنابلة⁽³⁾ - قالوا: الوصية هي الأمر بالتصرف بعد الموت كأن يوصي شخصا بأن يقوم على أولاده الصغار أو يفرق ثلث ماله ونحو ذلك.

وهذا تعريف الوصية بمعنى الايضاء أي إقامة الوصي. وأما تعرفها بمعنى إعطاء الغير جزءا من المال فهو أن يقال الوصية بعد الموت.

الفرع الثالث: التعريف القانوني :

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⁽⁴⁾ قد عالج ونظم أحكامها ووضع شروطها في المواد من 184 إلى 201، المشرع الجزائري لم يعرف

(1) عبد الرحمان بن محمد الجزيري كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار ابن حزم لبنان، ج 1، ط 2002، ص 789.

(2) عبد الرحمان بن محمد الجزيري كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار ابن حزم لبنان، ج 1، ط 2002، ص 789.

(3) المرجع نفسه، ص 789.

(4) القانون رقم 11/84 المنشور بالجريدة الرسمية، الصادرة في 12 جوان 1984

الفصل الأول.....الطبعة القانونية والفقهية للوصية

الوصية تعريفاً جامعاً مانعاً فهو لا يشمل الإسقاطات كالإبرام وهذا من قول النص " بطريق التبرع".

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 ناقصاً وبعيداً عن المبتغى، غير أن المادة 222 منه فتحت الباب على مصراعيه أمام القاضي للجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني: مشروعية الوصية.

تثبت مشروعية الوصية بالكتاب والسنة والإجماع المعقول.

الفرع الأول: دليلها من الكتاب:

قوله تعالى [كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ] سورة البقرة. (1)

وقوله تعالى: [وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ ۖ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ ۖ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِيَنَّ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ۚ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ ۚ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ ۖ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ۚ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةً وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتُ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ ۚ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ۖ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ ۚ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ]. (2)

(1)- سورة البقرة، الآية 180

(2)- سورة النساء الآية 12.

الفرع الثاني: دليلها من السنة:

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

الفرع الثالث: 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 بالقرية، 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)

الفرع الرابع: 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:

(1)-صحيح البخاري كتاب الوصايا، رقم الحديث(738،ص452،451) وصحيح مسلم كتاب الوصية رقم الحديث (4204،ص713)

(2)-صحيح البخاري، كتاب الوصايا، رقم الحديث 2738-دار الكتب العلمية لبنان، ط1، ص451، سنة1997.

(3)-صحيح البخاري، كتاب الوصايا، رقم الحديث 2738-دار الكتب العلمية لبنان، ط1، ص451، سنة1997.

أ - دليل الكتاب :قوله تعالى: " كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربون بالمعروف حقا على المتقين(180) فمن بدّله بعدما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدّلونه إن الله سميع عليم (181).⁽¹⁾

فأوجب الله عزّ وجل الميراث في كل ما علم به من مالهاؤ لم يعلم، وواجب الوصية والدين مقدمين كذلك على المواريث بين مبطل بلا دليل، 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).

قال بن عمر: ما مرت ليلتين منذ سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:ذلك إلا وعندي وصيتي⁽²⁾ وروي الوجوب عن عبد الله بن عمر طلحه والزبير كان يشددان في الوصية.

قال ابن حزم⁽³⁾:وهو قول عبد الله بن أبي أوفى، وطلحة بن مطرف، وطاووس الشعبي وغيرهم - وهو قول أبي سليمان وجميع أصحابنا.

وقال الضحاك والزهري وأبو مجاز وداوود وابن جرير الطبري، هي واجبة لمن يرثه من الموصي وبينهما قرابة كالعمات والخالات وسائر ذوي الأرحام، أو كان ممن يرثه إلا أن هناك من يحجبه.⁽⁴⁾

⁽¹⁾- الآية 180-181 من سورة البقرة

⁽²⁾- سبق تخريجه

⁽³⁾- ابن حزم علي (456هـ)، المحلي بالآثار الجزء السابع، دار التراث لبنان، بدون طبعة، ص352.

⁽⁴⁾- نفس المرجع السابق ص 353.

وقال هؤلاء لقد نسخ وجوب الوصية للوالدين والأقربين الوارثين في قوله تعالى: [كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ].⁽¹⁾

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".⁽²⁾
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، ولكن 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⁽³⁾ : اجمعوا على أن الوصية غير واجبة إلا من عليه حقوق بغير بينة أو أمانة بغير إشهاد، وهذا ما يقصده الجمهور بقولهم.

وقد يطرأ عليها الوجوب لمعنى آخر يقتضي الوجوب كما لو كان عليه دين أو عنده وديعة أو عليه واجب لا يمكنه إيصال الحق لصاحبه ولا سبيل لتحلله من الواجب الذي عليه إلا عن طريق الوصية، فإنها تجب عليه في هذه الحالة.⁽⁴⁾

⁽¹⁾- سورة البقرة الآية 180.

⁽²⁾- سنن الترمذي، الجامع الصحيح، باب ما جاء لا وصية لوارث رقم الحديث 2120، ص 581.

⁽³⁾- ابن عبد البر، في إختصار المغازي والسير نقلا: من الأعلام للزركشي، باب التمهيد للوصية، جزء 14، ص 299.

⁽⁴⁾- نفس المرجع ص 299.

ومن خلال تتبعنا لأحكام الوصية في الكتب الفقهية عند جماهير الفقهاء⁽¹⁾ تبين لنا أن الوصية من حيث أثارها الشرعية أي: من حيث كونها مطلوبة الفعل أو الترك التخيير بينهما، تعثرها 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.

المطلب الثالث: أنواع الوصية

سأطرق إلى أنواع الوصية من خلال الحكم الشرعي الثابت للوصية كالوجوب، والإباحة، الإكراه، الحرام.

وعليه فإن الوصية إما أن تكون واجبة أو مستحبة وقد تكون مباحة أو محرمة أو مكروهة وعليها تناول في الفرع الأول الوصية الواجبة وفي الفرع الثاني الوصية المستحبة والمباحة أما الفرع الثالث سنتناول الوصية المحرمة والمكروهة.

الفرع الأول: الوصية الواجبة.

يقال عن هذه الوصية واجبة إذا كان على الشخص حقوق لله تعالى لم يقم بها في حياته مثل أداء الزكاة، أو كان على هذا الشخص حقوق لدى الغير مثل الدين الغير مكتوب، أو كان عنده وديعة أو أمانة لا يعلم بها سواه فإذا كان هناك حق من هذه الحقوق ولم يوجد هناك سبيل الوفاء بها إلا عن طريق الوصية فإنها تصبح في هذه الحالة واجبة أي أن أداء الحق فيها واجب لأن ما يؤدي إليه يكون واجب مثله فإن مات الشخص في هذه الحالة ولم يوصي كان أثماً ومستحقاً للعقاب أو كان عنده وديعة.⁽²⁾

أو أمانة لا يعلم بها سواه فإذا كان هناك حق من هذه الحقوق ولم يوجد هناك سبيل الوفاء بها إلا عن طريق الوصية فإنها تصبح في هذه الحالة واجبة أي أن أداء الحق فيها واجب لأن

(1)- السيد السابق، فقه السنة، المرجع السابق، ص 917.

(2)- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 238.

ما يؤدي إليه يكون واجب مثله فإن مات الشخص في هذه الحالة ولم يوصي كان أثماً ومستحقاً للعقاب أو كان عنده وديعة أو أمانة لا يعلم بها سواه فإذا كان هناك حق من هذه الحقوق ولم يوجد هناك سبيل الوفاء بها إلا عن طريق الوصية فإنها تصبح في هذه الحالة واجبة أي أن أداء الحق فيها واجب لأن ما يؤدي إليه يكون واجب مثله فإن مات الشخص في هذه الحالة ولم يوصي كان أثماً ومستحقاً للعقاب.⁽¹⁾

ومن جهة أخرى نجد أن المشرع الجزائري عدل عن تسمية الوصية الواجبة والتي تعتبر ميراثاً بحسب القوانين العربية والدول الإسلامية، فقد أطلق عليه المشرع الجزائري تسمية أخرى وهي التزويل.⁽²⁾

الفرع الثاني: الوصية المستحبة والمباحة

سأبين في هذا الفرع الوصية التي تكون مستحبة والتي تكون مباحة.

1- الوصية المستحبة:

نقول عن الوصية المستحبة إذا كانت لجهة من جهات الخير والبر كالإيحاء إلى المساجد والمستشفيات، ويرجع السبب في ذلك إلى أن الشرع قد رغب في فعل الخير وحثنا على كل ما يقرب إلى الله عز وجل بمعنى أن الوصية لجهة الخير والبر داخله في العموم.⁽³⁾

2- الوصية المباحة:

نقول عن الوصية إنها مباحة إذا لم يوجد ما يجعلها واجبة، أو مندوبة أو محرمة، أو مكروهة كالوصية لغير المحتاج الصالح الذي لا يقصد من ورائها ارتكاب المعصية. مما يدل على أن لا ثواب على فعلها ولا عقاب ولا عتاب، ولا لوم على تركها لأن فعلها وتركها سواء.

الفرع الثالث: الوصية المحرمة والمكروهة.

(1)- العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 1994، ص 238

(2)- بن شويخ رشيد، الوصية والميراث، دار الخلدونية، ط 2، سنة 2008 .

(3)- حمدي باشا، عقود التبرعات، دار هومة للنشر والتوزيع، ط 2004، ص 33

سأتناول في هذا الفرع نوعين من الوصية وصية محرمة ووصية مكروهة.

1- الوصية المحرمة:

نقول عن الوصية أنها حرام إذا كانت مضرّة بالورثة، واستنادا في ذلك قوله تعالى [مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ خَلِيمٌ].⁽¹⁾

كذلك قول صلى الله عليه وسلم "الإضرار في الوصية من الكبائر" رواه سعد بن منصور بسند صحيح ويكون الإضرار محققا إذا كان قصد الموصي من خلاله إيصاله حرمان الورثة من بعض ماله يعد موته.

2- الوصية المكروهة:

نقول عن الوصية أنها مكروهة إذا كان الموصي له فاسقا وفاجرا، وأن القصد من وراء الوصية لم يكن إعانته ومساعدته على ارتكاب هذه المعصية بل مجازاته على خدمة أدها إلى الموصي، وأن الوصية للفاسق مكروهة خشية ومخافة أن يستعين بها على ما حرم الله تعالى.⁽²⁾

المبحث الثاني: إثبات الوصية وتنفيذها وشهرها.

في مبحثي هذا أتناول 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 تصرف قانونيا ينشأ بإرادة منفردة هي إرادة الموصي يمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات كالكتابة والشهادة والشهود.... إلخ.

⁽¹⁾ - الآية 12 من سورة النساء.

⁽²⁾ - العربي بالحاج، المرجع السابق، ص 239.

الفصل الأول.....الطبعة القانونية والفقهية للوصية

وقد حث الشارع الإسلامي على كتابة الوصية للاحتياط وتيسيرا 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 أ يراعي جميع الإجراءات والترتيبات الواجب توافرها في عقود احتفالية فيتم تحرير العقد بحضور مستمر لشاهدي عدل وشاهدي التعريف عند الاقتضاء مراعاة لما نصت عليه المادتين 324 مكرر 2 و 324 مكرر 3 من قانون المدني الجزائري فضلا عن حضور الموصي.⁽³⁾ وهذا ما جاء في الباب السادس إثبات التزام الفصل الأول للإثبات بالكتابة.

⁽¹⁾ رواه مسلم في صحيح كتاب الوصايا، رقم الحديث: 2/1249

⁽²⁾ عبد الرحمان بن محمد عوض الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، طبعة 2، 2003، ص 278.

⁽³⁾ القانون المدني الجزائري، إثبات الإلتزام، معدل بالقانونين 01/89 المؤرخ: 1987/02/07، 14/88 .

الفصل الأول.....الطبعة القانونية والفقهية للوصية

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 منقولا أو منفعة...الخ، وعليه فهما كان محلها فإن إثباتها لا بد له أن يكون في شكل عقد يحرره الموثق.

هذا وإن حررت الوصية بوكالة أي بحضور وكيل الموصي، فيجب الإنتباه إلى تلك الوكالة بحيث يشترط أن تتوفر في الموكل الشروط الواجب توافرها في العقود التي تلزمها نصوص القانون المدني: كالسن والبلوغ، الأهلية، لإنشاء عقد الوصية، ما نص عنه وهو القانون المدني في المواد 40، 59.(1)

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.(2)

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.

(1) القانون المدني الجزائري، المادتين 40، 59، شروط العقد التي تلزمها النصوص.

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

ويلحق بالعقد التوثيقي العقد الذي يحرره قناصلة الجزائر في الخارج، إذ أعطى لهم المشرع صفة موثق الجزائر في الخارج ونص صراحة في المادة 37 الفقرة ب من الأمر 12/77 المؤرخ في 1977/03/02 المتعلق بتنظيم وظيفة القنصل المؤهل: لتحرير الوصايا وغيرها من العقود الوحيدة الطرف والتي تقدم له من قبل الرعايا والمصادقة على صحة استلامها لإيداعها.⁽¹⁾

الفرع الثاني: إثباتها بموجب حكم قضائي:

وهو الاستثناء عن الأصل وقد نصب عليه المادة 2/191 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.⁽²⁾

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، وإلا رفض الدعوى لأنه لا يعمل ولا يلجأ للاستثناء إلا بتعذر العمل بالأصل، وهو ما أكدت عليه الغرفة الوطنية للموثقين لاسيما وأن المادة 191 من قانون الأسرة الجزائري فصلت في مسألة الإثبات⁽³⁾، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه:

(1) - لعروم مصطفى، مجلة الموثق، العدد الثالث، جوان 1998، ص 12.

(2) - حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، (الهيئة، الوصية، الوقف) دار هوما للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، ط: 2004، ص 60.

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

الفصل الأول.....الطبعة القانونية والفقهية للوصية

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 مجلس بقضائهم باستبعاد الوصية الشفوية بسبب عدم التصريح بها أمام الموثق طبقوا صريح القانون.(1)

وقبل أن نختم 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 الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته، وأكدت على ذلك المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه: 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 بإبتهاده 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.(2)

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 16/2 من القانون المدني الجزائري).

المطلب الثاني: كيفية تنفيذها.

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

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

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

فالأصل إذا أن الموصى له هو الذي يملك صلاحية التنفيذ، غير أن الموصي قد يلجأ أحيانا لتعيين وصي أو عدة أوصياء تكون لهم صفة الوصي على الورثة القاصرين وتكون صفة منفذ الوصية لجهة القاصرين والكبار من الورثة والموصى لهم جميعا، ويكون منفذ الوصية هذا مسؤولا كالوكيل العادي عن الأضرار الناتجة عن عمله أو عن إهماله، وإذا تعدد المنفذون كانوا مسؤولين جميعا بالتضامن عن أموال التركة.⁽¹⁾

فإذا كانت التركة خالية من ديون أو أبرا الدائنون المدين وكانت التركة كلها مالا حاضرا، كان ثلث يخرج من التركة أخذ أصحاب الوصية نصيبهم كله دون تأخير. والمشكل يطرح في حالة ما إذا كانت الوصية بمال وكانت كلها مالا غائبا أو ديونا، أو كان في تركة مال حاضر وآخر غائب أو دين.

فإذا كانت التركة كلها مالا غائبا أو ديون، لأن تنفيذ الوصية يؤخر حتى يحضر المال الغائب أو تستوفى الديون، فكلما حضر شيء قسم بين الموصى لهم والورثة بنسبة أنصبتهم. 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، لأن الموصى به أو لاختلاف من عليه دين، لأن 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.⁽²⁾

(1) العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني، (الميراث والوصية)، ص 316.

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

الفصل الأول.....الطبعة القانونية والفقهية للوصية

فصل القانون المصري هذه الحالات في مواده: من 43 إلى 46 وهي مأخوذة عن المذاهب الأربعة وإن 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 إن لم يجرز الورثة أو جازوا وكانت التركة لا تتسع لها جميعا إذ لا يمكن تنفيذها كلها، أما إذا كان الثلث يسعها أو كانت التركة تسعها وقد أجاز الورثة، أو لم يكن هناك ورثة قط فإن الوصايا تنفذ ولا تتزاحم.

والحكم عند وجود التزاحم أن يقدم أصحاب الوصية الواجبة.⁽¹⁾ سواء كان المتوفي قد أوصى لهم بحقهم أو لم يوص لأنهم يستحقونها بحكم القانون كما سنرى فإذا كانت تساوي وليس لأحد قبلهم شيء وإن كان نصيبهم أقل من الثلث اخذوا حصتهم كاملة، أما إذا كانت الوصايا كلها اختيارية كنا بصدد ثلاث حالات.

أولها: أن تكون كلها للعباد وليس لبعضها للقربات: فإن يسع الثلث جميع الوصايا ولم يجرز الورثة أو أجاز الورثة الوصايا كلها ولكن التركة ضاقت عن تنفيذها، فهنا تقسم التركة أو الثلث على حسب الأحوال بين الوصايا بالمقاسمة مع مراعاة أنه لا يستوفى في الموصى به بعين نصيبه إلا من هذه العين وهذا هو رأي الصحابة.⁽²⁾

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

الحالة الأولى: أن تكون الوصايا كلها فرائض كالزكاة والحج.

الحالة الثانية: أن تكون كلها واجبات كذلك كال كفارات والنذور والصدقة لعيد الفطر.

الحالة الثالثة: أن تكون كلها مندوبات كحج التطوع والصدقة للفقراء، وأخيرا أن تكون خليطا من الأنواع السابقة أو بعضها.

(1) - قانون الأسرة الجزائري، المواد من 169 إلى 172.

(2) - سيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، ط 1985

فإن كانت متحدة الرتبة بأن كانت كلها فرائض أو كلها واجبات أو كلها مندوبات فإنه يقدم فيها ما بدأ به المتوفي أولاً، فإن أوصى بحج وزكاة قدم الحج وغن بقي شيء فلما يليه.

أما إذا كانت متفاوتة الرتبة كما لو اختلطت الوصايا، وتعلق بعضها ببعض بالفرائض وبعضها الآخر بالواجبات أو المندوبات قدم الفرض ثم الواجب ثم المندوب.⁽¹⁾

وثالثها: أن تكون الوصايا فيها قربات وفيها وصايا للعباد أي خليط: كأن يوصي بمقدار من المال للزكاة عنه والحج وفدية للصوم ولزيد.

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

وإن كان لم يذكر سهام كل جهة كان لكل جهة سهم ولزيد سهم أيضاً فيقسم الثلث أرباعاً وهكذا.

هذا ويلاحظ أنه في حالة تزامن الوصايا بالمرتبات ومات بعض الموصى لهم أو انقطعت جهة من الجهات الموصى لها بالمرتبة، كان نصيبها لورثة الموصي.⁽²⁾

إن هذه الأحكام كلها مأخوذة من المذهب الحنفي.

ويتم تنفيذ الوصية من الناحية العلمية كما يلي:

أولاً: تحرير عقد فريضة أما الموثق يحدد فيه سهم كل وارث ويذكر فيه وجود وصية إن وجدت طبعاً.

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

ثالثاً: تقييم التركة جملة ثم تقييم القدر الذي تجوز فيه الوصية شرعاً وقانوناً.

رابعاً: يأخذ الموصى له أولاً حقه المقرر شرعاً وقانوناً حسب التقييم وما بقي من التركة يقسمه الورثة بحسب سهامهم.

⁽¹⁾ - العربي بالحاج، المرجع السابق، ص 190 إلى 321.

⁽²⁾ - العربي بالحاج، نفس المرجع، ص 321/320/319.

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 بإدخال إضافة على المادة 201 لتصبح صياغتها كما يلي: ولا تنفذ الوصية إلا بعد حصر التركة منقولا أو عقارا، 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 عقارا أو حقا عينيا متعلقة به، إذ أن التصرفات التي أخضعها للتسجيل هي التصرفات فيما بين الأحياء والوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت وقد كان ذلك نقصا واضحا في هذا القانون، غير أن قانون تنظيم الشهر العقاري رقم 114 لسنة 1946 المعمول به منذ أول يناير 1947، ولا يزال معمولا 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.

والمشعر الجزائري، كما نعلم أخذ بنظام الشهر العيني ونحن نعلم ما يترتب عن هذا النظام من آثار، أهمها إلغاء السلطان الإرادة في التصرفات المتعلقة بالملكية والحقوق العينية الأخرى والاعتماد على قيد وحده لوجود هذه التصرفات.

(1) مجلة الموثق، العدد الثالث، جوان 1998، ص 10.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، 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.

وعليه فعلى الرغم من عدم وجود نص خاص ينص على شهر الوصية في القانون الجزائري إلا القواعد العامة في انتقال الملكية العقارية تقرر 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.(1)

وأكدت هذا المبدأ المادة 16 من الأمر 74/75 الصادر في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري إذ نصت على ما يلي: إن العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني،(2) 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.(3)

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 بأثر القيد إلى تاريخ العقد أو سحبه إلى الماضي لان العبرة بالقيد وليس بتاريخ انعقاد العقد، فالآثار تترتب من يوم القيد هذا المبدأ العام.

(1)- القانون المدني الجزائري، المادة 793.

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

(3)- ليلي زروقي والأستاذ حمدي باشا، المنازعات العقارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع بالجزائر، طبعة 2002، ص من 63 إلى 75.

الفصل الأول.....الطبيعة القانونية والفقهية للوصية

غير أن الوصية وباعتبارها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت فإن المادة 15 من الأمر 74/75 أوردت استثناء فيما يخص آثار القيد بالنسبة لها، إذ نصت أن نقل الملكية عن طريق الوفاة تنتقل الحقوق للورثة والموصى لهم دون الحاجة إلى إجراء شكلي ولا يلعب القيد دوره المنشئ للحقوق أو الناقل لها .

ومع ذلك فإن 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 مايلي: "كل انتقال أو انقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة ضمن الأجل المحددة في المادة 99 يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة.

فالقيد في هذه الحالة 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، وإلا اعتبروا مسؤولين مدنيا إذا ما أدى عدم الإعلان إلى الإضرار .

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 أنه من المحتمل وإن كان هذا نادرا أن يكون المورث قد تصرف في المرض موته معاوضة لا تبرعا وأكثر ما يقع ذلك في عقد البيع، فإن كان الثمن لا محاباة فيه

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

الفصل الأول.....الطبعة القانونية والفقهية للوصية

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⁽¹⁾ أيا 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.⁽²⁾

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.⁽³⁾

المبحث الثالث: 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 كالآتي:

(1) القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، طرق اكتساب الملكية الفصل الثاني، القسم الثاني

(2) الأستاذ. لعروم مصطفى، مجلة الموثق، المرجع السابق، ص 20/19/18.

(3) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 224/222.

الفصل الأول.....الطبيعة القانونية والفقهية للوصية

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 أحاول أن أبينه.

الفرع الأول:مبطلات الوصية من جهة الموصي.

في هذا الفرع سأحاول 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)

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 للردّة ربما لقلة وقوعها في الوقت الحاضر أو عملا 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.

(1)- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات الهبة، الوصية، الوقف، المرجع السابق، ص75.

(2)- محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، ص257.

(3)- العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني، ص 317

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 صيغة⁽¹⁾، وهو ما اخذ به المشرع الجزائري في المادة 192 من قانون الأسرة التي نصت على أنه : يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا، 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 قانونا أنه يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا، 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 وثبتوها واستخرج الثالث 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 ملزما 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 أيضا من وسائل إثباتها إعمالا لنص المادة 192 من قانون الأسرة، وإما الرجوع الضمني: فيكون بكل تصرف قانوني يقوم به الموصي بعد إبرام الوصية ويستخلص منه الرجوع فيها، كان يقوم بالتصرف في العين الموصى بها بالبيع أو الهبة أو الوقف أو المبادلة..... الخ

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

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

(3) محمد مصطفى شبلي، أحكام الوصايا والوقف، المرجع السابق، ص 263.

الفصل الأول.....الطبعة القانونية والفقهية للوصية

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 رجوعا في الوصية، واعتقد أن هذا الحكم-الخاص-إعمال للقواعد العامة التي تعتبر الرهن تأمينا عينيا 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 أعيانا 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 عمدا وعدوانا وبدون وجه شرعي ولا عذر قانوني سواء كان ذلك قبل انعقاد الوصية أو بعدها.

أخذ المشرع الجزائري بهذا الحكم-كما رأينا-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.

(1)- باديس ديايي،قانون الأسرة على ضوء الممارسات القضائية،مرجع سابق،ص120.

(2)- قانون الأسرة الجزائري،المادة 201،من الكتاب الرابع، الفصل الأول

4- تعذر وجود الجهة الموصى لها فيما إذا كانت الوصية لجهة غير (1)

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

لم يتكلم القانون الجزائري عن حالة هلاك الموصى به على خلاف القانون المصري الذي تناولها في المواد: 47-48-49(2)، ويرجع بشأنه لأحكام الفقه الإسلامي.

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

والبطلان في هذين الهلاك والاستحقاق وقد يكون كلياً إذا هلك الموصى به كله أو استحق

كله، وقد يكون جزئياً إذا كان الهلاك أو الاستحقاق لبعضه فقط.(3)

(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، أحكام الوصايا والأوقاف، المرجع السابق، ص 285-259.

الفصل الأول.....الطبعة القانونية والفقهية للوصية

تتاول 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. (1)

ومن الأسباب التي تؤدي إلى بطلان الوصية كثيرة ولكن الفقهاء اختلفوا فيما بينهم حول بعض هذه الأسباب وتم تلخيصها وإجمالها 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. (2)
- 2- أما عند جمهور الفقهاء (3) 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.
- 3- وكذلك رجوع الموصي عن وصيته اتفق الفقهاء (4) 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 معينا 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. (1)

(1)- محمد أبو الزهرة،شرح قانون الوصية الواجبة،المرجع السابق،رقم71سنة1976.

(2)- علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكساني الحنفي،كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،دار الكتب العلمية،بيروت لبنان،ط2،سنة1986،ج 10، ص594.

(3)- المغني عبد الله بن أحمد المقدسي(620هـ)،اختيار لتعليل المختار،مكتبة الجمهورية العربية القاهرة مصر،ص89/3.

(4)- المغني عبد الله بن أحمد المقدسي،اختيار لتعليل المختار،نفس المرجع، ص66.65.

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 سأتكلم على الآثار المترتبة على قبول الوصية ثم أعرج على حالة ردّها 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 الموصى، بشرط أن يكون الموصى له كامل الأهلية وليس لأحد سلطان عليه. أما إذا كان الموصى له جنينا، يكون القبول بعد الوضع، لأن 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.⁽²⁾

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

(1) - محمد طه العلي خليفة، أحكام الدراسة التطبيقية، دار النشر والتوزيع والترجمة مصر، ط2، 2005، ص632.

(2) - العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص280.

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

الحنفية: قالوا أن القبول شرط لتنفيذ الوصية بعد الموت وعليه فإذا قبل الموصي له الوصية، كان الموصي به ملكا له وإذا ردها صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي يعود الموصي به إلى ملكية ورثة الموصي.⁽¹⁾

المادة 197 من قانون الأسرة الجزائري: "يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي" وإذا قبل الموصي له بعض الوصية ورد البعض الآخر لزمّت الوصية فيما قبل وبطلت فيما رد، وإذا قبلها بعض الموصي 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 الموصي 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 الموصي 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 الموصي له مات قبل أن يقبل أو يرد ويثبت ملكه في الموصي به لعدم الرد من قبله وانتقل 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

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

(2) العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 281.

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، وإنها 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(197من: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) والقانون السوري المادة (277/فقرة01) 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.

الفرع الثاني : وقت ثبوت ملكية الموصى به للموصى له.

كما يعد القبول أمرا أساسيا لثبوت الملكية في الموصى به، حيث أن انتقال ملكية الموصى به له ملكا جديدا 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 ملكا للموصى له، لأنها تعتبر أثرا لملكيتها الخاصة واتفق الفقهاء على أن الموصي إذا حدد موعدا للملكية كابتداء شهر كذا تبدأ به الملكية لأن شرط الموصي يراعي ما لم يخالف مقاصد الشرع عاما إذا لم يعين الموصي وقتا 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⁾

(1) - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج10، دار الفكر دمشق سوريا، 1980، ص745.

(2) - وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص745.

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.⁽¹⁾

ب- رأي الحنفية والشافعية:

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

فالإجازة تعتبر تنفيذا للعقد من تاريخ إنشائه لا من تاريخ إنجازه وبالتالي فالملكية تثبت من وقت الوفاة، وزوائد الموصى به هي ملك للموصى له.⁽²⁾ وتظهر ثمرة الخلاف في ملك زوائد الموصى به، وغلته الحاصلة في المدة مابين 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 ملكا 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 زائدا 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.

ولم ينص المشرع الجزائري على وقت ثبوت ملكية الموصى به للموصى له ولا على قضية الزوائد من وقت الوفاة إلى وقت القبول غير أنه انطلاقا من المواد 185-198-222 من قانون الأسرة الجزائري⁽³⁾ يتضح بأنه يرجع في هذا الشأن لأحكام الفقه الإسلامي والراجح

(1)- العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص283.

(2)- نفس المرجع، ص283.

(3)- القانون رقم: 84-11 المؤرخ في 09 جويلية 1984 المعدل والمتمم بالأمر 2005 المتضمن قانون الاسرة الجزائري.

الفصل الأول.....الطبعة القانونية والفقهية للوصية

عند الفقهاء أنه تثبت ملكية الموصى به للموصى له استنادا 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(م197 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(م191قانون الأسرة الجزائري).

الفرع الثالث:حكم الرجوع عن الوصية وردها بعد القبول.

في هذا الفرع سأدرس 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 ضمنا.فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها والضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها"

ولا يعتبر القانون هذا الموصى به بمثابة رجوع عن الوصية كليا أو جزئيا بعد قبولها بشرط أن يقبل ورثة الموصي أو أحدهم بالرجوع وعندها يعد عقد الوصية مفسوخا 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؟

الفصل الأول.....الطبيعة القانونية والفقهية للوصية

اتفق الفقهاء على أن الموصى له المعين يملك بنفسه القبول والرد على أن الموصى له إذا كان كامل الأهلية وراشداً 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 أيضاً على أن الموصى له غير المعين لا يحتاج إلى قبول ولا رد، وإنما تلزم الوصية بمجرد إيجاب الموصي فحق القبول والرد عن المؤسسات والجهات والمنشآت لمن يمثلها قانون فإن لم يكن لها من يمثلها قانوناً لزمّت الوصية من غير حاجة إلى قبول.

لكن الفقهاء اختلفوا في ناقص الأهلية وهو الصبي غير المميز والمحجور عليه بسبب السفه أو الغفلة.

فقال الحنفية: له القبول لأن 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 وأدلته، مرجع سابق، ص 454.

الفصل الثاني

إنشاء الوصية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

- 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.

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، أما كيفية نفاذ الوصية وانعقادها فهي تخضع لأحكام القانون وهو ما سأطرق إليه في فصلنا هذا بالتدقيق والتفصيل.

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

سأتناول في هذا المبحث أربع مطالب ففي المطلب الأول سنتطرق 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 أتناول 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 الجماهير، 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 بعبارة واحدة، لأنها من عقود التبرعات التي تصدر من جانب المتبرع وحده.⁽²⁾

الرأي الثاني:

(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.

الفصل الثاني.....إنشاء الوصية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

وذهب رأي آخر ومنهم المالكية، إلى أن الصيغة لا توجد بالإيجاب وحده، وإنما يشترط اقترانها 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.⁽¹⁾

أما الآن سنرى كيف نحى 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 عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته عن مقصود صاحبه. ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون، أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا.

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 نحى منحى المالكية الذي تعتبر الوصية من العقود تنشأ بالإيجاب والقبول، وعليه فإن الصيغة أيضا 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 وتبديره على الأظهر عند الأكثرين كهبته وإعاقته، ولا تصح وصية المحجور عليه لسفه على المذهب.⁽²⁾

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.

(1) محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 63.

(2) علاوة بوتغرار، مقال بعنوان: الوصية تطرح نقائص، مجلة الموثق، العدد الأول، سنة 2001.

الفصل الثاني.....إنشاء الوصية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

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.(1)
قال محمد بن الحنفية: هو وصية المسلم لليهودي والنصراني، ولأن الهبة تصح لهم فصحت لهم الوصية، ولو كان الكافر مرتدا أو حربيا، 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.(2)

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.(3)
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:

(1) -العربي الحاج، المرجع السابق، ص269.

(2) -محمد زهدود، الوصية في القانون المدني الجزائري والشرعية الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1991

(3) -وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء 08، دار الفكر دمشق، 1417-1996، بيروت لبنان، لاوجود لسنة النشر.

الفصل الثاني.....إنشاء الوصية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

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 عجم التمييز يقتضي إلى القول بعدم وجود الوصية.⁽¹⁾

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 يعتد بوصيته.

2-الرضا:

وهو الرغبة في الشيء والارتياح إليه، بمعنى أن يكون الموصي راضياً مختاراً في هذا الإيصاء 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.⁽²⁾

المطلب الثاني: شروط صحة الوصية

في هذا المطلب تطرقت إلى شروط صحة الوصية، حيث قسمت 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 شخصاً طبيعياً أو معنوياً فإن شروط الصحة بالنسبة للموصى له كالتالي:

1-أن يكون الموصى له معلوماً:

(1)- العريبي الحاج، المرجع السابق، ص 379 إلى 382.

(2)- بدران أبو العينين بدران، الموارث والوصية والهبّة في الشريعة الإسلامية والقانون، مركز الإسكندرية للكتاب، 1997، بدون جزء.

الفصل الثاني.....إنشاء الوصية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

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 طالبة 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 أتناول هذه الشروط كالتالي:

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

الفصل الثاني.....إنشاء الوصية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

لقد أقر القانون الجزائري في المادة 190 قانون الأسرة الجزائري. على ذلك بـ: "للموصي أن يوصي بالأموال" وهي الأموال القابلة للتملك والتي يكون مما يجري فيه الإرث ومحلا للتعاقب.

وعليه هذا يشترك القانون الجزائري في الموصى به أن يكون مما ينتقل الإرث لأنه محلا للتعاقب 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:

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

الفرع الأول: شروط نفاذ الوصية في الموصي.

يشترط في الموصي لنفاذ وصيته ما يلي:

أولاً: 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)- العربي بالحاج، المرجع السابق، ص43.

- 1- إذا أبرأ الغرباء المدين وأسقطوا ديونهم في هذه الحالة الوصية تقع صحيحة وتنفذ.
- 2- وكذلك إذا أجاز الغرباء 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 أولاً قبل الوصية.⁽¹⁾

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 وارثاً للموصي، وهذا تبعا لقوله صلى الله عليه وسلم: "إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث"⁽²⁾ 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 وارثاً للموصي هو أن إثارة بعض الورثة دون البعض الآخر بالوصية من غير رضاهم مما يؤدي إلى الشقاق والتنازع وقطع الرحم وإثارة البغضاء والحسد بين الورثة. ومعنى الحديث السابق أن الوصية للوارث لا تنفذ مطلقا مهما كان مقدارها إلا بإجازة الورثة فإن أجازوها نفذت، وإن رفضوها بطلت وإن أجازها البعض دون البعض فإنها تنفذ في حصة المجيز ويشترط لصحة هذه الأجازة شرطين هما:⁽³⁾

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

⁽¹⁾ - لعروم مصطفى، مذكرة بعنوان الوصية بين الشريعة والقانون، ط7.

⁽²⁾ - رواه الترميذي.

⁽³⁾ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص60.

وذلك بأن يكون بالغاً، غير محجور عليه لسفه أو عته أو مرض موت، وكذا أن يكون عالماً بالوصى 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 فمن 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 تحديداً الوارث الذي يجيز باتفاق الفقهاء أي المذاهب الأربعة هو وقت موت الموصي، ولا وقت إنشاء الوصية، بمعنى أنه لو كان غير وارث عند الوصية وبعد ذلك أصبح وارثاً بأمر حادث وقت الموت، فإن الوصية في هذه الحالة تصبح موقوفة، أو إن كان وارثاً عند إنشاء الوصية ثم أصبح عند الموت غير وارث بسبب حجه مثلاً 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.

واعتباراً كون الموصى له غير وارث للموصي عند موته شرطاً 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:

(1) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص44.

الفصل الثاني.....إنشاء الوصية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

هو رأي الشيعة الزيدية، الشيعة الإمامية، الإسماعيلية، ويرون أن الوصية للوارث جائزة بدون توقف على إجازة الورثة، لظاهرة قوله تعالى: [كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ 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 لآخره.⁽¹⁾

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 قطعاً لا ينسخ باطنياً.

الرأي الثاني: مانعوا الوصية للوارث مطلقاً:

وهو رأي المزين 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 مالهم باختيارهم فلم 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) - لعرو ومصطفى، المرجع السابق، ص 70.

الفصل الثاني.....إنشاء الوصية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

إن المشرع الجزائري قد خالف القوانين العربية التي عممت الكم وأجازت الوصية للوارث في حدود الثلث، دون إجازة الورثة بناء 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 185⁽¹⁾ 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 الموصى له حتى تكون الوصية صحيحة وناظفة بمعنى ألا يكون الموصى 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 الموصى به:

ولنفاذ الوصية في الموصى به يشترط شرطان وهما:

1- ألا يكون الموصى به مستغرق بالدين:

أي ألا يكون الموصي مدينا بدين لجميع أمواله، تلك أن الديون - كما سلف الذكر - مقدمة من الوصية وقديم الوصية في القرآن⁽²⁾ على الدين، يقول بشأنه الفقهاء أنه ليس الترتيب إنما الأجل للفت الانتباه إلى أهميتها ووجوب تنفيذها من طرف الورثة.

(1) - راجع المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري.

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

2- ألا يزيد الموصى به عن ثلث التركة:

يشترط لنفذ الوصية ألا يزيد الموصى 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: فبنصف مالي؟ قال: لا، قال فبثلث مالي؟ فقال عليه الصلاة والسلام الثلث، والثلث كثير إنك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس" رواه الخمسة إلا النسائي من حيث عمرو بن خارجة وأبو داود والترمذي وإن 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 مجيز. (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 و16 مارس 1998، اقترحت خلالها عدة تعديلات وإضافات من شأنها سد الثغرات والنقائص التي

(1) - لعرو ومصطفى، المرجع السابق، ص 60.

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

الفصل الثاني.....إنشاء الوصية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

تعتري 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.⁽¹⁾

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 تتعد بثلاث طرق وهي : العبارة، الكتابة والإشارة.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع أغفل مسألة التعبير عن الإرادة واستنادا إلى المادة 222 منه والتي أحالتنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وإسنادا إلى آراء الفقهاء أيضا فإن الوصية تتعد بثلاث طرق السابق الإشارة إليها والتعبير عن الإرادة يتضمن التعبير عن الإيجاب والتعبير عن القبول.⁽²⁾

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 ضمنى

(1)- مجلة الموثق، العدد6، 03جوان 1998، ص10.

(2)- علاوة بوتغرار، المرجع السابق، ص21-22.

الفصل الثاني.....إنشاء الوصية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

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 ويقرأها عليه، ثم يوقعها الموصي ويشهد الغير على ما ورد بها.(1)

3-انعقاد الوصية بالإشارة:

تتعقد الوصية بالإشارة من الأخرس أو معتقل اللسان عند الحنفية والحنابلة والشافعية مئوسا من نطقه وإذا كان العاجز عن النطق عالما بالكتابة، فإن الوصية تتعقد بالإشارة أيضا ولو كان قادر على النطق لأن الإشارة طريق من طرق التعبير عما في النفس كاللفظ أو الكتابة وخلاصة القول أن وصية الناطق تتعقد بالعبارة والكتابة وكذلك بالإشارة وهذا حسب المالكية، أما الأخرس ونحوه فإن وصيته تتعقد بالكتابة أو الإشارة إذا كان عاجزا عن الكتابة وإن كان مدركا للكتابة فإن وصيته لا تتعقد إلا بها.(2)

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

(1)- محمد مصطفى شلبي، احكام الوصايا والأوقاف، الطبعة الرابعة،الدار الجامعية للطباعة والنشر،بيروت، 1982.

(2)- محمد مصطفى شلبي، نفس المرجع.

الفصل الثاني.....إنشاء الوصية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

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 الموصي 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 نجده 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 آراء 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 أيضاً 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 مازال 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، ص55.

(2) بدران أبو العينين :نفس المرجع، ص56.

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، و عليه سوف نتطرق إلى⁽¹⁾ أحكام الوصية بمعنى الأثر القانوني وسندرس ذلك في فرعين:

الفرع الأول : أحكام الموصي:

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

أولاً:وصية المدين.

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

1- فهذه الحالة يكون تنفيذ الوصية موقوفا 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

(1)- أحمد خدور وزكي الدين شعبان، أحكام الوصية والميراث والوقف، مكتبة الفرع، ط1، الكويت، 1404هـ/1987، ص54.

الفصل الثاني.....إنشاء الوصية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

الجزائري في المادة 180 قانون الأسرة الجزائري . على تقديم الدين على الوصية وطيه فإن تنفيذ الوصية في هذه الحالة موقوفة.(1)

2- فإن كانت التركة مدينة بدين مستغرق

3- وإن كانت التركة مدينة بدين غير مستغرق

هنا تكون الوصية نافذة بدون توقف على إجازة أحد في الثلث الخالي من الدين لأنه لم يتعلق بحق لأحد كما سبق وأن أشرنا إليه.(2)

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 وبناءا على ذلك فإنه تجوز وصية المسلم للكافر، والكافر للمسلم، وكذلك تصح وصية الذمي للمسلم، و للذمي أيضا وصية المسلم للذمي وهذا بناءا 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:(3)

1-وصية الذمي:الذمي هو غير المسلم المواطن في دار الإسلام بصفة دائمة، لقد اتفق الفقهاء على جواز وصيته ذلك لأنه من أهل التملك ويملك التصرف بما له كما يشاء بالبيع

(1)- أحمد الخدور وزكي الدين شعبان، نفس المرجع،ص55

(2)- أحمد الخدور وزكي الدين شعبان، أحكام الوصية والميراث والوقف، مكتبة الفرح، طبعة، 1 الكويت،1404هـ،1987، ص56.

(3)-العريبيالحاج،المرجع السابق،ص288.

الفصل الثاني.....إنشاء الوصية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

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.⁽¹⁾

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 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 المعتبر 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 مستأمنًا كان أو في دار الحرب وهذا عند الشافعية والحنابلة ولا تصح له حال كونه في دار الحرب وتصح له إذا كان مستأمنًا وهذا عند الحنفية أما عند المالكية فهي لا تصح مطلقًا، أما وصية المستأمن فحكمه عند الحنفية هو نفس حكم الذمي فتصح الوصية له وطه لمسلم 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

(1) - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 58.

الفصل الثاني.....إنشاء الوصية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

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 مسلماً وترك دين الإسلام إلى دين 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 تبعاً لقوله الرسول صلى الله عليه وسلم: "من بدل دينه فقتلوه". 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 ودونها إنشاء الوصية وعند المالكية والشافعية فإن ماله يصبح ملكاً 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 نصاً في هذا الشأن مما يتعين معه الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي إن كانت الردة نادرة الحدوث في الوقت الحاضر.

الفرع الثاني: أحكام الموصي له.

الموصي له إما أن يكون محقق الوجود عند الوصية أو مرجع الوجود عندها كالحمل أو أن يكون معدوماً، والوجود إما شخص طبيعى أو جهة عامة أي شخص معنوي.

أولاً: شروطه.

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

⁽¹⁾ - زكي شعبان واحمد الغندور، المرجع السابق، ص 67.

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

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 معينا أو غير معين فإذا كان معينا فيشترط وجوده وقت الوصية، أي وقت إنشائها، ومن ثم يجب أن يكون هذا-الموصى له- حيا حقيقة أو تقديرا وقت الوصية، ومثل الحياة التقديرية أن يكون الموصى له جنينا.⁽¹⁾

أو شخصا اعتباريا يحق له قبول التبرعات، أما إذا كان غير معين كالفقراء والأيتام مثلا؛ 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 الموصى تبطل الوصية. أكد قانون الأسرة الجزائري على هذا الشرط في المادة 201 منه "تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصى أو يردّها".

2-1- معلومية الموصى له:

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

2- أن يكون الموصى له أهلا للتمليك وألا يكون جهة معصية.

1- أن يكون الموصى له أهلا للتمليك والاستحقاق:

(1) - العربي بالحاج، المرجع السابق، ص120.

ومن ثم فلا تصح الوصية لمن ليس أهلا للتملك والاستحقاق فمن أوصى لحيوان مثلا: بطلت وصيته.⁽¹⁾

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.⁽²⁾

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:

⁽¹⁾- بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص134، 135.

⁽²⁾- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص43، 45.

الفصل الثاني.....إنشاء الوصية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

وهم المحصورون المعروفون بأوصافهم أو جنسهم، وليسوا معروفون بأسمائهم ولم يعينوا بأشخاصهم. كأن يقول أحدهم، أوصيت للمرضى من بني فلان، أو الفقراء من عائلة محببة، فتجوز الوصية لهؤلاء باتفاق جمهور الفقهاء المسلمين.⁽¹⁾

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.

هذا هو مذهب الإمام مالك وأبو حنيفة، والمحصورون يعرف عدد لذلك لكل واحد منهم سهم عند قسمة الموصى به إن لم يوجد شرط.⁽²⁾

ب-الموصى لهم المعينون بأسمائهم وأشخاصهم:

وهم الموصى لهم المعينون بأسمائهم وأشخاصهم، كالوصية لمحمد، أو يقول : أوصيت لهذا مشيرا إلى شخص، ومن مات منهم بعد الاستحقاق ودخول الموصى به في ملكه يكون نصيبه لورثته إن كان عينا، وإن كان منفعة يرد إلى ورثة الموصى لانتهاء الوصية فيه لأن الوصية بالمنفعة لمعين تنتهي بوفاته.⁽³⁾

(1)- محمد أبو زهرة، نفس المرجع، ص375،374.

(2)- مصطفى شبلي، المرجع السابق، ص117.

(3)- محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص85،82 .

الفصل الثاني.....إنشاء الوصية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

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 بأنفراد وعند قسمة الموصى به يعمل بالشرط إن وجد وإلا كان للمعنيين 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 الإيصاء 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:

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

الفصل الثاني.....إنشاء الوصية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

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 الإيصاء هو مقيد بالثلث وهذا استنادا أيضا إلى الحديث النبوي المشار إليه ولكن في هذه الحالة يختلف الأمر فيما إذا كان للموصي وارث أم لا وسوف نتطرق إلى ذلك كما يلي:

أولا: 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 استنادا 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 بناء 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 بوتغزار، المرجع السابق، ص11

(2)- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص101.

ثانيا: إذا لم يكن للموصي وارث:

في هذه النقطة أجد أن الفقه انقسم إلى رأيين:

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 ينمن 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 يعنى 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 المادة 189 قانون الأسرة الجزائري 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

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

الفصل الثاني.....إنشاء الوصية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

فمن أوصى لزوجته الموجودة في عصمته ثم طلقت شه فيما بعد وتوفى الموصي استحققت هذه المرأة الوصية لأنها لم تصبح زوجة للموصي.⁽¹⁾

المطلب الثالث: إجراءات الوصية:

هناك جملة من الإجراءات القانونية لابد من إتباعها، كي يستطيع الموصى له الحصول على الشيء الموصى له ويملكه تمليكاً قانونياً، 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 أجد أن المشرع قد أرسى قاعدة عامة مفادها عدم انتقال الملكية إلا بعد استقاء 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)⁽²⁾ ومع خضوع العملية لدفع رسوم التسجيل.

ويستوفى مفتش التسجيل الحقوق بناءً على تصريحات الورثة أو الموصى لهم أو بناءً 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

(1) - علاوة بتغزارة، المرجع السابق، ص 126.

(2) - رامول خالدو ودوة أسيا، اقطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دار هومة للنشر، سنة 2008، لا يوجد طبعة، ص 22.

الفصل الثاني.....إنشاء الوصية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

عن جنسية الشخص المتوفى أو الورثة أو الموصى لهم، بعكس الأموال الموجودة في الخارج والتي لا تخضع لرسم نقل الملكية ولو كانت ملكا 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 عليه المادة 793 من القانون المدني.

ومن خلال المكلف بعملية الإشهار العقاري وهو المحافظ العقاري مع خضوع العملية لرسوم الإشهار العقاري مع العلم أن هناك نظامات للشهر العقاري، وهما نظام الشهر العيني.⁽¹⁾ 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 أولا وقبل الموصى له هذه الوصية، لأنه برفضه لها ترد إلى المادة 201 من قانون الأسرة.

المبحث الثالث: التنزيل في التشريع الجزائري.

التنزيل مسألة معقدة على مستوى الدراسة وعلى مستوى التطبيق العلمي، لأنه وليد اجتهاد فقهي، تلقته القوانين الوضعية ليصبح من موضوعات فقه الميراث وتطبيقاته، مما أفرز إشكاليات قبول الجسم لعضو جديد عليه من عدمه.

المطلب الأول: التنزيل قبل صدور قانون الأسرة الجزائري وبعده.⁽²⁾

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

(1) رامون خالد ودوة اسيا، المرجع السابق، ص22

(2) لعروم مصطفى، مذكرة بعنوان : الوصية بين الشريعة والقانون، ط:1998، ص26

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.⁽¹⁾

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 فيتركه جدهم حسب المناب الذي كان يستحقه والدهم طبقوا صحيح القانون.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.⁽²⁾

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 التفاته 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.⁽³⁾

(1) الأستاذ محمد العمراني، الميراث في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المؤسسة الوطنية للإتصال والنشر والإشهار، طبعة 2000، ص 229.

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

(3) لعروم مصطفى نفس المرجع، ص 26

الفصل الثاني.....إنشاء الوصية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

قد أكدت المحكمة العليا على وجوبية 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 الهكتارات 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 يجب لهم الوصية:

أتناول 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:

(1) - الإجتهد القضائي، لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001، ملف رقم 99186 قرار صادر بتاريخ: 1995/05/02، ص321.

(2) - لعروم مصطفى، مذكرة بعنوان: الوصية بين الفقه والقانون، المرجع السابق، ص26.

(3) - محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، الدار الجامعية للطباعة والشر، بيروت، لبنان، ط: 1978. ص230.

الفصل الثاني.....إنشاء الوصية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

أولاً: أن يكون المتوفى قد مات في حياة أبية حقيقية أو حكماً أو مات معه في حادث واحد كحادث المرور أو حريق أو حرب أو تهدم بناء أو غير ذلك من الحوادث الطبيعية أو الطارئة.⁽¹⁾

يستكشف من قراءة المادة 169 أن المشرع الجزائري يقصد بالموت الموت الحقيقي دون الحكمي في حين أن الحكم فيهما واحد.⁽²⁾

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

ثانياً: ألا يكون هؤلاء الأحماد وارثين للجد كان أو جدة، فإن كانوا وارثين لأحدهما كما في حالة ما إذا توفي الجد عن البنات وأحماد أو في حالة ما إذا توفيت الجدة عن بنتين وأحماد، ففي هاتين الحالين 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 تنزيله من منزلة مورثة في تركة جده أو جدته كالآتي.

فرع الولد الذكر الذي مات موتاً حقيقياً في حياة أبيه أو أمه فرع الولد الذي مات في حياة المورث موتاً حكماً 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.

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

(2) - الموت الحكمي: في حالة المفقود والغائب، وقد نمّن على أحكامهما قانون الأسرة الجزائري في مواد من 109 إلى 115.

الفصل الثاني.....إنشاء الوصية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

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 لانتفاء الإرث فيها بين المتوفين والتنزيل يجب حيث يرث الشخص أصله.(1)

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 تقديره هذا إشارة إلى أنها ليست ميراثا خالصا لأن الشارع حرّمهم منه، وإنما هي وصية وجدت عوضا عن الميراث الذي فاتهم.

إذ جاء من المادة 170 من قانون الأسرة كما يلي: أسهم الأحماد تكون بمقدار حصة أصلهم لو بقي حيا على ألا يتجاوز ذلك ثلث التركة".(2)

غير أن القانون الجزائري لم يفصل في هذه المسألة على خلاف القانون المصري في مادته 76 و 77 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 وإن كان أقل منه كما هو لأن القانون جعله الواجب الأصلي، وإن كان أكثر من الثلث كان وصية واجبة في مقدار الثلث تنفذ من غير إجازة الورثة وفيما زاد تكون وصية اختيارية تأخذ أحكامها، فإن أجازها الورثة نفذت وإن دورها بطلت وإن أجازها بعضهم وردا الزاخرين نفذت في حق من أجازها فقط.(3)

(1) محمد مصطفى شلبي: المرجع السابق، ص 232.

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

(3) قانون الوصية الواجبة المصري، رقم 71 لسنة 1946.

الفصل الثاني.....إنشاء الوصية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

وإذا لم يوهن لهم بشيء وجب لهم نصيب أصلهم ما دام في حدود الثلث بان كان مساويا له أو أقل منه، فان كان أكثر شه 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.⁽¹⁾

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 وإنما 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 84/11 قانون الأسرة الجزائري .

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.

(1) محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، المرجع السابق، ص232.

إلى جانب التنزيل بقوة القانون يوجد التنزيل الاختياري والذي لم يمن طيه هذا القانون، لكن ذلك لا يمنع به العمل وهناك أوجه تشابه وأجه 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 تزام 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 الاختياري لغير الأحفاد ولغير الورثة، حتى ولو كانوا أجانبا عن الأسرة، مثل الأصدقاء...الخ.

⁽¹⁾ لحسن بن شيخ آملويا، قانون الأسرة دراسة تفسيرية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، ج1، ط 2014، ص 137.

⁽²⁾ لحسن بن شيخ آملويا، قانون الأسرة (دراسة تفسيرية)، المرجع السابق، ص137.

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 نزلوه منزلة ولدي)، ولم يذكر الحالة التي تكون فيها عبارة المنزل غير صريحة في التسوية.

الخاتمة

بعد هذا العرض المبرز والبسيط في أسباب كسب الملكية خلصت إلى أن أحكام الوصية بقيت مستقرة طوال حقبة عديدة من الزمن، فلم يرق المشرع الجزائري المختص بقانون الأحوال الشخصية، إلا بتكريس مبادئ الشريعة الإسلامية المقررة منذ أربعة عشرة قرناً والقائل أن الوصية تصرف قانوني من جانب واحد يقضي إلى كسب الملكية إذا تصرف الموصي في ماله باعتباره تصرفاً في التركة يضاف إلى ما بعد الموت كما أنها تحتل مكانة هامة من بين تلك الأسباب لاعتبارها عملاً إرادياً منحه الله سبحانه وتعالى للإنسان لكي يتخذ منها وسيلة لمنح الغير حقاً 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.

لقله 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 الواجبة 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 أهلاً للتبرع مع توفر الرضى كما أن الموصى له يجب أن لا يكون جهة معصية ولا مجهولاً جهالة الفاحشة لا يمكن دفعها كما يجب أن لا يكون الموصي قاتلاً إلى غير ذلك من الشروط المحددة فقها وقانوناً.

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 فتكون 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 قراراتها 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، ط1، سنة 1997.

ثانيا :الكتب

1- ابن حزم علي (456هـ)، 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، ط1، الكويت. 1404هـ 1987.

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

5- بدران أبو العينين بدران، المواريث والوصية والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون، مركز الاسكندرية للكتاب 1997، بدون جزء.

6- بدران أبو العينين بدران، المواريث الوصية والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية، مصر 1990.

7- بن شويخ رشيد، الوصية والميراث، دار الخلدونية، ط2، سنة 2008 .

8- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، (الهبة، الوصية، الوقف) دار هوما للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، ط: 2004.

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

10- سيد سابق فقه السنة، مؤسسة الرسالة، المجلد الثالث، ط1، بيروت لبنان، طبعة 2002.

11- عبد الرحمان بن محمد الجزيري كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار ابن حزم لبنان، ج 1، ط1، 2000.

- 12- 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.
- 13- العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 1994.
- 14- علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكساني الحنفي، كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط2، سنة 1986، ج 10.
- 15- علاء الدين الكساني بن مسعود الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار المعرفة لبنان، ط1، سنة 2000.
- 16- لحسن بن شيخ آثملويا، قانون الأسرة دراسة تفسيره إ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، ج1، ط 2014.
- 17- ليلي زروقي والأستاذ حمدي باشا، المنازعات العقارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع بالجزائر، طبعة 2002.
- 18- محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، الكويت، دار الفكر العربي، الطبعة 7، 1409، 1988.
- 19- محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية الواجبة المصري، رقم 71 سنة 1976.
- 20- محمد العمراني، الميراث في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المؤسسة الوطنية للاتصال والنشر والإشهار، طبعة 2000 .
- 21- محمد زهدود، الوصية في القانون المدني الجزائري والشرعية الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1991.
- 22- محمد طه العلي خليفة، أحكام الدراسة التطبيقية، دار النشر والتوزيع والترجمة مصر، ط2، 2005.
- 23- محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط: 1978.
- 24- محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1982.

25-المغني عبد الله بن أحمد المقدسي(620هـ)،اختيار لتعليل المختار،مكتبة الجمهورية العربية القاهرة مصر.

26-وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته،ج10،دار الفكر دمشق سوريا،1980.

27-وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي وأدلته،الجزء08،دار الفكر دمشق،1417-1996،بيروت لبنان، لا وجود لسنة النشر.

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 74/75 الصادر 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

5- قانون التسجيل الصادر بالأمر رقم:105/76 المؤرخ في:1976/12/09

6- القانون رقم 11/84 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 01/89 المؤرخ: 1987/02/07، 14/88 .

9- قانون رقم: 84/11، مؤرخ في 9 يونيو، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر 05/02 المؤرخ في2005/02/27.

رابعا: المجلات

1-الإجتهاد القضائي، لغرفة الأحوال الشخصية،عدد خاص2001، ملف رقم 99186 قرار صادر بتاريخ: 1995/05/02.

2-الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية،عدد خاص2001، ملف رقم:160350،قرار صادر بتاريخ 1997/12/23 .

3- جريدة الشروق، العدد 03، مقال بعنوان: الوصية بجميع التركة، الإثنيين 29 مارس 2004، العدد 61036.

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

5- لعروم مصطفى، مجلة الموثق، العدد الثالث، جوان 1998.

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

7- مجلة الموثق، العدد 6، 03 جوان 1998.

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، ط7: 1998.

سابعا: المعاجم والقواميس:

1- ابن منظور أبو الفضل جمال الدين، لسان العرب، دار صادر بيروت، لبنان، 2000.

2- محمد كروم القاموس المحيط، دار الفكر لبنان، ط2002.

الفهارس

1- فهرس الآيات:

| الصفحة | السورة | رقم الآية | طرف الآية |
|----------|---------|-----------|------------------------------------|
| أ | البقرة | 132 | ووصى بها ابراهيم بنيه |
| 48-13-10 | البقرة | 180 | كتب عليكم إذا حضر أحدكم |
| 10 | النساء | 12 | ولكم نصف ما ترك أزواجكم |
| 16 | النساء | 12 | من بعد وصية يوصي بها أو دين |
| 43 | الأحزاب | 06 | إلا أن تفعلوا إلى أوليائكم معروفًا |

2- فهرس الأحاديث

| الصفحة | الراوي | طرف الحديث |
|----------|-------------------------|-------------------------------|
| 17-12-11 | عبد الله بن عمر | ما حق امرئ مسلم له شيء |
| 12 | عبد الله بن عمر | ذلك إلا وعندي وصيتي |
| 13 | ابن امامة الباهلي | إن الله أعطى لكل ذي حق حقه |
| 16 | سعد بن منصور | الإضرار في الوصية من الكبائر |
| 47 | إبن عباس | لا وصية لوارث |
| 49 | ابن عباس | إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم |
| 50 | سعد بن أبي وقاص | يا رسول الله أوصي بجميع مالي؟ |
| 58 | ابن عباس | من بدل دينه فاقتلوه |
| 62 | عامر بن سعد عن أبيه | الثالث والثلاث كثير |
| 62 | سعد بن أبي وقاص عن أبيه | إنك إن تذر ورثتك أغنياء |

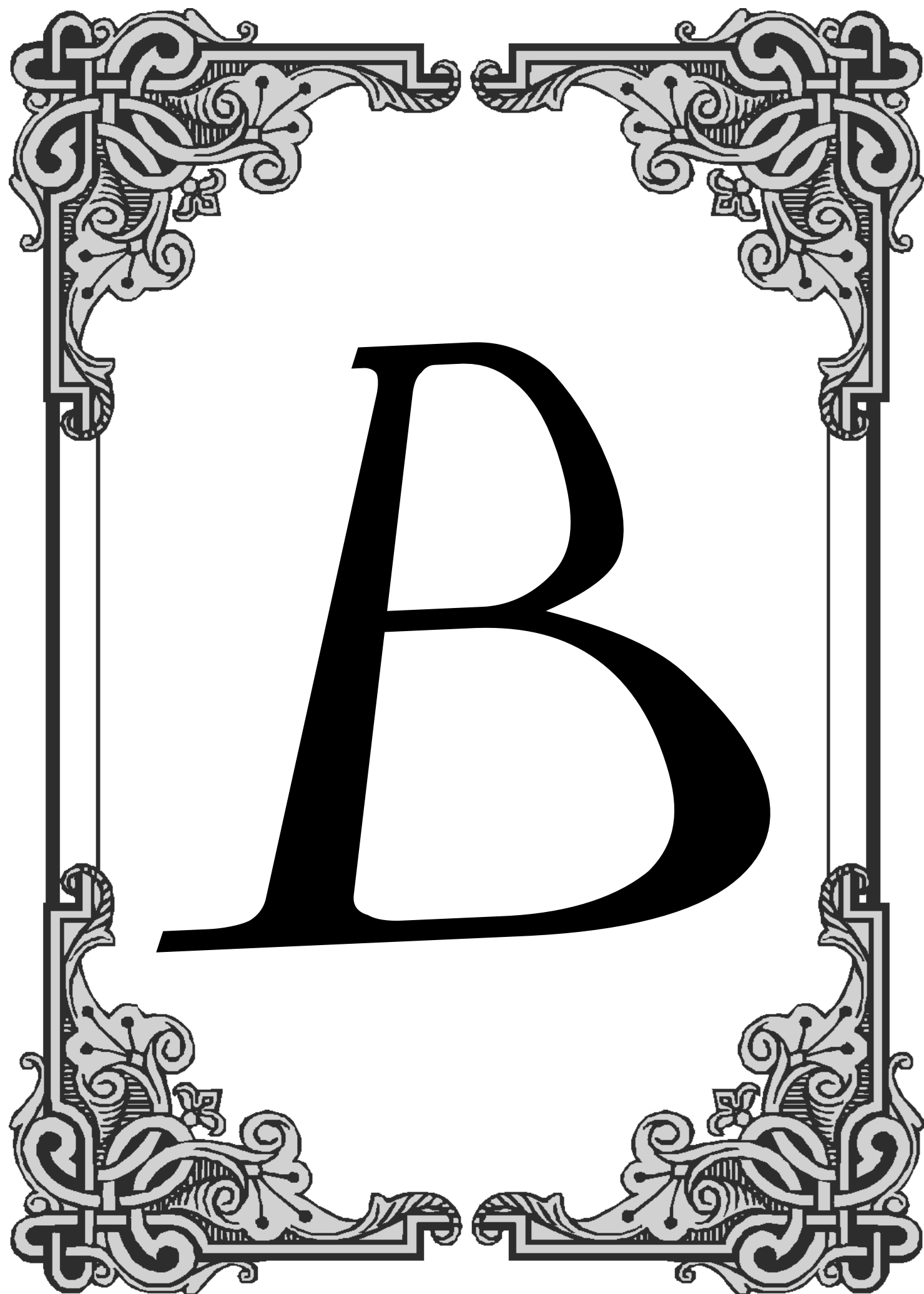
3-فهرس المحتويات

| العنوان..... | الصفحة |
|---|--------|
| الشكر والعرفان | |
| الإهداء | |
| مقدمة..... أ | |
| الفصل الأول: الطبيعة القانونية والفقهية للوصية | |
| تمهيد:..... 6 | |
| المبحث الأول :مفهوم الوصية وأركانها وشروطها..... 7 | |
| المطلب الأول :مفهوم الوصية..... 7 | |
| الفرع الأول :التعريف اللغوي..... 7 | |
| الفرع الثاني :التعريف الاصطلاحي..... 8 | |
| الفرع الثالث :التعريف القانوني..... 9 | |
| المطلب الثاني :مشروعية الوصية..... 10 | |
| الفرع الأول :دليلها من الكتاب..... 10 | |
| الفرع الثاني:دليلها من السنة..... 11 | |
| الفرع الثالث :دليلها من الإجماع والعقول..... 11 | |
| الفرع الرابع :حكم الوصية..... 11 | |
| المطلب الثالث :أنواع الوصية..... 14 | |
| الفرع الأول :الوصية الواجبة..... 14 | |
| الفرع الثاني :الوصية المستحبة والمباحة..... 15 | |
| الفرع الثالث :الوصية المحرمة والمكروهة..... 16 | |
| المبحث الثاني :إثبات الوصية وتنفيذها وشهرها..... 16 | |
| المطلب الأول :إثبات الوصية..... 16 | |
| الفرع الأول :إثباتها بموجب عقد توثيقي..... 17 | |
| الفرع الثاني:إثباتها بموجب حكم قضائي..... 19 | |

| | |
|----|--|
| 21 | المطلب الثاني :كيفية تنفيذها..... |
| 24 | المطلب الثالث :شهر الوصية..... |
| 27 | المبحث الثالث :مبطلات الوصية وأثارها..... |
| 28 | المطلب الأول :مبطلات الوصية..... |
| 28 | الفرع الأول :مبطلات الوصية من جهة الموصي..... |
| 30 | الفرع الثاني :مبطلاتها من جهة الموصى له..... |
| 31 | الفرع الثالث :مبطلاتها من جهة الموصى به..... |
| 33 | المطلب الثاني :أثار بطلان الوصية..... |
| 33 | الفرع الأول :مفهوم قبول الوصية وردها..... |
| 35 | الفرع الثاني :وقت ثبوت ملكية الموصى به للموصى له..... |
| 37 | الفرع الثالث :حكم الرجوع عن الوصية وردها بعد القبول..... |
| | الفصل الثاني :إنشاء الوصية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 40 | تمهيد..... |
| 41 | المبحث الأول :الأحكام الموضوعية للوصية بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري. |
| 41 | المطلب الأول :أركان الوصية..... |
| 41 | الفرع الأول:ركن الصيغة..... |
| 42 | الفرع الثاني :ركن الموصي..... |
| 43 | الفرع الثالث:ركن الموصى له..... |
| 43 | الفرع الرابع:ركن الموصى به..... |
| 44 | المطلب الثاني :شروط صحة الوصية..... |
| 44 | الفرع الأول:شروط الصحة في الموصى له..... |
| 45 | الفرع الثاني:شروط الصحة في الموصى به..... |
| 46 | المطلب الثالث:شروط نفاذ الوصية..... |
| 46 | الفرع الأول :شروط نفاذ الوصية في الموصي..... |

| | |
|----|---|
| 47 | الفرع الثاني :شروط نفاذ الوصية في الموصى له..... |
| 50 | الفرع الثالث :شروط نفاذ الوصية في الموصى به..... |
| 52 | المطلب الرابع:كيفية انعقاد الوصية..... |
| 52 | الفرع الأول :التعبير عن الإيجاب :ويكون بالطرق التالية..... |
| 53 | الفرع الثاني :التعبير عن القبول..... |
| 54 | المبحث الثاني:الأحكام الإجرائية والشكلية للوصية بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري. |
| 55 | المطلب الأول :أحكام أطراف الوصية..... |
| 55 | الفرع الأول :أحكام الموصي..... |
| 58 | الفرع الثاني:أحكام الموصى له..... |
| 62 | المطلب الثاني :مقدار الوصية..... |
| 62 | الفرع الأول:الوصية لغير الوارث..... |
| 64 | الفرع الثاني:الوصية للوارث..... |
| 64 | المطلب الثالث:إجراءات الوصية..... |
| 65 | الفرع الأول :التسجيل..... |
| 65 | الفرع الثاني :الإشهار العقاري..... |
| 66 | المبحث الثالث:التنزيل في التشريع الجزائري..... |
| 66 | المطلب الأول :التنزيل قبل صدور قانون الأسرة الجزائري وبعده..... |
| 67 | الفرع الأول :التنزيل قبل صدور قانون الأسرة..... |
| 67 | الفرع الثاني:التنزيل بعد صدور قانون الأسرة..... |
| 68 | المطلب الثاني:شروط ومن يجب لهم الوصية..... |
| 68 | الفرع الأول:شروط تنزيل الوصية..... |
| 69 | الفرع الثاني:من يجب لهم التنزيل..... |
| 70 | الفرع الثالث:مقدار التنزيل..... |
| 71 | الفرع الرابع:طريقة استخراج مقدار التنزيل..... |

| | |
|----|---|
| 72 | المطلب الثالث:أوجه التشابه وأوجه الاختلاف بين التنزيل الاختياري والتنزيل بقوة القانون |
| 72 | الفرع الأول :أوجه التشابه..... |
| 72 | الفرع الثاني :أوجهالاختلاف..... |
| 75 | الخاتمة..... |
| 79 | قائمة المصادر والمراجع..... |
| 84 | الفهارس..... |



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 والمانعين، كما أن في العرض الأخير تناول 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 œuvre 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.