الجمهورية الجزائرية الديقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف– المسيلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية **ميدان: الحقوق والعلوم السياسية**

قسم الحقوق **فرع: حقوق**

تخصص: قانون أسرة

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي

إعداد الطالبان:

المسعود عطوي الطيب لبوازدة

تحت عنوان

أحكام الفساد والبطلان في قانون الأسرة الجزائري (الوصية نموذجا)

لجنة المناقشة:

الأستاذ رئيسا

الأستاذ زين رشيد مشرفا ومقررا

الأستاذ مناقشا

السنة الجامعية: 2021/2020

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ سَنُرِيهِمْ آيَاتِنَا فِي الْآفَاقِ وَفِي أَنْفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ

أَوَلَمْ يَكْفِ بِرَبِّكَ أَنَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ ﴾

سورة فصلت، الآية 53.

شكر وتقدير

الحمد لله الذي أنار لنا درب العلم والمعرفة ويسر لنا انجاز هذا

نقدم جزيل الشكر والامتنان إلى كل من ساعدنا على انجاز هذا العمل من قريب

أو من بعيد في تذليل ما واجهنا من صعوبات وأخص بالذكر

الأستاذ المشرف الدكتور زين رشيد

الذي لم يبخل علينا بتوجيهه ونصائحه القيمة التي كانت عونا لنا في بحثنا

كما أقدم الشكر لوالدينا وإخواننا كما أقدم شكري إلى الزملاء والأصدقاء على

مساعدتنا في توفير المادة العلمية

إهداء

إلى كل من لا يمكن للكلمات أن توفي حقهما

إلى من لا يمكن للأرقام إن تحصي فضلهما

إلى والديا العزيزين حفضهما الله وأطال في عمرهما

والى أبنائي وبناتي الغاليين الذين بعثو فيا الحياة

الى زوجتي العزيزة

والى الأخوة والأخوات

وإلى كل الأساتذة الكرام والطلبة الأفاضل

والى جامعة المسيلة

الطالب: عطوي المسعود

إهداء

إلى كل من لا يمكن للكلمات أن توفي حقها

إلى من لا يمكن للأرقام إن تحصي فضلها

إلى والدتي العزيزة حفضها الله وأطال في عمرها

والى ابنتي الغالية فرح جوري التي بعثت فيا الحياة

الى زوجتي العزيزة

والى الأخوة والأخوات

و إلى كل الأساتذة الكرام والطلبة الأفاضل

والى جامعة المسيلة

الطالب: لبوازدة الطيب

مقدمـــــــة

مقدمـــــــــة :

الحمد لله رب العرش العظيم خالق السموات والأرض جاعل الظلمات والنور والصلاة والسلام على اشرف 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 ما تذكر وخاف الهلاك يحاول أن يتدارك ما فاته في الماضي من العمل الصالح فيبدو له أن يقدم مساعدة لغير الوارثين من أقربائه، ولقد حثنا المشرع الحنيف والسنة المطهرة على الوصية قبل الموت وأخذ الحزم والحيطة في ذلك لأنه تفاجئنا الموت ونحن على غير وصية ولا ينبغي للمؤمن أن يغفل على ذكر الموت والاستعداد له، فينبغي أن يكون متأهبا لذلك فيكتب وصيته ويجمع فيها ما يحصل له الأجر ويحط عنه الوزن 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 الله تعالى:{وَوَصَّىٰبِهَا إِبْرَاهِيم ُبَنِيهِ وَيَعْقُوبُ يَابَنِيّ َإِنَّاللَّهَ اصْطَفَى ٰلَكُمُ الدِّين َفلا تموتن إِلَّا وَأَنتُم مُّسْلِمُونَ }الآية 132سورة البقر، وهذه الآية تدل على أن خليل الله إبراهيم عليه السلام وصى بنيه قبل الموت لما اصطفاه الله من الذين، فأوصاهم بان لا يدعوا هذا الدين وان يلازموه حتى الممات، فلا تموتن إلا وانتم المسلمون.

كما أن للوصية أهمية بالغة من الناحية الدينية، كان لها ذلك الاهتمام أيضا من الناحية القانونية فنظمت 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 بحت وثانيهما قانوني صرف ولهذا يجدر بنا الإحاطة بهذين الجانبيين، ونظرا لأهمية الوصية وكثرة انتشارها في الحياة العملية فقد 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 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 أول: من المادة 184 إلى المادة 201.

أهمية الموضوع:

تتجلى أهمية الموضوع أن للوصية أهمية دنيوية وأخروية، وذلك لما تحققه للفرد من حرية التصرف في ثلث المال في حياته وله من ثواب وأجر في أخرته.

أسباب اختيار الموضوع:

تنوعت الأسباب الدافعة لاختيار هذا الموضوع من بينها :

1-الرغبة الملحة للبحث في الموضوع .

2-الحاجة العلمية والعملية لمثل هذه المواضيع .

3-ما يجهله المجتمع بصفة عامة عن موضوع الوصية.

4-أهمية الموضوع في حد ذاته كانت سببا ودافعا لدراسته وتناول تفاصيله .

الهدف من الموضوع:

نصبو من خلال هذه الدراسة إلى جملة من الأهداف :

- أسمى هدف من معالجة هذا الموضوع، هو نشر قيم الترابط بين المجتمع وهذا من وصية الغني للفقير، وصية الموصي ببناء مسجد ...الخ.
- إبراز الأحكام الحقيقية للوصية حتى لا يشكل عائق الهام الأشخاص الذين هم هذا الموضوع مثال ذلك الورثة .
- إضافة المعلومات المستجدة لهذا الموضوع نظرا لتعديلات التي تلحق بالنصوص القانونية .
- إبراز الآراء الفقهية للمذاهب الأربعة والفقهاء وشرح القوانين التي اعتمدها المشرع الجزائري في معالجة الوصية.

الإشكالية:

بناءا على ما سبق توضيحه يمكن طرح الإشكال التالي:

ما مفهوم الوصية ؟ وما مبطلاتها ؟

وهذه الإشكالية تتفرع عنها التساؤلات التالية :

- ما مفهوم الوصية ؟
- ما هي مبطلات الوصية ؟

المنهج المتبع:

للإجابة على هذه الإشكالات تم اعتماد المنهج التحليلي والمنهج المقارن وهما المنهجان الأساسيان في هذا البحث، بحيث تم استعمال أدوات التحليل بغية الوصول إلى الهدف من الموضوع، والمنهج المقارن عند اللجوء إلى المقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري فيما يخص موضوع الوصية، بالإضافة إلى حالات تم الاعتماد فيها على المنهج الاستدلالي عند الاستدلال بالآيات القرآنية وبنصوص الستة النبوية .

الصعوبات التي واجهتنا في إعداد البحث :

- قلة المراجع المتخصصة في هذا المجال لا نقصد المراجع العامة إنما المراجع الخاصة.
- التقيد بعدد محدد من الصفحات، يضيق مجال التوسع في دراسة الموضوع الذي ربط بين جانبين مهمين الجانب الفقهي والجانب التشريعي.
- الوضعية المرضية التي تمر بها البلاد في الوقت الراهن لتفشي وباء كورونا (كوفيد 19).

خطة البحث:

وللإجابة على الإشكالات السابقة ارتأينا اعتماد خطة بحث من فصلين:

تناولنا في الفصل الأول طبيعة الوصية في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، وذلك في مبحثين تم التطرق في المبحث الأول إلى مفهوم الوصية ومشروعيتها، أما في المبحث الثاني تناولنا فيه إثبات الوصية وتنفيذها، أما في الفصل الثاني تناولنا فيه مبطلات الوصية وأثارها، حيث خصصنا المبحث الأول لدراسة كيفية انعقاد الوصية بين الفقه و القانون ، أما المبحث الثاني فقمنا من خلاله بدراسة مبطلات الوصية وآثارها.

الفصل الأول

طبيعة الوصية بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

المبحث الأول: مفهوم الوصية ومشروعيتها

المطلب الأول:مفهوم الوصية

الفرع الأول:تعريف الوصية لغة

الوصية اسم من أوصى يوصي ايصاء وجمعها وصايا، والوصية هي ما أوصيت به فيقال أوصى الرجل ووصاه أي عهد إليه.

والوصية من الوصل فيقال وصى الشيء بالشيء وصيا أي وصله وسميت وصية لاتصالها بأمر الميت، فالموصي وصل ما كان في حياته بعد موته ويوصيكم الله أي يفرض عليكم لقوله عز وجل: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلّا بِالْحَقّ ذَٰلِكُم وَصَّاكُم بِهِ لَعَلَّكُم تَعْقِلُون﴾[1] والمقصود أن ذلك أمر محكم علينا.

وتطلق الوصية على ما يوصي به الإنسان من مال أو غيره لقوله تعالى: ﴿مِّن بَعْد وَصِيَّةٍ تُوصُون بِهَا أَو دَيْنٍ﴾[2]، كما تطلق على فعل الموصي وهو الايصاء لقوله عز وجل:﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَان ذَوَا عَدْل مِّنكُمْ أَوْ آخَرَان مِنْ غَيْرِكُمْ.....﴾[3].

وعليه فالوصية و الايصاء لهما المدلول اللغوي ذاته، فلا فرق أن يكون الفعل تبرعا بمال أو عهد إلى الغير بتصرف من التصرفات.

الفرع الثاني :التعريف الاصطلاحي

يتضمن هذا البند تعريف الوصية في الفقه الإسلامي ثم في الاصطلاح القانوني، ونحاول من خلال التعريف معالجة ما إذا كانت الوصية عقدا أو تصرفا انفراديا.[4]

---

[1] سورة الأنعام، الآية 151.

[2] سورة النساء، الآية 12.

[3] سورة المائدة، الآية 106.

[4] مايا دقايشية، أحكام الرجوع في عقود التبرعات، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ،الجزائر، ص18.

الفقرة الأولى: تعريفها في الفقه الإسلامي

إن الباحث عن ماهية الوصية في ثنايا المصادر الفقهية يجد أن الفقهاء قد انقسموا إلى أربع اتجاهات منهم من يعرف الوصية بأنها عقد وهناك من يعتبرها تصرفا، وآخرون يرونها تمليكا,ومن يكتفي بأنها تبرع، وتوضح تلك التعريفات على النحو التالي:

التعريف الأول: الوصية عقد

يقصد بالعقد لغة الشد والربط والإحكام والإلزام، ويطلق أيضا على العهود وللعقد اصطلاحا معنيين معنى عام وهو كل التزام ينشأ عنه حكم شرعي سواء صدر من طرف واحد أومن طرفين، فيكون بذلك أقرب للمعنى اللغوي ومرادفا للالتزام والتصرف.

معنى خاص وهو تعلق كلام احد العاقدين بالآخر، وعليه فهو يتم بين إرادتين متقابلتين أي بإيجاب وقبول.[1]

وقد عرف ابن عرفة الوصية بأنها: عقد يوجب حقا في ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده.

فقوله: يوجب حق في ثلث عاقدة هو قيد اخرج به ما يوجب حقا في رأس ماله مما عقده على نفسه.

وقوله: يلزم بموته قيد اخرج به الهبة لأنها تمليك حل لحياة لا بعد الموت وقوله أو نيابة عنه

بعده إدخال للايصاء لشخص وإسناد الوصية إليه.

ومن خلال التعريف يطرح التساؤل الآتي:

هل الوصية عقد بالمعنى الخاص يستوجب انعقادها توافق الإيجاب والقبول ؟ أم هي عقد بالمعنى العام المرادف للتصرف أو الالتزام؟

[1] مايا دقايشية، المرجع السابق، ص 18

ولبيان هذه المسألة بحثنا في أركان الوصية عند فقهاء المالكية فوجدنا أن أركان الوصية أربعة.

موصي وموصى له وموصى به وصيغة.

ثم ورد في الموضع ذاته أن قبول الموصى له البالغ الرشيد المعين هو شرط لزوم ووجوب الوصية له وان الوصية لغير معين كالفقراء فلا يشترط فيها القبول لتعذره.

وبناء عليه نستخلص أن كلمة ركن وردت على غير حقيقتها باعتبار أن قبول الموصى له المعين شرط للزوم الوصية لا ركنا لانعقادها.

وعلى هذا تنعقد الوصية عند المالكية بإيجاب الموصي، أما قبول المعين فهو أمر زائد على أصل العقد لان شرط لزوم ووجوب الوصية له.

وتأسيسا على ما تقدم تعد الوصية حسب هذا الرأي عقدا بالمفهوم العام مضافا إلى ما بعد الموت ، لأن العقود بإرادة واحدة عقود شرعية وفق المعنى العام للعقد الذي يشمل جميع التصرفات والالتزامات التي تترتب عليها آثار شرعية.[1]

التعريف الثاني: الوصية تصرف

ورد تعريف الوصية في اللباب–وهو مصدر مالكي – كالآتي :

الوصايا حقيقتها تصرف المالك في جزء من حقوقه موقوف على موته على وجه يكون له الرجوع فيه يضع هذا التعريف الوصية في مصف التصرفات الانفرادية لا في مصف العقود لانعقادها بإرادة الموصي المنفردة، وهو بذلك يضفي عليها وصفها الحقيقي تماشيا مع اعتبار القبول شرط لزوم في المعين لا ركنا من أركان الوصية–كما سبق بيانه عند المالكية – أما الوصية لغير معين كالفقراء أو لجهة من الجهات كالمسجد فتلزم بمجرد الموت، وعليه فالقبول ليس شرط في جميع صور الوصية.

[1] عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار الفكر، مجلد 01، ج01، ص76.

وجدير بالملاحظة أنه يدرج إمكانية الرجوع عن الوصية قبل الموت، وهو بذلك يبرز عدم لزوم الوصية في تعريفها .[1]

التعريف الثالث: الوصية تمليك

وظف المالكية مصطلح تمليك لتعريف الوصية فقد جاء في **مواهب الجليل:** الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع .

وأما الحنيفة فهم أكثر من اعتمد هذا اللفظ لبيان مفهوم الوصية، فالتعريف السابق هو ذاته الوارد في تحفة الفقهاء.

وذكر أيضا الدر **المختار:** الوصية تمليك إلى ما بعد الموت عين كان أودينا. وفي تبين الحقائق وتكملة فتح **القدير:** الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان عينا أو منفعة.

ونلاحظ أن هذه التعريفات متقاربة اللفظ والمعنى، فهي تفيد أن الوصية تمليك مضاف إلى حال زوال الملك فلو أضيف إلى حال قيامه لكان باطلا، وبذلك تنفصل الوصية عن البيع والإجارة والهبة لأنها عقود لا تحتمل الإيجاب بعد الموت. وتكون الوصية تبرعا دون عوض سواء كانت من الأعيان أو المنافع، وبعد ذلك قيد يخرج به الواجب كالزكاة والكفارة لان التبرع هو التطوع بما ليس بواجب ولا فيه بدل.

ولكن الإشكال يدور حول لفظ تمليك فهل يقصد به أن الوصية عقد أم تصرف انفرادي؟

بالرجوع إلى مفهوم التمليك اصطلاحا نجده يفيد: "إزالة ملك المتصرف عما تصرف فيه ونقله إلى ملك غيره، سواء كان المنقول عينا أو منفعة وسواء كان بعوض أو بغير عوض".[2]

وبناء عليه نخلص إلى أن مصطلح تمليك قد يغني عن إضافة لفظي عينا أو منفعة، إلا انه لا يفيد بالضرورة أن الوصية تصرف انفرادي لان التمليك بحسب مفهومه هو نقل للملك في عقود المعاوضات أيضا مثل البيع.

---

[1] مايا دقايشية، المرجع السابق، ص21.

[2] احمد الصويعي شلبيك، أحكام الإسقاط في الفقه الإسلامي، دار النقاش، الأردن، الطبعة 1, 1999، ص26.

وهو الأمر الذي يوجب علينا بيان أركان الوصية عند أصحاب التعاريف.

لنركن إلى المعنى الحقيقي المقصود من لفظ التمليك.

فأما عن تعريف المالكية المذكورة فينصرف التمليك فيه إلى التصرف الانفرادي لا إلى العقد لأن فقهاء المالكية –كما سبق بيانه– اعتبروا الإيجاب ركن الوصية الوحيد ولم يطلق عليها لفظ عقد إلا بالمفهوم العام له. وأما الحنفية فقد اختلفوا في تحديد ركن الوصية فكان لهم رأيان :

الأول: و به قال الإمام أبو حنيفة وصاحباه، ومفاده أن ركن الوصية هو الإيجاب من الموصي والقبول من الموصى له. فما لم يوجدا جميعا لا يتم الركن.

الثاني: و به قال زفر ومفاده أن ركن الوصية هو الإيجاب من الموصي فقط .

وتأسيسا عليه فالوصية عند جمهور الحنفية عقد بالمعنى الخاص يستوجب انعقاده توفق الإيجاب والقبول، أما عند زفر ومن وافقه فهي تصرف انفرادي محض.

التعريف الرابع:الوصية تبرع

التبرع لغة: هو العطاء من غير سؤال والتفضل بما ليس بواجب، وعليه فالتبرع هو العطاء بغير عوض أو مقابل.

وقد عرف الشافعية الوصية بأنها تبرع بحق مضاف ولو تقديرا لما بعد الموت .

وعرفها الحنابلة كالآتي: الوصية بالمال هي التبرع به بعد الموت، وجاء في الإنصاف أن التعريف الصحيح عند الحنابلة هو: الأمر بالتصرف بعد الموت والوصية بالمال هي التبرع به بعد الموت فتكون الوصية بذلك شاملة للايصاء.

ونلاحظ أن أصحاب التعاريف اكتفوا بالتركيز على أن الوصية تبرع أي غير بدل، ولكن تجدر الإشارة إلى أنها تعد تصرفا انفراديا عندهم فالشافعية في قول لهم والحنابلة اعتبروا القبول

شرط لثبوت الملك بعد الموت ويرى الشافعية في قولهم الثاني أنها تمتلك بمجرد وفاة الموصي كالإرث ولا تفتقر إلى قبول .[1]

وخلاصة القول:أن التعريفات التي ذكرناها متقاربة المعنى وان اختلفت عبارتها فكلها تتفق على أن الوصية تمليك للغير مضاف لما بعد الموت.

وأما خلافها فيمكن في الآتي :

- اعتبار الوصية عقد أو تصرف انفرادي.
- إدراج القيود في التعريف من عدمه على أساس بيانها في الشروط المنصوص عليها لاحقا في كل من الموصي والموصى له والموصى به
- إضافة صفة الوصية في التعريف بذكر إمكانية الرجوع عنها.

الفقرة الثانية: تعريفها قانونا

أولا: الوصية في القانون المدني الجزائري.[2]

يعتبر المشرع الجزائري الوصية طريقا من طرق اكتساب الملكية، ويرى فقهاء القانون أنها تحتل مكانة هامة بين تلك الطرق، ذلك أن الوصية عمل إرادي يفضي إلى منح الغير حقا مشروعا.

وتعد الوصية في القانون الجزائري من قبيل الأحوال الشخصية فقد أخضعها المشرع لأحكام قانون الأسرة بنص المادة 775 من القانون المدني حيث جاء فيها أنه: يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها.

كما أنه يسري على الأحكام الموضوعية للوصية قانون جنسية الموصي وقت موته وهو ما نصت عليه المادة 106 من القانون المدني. وهذا وقد ألحق المشرع بالوصية تصرفين هما:

[1] مايا دقايشية , المرجع السابق , ص 27

[2] تناولها الأمر 75-58المؤرخ في 1975/12/26 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، في القسم الثاني من الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الثالث الخاص بالحقوق العينية الأصلية، و خصص لها المواد 775الى 777

1- **التصرف في مرض الموت:** لم يبين المشرع الجزائري مفهوم مرض الموت وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد تعريفات عديد منها: مرض الموت هو كل مرض يخاف منه الهلاك ويتصل به الموت فعلا، وقد رجح الدكتور عبد الكريم زيدان هذا التعريف للحنابلة لاشتراطه أمرين، كون المرض مخوف أي يقع الموت بسببه غالبا لا ندرة واتصاله بالموت دون تقييد بوقت، وقد جاء في قرار المحكمة العليا رقم 33719 المؤرخ في 84/07/09 ما يأتي: من المقرر شرعا أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطير ويجر إلى الموت و به يفقد المتصرف وعيه وتمييزه.

وجدير بالذكر أن كل تصرف تبرعي يصدر عن الشخص في مرض موته يأخذ حكم الوصية ويعتبر مضافا لما بعد الموت وهو ما جاء بنص المادة 776 مدني: كل تصرف قانوني يصدر عن الشخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف.

2- **التصرف للورثة مع الاحتفاظ بالحيازة:** الحيازة هي وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء أو حق من الحقوق قصد الظهور بمظهر المالك.

وقد نصت الماد 777 مدني على أنه: يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد الورثة واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مد حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك. وعليه يشترط لاعتبار التصرف وصية:

* أن يكون لأحد الورثة.
- أن يحتفظ المتصرف بحيازة العين المتصرف فيها مدى الحياة.
- أن يحتفظ المورث بحقه في الانتفاع مدى الحياة.

وهو ما أكدته المحكم العليا في قرارها رقم 59240 المؤرخ في 5 مارس 1990.[1]

وتجدر الإشارة أن المشرع قد ألحق هذين التصرفين بالوصية حماية للورثة لتعلق حقهم بمال مورثهم منذ حلول مرض الموت، وردا للاحتيال على أحكام الوصية.

[1] قرار المحكمة العليا , رقم 59240.

ثانيا: الوصية في قانون الأسرة

ورد تعريف الوصية في المادة 184 من قانون الأسرة حيث جاء فيها: " الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع. " وهو تعريف مطابق لما جاء في مواهب الجليل وتحفة الفقهاء، وهنا نتساءل حول مصطلح "تمليك": هل قصد به المشرع أن الوصية عقد أم تصرف انفرادي؟[1]

وبالرجوع إلى النص الفرنسي (ورد في النص الفرنسي "l'acte le testament est.. ومعنى acte هو تصرف.) نجده أدق في ألفاظه حيث اعتبر الوصية تصرفا. وبإمعان النظر في المواد المنظمة لأحكام الوصية نجد المادة 201 تعتبر رد الوصية مبطلا لها حيث جاء فيها: " تبطل الوصية... بردها " غير أن ذلك لا يفيد بأن القبول ركن يؤدي تخلفه إلى بطلان الوصية وإنما دل لفظ " تبطل الوصية " على انعدام أثرها لسبب مستقل عن أركانها، فقد قابل لفظ "تبطل" في النص الفرنسي مصطلح "CADUC" والذي يقصد به انعدام أثر التصرف لسبب خارجي يطرأ بعد التكوين أو الانعقاد وليس مصطلح NUL" المقصود به البطلان.

وبذلك فالوصية تنعقد بإيجاب الموصي وأما قبول الموصى له المعين فهو شرط لثبوت الملك ولزومها، ويتأكد ذلك أيضا بنص المادة 197 من قانون الأسرة: " يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي" الأمر الذي يجعلها تصرفا قانونيا من جانب واحد.

هذا وتجدر الإشارة أنه بالرجوع إلى المادة 191 من قانون الأسرة نجدها تنص صراحة على أن إثبات الوصية قانونا يتم بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك.

وتأسيسا على كل ما تقدم نخلص إلى أن الوصية في حقيقتها تصرف قانوني من جانب واحد، ولكن إثباتها يقتضي إفراغها في عقد رسمي أمام الموثق.

وعليه فالوصية تعد من العقود التصريحية الإحتفائية، والتي يقتصر فيها دور الموثق على استقبال التصريح فيحرر بشأنه عقد في قالب رسمي متى كان غير مخالف للقانون.

[1] محمد صبري سعدي , الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر, ط4, 2007, ج1،ص40.

وقد يكون ذلك سببا وراء اعتبار الوصية عقدا في بعض القرارات الصادرة عن المحكمة العليا، فقد جاء في القرار رقم 75598 الصادر في 91/02/24 ما يأتي:" إن تطبيق نصوص قانون الأسرة لا يحضر مادام هذا النص مطابق للشريعة الإسلامية التي كانت مطبقة وقت إبرام عقد الوصية، وإن نصوص قانون الأسرة ليست منشئة لأحكام جديدة لم تكن مطبقة وقت إبرام عقد الوصية، فهذا مجرد تكريس لأحكام الشريعة الإسلامية في تقنين يسهل العمل القضائي.

وجاء في القرار رقم 278004 الصادر بتاريخ 2002/01/16 الآتي: " إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين، وعليه فإن القضاء برفض الدعوى الرامية إلى إلغاء عقد الوصية هو قضاء سليم مادام قصد الهالك ينصرف إلى توزيع أملاكه على الورثة أثناء حياته.

ونظرا للانتقادات الموجهة للتعريفات المذكورة نقترح التعريف الآتي: " الوصية تصرف انفرادي ينقل بمقتضاه المالك حقا من حقوقه إلى ما بعد الموت على وجه التبرع " وهو تعريف يظهر فيه بوضوح ما يأتي:

- أن الوصية تصرف انفرادي.
- أنها تصرف تبرعي.
- أنها مضاف إلى ما بعد الموت.

وحوصلة القول أن جمهور الفقهاء اعتبروا الوصية تصرفا انفراديا ينعقد بإيجاب الموصي وقد وافقهم القانون في ذلك إلا أن أغلبهم في ثنايا مصادرهم قد أطلق على الوصية لفظ "عقد" وإن كان بالمفهوم العام له إعمالا لمعنى التقوية والعهد فيه.

هذا وتعد الوصية عقدا تصريحيا في الحياة التوثيقية وهو ما يجعلنا نعتبر الوصية من عقود التبرعات .

المطلب الثاني:مشروعيتها

وهي مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع.

الفرع الأول: من الكتاب

يقول الله سبحانه: ﴿كُتِب َ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَر َ أَحَدَكُمُ الْمَوْت ُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْن ِ وَالْأَقْرَبِين َ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾[1]. ويقول جل شأنه: ﴿...مِن ْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَو ْ دَيْنٍ .....﴾[2]. ويقول عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَة ُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِين َ الْوَصِيَّةِ اثْنَان ِ ذَوَا عَدْل ٍ مِّنكُمْ ....﴾[3]

الفرع الثاني: من السنة

من السنة النبوية نجد الأحاديث الآتية [4]:

1- روى البخاري ومسلم عن ابن عمر رضي الله عنه قال: قال رسول الله صل الله عليه وسلم: ﴿ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه، يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده ﴾ . قال ابن عمر: ما مرت علي ليلة منذ سمعت رسول الله صل الله عليه وسلم يقول ذلك إلا وعندي وصيتي . ومعنى الحديث أن الحزم هو هذا فقد يفاجئه الموت، قال الشافعي: ما الحزم والاحتياط للمسلم إلا أن تكون وصيته مكتوبة عنده، إذا كان له شيء يريد أن يوصي فيه لأنه لا يدري متى تأتيه منيته فتحول بينه وبين ما يريد من ذلك.

2-وروى احمد والترمذي وأبو داوود وابن ماجة، عن أبي هريرة، عن الرسول صل الله عليه وسلم، قال: "إن الرجل ليعمل والمرأة بطاعة لله ستين سنة ثم يحضرهما الموت فيضاران في الوصية فتجب لهما النار"ثم قرأ أبو هريرة: ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى ٰ بِهَا أَو ْ دَيْن ٍ غَيْر َ مُضَارٍّ ۚ وَصِيَّةً مِّن َ اللَّهِ ۗ وَاللَّه ُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ﴾[5].

---

[1] سورة البقرة، الآية 180.

[2] سورة النساء، الآية 11.

[3] سورة المائدة, الآية 106.

[4] فقه السنة، طبعة جديدة مضبوطة ومفهرسة، المجلد 3، دار الجليل بيروت، ص ص295-296.

[5] سورة النساء، الآية 12.

3- وروى ابن ماجة عن جابر قال: قال رسول الله صل الله عليه وسلم :"من مات على وصية مات على سبيل وسنة ومات على تقي وشهادة ومات مغفورا له "، وفيما يخص الفرع الثالث قد أجمعت الأمة على مشروعية الوصية .

الفرع الثالث: الإجماع

وصية الصحابة:لقد انتقل الرسول صل الله عليه وسلم إلى الرفيق الأعلى ولم يوص لأنه لم يترك مالا يوصي به، روى البخاري عن ابن أبي أوفى انه صل الله عليه وسلم لم يوص قال العلماء في تعليل ذلك: لأنه لم يترك بعده مالا، وأما الأرض فقد سبلها، وأما السلاح والبغلة فقد أخبر أنها لا تورث، ذكره النووي. أما الصحابة ف، أخرج عبد الرزاق بسند صحيح أن أنسا **رضي الله عنه قال:** كانوا يكتبون في صدور وصاياهم.

بسم الله الرحمن الرحيم: هذا ما أوصى به فلان بن فلان أن يشهد أن لا اله إلا الله وحده لا شريك له ويشهد أن محمدا عبده ورسوله وان الساعة آتية لا ريب فيها وان الله يبعث من في القبور و أوصى من ترك من أهله أن يتقوا الله ويصلحوا ذات بينهم ويطيعوا الله ورسوله إن كانوا مؤمنين وأوصاهم بما أوصى به إبراهيم بنيه ويعقوب: "إن الله أصطفى لكم الدين فلا تموتن إلا وانتم مسلمون "[1].

الفرع الرابع: حكمتها

جاء في الحديث عن رسول الله صل الله عليه وسلم قال:"إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم زيادة في أعمالكم فضعوها حيث شئتم أو حيث أحببتم". والحديث ضعيف، أفاد هذا الحديث أن الوصية قربة يتقرب بها الإنسان إلى الله عز وجل في آخر حياته كي تزداد حسناته أو يتداركها ما فاته، ولما فيها من البر بالناس والمواساة لهم.

[1] فقه السنة، المرجع السابق، ص297.

الفرع الخامس: حكمها

أما حكمها أي وصفها الشرعي من حيث كونها مطلوبة الفعل أو الترك فقد اختلف العلماء فيه إلى عدة آراء نجملها فيما يلي:

الرأي الأول: يرى أن الوصية واجبة على كل من ترك مالا سواه أكان المال قليلا أم كثيرا قاله الزهري وأبو مجلز. وهذا رأي ابن حزم، وروى الوجب عن ابن عمر وطلحة والزبير وعبد اللهب نابي أوفى وطلحة بن مطرف وطاوس والشعبي قال: وهو قول أبي سليمان وجميع أصحابنا .واستدلوا بقول الله تعالى: {كتب عليكم إذا حضر احد كم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين[1]}.

الرأي الثاني: يرى أنها تجب للوالدين والأقربين الذين لا يرثون الميت وهذا مذهب مسروق وإياس وقتادة وابن جرير والزهري.

الرأي الثالث: وهو قول الأئمة الأربعة والزبدية أنها ليست فرضا على كل من ترك مالا كما في **الرأي الأول:** ولا فرضا للوالدين والأقربين غير الوارثين كما هو الرأي الثاني وإنما يختلف حكمها باختلاف الأحوال فقد تكون واجبة أو مندوبة أو محرمة أو مكروهة أو مباحة.[2]

وجوبها: فتجب في حالة ما إذا كان على الإنسان حق شرعي يخشى أن يضيع إن لم يوص به، كوديعة ودين لله أو لآدمي، مثل أن يكون عليه زكاة لم يؤدها أو حج لم يقم بها وتكون عنده أمانة تجب عليه أن يخرج منها أو يكون عليه دين لا يعمله غيره أو يكون عنده وديعة بغير إشهاد.[3]

استحبابها: وتندب في القربات وللأقرباء الفقراء وللصالحين من الناس.

حرمتها: وتحرم إذا كان فيها إضرار بالورثة . روى عبد الرزاق عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صل الله عليه وسلم :"إن الرجل ليعمل بعمل أهل الخير سبعين سنة فإذا أوصى

[1] سورة البقرة ، الآية 180.

[2] فقه السنة، المرجع، السابق ص 297.

[3] المرجع، نفسه ص 298 .

جاف في وصيته فيختم له بشر عمله فيدخل النار. وإن الرجل ليعمل بعمل أهل الشر سبعين سنة فيعدل في وصيته فيختم له بخير عمله فيدخل الجنة". قال أبو هريرة اقرؤوا إن شئتم: {تلك حدود الله فلا تعتدوها [1]}.روى سعيد بن منصور بإسناد صحيح قال ابن عباس: "الإضرار في الوصية من الكبائر " ورواه النسائي مرفوعا ورجاله ثقات، ومثل هذه الوصية التي يقصد بها الأضرار باطلة ولو كانت دون الثلث[2]، وتحرم كذلك إذا أوصى بخمر أو ببناء كنيسة أو دار للهو.

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

إباحتها: وتباح إذا كانت لغني سواء أكان الموصى له قريبا أم بعيدا.

ركنها :

وركنها الإيجاب من الموصي، والإيجاب يكون بكل لفظ يصدر منه متى كان هذا اللفظ دالا على التمليك المضاف إلى ما بعد الموت بغير عوض مثل: أوصيت لفلان بكذا بعد موتي أو وهبت له ذلك أو ملكته بعدي، وكما تنعقد الوصية بالعبارة تنعقد كذلك بالإشارة المفهمة متى كان الموصي عاجزا عن النطق كما يصح عقدها بالكتابة، ومتى كانت الوصية غير معينة بان كانت للمساجد أو الملاجئ أو المدارس أو المستشفيات فإنها لا تحتاج إلى قبول بل تتم بالإيجاب وحده لأنها في هذه الحال تكون صدقة, أما إذا كانت الوصية لمعين بالشخص فإنها تفتقر إلى قبول الموصى له بعد الموت أو قبول وليه إن كان الموصى له غير رشيد، فإن قبلها تمت وان ردها بعد الموت بطلت الوصية وبقيت على ملك ورثة الموصي والوصية من العقود الجائرة التي يصح فيا للموصي أن يغيرها أو يرجع عما شاء منها أو يرجع عما أوصى به

[1] محمد الشوكاني، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار،ج6، دار الجيل، بيروت ،لبنان، 1973، ص 147.

[2] جمال الدين الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية وبغية الألمعي في تخريج الزيلعي، دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة، 2008، ص ص 492-493.

والرجوع يكون صراحة بالقول كان يقول: رجعت عن الوصية ويكون دلالة بالفعل مثل تصرفه في الموصى به تصرفا يخرجه عن ملكه مثل أن يبيعه.

متى تستحق الوصية: ولا تستحق الوصية للموصى له إلا بعد موت الموصي وبعد سداد الديون، فإذا استغرقت الديون التركة كلها فليس للموصى له شيء لقوله تعالى:{من بعد وصية يوصي بها أودين}.

الوصية المضافة أو المعلقة بالشرط: وتصح الوصية المضافة أو المعلقة بالشرط أو المقترنة به متى كان الشرط صحيحا والشرط الصحيح: هو ما كان فيه مصلحة للموصي أو الموصى له أو لغيرهما ولم يكن منهيا عنه ولا منافيا لمقاصد الشريعة ومتى كان الشرط صحيحا وجبت مراعاته مادامت المصلحة منه قائمة، فان زالت المصلحة المقصودة منه أو كان غير صحيح لم تجب مراعاته.

المبحث الثاني: إثبات الوصية وتنفيذها

المطلب الأول:إثبات الوصية

الفرع الأول: أركان الوصية

يرى أكثر الفقهاء أن أركان الوصية أربعة موصي وموصى له وموصى به والصيغة, ويرى البعض أنها تنعقد بالإيجاب والقبول والبعض يرى أنها تنعقد بإرادة الموصي وحدها.

فالإرادة المنفردة وحدها كافية لنشوة الوصية ولكن لا مانع من أن تتم بالإيجاب والقبول شريطة أن يكون القبول بعد وفاة الموصي لكي يتأكد حق الموصى له فيها وهذا ما قضت به المادة 197 ق.إ.ج يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي.[1]

وفيما يخص الانعقاد والإثبات فقد نصت المادة 191 من ق.إ. ج على أنه تثبت الوصية:

1- بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك.

[1] بن شويخ الرشيد، الوصية و الميراث في قانون الأسرة الجزائري,دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الطبعة1-2008، ص 09.

2- وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ويؤشر به على هامش أصل الملكية.

ويفهم من خلال النص أن التصريح أمام الموثق بالوصية من طرف الموصي وفي حالة المانع القاهر.

- نعتقد أن هذه الحالة تعني مرض الموت التي من خلاله قد يصرح أمام الشهود بالوصية.
- يتم إثباتها بحكم قضائي.

ومن خلال النص يتضح أن إثبات الوصية يكون بالورقة الرسمية الصادرة عن الموثق المكلف بإفراغ الوصية في قالب رسمي، وحالة عدم إفراغها في شكل رسمي يمكن استصدار حكم قضائي بثبوتها عن طريق وسائل أخرى والقاضي لا يثبت الوصية إلا إذا قام دليل على وجودها أما بورقة عرفية موقعة من قبل الموصي قبل وفاته، أو بتصريح الشهود بوجود وصية.

ونصت المادة 214 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي[1] على أن الوصية تنعقد بالعبارة أو الكتابة فإذا كان الموصي عاجزا عنها انعقدت بإشارته المفهومة ونفس الصيغة نجدها في المادة 208 من القانون السوري[2] ومدونة الأسرة المغربية[3] في المادة284 نص على "تنعقد الوصية بإيجاب من جانب واحد وهو الوصي" فهذا النص صريح في انعقاد الوصية بالإرادة المنفردة.

والقانون التونسي[4] نص في الفصل 176 على انه لا تثبت الوصية إلا بالحجة الرسمية أو بكتاب محرر ومؤرخ وممضي من الموصي وهو ما يفهم أن الوصية تتم بالإرادة المنفردة في

---

[1] مجموعة التشريعات الكويتية، قانون الأحوال الشخصية، المعدل بالقوانين 1996/61 و2004/29 و2007/66، وزارة العدل، ط1، فبراير 2011،ص 59.

[2] قانون الأحوال الشخصية رقم 59 لعام 1953 المعدل بالقانون رقم 34 لعام 1975 المعدل بالقانون رقم 19 لعام 2000المعدل بالقانون رقم 18 لعام 2003 المعدل بالمرسوم التشريعي رقم 76 لعام 2010 .

[3] القانون رقم 03-07 المؤرخ في12 ذي الحجة 1424 هـ الموافق لـ 03 فبراير 2004 م، المتعلق بمدونة الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 5184 ، بتاريخ 14 ي الحجة 1424هـ الموافق لـ 05 فبراير 2004، ص 67 .

[4] الأمر المؤرخ في 13 أوت 1956 المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية، الرائد الرسمي التونسي، عدد 66، الصادر في: 17 أوت 1956 .

شكل رسمي أو شكل عرفي مؤرخ وممضي، ويفهم من النص أن الوصية إذا لم تكن مكتوبة فلا تثبت ولا يكفي فيها شهادة الشهود.

أما القانون الموريتاني[1] فنص في المادة 205 منه على أن تنعقد الوصية بأي لفظ كتابة أو إشارة مفهمة من الموصي، وتثبت بحجة موثقة أو البينة عند الاقتضاء، والقانون الموريتاني نجده قد وسع في طرف الإثبات.

الفرع الثاني: القبول في الوصية

رأينا بأن الوصية تتم وتصح من غير حاجة الأساس إلى قبول قبل وفاة الموصي، ولكن لا يتأكد حق الموصى له فيها إلا بالقبول.

وقد نصت المادة 197 من قانون الأسرة الجزائري على انه يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي,فالقبول الصريح يكون باللفظ وبالكتابة والإشارة المتداولة عرفا في حالة العجز، والقبول الضمني يكون بقبض الوصية أو السكوت عن التعبير بالقبول أو الرد.

فالسكوت يحمل على قبول وفقا للقواعد العامة في القانون المدني لأنه يدخل ضمن السكوت الملابس والمنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة 68 القانون المدني الجزائري التي نصت عليه ويعتبر السكوت عن الرد قبولا، وإذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه.[2]

والوصية في هذه الحالة لمصلحة الموصى له فهو سيحصل عليها دون مقابل، ولم تكن مقرونة بشرط أو محملة بالتزام معين كما أن القبول يكون من الموصي له في الأساس وفي حال وفاة الموصى له لا يجوز لورثته القبول أو الرد طبقا لأحكام المادة 198 من قانون الأسرة الجزائري.

ولم ينص قانون الأسرة على القبول في حالة الوصية للقاصر والجنين، وكان من المفروض لن ينص على القبول بواسطة من ينوب عنه قانونا، وكذلك لم ينص على القبول في

[1] القانون رقم 052-2001 المؤرخ في 2001/07/19 المتعلق بالأحوال الشخصية للموريتانيين .
[2] بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص11.

حالة تعدد الموصى لهم فيقبل البعض دون البعض الآخر, فمن المفروض الوصية تنفذ في حق من قبل فقط.

والقانون الموريتاني نص في المادة 213 على انه لا تحتاج الوصية لغير معين إلى قبول ولا ترد برد احد ومعنى ذلك انه إذا كان الموصى له معين فلا بد من قبول للوصية.

كما أجازت المادة 215 من القانون نفسه قبول الوصية أوردها بشكل جزئي من الموصى له كامل الأهلية ولم يتعرض النص للقاصر ما إذا كان لوليه أو وصيه حق الرد من عدمه.

والقانون التونسي نص على القبول والرد في الفصول من 193إلى 196 حيث نص في الفصل 193على أن الوصية ترد برد الموصى له أو برد نائبه.

كما نص في الفصل 194 على أن الرد يكون بعد وفاة الموصي فيؤجل أقصاه شهران من تاريخ إعلام الموصى له بالوصية.

واعتبر النص أيضا سكوت الموصى له مع سابق إعلامه بالوصية إلى انقضاء الأجل المذكور بمثابة قبول ويحل الورثة محل الموصى له المتوفى من يوم إعلامهم بالوصية ونص الفصل 2/198 على انه في حالة تعدد الموصى لهم وقبول بعضهم دون البعض الآخر تنفذ بالنسبة لمن قبل وتلغى بالنسبة للآخر.

المطلب الثاني: كيفية تنفيذ الوصية

نقسم هذا المطلب إلى النقطتين الهامتين التاليتين: طريق تنفيذ وإثبات الوصية الاختيارية واستحقاق الموصى له أو الموصى لهم.

الفرع الأول: طريق تنفيذ وإثبات الوصية

إن الوصية في النظام الإسلامي من العقود الرضائية، التي يمكن إثباتها بجميع الطرق فإذا أنكر الورثة الوصية فعلى الموصي لهم إثبات ذلك بدعوى عادية أمام الجهات القضائية والحصول على حكم صالح للتنفيذ.

أما إذا نظمت الوصية من طرف عقد محرر من الموثق (م 1/191) قانون الأسرة الجزائري من طرف المحكمة (في حالة وجود مانع قاهر)، (م 2/192)) قانون الأسرة الجزائري كما يحصل غالبا، فلا لزوم لمثل هذه الدعوى، لأن حجة الوصية الشرعية المسجلة تنفذ من دون دعوى، ويجب على من يدعي بطلانها إقامة الدعوى بذلك. وأن هذه الدعوى لا توقف التنفيذ مبدئيا، إلا إذا قررت المحكمة توقيف التنفيذ.

هذا ولم يتعرض القانون لمسألة تنفيذ الوصية، لذا وجب الرجوع فيها إلى المبادئ العامة في الشريعة الإسلامية (م 222 قانون الأسرة الجزائري)، وأحكام التنفيذ الواردة في قانون الإجراءات.

إن الموصى له (أي صاحب المصلحة)، هو الذي يملك صلاحية تنفيذ الوصية في الأصل. ولكن الموصى يعين أحيانا وصيا تكون له صفة الوصي على الورثة القاصرين، وتكون له صفة منفذ الوصية(exécuteur testamentaire) لجهة القاصرين والكبار من

الورثة والموصى لهم جميعا. ويكون منفذ الوصية هذا مسؤولا، كالوكيل العادي، عن الأضرار الناتجة عن عمله أو عن إهماله (لا يجوز إعفاؤه من كل مسؤولية قد تترتب عليه). وإذا تعدد المنفذون، كانوا مسؤولين جميعا بالتضامن عن أموال التركة.[1]

الفرع الثاني: استحقاق الموصى له أو الموصى لهم:

تصبح الوصية نافذة بقبول الموصى له أو الموصى لهم، وإذا كانت كلها أو بعضها موقوفة على إجازة الورثة فإنها تنفذ بهذه الإجازة.

ويكون تملك الموصى له معتبرا حينئذ من قبل الموصى، لا قبل الورثة المجيزين. ويكون التملك من وقت وفاة الموصى ولو قبل القبض والتسليم.

[1] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 2، ط 5، ص315.

ولا فرق في الفقه الإسلامي بين الأموال المنقولة أو غير المنقولة، من حيث استحقاق الموصى لهم ملكية الموصى به من وقت وفاة الموصى[1].

وإذا كان الموصى به قدرا مجهولا ولا يتفاوت بين القليل والكثير، كالجزء أو السهم أو النصيب غير المحدد، فإن للورثة وحدهم أن يعينوا مقدار الموصى به أو يعطوا الموصى له ما يشاءون.

[1] أما في القانون الوضعي الجزائري فلا بد من الإشارة إلى أن العقارات و الحقوق العينية المتعلقة بها تخضع لنظام السجل العقاري، أي من تاريخ قيدها في السجل العقاري، فالاكتساب الحقيقي و التصرف بها تجاه الغير لا يكونان إلا بعد التسجيل.

الفصل الثاني

مبطلات الوصية وآثارها بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

المبحث الأول: كيفية انعقاد الوصية بين الفقه والقانون

يشترط المشرع الجزائري لانعقاد وصية صحيحة شروطا شكلية وموضوعية وأخرى قانونية، وهذا حتى تصبح نافذة الفعالية القانونية.

وسنبحث في كل هذه الشروط على حدة، وذلك في ثلاث مطالب رئيسية.

المطلب الأول: الشروط الشكلية لانعقاد الوصية

لإنشاء التصرف القانوني يجب توفر الشروط الشكلية المقررة، والتي من بينها التعبير عن الإرادة تعبيرا واضحا لا لبس فيه ولا غموض.

وفيما يتعلق الأمر بالوصية يتم الأمر عادة بالألفاظ المتعارف عليها بين الناس (أي العبارات) أو الكتابة، أو حتى بالإشارة المفهمة ممن لا يحسن النطق أو الكتابة.

فإذا كان التعبير عن الإرادة بالكلام أو الكتابة أمام الشهود وكانت إرادة الموصي صريحة وواضحة انعقدت الوصية باتفاق جميع العلماء هذا وقد اختلف الفقهاء فيما يخص وسائل التعبير الأخرى. ومن هنا يرى المذهب الحنفي بأنه من كان عاجزا عن النطق (كالأخرس ومعتقل اللسان والمريض...) ولكنه قادر على الكتابة، لا تقبل منه الإشارة، كما لا تقبل الإشارة ممن هو قادر على النطق والكلام لان الأصل في الدلالة هي المشافهة بالألفاظ[1]. أما عند المالكية وبعض الحنابلة، فإن الكتابة ممن كان قادرا على العبارة هي أقوى في الدلالة عند الحاجة إلى الإثبات. لكنه تصح الوصية بالإشارة المفهمة ممن كان قادرا على العبارة أو الكتابة، باعتبار أن الإشارة المعهودة أداة تعبير عن الإرادة[2].

ولقد أجاز المشرع الجزائري انعقاد الوصية بالعبارة أو الكتابة، وأخذ بمبدأ عدم قبول الإشارة إلا في حالات عدم قدرة الموصي على العبارة أو الكتابة، وهذا طبقا للفقه المالكي(م10 191، 192، 197، وكذلك المادة 60 من القانون المدني الجزائري). فالتعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المفهمة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي

[1] محمد أمين بن عمر عابدين، رد المحتار على الدر المختار، الجزء5، دار الفكر للطباعة و للنشر، بيروت، دون سنة نشر، ص58

[2] أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، الجزء1، دار المعارف، بدون طبعة، بدون تاريخ ، ص432.

شك في دلالته على مقصود صاحبه (م 1/60 ق.م.ج)، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا (م192،197ق.أ.ج) إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا (م2/60 ق.م.ج).

ولقد أجاز القانون المغربي انعقاد الوصية بالكتابة أو العبارة أو الإشارة المفهمة إذا كان الموصى عاجزا عنهما معا (م191 من المدونة)، غير انه اشترط لصحة الوصية إشهادا عدليا إلا في حالات الضرورة القاهرة (م192، 193،194 من المدونة المغربية).

وكذا القانون المصري[1] (م 2)، والقانون السوري بعده (م 208)، اهتما وسويا بين الوصية الكتابية والشفهية، ولكنه في حالة إنكار الورثة للوصية فإنه لابد من وجود إثبات خطي وإلا ردت الدعوى.

غير أننا نلاحظ بصفة عامة أن المشرع الجزائري يعمد إلى اعتبار الوصية الرسمية المحررة من طرف الموثق بتصريح الموصى (م 1/191 قانون الأسرة الجزائري) وصية صريحة وقابلة للتنفيذ وتليها في قوة الإثبات، الوصية الخطية المقبولة. في حين أن الوصية المقبولة المنعقدة بالشفاهة أمام الشهود في حالة وجود مانع قاهر، فانه لابد من حكم قضائي لإثبات صحتها القانونية (م2/191 قانون الأسرة الجزائري).

هذا ويسري على الوصية (وكذا الميراث) وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت في حالة تنازع القوانين من حيث المكان، قانون الموصي أو الهالك أومن صدر منه التصرف وقت موته. غير انه يسرى على شكل الوصية قانون الموصي وقت الايصاء، أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية، وكذلك الحكم في شكل التصرفات التي تنفذ بعد الموت (م2/16،1 من القانون المدني الجزائري[2].

[1] قانون الأحوال الشخصية المصري، القانون رقم 25 لسنة 1920، القانون رقم 25 لسنة 1929 ، القانون رقم 1 لسنة 2000 ، القانون رقم 1 لسنة 2000، القانون رقم 10 – 11 لسنة 2004.

[2] الوصية بطبيعتها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، فلا يكون لها وجود قانوني إلا بعد حصول الوفاة و موت الموصى مصرا عليها، و تكون محكومة بالقانون الساري وقت الوفاة لا وقت تحرير الوصية. (نقض مصري، 22 فبراير1956 ف.أ.ش، ص344 و345، المحكمة العليا،غ.أ.ش، 17 أكتوبر 1990، م.ق، 2،1991،ص 79.

إن اشتراط المشرع الجزائري لإثبات الوصية تحرير عقد أمام الموثق أو حكم قضائي يؤشر به على هامش أصل الملكية (م191/ 1، 2 قانون الأسرة الجزائري)هي سياسة حميدة لحث الناس على ضرورة الاهتمام بالوصايا وكتابتها بصفة رسمية وقانونية، ومحاولة تغيير بعض العادات التي كانت تحمل الأشخاص إلى إهمال تنظيم الوصايا وتأجيلها، مما يدل على عدم الوعي وعدم إدراك قيمتها تفاديا للإشكال والمشاكل التي قد تحدث بعد وفا الموصي وخاصة بين الموصى لهم والورثة.

إن الوصية من صميم الشريعة الإسلامية وإهمالها أو تناسي تنظيمها هو مناف لمقاصد الشرع.

ولقد روي عن الإمام أحمد بن حنبل أن الوصية المفصل في عصر الصحابة كانت الوصية المكتوبة بعلم الشهود، إذا نظم شخص وصيته بخطة إشهاد ووقعها وكان خطه معروفا تصح وصيته بحكم الشرع والقانون.

ولقد جاء في كتابه "الوصية الواجبة في الإسلام " للأستاذ هشام قبلان، انه كان يروي عن عمر بن الخطاب انه كلما أراد السفر يكتب وصيته ويختمها ثم يسلمها لمن يأتمنه، بحضور عدد من الشهود، بعد أن يؤكد أمامهم أنها وصيته التي أرادها تحسبا للتناسي، أو لإصابته بأي حادث يفضي بحياته، وكان رضي الله عنه يسترد الوصية عند عودته، ولا يعلم بمضمونها أحد. ومن هنا ولدت الوصية السرية، التي أقرها فقهاء المذهب المالكي ونشروها في بلاد المغرب العربي والأندلس، وعنهم أخذها علماء القانون الأوروبي ودخلت القوانين الحديثة[1]

ولقد أحسن المشرع الجزائري صنعا بالقطع في نص المادة 191 على أنه تثبت الوصية بإحدى الوسيلتين:

بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك.

أو بحكم قضائي في حالة وجود مانع قاهر أو استحالة أو تنازع،على أن يؤشر هذا الحكم على هامش أصل الملكية.

[1] هشام قبلان، الوصية الواجبة في الإسلام ، الطبعة 1، عويدات للنشر والطباعة، السعودية، 1981، ص94.

وهذا معناه أنه في حالة التنازع حول مسائل الوصية لابد من الأوراق الرسمية، ويزداد على ذلك ألا تنتقل ملكية العقار الموصى به (إذا تعلق الموصى به بعقار ما) بعد الوفاة إلا إذا سجل عقد الوصية أو الحكم القضائي الصادر بها لإثبات نقل الملكية[1].

المطلب الثاني:الشروط الموضوعية لانعقاد الوصية

لانعقاد الوصية بشكل عام لابد ألا تكون منافية لمقاصد الشريعة الإسلامية، وأن يكون الباعث عليها غير محرم، وألا يشترط فيها ما هو غير مباح.

الفرع الأول:أما المقصود بعدم تنافيها مع مقاصد الشرع الإسلامي

هو أن تكون الوصية حسب الأصول الشرعية من التنظيم وعدم الإهمال، وأن تكون لما فيه من خير الموصي والموصى له وإن الوصية في الإسلام باب من أبواب الإنفاق على الأقرباء الذين لا يرثون وعلى أصحاب الخير ووجوه الخير العامة كالوصية للفقراء وللمستشفيات ومدارس العلم. وهي بهذا تكون من قوانين التكافل الاجتماعي في الإسلام، فإذا كانت كالإيصاء لجمعيات هدفها القتل والسلب أو الدعوة إلى الإلحاد... فهي بهذا تكون منافية لمقاصد الشرع الإسلامي وتقع تحت طائلة البطلان مهما كان دين الموصي.

ومن أمثلة الوصية الواجبة بحكم الشرع والقانون، الوصية للأولاد الذين مات والدهم قبل الجد بمقدار ما يرثه أبوهم لو كان حيا. ذلك أنه من الوصايا المكروهة عند المذهب المالكي وصية صاحب المال القليل للغير وهوله ورثة كثيرون محتاجون،فإن الأفضل ألا يوصي لقوله صلى الله عليه وسلم: "انك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس"[2]

أما الشرط الفاسد (كمن يوصي لأخر بمال شرط عدم الزواج مثلا...فعدم الزواج شرط لا تقره الشريعة الإسلامية لأنه يمس بحرية وحقوق الشخص في الزواج وبالتالي لا يؤثر في عقد الوصية، فيصح العقد ويبطل الشرط)[3] .

---

[1] محكمة الاستئناف الأردنية. قرار رقم 8789 الصادر سنة 1965.

[2] رواه البخاري و مسلم.

[3] موفق الدين بن قدامة، ، المغني، الجزء6، دار عالم الكتب ، الرياض، ص 28, بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج5، دار الفكر، بيروت، د.س.ن ، 471, الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: محمد الزحيلي، دار القلم، بيروت، 1992، ص 452 .

وهذا عمده المشرع الجزائري في المادة 199 قانون الأسرة الجزائري ، بقوله: " إذ علقت الوصية على شرط استحقها الموصى له بعد إنجاز الشرط وإذا كان الشرط غير صحيح صحت الوصية وبطل العقد ".

إن البحث في إطار الشروط الموضوعية لانعقاد الوصية يفرض عن الباحث دراسة الوسائل التالية: وصية الضرار أو الوصية بقصد الأضرار بالورثة (أ)، الإسلام ليس شرطا لصحة الوصية (ب)، وأخيرا وصية المرتد (ج).

أ- **الوصية بقصد الإضرار بالورثة:**

تكون الوصية باطلة في الشرع والقانون إذا كان القصد منها هو الإضرار بالورثة وحقوقهم، ولقد نهت الشريعة الإسلامية عن إنشاء وصية الضرار(النساء، الآية 12) كما نهي عليه السلام عن عقد الإضرار بالورثة بقوله:" الإضرار بالوصية من الكبائر"[1]

ويتحقق عنصر الأضرار والضرر إذا قصد الموصي حرمان ورثته من بعض ماله، أو أوصى بأكثر من الثلث3/1، أو أوصى لأحد ورثته دون باقي الورثة.

ولم يشترط الفقهاء توفر نية القصد، بل يكفي تحقق الضرر الأكيد بالنسبة لحقوق الورثة. لقوله صلى الله عليه وسلم: " إن الله قد أعطى لكل حق حقه فلا وصية لوارث"[2]

بينما يرى الإمام مالك وابن القاسم المالكي على أنه إذا كانت الوصية مشروعة وفي حدود الثلث 3/1 وكانت لغير الوارث فيقتضي العمل بها.

ب-اختلاف الدين لا يمنع الوصية:

إن اختلاف الدين لا يمنع الوصية (م 200 قانون الأسرة الجزائري)، بعكس ما هو متبع في نظام الميراث (م 138 قانون الأسرة الجزائري). فالإسلام ليس شرطا لصحة الوصية، فالوصية من المسلم لغير المسلم أومن غير المسلم للمسلم صحيحة شرعا وقانونا.

[1] رواه الدار قطني في سننه.

[2] رواه أحمد و الأربعة إلا النسائي.

وهذا ما أخذ به كل من القانون المصري (م 9)، وكذلك القانون السوري(م 215). غير أن القانون المصري اشترط لصحة الوصية من غير المسلم ألا تكون محرمة في شريعة الموصى له وفي الشريعة الإسلامية (م 2/3) إن إجازة المشرع الجزائري في المادة 200 من قانون الأسرة الجزائري لانعقاد الوصية مع اختلاف الدين والملة يجب أن تحاط بسياج من الاعتبارات القانونية خاصة إذا كان الموصى له أجنبيا، ذلك أن القانون والعرف الجزائريين يقيدان انتقال الأموال غير المنقولة إلى الأجنبي بشروط قانونية ومنها شرط المعاملة بالمثل، وهذا لما للملكية العقارية من أهمية تتعلق بكيان الدولة[1].

وهذا فإن بعض علماء المالكية ذهبوا إلى أنها مكروهة (ولو أنها صحيحة شرعا) إلا إذا كانت لسبب موجب من قربى أو نسب، أو خدمة أداها الموصى له للموصى وعندها تكون مستحبة[2].

ولقد قررت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في 1967/08/26 بأنه لا يجوز استبعاد القانون الواجب التطبيق، إلا أن تكون هذه الأحكام المخالفة للنظام العام أو الآداب بأن تمس كيان الدولة أو تتعلق بمصلحة عامة أو أساسية للجماعة، ولا يدخل في هذا النطاق اختلاف أحكام القانون الوطني في تحديد المقدار الذي تجوز الوصية فيه بالنسبة لغير المسلمين وأنه فيما يتعلق خضوع العاقد لأحكام خاصة بنظام الأموال في الدولة ولا شأن لها بمسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بحقوق الورثة في التركة.

وموقف الشريعة الإسلامية هو دليل واضح على سمو مبادئ الدين الإسلامي من تسامح ومساعدة للفقراء والمساكين مهما اختلف دينهم أو ملتهم، وهذا لقوله تعالى:﴿لَّا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِين َ لَم ْيُقَاتِلُوكُم ْفِي الدِّين ِوَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَارِكُم ْأَن تَبَرُّوهُم ْوَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنّ َاللَّهَ يُحِبّ ُالْمُقْسِطِينَ﴾[3]، وهذا موقف نبيل إزاء أعمال البر والخير في حدود الأحكام المطبقة على المسلم والأشياء المباحة شرعا[1] .

[1] بلحاج العربي، شروط انعقاد الوصية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، حلقات متسلسلة في جريدة المساء، ماي-جوان 1988.

[2] هشام قبلان، المرجع السابق، ص 98.

[3] سورة الممتحنة، الآية 8.

ج- وصية المرتد:

المرتد في الدين الإسلامي هو من كان على دين الإسلام وارتد عنه إلى دين آخر أو إلى الكفر، يرى المذهب الحنفي أن وصية المرتد مثل كل تصرفاته تبقى موقوفة إلى أن يتقرر أمره فإن عاد إلى الإسلام تعاد أمواله إليه وتعتبر وصيته صحيحة، وإن أصر على ردته يقتل أو يعتبر ميتا حكما إن تعذر قتله حقيقة وأمواله تزال عنه من تاريخ ردته وتبطل جميع تصرفاته ومنها إنشاء الوصية.

وكذا عند المالكية والشافعية، فان مال المرتد يصبح ملكا لبيت المسلمين أو الخزينة العامة، لا وصية ولا ميراث.

ولقد خالف ابن حنبل وكذا أبو يوسف ولشيباني(من الحنفية) الأفكار السابقة واعتبروا وصية المرتد صحيحة، لأن الردة في اعتقادهم لا تزيل من الشخص ملكية أمواله وتبقى له إلى أن يموت[2].

أما بالنسبة للمرأة المرتدة، فالرأي الراجح في المذهب الحنفي هو أن وصيتها تقع صحيحة لأن المرأة لا تقتل، بل تختار بين التوبة والحبس وفي كلتا الحالتين تبقى مالكة لأموالها[3].

وأما القانون الجزائري فهو لم يورد أي نص فيما يتعلق بوصية المرتد، مما يوجب الأخذ بالمذهب المالكي أي أن مال المرتد يوضع في بيت مال المسلمين أي الخزينة العامة. فلا وصية ولا ميراث.

---

[1] يشترط الحنابلة لصحة الوصية لغير المسلم أن يكون الموصى له معينا فتبطل وصيته لغير المعين، كوصيته لليهود و النصارى. راجع الصاوي على الشرح الصغير للدردير، ج2، ص 32، كشف القناع، ج2، ص 507، حاشية ابن عابدين. ج6، ص 574.

[2] محمد الحسيني حنفي، الموجز في شرح قانون الوصية، الطبعة 1، مكتبة سيد وهبة، القاهرة، 1966، ص 97،98 .

[3] ابن عابدين، رد المحتار، ج3، ص 210-11.

الفرع الثاني:الباعث غير المحرم

والمراد به هو ألا يكون القصد غاية غير مشروعة مخالفة لظاهرة الوصية ولحقيقتها القانونية، كأن يوصي رجل لامرأة بقصد استمرار علاقته غير المشروعة بها. فظاهر الوصية هنا مشروع، ولكن القصد والباعث غير المعلن عليه أو الدافع الحقيقي منافي للقانون. ولهذا اشترط القانون المغربي أن يكون عقد الوصية خاليا من التناقض وليس فيه ما يخالف الشرع (م 181 من مدونة الأحوال الشخصية).

اشترط القانون المصري وكذا القانون السوري ألا تكون الوصية بمعصية وألا يكون الباعث عليها منافيا لمقاصد الشرع ولم يتعرض القانون الوضعي الجزائري المتعلق بالأسرة لهذه المسألة تاركا هذا الأمر لمبادئ الفقه المالكي الذي يشترط التحري عن الباعث الحقيقي للوصية فإذا كان الباعث غير مشروع أو مخالفا للنظام العام أو للآداب بطلت الوصية(وهذا بالرجوع إلى المواد 96، 97 و98 القانون المدني الجزائري).

الفرع الثالث:ألا يشترط في الوصية ما هو غير مباح

أي أن الوصية إذا كانت لغاية غير منافية للشرع والقانون إلا أنها تحتوي شرطا فاسدا، فإنه لا يؤثر في صحتها القانونية، فيبطل الشرط الفاسد وتصح الوصية[1].

فالشرط الباطل الذي يتنافى مع حكم الوصية ونظامها، يقع باطلا ويصح العقد أما الشرط المباح فإنه ينبغي العمل به احتراما لإرادة الموصي ما دامت لا تخالف مقاصد القانون الإسلامي(كاشتراط الموصي بأن يتزوج الموصى له ابنته كي تنفذ الوصية المتضمنة تمليكه مسكنا مثلا لإرادة الموصي[2] .

وهذا ما جاء في المادتين 185، 189 من قانون الأسرة الجزائري، حيث نص المشرع الجزائري على أن الوصية تكون في حدود ثلث التركة، وأنه لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي.

---

[1] الأصل في عقود التمليك أنها لا تكون إلا منجزة، ولا يصح إضافتها أو تعليقها، لأن الشارع جعل هذه العقود مفيدة لأثرها في الحال فلا يصح تأخير أحكامها عن وقت صدورها.

[2] هشام قبلان. المرجع السابق، ص 97.

المطلب الثالث:الشروط القانونية لصحة الوصية

إن الشروط القانونية المتعلقة بصحة الوصية، بعضها يمس الموصي والموصى له، وبعضها الآخر يتعلق بالموصى به، وهذا ما سنستعرضه فيما يلي:

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالموصي

لابد لنفاذ الوصية من أن يكون الموصي أهلا للتبرع، وذلك بأن يكون بالغا، عاقلا وحرا.

أ- التمتع بسن الرشد القانوني:

البلوغ هو مناط التكليف في الأحكام الشرعية، فلا تصح الوصية من صبي غير مميز، لأن الوصية تبرع مالي، فلا يتم إلا بوجود الإرادة والتمييز. ولهذا يشترط المشرع الجزائري في المادة 187 بأن يكون الموصي (بالغا من العمر تسع عشرة 19 سنة على الأقل)، وهذا معناه ضرورة التمتع بسن الرشد القانوني الوارد في المادة 2/24 من القانون المدني والذي يخول للإنسان كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، والمقصود بالبلوغ في مسألة الوصية هو الأهلية الخاصة بالتبرع، لأن الوصية من التصرفات الضارة المالية المحضة إذ لا يقابلها عرض دنيوي.

وعبر القانون عن هذه الدلالات بضرورة البلوغ، غير أن العرف يجيز لمن بلغ 18 سنة القدرة على الايصاء بعد الحصول على إذن من القاضي، ذلك أن سن الرشد في القانون هو أكبر من السن الذي قرره الفقه الإسلامي.

إن المعنى الضمني من وراء كلمة "على الأقل" الواردة في نص الماد 186 ق.أ، توضح بأن وصية الشخص المميز وغير المحجور عليه تعتبر صحيحة إذا كانت في وجوه الخير والتكافل الاجتماعي.

ب- سلامة العقل:

تعتبر وصية المجنون (كذا المعتوه) باطلة بطلانا مطلقا، لعدم إدراكه وتمييزه لمنافع وأضرار التصرفات القانونية.

أما إنشاء الوصية حال الإفاقة من الجنون (أو الجنون الطارئ) لا يبطل الوصية. ويرى المذهب المالكي بأن عقد الوصية متى صدر صحيحا لا يبطل بزوال الأهلية، وذلك قياسا على سائر عقود المعاوضات كالبيع والإيجار[1]. وأما المحجور عليه لسفه، فإن وصاياه جائزة وصحيحة على أن تنفذ إلا بعد موته وأنها قاصرة على الثلث(3/1) الذي لا يخشى من تبذيره[2].

ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 186 ق.أ، على أنه " يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل..." ولم يفرق بين وصية المجنون ولا المعتوه ولا السفيه ولا الصبي ولا ذي الغفلة، مما يوجب الرجوع إلى مبادئ الفقه المالكي وأحكام الشريعة الإسلامية طبعا للمادة 222 قانون الأسرة الجزائري .

هذا ونقترح بأن تكون وصية المجنون في حالة الإفاقة (أو الجنون الطارئ)، وكذا وصية المحجور عليه لسفه أو غفلة جائزة إلا إذا أذن بها القاضي وبموافقته حتى يتأكد من صحتها وسلامة الإرادة والتمييز عند الموصي وهذا تحت طائلة البطلان بسبب انعدام أهلية التبرع القانونية. أما إذا كانت الوصية في وقت لا مجال فيه للاستئذان كأن يكون الموصي مريضا مرض الموت فإننا لا نجد مبررا لهذا التقييد.

ج- إرادة الاختيار:

بما أن الوصية تصرف قانوني في التركة مضاف إلى ما بعد الموت، فلا بد أن يتوفر فيها عنصر الرضا الاختياري الحقيقي كسائر العقود العادية وخاصة في الهبات والتبرعات وإلا كانت غير صحيحة. ولهذا فمن المتفق عليه في الفقه والقضاء والقانون الوضعي بأن وصية المكره والسكران والهازل والمخطئ، باطلة لعدم توفر شرط الرضا الاختياري طالما أن الإرادة قد شابها عيب من عيوب الرضا (م 79 وما بعدها من ق.م) .

[1] ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، الطبعة 1، 1415هـ ، ص328 .

[2] لا تبطل الوصية إلا بجنون الموصي جنونا مطلقا متى اتصل بالموت.

وعليه فمن كان مخطئا أو مكرها أو هازلا في الوصية، وقعت باطلة لانعدام الرضا الاختياري شرط أساسي في صحة العقود والتصرفات المالية، فإذا انعدم كان العقد أو التصرف عير صحيح[1].

ويستوي في بطلان الوصية للإكراه، ما إذا كان ذلك الإكراه بملجئ (أي بالتهديد أو بالضرب أو بالحبس...) أم كان بغير ملجئ (وهو ما يكون بالتهديدات بغير ذلك، كالضغط المعنوي أو النفسي)[2].

الفرع الثاني:الشروط الخاصة بالموصى له

يشترط في الموصى له إذا كان شخصا طبيعيا أن يكون موجودا، معلوما، أهلا للتملك والاستحقاق، وأن لا يكون جهة معصية، ولا قاتلا للموصي ولا وارثا له.

أ- وجودية الموصى له:

من شروط صحة الوصية أن يكون الموصى له موجودا عند إنشاء الوصية سواء كان وجوده حقيقة أو تقديرا كالحمل في بطن أمه.

ويكون تعيين الموصى له بالاسم أو الإشارة أو نحوهما، فإن تعذر ذلك اشترط وجوده وقت الموصي لأنه وقت ثبوت الوصية[3].

هذا، ولقد أجاز المذهب المالكي الوصية للمعدوم المحتمل الوجود بعد وفاة الموصي وذهب إلى أن الوصية للميت جائزة شرط أن يكون الموصي على علم بموته، وعندها تصرف الأموال موضوع الوصية لسداد ديونه أو على ورثته إن لم يكن مدينا[4].

ولم يورد القانون الجزائري نصا بهذا المعنى، وعليه تطبق أحكام المذهب المالكي، غير أنه تعرض لوصية الحمل المعين، واشترط ضرورة إثبات وجودية الحمل الموصى له وقت

---

[1] بلحاج العربي النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني.ج 1، محاضرات ألقيت على طلاب المدرسة الوطنية للإدارة، فرع وهران،1989/1988، ص 41 وما بعدها.

[2] العربي بلحاج. حكم الإكراه وعلاقته بالمسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، حلقات متسلسلة في جريدة المساء، جانفي-فيفري 1989.

[3] ابن عابدين. رد المحتار، ج5، ص 590 و 569، الرملي الشافعي، نهاية المحتاج، ج6، ص 42 و 43.

[4] الشرح الصغير مع حاشية الصاوي، ج2، ص 431.

إنشاء الوصية وأن يولد الجنين حيا حياة مستقرة، وأن يوجد على الصفة التي أرادها الموصي. ولقد جاء في المادة 187 على أنه " تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا، وإذا ولد توأم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس". وهذه كلها معطيات تتفق مع المادة 25 من القانون المدني، " على أن الجنين يتمتع بالحقوق المدنية بشرط أن يولد حيا "[1].

ومن هنا تصح للحمل حقوق الميراث (م134 قانون الأسرة الجزائري)، وكذا الوصية (م 187 قانون الأسرة الجزائري) إلا أن صحتها ونفاذها سواء كانت بالأعيان أو بالمنافع موقوفة على الشروط التي يتطلبها المشرع.

وبهذا يتحقق الانسجام بين قانون الوصية (م 187) وقانون الميراث (م134) والقانون المدني(م25) في ضرورة الولادة المصحوبة بعلامة ظاهرة للحياة أو أن يولد الجنين حيا حتى يمكنه التمتع بالحقوق المدنية والشخصية، وكذا قانون النسب الذي يجعل أقل مدة للحمل ستة (6) أشهر وأقصاها عشرة (10) أشهر(م 42 قانون الأسرة الجزائري) ولهذا فإنه تبعا لنص المادة 43 قانون الأسرة الجزائري لا ينسب الولد لأبيه إلا إذا وضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة.

ويلاحظ الفقهاء في هذا الشأن، أنه في حالة تعدد الحمل، إن ولد أحدهما حيا والآخر ميتا، كانت الوصية للحي دون الميت، وإن مات أحدهما أوكلاهما بعد الولادة، حيا، كان نصيبه لورثته إذا كانت الوصية بالأعيان. أما إذا كانت الوصية بالمنفعة عادت إلى ورث الموصي، لأن الوصية بالمنافع تنتهي بموته ما لم يكن هناك شرط آخر يعمل به.

ب-معلومية الموصى له:

المقصود بالمعلومية هو معرفة الموصى له بالتعيين أو بالوصف،وأن لا يكون مجهولا جهالة مطلقة وفاحشة لا يمكن استدراكها أو إزالتها.

[1] المحكمة العليا، 10 أكتوبر.1984، مذكور سابقا

ذلك أنه إذا لم يعرف الموصى له وبقي مجهولا بصورة مطلقة بطلت الوصية، لأن الموصى له غير معلوم، كما لو أوصى شخص بثلث ماله لرجل من الناس[1].

أما لو أوصى بثلث ماله للمسلمين أو لجهة معينة ستوجد في المستقبل، فإن المذهب المالكي يعتبرها صحيحة على أنها صدقة على غير محصورين أو لجهة معلومة مستقبلا، كالوصية للملجأ الذي سيبنى في الحي الفلاني.

ويفوض الأمر للقاضي لمعرفة المعلومية وتفسير المعدوم الإحصاء في مسائل الوصايا[2].

أما الوصية لله تعالى ولأعمال الخير والبر بدون تعيين جهة فهي صحيحة وتصرف في وجوه الخير، وكذا الوصية للمؤسسات الخيرية والعلمية والمصالح العامة فتصرف على فقرائها وأعمالها ومصالحها. إذا ثبت أن المتوفى أوصى بمبلغ من تركة لوجه الله تعالى، وأن الموصى به أقل من ثلث التركة، فتصح الوصية وتصرف في وجوه البر والإحسان[3].

ولقد قرر جمهور الفقهاء بأنه لابد لصحة الوصية أن يكون الموصى له معلوما، يمكن من تنفيذها بتسليم الموصى به إليه. ذلك أن الوصية تمليك عند الموت، وأنها لا تلتزم إلا بقبول الموصى له (م 184، 192 قانون الأسرة الجزائري) فلا بد من أن يكون الموصى له معلوما وقت في ذلك الوقت، حتى يقع الملك له، ويمكن تسليم الموصى به له.

واستثنى الفقهاء من شرط العلم بالموصى له، الوصية لله تعالى، ولأعمال البر بدون تعيين جهة (والتي تصرف في وجوه الخير)، وكذا الوصية للجهات كالوصية للمساجد، الملاجئ، المستشفيات، والمؤسسات الخيرية، دور البر والإحسان، والمؤسسات العلمي، وغير ذلك (والتي تصرف عمارتها ومصالحها وفقرائها). والحكمة من وراء هذا الاستثناء أن مفهوم التكافل موجود في مثل هذه الوصايا، سواء من الموصي بقصده أو سكت.

---

[1] محمد مصطفى شلبي. أحكام الوصايا و الأوقاف، ص79، د.وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج8، ص34، علي الخفيف. أحكام الوصية، ص 132.

[2] الصاوي على الشرح الصغير، ج2، ص 431، الإمام محمد أبو زهرة. شرح قانون الوصية، ص 91، د. مصطفى السباعي . أحكام الأهلية والوصية، ص90.

[3] محكمة الاستئناف الشرعية في الأردن. قرار رقم 13882 الصادر سنة 1965.

كما أن أعمال البر والإحسان، وإن تنوعت فهي حكم النوع الواحد بناءا على أن المقصود منها عمل الخير والإحسان والتكافل الاجتماعي.

ج- أن يكون الموصى له أهلا للتملك:

اتفق الفقهاء أنه يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصي له من أهل الاستحقاق، بمعنى كونه أهلا للتملك.وبالتالي لا تصح الوصية لما ليس أهلا للتملك، فمن أوصى لحيوان مثلا، بطلت وصيته على أساس أن الموصى له غير قابل للتملك والاستحقاق.

فلا تصح الوصية لما ليس أهلا للتملك، كما أن الموصى لدابة غيره وقصد تمليكها، فهي باطلة عند الحنفية والشافعية والمالكية، ولأن مطلق اللفظ للتمليك والدابة لا تملك[1]. أما الحنابلة فقالوا: لو قصد الموصى الإنفاق على الدابة، ولو لم يقبل الموصى له، تصح الوصية لأن العبرة في العقود للمعاني والمقاصد، ويصرف الموصى في الإشراف على الدابة[2] .

ولم يتعرض القانون الجزائري لهذا الشرط بالإثبات أو النفي، وإن كان ما نص عليه من اشتراط وجود الموصى له المعين عند الوصية (م 187 وما بعدها)، تقضي ببطلانها للميت (م 201 قانون الأسرة الجزائري).

وربما يفهم من إغفال القانون لذلك الشرط أن الوصية لمن ليس أهلا للاستحقاق تكون صحيحة، كالوصية لبناء مسجد أو مدرسة أو نحوهما، وهي في هذه الحالة لا تكون للتمليك، بل هي مجرد وصية بتصرف، أي إخراج مال من تركته.

وقد أشرنا فيما سبق إلى أن رأي المالكية يذهب إلى صحة الوصية للميت إن علم بموته بناء على اعتبار أن قصده منها عندئذ سداد دين الموصى له منها أو تمليكا لورثته[3].

[1] حاشية ابن عابدين. ج5، ص 582، 583، كشف القناع، ج2 ص 514-515، الصاوي على الشرح الصغير،ج2، ص 431، نهاية المحتاج، ج6، ص 42.

[2] كشف القناع، ج2، ص 514.

[3] الصاوي على الشرح الصغير، ج2، ص 431.

د-أن لا يكون الموصى له جهة معصية:

المقصود بالجهة المعصية هي الجهة المحرمة شرعا وقانونا، كالوصية للخليلة أو الوصية بقراءة القرآن على القبور أو الوصية لدور الفسق وأندية القمار والمراقص وجمعيات الأشرار. ذلك أن الوصية شرعها الله للإصلاح والخير حتى يتدارك بواسطتها الإنسان ما فاته من واجبات في حياته تجاه الأقارب والفقراء والمساكين، لا من أجل الفساد والمنكر والخروج عن المعقول.

الوصية هنا صحيحة لأن الموصى له في ذاته من أهل التملك، خاصة إذا كان لفظ الوصية لا يشتمل على شيء محرم يفيد صرفها إلى معصية، غير أن الباعث في مثل هذه الوصايا هو مناف لمقاصد الشريعة، فتكون باطلة لأن العبرة في العقود بالقصد والنية. ولهذا يشترط في الوصية ألا تكون منافية لمقاصد الشرع، وأن يكون الباعث عليها غير محظور وأن يأتي عقد الوصية خاليا من التناقض، وليس فيه ما يخالف القانون. أما إذا كان الموصي غير مسلم، فالشرط أن تكون الوصية غير محرمة في شريعة الموصي والشريعة الإسلامية، سواء كان الموصى له معينا أو غير معين.

وعلى هذا تجوز الوصية من غير المسلم إذا كانت قرب أو مباحة في شريعته والشريعة الإسلامية، **أو** كانت مباحة في إحدى الشريعتين دون الأخرى. فإن كانت الوصية في ذاتها مباحة شرعا، ولكن الباعث عليها محرم، كالوصية للخليلة للاستمرار معها في العلاقة غير الشرعية، ففيها رأيان بحسب الخلاف في مبدأ سد الذرائع[1]:

1-مذهب الحنفية والشافعية أن الوصية صحيحة، عملا بظاهر العقد، فلم يشتمل لفظ الوصية على محرم، ويترك أمر النية والقصد لله تعالى.

[1] وهبة الزحيلي. الفقه الإسلامي و أدلته، ج8، ص 29 و 30.

2-ويرى المالكية والحنابلة، ومنهم ابن تيمية وابن القيم، إن مثل هذه الوصايا تكون باطلة لأن العبرة في العقود بالقصد والنية، والباعث حينئذ مناف لمقاصد الشريعة، فتكون باطلة وهذا ما أخذ به القانون المدني الجزائري (م 97 و98)[1]، وهو ما يتجه إليه الفقه الإسلامي[2].

هـ- أن لا يكون قاتلا للموصى:

اختلف الحنفية والحنابلة في نوع القتل المانع من الوصية والميراث.

فقد ذهب الحنفية إلى أنه يقصد بالقتل هاهنا، الفعل الصادر من البالغ العاقل عدوانا بغير حق أو عذر شرعي، سواء أكان عمدا أو خطأ. أما القتل بالتسبب فلا يمنع إرثا ولا وصية. وقال الحنابلة القتل المانع من الإرث والوصية هو القتل بغير حق، سواء كان عمدا أو خطأ، مباشرة أم تسببا.

وذهب الشافعية إلى أن الوصي تصح للقاتل ولو تعديا، لأن الوصية تمليك بعقد، فأشبهت الهبة، وخالفت الإرث.

وأما المذهب المالكي فقد ذهب إلى أن القتل يمنع الاستحقاق في الوصية عملا بالحديث الشريف " لا وصية لقاتل "[3]، غير انه يرى عدم بطلان الوصية في حالة القتل الخطأ، لان الوصية تمليك كالهبة، والقتل لا ينافي أهلية التمليك بدليل جواز الهبة للقاتل، كما أن الحديث النبوي لم يفرق بين القاتل وغيره. ولكنه إذا حصل القتل بعد إنشاء الوصية حرم الموصى له من الوصية. أما إذا أصابه إصابة أبقته على قيد الحياة فأوصى له بعدئذ وتوفي بسبب الإصابة تبقى الوصية قائمة احتراما لإرادة الموصي.

ولقد أخذ القانون الجزائري في هذا الشأن بمبادئ الفقه المالكي، فاشترط قتل الموصى له للموصي عمدا مما يترتب عليه وجوب القصاص أو الكفارة.

---

[1] بلحاج العربي. النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص72.

[2] فتحي الدريني، الفقه الإسلامي المقارن، دمشق، 1979، ص 572، صبحي محمصاني. النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية، ص 345-347.

[3] رواه الدار قطني و البيهقي.

ولقد جاء في المادة 188 قانون الأسرة الجزائري على أنه " لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا" فالعبر إذا هي بالقتل العمد المباشرة(أي عدوانا بدون حق)، وليس بالقتل الخطأ حسبما جرى عليه قانون المواريث في المادة 137 قانون الأسرة الجزائري وبالتالي فإنه يمنع من استحقاق الوصية الاختيارية أو الواجبة قتل الموصي أو المورث عمدا، سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا(م 1/135) أم شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه(م 2/135)، وكذا إذا كان عالما أو مدبرا للقتل، ولم يخبر السلطات المعنية (م3/135).

وعن طريق التفسير الموسع للمواد 135 و137 و188 قانون الأسرة الجزائري ، يمكننا تحريم الأمر، والدال، والمحرض، والبريئة، وواضع السم، مع العلم أنه يشترط أن يكون الموصى له مجرم عاقلا ومميزا بالغا وأهلا للمسؤولية الجنائية(م 47، 48،49 قانون العقوبات الجزائري) وأن يكون القتل عدوانا بدون حق ولا عذر قانوني (م1/135 قانون الأسرة الجزائري)، وأن لا يكون في حالة دفاع شرعي، مثلا(م 52 ق.ع).

ولقد أخذ كل من القانون المصري (م17 من قانون الوصية، والمادة 5 من قانون المواريث)، وكذا القانون السوري(م 233) بمبدأ عدم بطلان الوصية في القتل الخطأ من الفقه المالكي، وهذا ما عمد إليه كذلك القانون المغربي في المادة 2/179 الذي اشترط عدم قتل الموصى له للموصي عمدا أي عدوانا بدون حق، ولكنه أخذ بالمبدأ الذي ينص على أنه إذا علم الموصي قبل الوفاة بعدوان الموصى له، ومع ذلك لم يرجع عن وصيته وأصر عليها، أوعاد وأوصى له، فإن الوصية تكون صحيحة قانونا(م 2/179 من قانون الوصية المغربي الصادر في 7 مارس 1958.)

ونلاحظ أن المواد 135 و137 و188 قانون الأسرة الجزائري ، حققت في جملتها الانسجام القانوني بين قواعد قانون الأسرة(وخاص قانون الوصية وقانون الميراث)، وقواعد قانون العقوبات، وكذا القانون المدني الذي أحال على قانون الأسرة بعض المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، فوفقت بين قوانين الدولة المختلفة، وكشفت عن أصالة وبراعة النهضة التشريعية في الجزائر التي لا تقف عند اقتباس بعض الأحكام الفقهية أو الإحالة إلى مبادئ

الشريعة الإسلامية عند عدم وجود النص التشريعي في القانون المدني بل تتخطى ذلك إلى ما هو أعم منه وأشمل للقضاء على التبعية القانونية وظاهرة الاقتباس الجامد من النصوص الدخيلة من مجتمعنا الأصيل[1] .

وهذا لن يكون حقيقيا إلا بالاكتفاء الذاتي والاستقلال القانوني، وجعل أحكام الفقه الإسلامي هي الأساس للتشريع في جميع فروع القانون، بمنهج أصولي وأسلوب علمي جديد. ولقد جاء قانون الأسرة الجزائري لسد الفراغ القانوني في هذا الشأن وخلق نهضة حقوقية شاملة، خاصة ونحن في مرحلة تبلور التشريعات الجزائرية واستقرارها على أرض علمية متينة وأسس قوية صلبة[2] .

و- أن لا يكون الموصى له وارثا للموصي:

من أهم شروط نفاذ الوصية أن لا يكون الموصى له وارثا للموصي مصادقا لقوله عليه السلام عام الفتح " إن الله أعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث." (رواه الترمذي)[3] . وروي عن ابن عباس قوله:قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:"لا وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة"[4]. كما روى عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده قوله عليه السلام: " لا وصية لوارث إلا أن يجيزها الورثة"[5] .

ومن هنا ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز الوصية للوارث ولكن بشرط قبولها من طرف الورثة، أخذا بالحديث النبوي الذي رواه ابن عباس. فإذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي كانت الوصية صحيحة. أما إذا أجازها بعض الورثة، ورفضها البعض الآخر، نفذت في حصص من قبلها.

[1] بلحاج العربي. شروط انعقاد الوصية، المقال السابق.

[2] بلحاج العربي. المدخل لدراسة التشريع الإسلامي، المرجع السابق. ص4 و5.

[3] رواه الخمسة. الشوكاني. نيل الأوطار، ج 6، ص 39-40.

[4] رواه الدار قطني. الشوكاني. نيل الأوطار، ج6 ص 39-40

[5] رواه الدار قطني. راجع فتح الباري، ج5، ص 586.

ولقد أخذ القانون المصري بجواز الوصية للوارث وغير الوارث، وأنها لا تحتاج إلى إجازة الورثة إلا إذا تجاوزت 3/1 التركة (م37)[1]. وأما القانون السوري فنص على عدم جواز الوصية للوارث إلا بإجازة الورثة بعد وفاة الموصي (م338). أما القانون المغربي فلقد نص أنه لا وصية لوارث إطلاقا، ولا تصح ولو أجازها الورثة(م 176 و1/179).

والعبرة في كون الموصي له من الورثة أومن غير الورثة هو تاريخ وفاة الموصي لا تاريخ إنشاء الوصية. كما أن الإجازة لا تعتبر إلا بعد وفاة الموصي، كذلك لأن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت. ويشترط كذلك في صحة الإجازة أن تقع في ملكهم أي فيما يملكون[2] .

هذا وقد خالف المشرع الجزائري القوانين العربية التي عممت الحكم وأجازت الوصية للوارث في حدود الثلث، دون إجازة الورثة (م 477 ق. مدني مصري) و(م478 .ق. مدني سوري) و(م479 مدني ليبي)، والنص في المادة 189 من قانون الأسرة الجزائري ، " لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي"، كما أنه في المادة 185 يؤكد على حرية الموصي في التصرف في أمواله في حدود التركة دون إجازة الورثة، وما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة. وبذلك زال الالتباس الذي اكتنف نص المادة 1/408 من القانون المدني التي جاءت عامة والتي تعلق تصرف المريض مرض الموت بطريق الوصية للوارث على إجازة الورثة دون التوضيح بأنه إذا تعلق الأمر بما زاد على ثلث3/1 التركة (أي لو لم يتجاوز الثلث)[3].

ومن ثم فإنه يرجى من المشرع إعادة النظر في هذه المادة وصياغتها بحيث تنسجم مع المادتين 185 و189 من قانون الأسرة.

كما أن المادة 1/408 من القانون المدني هي مخالفة لما ورد في الحديث النبوي الشريف سعد بن أبي وقاص الذي أباح له التصرف في ماله بالوصية في حدود ثلث التركة

[1] نقض مصري.21 جوان 1962، ق.أ.ش، ص 351.

[2] لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة. المحكمة العليا، 5 مارس 1990، رقم 59240، م.ق، 1992، 3، ص 57.

[3] علي سليمان. تعليق حول قانون الأسرة الجزائري، المقال السابق.

دون إجازة ابنته التي كانت وارثته الوحيدة، وكذا لقوله عليه السلام: " إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم ".

إن الاتجاه الجديد في قانون الأسرة الجزائري في إجازة الوصية للوارث (م 189 قانون الأسرة الجزائري) يبدو ظاهريا أنه مخالف لبعض الأفكار القانونية الرائجة في القانون العربي ولكنه في حقيقته يتماشى مع بعض القواعد الفقهية المشهورة والتي منها (درء المفاسد مقدم على جلب المصالح) (والحكم يتبع المصلحة الراجحة).

إن الموقف العقلاني الذي اتبعه المشرع الجزائري يقتضي اعتبار الوصية للوارث صحيحة، ولكنها موقوفة على إجازة خاصة من الورثة، وفي حالة رفض الورثة للوصية بدون سبب مشروع وقانوني، فإنه يمكن اللجوء إلى المحكمة للفصل في النزاع المتعلق بنفاذ أو عدم الوصية للوارث[1].

إن منع الوصية للوارث بصورة مطلقة، كما فعل القانون المغربي خشية الشقاق والأحقاد بين الورثة، فيه نوع من الظلم اتجاه بعض الحالات المشروعة، كحالة من لم يرزق إلا بالبنات أو الولد المصاب بعاهة أو مرض مزمن ويريد والده الايصاء له لتأمين حياته ولعلاجه.

كما أن السماح المطلق لنظام الوصية للوارث كما جاء في القانون المصري من شأنه إثارة الأحقاد والضغائن بين الورثة. ولهذا فالموقف الوسط الذي عمد إليه المشرع الجزائري هم الذي يحقق المصلحة الراجحة ومفاده الإبقاء على كيان الأسرة ووحدتها والحفاظ على صلات الرحم بين أفرادها وهذا يتحقق بعدم جواز الوصية للوارث، وعدم نفاذها إلا بإجازة خاصة من الورثة ولأسباب مشروعة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي ومراقبة المحكمة، وهذا حتى لا تنحصر ثروة الموصي كلها في وارث واحد على حساب مبادئ التكافل الاجتماعي بين الناس والنظام العام الإسلامي في تنظيم تداول الأموال وتوزيعها بين أكبر عدد ممن هم أقرب صلة بالميت من ذوي قرابته الذين لا يرثون.

[1] بلحاج العربي. شروط انعقاد الوصية، المقال السابق. وراجع المحكمة العليا، 20 أفريل 1987، مذكور سابقا.

إن إجازة الوصية للوارث بدون رخصة من الورثة كما نص عليه القانون المصري(م 37) هو اتجاه مخالف لرأي جمهور الفقهاء والمذاهب الأربعة ولما جرى عليه العرف والعمل في المجتمع الإسلامي، كما أنه انحراف عن مبادئ الشريعة الإسلامية، وتعديل غير مباشر لنظام المواريث ولقانون التكافل الاجتماعي الإسلامي.

ولهذا فقد أحسن المشرع الجزائري صنعا عندما نص في المادة 185 من قانون الأسرة على أنه " تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة" وعلى أنه " لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي". فكان متماشيا مع الآراء الاجتهادية ومع روح نظام الوصية، ونظام الإرث الإسلاميين[1].

الفرع الثالث:الشروط المتعلقة بالموصى به

يشترط لصحة الموصى به أن يكون مما يجري فيه الإرث، وأن يكون موجودا عند الوصية، وأن يكون مالا منقولا وقابلا للتمليك، وغير مستغرق بالدين لا يزيد عن ثلث التركة.

أ- أن يكون الموصى به مما يجري فيه الإرث:

ومعناه أن يكون الموصى به قابلا للتمليك بعقد من العقود الناقلة للملكية حال حياة الموصي(م 184 و191 قانون الأسرة الجزائري)، سواء كان مالا حقيقة كالدراهم والأشياء العينية، أو مالا حكما كمنافع، كسكن الدار وزراعة الأرض والبراءة من الدين والكفالة وغيرها.

ولقد أقر القانون الجزائري في المادة 190 ذلك فقال: " للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة"، والمقصود بالأموال في هذه المادة هي الأموال القابلة للتمليك والتي تكون مما يجري فيه الإرث ومحلا للتعاقد.

وعلى هذا تصح الوصي بالحمل والأعيان المالية(عقارا أو منقولا) وبالحقوق المالية (كحقوق الارتفاق مثلا) أو بالمنافع لمدة معلومة أو مؤبدة وهكذا.

[1] بلحاج العربي. المقال السابق.

ولقد أجاز المشرع الجزائري الوصي بالعين (أو بالمال) أو بالمنفعة لمدة معينة أو غير معينة، لكنه في المادة 196 ينص على أنه إذا تعلق الأمر بالوصية لمنفعة أو لمدة غير محددة فإنها تنتهي بوفاة الموصى له .

وعلى هذا، فإنه يشترط القانون الجزائري في الموصى به أن يكون مما ينتقل بالإرث من المورث إلى الوارث (فإن لم يكن مما ينتقل بالإرث اشترط فيه أن يكون صالحا لأن يكون محلا للتعاقد حال حياة الموصي. فإذا لم يكن مما ينطبق عليه كلا الأمرين وقعت الوصية باطلة[1].

ب- أن يكون الموصى به موجودا عند الوصية:

إذا كان الموصى به معينا بالذات، كمن يوصي لشخص بساعته فإنه يشترط شرعا وقانونا أن تكون موجودة في ملك الموصى عند الوصية، أي أن تكون مملوكة للموصى حين إنشاء الوصية. ولهذا لا تصح الوصية بملك الغير، وإن ملكه بعد الوصية ثم مات [2]. وذلك ما أكده القانون الجزائري في المادة 190 الذي ينص على ضرورة الايصاء بالأموال التي يملكها الموصى حين الوصية. (والمقصود هاهنا، هي الأشياء المعينة بالذات لأنه إذا تعلق بجزء شائع في المال كله فيشرط وجوده عند الوفاة).

جـ - أن يكون الموصى به مالا متقوما وقابلا للتمليك:

المقصود في عرف المشرع بالمال المقوم في الوصية بالمال، ومن هنا لا تصح الوصية بالميتة لأنها بمال، كما لا تصح بالخمر والخنزير أو بما لا يجوز شرعا من كل ما هو محرم أو معصية، لأنها لا تعتبر مالا متقوما في حق المسلم. أما لو أوصى غير مسلم لأبناء ملته بخمر أو خنزير جاز ذلك لأنها أمول مقومة عند أهل الذمة.

ومعنى قابلا للتمليك هو أن يكون الموصى به مما يجوز تملكه بعقد من العقود في نظر القانون الجزائري والإسلامي(كعقود البيع والهبة والإيجار والإرث كذا الحقوق المالية...)،لأن الوصية تمليك (م 184 قانون الأسرة الجزائري)، وما لا يقبل التمليك لا تنعقد الوصية به.

---

[1] بلحاج العربي. شروط انعقاد الوصية، المقال السابق.

[2] اتفق الفقهاء على بطلان الوصية بملك الغير مطلقا، لعدم صحة تصرفات الفضولي في التبرعات، وإن أجيزت في المعاوضات. راجع الصاوي على الشرح الصغير، ج2، ص 289-290, ابن عابدين. رد المحتار، 5، ص 595.

وعلى هذا الأساس لا تصح الوصية بما لا يعتبره مالا أو بالأموال المباحة غير المملوكة بعقد من العقود في القانون، وكذا لا تصح الوصية بالوظائف العامة أو بالأموال العامة وغيرها من الحقوق الشخصية والمهنية المحصنة لأنها لا تورث ولا تصح لأن تكون محلا لتعاقد الموصى حال حياته.

ومن هنا، يشترط لصحة دعوى الوصية أن يكون الموصى به قابلا للتمليك بعد موت الموصي، وعليه فإن الوصية برقبة الأرض الأميرية لا تعتبر لأنها غير قابلة للتمليك من الموصي[1].

كما أن الوصية المتعلقة بعقار ما، يجب البحث والتحقق من أنه من نوع الملك حتى تقع عليه الوصية [2].

ولقد قررت المحكمة الشرعية الأردنية بأن عقد التأمين لا يمكن اعتباره وصية لأنه غير قابل للتمليك بعقد من العقود الشرعية ولا خاضع لأحكام العقود الشرعية[3]. وعليه فإنه يشترط في المعدوم أن يكون قابلا للتمليك بعقد من العقود الشرعية، سواء كان مالا أو منفعة حال حياة الموصي، لأن الوصية تمليك، وما لا يقبل التمليك لا يصح الايصاء به[4].

د- أن لا يكون الموصى به مستغرقا بالدين:

يشترط لنفاذ الوصية أن لا يكون الموصى به مستغرقا بالدين، أي ألا يكون الموصى مدينا بدين مستغرق لجميع ماله، ذلك أن الديون الثابتة في ذمة الموصي مقدمة في التعليق بمال الميت على كل حق بعد مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع (م 180 قانون الأسرة الجزائري)، لأن أداء الديون واجب على كل مسلم،والوصية في غير الواجبات مندوبة أ ومباحة، والواجب في أحكام الفقه مقدم على المندوب والمباح. وبالتالي تبقى الوصية في هذا الشأن موقوفة على إجازة الورثة وأصحاب الحق الشرعيين، فإذا أجازوها نفذت وإلا كان العكس صحيحا.

[1] محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية، قرارها رقم 8723 الصادر سنة 1955.

[2] محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية، قرارها رقم 10659 الصادر سنة 1959.

[3] محكم الاستئناف الشرعية الأردنية، قرارها رقم 7755 الصادر سنة 1952.

[4] نقض مصري. 14 ماي 1964، ق.أ..ش، ص 348-349 .

إن ديون العباد مقدمة على الوصية والإرث لتعلق حق الدائنين بأموال المدين، ولا مجال لإعطاء الموصى له شيئا قبل الوفاء بالدين .

أما فيما يخص تقديم الوصية على الدين في آيات المواريث حيث قال تعالى: " من بعد وصية توصون بها أودين..."[1]، وهو ما يشعر بتقديم الوصية على الدين. غير أنه مصداقا لما روى عن علي كرم الله وجهه أنه قال: " إنكم تقرؤون الوصية قبل الدين، وقد شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم بدأ بالدين قبل الوصية"ومن هنا فإن تقديم القرآن للوصية على الدين لا يدل على تقدمها في الرتبة عليه، وإنما لتبيان أهميتها ووجوب إخراجها حتى لا يهمل الورثة أو العباد تنفيذها، لأنها تبرع من الميت تعلق بما لهم، وجب تنفيذه احتراما لإرادة الموصى في خدمة مصلحة أقرباء المجتمع.

وقد تصح الوصية بمال مستغرق بالدين إلا في حالتين قانونيتين وهما: إذا أبرأه الغرماء واسقطوا ديونهم جازت الوصية حينئذ، وكذا إذا أجاز الغرماء إنفاذ الوصية قبل الدين جازت الوصية أيضا.

هـ – ألا يزيد الموصى به عن الثلث:

الحدود الشرعية والقانونية للوصية هي عدم تجاوزها ثلث التركة (م 185 قانون الأسرة الجزائري)، فإذا أوصى الشخص بأكثر من ذلك دون إجازة من الورثة كانت وصيته باطلة (الحكم مأخوذ من المواد 185 و189 قانون الأسرة الجزائري ، وكذا المادة 408/ القانون المدني الجزائري). وهذا طبقا لما مر من حديث سعد بن أبي وقاص حيث قال الرسول له وسعد في مرض الموت:" الثلث والثلث كثير."[2]

وكذا قوله عليه السلام: " إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند مماتكم"[3].فهذه الأحاديث النبوية توضح جليا بأنه ما زاد عن ثلث التركة إنما حق خالص للورثة، فإذا رفضوا لم يكن للقاضي ولا للمحكمة أن تنفذ عليهم ذلك[1].

---

[1] سورة النساء. الآية 12.

[2] رواه البخاري ومسلم .

[3] رواه ابن ماجة والدار قطني .

ولكن ما هو حكم الوصية إذا تجاوزت الثلث القانوني؟

يذهب الفقه المالكي هاهنا إلى أن الوصية لغير الوارث إذا تجاوزت الثلث فإنها تقع باطلة بالنسبة للزيادة، أما إذا أجازها الورثة فإنها تأخذ حكم الهبة من أموالهم. وهناك رأي آخر للمالكية مفاده أن الزيادة صحيحة ولكنها موقوفة على إجازة الورثة شرط أن تكون الوصية لغير وارث. أما إذا لم يكن للموصى من وارث، فالزيادة عن الثلث باطلة وتؤول إلى الخزينة العامة (بيت المال).

فالمادة 185 من قانون الأسرة الجزائري تتعلق من الوجهة القانونية بإمكانية الزيادة عن ثلث التركة بإجازة من الورثة إن وجدوا بطبيعة الحال، ولكن ما الأمر في حالة عدم وجودها؟

إننا نرى في هذا الشأن الرأي الراجح عند المذهب المالكي وهو أن الزيادة عن الثلث في هذه الحالة باطلة قانونا، وتكون من حق خزينة الدولة في حالة عدم وجود وارث (م 180 الفقرة الأخيرة)[2] .

ولقد ذهب جمهور الفقهاء (المالكية والحنابلة والشافعية) إلى أنه إذا أوصى الموصى بما زاد عن الثلث، فإذا لم يكن له وارث بطلت الوصية فيما زاد على الثلث لأن ماله ميراث للمسلمين،ولا مجيز له منهم فطلبت وإن كان له وارث، كانت الوصية عند الشافعية والحنابلة موقوفة على إجازته ورده، فإن ردها رجعت الوصية إلى الثلث، وإن أجازها صحت [3]، وتكون الوصية بالزائد عن الثلث باطلة عند المالكية[4].

ويستحب في الفقه الإسلامي أن يوصي الإنسان بما دون الثلث 3/1، سواء أكان الورثة أغنياء أو فقراء[5]، لقوله عليه السلام: " الثلث والثلث كثير" .

---

[1] مصطفى السباعي. المرجع السابق، ج2، ص 104-105.

[2] الصاوي على الشرح الصغير، ج2، ص 433، شرح منح الجليل على مختصر خليل،ج4، ص 649.

[3] ابن قدامة . المغني، ج6، ص4، الرملي. نهاية المحتاج، ج6، ص 54.

[4] الصاوي على الشرح الصغير، ج2، ص 433.

[5] ابن قدامة. المغني، ج6، ص 4.

أما بالنسبة للوقت الشرعي والقانوني الذي يقدر فيه الثلث المسموح به شرعا فهو وقت القسمة وقبض كل من الورثة والموصى له حقوقهم، لأن الوقت الذي تنفذ فيه الوصية ويستقر فيه مال التركة، وبعد سداد ديون العباد وحقوقهم [1].

ولقد نصت القوانين الوضعية العربية على أن الثلث يقدر بالنسبة لما تبقى من التركة بعد الوفاء بالديون. وهو يما عمد إليه المشرع الجزائري في المادة 185 بقوله:" تكون الوصي في حدود ثلث التركة"، (والحكم مأخوذ كذلك من المواد 180، 181،182 و183 قانون الأسرة الجزائري).

والمقصود هنا بكلمة التركة، الأموال الخاصة للوصايا والمواريث بعد مصاريف الدفن وسداد الديون الثابتة في ذمة المتوفى. وعلى هذا الأساس فإن الزيادة أو النقصان في التركة بعد موت الموصى وقبل القسمة هي ملك للموصى له (في العين المخصصة للوصية).

ولقد نص المشرع الجزائري على أنه يجب تتبع الإجراءات المستعملة في قسمة التركات فيما يتعلق بالمواعيد وسرعة الفصل في موضوعها وطرق الطعن في أحكامها (م183 ق.أ) كما أنه في حالة وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء(م2/181) وأنه في حالة عدم وجود ولي أو وصي يجوز لمن له مصلح أو للنيابة العامة أن يتقدم إلى المحكمة بطلب تصفية التركة(م 182 قانون الأسرة الجزائري).

كل هذه المعطيات توضح أن المشرع الجزائري يحيط الوصايا والمواريث بسياج من الإجراءات لمراقبة شرعية تصفية التركة وعدم تجاوز الحدود الشرعية واحترام الحقوق القانونية. ويمكن الموصى له أن يتقدم بطلب إلى رئيس المحكم التي تقع التركة في دائرة اختصاصها ملتمسا تعيين حارس قضائي على التركة أو وضع الأختام عليها كجزاء تحفظي لتفادي تهريبها أو تبديلها (م 183 من قانون الإجراءات المدنية)[2].

[1] الوصية تكون في حدود ثلث(3/1) التركة. المحكمة العليا. 24 فبراير 1986، رقم 40651(غير منشور).

[2] المحكمة العليا، غ.أ.ش، 19 مارس 1990، رقم 58504، مذكور سابقا.

كما أن المادة 363 من قانون العقوبات الجزائري تعاقب كل شخص يدعي أن له الحق في التركة أو يستولي بطريق الغش أو الاحتيال أو التدليس على كل الإرث أو على جزء منه قبل قسمته الشرعية والقانونية، فيتعرض المستولي لعقوبة الحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات، والغرامة من 500دج إلى 3000دج[1] .

المبحث الثاني:مبطلات الوصية وأثارها

المطلب الأول: بطلان الوصية

من الثابت شرعا وقانونا أن الوصية إذا وقعت مستوفية كل شروطها ومقوماتها تكون صحيحة. فإذا مات الموصى مصرا على وصيته، ولم يوجد ما يبطلها وقبلها الموصى له، نفذت في حدود الثلث 3/1، وترتب عليها آثارها.

ولكنه قد يحدث ما يلغي الوصية ويبطلها، من جهة الموصى، أو من جهة الموصى له، أومن جهة الموصى به.

الفرع الأول:مبطلات الوصية من جهة الموصى:

1-تبطل الوصية عند الحنفية بالجنون المطبق، ونحوه كالعته، لأن الوصية عقد غير لازم كالوكالة، فيكون لبقائه حكم ابتدائه[2].

بينما ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا تبطل الوصية بالجنون، سواء كان مطبقا أم لا، لأن شرط تحقق الأهلية واجب عن الانعقاد، ولا يؤثر زوالها بعدئذ في صحة العقد أو التصرف . وهو ما يستفاد من أحكام القانون الجزائري التي تشترط سلامة العقل عند الانعقاد فقط (م 186 ق.أ)[3].

ونلاحظ أنه يجوز للموصي الرجوع عن الوصية في أي وقت ويشاء، فإذا جن جنونا مطبقا متصلا بالموت، فقد طرأ عليها احتمال رجوعه عنها فتبطل.

---

[1] المحكمة العليا، غ.ج، 13 ماي 1986، رقم 276(غير منشور).

[2] محكمة استئناف القاهرة. 26 فبراير 1966(ق.أ.ش)، ص 351-352.

[3] وعليه لا تصح الوصية ممن زال عقله بسبب الجنون أو العته أو السكر بمباح أو بمجرم.

2-ردة الموصي عن الإسلام بعد الوصية، لأن ملكه موقوف على الأصح.فمن مات وهو على ردته أو لحق بدار الحرب، وحكم بلحاقه، فإن وصيته تبطل.ولم يتعرض القانون الجزائري للردة، لقلة وقوعها، وعملا بمذهب الحنابلة القائلين بصحة وصية المرتد.

3-رجوع الموصى عن وصيته صراحة أو ضمنا. فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها، والضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها(المادة 192 قانون الأسرة الجزائري).

أما جحود الوصية وهو إنكار حصول الوصية في الماضي، يعتبر عند المالكية رجوعا وتبطل به الوصية[1] .

أما القانون فلم يعتبره رجوعا إلا إذا وجد ما يدل على أن الموصى قصد به الرجوع صراحة أو دلالة، وذلك تضييقا لدائرة الرجوع وللاحتياط.

4-تعليق الوصية على شرط لم يحصل، كأن قال: إن مت من مرضي هذا، أومن سفري هذا فلفلان كذا، فلم يمت، فتبطل الوصي لأنه علقها على شرط لم يحصل.

الفرع الثاني:ما يبطل الوصية من جهة الموصى له

1-تبطل الوصية إذا ردها الموصى له بعد وفاة الموصي(المادة 201 قانون الأسرة الجزائري).

2-إذا مات الموصى له قبل وفاة الموصي(م 201 قانون الأسرة الجزائري)، لأن الوصية من عقود التبرع لشخص معين بالذات، ولا تلزم إلا بوفاة الموصي مصرا على وصيته وقبول الموصى له بعد وفاته (م 197 و198 قانون الأسرة الجزائري)[2].

3-قتل الموصى له للموصي قتلا عمدا أو عدوانا، بدون وجه شرعي ولا عذر قانوني، سواء كان قبل انعقاد الوصية أو بعدها (م 137 و188 قانون الأسرة الجزائري).

---

[1] ذهب بعض الأحناف إلى الجحود لا يعتبر رجوعا، لأن الرجوع عن الوصية إثبات لها في الماضي، و نفي في الحال. أما الجحود فهو نفي في الماضي والحال، فلا يكون رجوعا حقيقة، بدليل أنه لو جحد الزواج لا يكون ذلك طلاقا منه.

[2] ذهب الجمهور إلى الوصي تبطل بموت الموصى له، سواء علم الموصى بموته أم لم يعلم.

4-تبطل الوصية لوارث،إلا إذا أجازها الورثة، بعد وفاة الموصي(م 189 قانون الأسرة الجزائري).

5-تعذر وجود الجهة الموصى لها، اللهم إلا إذا كانت الوصية لجهة غير موجودة، وستوجد في المستقبل.

الفرع الثالث:ما يبطل الوصية من جهة الموصى به

1- تبطل الوصية إذا كان الموصى به معينا بالذات، وهلك الموصى أو قبل قبول الموصى له، لفوات محل حكم الوصية.

2-تبطل الوصية إذا كان الموصى به جزءا شائعا في شيء معين بذاته،أو بنوع معين من أمواله، كأن يوصي بنصف داره، أو بفرس من أفراسه العشرة المعلومة، فإن هلكت فلا شيء للموصى له، لفوات محل الوصية.

3-إذا ثبت استحقاق الموصى به لغير الموصي، كالإيصاء بما ليس مملوكا له[1].

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 قانون الأسرة الجزائري: تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي أو بردها .

وعلى هذا الأساس سأتكلم على الآثار المترتبة على قبول الوصية ثم أعرج على خالة ردها وتفصيل ذلك كالآتي:

الفرع الأول: مفهوم قبول الوصية وردها

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

[1] إذا بطلت الوصية ، عاد الموصى به إلى تركة الموصي كبقية أمواله.

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

بشرط أن يولد حيا، وإذا ولد توأم يستحقونها بالتساوي ولو اختلفوا في الجنس, وهو رأي المذهب المالكي. [1]

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

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

الحنفية: قالوا أن القبول شرط لتنفيذ الوصية بعد الموت وعليه فإذا قبل الموصى له الوصية,كان الموصى به ملكا له وإذا ردها صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي يعود الموصى به إلى ملكية ورثة الموصي.[2]

المادة 197 من قانون الأسرة الجزائري: "يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي "وإذا قبل الموصى له بعض الوصية ورد البعض الآخر لزمت الوصية فيما قبل وبطلت فيما رد, وإذا قبلها بعض الموصى لهم وردها الباقون تكون الوصية لازمة بالنسبة لمن قبلوا وتبطل بالنسبة لمن ردوا.

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

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

ثانيا:وقت الرد:بينما ذهب أبي حنيفة أن القبول يكون بالقول والفعل، كما قد يكون بالسكوت وعدم الرد من الموصى له، وعليه فان هذا الرأي يقوم على أساس الاكتفاء بعدم الرد،

[1]العربي بلحاج ,الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ,ص 280 .
[2]عبد الرحمان الجزيري,فقه المذاهب الأربعة , المجلد 4، دار المكتبة العلمية، لبنان، 1999, ص 789.

ذلك أن القبول المطلوب هو عدم الرد، فيكفي القبول الصريح أو القبول دلالة, حتى لو أن الموصى له مات قبل أن يقبل أو يرد ويثبت ملكه في الموصى به لعدم الرد من قبلهم انتقل ذلك الملك لورثته .[1]

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

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

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

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

[1]العربي بلحاج , الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ,ص281.

على ذلك فانه تكون زوائد العين الموصى بها أي إذا حدثت بعد الوفاة وقبل القبول ملكا للموصى له، لأنها تعتبر آثرا لملكيته الخاصة واتفق الفقهاء على أن الموصي إذا حدد موعدا للملكية كابتداء شهر كذا تبدأ به الملكية لان شرط الموصي يراعي ما لم يخالف مقاصد الشرع عاما إذا لم يعين الموصي وقتا لابتداء الملكية, فان الموصى له عقب الوفاة .[1]

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

أ-رأي الحنابلة وبعض المالكية:

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

ب- رأي الحنفية والشافعية:

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

فالإجازة تعتبر تنفيذا للعقد من تاريخ إنشائه لا من تاريخ انجازه وبالتالي فالملكية تثبت من وقت الوفاة، وزوائد الموصى به هي ملك للموصى له .[4] وتظهر ثمرة الخلاف في ملك زوائد الموصى به، وغلته الحاصلة في المدة ما بين الموت والقبول كصغير الحيوان وثمرة 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

[1] وهبة الزحيلي ,الفقه الإسلامي وأدلته , ج10 , دار الفكر دمشق سوريا,1980,ص745.
[2] وهبة الزحيلي ,المرجع نفسه,ص745.
[3] العربي بلحاج ,المرجع السابق, ص283.
[4] العربي بلحاج ,المرجع نفسه ,ص283.

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 لان هذا الزائد حدث على ملك الموصى له فيسلم له، ولم ينص المشرع الجزائري على وقت الوفاة إلى وقت القبول غير انه انطلاقا من المواد 185-198-222 من قانون الأسرة الجزائري [1],يتضح بأنه يرجع في هذا الشأن لإحكام الفقه الإسلامي والراجح عند الفقهاء أنه تثبت ملكية الموصى به للموصى له استنادا إلى وقت الوفاة لأنه هو المقصود من وصية الموصي غير أن الموصى له لا يملك الموصى ب هالا بالقبول ولا يستند وجودها (الملكية) إلى ما قبل القبول (المادة 197 قانون الأسرة الجزائري) ,ولقد نص القانون بأنه تثبت الوصية بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك إلا انه في حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم قضائي يؤشر على هامش أصل الملكية (المادة 191 قانون الأسرة الجزائري) .

الفرع الثالث: 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 الجزائري 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 احدهم بالرجوع وعندها يعد عقد الوصية مفسوخا ويعود الموصى به إلى التركة وذهب جمهور الفقهاء إلى انه يجوز رد الوصية بعد قبولها إذا تم قبضها لان الملك قد ثبت واستقر، فلا فسخ للوصية إلا إذا قبلها الورثة وفي هذه الحالة تعتبر

[1]القانون رقم :84-11 المؤرخ في 1984/07/09 المعدل و المتمم بالأمر 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري .

هبة من الموصى له إلى ورثة الموصي، وعليه فإنها تحتاج إلى شروط الهبة أي أنها تأخذ حكم التبرعات . أن 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 انه: "تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي أو بردها" لكن السؤال الذي يطرح بهذا الصدد من يملك حق القبول والرد ؟

اتفق الفقهاء على أن الموصى له المعين يملك بنفسه القبول والرد على أن الموصى له إذا كان كامل الأهلية وراشدا لأنه صاحب الولاية على نفسه واتفقوا كذلك على أن الموصى له فاقد الأهلية وهو المجنون والمعتوه والصبي غير المميز ليس القبول والرد إنما يقبل وليه أو يرد[1].

واتفقوا أيضا 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 قانونا فان لم يكن لها من يمثلها قانونا لزمت الوصية من غير حاجة إلى قبول .

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

فقال الحنفية: له القبول لان الوصية نافعة نفعا محضا له كالهبة والاستحقاق في الوقت وليس له ولا لوليه الرد لأنه ضار ضرر محضا فلا يملكوه .

وقال الجمهور أمر القبول والرد عن ناقص الأهلية لوليه يفعل ما فيه المصلحة . [2]

[1] العربي بلحاج , المرجع السابق , ص285.
[2] وهبة الزحيلي , المرجع السابق , ص454.

الخاتمـــــــــــــــة

الخاتمة:

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

لقوله صلى الله عليه وسلم (إن الله تبارك وتعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم زيادة أعمالكم فضعوها حيث شئتم).

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

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

من أهم النتائج التالية:

1-إن 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-متى هلك الموصى به بطلت الوصية.

الملاحـــق

قرارات المحكمة العليا في موضوع الوصي

ملف رقم 116375 قرار بتاريخ 1995/05/02

تعريف الوصية –تقديمها على التركة – القول أنها نفذت في حياة الموصي – خرقا صريحا للقانون .

من المقرر قانونا أن الوصية هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع ,'وقد أثار احد الأطراف أثناء الدعوى دفاعا يتعلق بوجود وصية ,'فان قضاة الموضوع كانوا ملزمين بمناقشة ذلك استنادا للدلائل المقدمة لهم لإثباتها أو نفيها ,'ولا يمكنهم أبدا القول بأنها نفذت مع القسمة في حياة المورث لان ذلك,' يعد خرقا واضحا للقانون ولإحكام الشريعة الإسلامية مما يعرض قضائهم للإبطال.

ملف رقم 54727 قرار بتاريخ 1990/01/24

وصية التراجع عنها، يبطلها الخطأ في تطبيق القانون ,/المادة 192 ق.ا /.

من المقرر قانونا انه يجوز الرجوع في الوصية صراحة او ضمنا ومن ثم فان . القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطا في تطبيق القانون . لما كان الثابت . في قضية الحال . ان قضاة المجلس لما قضوا بصحة الوصية و ثبوتها واستخراج الثلث منها للمستأنف بالرغم من كون الوصي قد راجع عن وصيته بموجب الوكالة الرسمية التي وكل من خلالها ابن عمه ببيع جميع ممتلكاته العقارية يكونوا بقضائهم كما فعلوا اخطئوا في تطبيق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

رقم القرار 241885 تاريخ القرار 2001/03/14

قضية (ب–ر)ضد(ب–ر)

موضوع القرار وصية –اعتبارها صحيحة و نافذة – عدم وجود اعتراض –إجازتها – خطا في تطبيق القانون .

المبدأ: إن القرار المطعون فيه لما قرر عدم وجود ما يثبت اعتراض الوارث على الوصية أثناء حياته وبالتالي فان إجازته للوصية تصبح نافذة يكون قد بنى هذه الإجازة على وجود الافتراض و الظن مخالفا بذلك أحكام المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري التي تجعل من الوصية التي توصي بأكثر من الثلث متوقفة على إجازة الورثة للابتعاد عن أدنى شك .

القرار ان المحكمة العليا حيث طعنت المسميتان (ب–ر) موظفة و (م–ح) أرملة (ب–ن) بدون مهنة في حقها و حق أبنائها القصر وهم (ا.س.م.ك)بواسطة محاميها الأستاذ ..... المقيم بالجزائر العاصمة و المعتمد لدى المحكمة العليا بتاريخ 1999/11/20 ضد القرار الصادر بتاريخ 1999/03/07 عن مجلس قضاء الجزائر العاصمة الفاصل في المواد المدنية وذلك في الخصومة التي جرى مختصر وقائعها وإجراءاتها التالية :

انه بتاريخ 1988/02/03 إقامة الطاعنة (ب–ر) والمرحوم (ب–س) والمرحومة (ل–ب)أرملة (ب–ع)دعوى أمام محكمة بئر مراد رايس ضد المطعون ضدها (ب–ر)وذلك من اجل فسخ الوصية التي أوصت بها المرحومة (ب–ز)لصالح المطعون ضدها (المدعي عليها أمام المحكمة)وقد ردت المطعون ضدها (ب–ر) كونها استفادت من هبة بموجب عقد رسمي مؤرخ في 1981/06/28من لدن عمتها المرحومة (ب–ز),وكون المدعين ليست لهم

صفة ولذا طالبت (المطعون ضدها) برفض دعواهم مع المطالبة بتعويضها عن هذه الدعوى التعسفية .

وعلى اثر ذلك أصدرت المحكمة حكمها بتاريخ 1988/06/30 من قبل الطاعنة (ب–ر) والطاعنة أرملة (ب–ن) في حقها وحق أبنائها القصر .

وبعد ان تبادل الطرفان النقاش اصدر المجلس قراره القاضي بقبول استئناف (ب–ر) وعدم قبول استئناف (م–ح)أرملة (ب–ن) وفي الموضوع تأييد الحكم المستأنف مبدئيا مع تعديله بالقضاء بصحة الوصية المحررة بتاريخ 1981/06/28 بعقد توثيقي لاجازتها من الوارث الشرعي الوحيد للموصية (ب–ز) ورفض المستأنفة لفقدنها الصفة القانونية طبقا للمادة 495من قانون الإجراءات المدنية وكذلك رفض طلبات المستأنف عليها المتعلقة بالتعويض.

هذا القرار هو موضوع الطعن بالنقض الحالي و السالف الإشارة إليه أعلاه.

وبعد الاطلاع على عريضة الطعن بالنقض و على أوراق ملفه و على جواب المطعون ضدها (ط–م) المولودة (ب–ر) بواسطة محاميها الأستاذ ... المقيم بتيزي وزو المعتمد لدى المحكمة العليا ولأن المطعون ضدها كانت ترمي بردها هذا إلى رفض الطعن بالنقض الحالي .

وحيث أن النيابة العامة قدمت مذكرة تلتمس فيها نقض القرار، وحيث أن الطعن بالنقض هذا قد استوفى أوضاعه الشكلية وحيث الطاعنين بنيا طعنهما على الوجهين التاليين:

أولا: الوجه المأخوذ من الخطأ بتطبيق أحكام المادة 185 من قانون الأسرة.

وتؤسس الطاعنتان هذا الوجه بتعييبهم على القرار المطعون فيه بقولهما أن المرحومة (ب-ز) أوصت بعقد توثيقي بتاريخ 1981/06/28 لجميع ممتلكاتها لصالح ابنة أخيها (ر) المطعون ضدها دون علم أخيها (ع) الوارث الوحيد و بعد وفاة الموصاة عام 1984 ثم وريثها (ب-ع) 1985 واثر افتتاح تركتهما اكتشف ورثتهما الوصية موضوع النزاع هذا و أن هؤلاء الورثة لهم الصفة للتعرف على هذه الوصية المجحفة بحقوقهم و التي حررت بخرقها لأحكام المادة 185 من قانون الأسرة الذي يجعل الوصية في حدود ثلث (3/1) التركة و ما زاد عن الثلث تتوقف على إجازة الورثة الصريحة وأن الوارث الوحيد المرحوم (ب-ع) لم يجز ذلك و ما دام أن القرار المطعون فيه هذا قضى بصحة الوصية في جميع مقتضياتها فإن قضاته أخطأوا في تطبيق أحكام المادة 185 من قانون الأسرة .

ثانيا: الوجه المأخوذ من مخالفة و خرق المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية .

و تؤسس الطاعنتان هذا الوجه بانتقادهما للقرار المطعون فيه بقولهما أن السيدة (م-ح) وأبنائها يرثون شرعا مخالفات المرحومة (ل-ب) أرملة (ب-ع) بحكم أن (ب-ن) الذي هو زوج (م-ح) و أب لأبنائها القصر و في نفس الوقت هو ابن المرحومة (ل-ب) و بوفاة هذه الأخيرة ووفاة (ب-ن) يجعل من زوج الاخيرة هذا (الطاعنة الثانية) في النقض لها صفة التقاضي مما يجعل من القرار المنتقل الذي قضى بعدم قبوله باستئنافها شكلا قد خرق مقتضيات المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية.

الرد:

فعن الوجه الأول المثار:

حيث بالرجوع إلى القرار المطعون فيه نجد أن قضاة المجلس انتهوا إلى اعتبار الوصية صحيحة و نافذة وأن الموصى لها تستفيد بكامل تركة عمتها و ليس بالثلث (3/1) فقط، و أن مورث الطاعنين الذي هو أب الموصى لها وأخ الموصية و الوارث الوحيد لها و الذي توفي بعدها بسنة واحدة لم يعترض على هذه الوصية واعتبر قضاة المجلس أن عدم الاعتراض على ذلك إجازة لهذه الوصية دون أن يوضحوا فيما إذا تم حصر تركة الموصية و علم الوارث بهذه الوصية، و ما هي المواقف التي تظهر، أن هذا الوارث قد أجاز هذه الوصية و اكتفى قضاة المجلس بالقول ان عدم وجود ما يثبت في ملف القضية اعتراض الوارث على الوصية أثناء قيد حياته .

فإن إجازته للوصية تصبح نافذة وبالتالي بنى قضاة المجلس هذه الإجازة على الافتراض و الظن و بذلك ابتعدوا عن مفهوم أحكام المادة 185 من قانون الأسرة التي تجعل من الوصية التي توصي بأكثر من ثلث التركة تتوقف على إجازة الوارث و بالتالي فإن هذه الإجازة يجب أن لا يساورها أدنى شك و هنا يكون قضاة المجلس قد أخطأوا في تطبيق أحكام القانون ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه .

فلهذه الأسباب :

قررت المحكمة العليا قبول الطعن شكلا.

نقض وإبطال القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء الجزائر بتاريخ 1999/03/07 بين الطرفين وإحالة القضية إلى نفس المجلس مكونا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد طبقا للقانون .مع إلزام المطعون ضده بالمصاريف القضائية.

ملاحظات قانونية على بعض النصوص المتعلقة بالوصية

هناك بعض النصوص القانونية تحتاج إلى إضافة أو إعادة صياغة من جديد لتحقيق الانسجام مع المقصود في باب الوصية ومن هذه النصوص نجد :

1 – الملاحظة الأولى : [1] تتعلق بالمادة 185 التي نصت على أن الوصية تكون في حدود ثلث التركة، وما زاد عن الثلث تتوقف على إجازة الورثة .

تحدث النص القانوني هنا عن إجازة جميع الورثة للوصية وهنا لا صعوبة في الموضوع .

وإنما الصعوبة تكمن في حالة ما إذا أجاز بعضهم القسط الزائد عن الثلث دون البعض الآخر، وهنا يقتضي الحكم أن يسري في حق من وافق .

أما من عارض القسط الزائد عن الثلث فلا تسري في حقه، وهو أمر مهم لابد من التعرض له حتى لا يضار الموصى له من جهة الورثة .

وحتى لا يحدث نزاع بين الورثة على مسالة الوصية .

ولهذا نقترح على المشرع إضافة فقرة أخرى لنص المادة 185 تغطي هذه الحالة ونصها:

المادة 3/185 " لا يسري ما زاد عن الثلث في حق من عارض هذه الزيادة ".

كما أن هناك مسالة هامة لابد من مراقبتها أما القضاء، وهي كون احد الورثة أو بعضهم عديم أو ناقص الأهلية، وهنا لا يصح أن تكون الإجازة منهم .

بل لابد أن تكون ممن ينوب عنه قانونا، ونعتقد أن الموافقة من هذا الأخير يجب أن تخضع لمراقبة القضاء حماية لأموال الصغار، وهو ما يدعو لإضافة فقرة رابعة للمادة

[1] رشيد بن شويخ , الأحكام الثابتة و المتغيرة في قانون الأسرة الجزائري , رسالة دكتوراه دولة في القانون 2003 , جامعة سعد دحلب البليدة , ص 270 .

المذكورة على النحو التالي : المادة 185 /4 " إذا كان احد الورثة ناقص أو عديم الأهلية كانت الإجازة ممن ينوب عنه قانونا بعد موافقة القاضي ".

وبهذا نحقق التوازن بين الورثة، فقد يكون من عارض الزيادة أحوج إلى هذا المال من الموصى له بما زاد عن الثلث، بالتالي لا يتأثر نصيبه من التركة .

2 – الملاحظة الثانية :

[1] تتعلق بالمادة 187 التي نصت على صحة الوصية للحمل شريطة أن يولد حيا، وإذا ولد توأم يستحقونها بالتساوي ولوا اختلف الجنس .

و الحقيقة انه كان على المشرع أن يجعل هذه القاعدة القانونية مكملة و بمعنى يمكن للموصي أن ينص في عقد الوصية على نصيب كل واحد عند اختلاف الجنس في حالة التوأم، ومن هنا يمكن إضافة كلمة " ما لم ينص على خلاف ذلك في الوصية إلى النص السابق ". [2]

كذلك لم ينص على حالة وفاة احد التوأمين دون الآخر، و بالتالي نعتقد أن الوصية كلها تكون للحي، على أساس أنها كانت للحمل الذي يولد في الحالات الغالبة على انه واحد فقط.

واستثناء يكون توأما، اثنان فأكثر .

وليس هذا بدعة من المشرع الجزائري، فقد نص قانون الأحوال الشخصي الكويتي في المادة 246 فقرة (أ) و (ب) على حكم شبيه بما قلناه على النحو التالي :

[1] رشيد بن الشويخ ,المرجع السابق و ص 271 .

[2] نصت المادة 337 من القانون السوري على انه إذا جاءت الحامل في وقت واحد أو في وقتين بينهما اقل من ستة أشهر بولدين حيين فأكثر كانت الوصية بينهم بالتساوي إلا إذا نصت الوصية على خلاف ذلك .

أ – إذا جاءت الحامل بولدين حيين أو أكثر في وقت واحد، أو في وقتين بينهما اقل من ستة أشهر، كانت الوصية بينهم بالتساوي إلا إذا نصت الوصية على خلاف ذلك .

ب – وان انفصل احدهم غير حي استحق الحي منهم كل الوصية ".

ونصت الفقرة الرابعة من المادة 256 من القانون الإماراتي أيضا على هذا الحكم بقوله " ينفرد الحي من التوائم بالموصى به للحمل، إذا وضعت المرأة احدهم ميتا .

قائمة المراجع

قائمة المراجع :

أولا: القران الكريم .

ثانيا: الكتب

1. إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: محمد الزحيلي، دار القلم، بيروت، 1992.
2. ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، الجزء 8، دار الرسالة العالمية، بيروت، 2013.
3. أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، الجزء1، دار المعارف، بدون طبعة، بدون تاريخ
4. أحمد الصويعي شلبيك، أحكام الإسقاط في الفقه الإسلامي، دار النقاش، الأردن، الطبعة 1, 1999.
5. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني، الجزء الأول و محاضرات ألقيت على طلاب المدرسة الوطنية للإدارة فرع وهران، 1989/1988.
6. بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني (الوصية و الميراث)، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
7. بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، 2008.
8. جمال الدين الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية وبغية الألمعي في تخريج الزيلعي، دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة، 2008.
9. السيد سابق، فقه السنة، طبعة جديدة مضبوطة و مفهرسة، المجلد الثالث، دار الجيل، بيروت،1990/01/01.
10. شمس الدين محمد بن أحمد بن حمزة الرملي الشافعي، نهاية المحتاج في شرح المنهاج، الجزء 6، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، 1984.

11. صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، دار العلم للملايين،بيروت، 1983.
12. عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المجلد 4، دار المكتبة العلمية، لبنان، 1999.
13. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المجلد 01، الجزء01، منشورات الحلبي الحقوقية،1998 .
14. علي الخفيف، أحكام الوصية بحوث مقارنة، دار الفكر العربي، دمشق ، 2010
15. مالك بن انس، الموطأ، إصدارات وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف –الجزائر، قسنطينة عاصمة الثقافة العربية 2015 .
16. مايا دقايشية، أحكام الرجوع في عقود التبرعات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري، دار للطباعة و النشر و التوزيع الجزائري .
17. محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، 2001.
18. محمد الحسيني حنفي، الموجز في شرح قانون الوصية، الطبعة 1، مكتبة سيد وهبة، القاهرة، 1966.
19. محمد الشوكاني، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، الجزء6، دار الجيل، بيروت، لبنان، 1973.
20. محمد أمين بن عمر عابدين، رد المحتار على الدر المختار، الجزء5، دار الفكر للطباعة و للنشر، بيروت، دون سنة نشر .
21. محمد أمين بن عمر عابدين، رد المحتار على الدر المختار، الجزء6، دار الفكر للطباعة و للنشر، بيروت، دون سنة نشر .
22. محمد أمين بن عمر عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج3، دار الفكر للطباعة و للنشر، بيروت، دون سنة نشر .
23. محمد بن أحمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: محمد صبحي حسن حلاق ، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، الطبعة 1، 1415هـ .

24.محمد صبري سعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء1، دار الهدى، الجزائر, ط4, 2007.

25. محمد فتحي الدريني، الفقه الإسلامي المقارن مع المذاهب، منشورات جامعة دمشق، دمشق ، 1990

26. محمد مصطفى شبلي، أحكام الوصايا و الأوقاف بين الفقه و القانون، مطبعة دار التأليف، طبعة 1963.

27. مصطفى السباعي، أحكام الأهلية والوصية، مطبعة جامعة دمشق، دمشق، 1966.

28.منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع ، الجزء 3، ، دار الكتب العلمية، بيروت، 2009.

29.موفق الدين بن قدامة، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي وأحمد عبد الفتاح محمد الحلو، المغني، الجزء6، دار عالم الكتاب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض.

30. هشام قبلان، الوصية الواجبة في الإسلام ، الطبعة 1، عويدات للنشر والطباعة، السعودية، 1981.

31. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء 08، دار الفكر دمشق سوريا، 1996.

32. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء 10، دار الفكر دمشق سوريا، 1980 .

ثالثا : المقالات والمداخلات العلمية

33. بلحاج العربي، حكم الإكراه وعلاقته بالمسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، حلقات متسلسلة في جريدة المساء، جانفي–فيفري 1989.

34. بلحاج العربي، شروط انعقاد الوصية في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، جريدة المساء، ماي–جوان 1980.

35. جمال مرسلي، فتاوى و خطب الشيخ لخضر الزاوي، الجزء الثاني و الطبعة الأولى ، منشورات وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف –الجزائر، قسنطينة عاصمة الثقافة العربية، 2015.

36. عبد الحق حميش، المعونة على مذهب عالم المدينة الإمام مالك بن انس، الجزء الثالث، وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف، تلمسان عاصمة الثقافة الإسلامية، 2011.

رابعا: النصوص القانونية

37. القانون المدني الجزائري .

38. مجموعة التشريعات الكويتية، قانون الأحوال الشخصية، المعدل بالقوانين 1996/61 و2004/29 و2007/66، وزارة العدل، ط1، فبراير 2011.ص 59.

39.قانون الأحوال الشخصية رقم 59 لعام 1953 المعدل بالقانون رقم 34 لعام 1975 المعدل بالقانون رقم 19 لعام 2000المعدل بالقانون رقم 18 لعام 2003 المعدل بالمرسوم التشريعي رقم 76 لعام 2010 .

40.الأمر المؤرخ في 13 أوت 1956 المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية، الرائد الرسمي التونسي، عدد 66، الصادر في: 17 أوت 1956 .

41. القانون رقم : 84-11 المؤرخ في 1984/07/09 المعدل و المتمم بالأمر 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري .

42. القانون رقم 052-2001 المؤرخ في 2001/07/19 المتعلق بالأحوال الشخصية للموريتانيين .

43.القانون رقم 03-07 المؤرخ في12 ذي الحجة 1424 هـ الموافق لـ 03 فبراير 2004 م، المتعلق بمدونة الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 5184 ، بتاريخ 14 ي الحجة 1424هـ الموافق لـ 05 فبراير 2004.

خامسا: القرارات القضائية

1.القرار رقم 10659، محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية، 1959.

2. القرار رقم 13882، محكمة الاستئناف الشرعية في الأردن، 1965 .

3. القرار رقم 59240، المحكمة العليا، 5 مارس 1990، المجلة القضائية لسنة 1992، العدد 03.

4. القرار رقم 8723، محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية، 1955 .

5. القرار رقم 8789 ، محكمة الاستئناف الأردنية ، 1965 .

6. القرار رقم رقم 276(غير منشور)، المحكمة العليا، غ.ج، 13 ماي 1986.

7. القرار رقم40651(غير منشور)، المحكمة العليا، 24 فبراير 1986.

8. القرار رقم7755، محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية، 1952.

الفهرس

المحتوى	الصفحة
الإهداء	
الشكر و العرفان	
مقدمة	أ
الفصل الأول: طبيعة الوصية بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري	
المبحث الأول: مفهوم الوصية ومشروعيتها	**6**
المطلب الأول: مفهوم الوصية	**6**
الفرع الأول: تعريف الوصية لغة	**6**
الفرع الثاني: تعريف الوصية اصطلاحا	**6**
المطلب الثاني: مشروعية الوصية	**15**
الفرع الأول: من الكتاب	**15**
الفرع الثاني: من السنة	**15**
الفرع الثالث: الإجماع	**16**
الفرع الربع: حمتها	**16**
الفرع الخامس حكمها	**17**
المبحث الثاني: إثبات الوصية و تنفيذها	**19**
المطلب الأول: إثبات الوصية	**19**
الفرع الأول: أركان الوصية	**19**
الفرع الثاني: القبول في الوصية	**21**
المطلب الثاني :كيفية تنفيذ الوصية	**22**
الفرع الأول :طريق تنفيذ الوصية	**22**
الفرع الثاني: استحقاق الموصى له أو الموصى لهم	**23**
الفصل الثاني: مبطلات الوصية وآثارها بين الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري	
المبحث الأول: كيفية انعقاد الوصية بين الفقه و القانون	**26**

المطلب الأول: الشروط الشكلية لانعقاد الوصية	**26**
المطلب الثاني: الشروط الموضوعية لانعقاد الوصية	**29**
الفرع الأول: المقصود بعدم تنافيها مع مقاصد الشرع الإسلامي	**29**
الفرع الثاني: الباعث غير المحرم	**33**
الفرع الثالث: ألا يشترط في الوصية ما هو غير مباح	**33**
المطلب الثالث: الشروط القانونية لصحة الوصية	**34**
الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالموصي	**34**
الفرع الثاني :الشروط الخاصة بالموصى له	**36**
الفرع الثالث: الشروط المتعلقة بالموصى له	**46**
المبحث الثاني: مبطلات الوصية وآثارها	**52**
المطلب الأول: بطلان الوصية	**52**
الفرع الأول: مبطلات الوصية من جهة الموصي	**52**
الفرع الثاني: ما يبطل الوصية من جهة الموصى له	**53**
الفرع الثالث: ما يبطل من جهة الموصى به	**53**
المطلب الثاني: أثار بطلان الوصية	**54**
الفرع الأول: مفهوم قبول الوصية وردها	**54**
الفرع الثاني: وقت ثبوت ملكية الموصى به للموصى له	**56**
الفرع الثالث: حكم الرجوع عن الوصية وردها بعد القبول	**58**
الخاتمة	**60**
الملاحق	**63**
قائمة المصادر و المراجع	**72**
فهرس الموضوعات	–