



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف - المسيلة -

كلية العلوم الانسانية والاجتماعية

قسم العلوم الإسلامية



مذكرة بعنوان :

# الوصية في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري

مذكرة تخرج لنيل شهادة الليسانس ل م د علوم إسلامية

تخصص: شريعة وقانون

تحت إشراف الأستاذة:

أ.د كتاب حياة

إعداد الطالبات:

- طويل سعيدة.
- مقيرش حورية
- امساعد اليامنة
- ختة نجاح

السنة الجامعية : (2019/2018)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

۱۴۳۸

# إهداء

إلى أمي العزيزة، رزقني الله برها - أدامها الله -  
إلى روح أبي أسكنه الله فسيح جنانه إن شاء الله  
إلى سندي المعنوي التي كانت داعمتا لي ووقفت إلى جانبي  
شقيقتي - أحلام -  
إلى اخوتي الأعمام، بهجة حياتي  
إلى خطيبي وأنس حياتي - محمد بن عليّة -  
إلى أخواتي في الله وأحبتني فيه، الذين كانوا كالأمل في  
غرتي صوبحباتي الآخرة صديقاتي  
إلى كل من دعا لي من قريب أو بعيد ليتم هذا البحث بعون الله  
أسأل الله أن يبلغنا مرضاته وحنانه، ويتقبل منا، وما كان  
خالصا لوجهه الكريم  
ويجعلنا ممن إذا أعطي شكر وإذا ابتلي صبر وإذا أذنب استغفر  
اللهم أرزقنا الحق حقا وارزقنا إتباعه وأرنا الباطل باطلا  
وارزقنا اجتنابه

اليامنة

# إهداء

إلى والدي العزيزين، رزقني الله برهما - أدامهما الله -  
إلى اخوتي الأعزاء، بهجة حياتي  
إلى سندي المعنوي الذي كان دعما لي ووقف إلى جانبي  
خطيبي - خيذري صهيب -  
إلى أخواتي في الله وأحبتني فيه، الذين كانوا كالأمل في  
غربتي صويحباتي الآخرة صديقاتي  
إلى كل من دعا لي من قريب أو بعيد ليتم هذا البحث بعون الله  
أسأل الله أن يبلغنا مرضاته وجنانه، ويتقبل منا، وما كان  
خالصا لوجهه الكريم  
ويجعلنا ممن إذا أعطي شكر وإذا ابتلي صبر وإذا أذنب استغفر  
اللهم أرزقنا الحق حقا وارزقنا إتباعه وأرنا الباطل باطلا  
وارزقنا اجتنابه

حورية

# إهداء

إلى والدي الكريمين الذين تذوقا المر من أجل أن أتذوق العسل  
رزقني الله برهما - أدامهما الله -

إلى سندي المعنوي الذين كانا داعمين لي ووقفا إلى جانبي  
اخوتي - عائشة وعمار -

إلى اخوتي الأعمام، بهجة حياتي

إلى عائلتي من جهة أمي ومن جهة أبي

إلى أخواتي في الله وأحبتي فيه، الذين كانوا كالأمل في

غرتي صوبحباتي الآخرة صديقاتي

إلى كل من دعا لي من قريب أو بعيد ليتم هذا البحث بعون الله

أسأل الله أن يبلغنا مرضاته وجنانه، ويتقبل منا، وما كان

خالصا لوجهه الكريم

ويجعلنا ممن إذا أعطي شكر وإذا ابتلي صبر وإذا أذنب استغفر

اللهم أرزقنا الحق حقا وارزقنا إتباعه وأرنا الباطل باطلا

وارزقنا اجتنابه

# إهداء

إلى والدي الكريمين

إلى إخوتي و أخواتي

إلى صديقاتي و كل من ساعدني في انجاز هذه المذكرة  
إلى كل من علمني حرفا لهم مني كل الامتنان و العرفان.  
إلى كل من وسعهم قلبي و لم تسعهم هذه الورقة.

نجاه

# شكر وعرفان

نبدأ بالحمد لله تعالى الذي وفقني في انجاز هذا العمل المتواضع و من تمام شكره تعالى ، أن نشكر أهل الفضل على جهودهم و فضلهم . كما نتقدم بخالص عبارات الشكر و العرفان إلى كل من ساهم معنا في انجاز هذه المذكرة و نخص بالذكر الأستاذة المشرفة " الدكتورة كتاب حياة" التي لم تبخل علينا إرشاداتها و توجيهاتها و التي كانت حافزا لنا لإتمام هذا العمل المتواضع ، كما نشكرها على الوقت التي خصصته في تصحيح و تقييم و توجيه مضمون العمل و سعيها الدؤوب في تسهيل انجازها ، رغم انشغالاتها الكثيرة ، كما نتوجه بالشكر لجميع أساتذة قسم العلوم الاسلامية الذين ساهموا في تكويننا و الى كل من ساعدنا من قريب أو بعيد.

# المقدمة

الحمد لله الذي هدانا للإسلام ومكنا لنهتدي لولا أن هدانا الله وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمد عبده ورسوله وصفيه وخليله الذي أخص الله في طاعته وبين لأمته ما يحتاجون إليه في معاملاتهم وجميع شؤون حياتهم، مصداقا لقوله تعالى: >> وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم ولعلمهم يتفكرون <<<sup>(1)</sup> . صلوات الله وسلامه عليه وعلى آله الطاهرين وصحابته الراشدين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين وبعد:

فنعمة الإسلام من أكبر النعم التي كرم الله بها عباده لأنه الدين الصحيح الهادي إلى الصواب والحق فكل ما جاء به هذا الدين مسخراً لخدمة الإنسان والحفاظ على وجوده من أجل تأدية وظيفته التي خلق من أجلها.

ثم إن من أولويات هذا الدين أنه ركز على الضروريات الشرعية وأوجب المحافظة عليهما، ومن بين هذه الضرورات ضرورة المال، هذا الأخير له علاقة وثيقة بالإنسان، لأن نفوس البشر مجبولة على حب المال.

وقد حثَّ الله سبحانه وتعالى على ضرورة إنفاقه فيما يرضيه عز وجل لأنه في كثير من الأحوال أصبحت أموال الناس عرضة للضياع خاصة بعد موت أصحاب الحق، حيث شرع وسائل لحفظ المال، من هذه الوسائل ما يسمى بالوصية، فهي تشريع قديم قضت على العديد من حالات الاعتداء على الأموال، بل إن الوصية لعد عبادة يتقرب بها الإنسان إلى ربه، ويتدارك بها ما فاته من أعمال البر والخير بعد موته وتكون شفيعة له في آخرته وهي حق ينتزع من تركة الميت ويقدم للموصى لهم وفق ضوابط وأحكام معينة.

<sup>1</sup> - سورة النحل، الآية 44.

كما أن فضل الله جل وعلا أن لم يترك هنا الحق مطلقاً، إذا أحكم تنظيم شروطه وتحديد مستحقيه فلا وصية لوارث وقيد مقداره الذي لا يمكن أن يتجاوز الثلث فيقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: << الثلث... والثلث كثير >>(1).

واستناداً إلى ما جاء في القرآن الكريم وسنة سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم اهتم أئمة الفقه الإسلامي بالوصية، إذا عمدوا أولاً إلى تعريفها، فكثرت وتعددت هذه التعريفات إلا أنها تعبر كلها عن الوصية كتمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع مثلما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري(2). والوصية علاوة على أنها وجه من أوجه الإنفاق لوجه الله تعالى تعتبر باباً من أبواب التكافل الاجتماعي والاقتصادي شأن الوقف والزكاة، وهذه الأهمية التي أثارت اهتمام التشريعات والقوانين في الدول العربية التي اعتمدت إلى تقنية أحكامها هي ذاتها الأهمية التي دفعت بنا لاختيار هذا الموضوع خاصة بما له من ارتباط وثيق بعلم الميراث من جهة وإمكانية تأثيره حقوق الورث من جهة أخرى، لذا نرى أن دراسة هذا الموضوع أمر مهم لكل معلم ومتعلم من أجل الإبقاء على التعاليم والأسس التي بلغنا الإسلام بها وعلمنا إياها القرآن الكريم، خاصة وأن هذا الموضوع في طريق الزوال من الناحية العملية بالرغم من الفوائد الدينية والدنيوية كهذا التصرف.

ومن أجل هذه الأسباب ارتأينا دراسة هذا الموضوع والمتمثل في الوصية من خلال الإشكالية التالية: ماهي الوصية؟ وماهي نقاط الاتفاق والاختلاف بين قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي في الأخذ بالوصية؟ وفيما تكمن أحكامها وشروطها؟

1- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب الوصايا، ج3، دار الهدى

الجزائري، د. س. ن.، حديث رقم 2591، ص 1006.

2- الأمر رقم 84-10 مؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

## أهمية البحث:

- أنه واحد من موضوعات الفقه الإسلامي الهامة، ذات الصلة بواقع الناس في حياتهم اليومية.
- أن موضوع الوصية يسهم في بيان أهمية وأصالة التشريع الإسلامي وصلاحيته لكل زمان ومكان.
- أنه بالرغم من أهمية الموضوع وسعته، إلا أنه المؤلفات التي تناولته لم تف بالغرض، ولم تحط به من جميع جوانبه.

## أهداف البحث:

- الوصية موضوع مهم في حياة البشر، لذا كان من الضروري معرفتها.
- معرفة ما إذا كان قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي في الأخذ بنظام الوصية

## الدراسات السابقة:

- بعد البحث والدراسة حول الموضوع وجدنا بعض الفقهاء تناولوا هذا الموضوع ومنهم:
- أحكام الوصية في الفقه الإسلامي - محمد علي محمود يعلي، الوصية ضوابط وأحكام - عبد الله بن محمد بن أحمد الطيار، ... وغيرهم.

## المنهج المتبع:

دراسة هذا الموضوع تطلبت منا أن نتبع المنهج التحليلي المقارن فقد تعرضنا إلى ذكر أقوال الفقهاء وأدلتهم في المسألة ومناقشة هذه الأدلة، وكذلك إلى المقارنة بين فقهاء وأدلتهم في المسألة ومناقشة هذه الأدلة، وكذلك إلى المقارنة بين قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي فيما يتعلق بالوصية.

حيث تناولنا في هذه المذكرة ثلاثة مباحث، الأول خصصناه لحقيقة الوصية وفيه ثلاثة مطالب، الأول تعريف الوصية، الثاني أدلة مشروعيتها وحكمها والثالث أنواع الوصية. أما المبحث الثاني بعنوان "إنشاء الوصية يندرج تحته ثلاث مطالب، الأول أركان الوصية، الثاني شروط الوصية، والثالث أحكام الوصية. أما بالنسبة للمبحث الأخير مبطلات الوصية وتزاحمها وأهم المسائل فيها، تطرقنا فيه إلى ثلاث مطالب أيضا، المطلب الأول مبطلات الوصية، الثاني تزاحم الوصايا والثالث أهم المسائل فيها.

وفي الختام توصلنا لأهم النتائج المتعلقة بموضوعنا.

## خطة البحث

مقدمة

المبحث الأول: حقيقة الوصية

المطلب الأول: تعريف الوصية

المطلب الثاني: أدلة مشروعيتها وحكمها

المطلب الثالث: أحكام الوصية

المبحث الثالث: مبطلات الوصية وتزاحمها وأهم المسائل فيها

المطلب الأول: مبطلات الوصية

المطلب الثاني: تزاحم الوصايا

المطلب الثالث: مسائل عن الوصية

خاتمة

قائمة المصادر والمراجع

المبحث الأول:

حقيقة الوصية

## المبحث الأول: حقيقة الوصية

من المتعارف عليه أن الإنسان بعد موته يخلف وراءه تركة، وهذه التركة تنحصر في حقوق ثلاث، من تجهيز للميت، وقضاء للديون، ثم الوصية وبعد أداء هذه الحقوق يوزع الميراث، وفيما يلي سنتطرق إلى تعريف الوصية وحكمها

## المطلب الأول: تعريف الوصية

## الفرع الأول: تعريفها لغة:

تطلق الوصية في اللغة على عدة معاني

-العهد إلى الغير: أوصى الرجل ووصاه، عهد إليه وأوصيت إليه وأوصيت له بشيء وأوصيت إليه إذا جعلته وصيتك، وأوصيت ووصيته إيحاء وتوصيته<sup>(1)</sup>، وتأتي بمعنى الاتصال فيقال أرض واصمة أي متصلة النبات.

-يقال: أصيته، إذا وصلته<sup>(2)</sup>، قال تعالى: << وأوصى بها إبراهيم بنيه ويعقوب >><sup>(3)</sup> وقوله << يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين >><sup>(4)</sup> ومسيت وصية لأن الميت يصل بها ما كان في حياته بعد مماته.

## الفرع الثاني: تعريف الوصية اصطلاحاً

سنتطرق في هذا العنصر إلى تعريف الوصية عند أهل الفقه وأهل القانون

## أولاً: عند الفقهاء

لقد اختلف الفقهاء في تعريف الوصية.

<sup>1</sup>- ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم بن الانصاري، لسان العرب، دار الفكر، بيروت، ط

الأولى، تاريخ ط (1410هـ).

<sup>2</sup>- ميادة بن كامل آل ماضي، الوصية، دار الوطن للنشر.

<sup>3</sup>- سورة البقرة، الآية 132.

<sup>4</sup>- سورة النساء، الآية 11.

• عرفها فقهاء الحنفية:

الوصية اسم لما أوجبه الموصى في ماله بعد موته<sup>(1)</sup>

الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت<sup>(2)</sup>

• وعرفها فقهاء المالكية:

هي هبة الرجل ماله لشخص آخر أو لأشخاص بعد موته أو عتق غلامه، سواء صرح

بلفظ الرجل الوصية أو لم يصرح به<sup>(3)</sup>

-تمليك مضاف إلى ما بعد الموت على سبيل التبرع عينا كان أو منفعة<sup>(4)</sup> .

• وعرفها فقهاء الشافعية والحنابلة:

- هي تبرع بحق مضاف لما بعد الموت .<sup>(5)</sup>

- هي التبرع بمال يقف نفوذه على خروجه من الثلث .<sup>(6)</sup>

- تبرع بحق مضاف إلى ما بعد الموت، سواء أضافه لفظاً أولاً.<sup>(7)</sup>

<sup>1</sup>-الكساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب

العلمية، بيروت، ط الثانية، تاريخ ط (1406هـ - 1986م)

<sup>2</sup>-الميداني، أبو الحسين أحمد بن محمد القدوري البغدادي عبد الغني الغنيمي الدمشقي، الباب في

شرح الكتاب، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، بدون.

<sup>3</sup>-القرطبي، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت،

ط الثامنة، تاريخ ط، (1406هـ - 1986م).

<sup>4</sup>-الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، جاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء

التراث العربي.

<sup>5</sup>-الشرييني، محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج، تاريخ ط (1377هـ -

1958م).

<sup>6</sup>-ابن قدامة المقدسي، شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمان بن أبي عمر أحمد، الشرح الكبير على

متن المقنع على مذهب أبي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني، بدون.

<sup>7</sup>-الفرق على المذاهب الأربعة الجزيري، (32/ص 23).

**والتعريف المختار هو:**

ما ذهب إليه فقهاء المالكية، وهي تملك مضاف إلى ما بعد الموت على سبيل التبرع، علينا كان أو منفعة.

**ثانياً: عند القانونيين**

عرفها قانون الأسرة الجزائري في المادة (184): >> الوصية في التركة مضاف إلى ما بعد الموت << (1).

فالقانون قد جعل معنى الوصية شاملاً وسماها تصرفاً، ولم يجعله منجزاً بل مضافاً إلى أجل غايته موت الموصي (2).

**المطلب الثاني: أدلة مشروعية الوصية وحكمها**

**الفرع الأول: أدلة مشروعيتها**

الأصل في الوصية أنها مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول

**أولاً: من القرآن الكريم**

قال الله تعالى: >> كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية

لوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين.<< (3)

أي أن الله سبحانه وتعالى فرض عليكم الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف، وهو ما أجاز

الله في الوصية شريطة ألا يتجاوز الثلث. (4)

---

<sup>1</sup> - القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ، المتضمن قانون الأسرة المتم والمعدل، ص 46.

<sup>2</sup> - زهدور محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1991م، ص 31.

<sup>3</sup> - سورة البقرة، الآية 180.

<sup>4</sup> - تفسير الطبري، تحقيق د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار الهجرة، ط1، تاريخ ط (1422هـ

- 2001م)، (ج3، ص123).

وقوله تعالى: << من بعد وصية يوصى بها أو دين >> (1)، وقوله << من بعد وصية يوصى بها أو دين >> (2)، دلت الآية الثانية والثالثة على تقديم تنفيذ الوصية وأداء الدين وتأخير استحقاق الميراث والدين مقدم على الوصية بالاتفاق. (3)

### ثانياً: من السند النبوية

ما ورد عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: << ما حق امرئ مسلم له شيء يوصى فيه، يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده >> (4) ما ورد عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: << ما حق امرئ مسلم له شيء يريد أن يوصى فيه أن يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده >> (5)

ما ورد عن جابر بن عبد الله رضي الله عنها قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: << من مات على وصية مات على سبيل وشهادة، ومات على تقى وشهادة، ومات مغفورا له >> (6)

وحديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه أنه قال: << جاء النبي صلى الله عليه وسلم يعوذني وأنا بمكة، وهو يكره أن يموت بالأرض التي هاجر منها قال: يرحم الله ابن

1- سورة النساء، الآية 11.

2- سورة النساء، الآية 12.

3- عبد الله بن عبد المحسن التركي، تفسير الطبري ج 6 (ص 473-469)، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق ، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، ط 1 (1427هـ - 2006م)، ج 6 (ص 122).

4- أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الوصايا، ومسلم في صحيحه كتاب الوصية، رقم (1627 /3 1250)، رقم (2587 /3 1005).

5- أخرجه مسلم في صحيحه كتاب الوصية، رقم (151/4، 150)، دار المحاسن، القاهرة، مصر، بدون.

6- أخرجه بن ماجه في سننه، كتاب الوصايا، باب الحث على الوصية، رقم (2701/2 901) وآخرون.

عفران (1) قلت: يا رسول الله أوصي بمالي كله؟ قال: لا. قلت: فالشطر؟ قال: لا. قلت: الثالث؟ قال: فالثالث والثالث كثير، إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون للناس... >> (2)

دل الحديث على جواز الوصية وأنه صلى الله عليه وسلم خصها بالثالث، فلا تزيد عنه، ومن لم يكن له من المال إلا القليل لم تندب له الوصية، إذن الوصية مشروعة في الأصل. (3)

### ثالثا: الإجماع

فإن العلماء أجمعوا على جواز الوصية من زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا ولم يؤثر عن واحد منهم منعها. (4)

### رابعا: المعقول

وأما المعقول فهو حاجة الناس إلى الوصية زيادة في القربات والحسنات، وتداركا لما فرط به الانسان في حياته من أعمال الخير وصلة للأقارب وغيرهم.

### الفرع الثاني: حكم الوصية

وبعد ذكر أدلة مشروعية الوصية، من الكتاب العزيز والسنة النبوية والاجماع والمعقول ننتقل إلى التفصيل في حكمها، أي التطرق إلى بيان وصفها الشرعي عند الفقهاء.

<sup>1</sup> - طاهر احمد الزاوي، محمود محمد الطناحي، المكتبة الاسلامية، ط1، (1383هـ - 1963م، ج2/ ص 261).

<sup>2</sup> - أخرجه البخاري (55 كتاب الوصايا، 2 باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكفوا الناس / ج2/ ص 287).

<sup>3</sup> - ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، (ج5، ص 363).

<sup>4</sup> - محمد علي محمود يحيى، أحكام الوصية في الفقه الإسلامي، جامعة النجاح العربية، ص 26.

## تحرير محل النزاع:

قال عامة أهل التأويل أن الوصية في الابتداء كانت فريضة للوالدين والأقربين المسلمين<sup>(1)</sup>، ومن ترك الوصية لهم وله ما يوصى به، فهو مضيع فرض الله عز وجل<sup>(2)</sup> بدليل قوله تعالى: >> كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين<<<sup>(3)</sup>.

كما أن أهل التفسير اتفقوا على أن ذلك -وجوب الوصية - كان في الابتداء قبل أن تنزل آية المواريث<sup>(4)</sup>، ثم نسخت هذه الآية بآية المواريث<sup>(5)</sup>، وبالحديث الشريف، قال صلى الله عليه وسلم: إن الله أعطى لكل ذي حق حقه فلا وصيته لوارث<sup>(6)</sup>. وعليه اختلف الفقهاء في حكمها إلى ثلاثة أقوال:

## ❖ القول الأول:

الوصية مندوب إليها، مرغوب فيها ومستحبة، وهذا الرأي قال به جمهور الفقهاء<sup>(7)</sup>

<sup>1</sup> - الكاساني، بدائع الصنائع، (ج7 / ص 331).

<sup>2</sup> - تفسير الطبري، (ج3 / ص 124).

<sup>3</sup> - سورة البقرة، الآية 180.

<sup>4</sup> - السرخسي، تصنيف الشيخ خليل الميس، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، (1409هـ - 1989م)، (ج 27 / ص 142).

<sup>5</sup> - تفسير الطبري، (ج3 / ص 128)، تفسير القرطبي، (ج3 / ص 99).

<sup>6</sup> - 1- أخرجه ابن ماجة في سننه، حكم على أحاديثه وعلق عليه محمد ناصر الدين الألباني اعتنى به، أبو عبيدة مشهور بن الحسن آل سلمان، مكتبة المعارف، الرياض، ط1، (22 كتاب الوصايا، 6 باب الاوصية لوارث، حديث رقم 2713).

<sup>7</sup> - ابن قدامة المقدسي، المغني، (ج8 / ص 391).

## ❖ القول الثاني:

الوصية واجبه للأباعد وللأقربين الذين لا يرثون، وهو قول داود، وحكي ذلك عن مسروق، وطاووس، وإلياس، وقتادة، وابن جرير. (1)

## ❖ القول الثالث:

الوصية فرض على كل من ترك مالا، وبه قال الإمام ابن حزم الظاهري. (2)  
أدلة كل قول:

أدلة القول الأول: القائلون بالاستحباب

من القرآن الكريم: قال الله تعالى: >> كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين <<. (3)

فالآية دلت في البداية على وجوب الوصية للوالدين والأقربين، ثم نسخ ذلك، فجعل لهما نصيب مفروض، فصارت الوصية لذوي القرابة الذين لا يرثون، وحدد للوالدين نصيب معلوم، ولا تجوز الوصية لوارث. (4)

## من السنة النبوية:

عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول صلى الله عليه وسلم: >> إن الله تصدق عليكم، عند وفاتكم، بثلث أموالكم، زيادة لكم في أعمالكم. (5)

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، ص 391.

<sup>2</sup> - الإمام بن حزم الظاهري، المحلي، تحقيق محمد منير الدمشقي، إدارة الطباعة المنبرية، مصر ط1 (1351هـ)، (ج9 / ص 312).

<sup>3</sup> - سورة البقرة، الآية 180.

<sup>4</sup> - عبد الله بن عبد المحسن التركي، تفسير الطبري، (ج3 / ص 128).

<sup>5</sup> - أخرجه بن ماجه في سننه، (22 كتاب الوصايا، 5 باب الوصية بالثلث، حديث رقم: 2709)، ص

الحديث فيه دلالة على مشروعيته الوصية بالثلث<sup>(1)</sup>، فالوصية مشروعة لنا لا علينا، والمشروع لنا ما لا يكون فرضاً ولا واجباً علينا.<sup>(2)</sup>

- أكثر الصحابة لم ينقل عنهم وصيته، ولم ينقل لذلك نكير ولو كانت واجبة لم يخلوا بذلك<sup>(3)</sup>.

**أدلة القول الثاني:** القائلون بالوجوب في حق الأقربين الذين لا يرثون من القرآن الكريم:

قال الله تعالى: <<كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين>><sup>(4)</sup>

عن ابن عباس في قوله تعالى: <<إن ترك خيراً>> أنه قال: نسخ من ذلك من يرث، ولم ينسخ من لا يرث.<sup>(5)</sup>

فالوصية نسخت للوالدين والأقربين الوارثين، وبقيت في حق من لا يرث منهم.<sup>(6)</sup>

**أدلة القول الثالث:** القائلون بوجوبها في كل المال

**من القرآن الكريم:**

قال الله تعالى: <<من بعد وصية يوصى بها أو دين>><sup>(7)</sup>

<sup>1</sup>- ابن حجر العسقلاني، سبل السلام، تصنيف، الصنعاني، تعليق الشيخ الألباني، مكتبة المعارف، الرياض، ط 1 (1427 هـ - 2006 م)، (ج 3 / ص 296).

<sup>2</sup>- السرخسي، المبسوط، (ج 27 / ص 142).

<sup>3</sup>- ابن قدامة المقدسي، المغني، (ص 391).

<sup>4</sup>- سورة البقرة، الآية 180.

<sup>5</sup>- الحصاص، أحكام القرآن، (ج 1 / ص 204).

<sup>6</sup>- ابن قدامة المقدسي، المغني، (ص 391).

<sup>7</sup>- سورة النساء، الآية 11.

فإنه سبحانه وتعالى أوجب الوصية والدين مقدمين على الميراث، فالفرق بين ذلك مبطل بلا دليل (1)، وقدمت الوصية لكثرة وقوعها، حيث صارت كالأمر اللازم لكل ميت. (2)

من السنة النبوية:

عن ابن عمر رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: >> ما حق امرئ مسلم له شيء يوصى فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده << (3)

فقد قال ابن عمر: ما مرت علي ليلة منذ سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ذلك إلا وعندي وصيتي مكتوبة. (4)

الترجيح:

يرجع القول الأول، وهو أن الوصية مستحبة وليست واجبة، لأن الحديث الذي استدل به الموجبون الأظهر فيه الندب لا الوجوب، وأن الوصية معلقة بإرادة الميت، وهذا دليل على سقوطها وجوبها، ولو حمل الحديث على الوجوب لا تصرف إلى ما هو واجب كالدين مثلا، خلافا للوصية بجزء من المال في وجه من وجوه البر. (5)

المطلب الثالث: أنواع الوصية

الفرع الأول: أنواع الوصية في الفقه الإسلامي

النوع الأول: الوصية واجبة: وذلك كالوصية بردّ الودائع والديون المجهولة، وكل ما يشغل الذمة كحجّ، أو زكاة، أو كفارة، وغيرها من الواجبات وهذا متفق عليه. (6)

<sup>1</sup> - المحلي، ابن حزم، (ج9 / ص 312).

<sup>2</sup> - الشوكاني، فتح القدير، تحقيق د. عبد الرحمان عميرة، وضع فهارسه وشارك في تخريج أحاديثه:

لجنة التحقيق والبحث العلمي بدار الوفاء، (ج1 / ص 696).

<sup>3</sup> - سبق تخريجه، ص 9.

<sup>4</sup> - المحلي، ابن حزم، (ج9 / ص 312).

<sup>5</sup> - ابن رشد، المقدمات الممهدة (ج3 / ص 113).

<sup>6</sup> - الشوكاني، فتح القدير، (ج3 / ص 146) الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي، (ج8/ص12).

وقد أجمع العلماء على أنّ الوصية غير واجبة على أحدٍ إلاّ أن تكون عنده وديعة أو أمانة، فيوصي بذلك.<sup>1</sup>

**النوع الثاني:** الوصية مندوبة (مستحبة) : كالوصية للأقارب غير الوارثين، ولجهات البر والخير والمحتاجين<sup>2</sup>.

**النوع الثالث:** الوصية مباحة: ورد في الذخيرة: ومباحة إذا استويا-الترك والفعل-ولا تتعلّق بها طاعة ولا معصية<sup>3</sup>، وذلك كالوصية للأغنياء من الأقارب والأباعد ممن ليسوا من أهل العلم أو الصلاح أو الحاجة.<sup>4</sup>

**النوع الرابع:** الوصية مكروهة :

تكره الوصية إذا كانت لفقير له ورثة، إلاّ إذا كانوا أغنياء، وعند الحنفية، مكروهة تحريماً، وذلك كالوصية لأهل الفسوق والمعصية، ومكروهة عند الحنابلة إذا كانت زائدة عن الثلث.<sup>5</sup>

تحرم الوصية إذا كانت بمعصية، كعمارة أو ترميم كنيسة، أو بكتابة التوراة والإنجيل<sup>6</sup>

<sup>1</sup>- ابن عبد البر، الإجماع، جمعه ورتبه، فؤاد عبد العزيز الشلهوب وعبد الوهّاب بن ظافر الشّهري، دار القاسم، الرياض، (ص231).

<sup>2</sup>- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، (ج/8ص12).

<sup>3</sup>- شهاب الدين القرافي الذخيرة، تحقيق، أمحمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1[1994م]، (ج7/ص9).

<sup>4</sup>- د.محمّد كمال الدين إمام، د.جابر عبد الهادي سالم، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف في الفقه الإسلامي.

الشافعي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان-، ط1[2007]، ص398.

<sup>5</sup>- وهبة الزحيلي، ينظر الفقه الإسلامي وأدلته، (ج/8ص13).

<sup>6</sup>- الرملي، نهاية المحتاج، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان ط3[1424هـ-2003م] (ج/6ص43).

وهذا النوع من الوصية غير صحيح بالاتفاق<sup>1</sup>.

وما يمكن استنتاجه بأن الوصف الشرعي للوصية له أن يتغير، وهذا بحسب اختلاف الموصي-وهو الميت-والموصى به-وهو ما طلب الميت تنفيذه-

### الفرع الثاني: أنواع الوصية في القانون الجزائري

تكلم القانون على الوصية الواجبة فقط. التي يعرفونها. بالتنزيل.

#### أولاً: المواد

دُكرت الأحكام المتعلقة بالتنزيل في قانون الأسرة الجزائري في فصله السابع في كل من المواد: 169 ، 170، 171، 172

المادة 169: من توفي وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة بالشرائط التالية:

المادة 170: أسهم الأحفاد تكون بمقدار حصة أصلهم لو بقي حيا على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة.

المادة 171: لا يستحق هؤلاء الأحفاد التنزيل إن كانوا وارثين للأصل جدا كان أو جدة أو كان قد أوصى لهم، أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحق بهذه الوصية، فإن أوصى لهم أو لأحدهم بأقل من

ذلك وجب التنزيل بمقدار ما يتم به نصيبهم أو نصيب أحدهم من التركة .

المادة 172: أن لا يكون الأحفاد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم ما لا يقل عن مناب مورثهم من أبيه أو أمه. ويكون التنزيل للذكر مثل حظ الأنثيين<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، (ص13).

<sup>2</sup>- لوعيل محمّد لمين، الأحكام الإجرائية و الموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة الاجتهاد القضائي، دار هومة، الجزائر، 611-616(م.)، (ص7167]7.ط.

## ثانياً: شرحها

يقصد بالتنزيل المنصوص عليه بالمادة 169 وما بعدها تنزيل وارث منزلة الوارث وهذا تعبير مجازي من قانون الأسرة الجزائري، لأنّ القوانين العربية الأخرى عبرت عنه بالوصية الواجبة وكلاهما واجب بالقانون.<sup>1</sup>

فَنصُ المادة 169 من قانون الأسرة الجزائري هو عبارة عن تعريف لقضية التنزيل<sup>2</sup>. ونصُ المادة 170 من القانون نفسه يتضح من خلاله أنّ أنصبة المستحقين في التنزيل لا تتعدى ثلث التركة فإذا كان مجموع أسهم أصول المستحقين للتنزيل يساوي الثلث أو أقل، كان هو مقدار أسهم الأحماد وإذا زاد عليه استحقوا الثلث فقط، وهذا الزائد لا يدخل في التنزيل حتى ولو أوصى به المتوفى للمستحقين، والوصية بالزائد هي وصية اختيارية، ولو أعطاه لهم الورثة من تلقاء أنفسهم فهو هبة.<sup>3</sup>

ونص المادة 171 من هذا القانون أيضاً يُقرّ بأنّ الفرع المستحق للتنزيل يجب ألا يكون وارثاً لأنّ التنزيل تعويض له.<sup>4</sup>

وفيما يخص المادة 271 فيستفاد منها بأن لا يكون الأصل جداً أو جدة قد أعطى حال حياته للفرع بلا عوض مقدار ما يستحقه بالتنزيل عن طريق تصرف آخر غير الوصية كالهبة.<sup>5</sup>

<sup>1</sup>- المستشار أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، دار شتات، مصر، [2009]، (ص. 1 401).

<sup>2</sup>- فشار عطا الله، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، القبّة، الجزائر، ط. 2. [1429 هـ-2008 م]، (ص 79 2).

<sup>3</sup>- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، (الميراث والوصية)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط. 3. [2004 م]، (ج2 ص /187).

<sup>4</sup>- فشار عطا الله، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، (ص 79).

<sup>5</sup>- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، (ص 187).

المبحث الثاني:

إنشاء الوصية

## المبحث الثاني: إنشاء الوصية

وعلى اعتبار أنّ إنشاء أي تصرف قانوني يتوقف على مجموعة من الأركان فعقد البيع مثلا يستلزم توافر الرضا، المحل (الشيء المبيع والثمن) والسبب، وبما أنّ الوصية عبارة عن تصرف قانوني لا شك أنّ إنشاءها يستلزم إقامتها على أركان معينة حسب ما تستلزم طبيعتها المتميزة.

غير أنّ أئمة الفقه الإسلامي اختلفوا فيما يعتبر ركناً للوصية، إذ يحصرها المذهب الحنفي في ركن واحد والمتمثل في الصيغة، ذلك أن أصحاب هذا المذهب يرون أن الركن هو كل ما توقف وجود الشيء على وجوده وكان جزء لا يتجزأ منه في حين يضيف كل من المذهب المالكي، الشافعي والحنبلي ثلاثة أركان أخرى والمتمثلة في الموصي، الموصى له و الموصى به بحيث يعرفون الركن أنّه ما توقف وجود الشيء عليه بغض النظر عما إذا كان جزء لا يتجزأ منه أو لم يكن كذلك.

## المطلب الأول: أركان الوصية

## الفرع الأول: أركان الوصية في الشريعة

## أولاً: أركان الوصية عند الحنفية

ورد في كتب الحنفية: وأما ركن الوصية فقد اختلف فيه قال أصحابنا الثلاثة (أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد) رحمهم الله تعالى: - هو الإيجاب والقبول، والإيجاب من الموصي والقبول من الموصى له، فما لم يوجد جميعاً لا يتم الركن، ويقوم مقام القبول عدم الرد مع اليأس منه، كأن يموت الموصى له قبل القبول أو الرد.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - السرخسي، المبسوط، 47/28. الكاساني، البدائع، 331/7-332. المرغيناني، الهداية -234.

وقال زفر<sup>1</sup> رحمه الله تعالى: الركن هو الإيجاب من الموصي فقط وجه قول زفر: أن الموصي له بمنزلة ملك الوارث؛ لأن كل واحد من الملكين ينتقل بالموت، ثم ملك الوارث لا يفتقر إلى قبوله، وكذلك ملك الموصي له.<sup>2</sup>

واستدل جمهور الحنفية بأن القبول مع الإيجاب ركناً في الوصية بالآتي:

- قوله تعالى (أَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى).<sup>3</sup>

فظاهره أن لا يكون للإنسان شيء بدون سعيه، فلو ثبت الملك للموصي له من غير قبوله لثبت من غير سعيه.

- لأن القول بثبوت الملك له من غير قبوله يؤدي إلى الإضرار به من ثلاثة وجوه:

1: أنه يلحقه ضرر المنة، ولهذا توقف ثبوت الملك للموهوب له على قبوله دفعاً لضرر المنة

2: أن الموصي به قد يكون شيئاً يتضرر به الموصى له، كالعبد الأعمى والزمن والمقعد ونحو ذلك.

فلو ألزمه الملك من غير قبوله للحقه الضرر من غير التزامه والزام من له ولاية الإلزام؛ إذ ليس للموصي ولاية إلزام الضرر فلا يلزمه، بخلاف ملك الوارث؛ لأن اللزوم هناك بالزام من له ولاية الإلزام، وهو الله تبارك وتعالى، فلم يقف على القبول كسائر الأحكام التي تلزم بالزام الشارع ابتداءً.

<sup>1</sup> - هو زفر بن الهذيل العنبري، أبو الهذيل بن قيس بن مسلم، الفقيه المجتهد، ولد سنة 110هـ، وتوفي سنة 158هـ. ابن

قتيبة، أبو محمد بن عبد الله بن مسلم، المعارف ص (496) (بجادون)، الذهبية، سير أعلام النبلاء 3.

<sup>2</sup> - الكاساني، البدائع - 332.

<sup>3</sup> - سورة النجم الآية (39).

3:إننا إذا اعتبرنا الإيجاب وحده دون القبول فمعناه أننا جعلنا للموصي إدخال الموصى به في ملك الموصى له من دون رضاه، وذلك يستلزم ثبوت سلطنة الإنسان على غيره، وذلك باطل، وما أوجب الباطل باطل<sup>1</sup>.

### ثانياً: أركان الوصية عند الجمهور<sup>2</sup>

الركن الأول: الموصي: وهو الشخص الذي باشر التملك مضافاً لما بعد الموت، وعرف بأنه الذي ينشئ الوصية بما يدل على رغبته ورضاه بنقل الملكية إلى من يرغب في نقلها إليه بعد موته<sup>3</sup>.

الركن الثاني: الموصى له: وهو الذي جرى له التملك مضافاً لما بعد الموت، وعرف: بأنه الشخص أو الجهة التي تنتقل إليه ملكية الموصى به بعد موت الموصي<sup>4</sup>.

الركن الثالث: الموصى به: هو الشيء الذي جرى تملكه مضافاً إلى ما بعد الموت على وجه التبرع.

### الركن الرابع: الصيغة وفيها ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: تعريف الصيغة لغة: تطلق الصيغة على معاني عدة منها:

- 1) الخلق : يقال : صاغ الله تعالى فلاناً صيغة حسنة، أي خلقه خلقاً حسناً.
- 2) الهيئة : يقال : صاغه أي هياه على مثال مستقيم، ويقال : صيغة الأمر كذا- أي هيئته التي بني عليها، ويقال: صيغة الكلمة كذا أي هيئتها الحاصلة في ترتيب حروفها وحركاتها.

<sup>1</sup>- الكاساني، البدائع، 331/7-332. الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق (6/184 مصر، المطبعة الأميرية، ط الأولى، ت ط1315: ه).

<sup>2</sup>- القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 277/2. السيد البكري، أبو بكر بن العراف بالله السيد محمد الدمياطي، إعانة الطالبين، 3/203 مكة المكرمة، بدون. (السيوطي، الشطي، مطالب أولي النهي).

<sup>3</sup>- رجب، الوصية والوقف في الفقه الإسلامي ص(76).

<sup>4</sup>- القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ص (96).

3) السبيكة : يقال : سبكه عليه فانصاع.

4) الأصل : يقال : هو من صيغة كريمة- أي من أصل كريم.<sup>1</sup>

**المسألة الثانية:** تعريف الصيغة في الاصطلاح: ومعنى صيغة الوصية: هي العبارة التي عبر بها الموصي مضافة إلى ما بعد الموت، وعرفت: بأنها ما ينشئ به الموصي وصيته من لفظ أو كتابة أو إشارة، وعرفت أيضاً: بأنها كل لفظ أشعر بالوصية، أو هي مظهر العقد وصورته في الخارج.

أما معنى الصيغة في الوصية عند الفقهاء: فإنهم يريدون بها خصوص الإيجاب من الموصي والقبول من الموصى له، كما في قولهم: وصيغتها كذا- أي الوصية- أوصيت بكذا أو أعطوه كذا بعد موتي، فإن اقتصر على قوله فأقرار<sup>2</sup>؛ لأن قوله: بعد موتي يصرف العبارة إلى الوصية.<sup>3</sup>

المسألة الثالثة: وسائل التعبير بالصيغة وفيه:

#### أولاً: التعبير اللفظي:

أ- الإيجاب: جاء في تعريف إيجاب الوصية بأنه ما يصدر من الموصي من قول أو ما يقوم مقامه في الدلالة على الرغبة في انتقال ملكية الموصى به إلى الموصى له، سواء كان قولاً

صريحاً مثل قوله: أوصيت أو غير صريح في الدلالة عليها، لكن يفهم منه إرادة الموصي كـ "أعطوا هذا المال لفلان بعد موتي"، فلا يشترط لفظ معين أو صيغة مخصوصة، وإنما

<sup>1</sup>- الزبيدي، تاج العروس، مادة (صوغ)، 44/12-45. مجموعة من العلماء، المعجم الوسيط مادة (صوغ/2.529). المنجد الأبجدي، مادة (صوغ) ص(640).

<sup>2</sup>- الزبيدي، تاج العروس، مادة (صوغ)، 44/12-45. مجموعة من العلماء، المعجم الوسيط مادة (صوغ/2.529)، المنجد الأبجدي، مادة (صوغ) ص(640).

<sup>3</sup>- الشربيني، مغني المحتاج، 52/3. البهوتي، كشف القناع 383.

المعتبر ما يفيد معنى الوصية كقوله: أعطوا فلاناً بعد موتي، أو لفلان كذا بعد موتي، أو عينت له بعد موتي، أو نحو ذلك.<sup>1</sup>

ب- القبول: وهو قول الموصى له: قبلت، أو ما يقوم مقامه من الأخذ والفعل الدال على الرضا، كما في البيع والهبة؛ إن كان الموصى له واحداً "كزيد" أو جمعاً محصوراً "كأولاد عمر" وإن كانوا- أي الموصى لهم- غير محصورين كالفقراء والمساكين، كل من لا يمكن حصرهم (كبني تميم<sup>2</sup> (أو كانت الوصية لجهة بر، كمسجد لم يشترط القبول ولزمت الوصية بمجرد الموت؛ لأن اعتبار القبول منهم متعذر، فسقط اعتباره كالوقف<sup>3</sup> عليهم.<sup>4</sup>

وعرف: بأنه ما صدر ثانياً من أي جانب كان.<sup>5</sup>

وتناولت في هذا الموضوع الآتي :

أ- اشترط اللفظ أو ما يقوم مقامه في القبول.

ب- هل يعد القبول ركناً من أركان الوصية أم لا؟

<sup>1</sup>- المرجع نفسه 382 .

<sup>2</sup>- بني تميم: من عشائر العرب، وقد تفرقت أنحاء مختلفة من العراق، ومن هذه العشيرة قسم كبير تفرق في نجد من بلاد المملكة العربية السعودية وقسم منها بتميم في قطر، وقيل من العشائر الكبيرة تسكن في نهر=هاشم شمالي كارون، وأماكن أخرى في إيران.، كحالة، عمر رضا، معجم قبائل العرب القديمة والحديثة (، 43/4-44 مؤسسه الرسالة، بيروت، ط الثانية، ت 1399: هـ ، 1979م.

<sup>3</sup>- الوقف لغة: الحبس، وفي الشرع: بقاء العين على ملك الواقف والتصرف بالمنفعة عند أبي حنيفة، فيجوز رجوعه، وعندهما: حبس العين عن التملك الله، والتصديق بمنفعتها، الجرجاني، التعريفات (ص328). لأن الوقف في جميع الأحوال هو تصرف من جانب واحد لا يفتقر إلى قبول.

<sup>4</sup>- الشريبي، مغني المحتاج، 53/3. ابن النجار، منتهى الإرادات في جمع المقنع، 40/2. البهوتي، كشف القناع/381.

<sup>5</sup>- وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية ، الموسوعة الفقهية ، 202/7 الكويت، ط الأولى، ت ط) :

1406هـ (1985 م - م).

1 اشتراط اللفظ أو ما يقوم مقامه في القبول: الذي يظهر من كلام كثير من الفقهاء عدم اشتراط اللفظ في القبول، وإنما يقع القبول به وبغيره من وسائل التعبير الدالة على القبول.

2 هل يعد القبول ركناً من أركان الوصية أم لا؟

اختلف الفقهاء حول مسألة ما إذا كان القبول ركناً في الوصية أم عقداً على قولين:

القول الأول: القبول ركن من أركان الوصية، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء<sup>5</sup>.

### جاء في البدائع:

"وأما ركن الوصية فقد اختلف فيه، قال أصحابنا الثلاثة -رحمهم الله-: هو الإيجاب والقبول الإيجاب من الموصي، والقبول من الموصى له، فما لم يوجد جميعاً لا يتم الركن"<sup>1</sup>. كما ورد ذلك في كتب المالكية حيث يقرون ثبوت الملك للموصي له حين قبوله الوصية- أي بعد الموت<sup>2</sup>.

ونسب هذا الرأي إلى الشافعية حيث ذكر في كتبهم: (الوصية تمليك يفتقر إلى القبول)<sup>3</sup>

وورد عن فقهاء الحنابلة: يقول ابن قدامة: (ولنا أنه تمليك عين يفتقر إلى القبول)<sup>4</sup>

### القول الثاني:

وهو القول بعدم اعتبار القبول ركناً في الوصية، وإنما تتحقق الوصية في الإيجاب فقط، وجاء في "الهداية: ويملك- أي الموصى له -الوصية دون قبول؛ لأن الوصية خلافه، فلا يحتاج فيها إلى القبول كالميراث، وهو قول زفر<sup>5</sup> من أئمة الحنفية<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>- الكاساني، البدائع /2.331.

<sup>2</sup>- الدسوقي، حاشية الدسوقي 424.

<sup>3</sup>- لشيرازي، المهذب، 3/716. الشرييني، مغني المحتاج .

<sup>4</sup>- بن قدامة، المغني /440 .

<sup>5</sup>- سبقت ترجمته ص(45).

<sup>6</sup>- انظر، 4/233. السرخسي، المبسوط 28/222

وجاء في "المبسوط": "عن زفر - رحمه الله - وإن رد الموصى له الوصية لا تبطل؛ لأن الملك بالوصية بمنزلة الملك بالإرث، على معنى أنه عقب الموت، ثم الإرث لا يرتد برد الوارث، فكذلك الوصية؛ وهذا لأن الملك ها هنا يثبت بطريق الخلافة، وهو أن الموصى له صار خلفاً عن الموصي في ملك الموصى به، كالوارث في التركة.<sup>1</sup>

### القول الراجح:

وبعد ما عرضته من أقوال الفقهاء حول هذه المسألة، أختار القول الأول، وهو اعتبار القبول مع الإيجاب ركناً في الوصية؛ وذلك لقوة ما استدل به القول الأول؛ ولأنه أقرب على تحقيق العدالة التي يتحراها الفقه الإسلامي، وهي ألا يدخل شيء في ملك آخر جبراً عنه؛ لأنه قد يكون فيما دخل إحداث الضرر، فيظلم بذلك، ويتفق مع قوله تعالى: (وان ليس للإنسان ما سعى)<sup>2</sup>.

والمعنى الذي تدل عليه الآية أنه لا يكون للإنسان شيء بدون سعيه<sup>3</sup>؛ لأن في ذلك دفعاً للضرر الذي قد يحصل للموصى له؛ إذا كان الموصى به شيء يتضرر منه، كالمركبة التالفة والله تعالى أعلم.

### المطلب الثاني شروط الوصية

#### الفرع الأول: تعريف الشرط لغة وشرعا

تعريف الشرط لغة: يطلق الشرط على معاني عدة منها:

(1) إلزام الشيء والتزامه.

(2) ما يوضع ليلتزم في بيع أو نحوه.

<sup>1</sup> - المرجع السابق 47/28.

<sup>2</sup> - سورة النجم الآية (39).

<sup>3</sup> - سيد قطب، ظلال القرآن 7 628.

(3) ما توقف صحة الأركان عليه.

(4) ما لا يتم الشيء إلا به<sup>1</sup>.

تعريف الشرط اصطلاحاً: عرف علماء الأصول الشرط بمعان عدة منها:

(1) الوصف المكمل للمشروط فيما اقتضاه ذلك المشروط أو فيما اقتضاه الحكم فيه)<sup>2</sup>.

(2) ما يتوقف عليه وجود الشيء بلا تأثير في ذلك الشيء ولا اقتضاه إليه: أي أن الشرط

ما يتوقف وجود الشيء عليه ولا دخل له بوجود ذلك الشيء<sup>3</sup>.

(3) وصف خارج عن ماهية المشروط وحقيقته، وليس جزءاً منه، يلزم من عدمه عدم الشروط

- أي الحكم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم)<sup>4</sup>.

(4) الاسم لما يتعلق به الوجود دون الوجوب<sup>5</sup>.

(5) ما يتوقف عليه تأثير المؤثر<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> ابن منظور، لسان العرب مادة (شرط) 329 / 7، الفيومي، المصباح المنير، مادة (شرط)

255، الزبيدي، تاج العروس، مادة (شرط) 305 / 10، الفيروز أبادي، المعجم الوسيط، مادة

(شرط) 1 / 479. الشاطبي، الموافقات 362.

<sup>2</sup> الشاطبي، الموافقات 362

<sup>3</sup> الهيثمي، عبد الحكيم عبد الرحمن أسعد السعدي، مباحث العلة في القياس عند الأصوليين ص

(59)، (دار البشائر، بيروت، لبنان، ط الأولى، ت ط 1406 هـ - 1986).

<sup>4</sup> خلاف، عبد الوهاب، علم أصول الفقه ص (118)، (دار القلم، ط الثانية عشرة، ت ط: 1398 هـ

، الأهدل . أصول الفقه الإسلامي ص 455 1978،

<sup>5</sup> السعدي، مباحث العلة في القياس عند الأصوليين ص (159).

أبو منصور جمال الدين بن يوسف، مبادئ الوصول إلى علم الأصول ص (137)، (دار الأضواء،

<sup>6</sup> بيروت، لبنان، ط الثانية، ت ط: 1406 هـ - 1986 م،

## الفرق بين الركن والشرط:

يتفق الشرط والركن في أن عدم كل منهما يستلزم عدم الشيء الذي جعل ركنًا أو شرطًا له،  
فالحكم يتوقف وجوده على وجودهما.

ويختلف الركن عن الشرط في أن الركن من ماهية الشيء وحقيقته، والشرط ليس جزء من  
ماهية الشيء ولا من حقيقته، وإنما هو أمر خارج عن الماهية والحقيقة كما تقدم في تعريف  
الشرط و الركن.<sup>1</sup>

## الفرع الثاني: شروط الموصي:

سبق أن عرفت الموصي بأنه الشخص الذي باشر التملك مضافًا لما بعد الموت .  
ومن خلال قراءتي للموضوع رأيت أن أقسمه إلى فرعين:

## أولاً: الشروط المتفق عليها لدى الفقهاء:

1- أن يكون الموصي من أهل التبرع عاقلًا بالغًا فلا بد من أهلية المتبرع، فلا تصح وصية  
المجنون في حالة جنونه، وكذا الصبي غير المميز إجماعًا؛ وذلك لأن يكون عبارة هؤلاء  
ملغاة لا اعتبار ما تدل عليه، فلا ينعقد بكلام أو تصرف سواء أكان نفعًا محضًا أو محتملاً  
للضرر والنفع؛ لأن الوصية من التبرعات، وهي تصرفات لا يقابلها عوض دنيوي فلا  
يملكها)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>خلاف، علم أصول الفقه ص (119)، الأهدل، أصول الفقه الإسلامي ص (158).

<sup>2</sup> ابن الهمام ، فتح القدير 342 / 9 الباجي الأندلسي، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب  
بن وارث ، المنتقى شرح موطأ مالك 1466 ، دار الكتاب العربي، بيروت، ط الرابعة.ت ط:  
1404هـ - 1984م ) .

- 2- أن يكون الموصي راضية مختارة؛ لأن الوصية إيجاب تملك، فلا بد فيها من الرضا، فلا تصح وصية الهازل والمكره والخطئ؛ لأن هذه العوارض تقوت الرضا<sup>1</sup>.
- 3- أن يكون مالكا لما أوصى به، فلا تصح وصية غير المالك لما يوصي به.
- 4- ألا يكون الموصي مدينا بدين يستغرق كل ماله<sup>2</sup>.

### ثانيا: الشروط المختلف فيها لدى الفقهاء:

- 1- أن يكون حرة، فإن كان عبدا لم تصح وصيته؛ لأن الله سبحانه وتعالى جعل الوصية حيث التوارث، والرقيق<sup>3</sup> لا يورث، فلا يدخل في الأمر بالوصية، وقيل: إن أوصى في حالة رقه ثم عتق ثم مات صحت؛ لأن عبارته صحيحة، وقد أمكن العمل بها، والصحيح المنع؛ لعدم أهليته حينئذ<sup>4</sup>.
- 2- أن يكون قادرة على النطق، إلا الأخرس فإنها تصح وصيته بالإشارة والكتابة إجماعا<sup>5</sup>.

### الفرع الثالث: شروط الموصى له

سبق وأن عرفت الموصى له بأنه الذي جرى التملك له مضافا إلى ما بعد الموت. ومن خلال دراستي لشروط الموصى له رأيت أن أقسمه إلى فرعين:

<sup>1</sup> الكاساني، البدائع 335.

<sup>2</sup> الدسوقي، حاشية الدسوقي 422 / 4 .، الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك 82

<sup>3</sup> الرقيق في اللغة: الضعيف، وفيه رقة القلب، وفي عرف الفقهاء: عبارة عن عجز حكمي شرع الأصل جزءا عن الكفر، أما أنه عجز، فلأنه لا يملك ما يملكه الحر من الشهادة و القضاء و غيرها، وأما أنه حكمي؛ فلأن العبد قد يكون أقوى من الحر حسا. الجرجاني، التعريفات ص 149

<sup>4</sup> الدسوقي، حاشية الدسوقي 422 / 4 .، الباجي الأندلسي، المنتقى 146 / 6 .، الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك 82 / 3 .، الماوردي، الحاوي 10 / 10 - 11. الشربيني، مغني المحتاج

<sup>5</sup> ابن قدامة المقدسي، المقنع 354 / 2 - 365. ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير 515-516 / 3.

أولاً: الشروط المتفق عليها لدى الفقهاء:

1- أن لا يكون الموصى له جهة معصية؛ لأن الأصل في مشروعية الوصية أن تكون قريبة، وعليه فإذا كانت الوصية إلى جهة معصية فإنها تبطل، هذا إذا كان الموصى مسلماً<sup>1</sup>، أما إذا كان غير مسلم وكانت الوصية قريبة عنده أي عند غير المسلمين - فقد اختلف الفقهاء في حكم وصيته، وسيأتي تفصيل ذلك في مبحث آخر.<sup>2</sup>

2- أن يكون معلومة علماً يرفع الجهالة؛ لأن الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت، فلا بد من معرفة الموصى له حتى يتمكن الموصى له من تملك الموصى به، ويتحقق العلم بتعيين الموصى له بهذا الاسم مثلاً: أن يقول: أوصيت بداري هذه لفلان، ولا يشترط أن يكون معيناً بذاته، فتصح الوصية، ولو كان الموصى لهم غير ممكن حصرهم واستيعابهم كالوصية للفقراء والمساكين.<sup>3</sup>

3- أن يكون الموصى له ممن يتصور له الملك عند موت الموصي، فلا تصح الوصية الميت، ولا لدابة؛ لأن الميت ليس أهلاً للملك، وكذا الدابة، هذا إذا لم يفصل للدابة، فإن فصلها بأن أوصى بالصرف على علفها صحت الوصية، وتكون عندئذ لمالكها؛ لأن علقها عليه، ويلزم بصرف الوصية على علف الدابة رعاية لغرض الموصي.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - الكاساني، البدائع 7/ 340-341 الشربيني، مغني المحتاج 3/440، 4/364.

<sup>2</sup> - الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة 3/318 - 321، زيدان، المفصل 10/391، راجع ص (109-120)

<sup>3</sup> الكاساني، البدائع ص 342، ج 7. ، الشيرازي، المهذب 713، 3، .، زيدان، المفصل ص 391، ج 1

<sup>4</sup> الشيرازي، المهذب ص 713، ج 3، .، النووي، روضة الطالبين ص 99، ج 6، .، الشربيني، مغني المحتاج ص 40، ج 3، .، ابن قدامة، الكافي ص 479، ج 4

ثانياً: الشروط المختلف فيها لدى الفقهاء:

1- أن يكون حرة؛ لأن الوصية للعبد لا تصح، وكذلك المدبر وأم الولد والمكاتب؛ لأن السيد أملك منهم لما في أيديهم<sup>1</sup>.

2- ألا يكون الموصى له قاتلاً للموصي، وقد اختلف الفقهاء في حكم الوصية للقاتل<sup>2</sup>.

3- أن يكون الموصى له موجود وقت إنشاء الوصية، فإن لم يكن موجودة لا تصح الوصية؛ لأن الوصية للمعدوم لا تصح، وإلى ذلك ذهب جمهور الفقهاء<sup>3</sup>، وخالفهم في ذلك المالكية<sup>4</sup>، حيث ذهبوا إلى جواز الوصية للموجود ولمن سيوجد، وسيأتي تفصيل أقوال العلماء في الوصية للحمل.

4- ألا يكون الموصى له وارثاً.

5- أن لا يكون الموصى له حريباً.

**الفرع الرابع: شروط الموصى به**

سبق وأن عرفت الموصى به بأنه الشيء الذي جرى تملكه مضافاً إلى ما بعد الموت على وجه التبرع، وسأقدم هذا المطلب إلى فرعين:

<sup>1</sup> الماوردي، الحاوي ص 11 / 10 ، ابن قدامة ، الكافي ص 481 ، ج 4 .

<sup>2</sup> الكاساني، البدائع ص 340 ، ج 7 ، الماوردي، الحاوي ص 12 ، ج 10 ، النووي، روضة الطالبين 107 / 6 ، البهوتي، كشف القناع 358/4.

<sup>3</sup> السرخسي، المبسوط ص 86 / 87 / 28 ، الكاساني، البدائع ص 335، ج 7، الشربيني، مغني المحتاج، ص 40 / 41 ج3، ابن قدامة المقدسي، المقنع ص 368 / 369 ج2 البهوتي، كشف القناع ص 369 ج4.

<sup>4</sup> الدسوقي، حاشية الدسوقي 4، 433 - 434، الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة 321، 3

أولاً: الشروط المتفق عليها بين الفقهاء:

ومن خلال اطلاعي لم أجد إلا شرطاً واحداً متفق عليه لدى جميع الفقهاء هو: ألا يتصرف في معصية كبناء الكنيسة، أو دور سينما، أو مرقص، أو غير ذلك من الأمور التي تعلي شأن الكفر وتنتشر الانحلال والفجور بين أفراد المجتمع<sup>1</sup>.

ثانياً: الشروط المختلف فيها لدى الفقهاء:

1- ألا يكون زائدة عن ثلث التركة، وللفقهاء خلاف حول حكم الوصية بأكثر من الثلث سأطرق إليه في مبحث آخر

2- أن يكون الموصى به مالا أو متعلقاً بالمال؛ لأن الوصية إيجاب الملك أو إيجاب ما يتعلق بالملك من البيع والهبة والصدقة، ومحل الملك هو المال، فلا تصح الوصية بالميتة والدم من أحد لأحد؛ لأنهما ليسا بمال في حق أحد، ولا بجلد الميتة قبل الدباغ، وكل ما ليس بمال، أما إذا كان بمنفعة فسيأتي تفصيل ذلك في مبحث الوصية بالمنافع.

3- أن يكون موجودة عند موت الموصي، وفي ذلك تفريع سيأتي لاحقاً، وهذا الشرط خاص بالأعيان دون المنافع<sup>2</sup>. وأما المنافع فسيأتي الحديث عنها في مبحث الوصية بالمنافع. والموصى به لا يخلو من الحالات التالية:

**الحالة الأولى:** أن يكون عينا معينة بذاتها، كما إذا قال: أوصيت بمنزلي هذا أو بكتابي هذا لفلان، فإنه يشترط وجوده عند إنشاء الوصية؛ لأنه لا يتصور الوصية بشيء معين وهو غير موجود أصلاً.

<sup>1</sup> الدردير، أحمد محمد، أقرب المسالك المذهب الإمام مالك، ص(195)، (المكتبة الثقافية، بدون)،

الماوردي، الحاوي 10/16 .

<sup>2</sup> ابن الهمام ، شرح فتح القدير ص 361 ، ج 9 .

**الحالة الثانية:** أن يكون شائعا في بعض التركة، كما إذا قال: أوصيت بثلث غنمي أو بربع غنمي، فإنه يشترط وجوده عند إنشاء الوصية.

**الحالة الثالثة:** أن يكون شائعا في جميع التركة، كما إذا أوصى الرجل بثلث ماله وله مال، فهلك ذلك المال واكتسب ما لا غيره، فإن ثلث ماله الذي اكتسبه للموصى له؛ لأنه لا يشترط وجود الموصى به عند إنشاء الوصية، وإنما يشترط وجوده عند موت الموصي<sup>1</sup>.

4- أن يكون المال منقوم، فلا تصح الوصية بمال غير منقوم، والمقصود بذلك أن يكون له قيمة في نظر الشريعة الإسلامية، فلا تصح الوصية بالخمير فإنها وإن كانت مالا، لكنها غير منقومة في حق المسلم فلا يضمن ما كان منها لمسلم، كأن يسلم وهي في يده، أو تتحول من عصير إلى خمر، بخلاف ما إذا أتلّف المسلم خمر الذمي فإنه يضمن قيمتها، وكذلك الخنزير، وبناء على ما تقدم فإنه لا تجوز الوصية من المسلم أو له بالخمير، وتجاوز من الذمي؛ لأنها مال منقوم في حقهم. وتجاوز الوصية بالكلب المعلم؛ لأنه مال منقوم عند المسلم؛ لأنه مضمون ويجوز أن يكون المال محلا للتعاقد، ويجوز بيعه وهبته.

5- أن يقبل النقل من شخص إلى آخر، فما لا يقبله لا تصح الوصية به كالقصاص، وحد القذف، فإنهما لا يتمكن مستحقهما من نقلهما.

6- أن يكون مما يباح الانتفاع به، فلا تصح الوصية بما يحرم الانتفاع به من عين أو منفعة؛ كالات اللهو والقمار أو منافع المغنيات و المومسات ونحو ذلك<sup>2</sup>.

### الفرع الخامس: شروط الصيغة

الصيغة: ما ينشئ به الموصي وصية من لفظ أو كتابة أو إشارة، وتتكون الصيغة من إيجاب من الموصي، وقبول من الموصى إليه على خلاف بين الفقهاء.

<sup>1</sup> الكاساني، البدائع ص 355، ج 7، ابن الهمام، شرح فتح القدير ص 361، ج 9.

<sup>2</sup> الميداني، اللباب، 183 / 4.

## شروط الصيغة:

1- أن تكون بلفظ يدل على الوصية، سواء كان ذلك اللفظ صريحا كأوصيت، أو غير صريح في الدلالة عليها، ولكنه يفهم من إرادة الوصية كقوله: عنت له أو هو له من مال ونحو ذلك.

2- أن يكون القبول موافقة للإيجاب، فإن خالف الإيجاب لم يصح القبول؛ لأنه إذا خالفه لم يرتبط به، فبقي الإيجاب بلا قبول، فلا يتم الركن.

3- أن يكون القبول صريحا أو دلالة، صريحا كقول الموصى إليه: قبلت، أو دلالة، وذلك بأن يموت الموصى قبل القبول إلا إذا كانت الوصية بمعين، أما إذا كانت لغير معين كالفقراء والمساكين لزمتم بالموت، ولم يشترط فيها القبول .

4- أن يكون القبول بعد موت الموصى، أما إذا قبل الموصى له قبل موت الموصى فلا يعتبر قبوله.

5- أن يكون صدورها من مختار لها غير مكره عليها<sup>1</sup>.

## المطلب الثالث: احكام الوصية

إذا نشأت الوصية مستوفية لمقوماتها وشرائطها كانت صحيحة قابلة للإثبات والتنفيذ وهذا ما لم يوجد مبطل لها.

كما أن أحكام الوصية تحقق كثيرا من مقاصد الشريعة الإسلامية، وجاء ذلك قانون الأسرة الجزائري تعبيرا عن الاتجاه الفقهي المعاصر، وكانت أحكام الوصية غايتها إصدار قانون شامل للأحوال الشخصية يرفع حرج المذهب الواحد ويحسم فوضى الأحكام التي توزعها أيدي القضاة في المحاكم الشرعية.

<sup>1</sup> المرادوي، الإنصاف 7/ 203 - 204، البهوتي، كشف القناع 4/345

## الفرع الاول: شكل الوصية

يجدر بنا قبل التعرض لموقف القانون الجزائري من شكل الوصية أن أشير إلى أن الوصية في بلادنا كانت تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية قبل صدور الأمر 58/5 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني<sup>1</sup>

و بمراجعة نصوص القانون المدني يتضح لنا أن المشروع الجزائري لم ينص على الشكل الواجب توافره في الوصية باعتبارها تصرفا رضائيا صادرا من جانب واحد لا كشكل انعقاد و الا كشكل إثبات و لا كشكل متعلق بالشهر، و إنما أحال إلى قانون الأحوال الشخصية بموجب المادة 775 منه بشأن هذه المسألة و بما أن قانون الأسرة لم يكن قد صدر بعد فإنه يجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة الأولى الفقرة الثانية من نفس القانون المذكور. و عليه سيري على شكل الوصية المبرمة في ظل القانون المدني و قبل صدور قانون الأسرة أحكام الشريعة الإسلامية<sup>2</sup>.

## الفرع الثاني: إجراءات الوصية

## اولا: إثبات الوصية

لكي تكون الوصية صحيحة لابد من توفر وسائل إثبات حتى يمكن إبراز مزايا الوصية ، و من أهم وسائل إثبات الوصية يوجد عنصرين أولا يكون إثباتها بموجب عقد توثيقي و ثانيا يمكن إثباتها عن طريق القضاء و منها يمكن تفصيل هذين العنصرين على النحو الآتي - :

و قبل الخوض في تفصيل هذين العنصرين نأخذ رأي المشرع الجزائري في إثبات الوصية و المادة التي تنص على هذه المسألة نصت المادة 191 من قانون الجزائري على أنه "

<sup>1</sup> منشور بالجريدة الرسمية ، العدد 78، السنة 12 الصادرة بتاريخ 30/ 09 /1975 .

<sup>2</sup> شيخ نسيمه ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة-الوصية-الوقف)، دار هومة الجزائر 2012 ، ص ( 219-220).

تثبت الوصية" - بتصريح الموصى أمام الموثق و تحرير عقد بذلك و في حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم و يؤشر على هامش أصل الملكية" يتبين لنا من هذا النص أن قانون الأسرة الجزائري حسم مسألة إثبات الوصية فاعتبر أن الوصية تثبت أصلا بموجب عقد رسمي يحرره الموثقة استثناء تثبت الوصية بموجب حكم قضائي يؤشر به على هامش أصل الملكية<sup>1</sup>.

### 1-إثباتها بموجب عقد توثيقي:

الأصل أن الوصية تثبت بموجب عقد تصريحي يحرر من قبل موثق تراعى فيه جميع الإجراءات والترتيبات الواجب توافرها في العقود الاحتمالية، فيتم تحرير العقد لحضور مستمر لشاهدي عدل، وشاهدي تعريف عند الاقتضاء فضلا عن حضور الموصى. ويراعي عند تحرير العق الإشارة بدقة إلى صفة الموصى و الموصى له و الموصى به ، و إزالة اللبس عن كل ما يمكن أن يؤدي إلى اشتباه الوصية أو اختلاطها فيما يماثلها من العقود . و إذا حررت الوصية بوكالة أي بحضور وكيل الموجب فيجب الانتباه إلى تلك الوكالة بحيث يشترط أن تتوفر نفس الشروط الواجب توافرها في عقد الوصية"<sup>2</sup>. هذا وتمر مرحلة التوثيق بمرحلتين.

(ا) التسجيل: يعد التسجيل أول مرحلة من مراحل نقل الملكية بعد ثبوت الوصية عن طريق محرر رسمي حيث نضمه قانون التسجيل<sup>3</sup> الجزائرية وذلك لنقل الملكية بالطرق المختلفة سواء كانت عقارا أو منقولا و التسجيل هو إجراء يتم من طرف مفتشي التسجيل، حيث يقوم

<sup>1</sup> المرجع السابق ، ص 223-

<sup>2</sup> حمدي باشا عمر، عقود التبرعات (الهبة-الوصية-الوقف)، دار هومة الجزائر 2004 ، ص (60-59)

<sup>3</sup> الأمر رقم 76-105 المؤرخ في 09-12-1976 المتضمن قانون التسجيل ج و عدد 81 مؤرخة في 18.12.1977.

بتسجيل التصرفات التي أخضعها القانون الإجراء التسجيل أو التي أراد أصحابها إعطائها تاريخا ثابتا بغض النظر عن طبيعتها ( عقارات أو منقولات ) مع خضوع العملية لدفع رسوم التسجيل.

**ب)الإشهار العقاري :** يعد الإشهار هو الإجراء النهائي لكي تكتسب عن طريقة الملكية الخاصة بصورة نهائية في العقارات على وجه التحديد من خلال المحافظة العقارية حسب ما أشارت إليه المادة 793 من القانون المدني و التي تنص: "لا تنقل الملكية و الحقوق العينة الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أو في الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة لشهر العقار . او من خلال المكلف بعملية الإشهار العقاري وهو المحافظ العقاري مع خضوع العملية الرسوم الإشهار العقاري. هذا وتجدر الإشارة إلى أن الشهر يتم بعد وفاة الموصى أولا وقبل الموصى له هذه الوصية، لأنه يرفضه لها ترد برده المادة 201 من قانون الأسرة.<sup>1</sup> أما المشرع الجزائري لا ينص على شهر الوصية خلافا ما هو في القانون المصري ، لم يكن قانون التسجيل المصري الصادر في 1923 ينص على شهر الوصية إذا كان محلها عقارا أو حقا عينا متعلق به ، إذ أن التصرفات التي أخضعها للتسجيل في التصرفات فيما بين الأحياء و الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت و قد كان ذلك نقصا واضحا في هذا القانون ، غير أن قانون تنظيم الشهر العقاري رقم 114 لسنة 1946 المعمول به منذ أول يناير 1947 ولا يزال معمولا به حتى الآن تدارك هذا النقص إذ نصت المادة 9 منه صراحة على وجوب شهر الوصية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> بن شويخ الرشيد ، الوصية و الميراث في قانون الاسرة الجزائري ،دار الخلدونية الجزائرية طبعة 1 2008، ص (71-72).

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية،القاهرة 1968، ص67 .

## 2 - إثبات الوصية بحكم قضائي

أما دعوى إثبات الوصية المرفوع أمام القاضي - ملزم بالتأكد من مدى توفر وجدية المانع القاهر فإن ثبت حكم بالنتيبت و إلا رفض الدعوى لأنه لا يعمل ولا يلجأ للاستثناء إلا بتعذر العمل بالأصل و هو ما تؤكد عليه الغرفة الوطنية للموثقين لاسيما و أن المادة 191 فصلت في مسألة الإثبات<sup>1</sup> و هو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيها "من المقرر قانونا أنه ثبت الوصية بتصريح الموصى أمام الموثق و تحرير عقد بذلك و في حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم و يؤشر على هامش أصل الملكية. و من ثم إن قضاة المجلس بقضائهم باستبعاد الوصية الشفوية بسبب عدم التصريح بها أمام الموثق طبقوا صحيح القانون.

و قبل أن نختم كلامنا في مسألة الإثبات نشير إلى أن المادة 16 من القانون المدني | الجزائري قد حدد لنا ضابط الاستناد في حالة تنازع القوانين من حيث المكان بشأن الوصية إذ نصت في فقرتها الأول " يسري على الميراث و الوصية و سائل التصرفات التي تنفذ بعد | الموت ، قانون الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت الموت ، و أكدت على | ذلك المحكمة العليا في قرار جاء فيه " من المقرر قانون أنه يسري على الميراث و الوصية | وسائل التصرفات التي تنفذ بعد الموت، قانون الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ بعد خطأ في تطبيق القانون.

و لما كان من الثابت في قضية الحال أن المجلس باعتماده على القانون الفرنسي دون مراعاة قانون الهالك أو الموصي باعتباره جزائريا مسلما يكون قد "خطأ في تطبيق القانون و خرق أحكام الشريعة الإسلامية و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>. علاوة بو تغرار ،الوصية تطرح نقائص ، مجلة الموثق، العدد الأول 2001، ص 9

<sup>2</sup> المجلة القضائية، العدد الثاني، 1991، رقم 63219

## ثانيا : تنفيذ الوصية

لم يتعرض القانون لمسألة تنفيذ الوصية لذا يجب علينا الرجوع إلى مبادئ العلمية في الشريعة الإسلامية ، حيث نصت المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية. مما لا شك فيه أن لا للموصى ولا للموصى له أي دخل في إجراء هذا التنفيذ ، فالموصى يكون قد توفي و الموصى له لا يعتبر سوى صاحب حق فقط ، و عليه فإن القائم على تنفيذ الوصية هو إما وصي التركة إذا عين المورث لها أو يكون القضاء . وعند تنفيذها لا يجب أن تنقل إلى له من حيث القائم عليه فحسب بل أيضا من حيث السبب في ذلك ، فقد يجيز الورثة الوصية أيا كانت أو هذا يحول دون حدوث أي نزاع في تنفيذها ، و قد يحدث أن تكون هناك وصية وكنت لا يجيزها الورثة هذا بالنسبة إذا كانت الوصية للوارث و ذلك عملا بالحديث النبوي الشريف بقوله صلي الله عليه وسلم " إن الله أعطى لكل ذي حق حقه و لا وصية لوارث إلا أن يجيزها الورثة. "

و أخيرا يمكن القول أن تنفيذ الوصية ليس مطلقا و هذا مؤداه أنه يسبق تنفيذ الوصايا سداد ديون الموصى كما أن التنفيذ مقيد و هذا لما أقره الشرع ، فالوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا المندوبة و المباحة<sup>1</sup>.

و يعتبر منفذ الوصية مسؤولا شأنه شأن الوكيل العادي و هذا عن الأضرار الناتجة عن عمله أو إهماله و لا يجوز إعفائه من كل مسؤوليته قد تترتب عليه و إذا تعدد المنفذون كانوا مسؤولين جميعا بالتضامن عن أموال التركة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> بلحاج العربي مرجع سابق ص (315-316)

<sup>2</sup> نفس المرجع ، ص ص (315-316).

فإذا كانت التركة خالية من الديون أو بدأ الدائنون لمدين وكانت التركة كلها مالا حاضرا وكان الثلث يخرج عن التركة أخذ أصحاب الوصية نصيبهم دون تأخير

والمشكل يطرح في حالة ما إذا كانت الوصية بمال وكانت التركة كلها مالا غائبا أو ديونا أو كان من التركة مالا حاضر وآخر غائبا أو دين فإذا كانت التركة كلها مالا غائبا أو ديونا فإن تنفيذ الوصية يؤخر حتى يحضر المال الغائب، أو تستوفي الديون فكلها حضر شيء قسم بين الموصي لهم والورثة أنصبتهم.

أما إذا كانت في التركة مال حاضر و آخر غائب أو دين أو كانت خليطا من الأنواع الثلاثة فالأصل هذا العمل بالاتفاق إن وجد ، فإن انفق الموصى له مع الورثة على طريقة للأخذ حقه وجب إتباع ما انفق عليه و إن لم ينفقوا على شيء اختلفت الطريقة المعمول بها تبعا لاختلاف الموصى له أو لاختلاف من عليه دين ، لأن الموصى به قد تكون نقودا مرسلة و قد تكون عينا من الأعيان ، كما قد تكون سهما شائعا في كل المال أو في نوع منه.والدين قد يكون أجنبي و قد يكون على أحد الورثة. جل وقت أدائه عند قسمة التركة أو لم يحل بعد. <sup>1</sup>

فصل القانون المصري هذه الحالات في مواده من 43 إلى 46 و هي مأخوذة من المذاهب الأربعة و إن كان الغالب مذهب الأحناف على خلاف القانون الجزائري الذي لم يورد نصا في هذا الشأن <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> محمد مصطفى شلبي، احكام الوصايا و الاوقاف، الدار الجامعة للطباعة و النشر، بيروت 1988 ، ص (161-162).

<sup>2</sup> جغوب محفوظ، الوصية بين الشريعة و القانون ، مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، 2004، ص42.

## الفرع الثالث : التصرفات الملحقة بالوصية

ألحق القانون المدني الجزائري بالوصية تصرفين قانونيين أعطاهما حكمها و هما : تصرفات المريض مرض الموت و التصرف لو ارث مع الاحتفاظ بالحيازة و أعرض فيما يلي حكم هذين التصرفين تباعا.

## أولاً: تصرفات المريض مرض الموت:

يخدر بي قبل التعرض لحكم تصرفات المريض مرض الموت أن أعرف بداءة على ضوء رأي الفقهاء المسلمين و اجتهاد المحكمة العليا مرض الموت بأنه ذلك المرض الذي يقعد المريض عن قضاء مصالحه و يغلب فيه الموت عادة و ينتهي بالموت فعلاً<sup>1</sup>

نص المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 776 من القانون المدني على ما يلي " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حالة مرض الموت يقصد التبرع يعتبر مضافاً إلى ما بعد الموت ، و تسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطي إلى هذا التصرف" .

يستفاد من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري اعتبر كل تصرف يصدر عن الشخص في مرض الموت بقصد التبرع أياً كانت التسمية التي تعطي له تبرعاً مطلقاً إلى ما بعد الموت و أعطاه حكم الوصية.

فالظاهر من هذه المادة أن العبرة تكون بالقصد أي بالنية و ليس بظاهر العقد أو شكله على أن تخضع هذه المسألة للسلطة التقديرية لقاضي الناقل في الموضوع<sup>2</sup>

<sup>1</sup>. نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت ( الوصية ، البيع ، الهبة ، الوقف، الكلفة ، الإبراء ، الإقرار، الخلع، الطلاق)، دار هومة للطباعة، والنشر و التوزيع ، الجزائر 2008، ص8.

<sup>2</sup> شيخ نسيمه، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة-الوصية-الوقف)، ص 183 .

من ثم إذا تصرف الشخص في اله و هو في مرض الموت لم ينفذ تصرفه في حق ورثته إلا باعتباره وصية فيث حدود ثلث التركة إذا كان التصرف لصالح الغير ما لم يجز الورثة ما يلجأ إلى الورثة ، أما إذا كان التصرف لصالح أحد الورثة فلا ينفذ إلا بإجازة الورثة الآخرين.

او تسري أحكام الوصية على تبرع المريض مرض الموت بعد موت هذا الأخير بدهة فقبل موته لاحق للوارث في الطعن في التصرف لأن حق الوارث لا يظهر في الوجود ولا يكون له أثر إلا بعد وفاة المورث كما و أن المرض لا يمكن اعتباره مرض موت إلا إذا انتهى بموت صاحبه فعلا<sup>1</sup>.

ينص المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 776 قانون مدني على ما يلي " و على ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم و هو في مرض الموت ، و لهم إثبات ذلك بجميع الطرق و لا يحتج على الورثة بتاريخ العقد و إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا " الأمر الذي ستخلص منه أن عن إثبات التصرف في مرض الموت يقع على عاتق الورثة الذين لهم أن يثبتوا ذلك بجميع طرق الإثبات بها فيها البينة و القرائن. الجدير بالملاحظة في هذا الصدد أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى كل تصرفات المريض الموت ، بل أكتفي بسرد حالات خاصة بشأن هذه التصرفات التي تصدر عن الشخص و هو في مرض الموت سواء كان ذلك تبرعا أو معاوضة فاعتبر مثلها الهبة الصادرة من المريض و هو في مرض الموت أو في حالة مخيفة وصية تسري عليها أحكامها طبقا للمادة 204 من قانون الأسرة ، كما نص على ذلك أيضا في حالة الوقف في المادة 215 من قانون الأسرة و اعتبر أيضا البيع الصادر عن المريض الموت وصية مثلما نصت على ذلك المادة 408 من القانون المدني ، بحيث متى اثبت الورثة واقعة أحكام عقد البيع ، و

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص 221 .

من ثم لم تكن البيع ناجزا إلا إذا تم البيع للغير فإنه و يعتبر غير مصادق عليه ، و من أجل ذلك يكون قابلها للإبطال ما لم يكن هذا الغير حسن النية و كسب بعوض حقا عينا على الشيء المبيع<sup>1</sup>.

### ثانيا: التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحيازة

نص المشرع الجزائري في المادة 777 القانون المدني على ما يلي : "يعتبر التصرف وصية و تجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته و استثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه و الانتفاع فيه و الانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك بقراءة هذه المادة يتضح لنا أنه إذا عمد المتصرف في حالة صحته لا في مرضه إلى إخفاء وصيته في شكل تصرف منجز كالبيع أو الهبة أو غيرها اعتبر تصرفه وصية متى كان للوارث و احتفظ بموجبه لنفسه لحيازة الشيء المتصرف فيه من جهة و الانتفاع به مدة حياته من جهة أخرى<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> شيخ نسيمه ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهيئة-الوصية-الوقف)،، ص (185-186).

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص (186-187).

# المبحث الثالث:

مبطلات الوصية و تزاحمها و  
أهم المسائل فيها

## المبحث الثالث مبطلات الوصية وتزاحمها وأهم المسائل فيها

### المبحث الثالث: مبطلات الوصية وتزاحمها وأهم المسائل فيها:

ينقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب المطلب الأول الذي نتناول فيه مبطلات الوصية وأما المطلب الثاني فيتضمن تزاحم الوصايا والمطلب الثالث فيحتوي على المسائل العامة في الوصية.

#### المطلب الأول: مبطلات الوصية:

تبطل الوصية بأسباب إما من الموصي كرجوعه عن الوصية أو زوال أهليته أو رده، إما من الموصى له وهو رد الوصية أو موته أو قتل الموصي، وإما من الموصى به وهو هلاك العين الموصى بها أو استحقاقها، وهذه الأسباب ما يلي<sup>1</sup>:

#### أولاً: الرجوع عن الوصية:

تبطل به بالإتفاق لأنها عقد غير لازم، فيحوز للموصي الرجوع فيها متى شاء، لأن الذي وجد منه الإيجاب فقط ولأنها عقد لا يثبت حكمه إلا بعد موت الموصي، فلا يترتب على الإيجاب أي حق للموصى له قبل ذلك، فيكون بالخيار الإمضاء والرجوع. والرجوع إما أن يكون صريحا أو دلالة.

فالرجوع الصريح: ما كان بلفظ هو نص في الرجوع مثل قول الموصي: رجعت عن وصيتي لفلان، أو تركتها أو أبطلتها أو نقضتها. وهذا متفق عليه فقها وقانونا، لأنه صريح في عدول الموصي عن وصيته وهو يملك العدول متى شاء.

ولا يعد رجوعاً: ندمت على الوصية التي أوصيت بها فلان أو تعجلت أو أخرت الوصية، لأن التأخير لا يستلزم السقوط كتأخير الدين عن المدين، وكذلك كل وصية أوصيت بها لفلان فهي حرام لا يدل على الرجوع، أو تغيير الموصى له من زيد لخالد مثلا بل يكون

<sup>1</sup>-الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الحنفي، بدائع الضائع في ترتيب الشرائع، ص 381.

الموصى به مشتركا<sup>1</sup>. ولا يكون جحود الوصية رجوعا في رأي محمد، ويعد رجوعا عند أبي يوسف.

والرجوع الدلالة: كل تصرف أو فعل في الموصى به يفيد رجوعه عن الوصية. ونوع لا يدل على الرجوع بالاتفاق: وهو كل فعل تابع للعين أو في صفة من صفاتها بحيث لا يحدث تغييرا في حقيقة العين ولا يزيل اسما عنها، مثل جز الصوف، وحلب اللبن وسقي الزرع أو الشجر وتخصيص الدار وزخرفتها وترميمها، لأن هذه الأفعال تعلقت بأمر خارج عن عين الموصى به حيث لا يخرج عن ملك الموصى كالإجارة والإعارة لا تعد رجوعا. ونوع مختلف فيه بين الفقهاء: وهو إحداث زيادة في الموصى به لا يمكن تسليم العين بدونها كصنع الثوب، وبناء الأرض وزرعها شجرا<sup>2</sup>.

### ثانيا: زوال أهلية الموصي بالجنون المطبق ونحوه:

تبطل الوصية عند الحنفية بالجنون المطبق ونحوه كالعته، سواء اتصل بالموت أو لم يتصل بأن أفاق قبل الموت، لأن الوصية عقد غير لازم كالوكالة ويكون لبقائه حكم ابتدائه ولما كان المجنون غير أهل لإنشاء الوصية في الإبتداء، لأن قوله غير ملزم، كان طروء الجنون المطبق مبطلا له.

والجنون المطبق مدام شهرا فأكثر، وهو رأي أبي يوسف الذي أخذ به قانون الأحوال الشخصية، وعند محمد هو ما امتد سنة، والعته مثل الجنون وإن لم يطبق الجنون لا تبطل الوصية، لأن في هذه الحالة يشبع الإغماء وهو غير مبطل للعقد، كما لا تبطل بالحجر على الموصى للسفه والغفلة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، دار الفكر بدمشق، الطبعة 1 (1987 م)

والطبعة 2 (1417 هـ - 1996 م) ص 98.

<sup>2</sup> - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء 8، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر بدمشق، الطبعة

1 (1404 هـ - 1984 م) والطبعة 2 (1405 هـ - 1985 م) ص 115-116.

<sup>3</sup> - الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ص 353.

أما جمهور غير الحنفية فلم يبطلوا الوصية بالجنون سواء أكان مطبقاً أم لا، وسواء اتصل بالموت أو لم يتصل، متى كان كامل الأهلية (بالغا عاقلاً) وقت إنشائها، لأن العقود والتصرفات تعتمد في صحتها على تحقيق الأهلية وقت إنشائها فقط، ولا يؤثر زوالها بعدئذ في صحة العقد أو التصرف، بدليل أن البيع والإجارة والوقف وغيرها لا تبطل بالجنون الطارئ<sup>1</sup>.

### ثالثاً: ردة الموصي:

عند الحنفية والشافعية، وكذا إرادة الموصى له عند المالكية إذا مات مرتداً ولم يرجع إلى الإسلام، لأن ملكه موقوف على الأصح، ولم يتعرض القانون للردة، لقلة وقوعها وعملاً بمذهب الحنابلة القائلين بصحة وصية المرتد<sup>2</sup>.

### رابعاً: رد الوصية:

تبطل الوصية إذا ردها الموصى له بعد وفاة الموصي ولو كان الرد بعد القبول إذا قبلها الورثة أو أحدهم كما سبق بيانه عند الكلام على حكم القبول<sup>3</sup>.

خامساً: موت الموصى له المعين قبل موت الموصي:

تبطل به وصية باتفاق المذاهب الأربعة، لأن الوصية عطية، وقد صادقت المعطى ميتاً، فلا تصح كالهبة للميت، ولأن الوصية لا تلزم إلا بوفاء الموصي وقبول الموصى له، وكذلك تبطل الوصية عند الجمهور غير الحنفية إذا مات الموصى له بعد موت الموصي قبل القبول، وعند الحنفية لا تبطل لأن القبول معناه عندهم عدم الرد، وتبطل الوصية عند الجمهور بموت الموصى له، سواء علم الموصى بموته أم لم يعلم<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> مصطفى أحمد، عقد البيع، دار القلم بدمشق الطبعة (1420 هـ . 1999 م) ص 21.

<sup>2</sup> الزحيلي، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، ص 99.

<sup>3</sup> السريتي عبد الودود محمد، الوصايا والأوقاف والمواريث في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية بيروت، ص 140.

<sup>4</sup> وهبة الزحيلي الوصايا والوقف . ص 101.

قتل الموصي عمدا وعدوانا، وتبطل الوصية عند الحنفية والحنابلة للقائل، سواء أكان قبل الوصية أو بعدها، حتى لو أجاز الورثة الوصية، وأجازها الموصي بعد القتل وقبل الموت. وقد فصلت الكلام فيه وبينت رأي الفقهاء الآخرين في بحث شروط الموصى له<sup>1</sup>.

#### سادسا: هلاك الموصى به المعين واستحقاقه:

تبطل الوصية إذا كان الموصى به معينا بذاته، وهلك قبل قبول الموصى له لفوات محل حكم الوصية، ويستحيل ثبوت حكم التصرف أو بقاؤه بدون وجود محله أوبقائه، كما لو أوصى بهذه الشاة، فهلكت تبطل الوصية، لن الوصية تعلقت بعين قائمة وقت الإيضاء، وقد فات بعدئذ، ففات محل الوصية. وكذلك تبطل الوصية إذا كانت بجزء شائع في شيء معين بذاته أو من نوع معين من أمواله، كأن يوصي بنصف هذه الدار، أو يوصي بفرس من أفراسه العشرة المعلومة، فهلكت، أو بنصف دوره فهدمت، فلا شيء للموصى له لفوات محل الوصية.

وتبطل الوصية باستحقاق الموصى به كله بطلانا كلياً، وتبطل جزئياً باستحقاق بعض الموصى به ولو بعد تملك الموصى له، لأن الأمر تبين بعد الاستحقاق أن الموصى أوصى بما لا يملكه<sup>2</sup>.

وتبطل الوصية سواء أكان الاستحقاق قبل موت الموصي أم بعده، لأنه بالاستحقاق تبين أن الوصية كانت في غير ملكه فتبطل.

#### سابعا: تبطل الوصية لو ارث عند المالكية ولو أجازها الورثة:

لحديث: " لا وصية لو ارث"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء 8 ص 117.

<sup>2</sup> السريتي، الوصايا والأوقاف والموارث في الشريعة الإسلامية، ص 140.

<sup>3</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته: ص 117.

**ثامنا: تعليق الوصية على شرط لم يحصل:**

كأن قال: إن مت من مرضي هذا، أو سفري هذا ففلان كذا، فلم يمت فتبطل الوصية، لأنه علقها على الموت في المرض والسفر لم يحصل، وقد صرح المالكية والحنابلة والحنفية به<sup>1</sup>.

**تاسعا: قتل الموصى له الموصي:**

قتل الموصي عمدا وعدوانا، وتبطل الوصية عند الحنفية والحنابلة للقاتل، سواء أكان القتل قبل الوصية أو بعدها، حتى لو أجاز الورثة الوصية، وأجازها الموصي بعد القتل وقبل الموت. وقد فصلت الكلام فيه وبينت رأي الفقهاء الآخرين في بحث شروط الموصى له<sup>2</sup>.

**المطلب الثاني: تزاحم الوصايا:**

وهو أن يوصي الموصي بوصايا متعددة، ويضيق عنها الثلث، ولم يجز الورثة ذلك أو قد يجيزوا، ولا تتسع التركة لتنفيذ كل الوصايا. وفي مثل هذه الأحوال لا يخلو تعدد الوصايا من ثلاثة فروع وهي الفرع الأول أن يكون التزاحم بين حقوق الله تعالى، والفرع الثاني أن يكون التزاحم بين حقوق العباد، أما الفرع الثالث فيتضمن أن يكون التزاحم بين حقوق الله وحقوق العباد.

**الفرع الأول: أن يكون التزاحم بين حقوق الله تعالى:**

حقوق الله تعالى إما أن تكون كلها فرائض أو واجبات أو نوافل مجتمعة.

فإن كانت متساوية يبدأ بما بدأ به الموصي، لأنه عند تساويها لا يتمكن من الترجيح فيرجح بما بدأ به الموصي، لأن البداية دليل اهتمامه بما بدأ، فالإنسان يبدأ بالأهم ثم الأقل أهمية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> الكاساني، البدائع . ص 394.

<sup>2</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ، ص 117.

<sup>3</sup> الكاساني، البدائع . ص 395.

أما إذا كانت مختلفة من (فرائض وواجبات ونوافل) فيبدأ بالفرائض ثم بالواجبات ثم النوافل.

وقيل عند الحنفية: يبدأ بالزكاة والحج وقيل: يبدأ بالحج وإن أخره الموصي في الذكر، لأن الحج عبادة بدنية أولى، والنفس أنفس وأعز من المال، فكان تقرباً إلى الله عز وجل بأعز الأشياء وأنفسها عنده، فكانت البداية به أولى.

#### الفرع الثاني: أن يكون التزاحم بين حقوق العباد:

إذا أوصى شخص بعدة وصايا للأشخاص المعنيين، وزادت الوصايا في مجموعها عن الثلث، ولم تجز الورثة الزائد، أو أجازوا ولم تتسع التركة لتنفيذ الوصايا فيكون له حالتان:

#### الأولى: أن تكون كل وصية من الوصايا لا تتجاوز الثلث:

كسدس المال لشخص، والربع للآخر، والثلث للثالث، يضرب كل سهم في الثلث أي يأخذ كل واحد من الوصية بنسبة وصيته من الثلث، ويقسم ثلث التركة على تسعة، فيعطى الأول اثنين عن السهام، والثاني ثلاثة، والثالث أربعة، وهذا متفق عليه بين أبي حنيفة وصاحبيه، وبه أخذ.

#### الثانية: أن تكون احدى الوصايا زائدة على الثلث:

كثلث الواحدة ونصف الآخر.

كقول أبي حنيفة: يقسم الثلث بينهما مناصفة، وبه يأخذ القانون المصري والسوري المادة 285: "يقسم الثلث بينهما بنسبة أنصاهم في الوصية كالحالة الأولى، ولا يلغى الزائد على الثلث".

كما قال أبو حنيفة، لأنه يلزم مراعاة رغبة الموصي بقدر الإمكان في تفضيل بعض الموصى لهم على بعض.

واستثنى أبو حنيفة ثلاث حالات هي: المحاباة، الدراهم المرسلة، والسعاية. وافق فيها صاحبين في القسمة بحسب السهام، وليس مناصفة، أوضحنا هنا الحالتين الأوليتين، أما الثالثة فلا حاجة لبيانها بالعبيد، فهي غير واقعية الآن.

أما المحاباة: فهي محاباة بعض الناس في ثمن البيع كأن يوصي شخص بأن تباع سيارته التي تساوي قيمتها ثلاثة آلاف والسيارة التي تعادل قيمتها ستة آلاف بألفين، علماً بأنه لا مال له بسواهما، فهو يريد الوصية بفرق السعرين، فيقسم الثلث وهو الثلاثة آلاف بينهما أثلاثاً، ثلث للأول وثلثان للثاني<sup>1</sup>.

وأما الدراهم المرسلة: فهي أن يوصي لشخص بأربعمائة دينار ولآخر بثمانمائة، وتركته كلها ألف ومئتا دينار، ولم تجز الورثة، فكأنه أوصى لواحد بالثلث، ولآخر بالثلثين فيقسم الثلث بينهما أثلاثاً، ولأول ثلثه ولآخر ثلثاه.

وسبب الاستثناء في رأي أبي حنيفة: أن الموصي لم يصرح في وصيته بما يبطلها وهو الزيادة على الثلث، وإنما جاء البطلان من الواقع بطريق المزاحمة وضيق التركة وعدم وفاء ثلثها بالوصيتين ومن الممكن أن يظهر له مال فوق هذا المقدار، فلا تبطل الوصية<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: أن يكون التزاحم بين حقوق العباد وحق الله:

إذا أوصى للحج وللزكاة والكفارة وخالد من الناس، فإنه يقسم الثلث بينهما أرباعاً، ويعطى لكل جهة الربع، فيكون للحج ربع الثلث وللزكاة ربع الثلث، وللكفارة ربع الثلث وخالد ربع الثلث.

<sup>1</sup> محمد علي محمود يحيى، أحكام الوصية في الفقه الإسلامي للحصول على درجة الماجستير، بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس . فلسطين . 2010 ص 135.

<sup>2</sup> وهبة الزحيلي، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي ص 130.

وعند استواء القربات في القوة يقدم منها ما بدأ به الموصي، أو الأقوى عبادة أو تقسم على الجميع بالتساوي، على حسب ما ذكرته من آراء.

وإذا أجاز الورثة الوصية، كأن أوصى بنصف ماله لشخص، والآخر بجميع ماله، قسم المال بينهما أثلاثاً يأخذ الموصى له بنصف ثلثه، ورد الورثة الزائد فإنهما يقتسمان الثلث بينهما أخماساً، وإذا كان بعض الوصايا أهم من بعض قدم الأهم على الأضعف.

وعلم سابقاً أن الوصية بالزائد عن الثلث تبطل عند المالكية على المشهور ولو أجازها الورثة، وعند الإجازة يعتبر الزائد على الثلث عطاءً جديداً من الورثة، لا تنفيذاً لوصية الميت. فيشترط فيه أن يكون الوارث المجيز أهلاً للتبرع، ولا بد فيه من القبول ولا بد من حياة الموصي له قبل حصول مانع للمجيز<sup>1</sup>.

### المطلب الثالث: المسائل

#### مسألة 1: من يتولى تصريف التركة؟

يتولى إخراج الواجبات، إما وصي المتوفى أو وارثه، فإن لم يكن فالحاكم، وما بقي من التركة بعد هذه الواجبات يبدأ بالوصية إن كان قد أوصى، ثم يوزع الباقي من التركة على الورثة حسب قسمة الله عليهم.

#### مسألة 2: تعيين الوصي أو الوكيل على الوصية:

يستحب أن يعين الموصي شخصاً يتولى جمع تركته، وإخراج الواجب عليه، وتنفيذ وصاياه وأن يتولى شؤون أولاده الصغار، سواء كاف من أقاربه أو من غيرهم، وإن مات ولم يعين وصياً تولى ذلك من شاء من الورثة، فإن تعذر لعدم أهليتهم أو تشاجروا أو لم يكن وارثاً، تولى ذلك الحاكم، وللاب أن يوصي من يشاء على تزويج بناته ويقدم على سائر الأقارب<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> المرجع نفسه ص 104.

<sup>2</sup> - ميادة بنت كامل آل ماضي، الوصية، دار الوطن للنشر، (ص 17).

**مسألة 3: صفة الوكيل أو الوصي:**

وصفة من تستند إليه الوصية أن يكون مسلماً بالغاً عاقلاً، عدلاً رشيداً، سواء كان من أولاد الموصي، أو من أقاربه، أو بعيداً عنه، وإن كان الموصي له عاجزاً أو امرأة ضم إليه من يعينه على التصرف،

**مسألة 4: تصرف الوصي في غير ما وُصي به إليه:**

إذا أوصى الوصي بشيء لم يصر في غيره؛ لأنه استفاد التصرف بالإذن، فكان مقصوراً على ما أذن فيه كالوكيل.

مثال: لو وصاه الوصي بتصرف ثلث المال فلا يكون وصياً في تزويج بناته، وإن أوصاه على رعاية القصار من أولاده وحفظ أموالهم، فلا يكون وصياً في غير ذلك.

**مسألة 5: الوصية بمعين :**

وإن أوصى بمعين ثبت الموصي به عند الموت إذا كان بقدر الثلث فأقل، وإن زاد المعين ثلث المال فلا يثبت للموصي لو إلا قدر الثلث.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - المرجع نفسه، (ص 18).

الخاتمة

### خاتمة:

الحمد لله الذي تتم بنعمته الصالحات ، و الصلاة و السلام على نبيه ماحي الظلمات ، محمد و على اله و صحبه ازكى التحيات و البركات و بعد :

إن للوصية أهمية كبيرة وبالغة في حياة الإنسان وهذا لما تحققه له من فوائد دينية ودنيوية فهي تحقق الكثير للمجتمع و أفراده هذا ما جعل المولى عز وجل قد أوجبها في محكم تنزيله "إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين" سورة البقرة الآية (180) ، وحث عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم في أحاديث كثيرة منها : "أن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم فضعوه حيث شئتم " ، وأخيرا أجمع الفقهاء على صحتها وجوازها ومن ثم إتباع سنة النبي صلى الله عليه وسلم .

وعموما فإن للوصية كما سبق ورأينا خمس أحكام شرعية من الوجوب ، ندب ، إباحة ، كراهة ، حرام وهذا الحكم يتم إسقاطه حسب الحالة ، فالذي يوصي مثلا إلى شيء مخالف لأحكام الشريعة كان يوصي لدور القمار وما إلى ذلك من المحرمات فتصبح حكمها الشرعي حرام ، ما من يوصي ابتغاء مرضاة الله عز وجل مثلا : المساجد فهذا الحكم الشرعي هو مندوب .

وكما أن للبيت أعمدة وأركان يثبت بها ، فإن للوصية أربع أركان لا تصح إلا بها وتتعلم بإنعدام أحدها أو كلها وهي : الموصي وهو الشخص الذي يوصي بجزء من ماله الى الموصى له ويتطلب هذا وجود الموصى به ، والصيغة ، ولكل من هذه الأركان شروط و أحكام تتوقف عليها .

وفي الأخير وقفنا على بعض الأحكام العامة من إثبات وتنفيذ الوصية وشكلها بالإضافة الى تزام الوصايا وكذلك مبطلات الوصية بعض المسائل المتعلقة بها .

ولقد لاحظنا من خلال دراستنا لموضوع الوصية أن المشرع الجزائري قد أحاط بأهمية الوصية من خلال تناوله لها في بعض النصوص التشريعية وبالتحديد في 18 مادة قانونية من 184 إلى 201 من قانون الأسرة ، وبعض نصوص القانون المدني إلا أن هذه الإحاطة يعثرها الكثير من النقص ، فوجدنا أنفسنا في كثير من المرات تلجأ إلى الكتب الأجنبية لاستخراج بعض التعريفات ، والآراء الفقهية وكان على المشرع أن يفرد الوصية بتقنين خاص بها دون اللجوء إلى القانون المدني والقوانين الأجنبية ، هذا فيما يخص النزاع الذي به عنصر وطني ، أما فيما يخص وجود عنصر دولي ، فوجود التقنين يسهل علينا معرفة الضوابط التي تحكمه ، وبالتالي القانون الواجب التطبيق ، وهناك العديد من الدول قد أفردت للوصية قانون خاص مثل القانون المصري . من الأحسن تعديل التعريف الوارد في المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري ، على أن يتم تعريف الوصية بأنها التصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت بطريقة التبرع " ليصبح التعريف شاملا لكل صور الوصية : ما كان منها تمليكا كالوصية لشخص معين وما ليس منها بتمليك كالوصية للمساجد والمؤسسات الخيرية .

# المصادر و المراجع

## قائمة المصادر والمراجع

أولاً : القرآن الكريم

ثانياً : كتب الأحاديث

- صحيح البخاري، كتاب الوصايا ، رقم (1627 /3 1250).
- صحيح البخاري (55 كتاب الوصايا، 2 باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس / ج2/ ص 287).
- صحيح مسلم ،كتاب الوصية، دار المحاسن، القاهرة، مصر، رقم (151/4(5)، 150).
- بن ماجة في سننه، كتاب الوصايا، باب الحث على الوصية، رقم (2701/2(901).
- بن ماجة في سننه، (22 كتاب الوصايا، 5 باب الوصية بالثلث، حديث رقم: 2709.

ثانياً : الكتب و المؤلفات

- ابن الهمام، فتح القدير 342 / 9 الباجي الأندلسي، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث ، المنتقى شرح موطأ مالك 1466 ، دار الكتاب العربي، بيروت، ط الرابعة.ت: ط: 1404هـ - 1984م )
- أبو منصور جمال الدين بن يوسف، مبادئ الوصول إلى علم الأصول ص (137)، ( دار الأضواء، بيروت، لبنان، ط الثانية،ت: ط: 1406هـ - 1986م،
- ابن حجر العسقلاني، سبل السلام، تصنيف، الصنعاني، تعليق الشيخ الألباني، مكتبة المعارف، الرياض، ط 1(1427 هـ -2006م)،
- ابن منظور، لسان العرب مادة (شرط) 329 / 7 .، الفيومي، المصباح المنير، مادة (شرط) 255
- ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير 515-516/3.

- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت، ط الثامنة، تاريخ ط، (1406هـ - 1986م).
- احمد نصر الجندي، الأهدل، شرح قانون الأسرة الجزائري دار الكتب القانونية، دار شتات، مصر، [2009]،
- الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة 318/3 - 321، زيدان، المفصل 391/10.
- الدسوقي، حاشية الدسوقي 4 / 433 - 434، الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة 3 / 321
- الدريد، أحمد محمد، اقرب المسالك المذهب الإمام مالك، (المكتبة الثقافية، بدون)، الماوردي، الحاوي 10/16.
- ابن الهمام ، شرح فتح القدير 361 / 9 .
- الزبيدي ، تاج العروس، المعجم الوسيط
- الحصاص، أحكام القرآن، ج1
- الكساني، البدائع ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ،مصر، المطبعة الأميرية، ط الأولى، ت ط: 1315هـ
- الماوردي، الإنصاف 7 / 203 - 204، البهوتي، كشف القناع 4/345
- الميداني ، الإنصاف 7 / 203 - 204، البهوتي، كشف القناع 4/345
- السرخسي، المبسوط ،، البدائع ، الهداية .
- السريتي عبد الودود محمد، الوصايا والأوقاف والمواريث في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية بيروت
- الرملي، نهاية المحتاج، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان - ط3 [1424هـ - 2003م

- الشاطبي، مباحث العلة في القياس عند الأصوليين ،الموافقات 362
- الشربيني، مغني المحتاج ،،3/52البهوتي، كشاف القناع
- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، (الميراث والوصية)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط.3 [2004م].
- وهبة الزحيلي، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، دار الفكر بدمشق، الطبعة 1 (1987 م) والطبعة 2 (1417 هـ - 1996 م)
- لوعل محمد لمين، الأحكام الإجرائية و الموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة الاجتهاد القضائي ، دار هومة، الجزائر،[611-616م]
- محمد كمال الدين امام، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف في الفقه الإسلامي، د.جابر عبد الهادي سالم
- مصطفى احمد ، عقد البيع، دار القلم بدمشق الطبعة (1420 هـ . 1999 م)
- مصطفى شلبي، الإنصاف 7 / 203 - 204.، البهوتي، كشاف القناع 4/345
- ميادة بنت كامل ال ماضي، ،الوصية ،دار الوطن للنشر
- نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت ( الوصية ، البيع ، الهبة ، الوقف، الكلفة ، الإبراء ، الإقرار، الخلع، الطلاق)، دار هومة للطباعة.
- عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه ص (118)، (دار القلم، ط الثانية عشرة،ت ط:1398هـ
- عبد الحكيم عبد الرخمان اسعد السعيد، مباحث العلة في القياس عند الأصوليين ، (دار البشائر، بيروت، لبنان، ط الأولى، ت ط 1406هـ - 1986).
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968 .

- فشار عطاالله، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري ، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، ط.2 [1429هـ-2008م]

- شيخ نسيمة، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهيئة-الوصية-الوقف) ، دار هومة الجزائر 2012 م.

- تفسير الطبري، تحقيق د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار الهجر، ط1، تاريخ ط (1422هـ - 2001م).

#### المناشير و القوانين :

- الجريدة الرسمية منشور ، العدد 78، السنة 12 الصادرة بتاريخ 30/ 09 /1975 .
- قانون الأسرة، القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ.

#### المذكرات:

- جغبوب محفوظ، الوصية بين الشريعة و القانون ، مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، 2004 .

- محمد علي محمود يحي، أحكام الوصية في الفقه الإسلامي للحصول على درجة الماجستير، بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس . فلسطين .

#### المجلات :

- علاوة بوتغرار ،الوصية تطرح نقائض ، مجلة الموثق، العدد الأول 2001.
- المجلة القضائية، العدد الثاني، 1991، رقم 63219 .

# الفهرس

## فهرس المحتويات :

	إهداء .....
	تشكر .....
1	مقدمة .....
06	المبحث الأول: حقيقة الوصية .....
06	المطلب الأول: تعريف الوصية .....
06	الفرع الأول : تعريف الوصية لغة .....
06	الفرع الثاني : تعريف الوصية اصطلاحا .....
08	المطلب الثاني: أداة مشروعية الوصية و حكمها .....
08	الفرع الأول: أدلة مشروعيتها .....
10	الفرع الثاني: حكم الوصية .....
14	المطلب الثالث: أنواع الوصية .....
14	الفرع الأول: أنواع الوصية في الفقه الإسلامي .....
16	الفرع الثاني: أنواع الوصية في القانون الجزائري .....
19	المبحث الثاني: إنشاء الوصية .....
19	المطلب الأول: أركان الوصية .....
19	الفرع الأول: أركان الوصية في الشريعة .....
25	المطلب الثاني: شروط الوصية ...
25	الفرع الأول: تعريف الشرط لغة و شرعا .....

27	الفرع الثاني: شروط الموصي .....
28	الفرع الثالث: شروط الموصى له .....
30	الفرع الرابع: شروط الموصى به .....
32	الفرع الخامس: شروط الصيغة .....
33	المطلب الثالث: أحكام الوصية .....
34	الفرع الأول: شكل الوصية .
34	الفرع الثاني: إجراءات الوصية .....
40	الفرع الثالث: التصرفات الملحقة بالوصية .....
44	المبحث الثالث: مبطلات الوصية و تزاممها و أهم المسائل فيها .....
44	المطلب الأول : مبطلات الوصية .....
48	المطلب الثاني : تزامم الوصايا .....
48	الفرع الأول : أن يكون التزامم بين حقوق الله تعالى .....
49	الفرع الثاني: أن يكون التزامم بين حقوق العباد .....
50	الفرع الثالث: أن يكون التزامم بين حقوق العباد و حق الله .....
51	المطلب الثالث: المسائل .....
54	خاتمة.....
57	قائمة المراجع .....