الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد بوضياف - المسيلة

كلية الحقـــوق و العلـــــوم السياسية
قسم الحقوق
رقم: .....

ميدان: الحقـــوق و العلـــــوم السياسية
فرع: حقوق
تخصص: أحوال شخصية

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمـــي

إعداد الطالب(ة): مريم غماري

تحت عنوان

التعسف في استعمال حق الوصية في القانون الجزائري

لجنة المناقشة:

د. عتيق موسى	جامعة محمد بوضياف المسيلة	رئيســـا
د. كتاب حياة	جامعة محمد بوضياف المسيلة	مشرفا و مقررا
د. شرفة سامية	جامعة محمد بوضياف المسيلة	مناقشا

السنة الجامعية:2017/2016

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى أبي الغالي الذي لم يبخل عليا يوما بشي

وإلي أعظم أم في العالم التي غرست في قلبي حب العلم
والتعلم منذ نعومة أضافري زودتني بالحب والأمان

إلي رفيق دربي زوجي الغالي سفيان

إلى من أرى بنور عيونه إبني وفلذة كبدي عبدو

إلى أخي الذي أعتبره أبي الثاني محمد، وإلى كل إخوتي جهيدة وزليخة

و حيزية دون أن أنسى الكتكوت يوسف ورحيل

إلى منعلمونا حروفا من ذهب وكلمات من درر وعبارات من أسمى

وأجلى عبارات العلم إلى من صاغوا لنا من علمهم حروفا ومن فكرهم منارة تنير لنا مسيرة العلم والنجاح إلى أساتذتنا الكرام وأخص بالذكر أرقى وأسمى أستاذة "شرفة سامية" التي كانت قدوتنا من دخولي إلى الجامعة إلى أقرب صديقاتي "قارة نعيمة "و سعيد سميرة" وإاى كل طلبة قسم الأحوال الشخصية

شكر وعرفان

لا بد لنا ونحن نخطو خطواتنا الأخيرة في الحياة الجامعية من وقفة نعود رها إلى أعوام قضيناها في رحاب الجامعة مع أساتذتنا الأفاضل الذين قدموا لنا الكثير باذلين بذلك جهودا كبيرة في بناء جيل الغد لتبعث الأمة من جديد ....

وقبل أن نمضي أتقدم بأسمى عبارات الشكر والإمتنان والتقدير والمحبة إلى من حملت أقدس رسالة في الحياة.....إلى مشرفتي وأستاذتي الدكتورة " كتاب حياة "

إلى كل طاقم كلية الحقوق و العلوم السياسية من أساتذة وإداريين وعمال

وأخص بالذكر أستاذي الدكتور مجيدي العربي

مقدمة

الحمد لله رب العرش العظيم خالق السماوات والأرض جاعل الظلمات والنور والصلاة والسلام على أشرف خلق الله وخاتم الأنبياء والمرسلين سيدنا وحبيبنا محمد صلى الله عليه اما بعد:

فإن الشريعة الإسلامية حرصت على بناء مجتمع إسلامي قوي ومتين، وبما أن الأسرة هي الخلية الأساسية لبناء المجتمع أولتها حرصا وإهتماما كبيرا ، ومن بين أهم المسائل التي تعتري الأسرة هي التصرفات المالية بينهم خاصة مسائل الوصايا والمواريث.

ولهذاتعتبر الوصية من أهم التبرعات المالية المضافة إلى ما بعد الموت ، والإنسان بطبيعته شديد الحب للمال غالبا ما يكونما يدفعه لظلم نفسه وللناس فإذا ما تذكر وخاف الهلاك يحاول أن يتدارك الأمر قبل فوات الأوان فيبدو له أن يقدم مساعدات لغير الوارثين من قربائه، ولقد حثنا الشارع الحنيف والسنة النبوية الشريفة على الوصية قبل الموتولقد سميت الوصية وصية لأن الميت يوصي بها ما كان في حياته وبعد مماته ، شرعت الوصية في الكتاب والسنة ففي الكتاب وردت عدة آيات نذكر قوله تعالى: (**ووصىّ بها إبراهيم بنيه ويعقوب يا بنيّ إنّ الله إصطفى لكم الدين فلا تموتنّ إلا و أنتم مسلمون) الآية 132 سورة البقرة.**

وبما أن للوصية أهمية بالغة من الناحية الشرعية والقانونية بإعتبارها سببا من أسباب الملكية في القانون المدني الجزائري في المواد 775 إلى 777 ،وقد نص في أول هذه المواد على أنه : يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية و النصوص القانونية المتعلقة بها .

حقيقة الوصية تتركز على جانبين هامين أولهما ديني بحت وثانيهما قانوني صرف ولهذا يجدر بنا الإحاطة بالموضوع من جانبين ، ونظرا لأهمية الموضوع وكثرة إنتشارها في الحياة العملية قد عالجتها الشريعة الإسلامية ووضعت لها شروط وإحكام تضبطها ، كما تولى القانون هذا الموضوع بالشرح والإجتهاد على أساس العدل و الإنصاف لحفظ نظام

الأسرة والمجتمع وأغلب النظم التشريعية العربية إستمدت نظام الوصية من الشريعة الإسلامية الحنيفة.

والوصية تثبت بإرادة الشخص طبقا لما جاء قي قانون الأسرة الجزائري الكتاب الرابع باب التبرعات من الفصل الأول : من المادة 184 إلى المادة 201.

إلا أن الإنسان قد يتعسف في وصيته بقصد حرمان بعض الورثة أو كلهم مما يؤدي إلى نزاعات مما يطرح إشكالية في تكيف التعسف.

ما مفهوم التعسف في الوصية وما هي صورهوآثاره في قانون الأسرة الجزائري ؟

وهذه الإشكالية تتفرع عنها عدة تساؤلات فرعية :

أ_ماهية التعسف و حكمه .

ب_ماهية الوصية شروطها و أركانها.

ج_ آثار التعسف في الوصية وماهي صوره.

1_أسباب إختيار الموضوع:

_ الرغبة الملحة للبحث في الموضوع خاصة وأني قمت خلال مساري الدراسي ببحث قي الوصية .

- ميولاتي الشخصية للمواضيع المتعلقة بالشريعة الإسلامية والبعد التعبدي للوصية كونها عمل من أعمال الخير .
- الحاجة العلمية والعملية لمثل هذه المواضيع.
- موضوع التعسف في الوصية هو موضوع يجهله الكثير من الناس بصفة عامة .
- عدم توفر بحوث في الموضوع لأن معظمها تناولت موضوع التعسف في الوصية في جزئيات فقط.

منهج البحث: إعتمدت على المنهج الوصفي التحليلي والمقارن بين الفقه وقانون الأسرة محاولتاإبرازِ الآراء الفقهية للمذاهب الأربعة والفقهاء في شرح الوصية والتعسف فيها معتمدة على القانون الجزائري في معالجة الموضوع.

2_أهمية الموضوع :

_ يستمد الموضوع أهميته كون الوصية عمل تعبدي بالدرجة الأولى إذ أنه صدقة جارية ، كما أن للوصية أهداف إجتماعية عديدة .

_ حداثة الدراسات القانونية الجزائرية للموضوع .

_ تمتع الوصية بخاصية تترتب عليها نقل الملكية .

_ كما أن للوصية أهمية بالغة تتجلى في ما تحققه من حرية التصرف في ثلث ماله في حياته لكسب ثواب قي آخرته.

3_أهداف الموضوع :

يمكن تلخيص أهداف الموضوع في النقاط التالية :

- إثبات مشروعية الوصية من الناحية الفقهية والقانونية .
- التعرف على الإيطار القانوني الذي وضعه المشرع الجزائري للوصية والتعسف فيها.
- إبراز أهمية وجود هيكل قانوني يتماشى مع الوصية .

4- الدراسات السابقة:

لا شك أنّ هذه الدراسة سبقتها العديد من الكتابات في هذا الموضوع، ولكن لم تكن بالكثرة التي تتيح لنا الإلمام بجميع جزئيات الموضوع، ومن أهم الدراسات التي إطلعت عليها في موضوع التعسف في إستعمال حق الوصية في القانون الجزائري:

1_ فتحي الدريني، نظرية التعسف في إستعمال الحق في الفقه الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الرابعة، 1988.

2_ لشهب حورية: الوصية في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة2014_2015 .

هذه الدراسة تناولت الوصية في القانون الحزائري فقط ولم تشمل الشريعة الإسلامية.

3_ مروى خضرعباد، التعسف في استعمالحق الحضانة، مذكرة ماجستير، الجامعة الاسلامية،غزة،كلية الشريعة، قسم الفقه المقارن2015.

4_ بلحواربي سعاد، نظرية التعسف في استعمال الحق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق،2014.

5_صعوبات البحث:

اثناء عملية البحث واجهتنا عدة صعوبات لعل اهمها هي قلة المراجع المتخصصة و الكتب التي تهتم بالموضوع خاصة الجانب القانوني بالاضاقة إلىأن الدراسات الاكاديمية حول الموضوع تناولت هذا الموضوع بجزئيات فقط و تذليلا لهذه الصعوبات إعتمدت جملة من المراجع قدر المستطاع للإلمام بجوانب الموضوع.

6_خطة البحث :

وللإجابة عن الإشكالية السابقة أتناولت هذا البحث في فصلين ، الفصل الأول مخصصةللطبيعة القانونية والفقهية للتعسف والوصية مبرز في المبحث الأول مفهوم التعسف وحكمه والمبحث الثاني نتناول فيه مفهوم الوصية الشرعية والقانونية ومشروعيتها وبيان أنواعها.

و أما في الفصل الثاني نخصصهللتعسف في حق الوصية أحكامها وآثارها حيث كان المبحث الأول إثبات الوصية وآثر التعسف فيها أما في المبحث الثاني فتناولنا أحكام التعسف والصورالمضارة فيه .

الفصل الأول:

الطبيعة القانونية والفقهية للتعسف في استعمال حق الوصية

الفصل الأول:

الطبيعة القانونية والفقهية للتعسف في استعمال حق الوصية

تعتبر الوصية الحق الثابت بعد موت غير المتوفى، والتي يتم إستخراجها قهرا على الورثة ما دامت في الحدود الشرعية من التركة بعد إستيفاء الحقوق المتعلة بالتركة وهي ديون الله تعالى كالحج والزكاة والكفارات والنذور والديون التي تركها، وتجهيز الدفن وتنفيذ الوصايا وأخيرا الميراث.

كما أن الوصية سبب من أسباب نقل الملكية في الإسلام، جاء نظام مرتبطا بالمواريث إذ أن كلاهما يرد على مال الشخص بعد وفاته، فكل منهما خلافة يخلف فيها الوارث مورثه في تركته، والموصي فيها أوصى به، وان كانت الأولى إجبارية بحكم الشارع فلا دخل للمورث ولا للوارث فيها ، أما الثانية فهي إختيارية تثبت بإرادة الموصي ومشيئته،

أتناول في هذا الفصل المباحث التالية:

المبحث الأول: التعريف بالتعسف وحكمه.

المبحث الثاني: التعريف بالوصية وحكمها.

المبحث الثالث: حكمة تشريع الوصية.

المبحث الأول: التعريف بالتعسف وحكمه.

نتناول في هذا المبحث تعريف التعسف في اللغة والفقه ثم نتكلم عن التعسف في القانون، محاولين في الأخير إبراز حكمه.

المطلب الأول: التعسف لغة واصطلاحا.

الفرع الأول: التعسف لغة:

التعسف بفتح التاء وضم السين مأخوذة من العسف، والعسف لغة له اطلاقات متعددة

أ-الظلم: يقال عسف فلان فلان إذا ظلمه، وعسف السلطان واعتسف أي ظلم، والعسوف هو الظلوم.

ب-السير على غير الهدى، وركوب الأمر على غير تدبير، يقال عسف الطريق أي مال وسار على غير هداية، ولا توخي الصواب، ومنها الحيرة ولا توخي الصواب، ومنها الحيرة وقلة البصيرة.

ت-الإشراف على الموت، يقال عسف البعير عسفا إذا أشرف على الموت.

ومن خلال ما سبق يتضح لنا أن المقصود الأقرب لموضوع الدراسة هما المعنيين الأول والثاني.

وأن التعسف يأتي بمعنى الظلم، وأنه السير على غير هداية وبقلة بصيرة مما سيوقع غالبا في الظلم أو الحيرة.

فيكون المقصود من التعسف في اللغة الظلم الذي يأتي من السير على غير هداية بعيدا عن الصواب والتدبير[1]

[1] _ الفراهيدي ، العين (399 /1) ، الأزدري، جمهرة ، اللغة (840/2) الجوهري الصحاح ، تاج الفرابي (4/1403) ، معجم ديوان العرب (173/2) الراالزبيدي، تاح العروس (24/ 957) مجمل اللغة (1667) ، الرازي مقاييس اللغة (4/311) ، ابن منظور ، لسان العرب (9/245)

الفرع الثاني : التعسف اصطلاحا:

1- التعسف عند الفقهاء القدامى:

لم يتناول الفقهاء والأصوليون المتقدمون اصطلاح التعسف، إنما هو مفهوم معاصر، وهذا لا يعني أن الفقهاء القدامى لم يعرفوا هذا المصطلح، وإنما تحدثوا عنه بمصطلحات أخرى فكان يعرف بالمضارة، والإضرار، والتعنت، والعمل غير المشروع [1]، ونجد أن الفقهاء القدامى قد تطرقوا إلى مضمون نظرية التعسف دون تسميتها .

2- التعسف عند الفقهاء المعاصرين:

تعددت عبارات الفقهاء المعاصرين في الدلالة على معنى التعسف فمنه ما عرفه الدكتور فتحي الدريني بأنه : "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون به شرعا بحسب الأصل". [2]

ويقصد بمناقضة قصد الشارع أي مخالفته ومضادة ما أراده وعناه الله سبحانه وتعالى ومن تشريع تصرف ما، أو حق معين من خلال استعمال المكلف للحق على نحو يخالف الغاية التي شرع من أجلها وهي المصلحة المشروعة، أو على نحو يلحق الضرر بالغير، وهذه المناقضة تأخذ صورتين .[3]

أولهما المناقضة المقصودة: وهي التي يستعمل فيها المكلف حقه لمجرد الإضرار، أو لتحقيق مصلحة معينة غير مشروعة، ومثال ذلك الرجل الذي يهب ماله صوريا عند اقتراب حولان هروبا من أداء فريضة الزكاة فيها، فالناظر يجد أن الهبة مشروعة في أصلها والامتناع عن أداء الزكاة محرم في أصله، فالشارع هنا أباح للمكلف الهبة، ولكن غايته هنا من هبة ماله عمل غير مشروع فهو تذرع بما ظاهره الجواز لمنع الزكاة فيكون الشخص استخدم حقه في الهبة متعسفا لا بل عدم إخراج الزكاة .[4]

1_ السرخسي ، أصول السرخسي (70/2)، اليزودي ، كشف الاسرار (212/2)، الشاطبي ، المرفقات (141/3)، (182/5) 17

2- .دفتحي الدريني ، نظرية النعسف في إستعمال الحق في الفقه الإسلامي ، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط4 ، 1988 ص86

3_ المرجع نفسه .ص87

4- المرجع نفسه، ص87.

وفي هذا يقول الدريني :" فكلا الأمرين واضح في المفسدة أو المصلحة، فإذا جمع بينهما على هذا القصد صار مثال الهبة المنع من أداء الزكاة وهو مفسدة[1]".

أما الصورة الثانية فهي المناقضة غير المقصودة: وهي أن تأتي مآلات الأفعال ونتائجها أي المقصد من الفعل وثمرته يأتي على صورة تخالف الأصل من تشريع الحق، ومآل الحق إما جلب المصلحة أو درء مفسدة، وخير مثال على ذلك احتكار البالغ للسلع التي تكون الناس بحاجتها فالبائع بهذا الفعل يحقق لنفسه مصلحة وهي زيادة أرباحه، ولكن في المقابل يجلب الضرر بالجماعة مع ما فيه من مصلحة للبائع نفسه في التصرف : عبر هنا بالتصرف وذلك لأن التصرف أعم من الحق، فالتصرف يشمل الحقوق وغيرها من الأمور المباحة [(2)] . وهو يشمل أيضا التصرف القولي مثل إنشاء العقود دوما وما يترتب عنها من حقوق وواجبات، والتصرف الفعلي وذلك من خلال استعمال حق معين كحق الملكية أو الحقوق الأسرة.

ويعتبر هذا التصرف مأذون به شرعا بحسب الأصل أن التصرف مصدره المشرع، وهو مشروع بذاته [(3)] وأصله بناءا على قاعدة أن "الأصل في المعاملات الحل" .

أم الإتيان بفعل غير مسموح به شرعا فهو لا يعد من قبيل التعسف وإنما تجاوز وتعدي.

ومن خلال كل هذا يتضح لنا أن التعسف في استعمال الحق يأتي من القيام بتصرف أصله مشروع، سواء كان هذا التصرف قوليا أو فعليا، ولكن استعمال الحق لغاية أو لهدف غير مشروع يسمى تعسفا أو مناقضة مصلحة بقصد الإضرار بالغير أو أن تكون ثمرة الفعل وعاقبته تخلق ضررا بالغير.

وقد عرف الدكتور أبو سنة التعسف "بأنه تصرف الإنسان في حقه تصرفا غير معتاد شرعا".[(1)]

---

[1]_ د. فتحي الدريني، المرجع السابق، ص89.

[2]- مروى خضر عباد ، التعسف في استعمال حق الحضانة ، أطروحة ، ماجستير ، الجامعية الاسلامية غزة، تلبية الشريعة والقانون ، قسم الفقه المقارن 2015- ص 18.

[3]- القحطاني ، مجموعة الفوائد البهية ، ص 75 .

نستخلص من هذا التعريف أن التعسف تصرف الشخص في حقه تصرفا غير معتاد والأصل في المسؤولية في استعمال الحق، أن يكون التصرف في نطاق المعتاد شرعا أي ضمن الحدود الشرعية، ولا يسأل الإنسان حينئذ عما يترتب على هذا التصرف من ضرر وأما في حالة تصرف الإنسان في ملكه تصرفا شرعيا فحينها يكون هو المسؤول عن هذا التصرف أي متعسفا في استعماله لحقه.

ومثال ذلك: كما لو أحرق جزء من حصاده في أرض مستأجرة فاحترق بذلك شيء لجاره لم يضمن، لأنه تصرف في حقه تصرفا معتادا، وإن كانت الرياح مضطربة عند الإحراق فأحرقت شيء غيره ضمن لأنه يعلم أن النار لا تستقر فكان مستعملا حقه استعمالا غير معتاد، أي كان متعديا.[2]

وهنا نستنتج أن تصرف الإنسان هو مدار تعريف أبو سنة وكونه في حدود المعتاد أو لا، فإذا كان التصرف في حدود المعتاد أو لحق الضرر بغيره، فهذا لا يعد تعسفا في نظره وهذا هو المعيار الذي نضبط به الفعل إذا كان تعسفا أو لا .

وكون أن التصرف معتادا فهو معيار غير دقيق، ذلك أنه لا يمثل كل حالات التعسف، لأن الشخص يستطيع التصرف في ملكه تصرفا معتادا ومع ذلك قد يلحق الضرر بغيره والعكس صحيح فقد يتصرف تصرفا غير معتاد ومع ذلك يحقق مصلحة لغيره وبهذا يكون التعريف غير جامع.

ويؤخذ على هذا التعريف أن التعسف في بعض صوره لا يتعلق فقط بالاستعمال المعتاد بل أيضا يشمل المال المعتاد وغير المعتاد، كما سبق ذكره في صور المناقضة في شرح التعريف وهكذا يكون هذا التعريف غير جامع أيضا.

التعريف الراجح: من خلال النظر إلى التعريفين السابقين نجد تعريف الدريني للتعسف بأنه :"مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون به شرعا بحسب الأصل، وذلك لأنه :

1- وضع معيار دقيق لضبط كون الفعل تعسفا، وهو مناقضة قصد الشرع.

---

[1]- بحث منشور بعنوان نظرية التعسف في استعمال الحق فهمي أبو سنة

[2]- مروى خضر عباد ، المرجع السابق ، ص19.

2- أنه بهذا الضابط أو المعيار يكون ملما لحالات التعسف التي قد يكون باستعمال الحق مباشرة أو بمآل هذا التصرف. [1]

ومن كل هذا يتبين لنا أن التعسف هو أن يستعمل الإنسان حقه على وجه غير مشروع، والفرق بينه وبين استعمال الإنسان لما ليس من حقه هو أن التعسف في استعمال الحق مزاولة الإنسان لحقه لكن بطريقة غير مشروعة، وأما استعمال الإنسان لما ليس من حقه فهو مزاولة لما ليس من حقه من أول الأمر.

التعريف القانوني للتعسف:

إهتم القانون المدني الجزائري بنظرية التعسف في استعمال الحق وجعلها نظرية عامة مستقلة على نظام المسؤولية التقصيرية، وخصص لها نص م 124 من القانون المدني التي جاءت صياغتها عامة مما يجعلها تنطبق على جميع نواحي القانون دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل المستحق للتعويض.[2]

على أن عموم النظرية لا يتنافى في الحقيقة مع إدخالها في نطاق المسؤولية التقصيرية، أو اعتبارها تطبيقا لها، وبجانب النص على المبدأ العام في التعسف في استعمال الحق فإن المشرع الجزائري أورد في هذا القانون نصوص أخرى بصدد بعض التطبيقات الخاصة بهذه النظرية.

المطلب الثاني: حكم التعسف:

الفرع الأول: الحكم الفقهي:

التعسف في استعمال الحق لا يجوز في الشريعة الإسلامية فقد قامت على ذلك براهين متعددة في الكتاب والسنة والشريعة، فأما من الكتاب فمنه قول الله تعالى :**(وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضررا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه) الآية 231 سورة البقرة.**

[1]- فتحي الدريني، المرجع السابقن ص90.
[2]- بلحاج العربي ، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه ، ديوان المطبوعات ، الجامعية 1996 ص 22.

فقد أمر الله سبحانه وتعالى الرجال إذا طلق أحدهم المرأة طلاقا رجعيا يحق لها فيه أن يراجعها، أن يتصرف تصرفا حسنا فيما يتصل بأمر المرأة، إذا انقضت عدتها ولم يبقى منها إلا مقدار ما يمكنه فيه أن يراجعها، فإما أن يمسكها أي يراجعها إلى عصمته بمعروف بأن ينوي أن يعاشرها بمعروف، أو يسرحها أي يتركها حتى تنقضي عدتها ويخرجها من منزله بطريقة حسنة من غير شقاق بينهما ولا مخاصمة ولا ارتكاب الأمر القبيحة.[1]

وقد كان الرجل قبل نزول الآية الكريمة كما قال العلماء يطلق المرأة فإذا قاربت انقضاء العدة أرجعها الزوج إلى عصمته وهو غير محتاج لمراجعتها وهذا ما يعد تعسفا لأنه يريد الإضرار بها حتى لا تتزوج غيره ثم يطلقا الرجل بعد ذلك، فتدخل في عدة جديدة وهي عدة المرأة الواجبة عليها بعد الطلاق، فإذا اقتربت أن تنتهي طلقها مرة أخرى حتى تبدأ عدة أخرى فتطول عليها العدة فتنتظر مدة طويلة قبل أن يصح لها أن تتزوج غيره، فنهاهم الله عن ذلك وتوعدهم بقوله :"**ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه**".[2]

أي ظلم نفسه بمخالفته أمر الله تعالى، لأنه بهذا يعرض نفسه للعقاب من الله سبحانه وتعالى.

ووجه الاستدلال بهذه الآية الكريمة على حرمة التعسف في استعمال الحق، أن رجعة الزوجة حق من الحقوق التي يملكها الزوج على زوجته ما دامت في عدتها من طلاق رجعي.

وقد دعا الله تبارك وتعالى إلى أن يستعمل الزوج حقه في ذلك استعمالا مشروعا، وهو أن يمسكها في عصمته إذا كان ذلك مصحوبا بالمعاشرة الحسنة ونهى الله عز وجل أن يستعمل الرجل حقه في ذلك بصورة غير مشروعة.[3]

1-**الدليل من الكتاب**: ومن آياته الدالة على تحريم التعسف في إستعمال الحق قوله تعالى: "**من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار وصية من الله**" الآية 12 سورة

[1]- د محمد رأفت عثمان ، التعسف في استعمال الحقوق في الشريعة الاسلامية والقانون ، العدد الاول ص 4.
[2] الآية 231 سورة البقرة .
[3]- د. محمد رأفت عثمان ، التعسف في استعمال الحقوق في الشريعة الاسلامية المرجع السابق ص 5.

النساء. ومعنى ذلك يجب أن تكون وصية الإنسان محققة للعدل لا أن تكون قد حصلت للإضرار والجور والحيف، كأن يوصي الشخص بحرمان بعض الورثة أو كلهم، أو ينقض من حقهم في الميراث عن طريق الوصية، أو يزيد حق المقدار الذي قدره الله تعالى للوصية.

ووجه الاستدلال من هذه الآية تحريم التعسف في استعمال الحق، فالوصية مع أنها حق الموروث فإنه لا يجوز أن يستعملها في وجه غير مشروع، كأن يوصي ببعض ما له في وجه وجود الخير في حدود ثلث التركة، ولا يجوز له استعمال هذا الحق بطريقة غير مشروعة، كأن يوصي بزيادة غير مشروعة لبعض الورثة عن باقيهم، أو يحرم البعض مما له من ميراث أو ينقصه عنه، أو يقر بدين غير حقيقي ليضر بالورثة.

فمثل هذه الوصية التي يتحقق فيها ضرر للورثة ممنوعا منها وهي إساءة لاستعمال حقه في الوصية [1].

2- **الدليل من السنة**:

وأما الدليل من السنة النبوية الشريفة على تحريم التعسف في استعمال الحق، فمنها ما روي عن عبد اله بن مسعود قال:" **لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المحلل والمحلل له**" رواه أحمد والنسائي والترمذي وصححه الترمذي.

وانطلاقا من التعاريف المذكورة سابقا اتضح لنا بأن التعسف يعني المناقضة سواء كانت مقصودة أو غير مقصودة أي أن إلحاق الضرر بالغير مقصود ومباشر أو غير مقصود وهي التي تكون فيها مآل الفعل ملحقا للضرر بالغير دون قصد الضرر المباشر ولهذا فعند الحديث عن التعسف لا بد من الحكم على هاتين الحالتين:

- المتمثلة في قصد الإضرار المباشر.
- المتمثلة في قص الإضرار غير المباشر.

[1] _ محمد رأفت عثمان ، التعسف في إستعمال الحقوق ، المرجع السابق ،ًص5.

الفرع الثاني: حكم التعسف

أ- حكم التعسف في الإضرار المباشر بالغير:

الحكم المباشر: هو التي تكون فيه الغاية من استعمال الحق الإضرار المحض وإيقاع الإيذاء بالآخرين .[1]، وهو ما يكون فيه الضرر متحقق الوقوع أو يغلب الظن على وقوع الضرر فيه ومعلوم أن الضرر في الشريعة الإسلامية ممنوع ومنهى عنه، والقاعدة الشرعية الثابتة بالنص النبوي تقر أنه لا ضرر ولا ضرار، قال الرسول صلى الله عليه وسلم :"**لا ضرر ولا ضرار**" . فإذا كان القصد من الفعل مجرد الإضرار بالغير فإن الأمر ممنوع شرعا، وذلك لثبوت قصد الإضرار وهذا ثابت من القرآن والسنة النبوية الشريفة.

فالشارع أباح تعاطي الأسباب لمن يقصد الإصلاح دون الإضرار فينهي الشارع الزوج أن يستعمل حق المراجعة لغرض الإضرار بالزوجة، وهنا نجد بأن أي فعل مشروع لا تحل مباشرته إذا قصد به قصدا غير شرعي لأن رجوع الزوجة هو حق من حقوق الزوج ولكن لا يستطيع أن يراجعها بقصد الإضرار بها، وبهذا تكون الآية الكريمة دليلا على عدم جواز التعسف في استعمال الحق وأصلا من أصول النظرية.[2]

ولقول الله عز وجلَ:{ **من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار وصية من الله والله عليم حكيم**" .**الآية 12 سورة النساء**

والمقصود هنا في قوله تعالى: **(غير مضار)** نهي أن يقصد الموصي من وصيته الإضرار بالورثة منه ما حدده الشرع، وهو أن يتجاوز الموصي بوصيته ثلث ماله وقد حدده النبي صلى الله عليه وسلم بقوله :"**الثلث والثلث كثير**" ومنه ما يحصل بقصد الموصي بوصيته الإضرار بالوارث ولا يقصد القربة بوصيته، وإذا كانت نية الموصي وقصده الإضرار بالوارث ولا يقصد القربة بصيته ولما كانت نية الموصي وقصده الإضرار لا يطلع عليه فهو موكول لدينه وخشية ربه .[3]

[1]- عبير خضر عباد- التعسف في استعمال حق الحضانة ، ص 20.
[2]_عبير خضر عباد. المرجع نفسه ، ص22
[3]- عبير خضر عياد، المرجع نفسه ص 22.

المبحث الثاني: التعريف بالوصية وحكمها.

سنتناول في هذا المبحث تعريف الوصية وحكمها كما سنذكر أنواعها.

المطلب الأول: تعريف الوصية لغة واصطلاحا :

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

الفرع الأول: التعريف اللغوي:

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

وهي من وصيت الشيء إذا وصيته، ويقال أرض واصيه أي : متصلة البنات. [1]، وأوصاه ووصاه توصية: عهد إليه، والإسم : الوصاية بالكسر والفتح لغة : وهو الموصي على وزن فعل والجمع أوصياء، وأوصية إليه بمال جعلته له.[2]

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

ومما ذكر تبين أن الوصية تطلق في اللغة على فعل الموصي وهو: الإيصاء كما تطبق على ما يوصي به الإنسان من مال غيره، وهو الوصية بمعنى أن اللغويين لم يقفوا في معنى الوصية بين الوصية والإيصاء في الشريعة الإسلامية فرقوا بين الوصية والإيصاء، فجعلوا لفظ الوصية يدل على التمليك المضاف إلى ما بعد الموت، ولفظ الإيصاء يدل على جعل الغير وصيا على من يلي أمره بعد وفاته.[3]

---

[1]- لسان العرب، إبن منظور، دار الفكر لبنان ، ط2، 2002 ص 1403.

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

[3]- علاء الدين الكساني بن مسعود الحنفي ، المرجع السابق، ص340.

الفرع الثاني: التعريف الإصطلاحي:

تعتبر الوصية في الاصطلاح : هبة الإنسان غيره عينا أو دينا أو منفعة على أن يمتلك الموصى له الهبة بعد موت الموصي، وقيل هي عهد خاص مضاف إلى ما بعد الموت، يوجب حقا في التركة لمجرد وفاة أو هي : ما أوجبه الموصي في ماله تطوعا بعد موته أو في مرضه الذي مات فيه. [1]

وأما معناها في اصطلاح الفقهاء تفصيل المذاهب:

الحنفية: [2] قالوا: الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع فقوله: تمليك يشمل العقود التي تنقل ملكيتها كالبيع والهبة وغيرها، وقوله مضاف لما بعد الموت يخرج ما عدا الوصية، وقوله بطريق التبرع يخرج الإقرار بالدين فلو أقر في حياته بدين آخر ثم مات كان ذلك الإقرار تمليكا للدين بعد الموت.

وقد يقال إن الإقرار بالدين ليس تمليكا وإنما هو إظهار لما في ذمته فهو خارج بتمليكه وعلى هذا فلا حاجة إلى قيد بطريق التبرع، ولا فرق في الموصي به بين أن يكون عينا أو منفعة، ولا يشترط أن يضيف الوصية إلى الموت لفظا فلو قال أوصيت بكذا ولم يقل بعد موتي صح حتى ولو لم يصرح بالوصية بل ذكر على الوصية كقول لفلان ألف قرش من ثلثي مالي أو أربعة فتصح إلا إذا ذكرت الوصية.

أما المالكية[3]: فقالوا : الوصية في عرف الفقهاء عقد يوجب حقا في ثلث مال عاقده يلزم بينه أو يوجب نيابة عنه بعده ، ومعنى التعريف أن عقد الوصية يترتب عليه أحد الأمرين:

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

---

[1]- سيد سابق فقه السنة، مؤسس الرسالة، المجلد الثالث، ط1، بيروت، لبنان، ط.2002، ص318 .

[2]- عبد الرحمان بن محمد عوض الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار ابن حزم، لبنان، جزء 1، ط2001، ص789.

[3]- عبد الرحمان بن محمد الجزري كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار بن جزم، لبنان، ج1، ط2002، ص789.

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

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

الشافعية: [1] قالوا: هي تبرع بحق مضاف بالتصرف بعد الموت سواء إضافة لفظا أو لا قال أوصيت لزيد بكذا كان معناه بعد الموت.

الحنابلة: [2]: قالوا: الوصية هي الأمر بالتصرف بعد الموت كأن يوصي شخصا بأن يقوم على أولاده الصغار أو يفرق ثلث ماله ونحو ذلك.

وهذا تعريف الوصية بمعنى الإيصاء أي إقامة الوصي، وأما تعريفها بمعنى إعطاء الغير جزء من المال فهو أن يقال الوصية بعد الموت.

الفرع الثالث: **التعريف القانوني**:

تعد الوصية من أهم التصرفات القانونية الكثيرة الانتشار في الحياة العملية باعتبارها من أهم التبرعات بالأموال بعد الموت، لذا نجد أن القانون الجزائري الصادر في 9 جوان 1984[3] قد عالج ونظم أحكامها ووضع شروطها في المواد 184 إلى 201، المشرع الجزائري لم يعرف الوصية تعريفا جامعا مانعا فهو لا يشمل الإسقاطات كالإبرام وهذا من قول النص "بطريق التبرع"

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

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

---

[1]- المرجع نفسه.
[2]- المرجع نفسه.
[3]- القانون رقم 11/84 المنشور بالجريدة الرسمية، الصادرة في 12 جوان 1984.

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

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

المطلب الثاني: حكمة تشريع الوصية وحكمها

الفرع الأول: الحكمة من تشريع الوصية.

ان الحكمة من تشريع الوصية مراعاة الصالح العام للمسلمين في تشريعاته المتنوعة فالتشريع الاسلامي يهدف الى جلب كل ما تحققت فائدته ودرء كل ما تحققت مفسدته.

ومن بين هذه التشريعات تشريع الوصية لشدة حاجة الناس اليها للزيادة في حسناتهم بعد الموت

لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : "**ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في اعمالكم**". أخرجه أحمد والبراز من حديث أفي الدرداء وإبن ماجه من حديث أبي هريرة.

فالإنسان في هذه الحياة مجبول على حب المال والحرص عليه ، ولهذا فانه يعتريه التقصير والغفلة في اداء واجباته والتزاماته وقد تفوته اعمال الخير والبر بالناس ثم عندما يكبر او عندما يحس انه اقترب من الموت يثبت رشده ويبدو له ما قصر فيه فيجد تشريع الوصية بغية ليعوض هذا التقصير سواء كان في جانب نفسه او غيره.

فأجيز هذا التصرف جزء من المال في حدود الثلث ومازاد عن الثلث يجيزه الورثة

يكون زيادة في الحسنات ، ومن حكمة هذا التشريع مايلي :

1_إسداء البر والصلة لبعض اقارب الموصي غير الوارثين ودفع الفاقه والفقر والحاجة عنهم[1].

[1] _ أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون ، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص108.

2- المساهمة في بعض المشاريع الخيرية التي تخدم الأمة الاسلامية .

3- مساعدة الفقراء والمساكين من أبناء الأمة وإزالة اسباب الحقد في نفوسهم.

4- مكافاة من أسدى إليه في حياته معروفا[1] .

هذه البعض من الحكمة من تشريع الوصية وقد حرص الاسلام على حق الورثة فلم يجز الوصية بأكثر من الثلث .

الفرع الثاني: حكم الوصية:

يقصد بحكم الوصية صفة التصرف الشرعية من حيث كون مطلوب الفعل أو الترك أو التخيير بينهما وهو حكم تكليفي، لقد اختلف الفقهاء في تحديد نوع الحكم التكليفي للوصية، فمنهم من قال أنها واجبة ومنهم من قال أنها مندوبة في الأصل، إلا أنها يطرأ عليها الوجوب لمعنى آخر

أولاً: ذهب الظاهرية[2] إلى أن الوصية واجبة على كل من ترك مال واستندوا في رأيهم بأدلة من الكتاب والسنة .

أ- الدليل من الكتاب: قوله تعالى: (**كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ فَمَن بَدَّلَهُ بَعْدَمَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ**) الآية 181 **سورة البقرة** .

إن الله عز وجل أوجب الميراث في كل من ما علم به ماله أو لم يعلم وقدم الوصية والدين على المواريث بين مبطل بلا دليل، يبطل الوصية ما قصد الله به ونهى عنه فقط

ب- الدليل من السنة: ما رواه عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: "**ماحق امرأ مسلم له شيء يوصي يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة**"[3].

[1] _ أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة ، الطبعة الأولى، دا رالثقافة للنشر والتوزيع، 2009 ، عمان_ الأردن، ص 108.

[2] _ الطريقة الظاهرية معروفة وهي التي يسير عليها داود بن علي الظاهري وأبو محمد ابن حزم ومن يقول بقولهما ومعناها الأخذ بظاهر النصوص وعدم النظر في التعليل والقياس.

[3] _ صحيح البخاري ، المجلد الثاني ، دار الحديث المصري 2004 ، ص261.

- ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الوصية ليست واجبة على كل من ترك مالاً ولا للوالدين وانما هي مستحبة ومندوبة واستندوا في رأيهم على ما يلي:

1- قالو: لو كانت واجبة لم تترك إلى إرادة الموصي كما في الحديث، كما أن الرسول صلى الله عليه وسلم مات ولم يوصي بشيء

2- إن أكثر صحابة الرسول صلى الله عليه وسلم لم ينقل عنهم الوصية.

قال ابن عبد البر: اجتمعوا على أن الوصية غير واجبة إلا من عليه حقوق غير بينة أو أمانة بغير اشهاد وهاذا ما قصده جمهور الفقهاء بقولهم: وقد يطرأ عليها الوجود بمعنى آخر يقتضي الوجود كما لو كان عليه دين أو عنده وديعة أو عليه واجب لا يمكن ايصال الحق لصاحبه ولا سبيل لتحلله من الواجب الذي عليه إلا عن طريق الوصية فأنها تجب عليه في هذه الحالة.

ومن خلال تتبعنا لأحكام الوصية في الكتب الفقهية عند جماهير الفقهاء ، يتبين لنا أن الوصية من حيث أثارها الشرعية أي كونها ملزمة للفعل أو الترك والتخيير بينهما يعتبر أنواع الحكم التكليفي الخمسة، أن يكون مختاراً لأن المكره مضطرا وهو يقوم بها بغير ارادته وهذا مبطل للعقد، ولأن الشرط في العقود الرضائية ضروري ولكن جوازه بعد زوال الاكراه صحيح.

المطلب الثالث: أنواع الوصية.

سنتناول في هذا المطلب أنواع الوصية من خلال أحكامها الشرعية كالوجوب والاباحة والاكراه والتحريم.

الفرع الأول: الوصية الواجبة.

يقال عن هذه الوصية واجبة إذا كان لم يقم بحقوق الله تعالى في حياته مثل الزكاة أو الدين المكتوب أو كان عنده وديعة أو وديع لا يعلم بها أحد سواه فإذا كان حق من هذه الحقوق ولم يوجد هناك سبيل للوفاء بها إلا عن طريق الوصية فهنا تصبح في هذه الحالة

واجبة أي أن أداء الحق فيها واجب لأن ما يؤدي إليه يكون واجب وإن مات الشخص ولم يوصي كان آثماً ومستحقاً للعقاب [1].

ومن أمثلة الوصية الواجبة الوصية للأولاد الذين مات أبوهم قبل موت الجد فيجب أن يوصي لهم بمقدار ما كان يرثه أبوهم لو كان حياً (مواد 169_ 172 قانون الأسرة)

[1] _ بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة ، الجزء الثاني ، الطبعة الثالثة ، سنة 2004، ص 238..

الفرع الثاني: الوصية المستحبة والمباحة.

أولاً: الوصية المستحبة: نقول أن الوصية المستحبة إذا كانت لجهة من جهات الخير والبر كالوصية للمساجد والمستشفيات لأن السبب في ذلك شرعي ولأن العبد قد رغب في فعل الخير، بمعنى أن الوصية لجهة الخير والبر داخلة في العموم[1].

ثانياً: الوصية المباحة: وهي الوصية لغير المحتاج التي لا يقصد بها معصية وحكمها لا ثواب على فعلها ولا عقاب على تركها لأن فعلها وتركها سواء، مثل الوصية لصديق أو لغني لم يوصف بالعلم أو الصلاح أو الحاجة.

الفرع الثالث: الوصية المحرمة أو المكروهة:

أولاً: الوصية المكروهة: نقول عن الوصية المكروهة هي الوصية التي كره الشارع فعل الإيصاء لموصي له فاسق و الايصاء ضرب القبة على القبر ، ومن الوصاية المكروهة عند المالكية والحنابلة وصية صاحب المال القليل الذي له ورثة كثيرون محتاجون فمن الأفضل أن لا يوصي لقوله صلى الله عليه وسلم: **(إنك لا تدع ورثتك أغنياء خير أن تدعهم عالة يتكففون في الناس) رواه البخاري.**

ثانياً: الوصية المحرمة: نقول عن الوصية أنها حرام إذا كانت مضرة بالورثة استناداً لقوله تعالى: **(مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم مِّن بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِن كَانُوا أَكْثَرَ مِن ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ) الآية 12 سورة النساء.**

كذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم: (**الإضرار بالوصية من الكبائر)** رواه الدارقطني في سننه.

[1] _ بلحاج العربي ، المرجع نفسه ، ص238.

وكذا تكون الوصية محرمة إذا كانت في معصية كالوصية لإنشاء نادي الخمر ولعب الميسر، ومشروعات مؤذية للأخلاق العامة لأنها حينئذ تؤدي إلى الحرام وما يؤدي الى الحرام يكون حراماً مستحقاً للعقاب، ويكون الاضرار إذا قصد الموصي من خلال ايصائه حرمان الورثة من بعض ماله أو كله بعد موته[1].

[1]_ بالحاج العربي ، المرجع السابق ، ص239.

الفصل الثاني:

إثبات الوصية وآثار التعسف فيها.

تعتبر الوصية من أهم التبرعات المالية بالأموال والتي حثنا عليها الشرع والقانون وفق أركان موضوعية واخرى وإجرائية، ومن بين هذه الأركان الصيغة والموصى له والموصى به، كما لا تجوز الوصية إلا بتوفر شروط تتعلق بالموصى به والموصى له وضروط خاصة بنفاذ الوصية، أما كيفية اثباتها فهي تخضع لأحكام القانون وهوما سنتطرق اليه، كما سنتناول التعسف في الوصية من حيث الآثار وأحكامه مبينين صور المضارة فيه.

و لهذا قسمت الفصل الثاني كالتالي:

المبحث الأول: إثبات الوصية واثار التعسف فيها واحكامها.

المبحث الثاني: أحكام التعسف في استعمال حق الوصية وصوره.

المبحث الاول : إثبات الوصية و أثار التعسف في استعمالها:

سنتناول في هذا المبحث اثبات الوصية مبرزين اثار التعسف ومعاييره، كما سنذكر احكام التعسف في استعمال حق الوصية اتجاه الموصى والموصى له ومحيطه.

المطلب الأول: إثبات الوصية.

من المتفق عليه في الشريعة الاسلامية (الرضائية في العقود والتصرفات عامة وبما أن الوصية تعتبر تصرف قانوني ينشأ بإرادة منفردة هي إرادة الموصي يمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات كالكتابة والشهادة والشهود ... الخ)[1].

ولقد حث الشارع الاسلامي على كتابتها للاحتياط ولتيسير إثباتها، فعن ابن عمر أن الرسول صلى الله عليه وسلم: (**ماحق أمرأ مسلم له شيء يوصي به يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة**[2]) وهذا إن دل على شيء فهو يدل على مدى حرص الإنسان على كتابة الوصية فلقد قال الشافعي في معنى الحديث هذا أي الحزم والاحتياط

أما بالنسبة للجانب القانوني فلقد جاء في قانون الأسرة الجزائري في مسألة إثبات الوصية في المادة 191 ولم يجعل لها إلا طريقتين للإثبات:

- إما بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك
- وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم قضائي ويؤشر على الهامش أصل الملكية حسب نص المادة 191 من قانون الأسرة الجزائري الفقرة الثانية.

الفرع الأول: إثبات الوصية بموجب عقد توثيقي.

لأن الأصل في الوصية لا تثبت إلا بعقد تصريحي يحرره الموصي عند الموثق وهو ما نصت عليه المادة 1/191 من قانون الأسرة الجزائري "**لا تثبت الوصية إلا بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير العقد بذلك**" .

---

[1] _شيخ نسيمة ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية الهبة، الوقف، الوصية، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004 ص34.

[2] _ صحيح البخاري ، كتاب الوصايا ، الجزء الثاني،دار الحديث ، طبعة 2004، ص261.

ويجب على الموثق عند تحريره للعقد مراعاة جميع الاجراءات التي يجب توفيرها عند انعقاد أي عقد، فيتم تحرير العقد بحضور مستمر لشاهدي عدل وشاهدي التعريف عند الاقتضاء كما نصت المادة 324 مكرر 2 و 324 مكرر 3 من القانون المدني فضلاً عن الموصي وهو ما جاء في الباب السادس إثبات الالتزام الفصل الأول الإثبات بالكتابة[1].

- ويجب المراعاة عند تحرير العقد الإشارة بدقة إلى صفة الموصي والموصي له والشيء الموصى به وإزالة اللبس والابتعاد عن كل ما يثير الاشتباه في الوصية.

وإن نص المادة 191 من قانون الأسرة جاء عاماً لم يذكر محل الوصية إذا كانت عقاراً او منقولاً أو منفعة ... الخ.

وإذا حررت الوصية وكالة أي بحضور الموصي فيجب الانتباه إلى الوكالة بحيث يشترط في الموكل جملة من الشروط الواجب توفرها في العقود المذكورة في نصوص القانون المدني كالسّن والبلوغ والأهلية لإنشاء الوصية في المواد 40، 59.

ويسجل عقد الوصية بمصلحة التسجيل والطابع بمفتشية الضرائب بما أنها عقداً كباقي العقود وتسلم منها نسختين للموصي والموصي له إذا كان حاضراً .

غير أن السؤال المطروح هو بخصوص النصوص الموجودة في قانون التسجيل لاسيما المتعلقة منها بتسجيل الوصية.

ولقد جاء في قانون التسجيل فيما يخص الوصية بأنها تسجل برسم ثابت بغيرها من العقود الخاضعة لهذا النص، وتسجل الوصية في العقود الأخرى ذات الرسم الثابت.

ولقد فصل القانون الأسرة الجزائري في الوصية على أنها عقد وليست وصية مودعة أو لها شكل آخر كما هي معروفة في القانون الفرنسي وفي بعض الفقه والتشريعات الأخرى والمعمول به في ميدان التوثيق أن الوصية تسجل بعقد ثابت كغيرها من العقود الخاضعة لهذا الرسم ويلحق بالعقد التوثيقي العقد الذي يحرره قناصلة الجزائر بالخارج ونص صراحة في المادة 37 فقرة ب من الأمر 12/77 المؤرخ في 1977/03/02 والمتعلق بتنظيم وظيفة

[1] _ القانون المدني الجزائري، إثبات الإلتزام، معدل بقانون89_01 المؤرخ في 07_12_1987 ،88_14

القنصل المؤهل لتحرير الوصايا وغيرها من العقود الوحيدة الطرف التي تقدم له من قبل الرعايا والمصادقة عليها[1] .

الفرع الثاني: إثبات الوصية بموجب حكم قضائي.

وهو إستثناء عن الأصل فلقد نصت المادة 291 من قانون الأسرة بقولها وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ويؤشر بهامش أصل الملكية ويمكن تصور حالة توفي الموصي أو وجود حالة مانع قاهر خارج عن ارادته بعد اتفاق مع الموثق على موعد لحرير العقد عقد الوصية وبحضور شاهدين ففي هذه الحالة يمكن رفع دعوى قضائية يطلب فيها صاحب المصلحة إثبات هذه الوصية بحكم وله أن يستعين في ذلك بمشروع العقد الموجود بمكتب التوثيق والشهود عليه، وعليه الإثبات المانع القاهر الذي حال دون تحرير هذه الوصية في عقد توثيقي لأن هذا هو الأصل، فإذا صدر حكم الإثبات وصار هذا الحكم نهائياً أشار به على الهامش أصل الملكية [2].

الفرع الثالث: أركان الوصية (الصيغة)

يستلزم لصحة الوصية أمور أساسية يمكن اجمالها في أربع عناصر لا تصح الوصية الا بها وهي: الصيغة والموصي، والموصى له، والموصى به.

وهي التصرف عن إرادة الموصي وهي تصدر على أشكال مختلفة حسب طبيعة العقود وما قرره لها الشارع من أحكام.

وقد تكون الصيغة منجزة أو معلقة أو مضافة وكل منها قد يكون مقيد

فالصيغة المنجزة: هي ما دلت على وجود تصرف ووجود حكمه في الحال.

المضافة: وهي ما أفادت في العقد في الحال وتخلف حكمه إلى زمن المستقبل.

المعلقة: هي ما دلت على وجود التصرف مرتباً على وجود شيء آخر سيوجد في المستقبل.

والأصل في صيغ التصرفات أن تكون منجزة ولم يخرج عن هذه القاعدة إلا الوصية التي تأبى طبيعتها التنجيز.

[1] _ حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، الهبة الوقف الوصية، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004 ، ص60،
[2] _احمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون،ص134

فالوصية لا تكون إلا مضافة بأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ولا يوجد مانع يحضر تعليقها على شرط ما دامت لا تفيد التمليك إلا ما بعد الموت[1].

ويرى شراح القانون أن الوصية تنعقد عند صدورها من الموصي يعني أن ركن الوصية الوحيد هو الايجاب فقط، أما قبول الموصي له بعد وفاة الموصي فلا يعد إلا شرطاً للزوم الوصية، ويقصد بالإيجاب في العقود بالوجه العام التعبير البات النهائي الذي يقصد به صاحبه أثراً قانونياً طالما صادفه قبول.

وفي مجال الوصية لا يحتاج الايجاب القبول حتى يتم ابرامها وإلا كانت عقد، ولكن الايجاب يحتاج لقبول لمجرد لزوم الوصية وعلى ذلك يمكن القول بأن المقصود بالإيجاب في الوصية هو اللفظ أو الاشارة أو الكتابة التي يقصد بها التمليك بعد الموت[2].

وعليه نصت المادة 60 من القانون المدني على أن التعبير عن الارادة يكون باللفظ والكتابة أو الاشارة المتداولة عرفاً.

وخلاصة ما تقدم نستنتج أنه للموصي يمكنه انشاء وصيته بالقول أو الكتابة أو الاشارة أو باتخاذ موقفاً لا تدع الظروف شكاً في دلالته قصده في الوصية، وإذا كانت التصرفات عموماً منجزة إلا أن طبيعة الوصية تستلزم أن تكون مضافة إلى أجلٍ، والأجل هنا وفاة الموصي.

المطلب الثاني: آثار التعسف في إستعمال حق الوصية ومعاييره:

الفرع الأول: حماية المشرع الجزائري لإستعمال حق الوصية.

لقد أحاط القانون حق الملكية بحماية كبيرة لكونه من أهم الحقوق العينية التي يتمتع بها الإنسان، كما أنه يكتسي مكانة هامة ومقدسة في مجتمعنا، لذا تولى المشرع بيان نطاق الملكية ووسائل حمايتهـــا، وكذا القيود التي ترد عليهـــا، وجرم الاعتداء عليها[3].

وبين المشرع أيضا طرق اكتساب الملكية من خلال نصوص القانون المدني، ومن أهم أسباب كسب الملكية الوفاة التي تتحقق بها الخلافة في المال وذلك سواء عن

[1] _ المرجع نفسه، ص134.
[2] _ محمودي عبد العزيز، رد التحايل على أحكام الميراث، قصر الكتاب، البليدة،سنة2009،ص21.
[3] _محمد علي محمود يحي، احكام الوصية في الفقه الاسلامي،المرجع السابق، ص45.

طريق الميراث أو الوصية، لذا فقد خصتها الشريعة الإسلامية الغراء، ومن ثم القانون بالتنظيم المحكم والمفصل لأحكامها [1].

وبالرغم من أن للإنسان حق الإيصاء بأمواله حال حياته، إلا أن وصيته مقيدة بضوابط شرعية و قانونية بهدف عدم المساس بحق الورثة بترك زمام الوصية تحت إرادة المورث يتصرف فيها كما يشاء.

لذا فان الأشخاص - لأسباب مختلفة - رغبة منهم في التحايل على أحكام القانون لنيل الحرية في تعيين من يخلفهم في أموالهم، يصبغون على تصرفهم بالوصية ثوب تصرف آخر يكون لهم فيه الحرية المطلقة دون أي تقييد، لكن المشرع تصديا لمثل هذه التصرفات وضع قواعد بها يمكن فرض احترام القواعد الآمرة للقانون المتعلقة بالوصية؛ وهذا بمعاملة من يحاول التهرب من أحكامها بنقيض قصده واعتبار تصرفه وصية حماية لحقوق ورثته.

ويلاحظ أن مثل هذه التصرفات التي تغطي أو تستر الوصية، واسعة الاستعمال في المجتمع الجزائري، حيث يتضح ذلك من خلال المنازعات المتعلقة بها المطروحة أمام القضاء، والتي ترفع عادة من الورثة قصد الوصول إلى حكم بعدم نفاذ التصرف في حقهم، وما يؤكد ذلك غزارة قرارات المحكمة العليا بهذا الخصوص.

الفرع الثاني: أنواع التعسف:

النوع الأول:

ما إذا استعمل حقَّهُ لا يقصد من ذلك إلا الإضرار بغيره، وليست له مصلحة فيه، وذلك كمن يدعي على آخر جريمة أو عملاً غير لائق، لا يقصد بذلك إلا الإضرار به، هذه الدعوى لا تسمع، ويعزر المدعي إذا ثبت ذلك بالقرائن.

النوع الثاني:

أن يستعمل الإنسان حقًّا يقصد به تحقيق مصلحة له فتترتب عليه مفاسد وأضرار لاحقة بالغير، وهي أعظم من هذه المصلحة.[2]

[1] _ محمد علي محمود يحي، المرجع نفسه، ص45.
[2] _ احمد فهمي مرجع السابق.ص 67.

النوع الثالث:

أن يستعمل حقه المشروع عقدًا أو غيره يقصد به تحقيق غرض غير مشروع مغاير للغرض الذي وضعه له الشارع.

النوع الرابع:

أن يستعمل الإنسان حقه لكن دون احتراس وتثبت فيما يمكن فيه الاحتراس، فيفضي هذا إلى الإضرار بالغير[1].

الفرع الثالث: أثار التعسف على الموصى:

إن التعسف في كثير من الأحيان هو ظلم في حق الفرد أو الجماعة وله أثار عدة على الإنسان أو العائلة ولعل أهمها:

-هو ظلم للفرد نفسيا واجتماعيا .

-التعسف عمل باطل يحق للإنسان المطالبة بالحقوق حسب ما نص عليه الشرع.

-يحق للموصى رفع التعسف بما نصت عليه القوانين والشرع بما يكفل له الحق المادي والمعنوي.

-من خلال الدراسة المستفيضة السابقة ضمن المشرع للموصى حقوق ووضع له شروط تكفل له الحق في كل الأحوال.

الفرع الرابع :أثار التعسف على محيط الموصى.

أن الوصية الواجبة إنما هي قانوني وضعي وضعه علماء القانون من أجل حل إشكال أبناء الابن المتوفى، والذين يفقدون حقهم في ميراث أبيهم لو كان حيا في وفاة جدهم وهم أحوج ما يكونون إليه[2].

[1] _ المرجع نفسه. ص67.

[2] _لمطاعي نور الدين ونتو ، العربي، حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري ، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء الجزائر ،2016.

للوصية الواجبة أصل أصيل في الشريعة الإسلامية، مستمد من حكم الوصية المطلقة، وحكمتها التشريعية، وفتاوى جمع من الأئمة كأحمد والطبري وابن حزم وغيرهم بوجوبها.

مفهوم الوصية الواجبة هو جمع لحق التركة، بحيث تقسم للذكر مثل حظ الأنثيين، وبين حكم الوصية، التي يجب أن لا تفوت الثلث.

كما أن عدة فتاوى في القضاء الجزائري و المصري، ثم تبعه القضاء السوري والتونسي والمغربي، على اختلاف بيّن بين تلك المدارس في من تصح له الوصية، ومقدار تلك الوصية .

ولعل من بين ما ينتج عن الوصية آثار تعسف يستمـــــــــر إلى محيط الموصى من بينها:

أن يهتم بعمل الخير قبل الموت فعمل الخير والبر في الحياة أولى من الوصية بها، وإن أراد أن يوصي فليحرص على أن تكون الوصية على خير واي تعسف وظلم وبهتان هي تعسف حق:

-تعسف في حق للمحتاجين من الأقارب وغيرهم من اليتامى والأرامل.

-تعسف بتعمير المساجد أو بناء المدارس لتحفيظ القرآن الكريم.

-تعسف بطباعة المصاحف والكتب العلمية الموثوق بها.

-تعسف في مساعدة طلاب العلم الصالحين والمجاهدين في سبيل الله.

-تعسف بحق الصدقة الجارية أو علم ينتفع به.

-تعليم المحتاج وبناء مستشفى لعلاج المسلمين في كثير من الاحيان من الوصية.

-الأفعال الخيرية المختلفة والتي تنتج عن الوصايا من الناس ذوي النوايا الحسنة مثلا: حفر بئر للشرب منه.

-في كثير من الأوقات الوصايا تشمل أو ينتج عنها المساهمة في إنشاء سكن للأيتام.

مما سبق نرى أن الوصية الواجبة إنما هي حل قانوني وضعي وضعه علماء القانون من أجل حل إشكال أبناء الابن المتوفى، والذين يفقدون حقهم في ميراث أبيهم لو كان حيا في وفاة جدهم وهم أحوج ما يكونون إليه[1].

للوصية الواجبة أصل أصيل في الشريعة الإسلامية، مستمد من حكم الوصية المطلقة، وحكمتها التشريعية، وفتاوى جمع من الأئمة كأحمد والطبري وابن حزم وغيرهم بوجوبها. مفهوم الوصية الواجبة هو جمع لحق التركة، بحيث تقسم للذكر مثل حظ الأنثيين، وبين حكم الوصية، التي يجب أن لا تفوت الثلث.

إن مسألة التركة وتقسيمها، أمر مفتوح فيه باب الاجتهاد، وما اجتهادات عمر بن الخطاب وزيد بن ثابت وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهم، في القضية المنبرية، والحمارية وغيرهما بعازبة عن رجال القانون، مستمدة اجتهاداتهم من المصالح المرسلة، ومن القواعد العامة للتركات وتقسيمها .

الفرع الخامس: معايير التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري :

تبنى المشرع الجزائري نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون المدني من خلال المادة 124 مكرر والتي نصت على : "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات التالية :

-إذا قصد الإضرار بالغير.

-إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

-إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة مشروعة.

لقد نص المشرع الجزائري على نظرية التعسف بهذه المادة فقط والتي ذكر من خلالها معايير التعسف التي استند إليها، دون أن ينص على الأصل العام، بأن من يستعمل حقه مشروعا، لا يكون مسؤولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر، كما فعل المشرع المصري في نص المادة الرابعة قبل سرده لمعايير التعسف.

[1] _ أحمد فهمي أبو سنة ص34.

ومن خلال نص المادة يتضح لنا أن المشرع أخذ ثلاثة معايير وردت على سبيل المثال حيث يظهر ذلك من حلال استعماله لعبارة لاسيما بالإضافة إلى معيار رابع ورد في م 691 من القانون المدني، وسوف ندرس هذه المعايير كالتالي :

1- **معيار قصد الإضرار بالغير** :

يعتبر هذا المعيار من أظهر صور التعسف في استعمال الحق، نص عليه المشرع في م 124 مكرر، فالقانون لا يحمي شخصا قصد من فعله مجرد الإضرار بالغير، لأن هذا المعيار قوامه نية الإضرار بالغير (27) أي أن تكون نية الإضرار هي الباعث الوحيد لدى صاحب الحق عند استعماله لحقه، حتى لو أدى هذا الاستعمال إلى منفعة عارضة( ) .

2- **ترجيح الضرر على الفائدة** :

وهذا المعيار مادي بحت حيث يختلف عن المعيار الأول لأنه لا يستند إلى الناحية الشخصية لدى صاحب الحق، وإنما هو معيار موضوعي ينظر من خلال نتائج استعمال هذا الحق[1].

وقد نص المشرع الجزائري في الفقرة 2 من المادة 124 مكرر بأنه يعتبر الشخص متعسفا حتى لو كانت له مصلحة من استعمال حقه على وجه معين، وذلك بالنظر إلى أن هذه المصلحة لا تتناسب مع الضرر الذي سيصيب الغير، فترجح المصلحة على استعمال حق الفرد ويصبح بذلك متعسفا في استعمال الحق.

المطلب الثالث :أحكام التعسف في استعمال حق الوصية اتجاه الموصى.

إن الحق في إعطاء الحق بين الناس وهذا ما تقتضيه العدالة وأقرته العدالة السماوية، ويؤكد فيها روابط الود، مطلوب في الشريعة الإسلامية، ويتفاوت طلبه بتفاوت حاجة الناس إليه.

فما كان لازما ضروريا لحياتهم كان القيام به فرضا لازما على كل فرد من الأفراد، كزكاة الأموال التي فرضها الله تعالى، وجعل ذلك ركنا من أركان الإسلام، لأن مما لابد منه في هذه الحياة الدنيا أن يوجد أفراد بين الناس عاجزين عن سلوك سبيل الحياة وتحصيل

[1] _محمد علي محمود يحي: المرجع السابق: ص45.

الضروري من القوت. فمن المفروض إنقاذ هؤلاء وإعطاؤهم ما يدفع عنهم غائلة الجوع والعري.

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

فالتبرعات إذن هي كل ما يعطيه الإنسان مجانا دون مقابل كالهبة والصدقة والحبس والعمرى الإسكان والمنحة والإرفاق والوصية وغيرها.

هذه الأخيرة التي تعتبر تمليكا مضافا إلى ما بعد الموت عن طريق التبرع سواء كان الملك عينا أو منفعة.

الفرع الأول: الموصي

الموصي هو الشخص الذي باشر التمليك مضافا لما بعد الموت، وعرف بأنه الذي ينشئ الوصية بما يدل على رغبته ورضاه بنقل الملكية إلى من يرغب في نقلها إليه بعد الموت.[1]

ويشترط في الموصي أن يكون حرا مميزا مالكا للموصى به، فلا تصح من عبد، ولا من غير مميز كالمجنون والمغمى عليه والصبي في أول صغره، وتجوز وصية إبن عشر سنين وما قاربها إذا لم يكن فيها اختلاط، ولا تصح أيضا من غير المالك، كمن أوصى بدار معينة، فمات فاستحق جميع تلك الدار.[2]

(1) محمد علي محمود يحيى، أحكام الوصية في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، جامعة النجاح فلسطين، كلية الدراسات العليا، 2010، الوطنية ص45.

(2) أحمد بن سككليمان الرسموكي، مختصر حيلة الجواهر المكنونة في صدق الفرائض المسنونة، الطبعة الأولى، 2003، ص 175.

الفرع الثاني :صفة الموصي:

هناك عدة اسباب جعل فيها الشرع أهمية الوصية بالنسبة الى الموصي ولعل أهمها هي:

1- تدارك الموصي لما فاته من أعمال الخير والبر ومكافأة من عاونه وناصره من غيره من اقاربه في الحياة الدنيا. على أن يكون في ذلك غير متجانف لإثم ولا قاصدا أمرا محرما وإعانة للشخص على ذلك شرع الله له هذا الباب. فقال الرسول صلى الله عليه وسلم: "إن الله تبارك وتعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في أخر اعماركم زيادة لكم في حسناتكم فقدموه حيث شئتم".

2- تقوية الصلات الاجتماعية دون ضرر يعود على الشخص في حياته فقد يرغب الانسان في مساعدة الاقرباء غير الورثة، والأحباب، ولكنه يخشى أن يحتاج الى المال المتبرع به حال حياته.

ولما كانت الوصية عقدا غير ملزم يجوز للشخص الرجوع فيه متى شاء، كانت لا تنتقل الملكية بها إلى بعد الموت فإنها تحقق الرغبة ولا تدخل الرهبة.[1]

الفرع الثالث :تعسف الموصي

يعتبر تعسف الموصي من خلال الإضرار فيها من قبل الموصي تفضيل بعض الورثة على بعض بالوصية له بالمال مضارة بالورثة ونحوه أما الإضرار بالوصية من قبل الموصَى إليه فيكون بإهمالها وعدم القيام بحقها أو بالتصرف فيها بما ليس من مصلحتها بل فيه إفساد لها أو نقص منها ونحو ذلك فهذا إضرار بالوصية.

والإضرار في الوصية نوعان: إثمٌ وجنف.

فالإثم هو الإضرار بالوصية مع القصد، أما الجنف فهو الإضرار بالوصية من دون قصد.

وقد أوضح ابن القيم في "إغاثة اللهفان" معناهما مع التمثيل لهما وما يجب نحوهما بقوله: "والضرار نوعان: جنف وإثم." فإنه قد يقصد الضرار، وهو الإثم، وقد يضار من غير

(1) _ المرجع نفسه، ص175.

قصد، وهو الجنف، فمن أوصى بزيادة على الثلث فهو مضار قصد أو لم يقصد، فللوارث رد هذه الوصية. وإن أوصى بالثلث فما دون ولم يعلم أنه قصد الضرار وجب إمضاؤها. فإن علم الموصَى له أن الموصي إنما أوصى ضرارًا لم يحل له الأخذ، ولو اعترف الموصي أنه إنما أوصَى ضرارا لم تجز إعانته على إمضاء هذه الوصية .

وقد أجاز سبحانه وتعالى إبطال وصية الجنف والإثم، وأن يصلح الوصي أو غيره بين الورثة والمُوصَى له فقال تعالى:{ **فَمَنْ خَافَ مِن مُّوصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلاَ إِثْمَ عَلَيْهِ**} سورة البقرة الآية 182.

وكذلك إذا ظهر للحاكم أو الموصي الجنف، أو الإثم في الوقف ومصرفه أو بعض شروطه فأبطل ذلك مصلحًا لا مفسدًا. وليس له أن يعين الواقف على إمضاء الجنف والإثم، ولا يصح هذا الشرط ولا يحكم به، فإن الشارع قد رده وأبطله. فليس له أن يصحح ما رده الشارع وحرمه، فإن ذلك مضارة له ومناقضة».

الفرع الرابع :حكم التغيير أو الرجوع في الوصية للموصي

الوصية عقد من العقود الجائزة التي يصح للموصي أن يغير فيها ما يشاء أو أن يرجع فيها. قال القرطبي: «أجمعوا أن للإنسان أن يغير وصيته ويرجع فيما شاء منها».

فمتى أراد الموصي أن يرجع في وصيته أو أن يغير فيها شيئًا جاز له ذلك ما دام على قيد الحياة مثل لو أوصى لبناء مسجد من ثلث ماله ثم رجع جاز ذلك، فإن الوصية لا تلزم إلا عند الموت ولا تلزم أيضًا إلا بالقبول إذا كان الموصى له معيناً أو محصورًا يملك، فإذا كان كذلك فإنه يجوز أن يرجع فيها أو أن يبدل ويغير فيها ما شاء ما دام على قيد الحياة.[1]

(1) سليمان بن الجاسر الجاسر، لمحات مهمة في الوصية. موقع المسلم.25-04-2017.
http://almoslim.net/node/244806

المبحث الثاني: أحكام التعسف في الوصية إتجاه الموصى له وصوره:

نتاول في هذا المبحث احكام التعسف في استعمال حق الوصية اتجاه الموصى له كما سنتناول كيفية استخراج الوصية والصور المضارة للتعسف فيها.

المطلب الأول: أحكام التعسف في استعمال حق الوصية اتجاه الموصى له.

الفرع الأول : الموصى له

الموصى له هو الشخص الذي جرى له التمليك مضافا لما بعد الموت، وعرف بأنه: الشخص أو الجهة التي تنتقل إليه ملكية الموصى به بعد موت الموصي.[1]

ويشترط فيه أن يكون غير وارث ، وألا يقتل عمدا من أوصى له، وأن يكون حيا بعد موت الموصي ، فإن مات الموصى له في حياة الموصي بطلت الوصية ، علم الموصي بموته أم لا، وأن يقبلها بعد موت الموصي إن كان معينا، وإن مات الموصى له بعد موت الموصي وقبل القبول كان لوارثه القبول، مات قبل العلم أو بعده إلا أن يعلم أن الموصي أراد الموصى له بعينه، فليس لوارثه القبول حينئذ، وأن يصح تملكه حقيقة أو حكما، فيدخل في ذلك الأحرار والعبيد، والحمل الموجود يوم الوصية ، ومن سيكون بعدها إذا وجد واستهل ، والميت الذي علم الموصي بموته.[2]

ولقد إختلف الفقهاء في آرائهم حيث قال:

المالكية:

قال ابن جزي:" وهو كل من يتصور له الملك، من كبير أو صغير، حرا أو عبدا، سواء كان موجودا أو منتظرا أو منتظر الوجود، كالحمل إلا الوارث، فلا يجوز لـــه اتفاقـــا؛ فـــإن أجازها سائر الورثة، جازت عند الأربعة خلافا للظاهرية وجاء في حاشية الدسوقي:" ومن ثم فإن الموصى له قد يكون من الأشخاص الذين يصح تملكهم ابتداء، وقد يكون

(1) محمد علي محمود يحيى، المرجع السابق، ص45.

(2) أحمد بن سليمان الرسموكي، مرجع سابق، ص175.

الموصى له حملا، أو غير موجود أصلا؛ كالوصية لمن سيكون من ولد فلان، وقد تكون لشخص معنوي، فكل هؤلاء متى جاز لهم تملك الموصى به شرعا، وهذا بكونه حلالا صحت الوصية ونفذت "وعليه يشترط في الموصى له ما يلي:

- أن يكون ممن يتصور له الملك؛
- أن يكون الموصى له معلوما، أو يمكن علمه؛
- ألا يكون الموصى له قاتلا للموصي قتل عمد وعدوان، وهذا لما روي عنه «ولا وصية لقاتل ، ويروى أنه قال: «القاتل لا يرث».
- ألا يكون الموصى له وارثا لقوله «لا وصية لوارث» قال ابن رشد:" وأما الموصى له فإنهم اتفقوا على أن الوصية لا تجوز لوارث، واختلفوا هل تجوز لغير القرابة، فقال جمهور العلماء: إنها تجوز لغير الأقربين مع الكراهية، وأجمعوا أهنا لا تجوز لوارث إذا لم يجزها الورثة، واختلفوا إذا أجازها الورثة، فقال الجمهور: تجوز وقال أهل الظاهر: لا تجوز. واختلفوا في الوصية للميت، فقال: قوم تبطل بموت الموصى له وهم الجمهور، وقال قوم لا تبطل.

ثانيا- عند الشافعية

جاء في كتب الشافعية:" وإذا أوصى لجهة عامة، فالشرط أن لا تكون معصية ولا مكروها، ومن ثم بطلت لكافر بنحو مسلم أو مصحف ولو أوصى لشخص واحد أو متعدد؛ فالشرط أن يكون معينا، لأن الملك الذي الكلام فيه؛ لا يتصور للمبهم؛ كأحد الرجلين ما دام على امه، وهو ما يحصل بعقد مالي، وإنما صح أعطوا هذا أحدهما لأنه تفويض لغيره، وهو إنما يعطي معينا.. وتصح لحمل حرا كان أو رقيقا من زوج أو شبهة أو زنا، وتنفذ إن انفصل حيا حياة مستقرة، وإلا لم يستحق شيئا كالإرث وإن أوصى لعبد أو أمة لغيره سواء المكاتب وغيره فاستمر رقه إلى موت الموصي؛ فالوصية لسيده عند موت الموصي وتصح لذمي ومعاهد ومؤمن ولأهل الذمة والعهد لا بنحو مصحف، وكذا حربي بغير نحو سلاح ومرتد حال الوصية لم يمت على ردته في الأصح، وقاتل في الأظهر، فأشبهت

ضعيف، والثاني لا كالإرث، فإن أوصى لمن يقتله الهبة لا الإرث، وخبر "ولا وصية لقاتل " تعديا لم تصح؛ لأهنا معصية كما صرح بذلك الماوردي ولوارث في الأظهر إن أجاز باقي الورثة ومقابل الأظهر لا تصح له.[1]"

ثالثا- عند الحنفية

جاء في الفتاوى الهندية: ".. ثم تصح الوصية لأجنبي من غير إجازة الورثة .. ولا تجوز الوصية للوارث عندنا، إلا أن يجيزها الورثة ولا تجوز للقاتل عامدا كان أو خاطئا، بعد أن كان مباشرا، ولا تصح الوصية لحربي غير مستأمن من ذمي ولا تجوز وصية المسلم للمرتد.

وعليه يشترط في الموصى له ما يلي:

- أن يكون ممن يتصور له الملك؛
- أن يكون الموصى له معلوما، أو يمكن علمه؛
- ألا يكون الموصى له قاتلا للموصي قتل عمد وعدوان، وهذا لما روي عنه "ولا وصية لقاتل"؛ ويروى أنه قال: "**القاتل لا يرث**".

_ ألا يكون الموصى له وارثا لقوله لا وصية لوارث"قال ابن رشد:" وأما الموصى له فإنهم اتفقوا على أن الوصية لا تجوز لوارث، واختلفوا هل تجوز لغير القرابة، فقال جمهور العلماء: إنها تجوز لغير الأقربين مع الكراهية، وأجمعوا أنها لا تجوز لوارث إذا لم يجزها الورثة، واختلفوا إذا أجازها الورثة، فقال الجمهور: تجوز أهل الظاهر: وقال لا تجوز، واختلفوا في الوصية للميت فقال: قوم تبطل بموت الموصى له وهم الجمهور، وقال قوم لا تبطل.[2]

(1) صليحة بن عاشور، توريث الحقوق والايصاء بها - دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون -، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية، 2006-2007، ص297.

(2) المرجع نفسه، ص298.

الفرع الثاني: شروط الموصي

1 - وجوب أن يكون الموصى له موجودا معلوما أهلا للتملك:

أسلفنا الذكر أن الموصى له قد يكون محقق الوجود وهي حالة الشخص العادي وقد يكون وجوده تقديري كالحمل فإن وجوده يقدر مستقبلا لو ولد حيا كذلك قد يكون الموصى له مفقودا لم يحكم بموته بعد حيث يعتبر حيا بنص المادة 133 ق أ، ومن ثمة يجوز الإيصاء له إذ جاء في هذه المادة "إذا كان الوارث مفقودا ولم يحكم بموته يعتبر حيا... " ويجوز القياس الموصى له على الوارث ولأن شخصية الإنسان القانونية (أهلية الوجوب) تمر بمرحلتين هما مرحلة الحمل المستكن والمرحلة الثانية تبدأ بعد الولادة فإن مرحلة الحمل المستكن ورغم أن أهلية الوجوب فيها ناقصة لعدم كفاءة الجنين لتحمل بالالتزامات فإنه رغم ذلك يكون صالح لاكتساب الحقوق التي لا يحتاج كسبها إلى صدور قبول منه كالميراث والوصية، ومنه تصح للحمل الحقوق الميراثية بنص المادة 134 ق أ وكذلك الوصية بنص المادة 187 ق أ بشرط أن يولد حيا وقد أعطت المادة 134 علامة الحياة وهي أن يستهل صارخا أو تبدو منه علامة ظاهرة بالحياة كالحركة وغيرها... وطـــــرح المشـــــــرع فرضية تعدد الجنين في الحمل الواحـــــــد وجعل الحل لهـــــذه الفرضية أن تكون الوصية مستحقة بالتساوي بينهما ولو اختلف جنسهما بأن كانا ذكرا وأنثا.

2 - وجوب أن يكون الموصى له معلوم:

يشترط كذلك في الموصى له أن يكون معلوما غير مجهول جهالة يستحيل رفعها وإزالتها لأن جهالة الموصى له تمنع استلام الموصى به بعد الوفاة فلابد من أن يكون الموصى به معلوم بعد وفاة الموصى بالتعيين أو بالوصف وإلا بطلت الوصية لجهالة الموصى له وانعدام ركن في الوصية غير أنه يجوز الإيصاء بثلث ما له لجهة ما ستوجد في المستقبل قياسا على الجنين كالوصية للملجأ الذي سيتبنى مستقبلا أو مشاريع المساجد المستقبلية وغيرها.

3- وجوب أن يكون الموصى له أهلا للتملك:

وهذا معناه أن الوصية لحيوان تقع باطلة لأنه ليس أهلا للتملك مع استثناء الوصية الله تعالى وأعمال البر والخير كالوصية لبناء مسجد أو مدرسة أو مستشفى لأنها مجرد وصية بتصرف وهو إخراج مال معين بقيمة معينة من مال التركة وإنفاقه في وجه البر، والحكمة من وراء هذا الاستثناء حسب الأستاذ العربي بلحاج أن مفهوم التكافل موجود في مثل الوصايا. والتكافل بين أفراد المجتمع مرغوب فيه ومحبذ فتصبح الوصية لهذه الجهات رغم عدم وجود القبول لأن العبرة في مثل هذه التصرفات في معانيها ومقاصدها وما تحققه للمجتمع من خير.[1]

الفرع الثالث :كيفية استخراج الوصية

يمكن تلخيص طريقة استخراجها في خطوات ثلاث:

® الخطوة الأولى: يُفرض الولد الذي توفي في حياة أبيه حيا، وارثا، وتُقسّم التركة باعتبار وجوده وحضور كلّ الورثة لمعرفة نصيبه لو كان حيا.

® الخطوة الثانية: يُخرج من التركة هذا النصيب إذا كان مساويا للثلث، ويقسّم هذا النصيب على أولاده قسمة الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين.

® الخطوة الثالثة: يُقسّم الباقي من التركة بعد إخراج مقدار الوصية على الورثة الأحياء فعلا بتوزيع جديد، من غير النظر إلى الولد الذي فُرض حي.[2]

من خلال الأدلة التي استند إليها الفقهاء بوجوب الوصية الواجبة أو التنزيل يمكن القول بأنّ الوصية وبصورته المطبقة لا يمكن الجزم بأنّه كامل من جميع النواحي وأنّه لا يتخلله النقص، بل ترد عليه جملة من الانتقادات أهمها:

(1) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص294.

(2) عائشة بلعاقب، الوصية الواجبة في قانون الأسرة الجزائري-دراسة فقهية مقارنة-، مذكرة الماستر، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الاجتماعية، قسم العلوم الإسلامية، 2014-2015، ص45.

- الوصية الواجبة تخرج عن القواعد العامة في أحكام الوصية التي هي اختيارية من حيث الأصل، فلا يُجبر الشخص بالإيصاء، بل الوصية متعلقة بإرادته ورغبته، وهذا ما أقرّته الشريعة الإسلامية.

- الوصية بوضعها الجديد لم يوجد لها نظير في الفقه من كلّ وجه في كلام الفقهاء، ولكنّ واضعوا القانون حاولوا أن يجعلوا لها سندا ملفقا من مذاهب الفقهاء وبعض القواعد الشرعية.

المطلب الثاني: صور التعسف في الوصية.

الفرع الأول: الوصية لوارث و الوصية في ما يزيد عن الثلث .

أولا: الوصية لوارث

يتم في هذه الوصية الإيصاء لواحد من الورثة دون الباقي وهذه وصية باطلة ولا تجوز بإرتفاق العلماء وهذا لقوله صلى الله عليه وسلم :"**ان الله اعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث**" وهذه الصور من المضارة في الوصية لا تكيف على انها تعسف وذلك كون التعسف في استعمال الحق يقوم على وجود حق يتم التعسف فيه وفي هذه الحالة أي الوصية لوارث فإن الحق منتف فيه وذلك لبطلان الوصية أصلا لا وصية لوارث[1].

ثانيا: الوصية فيما يزيد عن الثلث.

وهنا نخرج عن حدود الحق إلا في حالة رضا الورثة بهذه الزيادة ، وكذلك هذه الصورة لا تكيف على انها تعسف في إستعمال حقه ، لعدم وجود الحق أصلا.[2]

الفرع الثاني: الإيصاء في حدود الثلث مع قصد الإضرار بالورثة.

وهنا يتبين لنا التعسف بعينه ،لأن الموصي يقصد الإضرار بورثته وهنا الموصي تقيد بالشروط الموضوعية للوصية ولم يخرج عن الحدود الشرعية لكنه يقصد الإضرار بالورثة

[1] بالحواربي سعاد، المرجع السابق ،ص 39.
[2] _بالحواربي سعاد، المرجع ، المرجع السابق،ص39.

وعليه فإن أول ما يترتب على هذا التعسف هو الإثم والمآخذة باعتباره أنه ارتكب محرما ثابتا من الكتاب والسنة[1]

فأصل الوصية في المفهوم الديني هي باب من أبواب الإنفاق على الفقراء اللذين لا يرثون والأقرباء اللذين لا يرثون وعلى أصحاب الخير وعموما هي دور العلم والمستشفيات، لأن الهدف منها تحقيق التكافل الاجتماعي ،إلا درجة تقرير وجوب الوصية في بعض الحالات ، واعتبار الوصية محرمة في حالات أخرى كوصية صاحب المال القليل للغير في حالة وجود ورثة كثيرون ومحتاجون لقول الرسول صلى الله عليه وسلم :"إنك لتدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس" صحيح مسلم.

فتحقيقا لغرض الوصية النبيل و اعتبرت الوصية باطلة إذا كان الغرض منها إضرار الورثة وحقوقهم وهذا لقوله تعالى:{ **من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار وصية من الله والله عليم حليم الآية 12سورة النساء.**

كما ان الرسول صلى الله عليه وسلم: "**الإضرار في الوصية من الكبائر**"[2] فهي وصية باطلة بغض النضر عن مقدارها إذا كان الهدف منها الضرار فوصية الضرار يقصد بها الإضرار بالورثة كأن يوصي الشخص بثلث ماله لبعض جهات البر إن تزوج ابنه بفلانه مثلا ويصرح بانه لو لا القانون لأوصى بجميع امواله وهذا الغرض مناف لمقاصد للشريعة الإسلامية لان كل وصية مشتملة على ضرار مخالفة لشرع الله فهي معصية وفي هذا يقول الله سبحانه وتعالى:{ **من بعد وصية يوصي بها او دين غير مضار)** الآية 12 سورة النساء فإنما قدم لله الوصية على الميراث إذا لم يقصد الموصي الإضرار بالورثة فإن قصده كان للورثة إبطالها وعدم تنفيذها .

ما يترتب على هذا التعسف هو الإثم والمؤاخذة باعتباره انه أرتكب محرما ثابتا من الكتاب والسنة فالأصل في الوصية في المفهوم الديني هي باب من أبواب الإنفاق على

[1] _ بالحواربي سعاد،المرجع نفسه،ص39.

[2] _

الفقراء والاقرباء اللذين لا يرثون وعموما هي لدور العلم والمستشفيات لان الهدف منها تحقيق التكافل الاجتماعي الى درجة تقرير وجوب الوصية في بعض الحالات، واعتبارها محرمة في خالات اخرى كوصية صاحب المال القليل للغير في حالة وجَود ورثة كثيرون ومحتاجون[1].

[1]_سعاد حواربي ، المرجع نفسه،ص40.

الخـــــــاتـــــــــمة

خاتمة

بعد هذا العرض المبرز والبسيط حول التعسف في إستعمال حق الوصية، نخلص ان الوصية بقيت مستقرة خلال حقبة من الزمان فلم يقم المشرع المختص في الاحوال الشخصية إلا بتكريس مبادئ الشريعة الإسلامية، المقررة منذ اربعة عشر قرنا والقائل ان الوصية تصرف قانوني من جانب واحد يفضي الى كسب الملكية، اذا تضرف الموصي في ماله باعتباره تصرفا في التركة مضاف الى ما بعد الموت .

كما ان الوصية تحتل مكانه هامة من بين تلك الاسباب باعتبارها عملا إراديا منحه الله سبحانه وتعالى للانسان لكي يتخذه وسيلة لمنح الغير حقا مشروعا من الاقارب والمحتاجين الذين لا يرثون إلا ان الانسان قد يتعسف في استعمال هذا الحق بقصد او بغير قصد، من جهة ومن جهة اخرى تستقل الوصية دون غيرها كونها اداة يتدارك بها الانسان ما فاته القيام به في حياته من واجبات كالكفارات والزكاة والحج وغيرها ، لقول الرسول صلى الله عليه وسلم:"**إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم زيادة أعمالكم فضعوها حيث شئتم**".

كما انها تختلف عن غيرها من التصرفات القانونية الاخرى وهذا راجع الى خاصيتها الذاتية، كما ان القانون قيد الموصي في امواله في حدود الثلث سواء كان لوارث او لغير وارث ما زاد عن الثلث فهو موقف على اجازة الورثة .

كذلك يجوز للوصية ان تعلق على شرط صحيح غير مخالف للنظام العام والاداب العامة وان يكون الموصى اهلا لهذا التبرع فلا يجوز وضع الوصية في جهة معصية ولا لجهة مجهولة ان ارتباط الحق بمصلحة شرع لاجلها يجعل من الحق وسيلة لتحقيق هذه المقاصد والمصالح، فعلى صاحب الحق ان يكيف استعمال حقوقه بما لا يحيد عن الغاية المقصودة بالوصية فإذا حاد عن المقصود شرعا اصبح صاحب هذا الحق متعسفا فيه.

من أهم النتائج:

1_الوصية سبب من اسباب الملكية.

2_انها تصرف مضاف الى ما بعد الموت، اي لا يتم نفاذها الا بعد موت الموصي وهي مشروعة بالكتاب والسنة و الاجماع.

3_ إن نطام الوصية مرتبطاإرتباطا كبير بالميراث والفرق بينهما ان الميراث اجباري اما الوصية فهي اختيارية.

4_اذا كانت الوصية اختيارية فهذا لا يمنع ان تكون واحبة وتجدر الاشارة الى ان المشرع الجزائري قد كان موفقا في موضوع الوصية خصوصا حينما احال النقائص الى المادة 222من قانون الاسرة الجزائري الى الشريعة الاسلامية التي لها الدور الكبير في سد الفراغ الذي تركه القانون وكل ذلك اعمالا لمبدأ العدالة والتوسيع من السلطة التقديرية للقاضي ومن ثم فيجب ان ينظر الى الظروف المحيطة بالقضية فيما يخص الوصية والتعسف فيها.

التوصيات:

يمكن أن نضيف بعض التوصيات :

1_ تعديل تناول القانون المدني لنظرية التعسف وذلك باعتمادها كنظرية عامة تسري على جميع القوانين وذلك بادراجها ضمن نصوص الفصل التمهيدي كالتشريع المصري مثلا.

2_على اعتبار ان الضرر هو احد الاثار المترتبة على التعسف في استعمال الوصية يترتب عليه دفع تعويض للمتضرر ما لم يتناوله المشرع الجزائري فاننا نوصي من خلال هذا البحث ان يتدارك المشرع هذا النقص وذلك بادراج نص يضبط التعسف في الوصية ويحدد معاييره خصوصا ان القضاء قد اسس مبدأ للتعويض عن الضرر فيما قضى به من احكام .

3_ كما نرجو تعديل المادة 188 من قانون الاسرة التي تتضمن منع القاتل مناستحقاق الوصية على غرار موانع استحقاق الارث، وان يحدد المشرع بعض الحالات على ساس عذر شرعي او قانوني كحالة الدفاع عن النفس.

قائمة المصادر والمراجع:

1_ القرآن الكريم.

2_ الحديث النبوي.

3-صحيح البخاري، كتاب الوصايا، المجلد الثاني، دار البصائر، الجزائر، 2004.

4_ لسان العرب،لابن منظور، دار الفكر لبنان، طبعة الثانية، 2002.

5_عبد الرحمان بن محمد بن عوض الجزيري، كتاب فقه على المذاهب الأربعة، دار ابن حزم، لبنان، جزء 1، طبعة 2001.

6_أحمد بن سليمان الرسموكي ، مختصر حيلة الجواهر المكنونة في صدق الفرايض المسنونة، الطبعة الأولى،2003.

7_ أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان_الأردن،2009.

8_ بدران أبو العينين بدران، المواريث و الوصية والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون، مركز الإسكندرية للكتاب 1997، بدون جزء.

9_ بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، 1996.

10_ بالحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.

11_ حمدي باشا عمر، عقود التبرعات الهبة الوقف الوصية، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر 2004.

12_ سيد سابق، فقه السنة، مؤسس الرسالة، المجلد الثالث، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2002.

13_ شيخ نسيمة، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية، الهبة الوقف الوصية، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر،2004.

14_ علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزامفي القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثامنة الجزائر، 2008.

15_ علاء الدين الكساني بن مسعود الحنفي، بدائع الصنائع، في ترتيب الشرائع، دار المعرفة، لبنان، الطبعة الأولى، 2000.

16_ فتحي الدريني، نظرية التعسف في إستعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة بيروت،الطبعة الرابعة، 1988،

17_ محمد رأفت التعسف في إستعمال الحقوق في الشريعة الإسلامية والقانون العدد الاول،

18_ محمد فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، الجزائر، 2000.

19_ محمد علي محمود يحي،أحكام الوصية في الفقه الإسلامي،2010،

20_ محمودي عبد العزيز، رد التحايل على أحكام الميراث، قصر الكتاب، البليدة، 2006.

المذكرات:

1_ بالحواربي سعاد، نظرية التعسف في إستعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2014.

2_صليحة بن عاشور، توريث الحقوق والإيصاء بها-دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، أطروحة دكتوراه،جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية، 2006_2007 ص297.

3_ عايشة بالعاقب، الوصية الواجبة في لقانون الأسرة الجزائري، دراسة فقهية مقارنة،مذكرة ماستر، جامعة أبو بكر بالقايد تلمسان، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإجتماعية، قسم العلوم الإسلامية، 2014-2015 ض45.

4_ نور الدين زنتو، حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، قسم الحقوق، 2014-2015.

5_ مروى خضر عياد، التعسف في إستعمال حق الحضانة، مذكرة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، 2015.

القوانين والمنشورات:

1_ قانون الأسرة الجزائري.

2_ القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، طرق إكتساب الملكية الفصل الثاني، القسم الثاني.

3_ القانون رقم 11/84 المنشور بالجريدة الرسمية، الصادرة في 12 جوان، 1984.

4_ قانون رقم 11/84المؤرخ في 1984/05/9 المعدل والمتمم، بالأمر 2005 المتضمن قانون الاسرة،

5_ قانون رقم 11/84 المؤرخ في يونيو المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالامر 05-02 المؤرخ في 27_02_2005.

6_ قانون التسجيل الصادر بالامر رقم 105/76 المؤرخ في 12جوان 1984.

مواقع الأنترنت:

1_ سليمان بن الجاسر، لمحات مهمة في الوصية، موقع المسلم 25-04-2017 :

http ://Almoslim .net/node/244806

2_ احمد فهمي أبو سنة، نظرية التعسف في إستعمال الحق في الفقه الاسلامي،15-08-2008 تاريخ الدخول: 26 -04-2017

http://www.alukah.net/shaia/0/2551

فهرس المحتويات

المحتويات	الصفحة
شكر وعرفان	
إهداء	
مقدمة	**أ-د**
الفصل الأول: الطبيعة القانونية والفقهية للتعسف في استعمال حق الوصية	
تمهيد	6
المبحث الأول: التعريف بالتعسف وحكمه	7
المطلب الأول: التعسف لغة واصطلاحا	7
الفرع الأول: التعسف لغة	7
الفرع الثاني: التعسف اصطلاحا	8
المطلب الثاني: حكم التعسف	11
الفرع الأول: الحكم الفقهي	11
المبحث الثاني: التعريف بالوصية وحكمها	15
المطلب الأول: تعريف الوصية لغة واصطلاحا	15
الفرع الأول: التعريف اللغوي	15
الفرع الثاني: التعريف الإصطلاحي	16
الفرع الثالث: التعريف القانوني	17
المطلب الثاني:حكمة تشريع الوصية وحكمها	18
الفرع الأول: الحكمة من تشريع الوصية	18
الفرع الثاني:حكم الوصية	19
المطلب الثالث: أنواع الوصية	20
الفرع الأول: الوصية الواجبة.	20
الفرع الثاني :الوصية المستحبة والمباحة	21
الفرع الثالث: الوصية المحرمة أو المكروهة	21
الفصل الثاني: إثبات الوصية و أثار التعسف فيها	
تمهيد	24
المبحث الأول: إثبات الوصية و أثار التعسف في استعمالها	25
المطلب الأول: إثبات الوصية	25
الفرع الأول : إثبات الوصية بموجب عقد توثيقي	25

الفرع الثاني : اثبات الوصية بموجب حكم قضائي	27
الفرع الثالث :أركان الوصية الصيغة	27
المطلب الثاني: آثار التعسف في إستعمال حق الوصية	28
الفرع الأول: حماية المشرع الجزائري لاستعمال حق الوصية	28
الفرع الثاني: انواع التعسف	29
الفرع الثالث:أثار التعسف على الموصى	30
الفرع الرابع : اثار التعسف على محيط الموصى	30
الفرع الخامس: المعايير التشريعية في استعمال الحق في التشريع الجزائري	32
المطلب الثالث: أحكام التعسف في استعمال حق الوصية اتجاه الموصى	35
الفرع الأول: الموصى	36
الفرع الثاني: صفة الموصى	36
الفرع الثالث: تعسف الموصى	37
الفرع الرابع: حكم التغيير أو الرجوع في الوصية للموصى	38
المبحث الثاني: أحكام التعسف في الوصية اتجاه الموصى له وصوره	38
المطلب الأول: أحكام التعسف في استعمال حق الوصية اتجاه الموصى له	38
الفرع الأول: الموصى له	38
الفرع الثاني: شروطه	41
الرفع الثالث: كيفية استخراج الوصية	42
المطلب الثاني: صور التعسف في الوصية	43
الفرع الأول: الوصية لوارث	43
الفرع الثاني: الوصية فيما يزيد عن الثلث	44
الفرع الثالث:الايصاء في حدود الثلث مع قصد الإضرار بالورثة	45
الخاتمة	47
قائمة المراجع	
فهرس المحتويات	