جامعة محمد بوضياف –المسيلة–

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية

قسم العلوم الإسلامية

الوصية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

مذكرة مكملة لمقتضيات لنيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية.

تخصص: شريعة وقانون

إعداد الطالبتين:

– كريمة بن رية.

–نور الهدى بتة.

إشـــراف الأستاذ:

محمد بوهالي.

السنة الجامعية: 2021/2020

بسم الله الرحمن الرحيم

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف. المسيلة
كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
قسم العلوم الإسلامية
الرقم:/ .....

المسيلة في : .....

وثيقة إيداع مذكرة ماستر

الموضوع: الوصية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري "دراسة مقارنة"

التخصص: شريعة وقانون

إعداد الطلبة:

1- بن ربة كريمة ... **رقم التسجيل:** 191435086047

2- بنة نور الهدى ... **رقم التسجيل:** 200321610

إشراف الأستاذ(ة): بوهالي محمد

أقر بأنني تابعت العمل المذكور أعلاه في جلسات إشرافية طيلة الموسم الجامعي: 2021/2020 وأسمح بإيداعه لإدارة القسم.

موافقة وإمضاء المشرف(ة):

بوهالي محمد

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

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية

قسم: .....

المرجع: القرار الوزاري رقم: 933 المؤرخ في: 28 جويلية 2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد(ة): بلة نور الهدى

الصفة: طالب، أستاذ باحث، باحث دائم: طالبة

الحامل (ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 200321610

والصادرة بتاريخ: 2016-04-24

عن دائرة: سقال

المسجل (ة) بكلية: قسم العلوم الإنسانية والاجتماعية قسم: العلوم الاسلامية

والمكلف (ة) بإنجاز أعمال بحث(مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)، عنوانها:

مذكرة ماستر بعنوان الوصية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: .....

إمضاء المعني

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

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية

قسم: العلوم الإسلامية

المرجع: القرار الوزاري رقم: 933 المؤرخ في: 28 جويلية 2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد(ة): بشرية كريمة

الصفة: طالب، أستاذ باحث، باحث دائم: طالبة

الحامل (ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 204897309

والصادرة بتاريخ: 2019-08-04

عن دائرة: بوسعادة

المسجل (ة) بكلية: العلوم الإنسانية والاجتماعية قسم: العلوم الإسلامية

والمكلف (ة) بإنجاز أعمال بحث(مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)، عنوانها: مذكرة ماستر: "الوصية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري - دراسة مقارنة -"

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 2021/06/10

إمضاء المعني

شكر وتقدير

الحمد لله الذي وفقنا لما يحب ويرضى وما هو خير لنا في ديننا ودنيانا... الذي بنعمته تتم الصالحات.

إن قيد النعم شكرها "ومن لا يشكر الناس لا يشكر الله"

فمن واجبنا في هذا المقام أن نذكر الفضل لأهله ونتقدم بأبلغ صيغ الشكر لفضيلة الأستاذ المشرف "محمد بوهالي" الذي عرفنا بمجهوده المتواصل نصحا، وتوجيها وتعقيبا فجزاه الله عنا خير الجزاء ونفع به طلاب العلم وأبقاه ذخرا.

كما نشكر الأساتذة الذين كان لهم الفضل من بداية مشوارنا الدراسي في الجامعة، أساتذة الشريعة والقانون الذين سهروا على توجيهنا وتكويننا.

وكما نتقدم بأسمى معاني الشكر والاحترام إلى كل أعضاء لجنة المناقشة.

لكم جزيل الشكر والتقدير.

إهـــداء

إلى كل من سلك منهج الأنبياء

إلى كل مؤمن بثقل الأمانة

إلى طريق ..... مستقيم

إلى طريق ..... الهداية

إلى ينبوع الصبر والتفاؤل والأمل

إلى كل من في الوجود بعد الله ورسوله "الوالدين الكريمين".

إلى من أظهروا لنا ما هو أجمل من الحياة "إخوتنا الكرام".

إلى من جعلهم الله إخوتنا بالله.... ومن أحببناهم في الله طلاب قسم الشريعة والقانون.

نهدي ثمرة هذا الجهد المتواضع.

مقدمة

مقدمة:

الحمد لله الذي هدانا للإسلام وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله وأشهد أن لا إلـــه إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمدا عبده ورسوله الذي أخلص لله في طاعتـــه وبـــين لأمته ما يحتاجون إليه في معاملاتهم وجميع شؤون حياتهم، مصداقا لقوله تعالى: ﴿**وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ وَلَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ**﴾، صلوات الله وسلامه عليه وعلى آله وصحابته الراشدين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد:

فإن الله سبحانه وتعالى لم يترك عباده مهملين، ينظمون حيـــاتهم بأنفســـهم علـــى مقتضى أفكارهم ونظريات عقولهم لأن تلك الأفكار والنظريات كثيرا ما يتلبس عليها الحق بالباطل، نتيجة لضعفها وجهلها وتأثرها بالميول والرغبات والأهواء والشهوات، بل شرع دستورا شاملا وأمرهم أن يسيروا عليه في معاملاتهم وجميع شؤون حيـــاتهم لا يعتريـــه نقص ولا يطرأ عليه فسخ، فما من مجتمع يتخذه منهجا في حياتهم ويطبقه في معاملاتـــه، إلا كانت له العزة والقوة والخير والسعادة والنجاح في الدنيا والآخرة.

وأنه من رحمة الله سبحانه وتعالى بعباده تتجلى في تشريع الوصية بأبهى صورها وأجل معانيها، وهذه الرحمة تتمثل في كونه سبحانه قد شرع لنا الوصية فـــي اللحظـــات الأخيرة من حياتنا وذلك بهدف أن يعوضنا عما يكون قد فاتنا من أعمال الخير في ســـالف حياتنا كونه سبحانه قد شرع لنا الوصية في اللحظات الأخيرة من حياتنا وذلك بهـــدف أن يعوضنا عما يكون قد فاتنا من أعمال الخير في سالف حياتنا وأن يزودنا عـــن طريقهـــا بأكبر قدر من الثواب قبل رحيلنا، وذلك أن الإنسان قد تعتريه لحظات يغفـــل فيهـــا عـــن الآخرة وحين ذلك يشعر وكأنه غريق في بحر من الذنوب ولم يكن متســـع مـــن الوقـــت للتخفيف منها بعمل شيء من الطاعات، فمن رحمة الله سبحانه أن شرع لنا الوصية لتلافي تلك الغفلة وتكون رصيدا للمسلم في آخرته، وذخرا له بعد الموت.

وجاء قوله تعالى: ﴿**مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَآ أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَآرٍّ وَصِيَّةً مِّنَ اللّهِ وَاللّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ**﴾ ولقد استوحى قانون الأسرة الجزائري نصوصه القانونية في موضوع الوصية من روح الدين الإسلامي.

إشكالية البحث: ما هي الوصية الشرعية وما هي أحكامها في الفقه الإسلامي؟ وكيف عالج قانون الأسرة الجزائري موضوع الوصية؟

وتتفرع عن هذه الإشكالية تساؤلات فرعية أخرى هي:

-ما مفهوم وحكم الوصية؟

-وما هي أركانها وشروطها في الفقه وقانون الأسرة الجزائري؟

-ومن هم المستحقين للوصية فقها وقانونا؟

-وما هي أثارها ومبطلاتها في الفقه وقانون الأسرة الجزائري؟

-ما هو دليل مشروعية الوصية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري؟

أهمية الموضوع:

تبدو أهمية الوصية في كونها قضية حساسة تمس الأسرة والمجتمع وذلك لأنها تساهم في الحفاظ على روابط الأخوة وأواصر المحبة بين أفراد الأسرة الواحدة، إذ أن صاحب التركة إذا توفى وترك أقرباء غير وارثين ولم يوصي لهم وكان ذا مال، فإن هذا الأمر قد يورث البغضاء والحقد بينهم وبين الورثة الآخرين وقد يصل إلى ما لا يحمد عقباه.

كما تكون الوصية طريقة استدراكية لما قصر الميت في حياته من فعل الخيرات، وذلك عن طريق الإحسان والبر ببعض أقاربه غير الوارثين من ذوي الأرحام خاصة إذا كان من الفقراء.

كما تكمن دراسة الوصية في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري في إبراز أهمية الدراسات المقارنة التي تقارن فيها الشريعة الإسلامية بالقانون الوضعي.

أسباب اختيار الموضوع:

هناك أسباب كثيرة دفعتنا لاختيار هذا الموضوع ومن أهمها:

-إثراء الزاد الثقافي والمعرفي من خلال البحث في هذا الموضوع.

-تعد الوصية من الوسائل التي تبعث روح التضامن والتكافل بين المجتمع من خلال التصدق على الفقراء والمساكين.

-رغبتنا في خوض غمار هذا البحث فهذا الموضوع يستهوي الباحثين لأنه يفسح المجال للولوج في مسألة حساسة تمس الأسرة، فالوصية قضية من قضايا الأسرة تتعلق بانتقال ملكية المال من شخص متوفى إلى أفراد من عائلته تجمع صفة القرابة.

-الوقوف على رأي كل من الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري في مسألة الوصية والمساهمة في إحياء التراث الإسلامي والاستفادة من هذه الدراسة المقارنة.

أهداف البحث:

من بين الأهداف التي نسعى للوصل إليها ما يأتي:

-معرفة أحكم الوصية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وتوضيح دورها في خلق روح التكافل في المجتمعات، وخلق أواصر متينة بين أهل المال وأهل الحاجة.

-معرفة شمول الشريعة لكل القضايا والأحكام ومدى تطابقها مع القوانين الوضعية.

-مقارنة الوصية بين الشريعة والقانون وإبداء الميزات التي تمتاز بها الشريعة عن القانون.

-توضيح ما يربوا إليه الطلبة في إيجاز الدراسات البحث التي يعالجونها.

الدراسات السابقة:

من خلال التتبع والبحث يتبين أن موضوع الوصية قديم تم الطرق له، ومن أهم الدراسات التي اطلعنا عليها في موضوع الوصية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

-عبد مزيام لامية، الوصية في قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الخاص الداخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون جامعة مولود معمري تيزي وزو، سنة 2015/2014.

-لشهب حورية، الوصية في التشريع الجزائري، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، سنة 2015/2014.

هذه الدراسة تناولت الوصية في التشريع الجزائري ولم تشمل الشريعة الإسلامية.

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

-بلعقاب عائشة، الوصية الواجبة في قانون الأسرة الجزائري، دراسة فقهية مقارنة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية، تخصص: الفقه المقارن، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الاجتماعية، جامعة أي بكر بلقايد تلمسان، 2015/2014.

منهج البحث:

لقد اعتمدنا في دراستنا على منهجين أساسيين هما المنهج التحليلي والمنهج المقارن وذلك حيث وظفنا المنهج التحليلي فيكمن في تحليلنا للنصوص القانونية والتعليق عليها والمنهج المقارن في مقارنة موضوع الوصية بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.

المنهجية المتبعة في البحث:

لقد اعتمدنا في دراستنا المنهجية الآتية:

1-فيما يخص الآيات القرآنية ذكرنا السورة ورقم الآية.

2-أما فيما يخص الأحاديث النبوية حيث ذكرنا اسم راوي الحديث وكتابه، اسم المؤلف وعنوان الكتاب، ودار النشر، ومكان النشر، الطبعة، تاريخ النشر، الجزء أو المجلد وصفحته.

3-عند ذكر المصدر أو المرجع في هامش، تكتب اسم المرلف وعنوان كتابه دار النشر، مكان النشر، الطبعة، تاريخ النشر، الجزء والصفحة، فإذا استخدمنا مرجع مرتين في نفس الصفحة وكان بينهما مرجع نكتب اسم المؤلف وعنوان الكتاب والمرجع السابق والصفحة.

4-عرض رقم المادة القانونية، تاريخ صدورها، المصدر، الصفحة.

خطة البحث:

وللإجابة عن الإشكالية المطروحة تطرقنا في هذا البحث إلى فصلين تناولنا في **الفصل الأول** الوصية (مفهوم وتاريخها وحكمها، أركانها وشروطها) بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، وتطرقنا في هذا الفصل إلى مبحثين، في المبحث الأول قمنا ببيان مفهوم وتاريخ وحكم الوصية، والمبحث الثاني خصصناه لأركان وشروط الوصية.

أما **الفصل الثاني** أبرزنا أثار ومبطلات الوصية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري تحت هذا الفصل مبحثين الأول بعنوان الأثر المترتب على تحديد الوصية، والثاني خصصناه إلى موانع استحقاق الوصية ومبطلاتها.

وتتجلى أهمية الوصية في كونها باب من أبواب التكافل والتراحم في المجتمع، وهي مصدر شرعي من مصادر التمويل للفرد والمجتمع ووسيلة مشروعة من وسائل التنمية الاجتماعية إضافة إلى ذلك لما تحققه للفرد من حرية التصرف في ثلث المال في حياته له من ثواب وأجر في آخرته.

الصعوبات والعوائق:

-كثرة الكتابات في هذا الموضوع، واختلاف تقسيماتها وفروع العناوين الرئيسية ما أدى إلى صعوبة الترجيح والإلمام بالموضوع في ظل التحديد المنهجي لصفحات المذكرة.

-الأوضاع التي تمر بها البلاد في ظل جائحة الكورونا، وكانت من انعكاساتها صعوبة الوصول إلى المصادر غير المتوفرة على شبكة الانترنت.

الفصل الأول

الوصية (مفهوم وتاريخها وحكمها، أركانها وشروطها) بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

المبحث الأول: مفهوم الوصية والتطور التاريخي لها وحكمها

المبحث الثاني: أركان وشروط الوصية

تمهيد:

تعتبر الوصية من الأمور التي ذكر الإنسان بالموت وتختص الوصية بأموال المسلم وماله من ديون، وما يتشارك به مع غيره في الأمور المادية، وهي أحفظ للحقوق، وتساعد على حفظ الأمانة، كما تدفع بالمسلم إلى العمل من أجل الفوز بالآخرة، والتوبة من الذنوب، وإعادة الحقوق إلى أصحابها، لأنها تذكرة المسلم بالموت.

ولقد تناولت في الفصل الأول الوصية بمفهومها وتاريخها وحكمها- أركانها وشروطها أبين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، فالمبحث الأول تحت عنوان: مفهوم الوصية والحكمة منها والتطور التاريخي لها في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، وتطرقت في المطلب الأول إلى مفهوم الوصية والحكمة منها والتطور التاريخي لها، وفي المطلب الثاني تحت عنوان حكمها، أما في المبحث الثاني تحت عنوان أركان وشروط الوصية تطرقت في المطلب الأول إلى أركان الوصية وفي الثاني إلى شروط الوصية.

المبحث الأول: مفهوم الوصية والتطور التاريخي لها وحكمها

الوصية من التصرفات التي عرفها الإنسان وكان يقوم بها من القدم كوسيلة لتمليك المال لغيره بعد وفاته بإرادته، وقد نقل عن التشريعات القديمة الكثير عن الوصية وأنواعها وطرق إنشائها.

ولما جاء الإسلام بمبادئه النبيلة وأغراضه السامية لم يلغ نظام الوصية إلغاءً تاما، بل هذب منه بطريقة تتماشى مع مبادئ العدل والإنصاف التي جاء ليرسيها.

ومن هنا نص الباري عز وجل على الوصية في هذه الآية بقوله ﴿**كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ**﴾[1].

وبالتالي فإن محاولة لإعطاء فكرة عن التعريف بالوصية لا تكون كاملة إلا إذا عرضنا فيها مختلف الجوانب التي تدخل في تحديد الوصية.

وهو ما نتحدث عنه في مطلبين: الأول مفهوم الوصية وتاريخها وتحت هذا المطلب فرعين، وسيكون الفرع الأول مفهوم الوصية، والفرع الثاني لتاريخ الوصية.

أما المطلب الثاني عن حكمها، تحته فرعين الأول خصصناه لأدلة مشروعيتها في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، والثاني للحكمة من الوصية.

المطلب الأول: مفهوم الوصية وتاريخها

سنتعرف في هذا المطلب على مفهوم الوصية وتاريخها، ففي الفرع الأول تناولنا مفهوم الوصية والفرع الثاني إلى تاريخ الوصية.

الفرع الأول: مفهوم الوصية:

تعرضنا في هذا الفرع إلى تعريف الوصية لغة وثانيا تعريفها اصطلاحا وثالثا إلى تعريف الوصية في الاصطلاح القانوني.

---

[1] – سورة البقرة، الآية 180.

أولا: التعريف بالوصية في اللغة:

الوصية جمعها وصايا، كالهدية جمعها هدايا.

تطلق الوصية في اللغة ويراد بها عدة معان:

الوصية بمعنى العهد إلى شخص ما القيام بشيء ما، يقال أوصى الرجل بكذا، ووصاه أي عهد إليه[1].

ومنه الحديث الشريف: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «استوصوا بالنساء خيرا فإنهن عندكم عوان»[2].

الوصية بمعنى الإيصال يقال وصى الشيء: وصله[3]، وأرض واصية: اتصل نباتها[4].

والاسم الوصاة والوصاية (بفتح الواو وكسرها)[5]، الوصية.

واستعمل القرآن الوصية في أمرين[6]:

في الطلب حال الحياة:

قال الله تعالى: ﴿**يُوصِيكُمُ اللّهُ فِي أَوْلاَدِكُمْ...**﴾[7].

أي يفرض عليكم لأن الوصية من الله تعالى إنما هي فرض.

قال الله سبحانه وتعالى: ﴿**وَوَصَّيْنَا الإِنسَانَ بِوَالِدَيْهِ حُسْنًا**﴾[8].

---

[1] – ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط1، ج15، ص 394.

[2] – رواه البخاري، كتاب النكاح باب الوصاة بالنساء، ج9، ص 161. الزليجي، كتاب تخريج أحاديث، تحقيق عبد الله بن عبد الرحمن سعد، دار ابن خزيمة، الرياض، ط1، 1414هـ، ج1، ص 297.

[3] – أحمد بن فارس، مجمل اللغة، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1404هـ/1984م، ج3، ص 927.

[4] – الفيروز آبادي الشيرازي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط4، 1415هـ/1994م، ص 1731.

[5] – محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الهدى، الجزائر، ط4، 1998، ص 457.

[6] – علي الخفيف، أحكام الوصية، دار الفكر العربي، 1431هـ/2010م، ط1، ص 01.

[7] – سورة النساء، الآية 11.

[8] – سورة العنكبوت، الآية 08.

في الطلب بعد الوفاة:

قال الله عز وجل: ﴿**كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ**﴾[1].

قال الله سبحانه وتعالى: ﴿**مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ**﴾[2].

وعلى هذا فإن الوصية تكون بمعنى المصدر وهو الإيصاء، وتكون بمعنى المفعول وهو الاسم[3]، وبناءه تكون الوصية بمعنى مصدر أو اسم مصدر، ومنه جاء قول الله عز وجل: ﴿**يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ**﴾[4].

وتكون الوصية بمعنى اسم مفعول، ومنه جاء قول الله عز وجل: ﴿**مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ**﴾[5].

نتوصل إلى أنه لا فرق في اللغة بين الوصية والإيصاء فكلاهما يتضمن ما إذا أوصى الشخص بماله لغيره أي وصل لما بعد موته بما كان في حياته بمعنى وصل القربة التي ستكون بعد موته بالقربات التي كانت في حياته.

وأيضا ما إذا أوصى بمن يعهد بشؤون أولاده القصر إلى غيره بعد موته، فيكون وصل ما بعد الموت بما قبله في نفاذ التصرفات.

ثانيا: التعريف بالوصية في الاصطلاح:

نتعرض إلى التعريف بالوصية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري:

1-التعريف بالوصية في الفقه الإسلامي:

لم يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على تعريف واحد للوصية، بل اختلفوا في ذلك، حيث جاءت تعاريف الوصية متعددة إلى درجة أن أصحاب المذهب الواحد اختلفوا في تعريفهم.

---

[1] – سورة البقرة، الآية 180.

[2] – سورة النساء، الآية 11.

[3] – محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار، شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيرا، دار الجليل، بيروت، جزء 6، ص 33.

[4] – سورة المائدة، الآية 106.

[5] – سورة النساء، الآية 11.

أ-المذهب الحنفي:

جاء فقهاء المذهب الحنفي بعدة تعريفات من بينها:

-عرف الحصكفي الوصية بأنها: "تبرع مضاف إلى ما بعد الموت"[1].

-عرف ابن عابدين الوصية بقوله: "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان الموصي به عينا أو منفعة"[2].

-وعرفها الزيلعي: "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان عينا أو منفعة"[3].

-وعرفها الكاساني بقوله: "اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد موته"[4].

ب-المذهب المالكي:

عرف فقهاء المالكية الوصية كما يلي:

-عرفها الدسوقي بقوله: الوصية مأخوذة من وصية الشيء بالشيء إذا وصلت به كأن الموصي لما وصى بها وصل ما بعد الموت بما قبله في نفوذ التصرف، يقال: أوصيت له بمال، وأوصيت إليه أي جعلته وصيا فهما مختلفان".

-والوصية في عرف الفقهاء لا القراض: "عقد يوجب حقا في ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعد موته"[5].

يترتب على هذا التعريف أمرين:

-الأول: الوصية عقد يلزم ملكية ثلث مال الموصي لصالح الموصى له بعد موته.

---

[1] – ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، مكتبة الحلبي، مصر، الطبعة الثالث، 1404هـ/ 1984م، ج6، ص 692.

[2] – ابن عابدين، المرجع السابق، ص 691.

[3] – الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ط2، ج5، ص 182.

[4] – الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، لبنان، ط2، 1402هـ/1982م، ج7، ص 333.

[5] – الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، ج4، ص 375.

-الثاني: نيابة الموصى له عن الموصي في التصرف، فالموصي إما أن يوصي بمال أو يوصي بإقامة نائب عند موته[1].

أما ابن رشد فقد عرف الوصية في الجملة بأنها: "هبة الرجل ماله لشخص آخر أو لأشخاص بعد موته أو عتق غلامه سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح به"[2].

تعريف ابن رشد ساوى بين الوصية والهبة مع أن هناك فروق بينهما ولو أن كلا منهما يتم بطريق التبرع إلا أنهما تصرفان مختلفان من جهتين:

-الأولى الهبة تمليك يثبت في الحال بمعنى أن أثرها ينتج في الحال، أما في الوصية فالتمليك لا يثبت إلا بعد الموت، أي أن أثرها ينعدم بين فترة صدورها من الموصي وموته.

-الثانية: الهبة لا تكون إلا بالعين، والوصية تكون بالعين وبالدين وبالمنفعة[3]، وبناء عليه فإن الوصية في تعريف المالكية تشمل الوصية بالمال كما تشمل الإيصاء بالتصرف.

ج-المذهب الشافعي:

عرف فقهاء الشافعية الوصية:

-عرفها الشربيني فقال: "الإيصاء يعم الوصية والوصايا لغة، والتفرقة بينهما من اصطلاح الفقهاء وهي تخصيص الوصية بالتبرع المضاف لما بعد الموت، والوصاية بالعهد الذي يقوم على من بعده".

فتعريف الوصية لا بمعنى الإيصاء هو تبرع مضاف ولا تقديرا لما بعد الموت، وليس التبرع بتدبير ولا تعليق عتق[4].

-وعرف الشيرازي الوصية: "عهد خاص مضاف إلى ما بعد الموت"[5].

---

[1] – عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المكتبة التجارية الكبيرى، مصر، ط1، ج3، ص 316.

[2] – ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، درا الحديث، القاهرة، 1425ه/2004م، ج2، ص 121

[3] – سيد سابق، فقه السنة، دار الفكر، لبنان، ط2، 1419ه/1998م، ج3، ص 293.

[4] – الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لبنان، 1374ه/1955م، ج4، ص 39.

[5] – النووري، المجموع، شرح المذهب للشيرازي، المملكة العربية السعودية، ج 16، ص 371.

هذا التعريف يشتمل على أنواع من التصرفات لا تعتبر من قبيل الوصية كالعطية في مرض الموت فإن لكل منهما حكم مختلف عن الآخر.

د-المذهب الحنبلي:

عرف الحنابلة الوصية:

-عرفها ابو الخطاب بقوله: "هي تبرع بما يقف نفوذه على خروجه من الثلث"[1].

-وعرف البهوتي الوصية: "الأمر بالتصرف بعد الموت"[2].

وظاهر تعريفات الحنابلة أنهم لا يجيزون الوصية بالمنافع ويجيزونها بالعين فقط.

2-التعريف بالوصية في قانون الأسرة الجزائري:

عرفها قانون الأسرة الجزائري في المادة 184: "الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت"[3].

فالقانون قد جعل معنى الوصية شاملا، وسماها تصرفا، ولم يجعله منجزا بل مضافا إلى أجل غايته موت الموصي[4].

فالتعبير عن الوصية بأنها تصرف يشمل كل صور الوصية من تمليكات وإسقاطات، ويشمل ما يكون بالمنافع وما يكون بالأعيان، ويشمل ما إذا كان الموصى له من أهل التملك، كالوصية لمدين بالاسم أو بالصفة، أو لم يكن من أهل التملك كالوصية لجهات البر والخير من مستشفيات، ومساجد وملاجئ وغيرها[5].

---

[1] – الماوردي، الإنصاف في معرفة الخلاف على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ط1، 1376ه/1957م، ج7، ص 183.

[2] – البهوتي، كشف القناع على متن الإقناع، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1418ه/1997م، ج4، ص 405.

[3] – القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404ه الموافق لـ 9 يونيو 1984م، والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، بموجب القانون 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 الجريدة الرسمية، العدد:15، ص 46.

[4] – زهدور محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991م، ص31.

[5] – أحمد محمود الشافعي، الوصية والوقف في الفقه الإسلامي، دار الهدى، الإسكندرية، 1414ه/1994م، ص 12.

بالإضافة إلى أن هذا التعريف وضحه الذين أعدوا للقانون في أدواره الأولى، وخالفوا فيه تعريفات الفقهاء[1] التي وجهت إليها انتقادات أو أنها غير جامعة، فهي متقاربة تنصب في معنى واحد، وأنها لا تتناول أنواع الوصايا[2].

ويمكن القول بأن تعريف القانون للوصية أشمل وأضبط وأدق[3].

الفرع الثاني: تاريخ الوصية:

تطرقنا في هذا الفرع إلى تاريخ الوصية، أولا: تاريخ الوصية في المجتمعات القديمة، وثانيا: إلى الوصية في الأديان السماوية.

أولا: الوصية في المجتمعات القديمة:

عرفت الوصية منذ عرف الإنسان المال، وأحس بأن حياته الفانية تقتضي التفكير في مآل ثروته، وفي مستقبل أولاده، ولعل الوصية في نشأتها الأولى كانت تلبية لهذه الرغبة واستجابة لتلك الحاجة. وهذه الخشية أشار إليها القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿**وَلْيَخْشَ الَّذِينَ لَوْ تَرَكُواْ مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَافًا خَافُواْ عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُوا اللّهَ وَلْيَقُولُواْ قَوْلاً سَدِيدًا**﴾[4].

فقدماء المصريين يجيزون الوصية في كل من المال ولأي شخص، واستخدمت الوصية أداة لتقسيم التركة على الورثة حال حياة الوارث دون التزام بأنصباء، ودون مراعاة للحقوق، وكانت الوصية في هذه الفترة تصرفا شكليا، فلا تصح إلا كتابة وينص فيها على أنها صدرت من الموصي حال حياته وصحته.

---

[1] – محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، ط2، 1369هـ/1950م، ص 9.

[2] – القاضي الدكتور إلياس ناصيف، الوصية (الوصية للمسلمين وفي القانون الدولي الخاص)، 2003، ج2، ص 13.

[3] – أبو زهرة، شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص 9.

[4] – سورة النساء، الآية 9.

ويكشف التاريخ الوثائقي للقانون في مصر القديمة عن تطور مستمر في القواعد الحاكمة للوصية بما يوحي بأهميتها الاجتماعية، ففي مرحلة تالية اعتبر الإشهاد على الوصية شرط صحة وأصبحت الكتابة دليل إثبات[1].

وعند قدماء اليونان كانت الوصية هي أداة توزيع التركة، فلا تصح إلا في نطاقه، لأن قانون الإغريق لا يسمح بخروج أموال الأسرة عن دائرة أفرادها، فلا تصح الوصية لأجنبي وإذا مات الموصي أصبح الموصى له ربا للأسرة، يتصرف في أموالها وأفرادها بحرية مطلقة لأن له بحكم القانون ولاية عامة على النفس والمال، وسلطات يباشرها أصيلا عن نفسه لا نيابة عن غيره، ولكن المشرع اليوناني "صولون" سمح في قانونه بالتصرف في المال عن طريق الوصية لأجنبي عن الأسرة إذا لم يوجد ابن شرعي للموصي[2].

وقديما عند الرومانيين على الرغم من التطور الذي أنجزته العقلية الرومانية في مجال القانون، إلا أن ارتباط الوصية بالمال وانغماسها في الواقع الاجتماعي جعلها أبعد عن العدل والإنصاف وهو غاية القانون المعلنة عند مشرعي الرومان، فرب الأسرة مطلق من كل قيد يوصي لمن يشاء ويحرم من يشاء، فهو الحاكم المطلق في ماله، وكانت الوصية عندهم معروفة منذ عهد الألواح الاثني عشر وتأتي الوصية عندهم في صور مختلفة.

-الوصية بتنصيب الوارث.

-الوصية بتنصيب الوصي على القاصرين أو على النساء البالغات.

-الوصية بتحرير الأرقاء أو بتوزيع الإرث.

-الوصية بشيء من المال الذي يملكه الموصي لأي أحد.

---

[1] – محمد كمال الدين وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية (الخاصة بالميراث والوصية والوقف في الفقه والقضاء)، منشورات الحلبي، الحقوقية، بيروت، ط1، 2007، ص 374.

[2] – محمد كمال الدين وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 375.

وعلى الرغم من أن الوصية ظلت في الأصل المعمول بـــه لتوزيـــع الإرث عنـــد الرومان، إلا أن إصلاحات "جاستيان" هذبت من مثالية الوصية وإطلاق يد الموصي، فقـــد قيد حريته بقيود من شأنها الاحتفاظ بجزء من المال لأقربائه الأدنيين، وقد انتقلـــت هـــذه القواعد فيما بعد إلى القانون الفرنسي وغيره من القوانين الأوروبية[1].

أما عرب الجاهلية عرفت الوصية عندهم، ولكنها الوصية المطلقة التي لا يقيدها إلا إرادة الموصي، فهي تصح للأقارب والأباعد وللوارث وللأجنبي، وللبشر وللآلهة، وحماية للأولاد أو بقصد التفاخر والمباهاة، بل قد تكون الوصية من الموصي للموصى له حتـــى يلتزم بالبكاء على الموصي عند موته والإشادة بذكره، وإعلان مناقبه والتغني بمآثره، إلى الغوص علائقه عاطفية وقواعد عشائرية، أما حياته الدينية فكانت خليطا غير متجانس من الآراء والمعتقدات تمثل إرهاصا في الهزيع الأخير من الليل المولد دين جديد[2].

ثانيا: الوصية في الأديان السماوية:

فالوصية عند اليهود لها تنظيم موضوعي وآخر إجرائي.

أ-التنظيم الموضوعي: الوصية في اليهودية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، قد يـــتم حال الصحة، وقد يتم حال المرض.

-ففي حال الصحة لا تجوز الوصية إلا إذا تـــوافرت فيهـــا جميـــع الشـــروط اللازمـــة لاعتبارها، وإذا كان للموصي وله ذكر فلا تصح وصيته بأكثر من نصف ماله. ويضـــمن له الموصى له الديون المستحقة على الموصي بقدر قيمة الأعيان الموصى بها مقومة بيوم الوصية، فإذا زادت قيمتها وهي في يد الموصي له فلا حق للدائن في زيادة الحاصلة مهما كان سببها.

أما إذا نقصت قيمة الأعيان كما كانت عليه وقت إنشاء الوصية فلا يلزم الموصـــى له بالفرق ولو كان النقص ناشئا عن فعله.

---

[1] – محمد معروف الدواليبي، الوجيز في الحقوق الرومانية وتاريخها، ط5، دمشق، 1963، ص 122-123.

[2] – كمال الدين وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 378.

أما الوصية حال المرض، فإنها من الأحوال التي يجوز الرجوع عن الوصية بعد شفاء المريض شريطة أن يكون قد أوصى بجميع ماله، لأن تصرف اليائس المختلط، فله أن يرجع عند الشفاء، أما إذا أوصى المريض ببعض ماله وأبقى لنفسه البعض الآخر فلا محل للرجوع عن الوصية بعد الشفاء.

ب-التنظيم الإجرائي: لا تصح وصية المريض في التشريع اليهودي إلا كتابة في حال عدم الإشهاد، وتجوز شفاهة إذا صدرت في حضور شاهدين أما الوصية في التشريع المسيحي تخلط "قوانين الملوك" لابن العسال التي تعتبر أهم مصدر يعتمد فيه على اجتهادات الآباء، وأوامر المجامع حين تتحدث عن الوصية بما يؤدي إلى الخلط ويصعب مهمة وضع الحدود الفاصلة بين ما يصح أنه يورث أو يوقف أو يوصى به، وقد أباحت "قوانين الملوك" الوصية للوارث، وللغرباء والأقرباء غير الوارثين وللعبيد والمعتقين ولكاتب الوصية بشرط ألا يكون ما يخصه مكتوبا بخطه هو، أو بخط الموصي أو غيره.

وتشير القوانين أن الموصي يسجل ما يوصي به في كتاب وصية يذكر فيه قدر الوصية، والموصى إليهم، والموصى لهم، وأن يشهد على الوصية شهود يقررون أنهم سمعوا الوصية من فهم الموصي نفسه[1].

-ثم جاء الإسلام بمنهجه الرباني ينظر إلى الإنسان أولا بحسب قيمته، وهي القيمة الأساسية التي لا تفارقه في حال من الأحوال، ثم ينظر بعد ذلك حسب تكاليفه الواقعية في محيط الأسرة وفي محيط الجماعة فوضع للوصية قواعد وشروطا مبنية على أسس من العدل وصلة الرحم، فألزم الناس أصحاب الأموال قبل تشريع الميراث بالوصية للوالدين والأقربين، فكانت الوصية في بداية الإسلام واجبة بكل المال للوالدين والأقربين بقوله تعالى: ﴿**كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ**﴾[2].

---

[1] – كمال الدين وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 379-381.

[2] – سورة البقرة، الآية 180.

وحينما نزلت سورة النساء بتشريع المواريث تفصيلا نسخت وجوب الوصية وبقي الاستحباب، وقيدت الوصية المشروعة في الإسلام بقيدين:

أحدهما: عدم نفاذ الوصية للوارث إلا بإجازة الورثة وذلك لما ورد عن ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «أن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث»[1].

الثاني: تحديد مقدارها بالثلث لقوله صلى الله عليه وسلم لسعد بن أبي وقاص الذي أراد أن يوصي بجميع ماله: الثلث والثلث كثير وذلك حفاظا على حقوق الورثة حتى لا يتعرضون لذل الحاجة.

وبذلك نجد أن نظام الوصية في الإسلام يتسم بالعدالة والرحمة، لأن الوصية في الإسلام لا إفراط فيها ولا تفريط، فللورثة حقهم في التركة وهو النصيب الأكبر فيها، ومنه أن نظام الإسلام يكل لكل ذي حق حقه دون حيف أو شطط[2].

المطلب الثاني: أدلة مشروعيتها وحكمها والحكمة منها

عالجنا في هذا المطلب حكم الوصية، فالفرع الأول تحت عنوان أدله مشروعية الوصية، والفرع الثاني: حكمها وفي الفرع الثالث: الحكمة منها.

الفرع الأول: أدلة مشروعيتها

حيث تعددت أدله مشروعية الوصية وذلك من الكتاب والسنة والإجماع.

أولا: أدلة مشروعيتها في الفقه الإسلامي

شرعت الوصية في كتاب الله عز وجل، وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، كما ثبتت بالإجماع والمعقول[3].

---

[1] – العاني عبد القاهر، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية والقانون، ط1، ت ط، 1415ه/1994م، ج7، ص9.

[2] – علي جواد، المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط1، ت ط، 1970، ج5، ص562.

[3] – وهبة الزحيلي، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، دار الفكر، سوريا، ط2، 1417ه/1996م، ص 14.

1-الكتاب:

قال الله عز وجل: ﴿**يُوصِيكُمُ اللّهُ فِي أَوْلاَدِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ فَإِن كُنَّ نِسَاء فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِن كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلأُمِّهِ السُّدُسُ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ آبَآؤُكُمْ وَأَبناؤُكُمْ لاَ تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعاً فَرِيضَةً مِّنَ اللّهِ إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلِيما حَكِيمًا**﴾[1].

ووجه الدلالة لهذه الآية على مشروعية الوصية، أن الله سبحانه وتعالى شرع الميراث مترتبا على الوصية مؤخرا عنها عند وجودها، فدل ذلك على جوازها، على أن الميراث يتعلق بالباقي من التركة بعد أداء الديون وتنفيذ الوصايا، وهذا يدل على مشروعية الوصية.

قال الله عز وجل: ﴿**كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ**﴾[2].

ووجه الدلالة من الآية الكريمة على مشروعية الوصية، أن الله سبحانه وتعالى فرض عليكم إذا حضر أحدكم أسباب المهالك وكان قد ترك خيرا أن يوصي لوالديه وأقرب الناس إليه بالمعروف.

وهو العدل الذي لا وكَس فيه ولا شطط بأن لا يوصي للأغنياء ويترك الفقراء، وأن لا يقتصر على الأبعد دون الأقرب، بل يرتبهم على القرب والحاجة، حقا لازما على المتقين لله تعالى[3].

---

[1] – سورة النساء، الآية 11.

[2] – سورة البقرة، الآية 180.

[3] – عبد الرحمن السعدي، تفسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، دار الفكر، لبنان، ط1، 1423ه/2002م، ص44.

وقوله تعالى: ﴿**يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الأَرْضِ...**﴾[1].

ووجه دلالة الآية الكريمة على مشروعية الوصية أن الله سبحانه وتعالى طلب من المؤمنين طلب ندب وإرشاد أن يشهدوا على الوصية في حال السفر، وذلك أدعى لتحقيقها وثبوتها، وذكر الكتابة مبالغة في زيادة التوثيق.

وقد ورد عن الصحابة الكرام رضوان الله تعالى عنهم أنهم كانوا يكتبون وصاياهم ويشهدون عليها، وكان يروى عن عمر ابن الخطاب رضي الله تعالى عنه أنه كلما أراد السفر يكتب وصيته ويختمها ثم يسلمها إلى من يأتمنه، بحضور عدد من الشهود، بعد أن يؤكد أمامهم أنها وصيته التي أرادها تحسبا للتناسي، أو لإصابته بأي حادث يفضي بحياته، وكان رضي الله تعالى عنه يسترد الوصية عند عودته ولا يعلم مضمونها أحد[2].

2-السنة:

وردت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أحاديث كثيرة تدل على مشروعية الوصية، فمن ذلك:

ما روي عن عبد الله بن عمران رضوان الله تعالى عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «ما حق امرئ يبيت ليلتين وله شيء يريد أن يوصي فيه إلا وصيته مكتوبة عند رأسه»[3].

ووجه دلالة الحديث على مشروعية الوصية، أن الرسول صلى الله عليه وسلم يحث على المبادرة على كتابة الوصية، وجعل التأخير عن كتابتها ليس من الحزم والإحياط، لأن الإنسان قد يموت فجأة فلا يستطيع الوصية.

---

[1] – سورة المائدة، الآية 106.

[2] – هشام قبلان، الوصية الواجبة في الشريعة الإسلامية، عويدات للطباعة والنشر، بيروت، باريس، ط1، 1985، ص 94.

[3] – رواه البخاري، كتاب الوصايا، محمد بن عبد الهادي، كتاب حاشية السندي على سنتي ابن ماجة، دار الجيل، بيروت، ط2، ج2، ص 155.

«عن سعد بن أبي وقاص رضي الله تعالى عنه قال: جاءني في رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني في عام حجة الوداع من وجع اشتد بي، فقلت: يا رسول الله إنني قد بلغ بي من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا ترثني إلا ابنة، أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال "لا"، قلت: فبالشطر يا رسول الله؟ قالا لا، فقلت الثلث، قال: الثلث والثلث كثير، إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من تدعهم عالة يتكففون الناس وإنك مهما أنفقت من نفقة فإنها صدقة حتى اللقمة ترفعها إلى في امرأتك وعسى الله أن يرفعك، فينتفع بك أناس ويضر بك آخرون»[1].

ووجه دلالة الحديث على مشروعية الوصية أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حدد لسعد رضي الله عنه المقدار الذي يوصي به وهو الثلث، بعد أن منعه من التصدق بالثلثين وبالنصف وأجاز له الثلث فلو لم تكن الوصية مشروعة لمنعه صلى الله عليه وسلم من التصديق بالثلث، فلما سمح له بذلك دل على أنها مشروعة.

عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إن الله تصدق عليكم عند موتكم بثلث أموالكم زيادة في أعمالكم»[2].

3-الإجماع:

أجمع الصحابة رضوان الله تعالى عنهم، والتابعون وجميع العلماء من عهد النبي صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا على مشروعية الوصية قولا وعملا، ولم ينقل عن أحد القول بعدم مشروعيتها، وتلقت الأمة الإسلامية ذلك بالقبول، والمسلمون يوصون من غير إنكار من أحد، فيكون ذلك إجماعا من الأمة مستندة في ذلك إلى الكتاب والسنة[3].

---

[1] – رواه مسلم، كتاب الوصية، مرعي الشهري، أحكام المجاهد بالنفس في سبيل الله عز وجل في الفقه الإسلامي، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، دار العلوم والحكم، سوريا، ط1، 1423هـ/2003م، ج2، ص 537.

[2] – رواه ابن ماجة، كتاب الوصية، الرباعي، فتح الغفار الجامع لأحكام سنة نبينا المختار، المحقق: مجموعة بإشراف السيخ علي العمران، دار عالم الفوائد، ط1، 1427هـ، ج3، ص 1344.

[3] – عبد الرحمن العدوي، الوصية الواجبة، المكتبة الأزهرية للتراث، ط1، 2006، ص 6.

4-المعقول:

إن العقل يقر الوصية لأن الناس، بحاجة إليها، فالإنسان يحتاج إلى أن يزيد في الحسنات والقربات، وكذلك أن يتدارك ما فرط في حياته من أعمال الخير، أو يكون قد قصر في أداء بعض الواجبات، أو يكافئ من أسدى له معروفا في حياته، أو يكفر عن الذنوب والسيئات، استمرارا للأجر والثواب بعد الوفاة، قال الكساني في كتابه بدائع الصنائع: فإن الإنسان يحتاج إلى أن يكون ختم عمله بالقربة، زيادة على القرب السابقة على ما نطق به الحديث. أو تداركا لما فرط منه في حياته، وذلك بالوصية، وهذه العقود ما شرعت إلا لحوائج العباد إليها، فإذا مست الحاجة إلى الوصية وجب القول بجوازها[1].

وقال المرغيناني في كتابه الهداية شرح بداية المبتدئ: الوصية شرعت لحاجة الناس إليها، لأن الإنسان مغرور بأمله، مقصر في عمله، فإذا عرض له المرض وخاف الهلاك يحتاج إلى تلافي ما فاته من التقصير بماله على وجه لو تحقق ما كان يخافه يحصل مقصوده المالي، ولو اتسع الوقت وأحوجه إلى الانتفاع به صرفه إلى حاجته الحالية فشرعها الشارع تمكينا منه جل وعلا من العمل الصالح وقضاء لحاجته عند احتياجه إلى تحصيل المصالح[2].

ثانيا: حكم الوصية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

نقل ابن قدامة -رحمه الله- الإجماع على جواز الوصية فقال "وأجمع العلماء في جميع الأمصار والأعصار على جوزا الوصية"[3]، وسنتطرق في هذا الفرع إلى حكم الوصية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

حكم الوصية له جانبان:

---

[1] – الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 1406ه/1989م، ج7، ص 330.

[2] – برهان الدين المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدئ، المطبعة الخيرية، القاهرة، 1326ه/1908م، ج3، ص 582.

[3] – الشربينتي، معنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، ص390.

أحدهما: من حيث الفعل أو الترك.

والثاني من حيث الأثر الشرعي المترتب عليها.

أ)- حكم الوصية من حيث الفعل أو الترك:

وحكم الوصية من ناحية الفعل أو الترك يراد به الوصف الشرعي لها، والوصف الشرعي من حيث ذاته فيما يتعلق بالوصية لا خلاف بين الفقهاء في أنه يمكن أن يعتريها الأحكام التكليفية الخمسة حيث يدور حكم الوصية بين الوجوب الاستحباب والكراهية والتحريم والإباحة.

1- الوصية الواجبة:

تجب الوصية على من له مال يوصي فيه، وإذا كان الإنسان حق لله تعلى ككفارة، أو دين لا تبينه فيه أي أن يكون مدينا ولا أحد يعلم عن دينه إلا الله والموصي وصاحب الدين فهنا تجب الوصية، لأن وفاء الدين واجب، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

وكذا تجب الوصية للأقربين الذين ليس لهم حق في الإرث وكانوا فقراء والموصي غنيا فهناك تجب عليه الوصية لهؤلاء الأقارب[1]، دليل ذلك قوله تعالى: «كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين»[2].

2- الوصية المستحبة:

إذا كان الموصى ذا مال وورثه أغنياء وكذا أقاربه لا حاجة لهم بالمال فهنا يستحب الوصية بما يره الموصي نفعا بعد موته[3]، لحديث أبي هريرة -رضي الله عنه- عن

[1] - سليمان بن جاسر بن عبد الكريم، لمحات مهمة في الوصية، مدار الوطن للنشر، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط2، 1434هـ/2013م، ص14.

[2] - سورة البقرة الآية 180.

[3] - سليمان جاسر، لمحات مهمة في الوصية، المرجع السابق، ص 14.

النبي- صلى الله عليه وسلم أنه قال: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له»[1].

3- الوصية المكروهة:

وتكون مكروهة إذا كان مال الموصي قليلا وورثه محتاجين، لأنه في هذه الحالة ضيق على الورثة، ولذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لسعد- رضي الله عنه: «إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكفغون الناس»[2].

كما تكره لأهل الفسق متى علم أو غلب على ظنه أنهم سيستعينون بها على الفسق والفجور، أما إذا غلب على ظنه صرفها في المباحث وفيما يساعده على البعد عن المعاصي والتوبة الخالصة والرجوع إلى الله فإنها تكون مباحة تصل إلى درجة الندب.

4- الوصية المحرمة:

وهي الوصية التي لا تجوز ويأثم صاحبها وهي أنواع:

- الأول: ما زاد على الثلث بدون إذن من الورثة لورود النهي عنه في حديث سعد- رضي الله عنه- المتقدم فإذا أذنوا فالصحيح جوازها.

- الثاني: إذا كانت لوارث، لقوله -صلى الله عليه وسلم- «لا وصاية لوارث»[3].

لأن ذلك لا يجوز في الحياة، فلا يجوز بعد الممات، لقوله تعالى: ﴿**ولا تعاونوا على الإثم والعدوان**﴾[4].

- الرابع: تحرم إذا كان فيها إضرار بالورثة لما روي عن عبد الرزاق عن أبي هريرة رضي الله عنه -قال رسول الله- صلى الله عليه وسلم: «إن الرجل ليعمل بعمل أهل الخير سبعين سنة فإذا أوصى حاق في وصيته فيختم له بشر عمله فيدخل النار، وإن

---

[1] - أخرجه مسلم في كتاب الوصية، باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته 1255/3.

[2] - رواه البخاري، فتح الباري، شرح صحيح البخاري، كتاب الوصايا، باب أن يترك ورثتك أغنياء خير من ، كما يتكفعوا الناس 1007/3.

[3] - رواه البخري، فتح الباري شرح صحيح البخاري، كتاب الوصايا، باب لا وصية لوارث، 437/5.

[4] - سورة المائدة، الآية 2.

الرجل ليعمل بعمل أهل الشر سبعين سنة فيعدل في وصيته فيختم له بخير عمل فيدخل الجنة»[1]. قال أبو هريرة «اقرؤوا إن شئتم» ﴿**تلك حدود الله فلا تعتدوها**﴾[2].

5- الوصية المباحة:

وهي ماعدا ذلك من الوصايا المتقدمة كان يكون الموصي ماله قليل وورثته غير محتاجين، فهناك تباح الوصية.

قيد: وتكون مباحة في الصور السابقة بشرط أن يكون الشيء الموصى به مباحا أما إذا كان من أفعال القربات فإنها مستحبة[3].

ب- حكم الوصية من حيث الأثر الشرعي المترتب عليها:

لا خلاف بين الفقهاء في أن الحكم الشرعي للوصية بهذا المعنى إنما هو حدوث الملك الموصى له في الموصى به وقت الموت لا وقت الوصية، لأن الوصية ليست بتمليك في الحال، بل هي تمليك مضاف لما بعد الحياة بدون عوض.

كما اتفق الفقهاء على ضرورة الإيجاب بالوصية من الموصى لصحته لأن إيجاب الموجب ركن في الوصية بالإجماع، ولكنهم اختلفوا في القبول لها هل يعتبر شرطا في صحتها، أو ركنا فيها أم لا، على النحو التالي:

1- جمهور الفقهاء وهو الأئمة الأربعة يذهبون إلى أن الوصية إن كانت لغير معين كالفقراء لزمت بموت الموصي ولا تحتاج إلى قبول الموصى له حيث لا يعتبر القبول هنا ركنا ولا شرطا[4].

وأما إذا كانت الوصية لمعين فإنها تحتاج إلى قبول، ويكون القبول ضروريا لصحتها ولزومها، سواء كان ركنا أم شرطا.

---

[1] – ضعيف سنن الترميذي للألباني.

[2] – سورة البقرة الآية 229.

[3] – سليمان بن جاسر، لمحات مهمة في الوصية، المرجع السابق، ص14.

[4] – المرجع نفسه، ص19.

2- وذهب نفر من الحنفية إلى أن قبول الموصى له لا يعد ركنا ولا شرطا سواء كانت الوصية لمعين كمحمد بن فلان أو لغير معين كالفقراء والمساكين، وذلك لأن الوصية ركنها الإيجاب فقط ولا تحتاج إلى قبول.

ويتفق جمع الفقهاء على أن القبول لا يلزم الفورية بعد الموت وأنه إذا حدث القبول بعد الموت تأكد صحة الوصية ولزومها ودخولها في ملك الموصى له- ولكنهم اختلفوا فيما إذا تأخر القبول بها لفترة ثم تم القبول هل العبرة بوقت القبول في الملك أم بموت الموصي أم هما معا[1].

- الملكية ولهم في ذلك ثلاثة أقوال:

أحدهما: أن ملكها من حين الموت مطلقا.

والثاني: من وقت القبول.

والثالث: اعتبارهما معا.

- جمهور الفقهاء:

وهو التفريق بين ما كانت الوصية لمعين أو لغير معين، فإن كانت لمعين لزم قبول واعتبر من وقته حتى لا يؤدي التأخير إلى ضرر الورثة، ولحثه على سرعة القبول أو الرد حتى تتحدد الحقوق بالنسبة لأثار المال الناتجة عنه.

أما إن كانت الوصية لغير معين فإنها تلزم بالموت ولا تحتاج إلى قبول هذا يكون المرعن في المالكية هنا وقت الموت، وهو المذهب الراجح[2].

ثانيا: في قانون الأسرة الجزائري:

وأما حكمها بالمعنى الثاني، كما يقول الكشكشي، وهو الحكم الوضعي الذي يكون له أثر في اعتبارها أو عدم اعتبارها، على النحو التالي:

---

[1] – سليمان بن جاسر، لمحات مهمة في الوصية، المرجع السابق، ص 20.

[2] – المرجع نفسه، ص 21.

أ- تكون الوصية صحيحة تترتب عليها أرائها، عند كل مذهب من مـــذاهب الفقهـــاء إذا استوفت أركانها وشرائط صحتها في هذا المذهب، وتكون غير صحيحة إذا فقدت ركنا أو شرطا من شرائط صحتها فيه، فلا يترتب عليها شيء من الآثار كوصية المجنون والصبي غير المميز.

ب- والوصية الصحيحة تكون نافذة في كل مذهب إذا استوفت شرائط النفاذ التي اشترطها علماء هذا المذهب، وتكون غير نافذة إذا فقدت شرطا منها، كوصية المدين بدين مستغرق مثلا، فإنها تكون موقوتة على أجاز صاحب الحق المتعلق بها.

ج- الوصية النافذة تكون لازمة إذا مات الموصي مصرا عليها، وتكون لازمة كالوصـــية الاختيارية في حياته فإن له الرجوع عنها مادام حيا ولم يمت مصرا عليها[1].

ثالثا: مشروعية الوصية في قانون الأسرة الجزائري

لقد نظم المشرع الجزائري الوصية في قانون الأسرة الجزائري في الفصـــل الأول من الكتاب الرابع المتعلق بالتبرعات في مواده من المادة 184 إلى 201 وعرفهـــا بأنهـــا "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع".

هذا التعريف الوارد في قانون الأسرة جاء جامع مانع يشمل كل شيء يوصي بـــه الشخص بعد وفاته، أي لكل صور الوصية يقرها القانون.

ومعنى مصطلح "تمليك" الوارد في المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري هو أن الوصية بالأعيان من منقول أو عقار وكذا الوصية بالمنافع من سكن أو زراعة أو أرض، وجميع أنواع الوصايا سواء كانت بالمال أو غيره.

أما المراد من جملة "مضاف ما بعد الموت" أن التصرف الذي قد تم في حال الحياة لا يترتب إلا بعد الموت.

[1] – محمد كمال الدين، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف في الفقه والقانون والقضاء، المرجع السابق، ص 41.

أما المقصود من كلمة "التبرع" هو أن الوصية تتم بدون عوض باعتبارها أوجبها لموصي في ماله تطوعا بعد موته.

إن تنظيم الوصية في قانون الأسرة الجزائري جاء ناقصا وبعيدا عن المبتغى، غير أن المادة 222 منه فتحت الباب على مصراعيه أمام القاضي للجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية[1].

الفرع الثاني: الحكمة من مشروعية الوصية

الإنسان بحكم بشريته وفطرته شديد الحب للمال، مغرور بماله، كثير ما يكون ظالما لنفسه وللناس، كثيرا ما يقصر في أعمال البر وتحصيل الثواب حتى إذا تذكر، وعرض له عارض وخاف الهلاك، يحاول أن يتدارك بماله ما فاته في الماضي من العمل الصالح وقصر في تحصيله، وقد يبدو له أن يكافئ شخصا أسدى إليه في حياته معروفا أو قدم إليه فيها جميلا، وقد يقصد مساعدة غير الوارثين من أقربائه أو غيرهم ممن تشتد حاجتهم إلى المال يريد أن يرفع ظلما كان قد أصاب به غيره، إلى غير ذلك من أسباب القربى، وأعمال البر، وفي الوقت نفسه يخشى أن يتبرع بماله في الحال، ثم تمتد به الأيام ويطول به الأجل، فيحتاج إليه ليصرفه في قضاء مصالحه في الدنيا ودفع حاجته فيها، فكان أن شرع الحكيم بما في نفوس العباد والوصية تمكينا لهم من العمل الصالح، لأنها تصرف يحقق للإنسان عرضه، فيما يتحقق مقصده الأخوي، إذا يحتج ومات مصرا على وصيته، يقول صلى الله عليه وسلم «إن الله تصدق بثلث أموالكم عن وفاتكم زيادة في حسناتكم».

وبها يتحقق مقصده الدنيوي إذا طال عمره وأحوجته الأيام إلى ماله الموصى بيه، ليصرفه فيما هو حاجة إليه، لأن المال الموصى به يظل مملوكا له طوال حياته ولو شرعا حق الرجوع في وصيته[2].

---

[1] - https://m.facebook.com

[2] – أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص 13، 14.

والأصل في الوصية أنها لا تلزم إلا بالموت، والموت يزيل الملك فلا يجوز تصرف الإنسان فيما يملك، ولكن الشارع أجاز الوصية لأن النص أقوى من القاعدة، لما فيه من مصلحة خاصة ومصلحة عامة[1].

أولا: المصلحة الخاصة:

وهي قد تتعلق بالموصي ذاته، حيث يمكن تدارك ما فاته، وتحميل ما عساه قصر فيه من أعمال الخير، أو ما يرغب فيه من مساعدة أصدقائه وأقربائه غير الوارثين، والوصية تحقق له مقاصده دون مخاطر، فحق الرجوع عن الوصية ثابت للموصي إذا امتد به الأجل واشتدت الحاجة وأعوزته الأيام فالوصية تبرع لا خوف منه.

وتتعلق بغيره من أقربائه غير الوارثين فتحقق لهم موردا قد يكونون في حاجة إليه، بل إنه قد يرفع عن الأسرة عناء التطاحن، ومتاعب الحسد الذي يوجب الفرقة، والحقد الذي يولد التنازع والتخاصم.

ثانيا: المصلحة العامة:

وهي مصلحة المجتمع فإن الوصية باب من أبواب الإنفاق في وجوه الخير عامة، كالمساجد والمدارس والمكتبات وعلى أصحاب الحق في التكافل الاجتماعي، ولهذا كانت الوصية من قوانين التكافل في نظام الإسلام[2].

بل إن الوصية بالإضافة إلى ذلك وسيلة الإنسان ما ظهرت أمارة الموت أو يوصي بإيصال ما عنده من أموال الناس من الودائع والبضائع ونحوها إلى أربابها والإشهاد عليها، وخصوصا إذا خصيت الورثة، وغير ذلك مما يحفظ التماسك الاجتماعي، ويوصد أبواب الصراع الفردي والجماعي.

---

[1] – محمد كمال الدين أمام، الوصية والوقف في الإسلام، مقاصد وقواعد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999، ص33، 34.

[2] – المرجع نفسه، ص 34.

فالوصية إذا أحسن المسلم استعمالها تحقق المصلحة العامة والخاصة مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم: «إن الله تصدق بثلث أموالكم زيادة في أعمالكم فضعوها حيث شئتم»[1].

[1] – محمد كمال الدين أمام، الوصية والوقف في الإسلام، المرجع السابق، ص 34.

المبحث الثاني: أركان وشروط الوصية

اختلف الفقهاء في تحديد أركان الوصية وهذا الخلاف جاز في سائر العقود، فالحنفية[1] يرون أن العقد هو تلاقي إرادتين، وهاتان الإرادتان خفيتان والرضا أمر خفي لذا جعلوا الصيغة معبرة عنه واعتبروا أن أركان الوصية تنحصر في الصيغة لأنها معبرة عن الإرادة وكأن الركن عندهم هو الإرادة بينما يرى الجمهور أن الأركان تتعدى من الصيغة إلى من يمارس العقد وحيث إن الوصية ليست عقد معاوضة وأنها ذات طبيعة خاصة لذا قالوا إن أركان الوصية أربعة وهي: الصيغة والموصي والموصى له والموصي به[2].

المطلب الأول: أركان الوصية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

تقوم الوصية على أربعة أركان هي كالآتي: الموصي والموصى له والموصى به والصيغة ولقد اختلف الفقهاء حول هذه الأركان:

- فهناك من ذهب إلى أن الصيغة هي الركن الوحيد للوصية وبقية الأركان اعتبروها شروط لها وهذا ما أخذ به الحنفية[3].

- ذهب ابن رشد إلى أن الصيغة لا تكفي وحدها لنشوء الوصية بل لا بد من أركان أربعة[4].

ولكن الرأي الراجح القول بأن الوصية أربعة أركان وهي الموصي والموصى له والموصى به والصيغة لكونها الحد الأدنى المتفق عليه بين الفقهاء[5]، ومع ذلك سنشير وإن اعتبرها البعض شروط مفصلة مراعاة للتسلسل المنطقي.

---

[1]- علي حيدر، درر الأحكام في شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، ط 1، 1411هـ/ 1991م، ج 1، ص 91.

[2]- العدوي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، دار الفكر، بيروت، د ط، 1414هـ/ 1994م، ج 2، ص292.

[3]- ابن العابدين، حاشية رد المختار على در المختار، المرجع السابق، ص 648.

[4]- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ص 63.

[5]- زهدور محمد، الوصية في القانون المدني والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 63.

الفرع الأول: الصيغة: هي تصرف الشخص المعبر عن إرادته، فهي توجد في أشكال مختلفة فنجدها مرة منجزة وأخرى مضافة أو معلقة فإن كل منها قد يكون مقيد بشرط مطلق[1].

الفرع الثاني: الموصي: هو الشخص الذي يتبرع بماله أو شيء عيني، أو بالمنافع وأن يكون مالك صحيح المالك.

الفرع الثالث: الموصى له: هو كل شخص موجود وقت الوصية واستمر وجوده إلى وفات الموصي ما لم يكن وارثا، ويدخل الإيصاء عند استهلال المولود[2].

الفرع الرابع: الموصى به: هو محل الوصية التي يظهر حكمها فيه[3].

المطلب الثاني: شروط الوصية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

للوصية شروط وتلك الشروط إما في الصيغة أو الموصى أو الموصى له، أو في الموصى به، ذكرنا في الفرع الأول: أنواع وشروط الصيغة، والفرع الثاني: شروط الموصى به، وفي الفرع الثالث: شروط الموصى له، وفي الفرع الرابع: شروط الموصى به.

الفرع الأول: أنواع وشروط الصيغة

يشترط للوصية شروط كثيرة منها شروط لصحتها وأخرى لنفاذها وهي موزعة على الأمور الأساسية الأربعة التي لا توجد الوصية إلا بها وهي: الصيغة، الموصي، الموصى له، والموصى به.

أولا: أنواعها وشروط كل نوع منها

أ- **الصيغة المنجزة:** هي التصرف الدال على وجود التصرف في الحال.

---

[1]- محمد مصطفى شبلي، أحكام الوصايا والأوقاف، الدار الجامعية للطباعة والنشر، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1982، ص58.

[2]- زهدور محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 70.

[3]- الصادق عبد الرحمان الغرياني، الفقه المالكي، مؤسسة الريان، لبنان، ج 4، ط 2006، ص 280.

ب- الصيغة المضافة: هي الدالة على وجود التصرف في الحال وتأجيل حكمه إلى المستقبل. كما أقر القانون الجزائري بأن الوصية تمليك مضاف إلى أجل مستقبلي، أي لما بعد الموت بطريق التبرع[1].

ج- الصيغة المعلقة: وهي أن تكون صيغة التصرف معلقة على شرط سيوجد في المستقبل فيتحقق الشرط وبعد التصرف قائم يظل هذا الشكل معلق إلى أجل تحقيق وفاة الموصي. كأن يقول إن ملكت هذه الدار فقد جعلتها مأوى للغرباء بعد وفاتي[2].

الصيغة هي توافق الإرادتين الإيجاب والقبول، لكن هناك اختلاف بين الفقهاء حول هاتين الإرادتين:

رأي الأحناف: فيرون خاصة الإمام زفر يقول بأن أركان الوصية هو الإيجاب فقط بحيث جعل الوصية تنشأ بإرادة منفردة فهذا الرأي لا يأخذ بالصفة الشرعية لطبيعة الوصية حيث لا يمكن تمليك شخص جبرا[3].

رأي الشافعية: ذهبوا بأن الوصية على غير الميراث، وأن ركن الوصية هو الإيجاب أما القبول فهو شرط لزوم فقط لصحة الوصية.

رأي المالكية: فذهبوا إلى أن الوصية هي إيجاب الموصي وقبول الموصى له وهو شرط لصحة الوصية على أن يكون هذا القبول بعد وفاة الموصي[4].

أما المشرع الجزائري فقد أخذ برأي المالكية استنادا إلى المادتين 197 و198 من قانون الأسرة الجزائري.

فالمادة 197 من ق.أ.ج جاء فيها ما يلي: يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي[5].

---

[1]- مصطفى شبلي، أحكام الوصايا والأوقاف، المرجع السابق، ص58.

[2]- ابن العابدين، حاشية رد المختار على در المختار، المرجع السابق، ص 648.

[3]- زهدور محمد، الوصية في القانون المدني والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 65.

[4]- دلاندة يوسف، قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا، الأحوال الشخصية والمواريث، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 146.

[5]- زهدور محمد، الوصية في القانون المدني والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 65.

أما المادة 198 من ق.أ.ج جاء فيها ما يلي: إذا مات الموصى لـــه قبـــل القبـــول فلورثته الحق في القبول أو الرد[1].

وعليه فإن المقصود بالإيجاب في نطاق الوصية هو كل لفظ، أو إشـــارة أو كتابـــة تدل على قصد تمليك بعد الموت.

بالنسبة للفظ أو القول:

لابد أن يكونا صريحين كأن يصح بكل ما يدل ذلك مثلا: يقول الشخص أوصـــيت لفلان بمنزل أو بعين من الأعيان[2].

قد يكون اللفظ ضمنيا يفهم من خلاله أن هذا التصرف هو وصـــية مـــثلا يقـــول: "اعطوا امنحوا أهبوا كذا بعد موته".

نجد التعبير باللفظ هو الأفضل للتعبير عن إرادة الشخص إلا أن في حالـــة فقـــدان قدرته على التعبير باللفظ أجاز له التعبير عنه بالكتابة إذا كان الشخص قادرا على التعبير عن إرادته باللفظ واستعمال الكتابة فهو جائز عقد الملكية وأجازوا التعبير بالإشارة حتى ولو كان المعبر عن إدارته قادرا على النطق[3].

أما غيرهم من الفقهاء ذهبوا إلى عدم قبول الإشارة إلا إذا كان الشـــخص المعبـــر أخرس[4].

أما القانون المدني الجزائري فقد أخذ بالمذهب المالكي وهذا ما جاء في نص المادة 60 الفقرة الأولى والثانية من ق.م.ج.

الفقرة الأولى: التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفـــا كمـــا يكون باتخاذ موقف لا يدع شك في دلالته على مقصود صاحبه.

---

[1]– زهدور محمد، الوصية في القانون المدني والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 65.

[2]– كمال حمدي، المواريث والهبة والوصية، الإسكندرية، مصر، 1998، ص 193–194.

[3]– الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـــ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ص 14.

[4]– القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 14.

الفقرة الثانية: ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا.

ولهذا لا يشرط في الإيجاب ألفاظا مخصوصة بل بكل ما يدل عليه.

الفرع الثاني: الشروط الخاصة بالموصي

لا بد لنفاذ الوصية أن تتوفر في الموصي شروط حتى تصبح وصيته صحيحة حيث إذا تخلفت إحدى الشروط لا تصح الوصية، وهذه الشروط هي:

أولا: أهلية التبرع

يجب أن تتوفر في الموصي أهلية التبرع عند الصدور وذلك بأن يكون عاقلا بالغا مميزا.

في القانون المدني الجزائري يعتبر الشخص عديم التمييز طالما أنه لم يبلغ سن السادسة عشر من عمره[1]، وهذا طبقا لنص المادة 42 الفقرة الثانية من ق.م.ج التي جاء فيها يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشرة سنة[2].

فإذا أبرم شخص جزائري وصيته قبل بلوغ الثالثة عشرة عدت الوصية غير قائمة لصدورها من شخص عديم التمييز.

فالوصية لا تصح من صبي باعتبارها تبرع مالي لا يتم إلا بوجود الإرادة والتمييز[3].

هذا استنادا لنص المادة 186 من ق.أ.ج يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغا من العمر تسع عشرة 19 سنة على الأقل[4].

---

[1]– زهدور محمد، الوصية في القانون المدني والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 70.

[2]– القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 11.

[3]– بالحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 1999، ج 2، ص 253.

[4]– دلاندة يوسف، قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا، المرجع السابق، الأحوال الشخصية والمواريث، المرجع السابق، ص 144.

وكذا ما ورد في المادة 40 من الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري جاء فيها ما يلي: وسن الرشد تسعة عشرة سنة كاملة[1].

حيث يخول للإنسان الكامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية والبلوغ هو مناط التكليف في الأحكام الشرعية، والمقصود به الوصية هو الأهلية الخاصة بالتبرع باعتبار الوصية من التصرفات الضارة لأنها لا يوجد فيها مقابل[2].

قد يوجد شخص مميز ومع ذلك تبطل وصيته لكونه غير بالغ فهذا ما يراه البعض لكن البعض الآخر خاصة المالكية والحنابلة يرون أن البلوغ ليس شرطا فتصح وصية المميز إذا كانت متفقة مع الحق[3].

وكاستثناء عن الأصل في سن البلوغ أن العرف يجيز لمن بلغ من العمر 18 سنة أكبر من السن الذي قرره الفقه الإسلامي.

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 186 من قانون الأسرة الجزائري على أن يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل.

فلم يفرق المشرع بين وصية المجنون ولا المعتوه ولا السفيه ولا الصبي ولا ذي الغفلة مما يوجب الرجوع إلى مبادئ الفقه المالكي وأحكام الشريعة الإسلامية.

وهو ما نصت عليه المادة 222 من ق.أ.ج التي جاء فيها ما يلي:

كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية[4].

فحسب الفقه والشريعة تعتبر وصية المجنون والمعتوه باطلة بطلانا مطلقا لكونه غير مدرك وغير مميز بين المنافع والأضرار، ولكن في حالة الجنون المتقطع فوصية المجنون عند إفاقته تعتبر صحيحة، وكذلك في حالة الجنون الطارئ[5].

---

[1]– القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 10.

[2]– بالحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 253.

[3]– الزرقاني، محمد بن عبد الباقي، كتاب شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، دار الثقافة الدينية، القاهرة، ط 1، 1424هـ–2003م، ص 68–69.

[4]– دلاندة يوسف، قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 164.

[5]– بالحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 256.

الوصية غير باطلة رغم زوال الأهلية وذلك على سائر عقود المعاوضات كالبيع والإيجار.

أما السفيه فإن وصيته جائزة على أن لا تنفذ إلا بعد موته وتكون في حدود الثلث، وحتى تعتبر وصيته صحيحة يجب إجازتها من قبل القاضي ليتأكد من صحة الوصية وسلامة إرادة التمييز عند الموصي[1].

ثانيا: رضا الموصي

لابد أن يكون هناك إرادة الشخص الموصي خالية من عيوب الإرادة التي تؤدي إلى بطلان الوصية، ولا بد أن تكون إرادته يتوفر فيها عنصر الرضا الاختياري فمن المتفق عليه في الفقه والقضاء والقانون الوضعي الطبيعي فإنه من كان مكرها أو هازلا أو مخطئا أو سكرانا فلا تصح الوصية صفة لأنها تضر ورثته[2] وذلك وفقا للقاعدة الفقهية "لا ضرر ولا ضرار"[3].

فإن الوصية باطلة لعدم توفر شرط الرضا والإرادة قد شابها عيب من عيوب الرضا وهذا حسب المادة 79 من القانون المدني الجزائري فنصت على ما يلي: على القصر والمحجور عليهم وغيرهم من عديمي الأهلية المنصوص عليها في مدونة الأحوال الشخصية[4].

ثالثا: رضا الاختياري

وهو شرط أساسي في صحة العقود والتصرفات المالية فإذا انعدم كان العقد أو التصرف غير صحيح[5].

---

[1]– عدنان نجا، المواريث في الشريعة الإسلامية، دار الطباعة والنشر، بيروت، د ت، ص 348.

[2]– زهدور محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 71.

[3]– رواه البخاري، صحيح ابن يونس الصقلي، كتاب الجامع لمسائل المدونة، المحقق: مجموعة باحثين في رسائل دكتوراه، دار الفكر، ط 1، 1434هـ–2013 م، ج 9، ص 54.

[4]– القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 10.

[5]– بالحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 256–257.

لا يشرط في الوصية أن يكون الموصي مسلما فوصية غير المسلم تصح كوصية المسلم وكذلك وصية المرتد جائزة فقد أخذت بها بعض التشريعات منها: قانون الأحوال الشخصية المصري[1].

الفرع الثالث: شروط الموصى له

أولا: أن يكون موجودا عند إنشاء الوصية

يشترط في الموصى له أن تتوفر فيه شروط معينة وهي:

-أن يكون موجودا عند إنشاء الوصية، وأن يكون معلوما، وأن يكون أهلا للتمليك والاستحقاق، وأن يكون موجودا عند إنشاء الوصية، وأن لا يكون قاتلا للموصي، موجودا وقت إنشاء الوصية لا وقت موت الموصي وإذا كان الموصى به معينا بالاسم أو بالإشارة أو الوصف المميز عن غيره، من حيث لا يمكن تصور الوصية دون الموصى له وإلا اعتبرت باطلة[2]. وكلمة الوجود عامة لا تقتصر على الوجود الحقيقي بل حتى الوجود التقديري كما في الحمل المعين مثال: يقول الموصي أوصي كذا إلى حمل فلانة.

لقد تعرض القانون الجزائري لوصية الحمل المعين وهذا طبقا لنص المادة 187 من قانون الأسرة الجزائري التي قد جاء فيها ما يلي: تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا وإذا ولدت توائم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس[3].

فاشترط القانون الجزائري حسب هذه المادة ضرورة إثبات وجودية الحمل الموصى له وقت إنشاء الوصية، وإن ولد الجنين حيا حياة مستقرة كما جاء في نص المادة 134 من قانون الأسرة الجزائري "لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا، ويعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة على أن الجنين يتمتع بالحقوق المدنية بشرط أن يولد حيا"[4].

---

[1]- أحمد عمرو أبو بكر، الوصية وأحكامها، المطبعة العربية، غرداية، ط 1986، ص 19.

[2]- بالحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 287.

[3]- دلاندة يوسف، قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 30.

[4]- المرجع نفسه، ص 118.

وبهذا يتحقق الانسجام بين قانون الأسرة الجزائري المادة 187 و134 والقانون المدني الجزائري في المادة 25 في ضرورة الولادة المصحوبة بعلامة ظاهرة للحياة وأن يولد الجنين حيا حتى يمكنه التمتع بالحقوق، مما يتضح أن صحة وصية الحمل ونفاذها سواء بالأعيان أو بالمنافع موقوفة على الشروط التي يتطلبها الشارع مدنية كانت أو شخصية[1].

أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر حسب المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري أقل مدة الحمل 6 أشهر وأقصاها 10 أشهر[2].

يرى الفقهاء أنه في حالة تعدد الحمل كأن يولد أحدهما حيا والآخر ميت كانت الوصية للحي دون الميت، وإن مات أحدهما أو كلاهما بعد الولادة، كان نصيبه لورثته إذا كانت الوصية بالأعيان.

أما إذا كانت الوصية لمنفعة عادت إلى ورثة الموصي لأن الوصية بالمنافع تنتهي بموته ما لم يكن هناك شرط آخر يعمل به.

لقد أجاز المذهب المالكي للمعدوم المحتمل الوجود بعد وفاة الموصي وأخذ بها قانون الأسرة الجزائري.

المعدوم هو من لم يكن موجودا وقت إنشاء الوصية ويحتمل أن يوجد في المستقبل سواء وقت وفاة الموصي أو وجد بعد وفاته لكن قد يحصل اليأس من وجوده بعدها، كأن يوصي لولد فلان ولم يكن ولد عند الإنشاء أي لم يولد له ولد عند وفاته أو ولد له ولد ومات أو كان عقيما ميؤوسا من أن يكون له ولد بعد وفاة الموصي[3].

وهذا الأخير ينشأ الوصية صحيحة لكن تنتهي بالبطلان لتعذر من يستحقها كما تصح الوصية للمعدوم منفردا بها، كما تصح بالتعدد مثال يقول: أوصيت لأولاد فلان

[1]– دلاندة يوسف، قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 30.

[2]– بالحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 257.

[3]– محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية الواجبة المصري، المرجع السابق، ص 55.

الذين ينتسبون إليه في حال وفاته يدخل في الاستحقاق أولاده الذين كانوا وقت إنشاء الوصية أو الذين يكونون بعد ذلك.

لكن جمهور الفقهاء من غير المالكية يشترطون وجوده عند وفاة الموصي لأن الوصية تمليك والتمليك للمعدوم لا يجوز عندهم بحيث نجد أن الميراث يثبت لمن كان موجودا عند وفاة المورث دون المعدوم لأن الوصية كذلك أخت الميراث[1].

ونجد كذلك يصح أن يكون الموصى له جهة من جهات، فتصبح الوصية لأماكن العبادات والمؤسسات الخيرية كالمصالح العامة وللملاجئ[2].

أما في العصر الحديث عندما أصبح للجهات شخصية معنوية بما دفع ذلك إلى اتساع وكثرة المؤسسات والشركات الاستغلالية، فالوصية في هذه الحالة تكون صحيحة ولو أنها تمليك أعيان وليس تمليك أشخاص فإن للجهات قابلة لامتلاك كالأشخاص الحقيقيين.

ولقد أجاز المذهب المالكي الوصية للجهات حتى ولو لم تكن موجودة وقت الوفاة وستوجد في المستقبل، وهذا قياسا على إجازته الوصية للمعدوم[3].

ثانيا: معلومية الموصى له

لا يمكن أن يكون الموصى له مجهول جهالة لا يمكن رفعها. لابد أن يكون معينا باسمه كفلان ابن فلان أو جهة البر الفلانية أو لحمل فلانة المستكن في بطنها أو يشير إلى شخص معين.

قد يكون الموصى له معروفا بالوصف كأن يقول الموصي إلى فقراء المدينة أو إلى طلبة العلم ففي هذه الحالة لا يكون الموصى له معنيا بالتعيين بل معروفا بالوصف.

---

[1]– محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية الواجبة المصري، المرجع السابق، ص 71.

[2]– بالحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 257–258.

[3]– محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية الواجبة المصري، المرجع السابق، ص 56.

إذا كان الموصى له معرفا بالوصف لا يشترط وجود وقت الوصية، أما إذا كان معينا فإنه يشترط وجوده وقت الوصية.

إذا لم يعرف الموصى له وبقي مجهولا بصورة مطلقة بطلت الوصية لأن الموصى له غير معلوم، أما إذا أوصى الموصي بثلث ماله للمسلمين أو لجهة معينة ستوجد في المستقبل، فالمذهب المالكي يجيز ذلك ويعتبر أن الوصية صحيحة مثال: "الوصية للملجأ الذي سيبني في الوقت الزماني والمكان الفلاني".

الفقهاء لصحة الوصية التي تكون لله تعلى وأعمال الخير بدون أن يعين الموصي الجهة. وكأن يقول "هذه الوصية تصرف لوجه الله تعالى في أي عمل خيري" بأن تصرف في وجوه الخير، وكذلك الوصية للمؤسسات الخيرية والمساجد والمؤسسات العلمية والمصالح العامة ودور البر والإحسان والمستشفيات والملاجئ، هذه الأعمال كلها الهدف منها العمل الخيري فنجد الفقهاء هذه الأعمال لحكمة من ورائها هو أن التكافل في مثل هذه الوصايا موجودا سواء قصد الموصي الجهة أو لم يقصدها[1].

والمعروف بالجنس أو الوصف بأن لا يشترط وجوده عند الوصية ولا موت الموصي لأن الوصية للمعدوم مادام معروفا تجوز.

ثالثا: أن يكون الموصي له أهلا للتملك

يقصد بالتأهيل لاستحقاق تمليك هذا الشيء الموصى به فإذا الوصية لا تصح لمن ليس أهلا لتملكها كأن يوصي الموصي إلى الكلب فإن هذه الوصية باطلة على أساس أن هذا الموصى له ليس أهلا للتملك والاستحقاق.

وعند جمهور الفقهاء منهم "الحنفية، الشافعية، المالكية" يعتبر التمليك لدابة باطلا أما الحنابلة فيرون أن لو قصد الموصي لإنفاق على هذا الحيوان أو الدابة فإن الوصية تصح لأن العبرة في العقود والمقاصد[2].

---

[1]– بالحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 257.

[2]– المرجع نفسه، ص 258.

والقانون الجزائري لم يتعرض لهذا الشرط بالنسبة لتملك الدابة بقصد الإنفاق عليها لا بالإثبات ولا بالنفي[1]. حيث نجد المادة 187 من قانون الأسرة الجزائري لم تنص على ذلك، وتكون صحيحة كالوصية لبناء مسجد أو مدرسة، فهي وصية بتصرف أي إخراج الموصي المال من تركته.

وقد أشرنا فيما سبق إلى أن رأي المالكية يذهب إلى صحة الوصية للميت إن علم بموته بناءًا على اعتبار أن قصد الموصي من الوصية هو سداد ديون الموصى له[2].

رابعا: ألا يكون الموصى له جهة معصية

في الجهة المحرمة شرعا وقانونا، لأن جهة المعصية تبطل الوصية، فالوصية شرعها الله للإصلاح والخير حتى يتدارك بها حسناته لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "إن الله أعطاكم ثلث أموالكم في آخر آجالكم زيادة في حسناتكم"[3].

ولقد جاء في المادتين 97 و98 من القانون المدني الجزائري ما يفيد هذا الشرط[4] فالمادة 97 من ق.م.ج جاء فيها ما يلي: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا".

والمادة 98 من ق.م.ج جاء فيها ما يلي: "كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على ما يخالف ذلك".

ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى ما يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه[5].

---

[1]– بالحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 258.

[2]– المرجع نفسه، ص 259.

[3]– رواه ابن ماجة، دار القطني، العمراني، كتاب البيان في مذهب الإمام الشافعي، المحقق قاسم محمد، دار المنهاج، جدة، ط 1، 1421هـ/ 2000 م، ج 8، ص 151.

[4]– بالحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 259.

[5]– القانون المدني، المرجع السابق، ص 22.

يفهم من خلال هاتين المادتين بأن المشرع الجزائري يأخذ ببطلان الوصية إذا كان الموصى له جهة معصية.

تكون الوصية صحيحة إذا كان الموصى له في حد ذاته من أهل التملك خاصة إذا كان لفظ الوصية لا يشتمل على شيء محرم يفيد صرفها إلى معصية[1].

تجوز الوصية من غير المسلم للمسلم إذا كانت قربة «جائزة» أو مباحة في شريعة غير المسلم الموصي ومباحة في الشريعة الإسلامية بالنسبة للموصى له بيد أن المعصية قد تختلف باختلاف الأديان فقد تكون مباحة في إحدى الشريعتين دون أخرى لكن إذا كانت الوصية مباحة شرعا ولكن الباعث عليها محرم مثلا الوصية لخليلة لاستمرار علاقتها الغير شرعية معه[2].

فنجد رأيان في مبدأ سد الذرائع هما:

المذهب الحنفي والشافعي: يرون أن الوصية صحيحة عملا بظاهر العقد فلم يشتمل لفظ الوصية على شيء محرم وترك أمره النية لله تعالى.

المذهب الحنبلي والمالكي: وهو ما ذهب إليه ابن تيمية وابن القيم فإن الوصية تكون باطلة لأن العبرة في العقود بالقصد والنية والباعث حينئذ منافي لمقاصد الشريعة الإسلامية فتكون الوصية باطلة[3].

فإذا كان الموصي مسلما أريد بالمعصية ما كانت محرمة في نظر الإسلام سواء اتفقت الأديان معه على تحريمها أو لم تتفق على ذلك مثلا: الوصية لأندية القمار والمرافق، ودور اللهو المحرم، والوصية للمعابد التي يتعبد فيها غير المسلمين، لأن هذه لا تعتبر مباحة في عقيدة الإسلام، فإذا وقعت المعصية في هذه الحالة كانت باطلة باتفاق الفقهاء، ولقد أخذ القانون بهذا الرأي بحيث إذا كانت الوصية باطلة لا يعتد بها غير أن بطلان الوصية إذا كان الباعث عليها منافيا لمقاصد الشارع مصدره القاعدة الشرعية فإن

---

[1]– بالحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 259–260.

[2]– المرجع نفسه، ص 261–262.

[3]– المرجع نفسه، ص 259–260.

الأمور تؤخذ بمقاصدها[1]، حيث نجد أن الباعث المنافي لمقاصد الشريعة الإسلامية يختلف باختلاف المذاهب وقد يقصد به أن يكون الباعث محرما أو مكرها كراهة التحريم فإنه عند معرفتنا للباعث والقصد، فإن هذا الباعث لابد من أن يعتمد على أمور واضحة بينه وليس مجرد التخيل والتخمين فمثلا الذي يوصي إلى حانة أو إلى بيوت الدعارة وهو في كامل قدراته فإن وصيته ليست صحيحة بل باطلة.

مثال آخر: كالذي يوصي إلى خليلته وهو في كامل قواه العقلية والإرادية، فهذا يعتبر قرينة على مقابل معاشرته إياها أو مجازاتها على المواصلة والاستمرار معه فإن هذه الوصية باطلة على الرغم من أنها جائزة في ذاتها لكن الباعث عليها منافيا لمقاصد الشريعة الإسلامية لكن إذا تبين أن الباعث غير منافي لمقاصد الشريعة الإسلامية كأن يكون الموصى له مريض يصعب شفاؤه وصدت منه الوصية لخليله من بعد الابتذال، وليس في ذلك ما يؤدي إلى أمر محرم، فلا تبطل الوصية إلا إذا تثبت عكس ذلك.

فإذا كان الهدف من الوصية الإضرار بالورثة وحرمانهم من الميراث، فإن وصية الضرر محظورة والباعث عليها محظور، مثال: أن يوصي الموصي بماله لشخص بأكثر من ثلث تركته أو أن يوصي إلى أحد ورثته دون بقيتهم ما يكون في ذلك حيف وميل إلى البعض دون البعض الآخر، فالحيف هو أكبر الكبائر[2] لقوله تعالى: ﴿**ومَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُون**﴾[3].

وذهب بعض الفقهاء إلى أن الأضرار قد تتحقق في بعض الأحوال حتى ولو كانت الوصية بالثلث وكانت ليست لوارث، لأن الموصي قد يوصي في هذه الحالة لا بقصد الوصية لكن لقصد الضرر بالورثة كحرمانهم من الإرث، لأن في الغالب وصية الضرر

[1]– أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف، المرجع السابق، ص 67.

[2]– المرجع نفسه، ص 68–69.

[3]– سورة البقرة، الآية 229.

تكون بحرمان الورثة من الإرث وتحريم وصية الضرر هي مصداقا لقوله تعالى: ﴿**مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَآ أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَآرٍّ وَصِيَّةً مِّنَ اللّهِ وَاللّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ**﴾[1].

إن الوصية لا تفقد صحتها إذا كان الموصي مسلم أو غير مسلم، فإنه على السواء. إلا إذا كانت محرمة في شريعته وفي الشريعة الإسلامية.

فإن وصية غير مسلم تدور حول أمور أربعة: حيث نجد ثلاثة منها صحيحة وواحدة باطلة وهي:

– أن تكون بأمر جائز في الشريعتين الوصية للفقراء المسلمين وغير المسلمين، وجهات البر العامة فهي صحيحة باتفاق الكل.

– بأن تكون بأمر غير جائز في شريعته، وجائزة في الشريعة الإسلامية كالوصية للمساجد.

– أن تكون محرمة في شريعته وفي الشريعة الإسلامية كالوصية لدور القمار، فهي باطلة لأنها محرمة في الشريعتين.

– أن تكون بأمر جائز في شريعته ومحرمة أو مكروهة كراهة التحريم في الشريعة الإسلامية كالوصية للكنائس فهي صحيحة لأنها ليست معصية في شريعته بل هي معصية في الشريعة الإسلامية.

فهذا الأخير اختلف فيه الفقهاء فذهب أبو حنيفة إلى صحتها أما أبو يوسف ومحمد ذهبوا إلى بطلانها إلا أن يسمى قوما بأعيانهم[2].

خامسا: ألا يكون الموصى له قاتلا للموصي

نجد أن القانون اشترط في الموصى له ألا يكون قاتلا للموصي وهذا ما نصت عليه المادة 188 من قانون الأسرة الجزائري جاء فيها ما يلي: لا يستحق من قتل الموصي عمدا[3].

---

[1]– سورة النساء، الآية 12.

[2]– أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف، المرجع السابق، ص 70–71.

[3]– دلاندة يوسف، قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 144.

لقد استمد المشرع الجزائري هذا من أراء الفقهاء فاعتبر أقوالهم المصدر الرئيسي في الوصية للقاتل.

إذا قتل الموصى له بعد الوصية ثم يقتله وقد يحدث القتل قبل الإيصاء للشخص الذي قام بجرحه وأدى هذا الجرح إلى موت الموصي.

ففي هذا الصدد نجد أراء مختلفة:

الرأي الأول: أخذ الشافعية والحنابلة بهذا الرأي بأن الوصية لا تتأثر مطلقا سواء كان القتل قبل الوصية أو بعدها، لأن الوصية تمليك بعقد كالهبة والوصية تصح للكافر ولن يكون القتل أشنع من الكفر، وفي أغلب أقوالهم لا يكون عدم القتل شرطا في الوصية.

الرأي الثاني: وأخذ الحنفية وبعض أقوال الحنابلة بهذا الرأي واستندوا إلى الحديث الذي يروى "لا وصية لقاتل"[1] نجد أن الحديث يدل على منع الوصية للقاتل سواء كانت سابقة على القتل أو لاحقة له، فالمنع جاء شامل لأن القتل في أغلب الأحيان يرتكب لاستعجال الحق قبل أوانه، فلا يكون القتل شرطا في الوصية إلا أنهم اختلفوا في شرطيته أهو شرط صح أو بطلان؟ فتكون باطلة حتى ولو أجازها الورثة، لكن أبو حنيفة يرى أن بطلانها يعود إلى الورثة فإذا أجازوها، ولم يكن لهذا الموصي وارث نفذت وكان صحيحة[2].

الرأي الثالث: أخذ به المالكية حيث يفصلون في القتل البعدي، والقبلي، فيرون إن وقعت الوصية بعد الضرب المميت وعرف المقتول قاتله لا تبطل سواء كان الضرب عمدا أو خطأ، لكن إذا وقعت الوصية قبل الضرب وبعد ذلك أوصى الموصي لهذا الشخص وبعدها مات من جراء الضرب فالوصية باطلة سواء عرف القاتل أو لم يغير الموصي الوصية.

---

[1]– رواه الدارقطني، كتاب الوصايا، العسقلاني، الدارية في تخريج أحاديث الهداية، المحقق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة، بيروت، ج 2، ص 290.

[2]– محمد مصطفى شبلي، أحكام الوصايا والأوقاف، المرجع السابق، ص82.

أ-الشرط الأول:

أن يكون القاتل عاقلا بالغا مكلفا، أما إذا كان مجنونا أو معتوها أو كان تحت تأثير عقار تناوله مكرها أو على غير علم فغاب عن الوعي، أو كان صبيا غير بالغ، فإن في هذه الأحوال إذا ارتكب واحد من هؤلاء الأشخاص المذكورين هذا الفعل المجرم فإن الوصية جائزة لهم لعدم توفر صفة العقل والبلوغ والتكليف، فإذا وقع المجرم فالشخص غير المكلف ليس منهم فلا إثم عليه، ولا يترتب بطلان الوصية[1].

ب- الشرط الثاني:

أن يكون القتل بغير حق وبغير عذر شرعي، لكن إذا كان القتل بحق كالقتل قصاصا أو حدا أو بعذر شرعي كالدفاع عن النفس والمال أو العرض فإن هذا لا يؤثر على صحة الوصية، لأن الموصى له معذورا إذا تجاوز حق الدفاع الشرعي[2].

رأي المشرع الجزائري: لقد أخذ بمبادئ الفقه المالكي فيشترط عند قتل الموصى له للموصي عمدا، فإنه يترتب عنه وجوب القصاص أو الكفارة وهذا ما جاء في نص المادة 188 من قانون الأسرة الجزائري السالفة الذكر التي يفهم منها أن القتل العمدي هو القتل عدوانا[3].

الرأي الأول:

ذهب جمهور الفقهاء منهم الظاهرية وبعض المالكية وبعض الشافعية والحنابلة والزيدية إلى قولهم بأن الوصية للوارث باطلة منذ وضعها فلا تلحقها إجازتها أصلا وإن حصلت الإجازة عدت الوصية هبة مبتدأ.

---

[1]- محمد مصطفى شبلي، أحكام الوصايا والأوقاف، المرجع السابق، ص82.

[2]- أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف، المرجع السابق، ص 70-71.

[3]- المذكرة التفسيرية، شرح قانون الأسرة، المادة 188، القتل العمدي.

واستند هؤلاء الفقهاء إلى الحديث "لا وصية لوارث"[1] فإن هذا الحديث في ظاهره يفيد نفي صحة الوصية فيكون المعنى الصحيح لا وصية صحيحة لوارث فإنه مادامت الوصية وقعت غير صحيحة فلا تعمل الإجازة فيها شيء.

الرأي الثاني:

لقد أخذ بهذا الرأي الفقه المالكي حيث ذهب إلى إجازة الوصية للوارث لكن اشترط قبولها من الورثة، ولقد روي عن ابن عباس أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: "لا وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة"[2] فهذا الاستدلال يدل على الصحة وليس على النفي، مثلا: عندما يكون الموصى له وارثا ويتوفى الموصي تاركا وصية لهذا الوارث، فحسب الحديث السالف الذكر أن هذه الوصية لا تصح إلا إذا أجازها الورثة.

لكن هناك إشكال في هذا الصدد وهو يمكن أن يجيزها بعض الورثة ويرفضها البعض الآخر والحل أن تنفذ الوصية في حصص من أجازوها فقط[3].

الفرع الرابع: شروط الموصى به

ولقد اشترط الفقهاء فيه شروط لصحة الوصية، وأخرى لنفاذها، ومن أهمها[4]:

أولا: أن يكون الموصى به مما يجري به الإرث: أي أن يكون مما يصلح أن نتركه، بمعنى أن يكون الموصى به قابلا للتمليك، يعد من العقود الناقلة للملكية حال حياة الموصين حسب المادتين 184-191 ق.أ.ج.

حيث أن المادة 184 ق.أ.ج تنص على أنه: «الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع[5]».

---

[1]- رواه الترميذي، كتاب الوصايا، ابن الملقن، كتاب بدر المنير، المحقق: مصطفى أبو الغيط وعبد الله بن سليمان وياسر بن كمال، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 1425هـ-2004م، ج 7، ص 270.

[2]- رواه الترميذي وأبو داوود، الملا علي القاري، كتاب مرقاة شرح مشكاة المصابيح، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط 1، 1422ه/ 2002م، ج 5، ص 2038.

[3]- محمد مصطفى شبلي، أحكام الوصايا والأوقاف، المرجع السابق، ص 86.

[4]- الصادق عبد الرحمان الغرياني، الفقه المالكي، مؤسسة الريان، لبنان، ط 2006، ص 280.

[5]- أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، ط 2009، ص 419.

أما المادة 191 ق.أ.ح "تثبت بتصريح الموصي أمام الموثق بتحرير عقد بذلك وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم، ويؤشر به على هامش أصل الملكية سواء كان المال حقيقيا كالدرهم والأشياء العينية، أو مالا حكما كالمنافع، كسكن الدار وزراعة الأراضي، والبراءة من الدين والكفالة وغيرها.

ولقد أقر القانون الجزائري في المادة 190 من ق.أ.ج ذلك، ونصت على أن للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة، والمقصود بالأموال في هذه المادة هي الأموال القابلة للتمليك، والتي تكون مما يجري فيه الإرث ومحلا للتعاقد[1].

وعلى هذا الأساس فإنه تصح الوصية بالحمل والأعيان المالية (عقارا أو منقولا) وبالحقوق المالية (كحق الارتفاق) أو المنافع لمدة معلومة أو مؤيدة.

لكنه في المادة 196 ق.أ.ج ينص على أن: إذا تعلق الأمر بالوصية بالمنفعة لمدة غير محددة فإنها تنتهي بوفاة الموصى له وتعتبر عمرى. وعليه فإن المشرع الجزائري يشرط في الموصى به أن يكون مما ينتقل بالإرث من المورث إلى الوارث، فإن لم يكن كذلك اشترط فيه أن يكون صالحا لأنه محلا للتعاقد حال حياة الموصي، فإن لم يكن من هاتين الحالتين، فإن الوصية تكون باطلة.

ثانيا: أن يكون موجودا عند الوصية: وجود الموصى به المعين عند وجود الوصية شرط بالاتفاق، وقد نص القانون على ذلك لأن العبارة لا تستقيم في الوصية بالمعين بالذات إذا كان موجودا، وهذا ما جاء في ابن عابدين: الموصى به إن كان معينا، أو غير معين وهو شائع في بعض المال.

يشترط وجوده عند الوصية، وإن كان شائعا في كله يشترط وجوده عند الموت[2].

---

[1]– أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 419.

[2]– محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية الواجبة المصري، المرجع السابق، ص 99.

وعليه الوصية بملك الغير، وإن ملكه بعد الوصية ثم مات، وهذا ما وضحته وأكدته المادة 190 من ق.أ.ج والتي تنص على ضرورة الإيصاء بالأموال التي يملكها الموصي حين الوصية.

ثالثا: أن يكون مالا متقوما وقابلا للتمليك: فإذا كان غير متقوم لا تصح الوصية، لأن المال المتقوم هو الذي يكون محلا للتصرف فلا تجوز شرعا من كل ما هو محرم لأنها تعتبر مالا متقوما في حق المسلم، فلو أوصى مسلم بخمر أو خنزير لا تصح سواء كانت الوصية للمسلم أو لغير المسلم، وذلك لانعدام محل العقد في نظر الموصي، أما إذا أوصى بها غير مسلم لغير مسلم لصحة الوصية لتقومها في حق المسلمين.

أما معنى قابل للتمليك هو أن يكون الموصى به مما يجوز تملكه بعقد من العقود في نظر القانون الجزائري والإسلامي كعقد البيع، الهبة، الإيجار، الإرث[1] باعتبار أن الوصية تمليك وكل ما لا يقبل التمليك لا تنعقد الوصية.

وعليه لا تصح الوصية بما لا يعتبر مالا أو بالأموال المباحة غير المملوكة، بعقد من العقود في القانون، وكذلك لا تصح الوصية بالوظائف العامة والأموال العامة وغيرها من الحقوق الشخصية والمهنية لأنها لا تورث ولا تصح أن تكون محلا لتعاقد الموصي حال حياته[2].

رابعا: أن لا يكون الموصى به مستغرقا بالدين: يشترط لنفاذ الوصية أن لا يكون الموصى به مستغرقا بالدين، بمعنى أن لا يكون الموصي مدينا بالدين مستغرقا لكل أمواله، باعتبار أن الديون الثابتة التي هي على عاتق الموصي تكون مقدم في التعلق بمال الميت على كل حق وذلك بعد مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع، وهذا ما أكدته المادة 180 من قانون الأسرة الجزائري لأن أداء الديون هو واجب كل المسلمين والوصية في غير الواجبات مندوبة أو مباحة والواجب في أحكام الفقه مقدم على المندوب والمباح،

[1]– بالحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 268.

[2]– المرجع ننفسه، ص 269.

وذلك استنادا لما روي عن علي كرم الله وجهه قال: "إنكم تقرؤون الوصية قبل الدين وقد شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدين قبل الوصية".

وعليه يجب تقديم الديون على الوصية على رغم أن بعض الآيات القرآنية ذكرت الوصية قبل الدين قوله تعالى: ﴿**مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَآ أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَآرٍّ وَصِيَّةً مِّنَ اللّهِ وَاللّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ**﴾[1] لكن هذا لا يدل تقدمها في الرتبة عليه إنما لتبيان أهميتها ووجوب إخراجها حتى لا يهمل الورثة، أو العباد تنفيذها.

لكن هناك حالات تصبح بها الوصية بمال مستغرق بالدين، وهذا في حالتين قانونيتين هما:

- الحالة الأولى: إذا أبرأ الغرماء وأسقطوا ديونهم فهنا تجوز الوصية.
- الحالة الثانية: الغرماء يجيزون نفاذ الوصية قبل الدين، فهنا كذلك تجوز الوصية.

خامسا: لا يزيد الموصى به عن الثلث: لقد حدد الشرع والقانون الوصية بالثلث، ومنع تجاوز هذه الحدود إلا بإيجاز الورثة فإذا أوصى الشخص بأكثر من ذلك دون إجازة الورثة تعد الوصية باطلة، لأنها تصرف يتعلق بحق الغير وهو الثلثان فيتوقف على إجازة أصحاب الحق هم الورثة.

ولهذا طبقا لما جاء في حديث سعد بن أبي وقاص حيث قال الرسول صلى الله عليه وسلم في مرض الموت: "الثلث والثلث كثير"[2].

والقانون عرض لهذا الشرط في المادة 185 ق.أ.ج "تكون الوصية في حدود الثلث التركة وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة". وكذلك المادة 189 من ق.أ.ج: "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي".

لكن السؤال المطروح هو: في حالة تجاوز الثلث وعدم وجود الورثة؟ فعند جمهور العلماء يذهب إلى عدم جواز الموصي الزيادة على الثلث إن لم يكن له ورثة، لكن

---

[1]- سورة النساء، الآية 12.

[2]- رواه بوخاري ومسلم، ابن باز، كتاب فتاوى على نور الدرب بعناية الشويعر، الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء، المملكة العربية السعودية، ط 1، 1428هـ/ 2007 م، ج 19، ص 410.

الأحناف وإسحاق وشريك وأحمد في رواية، وهو قول علي وابن مسعود إلى جواز الزيادة على الثلث، لأن الموصي لا يترك في هذه الحالة من يخشى عليه الفقر، ولأن الوصية جاءت في الآية مطلقة، وقيدتها السنة بمن له الوارث فبقي من لا وارث له على إطلاقه[1].

والفقه المالكي ذهب إلى عدم الزيادة عن الثلث فالزيادة تعد باطلة وتؤول إلى الخزينة العامة (بيت المال).

[1]– سيد سابق، فقه السنة، المرجع السابق، ص 601.

الفصل الثاني

أثار ومبطلات الوصية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

المبحث الأول: الأثر المترتب على تحديد الوصية

المبحث الثاني: موانع استحقاق الوصية ومبطلاتها

تمهيد:

إن نشأة الوصية مستوفية لمقاومتها وشرائطها كانت صحيحة قابلة للإثبات والتنفيذ وهذا ما لم يوجد مبطل لها وهي غير لازمة ويجوز لصاحبها الرجوع عنها في أي وقت شاء مضطرا عليها ولم يوجد ما يبطلها وقبلها الموصى له نفذت وتترتب عنها آثارها.

ولقد خصصت هذا الفصل لأثار ومبطلات الوصية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، فالمبحث الأول تحت عنوان الأثر المترتب على تحديد الوصية، والمطلب الأول تحت عنوان الوصية لوارث، والمطلب الثاني تحت عنوان الوصية بأكثر من الثلث أما المبحث الثاني تطرق فيه إلى موانع استحقاق الوصية ومبطلاتها، ففي المطلب الأول تناولت موانع استحقاق الوصية وفي المطلب الثاني تطرق إلى مبطلات الوصية.

المبحث الأول: الأثر المترتب على تحديد الوصية

لقوله تعال القرآن الكريم الوصية للوالدين والأقربين ﴿**كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ**﴾[1]، سواءً أكان الأقربون وارثين، أم غير وارثين، ثم نسخ هذا الحكم بحدث: «لا وصية لوارث»[2] أو بهما معا، وهذا موضع خلاف في الفقه الإسلامي.

وإن كان القرآن نص على الوصية للوالدين والأقربين سواءً كانوا وارثين أم غير وارثين، فقد جاءت السنة وقيدت الوصية بقيدين: لا وصية لوارث، لا وصية بأكثر من الثلث التركة.

وسنتناول في المطلب الأول: الوصية لوارث وفي الفرع الأول الوصية لوارث في الشريعة الإسلامية وفي الفرع الثاني الوصية لوارث في قانون الأسرة الجزائري وفي المطلب الثاني: الوصية بأكثر من الثلث وتحت هذا المطلب فرعين الأول: الوصية بأكثر من الثلث في الشريعة الإسلامية أما الفرع الثاني الوصية بأكثر من الثلث في قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: الوصية لوارث

تطرقنا في هذا المطلب إلى الفرع الأول للوصية لوارث في الفقه الإسلامي، وفي الفرع الثاني إلى الوصية لوارث في قانون الأسرة الجزائري.

[1] – سورة البقرة، الآية 180.

[2] – أخرجه الترميذي، كتاب الوصايا، با ما جاء لا وصية لوارث، أحمد بن الصديق الغماري، كتاب الهداية في تخريج أحاديث البداية، تحقيق علي شلاق، دار عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط 1، 1407ه/ 1987م، ج 8، ص 221.

الفرع الأول: الوصية لوارث في الفقه الإسلامي

يشترط جمهور الفقهاء في الموصي له لكي تكون الوصية صحيحة أن لا يكون وارثا للموصي عنه موته، واستدلوا على ذلك بالحديث والمعقول. أما الحديث استدلوا به حديث "لا وصية لوارث"[1].

ومن المعقول، فإن جواز الوصية للوارث يدل على إيثار بعض الورثة على البعض الآخر، وهذا يؤدي إلى الشقاق وقطع الرحم وهو حرام. وقد اختلف الفقهاء في الوصية للوارث إلى عدة أراء وهي كالآتي:

أولا: مذهب المانعين للوصية للوارث

ذهب الشافعية في قول، ورواية عن الحنابلة، والمالكية في الراجح عندهم إلى أن الوصية للوارث باطلة[2] لا تلحقها إجازة في حياة الموصي ولا بعد موته واستدلوا على ذلك بحديث النبي صلى الله عليه وسلم: "إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث" فإن الله سبحانه وتعالى منع على رسوله الكريم صلى الله عليه وسلم الوصية للوارث وليس للورثة أن يجيزوا ما أبطله الله تعالى كما استدلوا بما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم حين منع عطية أحد الصحابة لبعض والده، فقد جاء في صحيح مسلم، عن النعمان بشير رضي الله عنهما قال: تصدق عليّ أبي ببعض ماله فقالت أمي عمرة بنت رواحة: لا أرضى حتى تُشهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فانطلق أبي إلى النبي صلى الله عليه وسلم ليشهده على صدقتي، فقال رسوله صلى الله عليه وسلم: «أفعلت هذا بولدك كلهم» قال: لا، قال صلى الله عليه وسلم: «فاتقوا الله واعدلوا بين أولادكم» فرجع إليّ أبي فرد تلك الصدقة.[3]

---

[1] – أخرجه الترميذي، كتاب الوصايا، أحمد بن أبي الصديق الغماري، كتاب الهداية في تخريج أحاديث البداية، المرجع السابق، ص 221.

[2]– الشربيني، مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، ص 43.

[3]– رواه مسلم، كتاب الوصايا، عبد السلام، كتاب فتح السلام شرح عمدة الأحكام، حققه: أبو محمد عبد السلام بن محمد العامر، ج 5، ص296.

فإن تفضيل بعض الأولاد على بعض في حال صحته وقوة ملكه وإمكان العدل بينهم بإعطاء الذي يعطه فيما بعد ذلك لما فيه من إيقاع العداوة والحسد بينهم، ففي حال موته وتعلق الحقوق بما له أولى وأخرى.

بالإضافة إلى كل هذا فإن الوصية للوارث يورث الشقاق بين أفراد الأسرة الواحدة وهذا من خلال تفضيل أحد الورثة على الآخرين دون مبرر، وهذا من الحيف الذي قال عنه عبد الله بن عباس رضوان الله عنهما: «الحيف في الوصية من الكبائر».[1]

ثانيا: مذهب المشترطين إجازة الورثة

ذهب الحنفية، والمالكية في قول والشافعية في الأظهر والحنابلة في الراجع إلى أن الوصية للوارث تنعقد موقوفة إجازة الورثة، فإن أجازوها صحت ونفذت وإن لم يجيزوها بطلت واستدل أصحاب هذا الرأي على قولهم، بقول النبي صلى الله عليه وسلم: «لا وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة».[2]

فالرسول صلى الله عليه وسلم نهى عن الوصية للوارث إلا أنه قيدها بعبارة "إلا أن يشاء الورثة" فأطلقت المنع من الوصية للوارث، فدل الحديث على أن الوصية للوارث تنفذ إذا أجازها باقي الورثة.[3]

كما قالوا بأن الوصية تجوز للوارث بإجازة الورثة قياسا على الوصية للأجنبي بالزائد على الثلث، فكما أن إجازة الوصية لغير الوارث بأكثر من الثلث لا تنفذ إلا بإجازة الورثة، فكذلك الوصية للوارث موقوفة على إجازة باقي الورثة.

ولما توقفت صحة الوصية للوارث على إجازة الورثة، فإن أجازوها جازت وإن لم يجيزوها بطلت، وإن أجازها فريق دون آخر، جازت في حق من أجازها وبطلت في حق من ردها.

---

[1]– سنن سعيد بن منصور، دار الصميعي، السعودية، الطبعة الأولى، 1414هـ/ 1993م، ج 2، ص 228.

[2]– رواه الترميذي وأبو داوود، كتاب الوصايا، الملا على القاري، كتاب مرقاة شرح مشكاة المصابيح، المرجع السابق، ص2038.

[3]– الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، دار الحديث، د ط، د ت، ج 2، ص 660.

واتفق الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن إجازة الورثة للوصية لا تكون إلا بعد وفات الموصي، فلو أجازوها أو ردوا في حياته لا يعتبر ذلك منهم، ولهم الإجازة أو الرد بعد الموت، لأن ملك التركة لا يثبت إلا بعد الموت فتعتبر إجازتهم وردهم بعد ثبوت الملك لهم.

ولم يخالف في ذلك إلا المالكية الذين قالوا أن إجازة الورثة كما تكون بعد وفات الموصي، تكون في حياته، وبالأخص في مرض موته، وذلك بالشروط الآتية:

1. أن تكون الإجازة في مرض مخوف للموصي.
2. أن يموت الموصي في المرض الذي حصل فيه الإذن.
3. أن لا يكون لمن أجاز عذر في إجازته، كأن يكون المجيز ممن ينفق عليه الموصي، فيخاف إن لم يجز أن يقطع عنه نفقته، أن يكون مدينا للموصي ويخاف المطالبة، وبصفة عامة أن يكون الموصي ذا سطوة يخشاه المجيز.
4. أن يكون المجيز عالما بأن الوصية للوارث لا تجوز إلا بإجازته[1] ولاشك أن إجازة الورثة للوصية تكون من مجيز التصرف وممن يصح منه التبرع بأن يكون عاقلا وبالغا، ولا تصح الإجازة من الصبي والمجنون والمحجور عليه، لأنها تبرع بمال، فلم تصح منهم كالهبة.

ثالثا: مذهب المجيزين للوصية للوارث

ذهب الزيدية إلى صحة الوصية للوارث مطلقا مثلها مثل الوصية لغير الوارث[2]، واستدلوا على قولهم من الكتاب والسنة.

---

[1]– أحمد بن يحي الونشريسي، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب، دار الغرب العربي، بيروت، 1401هـ/ 1981م، ج 9، ص 365.

[2]– محمد أبو زهرة، الميراث عند الجعفرية، دار الفكر العربي، ط 1، ت ن، 2010، ص 55.

أما الكتاب، فمن قوله تعالى: ﴿**كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ**﴾[1] وقالوا أن نسخ الوجوب لا يستلزم نسخ الجواز، ومن ذلك فإن الوصية للوارث صحيحة.[2]

أما السنة فاستدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم: «إن الله أعطى كل ذي حق حقه»[3].

فقالوا أن حق الورثة في التركة من الثلثين، وأن الثلث للموصي يضعه حيث يشاء ويتصرف فيه لمن يشاء.

وبالتالي فإن المنع من التصرف فيما هو مستحق للورثة وهو الثلثين أما الثلث فلا يستحقونه، وعليه فلا يحتاج إلى إجازتهم سواء أوصى به الموصي للوارث أو للأجنبي.

ثم إنهم قالوا أن الوصية للوارث أفضل من الوصية للأجنبي، لأن الوصية للوارث تكون صدقة وصلة، أما إذا كانت للأجنبي فهي صدقة فقط، ولا يخفى أن صلة الرحم من أفضل الصلات، وبناء عليه فالوصية للوارث أعظم مثوبة. كما احتجوا كذلك بزيادة ظنوها صحيحة في قوله صلى الله عليه وسلم: «لا وصية لوارث بأكثر من الثلث».[4]

والحديث كما هو معروف عند أهل السنة: «إن الله أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث»[5]. فالزيادة في النص وهي أكثر من الثلث لا على أصل الوصية للوارث. كما استدلوا على نفاذ الوصية للوارث على إجماع أئمتهم على ذلك.

هذه أراء الفقهاء في الوصية للوارث لكن متى يعتبر الشخص وارثا أو غير وارث هل وقت الوصية أم وقت وفاة الموصي.

---

[1]– سورة البقرة، الآية 180.

[2]– الشوكاني، نبل الأوطار، المرجع السابق، ص 41.

[3]– رواه عمرو بن خارجة، صحيح الجامع، الشوكاني، الفتح الرباني من فتاوى الإمام الشوكاني، حققه: أبو محمد صبحي، مكتبة الجيل الجديد، صنعاء، اليمن، ج 10، ص 4849.

[4]– محمد أبو زهرة، الميراث عند الجعفرية، المرجع السابق، ص 31.

[5]– رواه عمرو بن خارجة، صحيح الجامع، الشوكاني، الفتح الرباني من فتاوى الإمام الشوكاني، المرجع السابق، ص4849.

ذهب جمهور الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الوراثة أو عدمها تعتبر وقت موت الموصي[1]، لا وقت إنشاء الوصية، لأن الوصية تمليك للمآل –بعد الموت– فلا يعتبر الشخص وارثا إلا عند وفاة الموصي، ثم إن الموصي إذا مرض قد ينشئ وصية، ثم يرجع عنها وهذا من حقه فلا استحقاق للموصي له عندئذ لأنه بالرجوع تبطل الوصية، كما قد يموت الموصى له قبل وفاة الموصي، فلا وصية.

وبناء عليه إذا أوصى شخص لأخيه وليس له ابن ثم ولد له ابن قبل موته، صار الأخ غير وارث وبالتالي كانت الوصية له صحيحة ونافذة.

أما إذا أوصى لأخيه وكان له ابن فمات الابن قبل الموصي، ثم مات الموصي، فإن الوصية للأخ تكون وصية لوارث، فلا تنفذ إلا بإجازة الورثة.

كذلك لو أوصى شخص لزوجته ثم طلقها وانتهت عدتها قبل موته، ولم يكن قد رجع عن وصيته، ثم مات، فالوصية صحيحة نافذة، لأن بطلاقها وانقضاء عدتها أصبحت غير وارثة.

أما من أوصى لإمرة أجنبية ثم تزوجها ومات عنها كانت وصية لوارث وعلى هذا قال المالكية أنه إذا أوصى لغير وارث ثم صار وارثا بأمر حادث بطلت الوصية[2].

أما الظاهرية فيشترطون في صحة الوصية أن لا يكون الموصي له وارثا للموصي لا وقت موت الموصي ولا وقت إنشاء الوصية، وعليه إذا أوصى شخص لغير وارث ثم أصبح وارثا لسبب طارئ عند موت الموصي بطلت الوصية.

وإذا أوصى لوارث ثم أصبح غير وارث لسبب ما لم تجز الوصية له لأنه حين عقدها الموصي كان محلها باطلا والباطل لا ينقلب صحيحا.

قال ابن حزم: «إذا أوصى لوارث ثم صار غير وارث لم تجز الوصية لأنها إذا عقدها كانت باطلة».[3]

---

[1]– الشربيني، مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ معاني المنهاج، المرجع السابق، ص 44.

[2]– ابن القاسم بن جزي، القوانين الفقهية، تحقيق محمد امين الضناوي، دار الكتب العلمية، ط 1، ص 311.

[3]– ابن حزم، المحلي، دار ابن حزم، بيروت، 2016، ج 9، ص 316.

الفرع الثاني: الوصية لوارث في قانون الأسرة الجزائري

ولقد خالف المشرع الجزائري أغلب القوانين العربية واعتمد الرأي الأخير المشار إليه سابقا، وهذا في المادة 189 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي"، واعتبر الوصية لوارث صحيحة، ولكنها موقوفة على إجازة خاصة من الورثة، ويستخلص ذلك من النسخة الفرنسية لهذه المادة[1] التي تعتبر أن الوصية لوارث لا تنتج أثرها إلا إذا أجازها الورثة، ويجب الإشارة هنا أنه إذا أجاز بعض الورثة الوصية ولم يجزها البعض الآخر كانت نافذة في حق من قبلها دون تنفذ في حق من لم يقبلها من الورثة.

والمشرع الجزائري بهذا الموقف قد تفادى خلق الشقاق والأحقاد بين الورثة، بمنع الوصية للوارث بصفة مطلقة كما فعل القانون المغربي، وذلك تجاه بعض الحالات المشروعة كالولد المصاب بعاهة أو مرض مزمن، ويريد والده الإيصاء له لتأمين حياته ولعلاجه. كما أنه قد اجتنب أيضا ما قد يثير البغضاء بين أحد الأسرة بالسماح المطلق لنضام الوصية لوارث على غرار المشرع المصري، لأن ذلك سيوغر صدر من لم ينالوا ما نال ذو الخطوة، ولن يكون سبيل عدل بل سيكون في أكثر أحواله لغير ذي الحاجة.

وقد قضت المحكمة العليا بقاعدة عدم جواز الوصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة في العديد من قراراتها منها القرار الصادر بتاريخ 05/03/1990 ملف رقم 59240[2] وكذا القرار الصادر بتاريخ 24/11/1992 ملف رقم 86039[3] وتطبيقا لقاعدة عدم جواز الإيصاء لوارث يجب الإشارة إلى أن العبرة في تحديد صفة الوارث –أي في كون الموصى له من الورثة أو من غير الورثة– هي بتاريخ وفات الموصي، لا تاريخ إنشاء الوصية كما أن العبرة بالإجازة التي يعبر عنها بعد وفاة الموصي لأن الوصية تمليك

---

[1] - Voir l'article 189: «le testament fait au profit d'un héritier ne produit effet que si les cohéritiers y consentent après le décès du testateur»

[2]– قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 05/03/1990 ملف رقم 59240، المجلة القضائية، العدد الثالث، ص 57.

[3]– قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 24/11/1992 ملف رقم 86039، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2011، ص 292.

مضاف إلى ما بعد الموت، وهذا ما جاءت به المادة 189 من قانون الأسرة. ويشترط في صحة الإجازة، أن تقع فيما يملك الورثة كما أن الوارث الذي تعتبر إجازته هو الوارث الذي يكون أهلا للتبرع وهو كامل الأهلية البالغ، العاقل، الذي لم يحجز عليه وذلك لأن الإجازة تبرع والتبرع تصرف ضار ضررا محضا، لذا فإذا كان الوارث عديم الأهلية أو ناقصا للأسباب التي يقررها القانون، فإن تصرفه بالإجازة يكون باطلا بطلانا مطلقا للمواد 40، 42، 43 و44 من القانون المدني والمواد 81، 82، 83 من قانون الأسرة إضافة إلى ذلك لابد أن يكون الوارث عالما علما كاملا بالوصاية ليجيزها[1] لأن الجهالة تمنع صحة التصرف.

المطلب الثاني: الوصية بأكثر من الثلث

إن ما تم ذكره في هذا المطلب هو الوصية بأكثر من الثلث حيث بينا في الفرع الأول الوصية بأكثر من الثلث في الفقه الإسلامي وفي الفرع الثاني الوصية بأكثر من الثلث في قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: الوصية بأكثر من الثلث في الفقه الإسلامي

لم تبين آية الوصية مقدار ما يوصي به الشخص، فإن الله تعالى قال: ﴿**إن ترك خيرا**﴾، فيوصي الإنسان "بالمعروف" وهو العدل الذي لا شطط فيه.

أولا: اختلاف العلماء في اعتبار الثلث من الوصية

اختلف الصحابة الكرام رضوان الله عليهم في مقدار المال إذا تركه المتوفي لزمته الوصية.

[1]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ج 9، ص 213.

فيروى عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه تعالى عنه أوصى بالخمس[1] وقال: رضيت بما رضي الله تعالى به لنفسه يعني قول الله عز وجل: ﴿**وَاعْلَمُواْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلّهِ خُمُسَهُ**﴾[2].

ويروى أن شيخا جاء إلى عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه فقال: يا أمير المؤمنين أنا شيخ كبير ومالي كثير، ويرثني أعراب موالي منزوح نسبهم أفأوصي بمالي كله؟ قال: لا فلم يزل يحط حتى العشر[3].

وقال الإمام علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه: لأن أوصي بالخمس أحب إلي من أن أوصي بالربع، ولأن أوصي بالربع أحب إلي من أن أوصي بالثلث فكان مقدار المال الموصى به موكول إلى اجتهاد الموصي على قدر حاله، ثم تولى الله سبحانه وتعالى تقدير ذلك على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم حين قال لسعد رضي الله تعالى عنه: «الثلث والثلث كثير»[4].

وإن كان مقدار الوصية هو ثلث المال، فإنه يستحب الإنقاص منه، خاصة إذا كان لا يفضل عن غنى الورثة.

وقال عبد الله ابن عباس رضوان الله تعالى عنهما: «لو غض الناس في الوصية من الثلث إلى الربع لكان أحب إلي لأن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: "الثلث والثلث كثير"[5].

كما روي عن أبي بكر وعمر وعلي رضوان الله تعالى عنهم قالوا: الخمس اقتضاء، والربع جهد، والثلث حيف[6].

---

[1]– موفق الدين ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل، دار الكتب العلمية، ط 1، 1414ه/1994م، ج 2، ص474.

[2]– سورة الأنفال، الآية 41.

[3]– موفق الدين ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل، المرجع السابق، ص 417.

[4]– ابن العربي، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 3، 1424ه/2003 م، ج 1، ص 71.

[5]– الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، المرجع السابق، ص658.

[6]– الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المرجع السابق، ص 331.

وعلى كل، فقد اتفق جمهور الفقهاء على أن الحد الأعلى للوصية هو الثلث، لتحديد الرسول صلى الله عليه وسلم ذلك بالثلث.

لكن إذا خالف الموصي هذا الحديث، فأوصى للأجنبي أي غير الوارث. بأزيد من الثلث، فما حكم الوصية؟ لا خلاف بين الفقهاء في إجازة الوصية بالثلث لأنه الحد المسموح به، أما ما زاد على الثلث فالفقهاء مختلفون في حكمه إلى أقوال[1]:

الأول: وهو قول الحنفية والمالكية في قول والشافعية والحنابلة والزيدية والإمامية[2]، وبمقتضاه تكون الوصية صحيحة موقوفة على إجازة الورثة بعد موت الموصي، فإن أجازوها جازت وإن ردوها بطلت فيما زاد على الثلث وترد إلى الثلث.

واستدل أصحاب هذا الرأي على قولهم، أن الزائد على الثلث إنما منع لحق الورثة لقوله صلى الله عليه وسلم: «إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس»[3] فدل على أن المنع من الزيادة على الثلث مراعاة لحق الورثة، فإن أجازوا الزيادة فقد أسقطوا حقهم بتنازلهم عنه[4].

الثاني: وهو قول المالكية الذين يرون أن الوصية بما زاد على الثلث باطلة، ولو كانت يسيرة فإنها ترد ما زاد عليه، لكن إذا أجاز الورثة الوصية بما زاد على الثلث فتجوز كعطية مبتدأة منهم، وليس تنفيذا لفعل الموصي، ولهذا يحتاج ثبوت الملك للموصي له في الزائد على الثلث إلى تجديد قبول منه وقبض الموصي به[5].

---

[1]– عبد الناصر موسى، أحكام التركات في الفقه والقانون، مؤسسة حمادة للخدمات الجامعية، جامعة اليرموك، ط1، 1420هـ/1990م، ص 105.

[2]– صالح بن مهدي المقبلي، المنار في المختار من جواهر البحر الزخار، مكتبة الجيل، صنعاء، ط1، 1408هـ/1988م، ج 2، ص438.

[3]– رواه مسلم، كتاب الوصية، أحمد بن الصديق الغماري، كتاب الهداية في تخريج أحاديث البداية، المرجع السابق، ص240.

[4]– الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، المرجع السابق، ص660.

[5]– ابن أبي زيد القيرواني، الرسالة، دار الفكر، د ط، د ت، ص 537.

الثالث: وهو قول الظاهرية[1] والمزني من الشافعية[2].

يرى أصحاب هذا القول عدم صحة الوصية بما يزيد على الثلث، ولو أجازها الورثة، واستدلوا على ذلك ما يلي:

-قوله صلى الله عليه وسلم لسعد رضي الله تعالى عنه: "الثلث والثلث كثير"، لأن النبي صلى الله عليه وسلم منع سعدا من الوصية بالنصف، وبالثلثين، ولم يستثن صورة الإجازة، فدل ذلك على عدم صحة الوصية بأكثر من الثلث ولو أجاز الورثة.

كما استدل أصحاب هذا القول بحديث عمران ابن الحصين في «الرجل الذي أعتق ستة مملوكين له عند موته ولم يكن له مال غيرهم، فدعا بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم، فجزأهم أثلاثا، ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة وقال له قولا شديدا»[3].

ووجه دلالة الحديث على منع الوصية بأزيد من الثلث أن ما فعله الرجال وهو العتق في مرض الموت يعتبر حكمه حكم الوصية.

ولما أجاز له الرسول صلى الله عليه وسلم التصرف في الثلث وهو اثنان من ستة والباقي أربعة ردهم إلى ملكه دل ذلك على أن الوصية بما تجاوز الثلث باطلة ولو أجاز الورثة لأنه لم ينقل عنه أنه صلى الله عليه وسلم راجع الورثة، فدل ذلك على المنع مطلقا[4].

وابن حزم عندما قال ببطلان الوصية في أكثر من الثلث التركة يرى أن ما زاد على الثلث من حق الورثة، وأن تصرف الموصي فيما استحقه الورثة باطل، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم "إن دمائكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام" فليس لهم إجازة

---

[1]- ابن حزم، المحلي، المرجع السابق، ص 317.

[2]- ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، عدة دور نشر، حققه: عبد العزيز بن عبد الله بن باز، محمد فؤاد عبد الباقي، محب الدين خطيب، ط 1، ج 5، ص 373.

[3]- رواه مسلم، كتاب العتق، باب القرعة في العتق، ابن دقيق العيد، كتاب الإلمام بأحاديث الأحكام، حققه إسماعيل الجمل، دار ابن حزم، لبنان، بيروت، ط 2، 1423هـ/2002م، ج 2، ص 596.

[4]- عبد الناصر موسى، أحكام التركات في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص 106.

الباطل، لكن إن أحبوا أن ينفذوا ذلك من مالهم باختيارهم فلهم ذلك ولهم حينئذ أن تجعلوا الأجر لمن شاءوا[1].

والراجح من هذه الأقوال هو قول المالكية بأن الوصية بأكثر من الثلث باطلة وإذا أجازها الورثة كانت عطية مبتدأة منهم، لأن حق الموصي في مثل المال، فإذا أنفذوا الوصية كان ذلك تبرعا منهم.

ثانيا: وقت تقدير الثلث

أما عن وقت تقدير الثلث، فقد اختلف الفقهاء في ذلك فمنهم من يرى أنه وقت إنشاء الوصية ومنهم من يحدده بوقت الوفاة، ومنهم من يقدره بوقت قبول الموصي له للموصى به.

فذهب جمهور الحنفية والمالكية والحنابلة والزيدية إلى أن تقدير الثلث يكون يوم القسمة، لأنه وقت استقرار الملك وتنفيذ الوصية[2].

ويرى الشافعية في أرجح الأقوال عندهم وبعض المالكية أن تقدير الثلث يكون وقت وفاة الموصي، لأن الملكية لا تثبت بالوصية إلا بعد الوفاة[3].

ويرى بعض الحنابلة أن الثلث يقدر بعد صدور القبول من الموصى له، لأن ملكية الوصية لا تنشأ الى بعد هذا القبول.

ويرى بعض المالكية وبعض الشافعية أن تقدير الثلث يكون يوم الوصية، فالوصية عندهم عقد تعتبر بأولها[4].

الفرع الثاني: الوصية بأكثر من الثلث في قانون الأسرة الجزائري

من القيود الواردة على الوصية ما تعلق بالموصى به والمتمثلة في اشتراط حدود للوصية هي عدم تجاوز الموصى به الثلث، وهذا ما أجمع عليه الفقهاء، وقد نصت المادة

---

[1]– ابن حزم، المحلي، المرجع السابق، ص 317.

[2]– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، سورية، دمشق، ط 4، ت إ، 2006، ج 8، ص 104.

[3]– محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص 267.

[4]– محمد مصطفى شبلي، أحكام الوصايا والأوقاف، المرجع السابق، ص 136.

185 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة"[1] وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قراراتها، ومن بينها القرار المؤرخ في 1997/07/29[2].

وعليه إذا تجاوزت الوصية الثلث القانوني فيذهب الفقه المالكي إلى أن الوصية لغير الوارث في هذه الحالة تقع باطلة بالنسبة للزيادة، أما إذا أجازها الورثة فإنها تأخذ حكم الهبة من أموالهم، وفي رأي آخر للمالكية اعتبروا أن الزيادة صحيحة، ولكنها موقوفة على إجازة الورثة بشرط أن تكون الوصية لغير وارث. أما الأحناف فقد قرروا أن الوصية بأكثر من الثلث تصح، ولا تقع باطلة، بل يتوقف نفاذها على إجازة الورثة لأن الوصية مهما يكن مقدارها تصرف من الموصي في الملكية. ويعتبر الشافعي أن الوصية بما زاد عن الثلث باطلة في أحد قوليه، وعليه فإجازة الورثة تمليك مبتدأ، أي الإجازة تمليك من جانب الوارث، لا من جانب الموصي. وبالرجوع إلى المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري نجدها اكتفت بالنص على أن الوصية تكون في حدود الثلث وأن ما زاد يتوقف على إجازة الورثة.

هذه مجموعة الشروط الواجب توفرها لانعقاد الوصية صحيحة فإذا وجدت هذه الشروط بالضرورة تصبح الوصية نافذة بعد موت الموصي، وتنتج آثارها من انتقال ملكية الموصى به إلى الموصى له[3].

إضافة إلى ذلك أن وقت تقدير الثلث وكيفية تقديره، فالنسبة إلى وقت تقدير الثلث فقانون الأسرة الجزائري لم يورد نصا في ذلك وعليه يستوجب الرجوع إلى ما جاء به الإمام مالك تطبيقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة. أما بالنسبة لكيفية تقدير التركة، فيجب أولا توضيح أن تقدير التركة لا يكون إلا بعد سداد الديون، فالثلث المعتبر هو مما

---

[1] – قانون الأسرة، الكتاب الرابع التبرعات (الوصية، الهبة، الوقف)، الفصل الأول، 2007، ص 22.

[2]– قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 29/07/1997. ملف رقم 166090، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص 298.

[3]– العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 297.

يكون تركة خالصة من كل دين، لأن الورثة يخلص لهم ثلثا الباقي بعد سداد الديون، وهذا ما يستشف من المادة 185 من قانون الأسرة بقولها: تكون الوصية في حدود ثلث التركة فالمقصود بكلمة التركة هنا الأموال الخاضعة للوصايا، والمواريث بعد قضاء ديون العباد[1].

[1]– العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 297.

المبحث الثاني: موانع استحقاق الوصية ومبطلاتها

إذا وقعت الوصية مستوفية مقوماتها وشروطها كانت صحيحة، وهي غير لازمة يجوز لصاحبها الرجوع عنها في أي وقت شاء، فإذا مات مصرا عليها ولم يوجد ما يبطلها، وقبلها الموصى له نفذت وترتب عليها آثارها[1].

وقد يحدث ما يعرقل استحقاقها لأصحابها فيلغي نفاذها، أو يبطلها وهو ما يسمى بموانع استحقاق الوصية ومبطلاتها، وهذه المبطلات كثيرة وهي تأتي تارة من قبل الموصي، وأخرى من قبل الموصى له، ومن جهة أخرى تأتي من قبل الموصى به[2].

وهو ما نتحدث عنه في هذا المبحث في مطلبين، الأول عن موانع استحقاق الوصية وتحت هذا المطلب فرعين، وسيكون الفرع الأول لموانع استحقاق الوصية في الشريعة الإسلامية والفرع الثاني لموانع استحقاق الوصية في القانون، أما المطلب الثاني عن مبطلات الوصية، تحته فرعين، الأول خصصناه لمبطلات الوصية في الشريعة الإسلامية، والثاني لمبطلات الوصية في قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: موانع استحقاق الوصية

تم تبيين في هذا المطلب موانع استحقاق الوصية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: موانع استحقاق الوصية في الفقه الإسلامي

هناك عدة موانع تعيق استحقاق الوصية في الفقه الإسلامي وهي كالآتي:

أولا: حالات رد الموصى له للوصية

أجمع الفقهاء على جواز رد الموصى له للوصية فقد ذكر الفقهاء لرد الموصى له للوصية حالات كثيرة وهي:

---

[1]– محمد كمال الدين، جابر عبد الهادي سالم، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف في الفقه والقانون والقضاء، المرجع السابق، ص 480.

[2]– المرجع نفسه، ص 480.

الحالة الأولى: أن يردها قبل موت الموصي، فلا عبرة بالرد هنا، لأن الوصية لم يقع حكمها بعد فلا يمكن رد المبيع قبل إيجاب البيع، ولأن قبل الموت ليس بمحل للقبول فلا يكون محلا للرد، وذهب إلى ذلك الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة.

الحالة الثانية: أن يرد الموصي له للوصية بعد موت الموصي قبل القبول فيصبح الرد، وتبطل الوصية، لأنه يسقط حقه في الموصى به بعد ثبوت هذا الحق، وإلى ذلك ذهب بعض الشافعية والحنابلة.

الحالة الثالثة: أن يرد الموصى له الوصية بعد القبول والقبض، فلا يصح الرد لأن ملكه قد استقر على الموصى به، فأشبه لرده ساند ملكيته.

الحالة الرابعة: أن يرد الموصى له الوصية بعد القبول وقبل القبض، في ذلك قولان أي اختلاف بين الفقهاء:

القول الأول: لا يصح الرد، لأن ملكه قد يستقر عليه، وأصبح ملكا تاما له فلم يصح رده، كما لو قبض، وإلى ذلك ذهب بعض الشافعية[1].

القول الثاني: يصح الرد، وتبطل الوصية، لأنه تملك من جهة، ولكن من غير قبض ويصح الرد قبل القبض، إلى ذلك ذهب بعض الشافعية ومن الحنابلة.

والقول الراجح يفضل أن ينقل إليه الموصى به مكيلا وموزونا، صح الرد لأنه لا يستقر ملكه عليه قبل قبضه، فإن رده قبل القبول لم يصح الرد لأن ملكه استقر عليه فهو مقبوض[2].

ثانيا: قتل الموصى له للموصي

قد يحدث القتل بعد الوصية بأن يوصي شخص لآخر ثم يقتل الموصى له الموصي، وقد يحدث قبلها كما أن أحدث شخص لشخص آخر جرحا ثم أوصى المجروح لجارحه وبعد الوصية مات بسبب هذا الجرح، وقد اختلف الفقهاء في هذا، فيمكن للموصى

[1]– محمد علي يحي، أحكام الوصية في الفقه الإسلامي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح، نابلس، فلسطين، ص 164.

[2]– المرجع نفسه، ص 165.

له في الأخذ بالوصية وهو اختلاف مبني على الحديث الشريف «لا وصية لقاتل» وعلى تعارض تشبيه الوصية بالهبة والميراث فمن شبهها بالميراث قال أنها تتأثر بالقتل ومن شبهها بالهبة قال أنها لا تتأثر، ومنه نرى أن هناك اختلاف بين الفقهاء وسنذكرها كما يلي[1]:

أ- عدم جواز الوصية لقاتل الموصي بغير حق:

أن لا يكون الموصى له قاتلا الموصي في رأي الحنفية والحنابلة فإن قتله فإن أصابه بجرح فأوصى له ثم بعدها مات، كانت الوصية باطلة، وإن أوصى له أولا ثم حدث القتل كان مانع من استحقاق الوصية، فالقتل يمنع صحة الوصية ابتداءً واستمرار، لأن القتل يمنع الميراث فيمنع الوصية معاملة له بالنقض مقصودة، والقتل مانع من صحة الوصية لحق الشرع سواء أجازها الورثة أو لا وهو رأي أبي يوسف وبه أخذ قانون الأسرة الجزائري[2].

وقال أبو حنيفة ومحمد إذا كان للموصي ورثة، وإذا لمن يكن للموصي ورثة كانت الوصية جائزة نافذة لأن المنع لحق الورثة، والرأي الأول أرجح لكن اختلف الحنفية والحنابلة في نوع القتل المانع من الوصية والميراث، فقال الحنابلة في الأصح، القتل بغير حق: سواء كان عمدا أو خطأ، مباشرة أو نسبا، يمنع الميراث ويبطل الوصية لأن الميراث أعم من الوصية، فتكون الوصية أولى[3].

وقال الحنفية: القتل المانع من الإرث والوصية هو الصادر من البالغ العاقل عدوانا بغير حق بغير سبب شرعي، إذا كان مباشرا لا نسبا، سواءً كان عمدا أو خطأ، فالقتل من المجنون والصبي والقتل بحق كالقتل قصاصا أو حدا بسبب النفي أو بعذر كالدفاع عن النفس والعرض والقتل بالنسب، كما لو دل الموصى له القاتل على مكان الموصي ولم

---

[1]- أحمد محمود الشافعي، أحكام المواريث والوصاية والوقف في الشريعة الإسلامية، د ط، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 75.

[2]- المادة 188 من قانون الأسرة.

[3]- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 36.

يشترك معه في القتل، كل ذلك لا يمنع الإرث والوصية فالقتل بالنسب عندهم لا يمنع إرثا ولا وصية[1].

ب- جواز الوصية لقاتل:

ذهب الشافعية إلى أن الوصية تصح للقاتل ولو تعديا، فلو قتل الموصى له الموصي ولو تعديا، استحق الموصي له الوصية، لأن الوصية تمليك، فاشتبهت الهبة وخالفت الإرث.

وأما المالكية فنعدهم تفصيل هو أن الوصية لقاتل سواء أكان القتل عمدا أم خطأ إذا علم الموصي بمن قتله لو لم يغير وصيته أو أوصى بعد الضرب مع علمه بأن الموصى له الضارب، لأن المانع عن صحة الوصية، وهو استعجال الموصى له الشيء قبل أوانه فيعاقب بالحرمان، لا يتحقق إلا إذا كان القتل لاحقا للوصية، وإذا كان الموصي عالما بالضرب، ثم أوصى له دل على أنه عفا عنه وقصد الإحسان عليه.

وعليه يتبين أنه لا يشترط عند المالكية أن لا يكون الموصى له قاتلا، بشرط أن تقع الوصية بعد الضرب وأن يعرف المقتول قاتله، فإن ضرب شخص غيره ضربة قاتلة عمدا أو خطأ ثم أوصى له بعد الضربة بشيء صحت الوصية، أما إذا أوصى له قبل أن يعرف على الراجح لأن فيها شبهة استعجال الوصية كالميراث، عقب هذه الحالة الأخيرة يتفق مذهبهم مع الحنفية والحنابلة، وفي الحالة الأولى أي وقوع الوصية بعد الضرب تكون الوصية واجبة كالشافعية، ويكون لدينا رأيان: رأي الحنفية والحنابلة أن القتل يبطل الوصية، ورأي الشافعية والمالكية، أن القتل لا يبطل الوصية[2].

ثالثا: اختلاف الدين بين الموصي والموصى له

تصح وصية الذمي لغير المسلم وبالعكس اتفاقا، لأن غير المسلمين بعقد الذمة متساوون مع المسلمين في المعاملات، في الحياة وبعد الممات.

---

[1]- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 36-37.

[2]- المرجع نفسه، ص 39.

فإذا أوصى ذهب غير مسلم بوصية، فلها ثلاثة حالات ذكرها الحنفية:

1. إذا كان الموصى به أمرا هو قربه في شريعتنا وشريعته، كالصدقة على فقراء المسلمين أو فقراء الذميين أو بعمارة المسجد الأقصى، أو ببناء مدرسة أو مشفى ونحو ذلك، جازت الوصية اتفاقا لأن هذا مما يقرب به المسلمون وأصل الذمة على حد السواء.
2. إذا كان الموصى به شيئا هو قربه عندنا وليست بقربه عنده كأن أوصى ببناء مسجد للمسلمين وبأن يحج عنه، فهذه وصية باطلة باتفاق الحنفية، لأنه لا يعتقد حقا يكون به قربة لله تعالى.[1]
3. إذا كان الموصى به قربه عنده لا عندنا، كأن أوصى ببناء كنيسة أو معبد أو مذبح، فالوصية صحيحة عند أبي حنيفة لأن المعتبر في وصية ما هو قربه عنده في عقيدته، لذا وبطلت وصيته لبناء مسجد، لأنها ليست قربه عنده وهذا الراجح.

أما الصحيحان فاعتبروا وصية غير المسلمين باطلة لأنها وصية في شريعتنا بما هو معصية الوصية بالمعاصي لا تصح.

وقال الأئمة الآخرون وأخذوا بقول الصحيحين تبطل الوصية بالمعصية وهي قربة ولو من ذمي لأنه على المعصية[1].

الفرع الثاني: موانع استحقاق الوصية في قانون الأسرة الجزائري

أولا: رد الموصى له للوصية

القبول هو تأكيد حث الموصي له للوصية، كما أن رده لها يعد من مبطلات الوصية شريطة أن يكون الرد بعد وفاة الموصي[2].

[1]– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 40–41.

[2]– الرشيد ابن شويخ، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، ط 1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص33.

وقد نص على ذلك القانون الأسرة الجزائري في المادة 197 "يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنيا بعد وفاة الموصي"[1] وفي المادة 204 "تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي، أو ردها"[2].

ثانيا: قتل الموصى له للموصي

يعد القتل من مبطلات الوصية فمتى قتل أو تسبب في قتل الموصي فاعلا أصليا أو شريكا، يحرم من الوصية قياسا على أحكام الميراث شريطة أن يكون القتل عمدا، وهذا يعد تطبيقا للقاعدة الفقهية التي تقول من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه[3].

وقد نص المشرع الجزائري على هذا من خلال المادة 188 من قانون الأسرة كما يلي: "لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا"، بالنظر إلى هذه المادة نلاحظ أن القتل الذي يبطل الوصية هو قتل الموصي عمدا، والمادة 188 تتكلم بصراحة حيث قالت: "لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا"[4].

ثالثا: اختلاف الدين بين الموصى والموصى له

لا يشترط اتحاد الدين بين الموصي والموصى له لصحة الوصية فتجوز وصية المسلم لغير المسلم وتجوز وصية غير المسلم لأهل ملته ولغير أهل ملته كاليهودي للمسيحي والعكس والمسلم لليهودي أو المسيحي والعكس لأن غير المسلمين في دار الإسلام لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين أي أن اختلاف الدين لا يمنع صحة الوصية[5]. في حين تطرق إليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة على حسب المادة 200 "تصح الوصية مع اختلاف الدين"[6].

المطلب الثاني: مبطلات الوصية

---

[1] – قانون الأسرة الجزائري، الكتاب الرابع التبرعات (الوصية، الهبة، الوقف)، الفصل الثاني، الهبة، 2007، ص 22.

[2] – المرجع نفسه، ص 22.

[3]– المرجع نفسه، ص 35.

[4]– المادة 188 من قانون الأسرة الجزائري.

[5]– الرشيد ابن شويخ، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، 2008، ص 34.

[6]– المادة 200 من قانون الأسرة الجزائري.

تبطل الوصية بأسباب، إما من الموصي وإما من الموصى له وإما من الموصى به، ذكرنا في المطلب الأول مبطلات الوصية في الفقه الإسلامي والفرع الثاني: مبطلات الوصية في قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: مبطلات الوصية في الفقه الإسلامي

نتناول في هذا الفرع مبطلات الوصية من جهة الموصي، الموصى له، والموصى به.

أولا: مبطلات الوصية من جهة الموصي:

1- تبطل الوصية عند الحنيفة بالجنون المطبق إذا اتصل به الموت، ويشمل الجنون العته لأن الوصية عقد غير لازم كالوكالة فيكون لبقائه حكم ابتدائه، بينما ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الوصية لا تبطل بالجنون سواء كان مطبقا أو لأن شرط تتحقق الأهلية واجب عند الانعقاد ولا يؤثر زوالها بعدئذ في صحة العقد أو التصرف، وهو ما يستفاد من أحكام قانون الأسرة الجزائري الذي اشترط سلامة العقل عند الانعقاد فقط في مادة 186 من قانون الأسرة الجزائري، أخذ بالمذهب المالكي.

ويلاحظ أنه يجوز للموصي الرجوع عن الوصية في أي وقت شاء، فإذا جن جنونا مطبقا متصلا بالموت فقد طرأ عليه احتمال رجوعه فتبطل[1].

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

3- رجوع الموصي عن وصيته، ولا خلاف بين الفقهاء في أن الوصية تصرف غير لازم في حياة حق للموصي وان له حق الرجوع عنها كلها أو بعضها في أي وقت شاء ما لم يتعلق بها حق الموصى له في حياة الموصي وليس للرجوع عندهم صيغة خاصة[3].

ثانيا: مبطلات الوصية من جهة الموصى له

---

[1]- محمد مصطفى شبلي، أحكام الوصايا والأوقاف، المرجع السابق، ص 257.

[2]- العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 317.

[3]- محمد مصطفى شبلي، أحكام الوصايا والأوقاف، المرجع السابق، ص 262-263.

1- ردة الموصى له كلها أو بعضها قبل قبوله وبعد موت الموصي باتفاق الفقهاء، وأما ردة قبل موته فلا عبرة به عند جمهور الفقهاء فله أن يقبلها بعد وفاته، ورده بعد قبولها يبطلها عند الحنفية بشرط قبول الورثة وأحدهم لهذا الرد.

2- موته قبل موت الموصي إذا كانت الوصية أعيانا أو منافع وسواء علم الموصي بموته أو لم يعلم لكونه صار غير أهل للتملك بالموت ولا يصح صرفه إلى غيره، وكذلك إذا مات بعد موت الموصي وقبل ابتداء مدة الانتفاع في الوصية بالمنفعة.

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

4- تعذر وجود الجهة الموصى لها فيما إذا كانت الوصية لجهة غير موجودة وستوجد في المستقبل[1].

ثالثا: مبطلاتها من جهة الموصى به

1- تبطل الوصية إذا هلك الموصى به المعين بالذات أو بالنوع سواء كانت الوصية به أو بجزء شائع منه، فلو أوصى بسيارة أو بجزء شائع فيها كنصفها مثلا ثم هلكت قبل قبول الموصى له بطلت الوصية سواء كان الهلاك قبل موت الموصي أو بعده لفوات محل الوصية، ولو أوصى بغنمه أو بسهم شائع فيها كثلثها ثم هلكت الغنم قبل قبوله بسبب غير موجب للضمان بطلت الوصية، وإذا كان هلاكها بسبب موجب للضمان لا تبطل الوصية لانتقال حق الموصى له إلى البدل.

2- ثبوت استحقاق الموصى به لغير الموصي سواء كان ذلك قبل موت الموصي أو بعده لأنه تبين بهذا الاستحقاق أن الموصى به ليس مملوكا له. والبطلان في هذين الهلاك والاستحقاق قد يكون كليا إذا هلك الموصى به كله أو استحق كله وقد يكون جزئيا إذا كان الهلاك أو الاستحقاق لبعضه فقط[2].

---

[1]- بدران أبو العينين، المواريث الوصية والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية، مصر، 1990، ص 163-164.

[2]- محمد مصطفى شبلي، أحكام الوصايا والأوقاف، المرجع السابق، ص 258-259.

3- وكذلك رجوع الموصي عن وصيته اتفق الفقهاء على أن رجوع الموصي عن وصيته تبطل به الوصية، لأنها عقد غير لازم فيجوز للموصي الرجوع فيها متى شاء.

4- إذا مات الموصى له قبل موت الموصي.

5- إذا كان الموصى به معينا وهلك قبل وفاة الموصي.

6- إذا رد الموصى له الوصية الوحيدة بعد وفاة الموصي.

7- إذا قتل الموصى له الموصي، كما أوضحت سابقا.

8- يتصرف الموصي بالموصى به تصرفات يزيل اسم الموصى به ومعظم صفاته[1].

الفرع الثاني: مبطلات الوصية في قانون الأسرة الجزائري

هناك مبطلات للوصية منها ما يتعلق بجهة الموصي ومنها ما يتعلق بجهة الموصى له ومنها ما يتعلق بجهة الموصى به.

أولا: من جهة الموصي

فقد نصت المادة 186 من قانون الأسرة الجزائري "يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل" وبمفهوم المخالفة فإن جنونه يبطل الوصية، غير أن القانون لم يحدد الوقت الذي يشترط فيه سلامة العقل، وقت إنشاء الوصية أو يظل الموصي سليم العقل طول حياته.

بالإضافة إلى أن المشرع الجزائري لم يتعرض في قانون الأسرة الجزائري لوصية المرتد، وربما عملا بمذهب الحنابلة القائلين بصحة وصية المرتد[2] ونصت المادة 199 من قانون الأسرة الجزائري "إذا علقت الوصية على شرط استحقها الموصى له بعد إنجاز الشرط"، وبمفهوم المخالفة فإن عدم تحقق شرط يؤدي إلى عدم استحقاق الموصى له للموصى به وبالتالي تبطل الوصية.

---

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

[2]- العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 317.

أما بالنسبة لمسألة الرجوع عن الوصية فنصت المادة 192 من قانون الأسرة الجزائري على أن الرجوع يكون صراحة أو ضمنا "يجوز الرجوع عن الوصية صراحة أو ضمنا، فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها، والضمني يكون بكل تصرف يستخلص من الرجوع فيها" والرجوع الصريح يكون بوسائل إثبات الوصية، وتثبت حسب المادة 190 "تثبت الوصية:

1- تصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقدا بذلك.

2- في حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم، ويؤثر به على هامش أصل الملكية".

ونصت المادة 193 من قانون الأسرة الجزائري: "رهن الموصى به لا يعد رجوعا في الوصية" أخذ بمذهب المالكية في ذلك.

إلا أن قانون الأسرة لم يحدد الرجوع الضمني خاصة وأن بعض التصرفات يصعب تحديد ما إذا قصد منها الرجوع عن الوصية أم لا[1].

ثانيا: من جهة الموصى له

إلى جانب بطلان الوصية من جهة الموصي، فإنها تبطل من جهة الموصى له بما يلي:

نص قانون الأسرة الجزائري في المادة 201 منه: تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي.

أما بالنسبة لرد الموصى له فقد نص قانون الأسرة الجزائري على بطلان الوصية برد الموصى له للموصى به في المادة 201 "تبطل الوصية... بردها"[2].

قتل الموصى له الموصي، سبق الحديث عن شروط الموصى له عدم قتله للموصي وقلنا أن الحنفية والمالكية والحنابلة والزيدية يمنعون الموصى له القاتل ومن وصية

[1] – محمد سليمان، أسباب كسب الملكية، الدار العلمية الدولية، عمان، ط 1، 2001، ص 220.

[2] – قانون الأسرة الجزائري، الكتاب الرابع التبرعات (الوصية، الهبة، الوقف)، الفصل الثاني، الهبة، 2007، ص 22.

الموصي المقتول، وأن الشافعية والجعفرية يقولون بأن القتل لا يمنع من استحقاق الوصية[1].

ثالثا: من جهة الموصى به

1- هلاك الموصى به: لم ينص المشرع الجزائري على هذه الحالة إلا أنه عملا بالقواعد العامة فلا يجوز التصرف في ملك الغير، وعليه فالوصية بملك الغير باطل من باب أولى، بخلاف بعض القوانين العربية فمثلا نصت المادة 220 من قانون الأحوال الشخصية السوري "تبطل الوصية: بهلاك الموصى به المعين قبل وفات الموصي"[2].

ونصت المادة 314 من مدونة الأسرة المغربية: "تبطل الوصية بما يلي: بهلاك الموصى به المعين قبل وفاة الموصي... وغيرها"[3].[4]

بعد البحث في موضوع الوصية نلاحظ أن في بعض مسائلها اتفاق بين الفقهاء المذاهب الإسلامية، وفي بعضها الآخر اختلاف، وأن هذا الاختلاف يؤدي إلى تعدد الآراء في المسألة الواحدة وهذا من مميزات شريعتنا السمحة التي لا تتقيد بمذهب واحد، بل إن عدم التعصب لرأي معين يؤدي إلى رفع الحرج عن الأفراد غير أن قانون الأسرة الجزائري وإن أخذ جل أحكامه من الشريعة الإسلامية، إلا أن هناك فراغ كبير في بعض المسائل المتعلقة بالوصية وخاصة مع عدم وجود اجتهاد قضائي، إلا أنه في حالة عدم وجود النص فإن القانون يحيلنا بالضرورة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية وهذا ما تضمنه المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري[5].

---

[1] – يوسف بن مرعي، غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى، حققه محمد زهير الشاويش، مؤسسة دار السلام للطباعة والنشر، ط 1، 1428هـ/2007م، ج 2، ص 335.

[2] – قانون الأحوال الشخصية السوري الجديد معدلا لغاية 2020، الكتاب الخامس "الوصية"، الباب الأول، أحكام الوصية، الفصل الثاني، "بطلان الوصية".

[3]– شفيقة حابت، الوصية الواجبة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2010/2009م، ص 94.

[4] – مدونة الأسرة المغربية، المادة 314.

[5]– شفيقة حابت، الوصية الواجبة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 94.

خاتمة

خاتمة:

وبعد فهذا إيذان بحط الرحال ونهاية التجوال في بحثنا هذا تسطره خاتمة تتضمن أهم النتائج المتوصل إليها وذلك من خلال الفصلين والتي تناولت موضوع الوصية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، كما تتضمن بعض التوصيات فقد تبين لنا مما سبق أهمية دراسة موضوع الوصية وهذا لما تحققه له من فوائد دينية ودنيوية، فهي تحقق الكثير للمجتمع وأفراده هذا ما جعل المولى عز وجل قد أوجبها في محكم تنزيله في قوله ﴿**كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ**﴾ سورة البقرة الآية 180.

وحث عليها الرسول صلى الله عليه وسلم في أحاديث كثيرة منها "إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم فضعوه حيث شئتم".

وأخيرا أجمع الفقهاء على صحتها وجوازها ومن ثم إتباع سنة النبي صلى الله عليه وسلم.

نتائج الدراسة:

وأهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال البحث في موضوع الوصية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري هي كالآتي:

- إن الوصية من التصرفات التي عرفها الإنسان منذ القدم فقد عرفها المصريون كما عرفها اليونانيون والرومانيون وكانت تستخدم كوسيلة لتقسيم التركة.
- إن الوصية صدقة منحها الله سبحانه وتعالى لعباده في ثلث أموالهم زيادة في أعمالهم وهي تصرف قانوني مضاف إلى ما بعد الموت وقد تناولها القانون المدني الجزائري والذي يحيل في المسائل المتعلقة بالأحول الشخصية إلى قانون الأسرة الجزائري.
- الوصية تتم بالصيغة وهي الإيجاب من الموصي والقبول من الموصى له بعد موت الموصي وهو مصر على الوصية ويجوز الرجوع عنها أو العدول في حياته، كما أنها ترد إذا لم يقبلها الموصى له فليس فيها إجبار لأحدهما.

- إن الموصي يجب أن يكون له أهلية التبرع بأن يكون راضيا، سليم العقل لكن لا يشترط أن يكون مسلما، أما الموصى له فيجب أن لا يكون جهة معصية، ولا مجهولا جهالة لا يمكن رفعها، وأن لا يكون وارثا للموصي إلا إذا أجاز باقي الورثة ذلك، أما الموصى به فيجب أن يكون موجودا عند الموصي وقت إبرام الوصية إذا كان معينا وإن يكون متقوما إذا كان مالا، ومما يمكن توارثه.
- اختلف الفقه الإسلامي حول مقدار الثلث من الوصية.
- الوصية لا يجوز فيها بما زاد على الثلث ولا يجوز لوارث إلا إذا أجاز الورثة ذلك بعد وفاة الموصي لا قبله.
- أما فيما بخصوص قانون الأسرة الجزائري الذي يعتريه الكثير من النقص بخصوص الوصية على الرغم من إحاطته للموضوع وذلك من خلال تناوله لها في بعض النصوص التشريعية وبالتحديد 18 مادة قانونية من 184 إلى 201 من قانون الأسرة.
- لقد خص المشرع الجزائري موانع الوصية في التشريع الجزائري في رد الموصى له للوصية وقتل الموصى له للموصي.
- وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري قد كان موفقا في موضوع الوصية حينما أحال النقائص إلى المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري إلى الشريعة الإسلامية التي كان لها الدور الكبير في سد الفراغ الذي تركه القانون وكل ذلك إعمالا لمبدأ العدالة والتوسيع من السلطة التقديرية للقاضي ومن ثم فيجب عليه أن ينظر إلى الظروف المحيطة بالقضية المعروضة فيما يخص الوصية وفقا لأراء المذاهب الأربعة.

التوصيات:

- إعادة النظر في النصوص القانونية التي تناولت موضوع الوصية عن طريق مراجعة المشرع الجزائري لقانون الأسرة وكذلك القانون المدني.
- وضع مواد قانونية واضحة من أجل سد الثغرات القانونية الموجودة في المواد التي وضعها المشرع الجزائري في قانون الأسرة.

- الابتعاد عن التناول السطحي لبعض مواضيع الوصية وهذا عن طريق الاعتماد على أسلوب مبني على التعمق والتفحص في مختلف النصوص القرآنية وكذا الأحاديث النبوية الشريفة.
- يستلزم تدخل تشريعي لسد الفراغ الذي أحدث خلل في التطبيق.

وأخيرا ونحن نفرغ من هذه الخاتمة استوقفنا قول ابن العماد: «إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتابا في يومه إلا قال في غده لو غير هذا لكان أحسن ولو زيد هذا لكان يستحسن، ولو قدم هذا لكان أفضل، ولو ترك هذا لكان أجمل» وهذا من أعظم العبر وهو دليل على استيلاء النقص على عامة البشر.

اللهم رب كل شيء وخالق كل شيء ومقدر كل شيء، نسألك أن ترزقنا علما نافعا واسعا وقلبا خاشعا ولسانا صادقا وعملا متقبلا زاكيا خالصا، والحمد لله على نعمته والصلاة والسلام الأتمّان والأكملان على أشرف المرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

-القرآن الكريم.

-السنة النبوية الشريفة.

المعاجم والقواميس اللغوية:

1. ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط1، ج15.

2. أحمد بن فارس، مجمل اللغة، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1404ه/1984م، ج3.

3. الفيروز آبادي الشيرازي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط4، 1415ه/1994م.

الكتب الفقهية:

4. ابن أبي زيد القيرواني، الرسالة، دار الفكر، د ط، د ت.

5. ابن العربي، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 3، 1424ه-2003م، ج 1.

6. ابن القاسم بن جزي، القوانين الفقهية، تحقيق محمد امين الضناوي، دار الكتب العلمية، ط 1.

7. ابن الملقن، كتاب بدر المنير، المحقق: مصطفى أبو الغيط وعبد الله بن سليمان وياسر بن كمال، دار الهجرة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 1425هـ-2004م، ج 7.

8. ابن باز، كتاب فتاوى على نور الدرب بعناية الشويعر، الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء، المملكة العربية السعودية، ط 1، 1428هـ-2007 م، ج 19.

9. ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، عدة دور نشر، حققه: عبد العزيز بن عبد الله بن باز، محمد فؤاد عبد الباقي، محب الدين خطيب، ط 1.

10. ابن حزم، المحلي، دار ابن حزم، بيروت، 2016، ج 9.

11. ابن دقيق العيد، كتاب الإلمام بأحاديث الأحكام، حققه إسماعيل الجمل، دار ابن حزم، لبنان، بيروت، ط 2، 1423 ه-2002 م، ج 2.

12. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، درا الحديث، القاهرة، 1425ه/2004م، ج2.

13. ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، مكتبة الحلبي، مصر، الطبعة الثالث، 1404ه/1984م، ج6.

14. ابن يونس الصقلي، كتاب الجامع لمسائل المدونة، المحقق: مجموعة باحثين في رسائل دكتوراه، دار الفكر، ط 1، 1434 هـ-2013 م، ج 9.

15. أحمد بن الصديق الغماري، كتاب الهداية في تخريج أحاديث البداية، تحقيق علي شلاق، دار عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط 1، 1407 ه، 1987، ج 8.

16. أحمد بن يحي الونشريسي، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب، دار الغرب العربي، بيروت، 1401ه/1981م، ج 9.

17. أحمد عمرو أبو بكر، الوصية وأحكامها، المطبعة العربية، غرداية، ط 1986.

18. أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997.

19. أحمد محمود الشافعي، أحكام المواريث والوصاية والوقف في الشريعة الإسلامية، د ط، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2009.

20. أحمد محمود الشافعي، الوصية والوقف في الفقه الإسلامي، دار الهدى، الإسكندرية، 1414ه/ 1994م.

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

22. برهان الدين المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدئ، المطبعة الخيرية، القاهرة، 1326ه/ 1908م، ج3.

23. البهوتي، كشف القناع على متن الإقناع، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1418ه/ 1997م، ج4.

24. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لبنـــان، 1374هـ/ 1955م، ج4.

25. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، ج4.

26. الرباعي، فتح الغفار الجامع لأحكام سنة نبينا المختار، المحقق: مجموعـــة بإشـــراف السيخ علي العمران، دار عالم الفوائد، ط1، 1427هـ، ج3.

27. الرشيد ابن شويخ، الوصية والميراث فـــي قـــانون الأســـرة الجزائـــري، ط 1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

28. الزرقاني محمد بن عبد الباقي، كتاب شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، دار الثقافة الدينية، القاهرة، ط 1، 1424هـــ-2003م.

29. الزليجي، كتاب تخريج أحاديث، تحقيق عبد الله بن عبـــد الـــرحمن ســـعد، دار ابـــن خزيمة، الرياض، ط1، 1414هـ، ج1.

30. الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ط2، ج5.

31. سعيد بن منصور، دار الصميعي، السعودية، الطبعة الأولى، 1414هـ/1993م، ج 2.

32. سيد سابق، فقه السنة، دار الفكر، لبنان، ط2، 1419هـ/1998م، ج3.

33. الشوكاني محمد بن علي، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيرا، دار الجليل، بيروت، جزء 6.

34. الشوكاني، الفتح الرباني من فتاوى الإمام الشوكاني، حققه: أبو محمد صبحي، مكتبـــة الجيل الجديد، صنعاء، اليمن، ج 10.

35. الصادق عبد الرحمان الغرياني، الفقه المالكي، مؤسسة الريـــان، لبنـــان، ط 2006، ج4.

36. صالح بن مهدي المقبلي، المنار في المختار من جواهر البحر الزخار، مكتبة الجيـــل، صنعاء، ط1، 1408هـ/1988م، ج 2.

37. الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام، دار الحديث، د ط، د ت، ج 2.

38. عبد الرحمن العدوي، الوصية الواجبة، المكتبة الأزهرية للتراث، ط1، 2006.

39. عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المكتبة التجارية الكبيرى، مصر، ط1، ج3.

40. عبد الرحمن السعدي، تفسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، دار الفكر، لبنان، ط1، 1423ه/2002م.

41. عبد السلام، كتاب فتح السلام شرح عمدة الأحكام، حققه: أبو محمد عبد السلام بن محمد العامر، ج 5.

42. عبد الناصر موسى، أحكام التركات في الفقه والقانون، مؤسسة حمادة للخدمات الجامعية، جامعة اليرموك، ط1، 1420ه/1990م.

43. عدنان نجا، المواريث في الشريعة الإسلامية، دار الطباعة والنشر، بيروت، د ت.

44. العدوي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، دار الفكر، بيروت، د ط، 1414ه/ 1994م، ج 2.

45. العسقلاني، الدارية في تخريج أحاديث الهداية، المحقق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، دار المعرفة، بيروت، ج 2.

46. علي الخفيف، أحكام الوصية، دار الفكر العربي، 1431ه/ 2010م، ط1.

47. علي جواد، المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط1، ت ط، 1970، ج5.

48. علي حيدر، درر الأحكام في شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، ط 1، 1411ه-1991م، ج1.

49. العمراني، كتاب البيان في مذهب الإمام الشافعي، المحقق قاسم محمد، دار المنهاج، جدة، ط 1، 1421ه/ 2000 م، ج 8.

50. الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشـــرائع، دار الكتـــاب العربـــي، لبنـــان، ط2، 1402ه/ 1982م، ج7.

51. كمال حمدي، المواريث والهبة والوصية، الإسكندرية، مصر، 1998.

52. الماوردي، الإنصاف في معرفة الخلاف على مذهب الإمام المبجل أحمد بـــن حنبـــل، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ط1، 1376ه/1957م، ج7.

53. محمد أبو زهرة، الميراث عند الجعفرية، دار الفكر العربي، ط 1، ت ن، 2010.

54. محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الهدى، الجزائر، ط4، 1998.

55. محمد بن عبد الهادي، كتاب حاشية السندي على سنتي ابن ماجة، دار الجيل، بيروت، ط2، ج2.

56. محمد كمال الدين أمام، الوصية والوقف في الإسلام، مقاصد وقواعد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999.

57. محمد مصطفى شبلي، أحكام الوصايا والأوقاف، الدار الجامعية للطباعة والنشر، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1982.

58. مرعي الشهري، أحكام المجاهد بالنفس في سبيل الله عز وجل في الفقـــه الإســـلامي، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، دار العلوم والحكم، سوريا، ط1، 1423ه/2003م، ج2.

59. الملا علي القاري، كتاب مرقاة شرح مشكاة المصابيح، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط 1، 1422ه/ 2002م، ج 5.

60. موفق الدين ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام المبجل أحمـــد بـــن حنبـــل، دار الكتـــب العلمية، ط 1، 1414ه/ 1994م، ج 2.

61. النووي، المجموع، شرح المذهب للشيرازي، المملكة العربية السعودية، ج 16.

62. هشام قبلان، الوصية الواجبة في الشريعة الإسلامية، عويـــدات للطباعـــة والنشـــر، بيروت، باريس، ط1، 1985.

63. وهبة الزحيلي، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، دار الفكر، سوريا، ط2، 1417هـ/ 1996م.

64. يوسف بن مرعي، غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى، حققه محمد زهير الشاويش، مؤسسة دار السلام للطباعة والنشر، ط 1، 1428هـ/2007م، ج 2.

الكتب القانونية:

65. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، ط 2009.

66. العاني عبد القاهر، أحكام الوصايا والأوقاف في لاشريعة الإسلامية والقانون، ط1، ت ط، 1415هـ/1994م، ج7.

67. القاضي الدكتور إلياس ناصيف، الوصية (الوصية للمسلمين وفي القانون الدولي الخاص)، 2003، ج2.

68. بالحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 1999، ج2.

69. دلاندة يوسف، قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا، الأحوال الشخصية والمواريث، دار هومة، الجزائر، 2003.

70. زهدور محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991م.

71. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ج 9.

72. محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، ط2، 1369هـ/ 1950م.

73. محمد سليمان، أسباب كسب الملكية، الدار العلمية الدولية، عمان، ط 1، 2001.

74. محمد طه العلي خليفة، أحكام الدراسة التطبيقية، دار النشر والتوزيع والترجمة، مصر، ط 2، 2005.

75. محمد كمال الدين وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية (الخاصة بالميراث والوصية والوقف في الفقه والقضاء)، منشورات الحلبي، الحقوقية، بيروت، ط1، 2007.

76. محمد معروف الدواليبي، الوجيز في الحقوق الرومانية وتاريخها، ط5، دمشق، 1963.

القوانين والقرارات القضائية:

77. قانون الأسرة الجزائري.

78. القانون المدني الجزائري.

79. قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 1990/03/05 ملف رقم 59240، المجلة القضائية، العدد الثالث.

80. قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 1992/11/24 ملف رقم 86039، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2011.

81. قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1997/07/29. ملف رقم 166090، الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001.

الرسائل الجامعية:

82. شفيقة حابت، الوصية الواجبة في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2010/2009م.

83. محمد علي يحي، أحكام الوصية في الفقه الإسلامي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح، نابلس، فلسطين.

المواقع الإلكترونية:

84. https://m.facebook.com

الفهارس

فهرس الآيات

الآية	السورة	رقم الآية	الصفحة
﴿وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللّهِ فَأُوْلَـئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾	البقرة	229	44
﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَـوْتُ إِن تَـرَكَ خَيْـرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأقْـرَبِينَ بِـالْمَعْرُوفِ حَقًّـا عَلَـى الْمُتَّقِينَ﴾	البقرة	180	8
﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَآ أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَآرٍّ وَصِـيَّةً مِّنَ اللّهِ وَاللّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ﴾	البقرة	12	45
﴿يُوصِيكُمُ اللّهُ فِي أَوْلاَدِكُمْ...﴾	النساء	11	9
﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَآ أَوْ دَيْنٍ...﴾	النساء	11	51
﴿وَلْيَخْشَ الَّذِينَ لَوْ تَرَكُواْ مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَافًا خَافُواْ عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُوا اللّهَ وَلْيَقُولُواْ قَوْلاً سَدِيدًا﴾	النساء	9	14
﴿يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ شَهَادَةُ بَيْـنِكُمْ إِذَا حَضَـرَ أَحَـدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ...﴾	المائدة	106	10
﴿وَاعْلَمُواْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلّهِ خُمُسَهُ﴾	الأنفال	41	63
﴿وَوَصَّيْنَا الإِنسَانَ بِوَالِدَيْهِ حُسْنًا﴾	العنكبوت	08	9

فهرس الأحاديث

طرف الحديث	الراوي	الصفحة
«استوصوا بالنساء خيرا فإنهن عندكم عوان»	البخاري	9
«ما حق امرئ يبيت ليلتين وله شيء يريد أن يوصي فيه إلا وصيته مكتوبة عند رأسه»	البخاري	20
«عن سعد بن أبي وقاص رضي الله تعالى عنه قال: جاءني في رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني في عام حجة الوداع من وجع استد بي، فقلت: يا رسول الله إنني قد بلغ بي من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا ترثني إلا ابنة، أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال "لا"، قلت: فبالشطر يا رسول الله؟ قالا لا، فقلت الثلث، قال: الثلث والثلث كثير، إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من تدعهم عالة يتكففون الناس وإنك مهما أنفقت من نفقة فإنها صدقة حتى اللقمة ترفعها إلى في امرأتك وعسى الله أن يرفعك، فينتفع بك أناس ويضرك آخرون»	مسلم	21
«إن الله تصدق عليكم عند موتكم بثلث أموالكم زيادة في أعمالكم»	ابن ماجة	21
«لا ضرر ولا ضرار»	البخاري	37
«إن الله أعطاكم ثلث أموالكم في آخر آجالكم زيادة في حسناتكم»	ابن ماجة	42
«لا وصية لقاتل»	دار القطني	46
«لا وصية لوارث»	الترميذي	18
«لا وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة»	أبو داوود	48
«الثلث والثلث كثير»	مسلم	18
عن النعمان بن بشير رضي الله عنهما: قال: «تصدق علي أبي ببعض ماله فقالت أمي عمرة بنت رواحة: لا أرضى حتى تشهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فانطلق أبي إلى النبي صلى الله عليه وسلم ليشهده على صدقتي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم:	مسلم	56

أدفعت هذا بولدك كلهم قال: لا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: فاتقوا الله واعدلوا بين أولادكم فرجع إلي أبي فرد تلك الصدقة»		
«إن الله أعطى كل ذي حق حقه»	عمرو بن خارجة	59
«إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث»	عمرو بن خارجة	18
«إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من تدعهم عالة يتكففون الناس»	مسلم	21
«الرجل الذي أعتق ستة مملوكين له عند موته ولم يكن له مال غيرهم، فدعا بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم، فجزأهم أثلاثا، ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة وقال له قولا شديدا»	مسلم	65

فهرس الموضوعات

المحتوى	الصفحة
شكر وتقدير	
إهداء	
مقدمة	أ–ه
الفصل الأول: الوصية (مفهوم وتاريخها وحكمها، أركانها وشروطها) بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري	
تمهيد	**7**
المبحث الأول: الوصية (مفهومها وتاريخها وحكمها)	**8**
المطلب الأول: مفهوم الوصية وتاريخها	**8**
الفرع الأول: مفهوم الوصية	**8**
أولا: التعريف بالوصية في اللغة	**9**
ثانيا: التعريف بالوصية في الاصطلاح	**10**
الفرع الثاني: تاريخ الوصية	**14**
أولا: الوصية في المجتمعات القديمة	**14**
ثانيا: الوصية في الأديان السماوية	**16**
المطلب الثاني: حكمها	**18**
الفرع الأول: أدلة مشروعيتها	**18**
أولا: أدلة مشروعيتها في الفقه الإسلامي	**18**
ثانيا: أدلة مشروعيتها في قانون الأسرة الجزائري	**22**
ثالثا: مشروعية الوصية في قانون الأسرة الجزائري	**27**
الفرع الثاني: الحكمة من مشروعية الوصية	**28**
أولا: المصلحة الخاصة	**29**
ثانيا: المصلحة العامة	**29**
المبحث الثاني: أركان وشروط الوصية	**31**
المطلب الأول: أركان الوصية	**31**

الفرع الأول: الصيغة	32
الفرع الثاني: الموصي	32
الفرع الثالث: الموصى له	32
الفرع الرابع: الموصى به	32
المطلب الثاني: شروط الوصية	32
الفرع الأول: أنواع وشروط الصيغة	32
الفرع الثاني: شروط الموصي	35
الفرع الثالث: شروط الموصى له	38
الفرع الرابع: شروط الموصى به	48
الفصل الثاني: أثار ومبطلات الوصية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري	
تمهيد	54
المبحث الأول: الأثر المترتب على تحديد الوصية	55
المطلب الأول: الوصية لوارث	55
الفرع الأول: الوصية لوارث في الفقه الإسلامي	56
أولا: مذهب المانعين للوصية للوارث	56
ثانيا: مذهب المشترطين إجازة الورثة	57
ثالثا: مذهب المجيزين للوصية للوارث	58
الفرع الثاني: الوصية لوارث في قانون الأسرة الجزائري	61
المطلب الثاني: الوصية بأكثر من الثلث	62
الفرع الأول: الوصية بأكثر من الثلث في الفقه الإسلامي	62
أولا: اختلاف العلماء في اعتبار الثلث من الوصية	62
ثانيا: وقت تقدير الثلث	66
المبحث الثاني: موانع استحقاق الوصية ومبطلاتها	69
المطلب الأول: موانع استحقاق الوصية	69
الفرع الأول: موانع استحقاق الوصية في الفقه الإسلامي	69
أولا: حالات رد الموصى له للوصية	69

ثانيا: قتل الموصى له للموصي	70
ثالثا: اختلاف الدين بين الموصي والموصى له	72
الفرع الثاني: موانع استحقاق الوصية في قانون الأسرة الجزائري	73
أولا: رد الموصى له للوصية	73
ثانيا: قتل الموصى له للموصي	74
ثالثا: اختلاف الدين بين الموصى والموصى له	74
المطلب الثاني: مبطلات الوصية	75
الفرع الأول: مبطلات الوصية في الفقه الإسلامي	75
أولا: مبطلات الوصية من جهة الموصي	75
ثانيا: مبطلات الوصية من جهة الموصى له	76
ثالثا: مبطلاتها من جهة الموصى به	76
الفرع الثاني: مبطلات الوصية في قانون الأسرة الجزائري	77
أولا: من جهة الموصى	77
ثانيا: من جهة الموصى له	78
ثالثا: من جهة الموصى به	79
خاتمة	82
قائمة المصادر والمراجع	86
فهرس الآيات	94
فهرس الأحاديث	95
فهرس الموضوعات	97

تم بحمد الله

ملخص البحث:

تعتبر الوصية مما يفعله العبد في حياته ليكون له منفعة بعد مماته ما هي الوصية الشرعية؟ وكيف عالج قانون الأسرة الجزائري موضوع الوصية؟

الوصية وهي أن يتبرع العبد بمال معين لغير الورثة بعد مماته قد تكون لأحد الأقارب أو غيرهم، سواء لمجموعة من الناس أو لشخص معين، أو لشيء لا يملك القربات كبناء مسجد أو حفر بئر.

والدليل على مشروعية الوصية قوله تعالى: ﴿**كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ**﴾، ويشترط في الوصية أن تكون فيما دون الثلث فإن زادت عن ذلك تتوقف على إجازة الورثة.

وللوصية أربعة أركان: الموصي، الموصى له، الموصى به، الصيغة.

الوصية لا تصح من المجنون والمعتوه والصبي، ويشترط في الموصي له أن لا يكون قاتلا للموصي، وأيضا من الشروط الواجب توفرها في الموصى به: أن يكون موجودا، وأن يكون ملكا للموصي، وألا يزيد عن الثلث.

وتبطل الوصية بسبب عدة أمور منها: موت الموصى له، تلف الموصى به، رد الموصى له للوصية.

أهداف البحث:

-تعريف الوصية في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري وتوضيح دور الوصية في خلق روح التكافل في المجتمعات وخلق أواصر متينة بين أهل المال وأهل الحاجة.

-ومقارنة الوصية بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري وإبداء الميزات التي تمتاز بها الشريعة الإسلامية عن القانون.

الكلمات المفتاحية: الوصية، الموصي، الموصى له، الموصى به، الشريعة الإسلامية، قانون الأسرة

Research Summary:

The will is considered what a slave does in his life to have a benefit after his death What is a legal will? And how did the Algerian family law deal with the issue of the will?

The will, which is that the slave donates a certain money to other than the heirs after his death, The will may be for one of the relatives or others, whether for a group of people or for a specific person, or for something that does not have the kinship such as building a mosque or digging a well.

The evidence for the legality of the will is the almighty's saying: It is written upon that if you attends death, if he leaves the best will for parents and relatives in good will truly be upon the Pious.

The will is required to be less than in a third, and if it depends on the heirs leave.

The will has four pillars: the testator, the bequest, the recommended, the formula.

The will is not valid from insane, the imbecile, and the recommended one is required not be a killer for the testator, and also among the conditions that must be met in the recommended: to be present, and to be the testator, and not to exceed a third.

The will is invalidated due to several things, including: the death of the recommended, the damage of the recommended, the response of the recommended to him.

Research aims:

- Defining the will in Islamic law and Algerian family law, and clarifying the role of the will in creating a spirit of solidarity in societies and creating strong bonds between wealthy people and people in need.
- Comparing the will between Islamic law and the Algerian family law, and showing the advantages that Islamic law distinguishes from positive law.

Key words: will, testator, recommended for him, recommended, the recommended in Islamic law, the will in the Algerian family law