جامعـــــة محـــمـــد خيضـــر بسكـــرة

كليـــة الحقـــوق والعلـــوم السياسيـــة

قســـم الحقـــوق

# الوصيـــة بيـــن الفقـــــه والقانـــون

مذكـــرة مكملـــة مـــن متطلبـــات نيـــل شهـــادة الماستـــر فـــي الحقوق

تخصـــص: أحـــوال شخصيـــة

إعـــداد الطالـــب:

فـــرحات صحراوي

إشراف الأستاذ:

علي دحامنية

السنة الجامعية:2014-2015

**بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَـــنِ الرَّحِيـــــمِ**

وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ **مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ** وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُمْ **مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ** وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ **مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ** سورة النساء آية (12).

**صدق الله العظيم**

# الإهداء

✓ إلى معنى الحب والحنان والتفاني...إلى بسمة الحياة وسر الوجود....إلى من كان دعاءها سر الوجود...إلى من كان دعاءها سر نجاحي إلى أغلى إنسان في الوجود...."**أمي الحبيبة فيالة**

✓ إلى روح أبي الطاهرة .....أسكنه الله فسيح جنانه وطيب ثراه

✓ إلى زوجتي حياة التي كانت لي السند الكبير

✓ إلى أبنائي بلقاسم الأمين، نصر الدين، صلاح الدين، طه حبيب الرحمان

✓ إلى إخوتي خديجة ، فضيلة، مسعودة، وأخواتي أحمد، عمار، لزهر

✓ إلى بنت الأخت منال

✓ إلى عمي كمال وجموعي

✓ إلى روح جدتي الطاهرة .....إلى من ساهمت في تربيتي

✓ إلى جميع من يعرفني من قريب أو بعيد بالخصوص آسيا، فاطمة و حنان، لعجال نبيل . بوحة

✓ إلى كل جيراني وأحبتي

✓ إلى كل من شجعني على المثابرة ومواصلة مشواري الدراسي

صحراوي فرحات

# شكر و عرفان

✓ اللهم لك الحمد كما ينبغي لجلال وجهك و عظيم سلطانك على ما يسرت لي في هذا العمل المتواضع حتى خرج إلى النور، فسبحانك لا إله إلا أنت أستغفرك و أتوب إليك.

✓ ثم لا يسعني إلا أن أتقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذتي دحامنية علي، عمارة علي، عاشور نصر الدين، مستيري عادل، أنسيغة فيصل الذين أنارو دربي بنصائحهم و توجيهاتهم القيمة التي منحت لي جميل الصبر

✓ و حسن المعاملة معي كما أن لهم كامل الشكر و العرفان فجزاهم الله عني ألف خير .

✓ و كما أتقدم بأسمى معاني الشكر و الاحترام إلى كل أعضاء لجنة المناقشة

# مقدمة عامـــة

الحمد لله رب العالمين خالق السموات والأرض جاعل الظلمات والنور والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والرسل سيدنا محمد صلى الله عليه وعلى آله وسلم تسليما.

تعتبر الوصية من أهم التبرعات بالأموال، المضافة إلى ما بعد الموت، والإنسان بحكم تركيبته وفطرته شديد الحب للمال كثيرا ما يكون ظالما لنفسه وللناس مقصرا في أعمال البر، فإذا ما تذكر وخاف الهلاك، يحاول أن يتدارك ما فاته في الماضي من العمل الصالح فيبدو له أن يقدم مساعدة لغير الوارثين من أقربائه، ويقدم مكافأة لشخص أسدى له خدمة، أو يرفع ظلما كان قد أصاب به غيره، وإلى ذلك من أسباب القربى وأعمال البر،ولكنه في الوقت نفسه يخشى أن يتبرع بماله في الحال ثم تمتد به الأيام ويطول به العمر فيحتاج إليه ليصرفه في قضاء مصالحه في الدنيا،فكان من الشارع الحكيم أن شرع الوصية تمكينا للعباد من العمل الصالح لأنه تصرف يحقق للإنسان غرضه في الدنيا والآخرة.

وجاء في قوله تعالى:( مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ ۚ وَصِيَّةً مِّنَ اللَّهِ ۗ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ ) سورة النساء الآية12.

مما يطرح الإشكالية التالية: ماهية الوصية الاختيارية أي الشرعية وما هي الوصية الواجبة بقوة القانون؟

هذه الإشكالية تتفرع عنها التساؤلات الفرعية التالية:

أ – ما هو مفهوم الوصية الشرعية؟ وما هي أركانها وشروطها؟ وكيف يتم إثباتها وتنفيذها؟ وما هي مبطلاتها؟ وما هي آثارها؟

ب– وما هي الوصية الواجبة بقوة القانون ومفهومها ومشروعيتها ؟ وما هي البلدان العربية التي أقرتها؟ وتنزيلها في التشريع الجزائري؟

ونظرا لأهميتهما وكثرة انتشارهما في الحياة العملية فقد عالجتهما الشريعة الإسلامية ووضعت لهما شروط وأحكام ،كما تولى الفقه الإسلامي والقانون هذا الموضوع بالشرح والاجتهاد على أساس العدل والإنصاف لحفظ نظام الأسرة والمجتمع وأغلب التشريعات العربية استمدت نظام الوصية من الشريعة الإسلامية واجتهادات الفقهاء، وكذلك المشرع

الجزائري فقد استمد نظام الوصية من الشريعة الحنيفة، وأعتبر الوصية في القانون المدني سبب من أسباب كسب الملكية بالخلافة عن مالك هذه الخلافة ،تثبت بإرادة الشخص طبقا لما جاء في قانون الأسرة الكتاب الرابع باب التبرعات من الفصل الأول: من المادة 184 إلى المادة 201.

وكذلك ما جاء في الكتاب الثالث، باب الميراث الفصل السابع: التنزيل من المادة 169إلى المادة 172.

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

وبما أن الموضوع يتناول دراسة المنهج المقارن والتحليل مع استقراء الأحكام والأدلة وأنه يجدر بنا أن نقوم بإبراز أهم الآراء الفقهية والقانونية المتعلقة بنظام الوصية، وذلك من خلال الإجابة على إشكالية الموضوع بإقامة الدليل الشرعي والنص الفقهي على كل حكم ومسألة وكل هذا تبدو له أهمية بالغة الأثر.

ومن أسباب اختيارنا لموضوع الوصية بالتحديد هو الرغبة الملحة للبحث في الموضوع وكذا الحاجة العلمية والعملية لمثل هذه المواضيع وخاصة بدراسة المقارنة وما تنتجه من أراء وأفكار وكذلك ما يجهله المجتمع بصفة عامة عن موضوع الوصية.

وحاولنا إبراز كل الآراء الفقهية للمذاهب الأربعة والفقهاء وشراح القانون التي أعتمدها المشرع الجزائري في معالجة الوصية الاختيارية والتنزيل التي أخذت بها بعض الدول العربية في تقنين الوصية الواجبة.

وقد وجهتنا صعوبات ونحن بصدد الخوض لهذا الموضوع في اختيار المراجع المتخصصة والمؤلفات الخاصة من الجانب الفقهي والقانوني، وتذليلا هذه الصعوبات اعتمدنا على جملة من مراجع فقهية وقانونية قدر المستطاع للإلمام بجوانب الموضوع.

وللإجابة عن هذه الإشكالية السابقة نتناول هذا البحث في فصلين أساسيين، نتناول في **الفصل الأول** الطبيعة القانونية والفقهية للوصية، مبرزين في المبحث الأول مفهوم الوصية

الشرعية والقانونية وبيان أركانها وشروطها والمبحث الثاني إثبات الوصية وتنفيذها وشهرها، والمبحث الثالث مبطلات الوصية وأثارها.

**أما الفصل الثاني** نتناول فيه مشروعية الوصية الواجبة والبلدان العربية التي أقرت بها وكذلك التنزيل. ونتناول في المبحث الأول مشروعية الوصية الواجبة في الفقه، المبحث الثاني البلدان العربية التي أقرت بالوصية الواجبة، أما المبحث الثالث تناولنا فيه التنزيل في التشريع الجزائري.

# الفصـــــل الأول

## الطبيعة القانونية والفقهية للوصية

**تمهيد:**

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

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

نتناول في هذا الفصل المباحث التالية:

المبحث الأول: مفهوم الوصية وأركانها وشروطها.

المبحث الثاني: إثبات الوصية وتنفيذها وشهرها.

المبحث الثالث: مبطلات الوصية وأثارها.

**المبحث الأول: مفهوم الوصية وأركانها شروطها.**

نتناول في هذا المبحث مفهوم الوصية في المطلب الأول وفي المطلب الثاني أركان وشروط الوصية.

**المطلب الأول: مفهوم الوصية.**

نتناول في هذا المطلب تعريف الوصية ومشروعيتها وحكمها من خلال الفروع التالية

**الفرع الأول: تعريف الوصية.**

**أولا:الوصية لغة واصطلاحا.**

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

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

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

ومما ذكر تبين أن الوصية تطلق في اللغة على فعل الموصي وهو: الإيصاء، كما تطلق على ما يوصى به الإنسان من مال غيره، وهو الوصية: بمعنى أن اللغويين لم يقفوا في معنى الوصية بين الوصية والإيصاء لكن الفقهاء في الشريعة الإسلامية فرقوا بين

[1]– لسان العرب محمد كروم القاموس المحيط، دار الفكر لبنان، ط2002، ص 1403.

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

الوصية والإيصاء، فجعلوا لفظ الوصية، يدل على التمليك المضاف إلى ما بعد الموت، ولفظ الإيصاء، يدل على جعل الغير وصيا على من يلي أمره بعد وفاته[1].

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

وأما معناها في اصطلاح الفقهاء ففيه تفصيل المذاهب:

**الحنفية**[3] **ــ قالوا:** الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، فقوله: تمليك يشمل العقود التي تنقل ملكيتها كالبيع والهبة وغيرها، وقوله مضاف لما بعد الموت يخرج ما عدا الوصية.

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

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

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

[1]– علاء الدين الكساني بن مسعود الحنفي ، المرجع السابق، ص 340.

[2]– سيد سابق فقه السنة، مؤسسة الرسالة، المجلد الثالث، ط1، بيروت، لبنان، طبعة 2002، ص 318.

[3]– عبد الرحمان بن محمد الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار إبن حزم لبنان، جزء 1، طبعة 2001، ص 789.

**أما المالكية[1]– قالوا:** الوصية في عرف الفقهاء عقد يوجب حقا في ثلث مال عاقده يلزم بينه أو يوجب نيابة عنه بعده.

ومعنى التعريف أن عقد الوصية يترتب عليه أحد الأمرين:

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

**الثاني:** نيابة عن الموصى في التصرف فالموصى إما أن يوصى بالإقامة نائب عند موته (وصي) وإما أن يوصي بمال.

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

**الشافعية[2] ــ قالوا:** الوصية هي تبرع بحق مضاف بالتصرف بعد الموت سواء إضافة لفظا أولا فإذا قال أوصيت لزيد بكذا كان معناه بعد الموت.

**الحنابلة[3] ــ قالوا:**الوصية هي الأمر بالتصرف بعد الموت كأن يوصي شخصا بأن يقوم على أولاده الصغار أو يفرق ثلث ماله ونحو ذلك.

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

أما المشرع الجزائري لم يعرف الوصية تعريفا جامعا مانعا فهو لا يشمل الإسقاطات كالإبرام وهذا من قول النص "بطريق التبرع".

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

[1-2-3] عبد الرحمان بن محمد الجزيري كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار إبن حزم لبنان، ج 1، طبعة 1، 2002، ص 789.

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

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

**الفرع الثاني: مشروعية الوصية.**

تثبت مشروعية الوصية بالكتاب والسنة والإجماع المعقول.

1/ **أما الكتاب فقوله تعالى: كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ** (180) سورة البقرة

وقوله تعالى: وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ **مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا** أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُمْ **مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ** وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ **مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ** (12) سورة النساء

2/ **أما السنة فما رواه:** عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن الرسول الله (ص) قال: ( ما حق إمرئ مسلم له شيء يريد أن يوصي فيه، يبيت ليلتين، إلا ووصيته مكتوبة عنده) متفق عليه[1].

**صحيح البخاري:** كتاب الوصايا، رقم الحديث (738، ص/ 451 ، 452)، وصحيح مسلم: كتاب الوصية، رقم الحديث (4204، ص713).

**3/أما الإجماع:** فلقد أجمع الفقهاء في جميع الأمصار والإعصار على جواز الوصية، ولم ينقل عن أحد أنه قال بعدم مشروعيتها أو منعها[2].

[1]– سورة البقرة الآية 180.

[2]– سورة النساء الآية 12.

**4/ وأما العقول:** فالإنسان يحتاج إلى أن يكون ختم عمله بالقربة، زيادة على القرب السابقة على ما نطق به الحديث، أو تداركا لما فرط في حياته، وذلك بالوصية، وهذه العقود ما شرعت إلا لحوائج العباد، فإذا مست حاجاتهم إلى الوصية ــ وجب القول بجوازها[1].

**الفرع الثالث: حكم الوصية.**

نقصد بحكم الوصية: صفة التصرف الشرعية من حيث كونه مطلوب الفعل أو الترك أو التخيير بينهما، وهو حكم التكليفي.

اختلف الفقهاء في تحديد نوع الحكم التكليفي للوصية، فمنهم من قال: أنها واجبة، ومنهم من قال إنها مندوبة في الأصل وليست واجبة إلا انه قد يطرأ عليها الوجوب لمعنى أخر، وذلك على النحو الآتي:

**1.ذهب الظاهرية إلى أن الوصية واجبة على كل من ترك مالا**

واستدلوا على رأيهم بالكتاب والسنة:

**أ ــ دليل الكتاب: قوله تعالى:**

فاوجب الله عز وجل الميراث في كل ما علم به من ماله أو لم يعلم، وواجب الوصية والدين مقدمين كذلك على المواريث فالفرق بين ذلك مبطل بلا دليل، وإنما يبطل من الوصية ما قصد به ونهى الله تعالى عنه فقط.

**ب ــ دليل السنة:** ما رواه عبد الله بن عمر رضي الله عنهما وأرضاه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (ما حق امرىء مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده).

**قال بن عمر:** ما مرت ليلتان منذ سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ذلك إلا وعندي وصيتي[2] وروي الوجوب عن عبد الله بن عمر طلحة والزبير، وكان طلحة والزبير يشددان في الوصية.

[1]– صحيح البخاري، كتاب الوصايا، رقم الحديث 2738 – دار الكتب العلمية لبنان، ط1، ص451–،سنة1997.

[2]– سبق تخريجه.

**قال ابن حزم**[1]: وهو قول عبد الله بن أبي أوفى، وطلحة بن مطرف، وطاووس الشعبي وغيرهم – وهو قول أبي سليمان وجميع أصحابنا.

وقال الضحاك والزهري وأبو مجاز وداوود وابن جرير الطبري، هي واجبة لمن يرثه من الموصي وبينهما قرابة كالعمات والخالات وسائر ذوي الأرحام، أو كان ممن يرثه إلا أن هناك من يحجبه[2].

وقال هؤلاء لقد نسخ وجوب الوصية للوالدين والأقربين الوارثين في قوله تعالى: « كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ **إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ** وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ» سورة البقرة الآية 180.

وبالحديث الذي رواه أبي أمامة الباهلي قال: "سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم في خطبة حجة الوداع: إن الله قد أعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث"[3].

وبآية المواريث، وبقي الحكم بحق من يرث منهم من هذا الفرض.

**ذهب جمهور الفقهاء.** إلا أن الوصية ليست واجبة على كل من ترك مالا ولا للوالدين والأقربين غير الوارثين إنما هي: مستحبة أو مندوبة.

واستدل على رأيهم بما يلي:

1- قالوا: إنها لو كانت واجبة لم تترك إلى إرادة الموصي في الحديث، ولكان ذلك لازما على كل حال، كما أن الرسول صلى الله عليه وسلم مات ولم يوص.

2- إن أكثر أصحاب الرسول صلى الله عليه وسلم لم ينقل عنهم وصية، ولم ينقل. لذلك ينكر سبب ذلك من احد.

---

[1]- إبن حزم علي ( 456 هـ)، المحلى بالآثار الجزء السابع، دار التراث لبنان ، بدون طبعة، ص352،

[2]- نفس المرجع، ص 353.

[3]- سنن الترمذي، الجامع الصحيح، باب ما جاء لا وصية لوارث رقم الحديث،2120، ص581.

**قال ابن عبد البر**[1]: اجمعوا على أن الوصية غير واجبة إلا من عليه حقوق بغير بينة أو أمانة بغير إشهاد، وهذا ما يقصده الجمهور بقولهم.

وقد يطرأ عليها الوجوب لمعنى آخر يقتضي الوجوب كما لو كان عليه دين أو عنده وديعة أو عليه واجب لا يمكنه إيصال الحق لصاحبه ولا سبيل لتحلله من الواجب الذي عليه إلا عن طريق الوصية، فإنها تجب عليه في هذه الحالة[2].

ومن خلال تتبعنا لأحكام الوصية في الكتب الفقهية عند جماهير الفقهاء[3].

تبين لنا أن الوصية من حيث آثارها الشرعية آي: من حيث كونها مطلوبة الفعل او الترك التخيير بينهما، تعتريها أنواع الحكم التكليفي الخمسة:

**أن يكون مختارا:** لان المكره مضطرا، فهو يفعل المكره عليه بغير إراداته، فهو مبطل للعقد، ولان الشرط في العقود: الرضا، وقد فات منه بالإكراه، ولكن إذا أجازها بعد زوال الإكراه صحت.

**المطلب الثاني: أركان الوصية وشروطها.**

الوصية تقتضي وجود أركان أربعة موصي وموصى له والموصى به والصيغة. ولقد اختلف الفقهاء حول هذه الأركان:

أ – فهناك من ذهب إلى أن الصيغة هي الركن الوحيد للوصية وبقية الأركان اعتبروها شروط لها وهذا ما أخذ به الحنفية[4].

ب–ذهب ابن رشد إلى أن الصيغة لا تكفي وحدها لنشوء الوصية بل لابد من أركان أربعة[5]، ولكن الرأي الراجح القول بأن للوصية أركان أربعة وهي الموصي، الموصى له، الموصى

[1]– إبن عبد البر، في إختصار المغازي والسير نقلا: من الأعلام للزركشي، باب التمهيد للوصية، جزء 14، ص 299.

[2]– نفس المرجع، ص 299.

[3]– السيد سابق، فقه السنة، المرجع السابق، ص917.

[4] – محمد أمين بن العابدين، حاشية در المختار على در المختار، دار الفكر لبنان، مجلد2، ط1992، ص 648.

[5] – ابن رشد بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج1–2، طبعة 2001، ص 63،

به الصيغة، لكونها الحد الأدنى المتفق عليه بين الفقهاء [1]، ومع ذلك سنشير إلى هذه الأركان وان اعتبرها البعض شروط مفصلة مراعاة للتسلسل المنطقي.

**الفرع الأول: الصيغة وشروطها.**

**1/ تعريفها:** هي تصرف الشخص المعبر عن إرادته، فهي توجد في أشكال مختلفة فنجدها مرة منجزة وأخرى مضافة أو معلقة فان كل منها قد يكون مقيد بشرط مطلق.

**2/ أنواعها وشروط كل نوع:**

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

**ب–الصيغة المضافة:** هي الدالة على وجود التصرف في الحال وتأجيل حكمه إلى المستقبل. كما اقر القانون الجزائري بأن الوصية تمليك مضاف إلى أجل مستقبلي، أي لما بعد الموت بطريق التبرع[2].

**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[3].

الصيغة هي توافق الإرادتين الايجابي والقبول، لكن هناك اختلاف بين فقهاء حول هاتين الإرادتين.

1– **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[4].

---

1– زهدور محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائري ط1991، ص63.

2 – محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا و الأوقاف، الدار الجامعية للطباعة و النشر : دار الفكر، بيروت لبنان، 1982، ص58.

3 – محمد أمين بن عابدين، حاشية در المختار على در المختار، دار الفكر: بيروت، لبنان، ط: 1992، ص648.

4 – زهدور محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص65.

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

**3- رأي المالكية:** فذهبوا إلى أن الوصية هي إيجاب الموصي وقبول الموصى له وهو شرط لصحة الوصية على أن يكون هذا القبول بعد وفاة الموصي[1] .

أما المشرع الجزائري: فقد أخذ برأي المالكية وهذا استنادا إلى المادتين 197 و 198 من قانون الأسرة الجزائري.

فالمادة 197 من. ق .أ .ج فيها ما يلي "يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي"[2].

أما المادة : 198 ق.أ.ج جاء فيها ما يلي"إذا مات الموصى له قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الرد"[3].

وعليه فان المقصود بالإيجاب في نطاق الوصية هو كل لفظ أو إشارة أو كتابة تدل على قصد تمليك بعد الموت.

**بالنسبة للفظ أو القول:**

لابد أن يكونا صريحين كأن يصح بكل ما يدل على ذلك مثلا: "يقول الشخص أوصيت لفلان بمنزل أو بعين من الأعيان"[4].

قد يكون اللفظ ضمنيا يفهم من خلاله أن هذا التصرف هو وصية مثلا يقول الموصي: "أعطوا امنحوا أو هبوا كذا بعد موته".

نجد التعبير باللفظ هو الأفضل للتعبير عن إرادة الشخص، إلا أن في حالة فقدان قدرته على التعبير باللفظ أجاز له التعبير عنه بالكتابة إذا كان الشخص قادرا على التعبير عن إرادته

[1] – دلانده يوسف، قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا، الأحوال الشخصية و المواريث دار هومة الجزائر2003، ص146.

[2] – زهدور محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية، المرجع السابق،ص65.

[3] – نفس المرجع، ص65.

[4]– كمال حمدي، المواريث والهبة والوصية، الإسكندرية، مصر ،1998 ، ص193-194.

باللفظ واستعمال الكتابة فهو جائز عقد الملكية وأجازوا التعبير بالإشارة حتى ولو كان المعبر عن إرادته قادرا على النطق.[1]

**أما غيرهم من الفقهاء:** ذهبوا إلى عدم قبول الإشارة إلا إذا كان الشخص المعبر أخرس[2]، أما القانون المدني الجزائري فقد اخذ 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 عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع شك في دلالته على مقصود صاحبه.

**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: الموصي والموصى له وشروطهما:**

**أولا: الموصي وشروطه:**

**أ) تعريف الموصي:** هو الشخص الذي يتبرع بماله أو شيء عيني، أو بالمنافع وأن يكون مالك صحيح المالك.

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

**أ – أهلية التبرع:** يجب أن تتوفر في الموصي أهلية التبرع عند صدور وذلك بأن يكون عاقلا بالغا مميزا[3].

---

[1]– الأمر رقم: 75 – 58 المؤرخ في: 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق: 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ص14.

[2]– القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[3] – التمييز و شرط لصحة الوصية وعدم التمييز يقتضي القول بعدم الوصية.

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

فإذا أبرم شخص جزائري وصيته قبل بلوغه 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].

وكذلك ما ورد في المادة 40 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري جاء فيها ما يلي" وسن الرشد تسعة عشرة سنة كاملة"[5].

حيث يخول للإنسان الكامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

والبلوغ هو مناط التكليف في الأحكام الشرعية، والمقصودة به الوصية هو الأهلية الخاصة بالتبرع باعتبارها الوصية من التصرفات الضارة لأنها لا يوجد فيها مقابل[6] .

قد يوجد شخص مميز ومع ذلك تبطل وصيته لكونه غير بالغ فهذا ما يراه البعض لكن البعض الأخر خاصة المالكية والحنابلة يرون أن البلوغ ليس شرطا فتصحّ وصية المميز إذا كانت متفقة مع الحق[7].

[1] – زهدور محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص70.

[2] – القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص11.

[3] – بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،ج2 الميراث والوصية، ديوان المطبوعات الجامعية، ط1999، ج2 ص 253.

[4] – دلاندة يوسف، قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا، الأحوال الشخصية و المواريث، المرجع السابق، ص144.

[5] – القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص10.

[6]– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،ج2 الميراث والوصية، المرجع السابق،ج2 ، ص253.

[7] – شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، مطابع مصر2004، ص 68،69.

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

لقد نص المشروع الجزائري في المادة 186 من القانون الأسرة ج 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[1].

فحسب الفقه والشريعة الإسلامية [2]، تعتبر وصية المجنون والمعتوه باطلة بطلانا مطلقا لكونه غير مدرك وغير مميز بين المنافع والأضرار، لكن في حالة الجنون المتقطع فوصية المجنون عند إفاقته تعتبر صحيحة، وكذلك في حالة الجنون الطارئ.

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

**أما السفيه:** فان وصيته جائزة على أن لا تنفذ إلا بعد موته وتكون في حدود الثلث، وحتى تعتبر وصيته صحيحة يجب إجازتها من قبل القاضي ليتأكد من صحته الوصية وسلامة إرادة التمييز عند الموصي[3].

**ب- رضا الموصي:**

لابد أن يكون هناك إرادة الشخص الموصي خالية من عيوب الإرادة التي تؤدي الى بطلان الوصية، ولابد أن تكون إرادته يتوفر فيها عنصر الرضا الاختياري.

[1] – دلاندة يوسف، قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص164.

[2] – العربي بالحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،ج2 الميراث والوصية، المرجع السابق، ج2 ،ص256.

[3] – عدنان نجا، المواريث في الشريعة الإسلامية، دار الطباعة والنشر بيروت(د، ت) ص348.

فمن المتفق عليه في الفقه والقضاء والقانون الوضعي الطبيعي، فانه من كان مكرها أو هازلا أو مخطئا أو سكرانا فلا تصح الوصية صفة لأنها تضر ورثته[1]، وذلك وفقا للقاعدة الفقهية " **لا ضرر ولا ضرار**"[2].

فان 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 والمحجوز عليهم وغيرهم من عديمي الأهلية المنصوص عليها في مدونة الأحوال الشخصية[3].

**ج- رضا الاختياري:**هو شرط أساسي في صحة العقود والتصرفات المالية فإذا انعدم كان العقد أو التصرف غير صحيح[4] .

لا يشرط في الوصية أن يكون الموصي مسلما، فوصية غير مسلم تصح كوصية المسلم وكذلك وصية المرتد جائزة فقد أخذت بها بعض التشريعات منها القانون الأحوال الشخصية المصري[5].

**ثانيا: الموصى له وشروطه.**

**أ): تعريف الموصى له:** هو كل شخص موجود وقت الوصية واستمر وجوده إلى وفاة الموصي ما لم يكن وارثا، ويدخل الايصاء للحمل عند استهلال المولود[6].

**شروطه:** يشرط في الموصى له أن تتوفر فيه الشروط 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 للموصى له موجودا

---

[1]- زهدور محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق، ص71.

[2]- سبق تخريجه.

[3]- القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[4]- العربي بالحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ،ج2 الميراث والوصية ، المرجع السابق، ج2، ص256،257.

[5]- أحمد عمروا أو بكر، الوصية وأحكامها، المطبعة العربية غرداية، ط 1986، ص19.

[6]- العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص256.

وقت إنشاء الوصية لا وقت موت الموصي وإذا كان الموصى به لله معينا بالاسم أو بالإشارة أو الوصف المميز عن غيره، من حيث لا يمكن تصور الوصية دون الموصى له وإلا اعتبرت باطلة[1] وكلمة الوجود عامة لا تقتصر على وجود 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"[2].

فاشترط القانون الجزائري حسب هذه المادة ضرورة إثبات وجودية الحمل الموصى له وقت إنشاء الوصية، وان ولد الجنين حيا حياة مستقرة كما جاء في المادة 134 من ق الأسرة الجزائري" لا يرث الحمل ألا إذا ولد حيا، ويعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة على "أن الجنين يتمتع بالحقوق المدنية بشرط أن يولد حيا.[3]

وبهذا يتحقق الانسجام بين قانون الأسرة الجزائري المادة 187 و134 والقانون المدني الجزائري 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 شروط التي يتطلبها الشارع مدنية كانت أو شخصية[4].

أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر حسب المادة 42 من قانون الأسرة ج "أقل مدة الحمل ستة(6) أشهر وأقصاها 10 أشهر"[5].

[1]– العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 287.

[2] – دلاندة يوسف، قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص144.

[3] – نفس المرجع، ص118.

4– دلاندة يوسف، قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا، المرجع السابق ، ص30.

5– العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص257.

يرى الفقهاء أنه في حالة تعدد الحمل كأن يولد أحدهما حيا والأخر ميت كانت الوصية للحي دون الميت، وان مات احدهما أو كلاهما بعد الولادة كان نصيبه لورثته إذا كانت الوصية بالأعيان[1].

أما إذا كانت الوصية لمنفعة عادت إلى ورثة الموصي لان الوصية بالمنافع تنتهي بموته ما لم يكن هناك شرط أخر 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 إن 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 ميئوسا من أن يكون له ولد بعد وفاة الموصي[2] .

وهذا الأخير ينشا الوصية صحيحة لكن تنتهي بالبطلان لتعذر من يستحقها، كما تصح الوصية للمعدوم منفردا بها، كما تصح بالتعدد، مثال يقول: "أوصيت لأولاد فلان 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 لان الوصية تمليك والتمليك للمعدوم لا يجوز عندهم بحيث نجد أن الميراث يثبت لمن كان موجودا عند وفاة المورث دون المعدوم لان الوصية كذلك أخت الميراث[3].

ونجد كذلك يصح أن يكون الموصى له جهة من جهات، فتصبح الوصية لاماكن العبادات

1-الاعيان: هي إنشاء المحرزة والمحرزة ماديا وهي عكس المنافع.

2- محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية الواجبة المصري، رقم 71 / 1946، دار الفكر العربي: مصر، ط:1988، ص55.

3- نفس المرجع ، ص71.

والمؤسسات الخيرية كالمصالح العامة وللملاجئ[1].

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 فان 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 المعدوم[2].

***معلومية الموصى له:** لا يمكن أن يكون الموصى له مجهول جهالة لا يمكن رفعها، لابد أن يكون معينا باسمه كفلان أبن 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 بالتعين بل معرفا بالوصف.

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

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

الفقهاء لصحة الوصية التي تكون لله تعالى 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

[1]– العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق–ج2، ص 257–258

[2]– محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية الواجبة المصري، المرجع السابق،ج2، ص56.

العامة ودور البر والإحسان والمتشفيات 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.

والمعروف بالجنس أو الوصف بان لا يشترط وجوده عند الوصية ولا موت الموصي لان الوصية للمعدوم ما دام معروفا تجوز.

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

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

– والقانون الجزائري لم يتعرض لهذا الشرط بالنسبة لتملك الدابة بقصد الإنفاق عليها لا بالإثبات ولا بالنفي[1]، حيث نجد المادة187 من قانون الأسرة الجزائري لم تنص على ذلك، وقد يفهم من إغفال القانون الجزائري لهذا الشرط، بأن الوصية لمن ليس أهلا للإستحقاق تكون صحيحة كالوصية لبناء مسجد أو مدرسة، فهي وصية بتصرف أي إخراج الموصى المال من تركته.

وقد أشرنا فيما سبق إلى أن رأى المالكية يذهب إلى صحة الوصية للميت إن علم بموته بناء على إعتبار أن قصد الموصى من الوصية هو سداد ديون الموصى له[2].

[1]– العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ج2، ص258.

[2]– نفس المرجع، ج2، ص 259.

***ألا يكون الموصى له جهة معصية:**

في الجهة المحرمة شرعا وقانونا، لأن لجهة 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"[1].

ولقد جاء في المادتين 97 و98 من القانون المدني الجزائري ما يفيد هذا الشرط[2] .

فالمادة 97 من ق م ج جاء فيها ما يلي:" إذا إلتزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا".

والمادة 98 من ق 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 من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه[3] 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[4].

تجوز الوصية من غير المسلم للمسلم إذا كانت قربة( جائزة) أو مباحة في شريعة غير المسلم الموصى 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

[1]– رواه إبن ماجة والدار القطني.

[2]– العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ج2، ص259.

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

[4] – العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق،ج2، ص259،260.

الوصية مباحة شرعا ولكن الباعث عليها محرم مثلا الوصية لخليلة لاستمرار علاقتها الغير شرعية معها[1].

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.

**أما 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[2].

فإذا كان الموصى 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 الوصية 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 الأمور تؤخذ بمقاصدها[3].

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 يوصى إلى حانة أو إلى بيوت الدعارة وهو في كامل قدراته فإن وصيته ليست صحية بل باطلة.

---

[1]- العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، نفس المرجع، ص261- 262.

[2]- نفس المرجع ،ج2، ص259- 260.

[3]- أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف، في ش إ، دراسة فقهية قانونية، كلية الحقوق الإسكندرية-2000- ص67.

**مثال آخر:** كالذي يوصى إلى خليلته وهو في كامل قواه العقلية والإرادية، فهذا يعتبر قرينه 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 وصدرت منه الوصية لخليلة من بعد الابتذال، وليس في ذلك ما يؤدي إلى أمر محرم، فلا تبطل الوصية إلا إذا تبث عكس ذلك[1].

فإذا كان الهدف من الوصية الإضرار بالورثة وحرمانهم من الميراث، فإن وصية الضرر محظورة والباعث عليها محظور[2]، مثال أن يوصى الموصى بماله لشخص بأكثر من ثلث تركته أو أن يوصي إلى أحد من ورثته دون بقيتهم، مما يكون في ذلك حيف وميل إلى البعض دون البعض الآخر، فالحيف هو أكبر الكبائر[3] لقوله تعالى (( ومن يتعد حدود الله فأولئك هو الظالمون)).[4]

وذهب بعض الفقهاء إلى أن الأضرار قد يتحقق في البعض الأحوال وحتى ولو كانت الوصية بالثلث وكانت ليست لوارث، لأن الموصي قد يوصي في هذه الحالة لا بقصد الوصية لكن لقصد الصرر بالورثة كحرمانهم،من الإرث لأن في الغالب وصية الضرر تكون بحرمان الورثة من الإرث وتحريم وصية الضرر هي مصداقا لقوله تعالى: «من بعد وصية يوصى بها أودين غير مضار وصية من الله والله عليم حليم»[5].

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

[1]– أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف، في ش إ، دراسة فقهية قانونية المرجع السابق، ص68.

[2]– محظور: هي الشيئ الممنوع .

[3]– أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف، في ش إ، دراسة فقهية قانونية، المرجع السابق، ص69.

[4]– سورة البقرة ،الآية 229.

[5]– سورة النساء الآية 12.

- فإن وصية غير مسلم تدور حول أمور أربعة[1].

- 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، وجائز 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 أو حنيفة إلى صحتها أما أبو يوسف ومحمد ذهبوا إلى بطلانها إلا أن يسمى قوما بأعيانهم[2].

*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 الموصى عمدا"[3].

- لقد استمد المشرع الجزائري هذا من آراء الفقهاء فاعتبر أقوالهم المصدر الرئيس في الوصية للقاتل.

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

[1]- أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف، في ش إ، دراسة فقهية قانونية، المرجع السابق، ص71-70.

[2]- نفس المرجع، ص71.

[3]- دلاندة يوسف، قانون الأسرة مدعم بأحدث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص144.

**ففي هذا الصدد نجد آراء مختلفة[1]:**

**الرأي الأول:** أخذ الشافعية و الحنابلة بهذا الرأي بأن الوصية لا تتأثر مطلقا سواء كان القتل قبل الوصية أو بعدها، لأن لوصية 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"[2]، 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 لإستعجال الحق قبل أوانه، فلا يكون القتل شرطا في الوصية إلا أنهم اختلفوا قي شرطيته أهو شرط صحة أو بطلان؟ فتكون باطلة حتى ولو أجازها الورثة، لكن أو أبو حنيفة يرى أن بطلانها يعود إلى الورثة فإذا أجازوها أو لم يكن لهذا الموصي وارث نفذت وكانت صحيحة[3].

**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 عر ف القاتل ولم يغير الموصي الوصية.

**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

[1]- محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصية والأوقاف، الدار الجامعية للطباعة والنشر، دار الفكر بيروت لبنان، ط982، ص81.

[2]- رواه الدار القطني، سنن الدرقطني، تحقيق سيد عبد الله هاشم يماني المدني، دار المعرفة: بيروت1966.

[3]- محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصية والأوقاف، الدار الجامعية للطباعة، والنشر المرجع السابق، ص82.

جائزة لهم لعدم توفر صفة العقل والبلوغ والتكليف، فإذا وقع الفعل 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 و المال أو العرض، فإن هذا لا يؤثر على صحة الوصية، لأن الموصى له معذورا إذا تجاوز حق الدفاع الشرعي[2].

**رأي المشرع الجزائري في ذلك:** لقد أخذ بمبادئ الفقه المالكي فيشترط عند قتل الموصى له للموصى 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 و الحنابلة والزيدية إلى قولهم بأن الوصية للوارث باطلة منذ وضعها، فلا تلحقها إجازتها أصلا وإن حصلت الإجازة عدت الوصية هبة مبتدأ.

واستند هؤلاء الفقهاء إلى الحديث" **لا وصية لوارث**"[4] 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 شيئ.

**الرأي الثاني:** لقد أخذ بهذا الرأي الفقه المالكي حيث ذهب إلى إجازة الوصية للوارث لكن اشترط قبولها من الورثة، ولقد روي عن إبن عباس أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: "لا وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة" وفي حديث آخر" إلا أن يجيزها الورثة"[5].

[1]- محمد مصفى شلبي، أحكام الوصية والأوقاف، الدار الجامعية للطباعة، المرجع السابق، ص82.

[2]- أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف، في ش إ، دراسة فقهية قانونية، المرجع السابق، ص 77،78.

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

[4]- رواه أبو داود و الترمذي.

[5]- حديث شريف، رواه الترمذي.

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 و الحل أن تنفذ الوصية في حصص من أجازوها فقط[1].

**ثالثا:الموصى به.**

الموصى به هو محل الوصية التي تظهر حكمها فيه، ولقد اشترط الفقهاء فيه شروط لصحة الوصية، وأخرى لنفاذها ومن أهمها[2]:

**1/ أن يكون الموصى به مما يجري به الإرث:**

أي أن يكون مما يصلح أن يكون تركه، 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"[3].

أما المادة 191 ق.أ.ج ((تثبيت الوصية، 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 الأرض، والبراءة من الدين والكفالة وغيرها.

ولقد أقر القانون الجزائري في المادة 190 ق.أ.ج ذلك، ونصت على أن: (( للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة، والمقصود

[1]- محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصية والأوقاف، المرجع السابق، ص86.

[2]- الصادق عبد الرحمان الغرياني، الفقه المالكي، مؤسسة الريان، لبنان، ج4، ط،2006، ص 280.

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

بالأموال في هذه المادة هي الأموال القابلة للتمليك، والتي تكون مما يجري فيه الإرث، ومحلا للتعاقد[1].

وعلى هذا الأساس، فانه 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.[2]

وعليه فان المشرع الجزائري يشترط في الموصى به أن يكون مما ينتقل بالإرث من المورث إلى الوارث، فان لم يكن كذلك اشترط فيه أن يكون صالحا لأنه محلا للتعاقد حال حياة الموصي، فان لم يكن من هاتين الحالتين، فان الوصية تكون باطلة.

**2/ أن يكون موجودا عند الوصية:**

وجود الموصى به المعين عند وجود الوصية شرط بالاتفاق، وقد نص القانون على ذلك لان 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، وان كان شائعا في كله يشترط وجوده عند الموت[3].

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

**3/ أن يكون مالا متقوما وقابلا للتمليك:**

فإذا كان غير متقوم لا تصح الوصية، لان 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

[1]– أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 419.

[2]– عمرى: هو مصطلح فقهي يفيد نوعا من التعامل، أي التبرعات المقيدة بحياة شخص، فهي جائزة أن يقول أعمرك داري أو وهبت لك مسكنا ينتفع بها في حياته، فإذا مات رجعت إليه.

[3]– محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية الواجبة، المصري، المرجع السابق، ص99.

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

**4/ أن 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 لان أداء الديون هو واجب على كل المسلمين والوصية في غير الواجبات مندوبة أو مباحة، والواجب في أحكام الفقه مقدم على المندوب والمباح،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((من بعد وصية يوصى بها او دين.....)).[3]

[1]– العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص268.

[2]– نفس المرجع ، ص269.

[3]– سورة النساء الآية 12.

لكن هذا لا يدل على تقدمها في الرتبة عليه إنما لتبيان أهميتها ووجوب إخراجها حتى لا يهمل الورثة، أو العباد تنفيذها.

لكن هناك حالات تصح بها الوصية بمال مستغرق بالدين، وهذا في حالتين قانونيتين هما الحالة الأولى: إذا ابرأ الغرماء وأسقطوا ديونهم فهنا تجوز الوصية.

**الحالة الثانية:** الغرماء يجيزون نفاذ الوصية قبل الدين، فهنا كذلك تجوز الوصية.

**5/أن 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 له، في مرض الموت ((الثلث والثلث الكثير))[1].

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

لكن السؤال المطروح: هو في حالة تجاوز الثلث، وعدم وجود الورثة ؟ فعند لجمهور العلماء يذهب إلى عدم جواز الموصي الزيادة على الثلث إن لم يكن له ورثة لكن الأحناف وإسحاق وشريك وأحمد في رواية، وهو قول علي وابن مسعود إلى جواز الزيادة على الثلث، لان الموصي لا يترك في هذه الحال من يخشى عليه الفقر، ولان الوصية جاءت في الآية مطلقة، وقيدتها السنة بمن له الوارث فبقي من لا وراث له على إطلاقه.[2] والفقه المالكي ذهب إلى عدم الزيادة عن الثلث، فالزيادة هنا تعد باطلة وتؤول إلى الخزينة العامة (بيت المال).

[1]– حديث رواه، بوخاري ومسلم.

[2]– السيد سابق، فقه السنة، المرجع السابق، ص601.

**المبحث الثاني: إثبات الوصية وتنفيذها وشهرها.**

في مبحثنا هذا نتناول كيفية إثبات الوصية والفرق والوسائل التي يتم العمل بها لإثبات الوصية ونوجزها في ثلاث مطالب وهي كالآتي.

**المطلب الأول: إثبات الوصية.**

إن المتفق عليه في الشريعة الإسلامية هو الرضائية في العقود والتصرفات عامة، والوصية باعتبارها تصرفا قانونيا ينشأ بإرادة منفردة هي إرادة الموصي يمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات، كالكتابة والشهادة و الشهود...الخ.

وقد حث الشارع الإسلامي على كتابة الوصية للاحتياط وتيسيرا للإثبات، فعن "ابن عمر" أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: « ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده»[1].

**قال الشافعي:** معنى الحديث للحزم والاحتياط للمسلم إلا أن تكون وصيته تكون مكتوبة عنده[2] ولقد فصل قانون الأسرة الجزائري في مسألة إثبات الوصية في المادة 191 ولم يجعل لها إلا طريقتين اثنتين:1- بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك.

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

**الفرع الأول: إثباتها بموجب عقد توثيقي.**

الأصل أن الوصية تثبت بموجب عقد تصريحي يحرر من قبل موثق وهو ما نصت عليه المادة191 /1 من قانون الأسرة بقولها: لا تثبت الوصية إلا بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير العقد بذلك."

وعلى الموثق عند تحريره لهذا العقد أن يراعي جميع الإجراءات والترتيبات الواجب توافرها في عقود احتفالية فيتم تحرير العقد بحضور مستمر لشاهدي عدل وشاهدي التعريف

[1]- رواه مسلم في صحيح كتاب الوصايا، رقم الحديث: 1249 /3.

[2]- عبد الرحمان بن محمد عوض الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية بيروت ، لبنان، طبعة2، 2003، ص 278.

عند الاقتضاء مراعاة لما نصت عليه المادتين 324 مكرر2 و324 مكرر 3 من قانون المدني الجزائري فضلا عن حضور الموصى.[1] وهذا ما جاء في الباب السادس إثبات التزام الفصل الأول الإثبات بالكتابة .

ويراعي عند تحرير العقد الإشارة بدقة إلى صفة الموصي والموصى له والموصى به، وإزالة اللبس عن كل ما يمكن أن يؤدي إلى اشتباه الوصية واختلاطها بما يماثلها من العقود. وأنّ نص المادة 191 من قانون الأسرة جاء عاما فلم يخصص في محل الوصية فيما إذا كان عقارا أو منقولا أو منفعة....الخ.، وعليه فمهما كان محلها فان إثباتها لابد له أن يكون في شكل عقد يحرره الموثق.

هذا وإذا حررت الوصية بوكالة أي بحضور وكيل الموصي، فيجب الانتباه إلى تلك الوكالة بحيث يشترط أن تتوفر في الموكل الشروط الواجب توافرها في العقود التي تلزمها نصوص القانون المدني :كالسن والبلوغ ، الأهلية ،لإنشاء عقد الوصية ،ما نص عنه القانون في المواد، 40،59.[2]

ويسجل عقد الوصية بمصلحة التسجيل والطابع بمفتشيه الضرائب برسم ثابت ما دامت عقدا كسائر العقود، وتسلم نسخة منها للموصي وللموصى له إذا كان موجودًا.

غير أنّ السؤال الذي يطرح هو بخصوص النصوص الموجودة في قانون التسجيل لا سيما المتعلقة منها بتسجيل الوصية.[3]

وجاءت المادة 64 من قانون التسجيل بخصوص الوصية تسجل برسم ثابت كغيرها من العقود الخاضعة لهذا النص وتسجل الوصية في العقود الأخرى ذات الرسم الثابت، الوصية

1- القانون المدني الجزائري، إثبات الإلتزام، معدل بالقانونين01/89 المؤرخ: 1987/02/07،14/88.

2- القانون المدني الجزائري، شروط العقد التي تلزمها النصوص.

3- تنص المادة 64 من قانون التسجيل الصادر بالأمر رقم: 76 /105 المؤرخ في: 1976/12/9 إن الوصايا المودعة لدى الموثقين أو التي يستلزمونها تسجل خلال الشهر الثلاثة من وفاة الموصيين بناء على طلب الورثة الموصى لهم أو منفذي الوصايا.

قد فصل فيها قانون الأسرة الجزائري كونها عقدًا وليست وصية مودعة أو لها شكل آخر كما هي معروفة في القانون الفرنسي وفي بعض الفقه والتشريعات الأخرى.

والمعمول به في ميدان التوثيق أن الوصية تسجل برسم ثابت كغيرها من العقود الخاضعة لهذا الرسم.

ويلحق بالعقد التوثيقي العقد الذي يحرره قناصلة الجزائر في الخارج، إذ أعطى لهم المشرع صفة موثق الجزائر في الخارج ونص صراحة في المادة 37 الفقرة ب من الأمر 12/77 المؤرخ في 1977/03/02

المتعلق بتنظيم الوظيفة القنصل المؤهل: لتحرير الوصايا وغيرها من العقود الوحيدة الطرف والتي تقدم له من قبل الرعايا والمصادقة على صحة استلامها لإيداعها.[1]

**الفرع الثاني: إثباتها بموجب حكم قضائي:**

وهو الاستثناء عن الأصل وقد نصت عليه المادة 2/191 من قانون الأسرة بقولها: وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ويؤشر به على هامش أصل الوصية.

ويمكن تصور هذه الحالة كما لو اتفق الموصي مع الموثق على موعد لتحرير عقد وصية ويمكن تصور هذه الحالة كما لو اتفق الموصي مع الموثق على موعد لتحرير عقد وصية وبحضور شاهدي عدل،ولما كان هذا الأخير في طريقه لإتمام المتفق عليه–تحرير عقد الوصية، وفي حالة مانع قاهر خارج عن إرادة الموصي كالوفاة أو نحوها ،فهنا بإمكان الموصى له–باعتباره صاحب المصلحة–رفع دعوى قضائية عادية يطلب فيها إثبات هذه الوصية بحكم وله أن يستعين في ذلك بمشروع العقد الموجود بمكتب التوثيق وبالشهود، وعليه خاصة إثبات المانع القاهر الذي حال دون تحرير هذه الوصية في عقد توثيقي لأن هذا

[1] – لعروم مصطفى، مجلة الموثق، العدد الثالث، جوان 1998، ص12.

هو الأصل، فإذا صدر حكم بإثبات هذه الوصية وصار هذا الحكم نهائيا أشار به على هامش أصل الملكية.[1]

وأكد هنا على أن القاضي المرفوع أمامه هذه الدعوى–دعوى إثبات الوصية–ملزم بالتأكيد من مدى توفر وجدية المانع القاهر فإن ثبت ذلك حكم له بالتثبيت، وإلا رفض الدعوى لأنه لا يعمل ولا يلجأ للاستثناء إلا بتعذر العمل بالأصل،وهو ما تأكد عليه الغرفة الوطنية للموثقين لا سيما وأن المادة191 فصلت صراحة في مسألة الإثبات،[2] وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه:

من المقرر قانونا أنه تثبت الوصية بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك، وفي حالة وجود مانع القاهر تثبت الوصية بحكم ويؤشر به على الهامش أصل الملكية.

ومن ثم فان قضاة مجلس بقضائهم باستبعاد الوصية الشفوية بسبب عدم تصريح بها أمام الموثق طبقوا صحيح القانون.[3]

وقبل أن نختم كلامنا في مسألة الإثبات نشير إلى أن المادة 16 من قانون الأسرة المدني الجزائري قد حددت لنا ضابط الإسناد في حالة تنازع القوانين، من حيث المكان بشأن الوصية، إذ نصت في فقرتها الأولى: يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت، قانون الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته "، وأكدت على ذلك المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه: من يقرر قانونا أنه يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت، قانون الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته، ومن ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.

[1] – حمدي باشا عمر، عقود التبرعات( الهبة، الوصية، الوقف) دار هوما للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، ط:2004. ص60.

[2] – علاوة بوتغرار، مقال بعنوان: الوصية، تطرح نقائص، مجلة الموثق العدد الأول:2001، ص9.

[3] – الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص2001، ملف رقم: 160350، قرار صادر بتاريخ: 1997/12/23، ص/295.

ولما كان من ثابت في قضية الحال ملف رقم 160350 أن المجلس باعتماده على القانون الفرنسي دون مراعاة القانون الهالك أو الموصي باعتباره جزائريا مسلما يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وخرق أحكام الشريعة الإسلامية.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.[1]

ويسري على شكل وصية قانون الموصي وقت الايصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية.

وكذلك الحكم في شكل التصرفات التي تنفذ بعد الموت (المادة 2/16 من القانون المدني الجزائري).

**المطلب الثاني: كيفية تنفيذيها.**

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

فالأصل إذا أن الموصى له هو الذي يملك صلاحية التنفيذ، غير أن الموصي قد يلجأ أحيانا لتعيين وصي أو عدة أوصياء تكون لهم صفة الوصي على الورثة القاصرين وتكون صفة منفذ الوصية لجهة القاصرين والكبار من الورثة والموصى لهم جميعا، ويكون منفذ الوصية هذا مسؤولا كالوكيل العادي عن الأضرار الناتجة عن عمله أو عن إهماله، وإذا تعدد المنفذون كانوا مسؤولين جميعا بالتضامن عن أموال التركة.[2]

فإذا كانت التركة خالية من ديون أو أبرا الدائنون المدين وكانت التركة كلها مالا حاضرا، كان ثلث يخرج من التركة أخذ أصحاب الوصية نصيبهم كله دون تأخير.

والمشكل يطرح في حالة ما إذا كانت الوصية بمال وكانت كلها مالا غائبا أو ديونا، أو كان في تركة مال حاضر وآخر غائب أو دين.

[1] – المجلة القضائية، العدد الثاني، ملف رقم: 63219 ، قرار صادر بتاريخ 1990/10/17، ص/76.

[2] – العربي بالحاج، الوجيز في الشرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني (الميراث والوصية)، ص/316/315.

فإذا كانت التركة كلها مالا غائبا أو ديونا، فان تنفيذ الوصية يؤخر حتى يحضر المال الغائب أو تستوفى الديون، فكلما حضر شيء قسم بين الموصى لهم والورثة بنسبة أنصبتهم. أما إذا كان في التركة مال حاضر وآخر غائب أو كانت خليطا من الأنواع الثلاثة فالأصل هنا هو العمل بالاتفاق إن وجد فإن اتفق الموصى له مع الورثة على الطريقة المعمول بها تبعا لاختلاف الموصى به أو لاختلاف من عليه الدين، لان الموصى به أو لاختلاف من عليه الدين، لان الموصى به قد يكون نقودا مرسلة وقد يكون عينا من الأعيان، كما قد يكون سهما شائعا في كل المال أو في نوع منه.

والدين قد يكون على أجنبي وقد يكون على أحد الورثة، حل وقت أدائه عند قسمة التركة أو لم يحل بعد.[1]

فصل القانون المصري هذه الحالات في مواده: من43 إلى 46 وهي مأخوذة عن المذاهب الأربعة وان كان غالب فيها وان كان الغالب فيها مذهب الأحناف، على خلاف القانون الجزائري الذي لم يورد نصا في هذا الشأن.

ونحن بصدد التنفيذ قد يطرح مشكل تزاحم الوصايا، والمقصود به أن تتعدد ولا يتسع الثلث لها كلها إن لم يجز الورثة أو جازوا وكانت التركة لا تتسع لها جميعا إذ لا يمكن تنفيذها كلها، أما إذا كان الثلث يسعها أو كانت التركة تسعها وقد أجاز الورثة، أو لم يكن هناك ورثة قط فان الوصايا تنفذ ولا تزاحم.

والحكم عند وجود التزاحم أن يقدم أصحاب الوصية الواجبة (المواد من 169 إلى 172 من قانون الأسرة الجزائري) سواء كان المتوفى قد أوصى لهم بحقهم أو لم يوص لأنهم يستحقونها بحكم القانون كما سنرى فإذا كانت تساوي الثلث ولم يجز الورثة سواء فإنهم يستبدون بالثلث وليس لأحد قبلهم شيء، فإذا كانت تساوي الثلث وليس لأحد قبلهم شيء وان كان نصيبهم أقل من الثلث اخذوا حصتهم كاملة. أما إذا كانت الوصايا كلها اختيارية كنا بصدد ثلاث حالات.

[1]– محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصية والأوقاف، المرجع السابق، ص162/161.

**أولها:** أن تكون كلها للعباد وليس لبعضها للقربات: فان يسع الثلث جميع الوصايا ولم يجز الورثة أو أجاز الورثة الوصايا كلها ولكن التركة ضاقت عن تنفيذها، فهنا تقسم التركة أو الثلث على حسب الأحوال بين الوصايا بالمقاسمة مع مراعاة أنه لا يستوفي في الموصى به بعين نصيبه إلا من هذه العين وهذا هو رأي الصّحابة[1].

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

**الحالة الأولى:** أن تكون الوصايا كلها فرائض كالزكاة والحج.

**الحالة الثانية:** أن تكون كلها واجبات كذالك كالكفارات والنذور والصدقة لعيد الفطر.

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

فإن كانت متحدة الرتبة بأن كانت كلها فرائض أو كلها واجبات أو كلها مندوبات فانه يقدم فيها ما بدأ به المتوفي أولا، فان أوصى بحج وزكاة قدم الحج وإن بقي شيء فلما يليه.

أما إذا كانت متفاوتة الرتبة كما لو اختلطت الوصايا، وتعلق بعضها ببعض بالفرائض وبعضها الأخر بالواجبات أو المندوبات قدم الفرض ثم الواجب ثم المندوب.[2]

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

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

وان لم يذكر سهام كل جهة كان لكل جهة سهم ولزيد سهم أيضا فيقسم الثالث أرباعا وهكذا.

[1]– سيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث، دار الكتاب العربي، بيروت لبنان، ط: 1985.

[2]– العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني (الميراث والوصية)، ص321/320/319.

هذا ويلاحظ انه في حالة تزاحم الوصايا بالمرتبات ومات بعض الموصى لهم أو انقطعت جهة من الجهات الموصى لها بالمرتب، كان نصيبه أو نصيبها لورثة الموصي[1].

إن هذه الأحكام كلها مأخوذة من المذهب الحنفي.

ويتم تنفيذ الوصية من الناحية العملية كما يلي:

**أولا:** تحرير عقد فريضة أمام الموثق يحدد فيه سهم كل وارث ويذكر فيه وجود وصية إن وجدت طبعا.

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

**ثالثا:** تقييم التركة جملة ثم تقييم القدر الذي تجوز فيه الوصية شرعا وقانونا.

**رابعا:** يأخذ الموصى له أولا حقه المقرر شرعا وقانونا حسب التقييم وما بقي من التركة يقتسمه الورثة بحسب سهامهم.نشير إلى أن القانون الأسرة الجزائري باعتباره النص الخاص لم يورد نصا من هذا الشأن تنفيذ الوصية وهذا نقص فادح ترتبت عليه صعوبات كثيرة من الناحية العملية، ومن بين هذه الصعوبات لتحديد قيمة الشيء الموصى به هل هو في حدود الثلث أم أكثر، وقد اقترحت الغرفة الوطنية للموثقين في الندوة الوطنية التي عقدتها يومي 12 و16 مارس 1998 بشأن قانون الأسرة ضرورة إثرائه بإدخال إضافة على المادة 201 لتصبح صياغتها كما يلي: ولا تنفذ الوصية إلا بعد حصر التركة منقولا أو عقارا، وتقييمها بتقرير خبرة رضائية أو قضائية.[2]

**المطلب الثالث: شهر الوصية:**

لا يوجد نص خاص في القانون الجزائري ينص على شهر الوصية على خلاف ما هو في القانون المصري، ولم يكن قانون التسجيل المصري الصادر سنة 1923 ينص على شهر الوصية إذا كان محلها عقارا أو حقا عينيا متعلقة به، إذ أن التصرفات التي أخضعها للتسجيل

[1] – العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني (الميراث والوصية)، المرجع السابق، ص321/320/319.

[2] – مجلة الموثق، العدد الثالث، جوان 1998،ص/10.

هي التصرفات فيما بين الأحياء والوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت وقد كان ذلك نقصا واضحا في هذا القانون، غير أن قانون تنظيم الشهر العقاري رقم 114 لسنة 1946 المعمول به منذ أول يناير 1947، ولا يزال معمولا به حتى الآن تدارك هذا النقص، إذ نصت المادة 9 منه صراحة على وجوب شهر الوصية.[1]

إن قيد الوصية هو إجراء ضروري في الحياة العصرية لضمان تأمين المعاملات العقارية، لذلك عملت جل التشريعات بالإضافة إلى اشتراط الرسمية كركن في العقود إلى فرض القيد وتعميمه، إما لإنشاء الحقوق أو الاحتجاج بها في مواجهات الغير وترتيب آثار بالنسبة لهم.

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

وعليه فعلى الرغم من عدم وجود نص خاص ينص على شهر الوصية في القانون الجزائري إلا القواعد العامة في انتقال الملكية العقارية تقر ذلك.

حيث تنص المادة 793 من القانون المدني على ما يلي : لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير، إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري.
وأكدت هذا المبدأ المادة 16 من الأمر 74/75 الصادر في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري إذ نصت على ما يلي: إن العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية.

[1] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في الشرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية (حق الانتفاع وحق الارتفاق)، الجزء التاسع ، دار النهضة العربية، طبعة 1986، ص/236/235.

كما نصت المادة 15 من ذات الأمر: كل حق للملكية وكل حق عيني أخر يتعلق بعقار، لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهار هما في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية.[1]

إذا ما يمكن عن طريق استخلاصه من قانون الشهر والمرسوم 63/76.المعدل والمتمم المؤسس للسجل العقاري وهو أن التصرفات والعقود سواء كانت صادرة من جانب واحد كالهبة والوصية أو العقود المهنية لهذه الحقوق أو الكاشفة لها، إذا نصت على حقوق عينية عقارية وجب إشهارها لانتقال الملكية فيها سواء بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير.

وما دام القيد هو الذي ينقل الملكية فمعناه أن الحق لا ينقل بأثر رجعي لما قبل القيد، كالرجوع بآثار القيد إلى تاريخ العقد أو سحبه إلى الماضي لان العبرة بالقيد وليس بتاريخ انعقاد العقد، فالآثار تترتب من يوم القيد هذا المبدأ العام.

غير أن الوصية وباعتبارها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت فان المادة 15 من الأمر 74/75 أوردت استثناء فيما يخص آثار القيد بالنسبة لها، إذ نصت أن نقل الملكية عن طريق الوفاة تنقل الحقوق للورثة والموصى لهم دون الحاجة إلى إجراء شكلي ولا يلعب القيد دوره المنشئ للحقوق أو الناقل لها.ومع ذلك فان المشرع الجزائري اشترط على الموصى له قيد حقه كلما أراد التصرف فيه، وذلك باستصدار شهادة رسمية موثقة تسمى الشهادة التوثيقية تثبت انتقال هذا الحق ثم قيده في مجموعة البطاقات العقارية، وتكون هذه الشهادة بإسم جميع الموصى لهم وهذا ما أكدته المادتين 39 و63 المذكورتان أعلاه.

إذ نصت المادة 1/91 من ذات المرسوم على ما يلي: "كل انتقال أو إنشاء أو انقضاء لحقوق عينيه عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة ضمن الآجال المحددة في المادة 99 يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة.

2 ــ ليلى زروقي والأستاذ حمدي باشا عمر، المنازعات العقارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع بالجزائر، طبعة 2002. ص /63 إلى 75.

فالقيد في هذه الحالة الوفاة هو شرط كاشف ليكون التصرف نافذا في مواجهة الغير، واشترطت المادة 99 من ذات المرسوم على الموصى لهم تقديم طلب الشهادة التوثيقية في أجل ستة (6) أشهر من تاريخ الوفاة، وإلا اعتبروا مسؤوليين مدنيا إذا ما أدى عدم الإعلان إلى الإضرار.

وقد حاول بعض الفقهاء وضع ضوابط زمنية للتقليل من مرونة هذه الشروط، فقالوا بأن العلة أو المرض إذا أمتد عاما من غير أن يتبدل أو يتغير فان التصرفات بعد مضي هذا العام تعتبر كتصرفات الأصحاء، كما أنه إدا زال المرض أو زال سبب الخوف ، وخشية الهلاك تبقى تلك التصرفات سارية وصحيحة.[1]

– أن يكون التصرف بقصد التبرع: أي يجب أن يكون التصرف الصادر من المريض في مرض الموت قصد التبرع به، ذلك أنه من المحتمل وان كان هذا نادرا أن يكون المورث قد تصرف في المرض موته معاوضة لا تبرعا وأكثر ما يقع ذلك في العقد البيع، فان كان الثمن لا محاباة فيه فان البيع ينفذ في حق الورثة وتسري عليه أحكام البيع لا أحكام الوصية، أما إذا كان في الثمن محاباة، فهذه المحاباة وحدها التي تسري عليها أحكام الوصية.

وعلى كل حال فالمسالة خاضعة للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

وعليه فإذا توفر هذان الشرطان، صدور التصرف القانوني من المورث في مرض الموت وأن يكون القصد منه التبرع،أخذ التصرف القانوني حكم الوصية وسرت عليه أحكامها، فلا ينفذ التصرف[2] أيا كانت تسميته إلا في ثلث التركة وما زاد عن الثلث التركة توقف على إجازة الورثة (المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري).واشترطت المادة776 في فقرتها الثانية على ورثة المتصرف فقط أن يثبتوا بأن التصرف قد تم في مرض الموت،

[1]– قانون التسجيل الصادر بالأمر رقم: 105/76، المؤرخ في: 1976/12/09.

[2]– القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم، طرق اكتساب الملكية الفصل الثاني، القسم الثاني.

ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ويدخل في ذلك البينة والقرائن والاستعانة بتقارير الأطباء....الخ لأنهم يثبتون واقعة مادية.[1]

فإذا اثبتوا ذلك قامت قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس مفادها أن ذلك التصرف هو على سبيل التبرع وبالتالي تسري عليها أحكام الوصية لأحكام ذلك التصرف[2]

[1] – الأستاذ. لعروم مصطفى، مجلة الموثق، مرجع السابق، ص 20/19/18 .

[2] – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص224/222

**المبحث الثالث: مبطلات الوصية وأثارها.**

من المقرر شرعا وقانونا أن الوصية إذا وقعت مستوفية لمقوماتها وشرائطها كانت صحيحة، فإذا مات عليها ولم يوجد ما يبطلها وقبلها الموصى له نفذت وترتبت عليها آثارها. وقد يحدث لها ما يعرقل نفاذها فيلغيها ويسمى مبطلاتها وهي كثيرة، وهذا الإبطال يأتيها تارة من قبل الموصي وأخرى من قبل الموصى له وثالثة من ناحية الموصى به.[1]

**المطلب الأول: مبطلات الوصية.**

نتناول في هذا المطلب الفروع التالية: مبطلات الوصية من جهة الموصي الموصى له والموصى به.

**الفرع الأول: مبطلات الوصية من جهة الموصي.**

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

ويلاحظ أنه يجوز للموصي الرجوع عن الوصية في أيّ وقت شاء، فإذا جن جنونا مطبقا متصلا بالموت فقد طرا عليه احتمال رجوعه عنها فتبطل[2].

2- ردة الموصي بعد الوصية لأن ملكه موقوف على الأصح،فمن مات وهو على ردته او قتل أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه فإن وصيته تبطل.[3]

[1]- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات الهبة ،الوصية، الوقف، المرجع السابق، ص 75.

[2]- محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، ص 257.

[3]- العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني، ص 317.

وهذا ربما لحماية حقوق أطراف الأسرة كوجود من يتدينون بالديانة كالمسيحية أو غير ذلك من الديانات الأخرى غير الدين الإسلامي في تلك الأسرة.

لم يتعرض القانون الجزائري للرّدة ربما لقلة وقوعها في الوقت الحاضر أو عملا بمذهب الحنابلة القائلين بصحة وصية المرتد غير أنه في المادة:200 من قانون الأسرة الجزائري أنها تصح مع اختلاف الدين، أي المشرع الجزائري أجاز الوصية بين مختلفي الديانة.

3- رجوع الموصى عن وصيته، ولا خلاف بين الفقهاء في أن الوصية تصرف غير لازم في حياة حق الموصى وان له حق الرجوع عنها كلها أو بعضها في أي وقت شاء ما لم يتعلق بها حق للموصى له في حياة الموصي وليس للرجوع عندهم صيغـــة خاصـــة،[1] وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 192من قانون الأسرة التي نصت على أنه: يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا، فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها والضمني يكون بكل يستخلص منه الرجوع فيها.

وقد أكدت هذا المبدأ المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه:من المقرر قانونا أنه يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا،ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون، الثابت في قضية الحال[2] أن قضاة المجلس لما قضوا بصحة الوصية وثبوتها واستخراج الثلث منها للمستأنف بالرغم من كون الموصي قد تراجع عن وصيته بموجب الوكالة الرسمية التي وكل من خلالها ابن عمه ببيع جميع ممتلكاته العقارية، يكونوا بقضائهم كما فعلوا أخطأوا في تطبيق القانون.

ومتى كان ذلك استوجب نقص القرار المطعون فيه[3].

---

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

[2]- المجلة القضائية لسنة 1990، العدد الرابع، ص85، ملف رقم: 54727، قرار صادر بتاريخ: 1990/01/24.

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

فالرجوع الصريح: قد يكون بلجوء الموصي إلى الموثق لتحرير عقد بذلك دون أن يكون هذا الأخير ملزما بتسبيب طلبه ويكون ذلك بمحضر شاهدي عدل،لأنه وحسب المادة192من قانون الأسرة فإن الرجوع الصريح في الوصية يتم بوسائل إثباتها،وقد يكون الرجوع الصريح في الوصية بلجوء الموصي إلى القضاء لاستصدار حكم بذلك إذا ما اختار هذا الطريق، لأن الحكم القضائي هو أيضا من لوسائل إثباتها إعمالا لنص المادة 192من قانون الأسرة، وأما الرجوع الضمني: فيكون بكل تصرف قانوني يقوم به الموصي بعد إبرام الوصية ويستخلص منه الرجوع فيها، كأن يقوم بالتصرف في العين الموصى بها بالبيع أو الهبة أو الوقف أو المبادلة .....الخ أو كل تصرف آخر يمس موضوع الوصية بما في ذلك أن يوكل غيره لأجل بيع العين الموصى بها.[1]

وقد استثنى قانون الأسرة الجزائري في مادة 193رهن الموصى به إذا لم يعتبره رجوعا في الوصية.

وأعتقد أن هذا الحكم –الخاص – إعمال للقواعد العامة التي تعتبر الرهن تأمينا عينيا للدين المترتب في ذمة المدين الراهن.

**الفرع الثاني: مبـــطلاتها من جهة الموصى له.**

1– رد الموصى له كلها أو بعضها قبل قبوله وبعد موت الموصى باتفاق الفقهاء، و أما رده 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،وقد أخذ قانون الأسرة الجزائري بهذا الحكم في مادة 201 التي نصت على أنه:تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصى أو بردها.

2– موته قبل موت الموصي إذا كانت الوصية أعيانا أو منافع وسواء علم الموصي بموته أو لم يعلم لكونه صار غير أهل للتمليك بالموت ولا يصح صرفه إلى غيره، وكذالك إذا مات

[1]–باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسات القضائية، مرجع سابق، ص120.

بعد موت الموصي وقبل ابتداء مدة الانتفاع في الوصية بالمنفعة.أخذ قانون الأسرة الجزائري بهذا الحكم في المادة 201.

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

أخذ المشرع الجزائري بهذا الحكم – كما رأينا – في المادة 188 من قانون الأسرة عن القتل المانع من استحقاق الوصية، وفي المادة 135 عن القتل المانع من الإرث والحكم فيهما واحد كما رأينا.

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

5-تبطل الوصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي (المادة 189 من قانون الأسرة الجزائري).

**الفرع الثالث: مبطلاتها من جهة الموصى به.**

1- تبطل الوصية إذا هلك الموصى به المعين بالذات أو بالنوع سواء كانت الوصية به كله 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 الموصى أو بعده لفوات محل الوصية، ولو أوصى بغنمه أو بسهم شائع فيها كثلثها ثم هلكت الغنم قبل قبوله بسب غير موجب للضمان بطلت الوصية، وإذا كان هلاكها بسب موجب للضمان لا تبطل الوصية لانتقال حق الموصى له إلى البدل.

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

[1]- بدران أبو العينين بدران، المواريث الوصية والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية، مصر1990، ص 163 - 164.

[2]- محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية الواجبة المصري، رقم 71 سنة 1946.

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 وقد يكون كليا إذا هلك الموصى به كله أو استحق كله وقد يكون جزئيا إذا كان الهلاك أو الاستحقاق لبعضه فقط.[1]

تناول القانون المصري مبطلات الوصية من الجهات الثلاثة-الموصي، الموصى له، الموصى به، في مواد متفرقة هي المواد:8-14-15-17-18-19-24-27-47-48-49-50 .[2]

ومن الأسباب التي تؤدي إلى بطلان الوصية كثيرة ولكن الفقهاء اختلفوا فيما بينهم حول بعض هذه الأسباب وتم تلخصيها وإجمالها وذلك على النحو التالي:

1- زوال أهلية الموصي بالجنون وإذا جن الموصي جنونا مطلقا واتصل الجنون بالموت تبطل الوصية عند الحنفية والجنون المطبق هو أن يمتد شهرا عند أبي يوسف وسنة عند محمد[3].

2- أما عند جمهور الفقهاء[4] فلا تبطل الوصية بالجنون سواء كان جنونا مطبقا أولا وسواء اتصل بالموت أو لم يتصل، متى كان كامل الأهلية وقت إنشائها لأن العقود والتصرفات تعتمد في صحتها على تحقق الأهلية وقت إنشائها فقط، وعلى هذا فإن الوصية لا تبطل بزوال أهلية الموصي قياسا على البيع والإجارة.

---

1- محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، المرجع السابق، ص 285- 259.

2- محمد أبوا زهرة، شرح قانون الوصية الواجبة، المرجع السابق، رقم: 71، سنة 1946.

3- علاء الدين أبوا بكر بن مسعود الكساني الحنفي، كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط:2، سنة 1986،ج، 10، ص 594.

4- المغني عبد الله بن أحمد المقدسي (620هـ)، إختيار لتعليل المختار، مكتبة الجمهورية العربية القاهرة مصر، ص 89/3.

3- وكذلك رجوع الموصي عن وصيته اتفق الفقهاء[1] على أن رجوع الموصي عن وصيته تبطل به الوصية، لأنها عقد غير لازم فيجوز للموصي الرجوع فيها متى شاء، كما مر ذلك سابقا.

4-إذا مات الموصى له قبل موت الموصي.

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

6-إذا رد الموصى له الوصية بعد وفاة الموصي.

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

8- يتصرف الموصي بالموصى به تصرفات يزيل اسم الموصى به ومعظم صفاته.[2]

**المطلب الثاني:أثار بطلان الوصية.**

الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت، ينعقد بالإرادة المنفردة للموصي غير أن ملكيته لا تثبت.

إلا بعد قبول الموصى له، صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصي، وتبطل في حالة رفضه لها، حسب نص المادة: 201 ق.ا.ج :"**تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي أو بردها.**"

**الفرع الأول: مفهوم قبول الوصية وردها.**

القبول هو مقرر للموصي له، بحيث أن الوصية لا تلزم إلا بقبولها من الموصى له بعد وفاة الموصى، بشرط أن يكون الموصى له كامل الأهلية وليس لأحد سلطان عليه. أما إذا كان الموصى له جنينا، يكون القبول بعد الوضع، لان أهلية الملك لا تثبت للحمل إلا بعد وضعه حسب نص المادة 187ق. إ.ج: " **تصح الوصية للحمل**".

[1]- المغني عبد الله بن أحمد المقدسي، إختيار لتعليل المختار، المرجع السابق، ص 65،66.

[2]- محمد طه العلي خليفة، أحكام الدراسة التطبيقية، دار النشر والتوزيع والترجمة مصر، ط:2، 2005، ص632.

**بشرط أن يولد حيا ،وإذا ولد توائم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس**" وهو رأي المذهب المالكي[1].

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

ومن هنا يرى الفقهاء بلزوم القبول بعد موت الموصي من بينهم:

* **الحنفية:** قالوا أن القبول شرط لإفادة الملك في الموصى به ، فلا يملكه الموصى له قبل القبول

* **أما المالكية:** فقالوا هو شرط لتنفيذ الوصية بعد الموت[2] وعليه فإذا قبل الموصى له الوصية، كان الموصى به ملكا له وإذا ردها صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي يعود الموصى به إلى ملكية ورثة الموصى.

م 197 ق.إ.ج :" **يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي**"

وإذا قبل الموصى له بعض الوصية ورد البعض الآخر لزمت الوصية فيما قبل وبطلت فيما رد، وإذا قبلها بعض الموصى لهم وردها الباقون تكون لازمة بالنسبة لمن قبلوا وتبطل بالنسبة لمن ردوا.

– **لكن السؤال:** الذي يطرح هنا كيف ومتى يتم القبول أو الرد ؟

* ذهب المالكية والحنابلة والشافعية إلى أن القبول يتم بالقول أو بالفعل الدال على الرضا كأن يقول الموصى له قبلت الوصية، أو رضيت بالوصية.

* بينما ذهب أبي حنيفة أن القبول يكون بالقول والفعل، كما قد يكون بالسكوت وعدم الرد من الموصى له، وعليه فإن هذا الرأي يقوم على أساس الاكتفاء بعدم الرد، ذلك أن القبول

[1]– العربي بالحاج– الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص 280.

[2]– عبد الرحمان الجزيري، فقه المذاهب الأربعة، المرجع السابق، ص789.

المطلوب هو عدم الرد، فيكفي القبول الصريح أو القبول دلالة، حتى لو أن الموصى له مات قبل أن يقبل أو يرد ويثبت ملكه في الموصى به لعدم الرد من قبله وأنتقل ذلك الملك لورثته.

– في حين يرى جمهور الفقهاء بأنه لا بد من القبول بالقول وما يقوم مقامه من التصرفات الدالة على الرضا، ولا يكتفي بعدم الرد، لأنه غير القبول والمطلوب، وهذا ما أخذ به القانون الجزائري من خلال نص المادة: 197 من: ق.أ. ج كذلك ما جاء في نص المادة 198من ق. أ .ج: " **إذا مات الموصي له قبل القبول ، فلورثته الحق في القبول أو الرد.**"

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

باعتبار أن آثار الوصية لا تظهر إلا بعد الوفاة، وإنها من العقود غير اللازمة، إذ يستطيع الموصي الرجوع عن وصيته متى شاء، لكن القبول والرد لا يشترط فيه الفورية باعتبار أن الفورية تشترط في العقود المنجزة التي يربط فيها القبول بالإيجاب كالبيـــع المادة (197 من: ق.أ.ج) غير أنه يترتب على الرد إضرار بالورثة أو التركة وعلى هذا الأساس اشترط كل من القانون المصري المادة (22 من قانون الوصية) والقانون السوري المادة (227/ الفقرة 01) على أن يكون رد الوصية خلال: 30 يوما من وفاة الموصي فإن لم يجب بالقبول أو الرد، اعتبر منه ذلك ردا فتبطل الوصية ما لم يكن له عذر مقبول.

**الفرع الثاني: وقت ثبوت ملكية الموصى به للموصى له.**

كما يعد القبول أمرا أساسيا لثبوت الملكية في الموصى به، حيث أن انتقال ملكية الموصى به له ملكا جديدا بقبول هذا الأخير بعد وفاة الموصي تلزم الوصية بالاتفاق، وبناء على ذلك فإنه تكون زوائد العين الموصى بها أي إذا حدثت بعد الوفاة وقبل القبول ملكا للموصى له، لأنها تعتبر أثرا لملكيته الخاصة واتفق الفقهاء على أن الموصى إذا حدد موعدا[1] للملكية كابتداء شهر كذا تبدأ به الملكية لأن شرط الموصي يراعي ما لم يخالف مقاصد الشرع أما إذا لم يعين الموصي وقتا لابتداء الملكية، فإن قبل الموصى له عقب الوفاة

[1]- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 10، دار الفكر دمشق سوريا، 1980، ص 745.

ثبت له الملك بالوفاة مباشرة، أما إذا تراخى القبول عن الوفاة فقد اختلفوا في وقت ثبوت الملكية[1].

**أ – رأي الحنابلة وبعض المالكية:**

أن الملكية تثبت للموصى له منذ قبول الوصية لأن الوصية عقد ركنه الإيجاب والقبول فقبل القبول لا يتم العقد، وبالتالي فإن نفقات وزوائد الموصى به خاضعة لاختصاص الورثة.[2]

**ب– رأي الحنفية والشافعية**

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

فالإجازة تعتبر تنفيذا للعقد من تاريخ إنشائه لا من تاريخ إنجازه وبالتالي فالملكية تثبت من وقت الوفاة، وزوائد الموصى به هي ملك للموصى له.[3] وتظهر ثمرة الخلاف في ملك زوائد الموصى به، وغلته الحاصلة في المدة ما بين الموت والقبول كصغير الحيوان وثمرة البستان وأجرة الدار ونحوها من الزوائد المنفصلة أما الزوائد المتصلة كالسمن فهي بالاتفاق للموصى له إذا احتملها الثلث فعلى الرأي الأول تكون الزوائد بع الموت وقبل القبول ملكا لورثة الموصي وعليهم نفقتها لكن اختلف الحنفية مع الشافعية أصحاب الرأي الأول في اعتبار الزوائد من الثلث فقال الحنفية تعتبر من أصل الموصى به فيشترط على ألا تزيد مع الأصل عن الثلث وقال الشافعية يعتبر ذلك نماءا زائدا عن أصل الموصى به فلا تدخل في حساب الثلث فتكون للموصى له وهذا هو الرأي الأرجح لأن هذا الزائد حدث على ملك الموصى له فيسلم له.

[1]– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 745.

[2]– العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 283

[3]– نفس المرجع، ص 283 .

– ولم ينص المشرع الجزائري على وقت ثبوت ملكية الموصى به للموصى له ولا على قضية الزوائد من وقت الوفاة إلى وقت القبول غير أنه انطلاقا من المواد 185–198–222من قانون الأسرة الجزائري[1] يتضح بأنه يرجع في هذا الشأن لأحكام الفقه الإسلامي والراجح عند الفقهاء أنه تثبت ملكية الموصى به للموصى له استنادا إلى وقت الوفاة لأنه هو المقصود من وصية الموصي غير أن الموصي له لا يملك الموصى به إلا بالقبول ولا يستند وجودها (الملكية) إلى ما قبل القبول (م 197 ق.إ. ج) – ولقد نص القانون بأنه تثبت الوصية بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك إلا أنه في حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم قضائي يؤشر على هامش أصل الملكية (م 191 ق. إ .ج)

**الفرع الثالث : حكم الرجوع عن الوصية وردها بعد القبول.**

اتفق الفقهاء على جواز الرجوع عن الوصية ، من الموصي لان الوصية كالهبة وهي من العقود غير اللازمة أي يمكن الرجوع عنها قبل القبول وهذا الرجوع يكون بالقول الصريح كما يكون بالفعل أو الدلالة –وقد عالج المشرع هذا الحكم في نص المادة 192ق.أ.م: على أنه " **يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا. فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها والضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها** "

– ولا يعتبر القانون هذا الموصى به بمثابة رجوع عن الوصية كليا أو جزئيا بعد قبولها بشرط أن يقبل ورثة الموصي أو أحدهم بالرجوع وعندها يعد عقد الوصية مفسوخا ويعود الموصى به إلى التركة وذهب جمهور الفقهاء[2] إلى أنه لا يجوز رد الوصية بعد قبولها إذا تم قبضها لأن الملك قد ثبت واستقر، فلا فسخ للوصية إلا إذا قبلها الورثة وفي هذه الحالة تعتبر هبة من الموصى له إلى ورثة الموصي، وعليه فإنها تحتاج إلى شروط الهبة أي أنها تأخذ حكم التبرعات إن رأي الجمهور يتفق مع المبادئ العامة المتعلقة بالنظرية العامة للعقود خاصة قوة الالتزام وذلك أن فسخ أي عقد من العقود لا يكون إلا من طرفي العقد فكيف يتم

[1]– القانون رقم: 84 – 11 المؤرخ في 09جويلية 1984المعدل والمتمم بالأمر 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[2]– العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 285.

فسخ الوصية والموصي قد توفي ؟ وعلى هذا الأساس نص المشرع الجزائري في المادة: 201 ق. إ.ج على أنه " **تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي أو بردها** " لكن السؤال الذي يطرح بهذا الصدد من يملك حق القبول والرد ؟

-اتفق الفقهاء على أن الموصى له المعين يملك بنفسه القبول والرد على أن الموصى له إذا كان كامل الأهلية وراشدا لأنه صاحب الولاية على نفسه واتفقوا كذلك على أن الموصى له فاقد الأهلية وهو المجنون والمعتوه والصبي غير المميز ليس له القبول و الرد إنما يقبل وليه عنه أو يرد – واتفقوا أيضا على أن الموصى له غير المعين لا يحتاج إلى قبول ولا رد، وإنما تلزم الوصية بمجرد إيجاب الموصي فحق القبول والرد عن المؤسسات والجهات والمنشآت لمن يمثلها قانونا فإن لم يكن لها من يمثلها قانونا لزمت الوصية من غير حاجة إلى قبول.

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

-فقال الحنفية: له القبول لان الوصية نافعة نفعا محضا له كالهبة والاستحقاق في الوقف وليس له ولا لوليه الرد لأنه ضار ضررا محضا فلا يملكونه.- وقال الجمهور أمر القبول والرد عن ناقص الأهلية لوليه يفعل ما فيه المصلحة[1].

[1]– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق ، ص 454.

# الفصـــل الثانـي

## مشروعيـــة الوصيـــة الواجبـــة

**تمهيـــــد**

الوصية الواجبة عند جمهور الفقهاء اثر الوصية اختيارية يصرفها الشخص لمن أراد أو يجبر بها ما فاته من أعمال البر في حياته.

لكن في أحوال غير قليلة كثرت منها الشكوى، يموت الشخص في حياة أمه وأبيه أو يموت معهم فتحرم ذريتهم من ميراثه الذي كان يستحقه لو عاش إلى وفاة والديه وذلك بسبب وجود من يحجب أبناؤه من الميراث.

فبذلك يجتمع مع فقد العائل الحرمان من المال، قد يكون الشخص الذي توفي ممن ساهم في جمعه ولا ذنب لذريته أن تحرم منه.

فحتى لا يضطرب ميزان توزيع الثروة في الأسرة الواحدة وحتى لا يقع الضرر على مثل هؤلاء الأحفاد، رأى المشرع وتلاقيا لمثل هذه الحالة علاجها طريق آخر غير الإرث، وهي الوصية الواجبة المفروضة بحكم القانون وتستمد قوته منه، بحيث إذا أوصى شخص مختارا نفذت وان لم يوص بها وجبت بحكم القانون.

وأخذت القوانين كمصر وسوريا والأردن وغيرهم من الدول العربية بالوصية الواجبة.

وكذلك المشرع الجزائري الذي اختصها بالتنزيل بالمواد 169-172 في قانون الأسرة الجزائري.

وهذه التشريعات العربية أخذت بآراء بعض الفقهاء التابعين التي تقوم على فهم خاص لبعض نصوص القرآن الكريم.

**نتناول في هذا الفصل مشروعية الوصية الواجبة في ثلاث مباحث:**

**المبحث الأول: الوصية الواجبة ومشروعيتها.**

**المبحث الثاني: البلدان العربية التي أقرت بالوصية الواجبة.**

**المبحث الثالث: التنزيل في التشريع الجزائري ( الوصية الواجبة).**

**المبحث الأول: الوصية الواجبة في الفقه الإسلامي ومشروعيتها.**

نتناول في هذا المبحث آراء المجيزين و المانعين في مشروعية الوصية الواجبة و الرأي المعارض على أدلتهم وسنتناول في هذا المبحث مايلي:

**المطلب الأول: الوصية الواجبة.**

**الفرع الأول: الوصية لغة: هي** من أصل( أوصى) في اللغة تعني أوصى الرجل ووصاه وعده والإسم الوصاة، و الوصاية والوصاية والوصية أيضا ما أوصيت به[1].

"والوجوب لغة" من وجب الشيئ يجب وجوبا أي لزم أوجبه وأوجبه الله وإستوجب أي إستحقه[2].

وهذا قد تم شرح الوصية في الفصل الأول.

**الوصية الواجبة إصطلاحا: عند علماء الذكر:**

-**عرفها بدران أبوا العينين:** أنها "وصية واجبة للأحفاد الذين يموتون آباؤهم في حياة أبيهم أو أمهم ولا يرثون شيئا بعد جدهم لوجود من يحجبهم عن الميراث، فإن لم يفعل ذلك كان تاركا لواجب يقوم القاضي مكانه فيعطيه نصيب والده لو بقي حيا بشرط أن لا يزيد عن الثلث"[3].

-**عرفها كذلك أحمد العجوز:**أنها "إثبات ميراث من مات من الأبناء قبل وفاة أبيه المورث ونقل ميراثه إلى أولاده بعده"[4].

-**عرفها دعيج المطيري:** بأنها" جزء من التركة يستحقه أبناء الإبن وإن نزلوا المتوفي قبل أبيه، إذا لم يكونوا وارثين وأولاد البنت من الطبقة الأولى وذلك بمقادير وشروط خاصة على أنه وصية وليس ميراثا"[5] .

---

[1]– أبو الفضل جمال الدين، محمد بن مكرم بن منظور المصري، لسان العرب، تحت الجذر( وصى):دار صادر، بيروت، لبنان، طبعة 2000.ص 56

[2] – نفس المرجع، تحت الجذر( وجب).

[3] – بدارن أبو العينين بدران، المواريث، الوصية والهبة في الشريعة الإسلامية و القانون، مؤسس شباب الجامعة بالإسكندرية، مصر، ط: 1975.ص 46

[4] – أحمد محي الدين العجوز، الميراث العادل في الإسلام، مؤسسة العرف، بيروت لبنان، ط: 1،1986.

[5] –دعيج المطيري، أحكام الميراث، ص244.

-**وعرفها الشيخ عمر سليمان الأشقر:** أنها" تمليك نصيب معلوم من التركة، جبرا لفرع الولد الذي مات في حياة مورثه، بشروط مخصوصة"[1]

**المطلب الثاني: مشروعية الوصية الواجب عند المجزين والمانعين.**

لقد اختلف الفقهاء قديما وحديثا في مشروعية الوصية الواجبة وكان هذا الاختلاف واضحا بينهم قديما وحديثا، ولقد ذهب كل فريق لعرض أدلته وشواهده من القرءان الكريم والسنة النبوية والإجماع والقواعد الشرعية ومن المعقول وبيان الاعتراض عليها.

**الفرع الأول:أدلة من يرى مشروعية الوصية الواجبة:**

القائلون بالوصية الواجبة وهم "طاووس ، قتادة، جابر ابن زيد، سعيد ابن المسيب، الحسن البصري، ورواية عن أحمد ابن حنبل، داود الظاهري ابن حزم الأندلسي، والشيخ القرضاوي، وبدران أبو العينين"[2].

**أولا:** من الكتاب الكريم قوله تعالى: {كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ} (سورة البقرة :الآية 180) آي: فرض الله عليهم، يا معشر المؤمنين {إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ} آي أسبابه، كالمرض المشرف على الهلاك، وحضور أسباب المهالك، وكان قد ((تَرَكَ خَيْرًا)) (خيرًا: مالاً) وهو المال الكثير عرفا، فعليه أن يوصي لوالديه وأقرب الناس إليه بالمعروف، وعلى قدر حاله من غير سرف، ولا اقتصار على الأبعد دون الأقرب، بل يرتبهم على القرب والحاجة، ولهذا أتى فيه بأفعال التفضيل،[3] وقوله: ((حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ)) دل على وجوب ذلك، لان الحق هو: الثابت، وقد جعله الله من موجبات التقوى وبعضهم يرى أنه في الوالدين والأقربين غير الوارثين ".[4]

[1] – عمر سليمان الأشقر، الأحوال الشخصية الأردني، ط: 1، دار النفائس، الأردن1997، ص183.

[2]– العارف أبو عيد، الوجيز في الميراث، بدون طبعة، ص185.

[3]- الماوردي الحاوي في الفقه الشافعي، أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط: 1986، ص319.

[4]– عبد الرحمان أن علا السعدي، بن على في تفسير كلام المنان. دار التراث لبنان،( د.ط)، ص85.

ولقد قال ابن حزم رحمة الله عليه، "لقد خصص من هذه الآية الكريمة من يرثون منهم والذين لا يرثون تنطبق عليهم الآية الكريمة وهي واجبة في حقهم واستدل على ذلك بقوله تعالى:{ وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا (سورة النساء: الآية 08) إن هذه الآية لم تنسخ أيضا بقول عبد الرحمان بن أبي بكر.[1]

**ثانيا:** ومن السنة الشريفة قول النبي صلى الله عليه وسلم عن ابن عمر قال: قال: رسول الله صلى الله عليه وسلم: (( ما حق أمريء مسلم له شيء يريد أن يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده)).[2]

ووجه الاستدلال إلى ما ذهبوا إليه قول النبي صلى الله عليه وسلم دل على فرض الوصية كل من ترك مالا، وأولى الناس بذلك أقاربه الذين لم يرثوه.[3]

**ثالثا:** من القواعد العامة الشرعية في الإسلام تحقيق العدالة ومرونة الدين بحيث يشمل جميع الأحداث التي لم ينص عليها الشرع، التي تحقق مصالح الأمة[4].

**الفرع الثاني: عدم مشروعية الوصية الواجبة عند المانعين**

أن النبي صلى الله عليه وسلم "توفي ولم يوص، وأيضا الصحابة رضوان الله عليهم توفوا ولم ينقل عن واحد منهم أنه أوصى بوصية واجبة، ولو كانت الوصية واجبة لما تركها النبي صلى الله عليه وسلم ولا الصحابة من بعده[5].

[1]– علي بن أحمد بن حزم الأندلوسي الظاهري (456هـ)، دار التراث لبنان، المحلى، ج: 9، ص314.

[2]– محمد البخاري، صحيح البخاري، كتاب الوصايا، باب الوصايا حديث رقم 2587، ط:1، إبن كثير، بيروت، لبنان.

[3]– عارف أبو عيد، الوجيز في الميراث، المرجع السابق، ص186.

[4]– أحمد فراج، محمد كمال، نظام الإرث و والوصايا، دار الكتب القانونية، الإسكندرية، مصر، ط:1999.

[5]– عارف أبو عيد، المرجع نفسه، الوجيز في الميراث، ص158.

قول النبي صلى الله عليه وسلم: "أن الله يوصيكم بالأقرب فالأقرب[1]"، هذا الحديث يدل على أن الابن اقرب من ابن الابن فلا يورث لان الحديث ينص على أن الوصية تكون للأقرب فالأقرب ولكن يأخذونا تفضلا وإحسانا من الورثة[2].

قالوا إن الأحاديث التي إستدل بها على وجوب الوصية لا تدل على الوجوب بل على الاستحباب.

لم يقل أحد من أصحاب المذاهب الأربعة بوجوب الوصية بل استحبابها

الوصية عمل خير وأعمال الخير لا وجوب فيها وإنما الإباحة.

**المطلب الثالث: الرأي المعارض على كل من أدلة الموجزين والمانعين للوصية الواجبـــة**

**أولا:** الاعتراض على أدلة الموجزين للوصية الواجبة:

**1 ــ** الآية الكريمة التي استدل بها الموجزون فيها خلاف كبير بين المفسرين قوله تعالى:{ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ} (سورة البقرة :الآية 180)

فمنهم من قال بنسخها بآيات ميراث وأيضا حديث النبي صلى الله عليه وسلم :(لا وصية لوارث)[3].

ولقد جاء في تفسير ( أيسر التفاسير )[4] ذكر الله تعالى آية الوصية هنا فقال تعالى: (كتب عليكم أيها المسلمون إذا حضر أحدكم الموت إن ترك مالا،الوصية آي: الايصاء للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين، ثم نسخ الله تعالى هذا الحكم بآية المواريث ويقول رسول الله صلى الله عليه وسلم " **فلا وصية لوارث**"، ونسخ الوجوب وبقي الاستحباب

[1]– أحمد إبن حنبل كتاب صلة الرحم باب الأقرب فالأقرب رقم الحديث:60، صححه الألباني بلفظ أن الله يوصيكم في أمهاتكم.

[2]– أحمد محي الدين العجوز، الميراث العادل في الإسلام، المرجع السابق. ص244.

[3]– إبن ماجة بن يزيد القزويني،(272.2.9هـــ)، كتاب الوصايا، رقم الحديث:2714 وقال عنه الشيخ الألباني: صحيح.

[4]– أبو بكر جابر الجزائري، أيسر التفاسير، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، ط1 سنة 2012، ص 185/1.

ولكن لغير الوالدين والأقربين الوارثين إلا أن يجيز ذلك الورثة وان تكون الوصية الثلث فأقل".

فإذا زادت وأجازها الورثة جازت لحديث ابن عباس عن الدرقطني "لا تجوز الوصية لوارث إلا أن يشاء الورثة[1].

ودليل استحباب الوصية حديث سعد بن أبي وقاص في صحيح البخاري[2] حيث أذن له رسول الله صلى الله عليه وسلم في الوصية بالثلث، وقد تكون الوصية واجب على المسلم وذلك إن ترك ديونا لازمة وحقوقا واجبة في ذمته فيجب أن يوصي بقضائها واقتضائها بعد موته لحديث إبن عمر في صحيح البخاري.

ووصيته مكتوبة عنده: (( ما حق أمريء مسلم له شيء يريد أن يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده)).[3]

ولقد جاء في تفسير السعدي المسمى( جامع البيان في تأويل القرآن) بيان لكل قول ممن قال بغير شيئ وقال الإمام الطبري قول الله تعالى ذكره: { كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ } (سورة البقرة:الآية 180).

فعلم أنه قد كتبه علينا وفرضه كما قال: { ..... كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ}(سورة البقرة :الآية 183) ولا خلاف بين الجميع أن تارك الصيام وهو عليه قادر، مضيع بتركة فرض لله عليه.فكذلك هو بترك الوصية لوالديه وأقربيه وله ما يوصي لهم فيه، مضيع فرض الله عز وجل.فإن قال: فإنك قد علمت أن جماعة من أهل العلم قالوا:الوصية للوالدين والأقربين منسوخة بآية الميراث؟ قيل له: وخالفهم جماعة غيرهم فقالوا: هي محكمة غير منسوخة.وإذا كان في نسخ ذلك تنازع ببين أهل العلم، لم يكن لنا

[1]– سنن الدار قطني علي بن عمر، كتاب الوصايا، رقم الحديث:9، مؤسسة الرسالة، ط:1، بيروت، لبنان،2004.

[2]– صحيح البخاري ، رقم الحديث:5344.

[3]– صحيح البخاري، رقم الحديث: 2587.

القضاء عليه بأنه منسوخ إلا بحجة يجب التسليم لها، إذا كان غير مستحيل اجتماع حكم هذه الآية وآية المواريث في حال واحدة لغير مدافعة حكم إحداهما( وكان الناسخ والمنسوخ هما المعينان اللذان لا يجوز اجتماع أحكام على الصحة في حالة واحدة لنفي أحدهما صاحبه) بما قلنا في ذلك قال جماعة من المتقدمين و المتأخرين[1] هنا نلاحظ اختلاف بين المفسرين في الآية 183 من سورة البقرة{ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ...} (سورة البقرة: الآية 183) من بين قال بنسخها أبو بكر جابر الجزائري المدرس في مسجد النبي صلى الله عليه وسلم في المدينة المنورة ومن قال بعدم نسخها كالطبري رحمه الله تعالى.

2- أما حديث ابن عمر- رضي الله عنهما- فقيل أن الوصية واجبة في حق من كان عنده أمانة أو وديعة وغير موقفة فوجب عليه توثيقها بالوصية حفظا للحقوق وصيانة لها، وتحمل على الندب والحث على كتابه في الوصية في غير ذلك من الأمور.

3- قد لا يكون في الوصية الواجبة تحقيق عدالة فقد يأخذ الفرع البعيد أكثر من الفرع القريب، وقد يأخذ ابن البنت أكثر من بنت الأبن، فعندها تكون الوصية لا تجلب مصلحة أو تدفع مفسدة، والله تعالى أعلم.

**ثانيا:** الاعتراض أعلى أدلة المانعين للوصية الواجبة.

القول بأن الإجماع قائم على استحباب الوصية الواجبة غير دقيق فهنالك من خالف هذا الإجماع كسعيد بن المسيب، إبن حزم الأندلسي، وداود الظاهري.

لقد وردت أحاديث تدل على وجوب الوصية، ومن ضمنها حديث إبن عمر- رضي الله عنهما- (ما حق امرئ مسلم) ولقد سبق تخريجه في أدلة المجيزين.

[1]- الطبري، أبوا جعفر بن جرير الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، توثيق و تخريج، صدقي جميل العطار، دار الفكر لبنان، ط:1، 2001.

**المبحث الثاني: الوصية الواجبة في القوانين العربية.**

إن الوصية الواجبة بصورتها المطبقة اليوم لم يرد لها دليل صريح في القرآن و السنة النبوية الشريفة ولم يقل بها بهذه الصورة أحد من الفقهاء، و المذاهب المعروفة ولكنها اجتهاد الفقهاء في العصر الحالي فحاول واضعوا قانون الوصية الواجبة إن يرجعوا كل حكم من أحكام الوصية الواجبة إلى سند شرعي يقوم عليه فاعتمدوا في أصل الوجوب على آية الوصية وعلى رأي ابن حزم وبعض الصحابة التابعين القائل بوجوب الوصية للأقربين غير الوارثين وقواعد الشريعة ومقاصدها العامة واستدلوا بالكتاب والسنة النبوية والقواعد الفقهية.

**المطلب الأول: متى ظهر العمل بقانون الوصية الواجبة.**

لم تكن الوصية الواجبة معروفة في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم والصحابة التابعين والأئمة الأربعة المجتهدين رحمهم الله إذ لم يرد بها نص من الكتاب ولا من السنة ولا من الإجماع فهي مستحدثة[1].

وهذا الكلام نقل من كتاب أحمد العجوز وهذا الكلام غير دقيق .

فقد جاء في كتاب أحكام المواريث للأستاذ الدكتور عمر عبد الله"بأن من التابعين من قال بالوصية الواجبة وهو سعيد بن المسبب والحسن البصري ومن الأئمة الفقهاء أحمد بن حنبل في رواية عنده[2]وفي غيره من الكتب ذكرت الظاهرية القول في الوصية الواجبة وقول التابعي سعيد بن المسبب ومسند الوصية الواجبة للفقهاء مسند ملفق من مجموعة من الأدلة، والله أعلم.

ولقد بدأت الوصية الواجبة تطبيقها في القانون عام 1946في جمهورية مصر العربية وبعدها القانون السوري 1953 ثم قانون المملكة المغربية عام 1958وآخرها قانون دولة الإمارات العربية المتحدة سنة 2005.

[1] – أحمد محي الدين العجوز، الميراث العادل في الإسلام، مؤسسة المعارف بيروت لبنان.ط: 1 .1986. ص 243.

[2] – عمر عبد الله أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية، دار النشر للجامعات المصرية، ط:2،2007 ص216.

**المطلب الثاني: البلدان العربية التي أقرت بالوصية الواجبة .**

نتناول في من خلال فروع هذا المطلب نماذج عن دول عربية.

**الفرع الأول: الوصية الواجبة في القانون المصري.**

جاء في عام 1946 [1] أربعة مواد تتعلق بالوصية الواجبة وهي :

**المادة 76:** إذ لم يوصي الميت لفرع ولده الذي مات في حياته أو مات معه ولو حكما بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثا في تركته لو كان حيًا عند موته، وجبت للفرع في التركة وصية بقدر هذا النصيب في حدود الثلث ، بشرط أن يكون غير وارث أو يكون الميت قد أعطاه بغير عوض من طريق آخر قدر ما يجب له، وإن كان ما أعطاه أقل منه وجبت له وصية بقدر ما يكمله .

وتكون هذه الوصية لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور وإن نزلوا على أن يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره ،وأن يقسم نصيب كل أصل على فرعه وإن نزل قسمة الميراث كما لو كان أصله أو أصوله الذين يدلى بهم إلى الميت ماتوا بعده، وكان موتهم مرتبًا كترتيب الطبقات.

**المادة 77:** إذا أوصى الميت لمن وجبت له الوصية بأكثر من نصيبه كانت الزيادة وصية اختيارية ،وإن أوصى له بأقل من نصيبه وجب لمن يوصى له قدر نصيبه .

**المادة 78:** الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا، فإن لم يوص الميت لمن وجبت لهم الوصية، ووصى لغيرهم استحق كل من وجبت له الوصية قدر نصيبه من باقي ثلث التركة.

**المادة 79:** في جميع الأحوال المبينة في المادتين السابقتين يقسم ما بقى من الوصية الاختيارية من مستحقيها مع مراعاة أحكام الوصية الاختيارية.

[1] – قانون الوصية الواجبة المصري، رقم:71 ، سنة 1946 ، بتاريخ 1946/06/24.

**الفرع الثاني: الوصية الواجبة في قانون الأحوال الشخصية السوري.**[1]

وردت أحكام الوصية الواجبة في القانون السوري:

**المادة: 257** من توفي وله أولاد ابن وقد مات ذلك الابن قبله أو معه وجب لأحفاد هؤلاء في ثلث تركته وصية بالمقدار والشرائط التالية:

أ – الوصية الواجبة لهؤلاء الأحفاد تكون بمقدار حصتهم مما يرثه أبوهم عن أصله المتوفى على فرض ميراث أبيهم إثر وفاة أصله المذكور، على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة .

ب– لا يستحق هؤلاء الأحفاد وصية إن كانوا وارثين لأصل أبيهم جدًا كان أو جدة، أو كان قد أوصى لهم أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحقونه بهذه الوصية الواجبة ،فإن أوصى لهم بأقل من ذلك وجبت الوصية لآخر بقدر نصيبه .

ج – تكون هذه الوصية لأولاد ابن الابن وان نزل واجدًا كانوا أو أكثر للذكر مثل حظ الأنثيين، يحجب فيه كل أصل فرعه الوارث دون فرع غيره .

ويأخذ كل فرع نصيب أصله فقط.

2 – هذه الوصية الواجبة مقدمة على الوصايا الاختيارية في الاستفادة من ثلث التركة[2].

**الفرع الثالث: الوصية الواجبة في قانون المملكة المغربية.**

جاء في عام **1958** أربع مواد، من المادة 369 إلى المادة 372 ما يلي :

**المادة 369:** من توفي وله أولاد ابن أو أولاد البنت قبله أو معه، وجب لأحفاد هؤلاء في ثلث تركته وصية بالمقدار والشروط الآتية[3]:

[1] – القانون السوري الوصية الواجبة، معدل بمرسوم 59 بتاريخ:1953/09/19، والمعدل بقانون رقم: 34، بتاريخ، 1975/12/31.

[2] – مصطفى السباعي، شرح الوصية الواجبة في القانون السوري، دار الوراق، بيروت، الرياص، ودار النيرين، دمشق، ط: 9 ،2001.

[3] – هشام قيلان الوصية الواجبة في القانون المغربي، دار النشر عويدات للنشر و الطباعة، المغرب ط 1: مجلد واحد،1985 ،ص/63.

**المادة 370:** الوصية الواجبة لهؤلاء الأحفاد تكون بمقدار حصتهم مما يرثه أبوهم أو أمهم عن أصل المتوفى على فرض موت مورثهم إثر وفاة أصله المذكور على أن لا يتجاوز ذلك في ثلث التركة .

**المادة 371:** لا يستحق هؤلاء الأحفاد وصية إذ كانوا وارثين لأصل مورثهم جدًا كان أو جدة أو كان قد أوصى لهم أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحقونه بهذه الوصية الواجبة، فإن أوصى لهم بأقل من ذلك ،وجبت تكملته ،وإن أوصى بأكثر كان الزائد متوقفا على إجازة الورثة، وإن أوصى لبعضهم فقط ،وجبت الوصية للآخر بمقدار نصيبه على نهج ما ذكر.

**المادة 372:** تكون هذه الوصية لأولاد الابن وأولاد البنت ولأولاد ابن الابن وإن نزل، واحدًا كانوا أو أكثر للذكر مثل حظ الأنثيين، يجب فيها كل أصل فرعه دون فرع غيره ويأخذ كل فرع نصيب أصله فقط .

**فرع الرابع: الوصية الواجبة في قانون الأحوال الشخصية الأردني.**

ولقد جاء في عام **1974**[1] ما يتعلق بالوصية الواجبة في :

**المادة 182:**

أ- الوصية الواجبة لهؤلاء الأحفاد تكون بمقدار حصة أبيهم من الميراث فيما لو كان حيًا على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة.

**ب** – لا يستحق هؤلاء الأحفاد وصية أن كانوا وارثين لأصل أبيهم جدًا كان أو جدة أو كان قد أوصى لهم بأقل من ذلك وجبت تكملته وإن أوصى لهم بأكثر كان الزائد وصية اختيارية أوصى لبعضهم فقد وجب للآخر بقدر نصيبه.

[1] – قانون الأحوال الشخصية الواجبة الأردني ، الصادر سنة 1974.

**الفرع الخامس: الوصية الواجبة في قانون الأحوال الشخصية السوداني.**

جاء بالتنزيل لعام 1991[1] في مادتين: 316/315 وجاءت التسمية مثل ما جاء في قانون الأحوال الشخصية الجزائري.

الفصل الخامس: الوصية بالتنزيل

**المادة 315:** التنزيل هو وصية بإلحاق شخص غير وارث بميراث الموصي وبنصيب معين في الميراث.

**استحقاق المنزل:**

**المادة 316:** يستحق المنزل مثل نصيب المنزل منزلته ذكرًا كان أو أنثى في حدود ثلث التركة.

**الفرع السادس: الوصية الواجبة في قانون الأحوال الشخصية اليمني.**

وجاء عام **1996** [2] بمادة واحدة وهي :

**المادة 259:** إذا توفي أي من الجد أو الجدة عن ولده أو أولاده الوارثين وعن أولاد ابن أو أبناء الأبناء ما نزلوا وكانوا فقراء وغير وارثين لوفاة آبائهم في حياته وقد خلّف خيرًا من المال ولم يقعدهم فيرضخ لهم مما خلفه بعد الدين كالتالي :

- بنات الابن الواحدة أو أكثر مثل نصيب بنات الابن لإرث مع بنت الصلب وهو السدس (1/6).
- للذكور من أولاد الابن إذا انفرد ولو مع أخواتهم ،بمثل نصيب أبيهم لو كان حيًا بما لا يزيد على الخمس (1/5).

[1] – قانون التنزيل للوصية الواجبة في القانون السوداني، لسنة: 1991.

[2] – قانون الوصية الواجبة، اليمني لسنة 1996.

**الفرع السابع:الوصية الواجبة في قانون الأحوال الشخصية في دولة الإمارات العربية المتحدة.**

وجاء في سنة **2005**[1] الفقرة 1 **المادة 272:**

1 – من توفي ولو حكما وله أولاد ابن أو بنت وقد مات ذلك الابن أو تلك البنت قبله أو معه وجب لأحفاده هؤلاء في ثلث تركته وصية بالمقدار والشرائط الآتية .

أ–الوصية الواجبة لهؤلاء الأحفاد تكون بمقدار الوصية حصتهم مما يرثه أبوهم عن أصله المتوفى على فرض موت أبيهم إثر وفاة أصله المذكور على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة.

**ب**–لا يستحق هؤلاء الأحفاد وصية أن كانوا وارثين لأصل أبيهم جدًا كان جدة أو قد أوصى لهم أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحقونه بهذه الوصية الواجبة ،فإن أوصى لهم بأقل من ذلك وجبت تكملته وإن أوصى بأكثر كان الزائد وصية اختيارية، وإن أوصى لبعضهم فقط وجبت الوصية للآخر بقدر نصيبه.

**ت**–تكون هذه الوصية لأولاد الابن وأولاد البنت وإن نزلوا واحدًا كانوا أو أكثر للذكر مثل حظ الأنثيين، يحجب فيها كل أصل فرعه دون فرع غيره ويأخذ كل فرع نصيب أصله فقط.

2 – الوصية الواجبة مقدمة على الوصايا الاختيارية في الاستفادة من ثلث التركة .

3 – يحرم القاتل والمرتد من استحقاق الوصية الواجبة وفق أحكام هذا القانون في الوصية.

**الفرع الثامن:الوصية الواجبة في جمهورية تونس 1959.**

حسب آخر تعديل وهو الفصل الأول[2] 192/191.

**الفصل 191:** من توفي وله أحفاد ابن ذكر أو أنثى مات والدهم أو والدتهم قبله أو معه وجبت لهؤلاء الأولاد وصية على نسبة حصة ما يرثه أبوهم أو والدتهم عن أصله الهالك باعتبار موته أثر وفاة أصله المذكور بدون أن يتجاوز ذلك ثلث التركة، ولا يستحق هؤلاء الأحفاد الوصية المذكورة :

1 – الوصية الواجبة في القانون الإماراتي، لسنة 2005.

[2] – الوصية الواجبة التونسي، موجب قانون، عدد: 77، لسنة 1959، بتاريخ:1956/06/19.

1- إذا ورثوا أصل أبيهم جدًا أو جدة.

2- إذا أوصى لهم الجد أو الجدة في حياته أو أعطاهم بلا عوض مقدار الوصية الواجبة فإن أوصى لهم الجد بأقل وحسب تكملة الناقص، وإن أوصى بأكثر فتطبق على الزائد القواعد العامة للوصية.

3- الوصية الواجبة مقدمة على الوصية الاختيارية، والوصايا الاختيارية متساوية وإن تزاحمت تقسم على التناسب.

**الفصل 192:** لا تنصرف هذه الوصية إلا للطبقة الأولى من أولاد الأبناء ذكورًا أو إناثًا وتقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين.

**الفرع التاسع:الوصية الواجبة في قانون الأحوال الشخصية الجزائري.**

وفيه أربع مواد، من المادة 169 إلى 172.

التنزيل في القانون الجزائري حسب أخر تعديل[1].

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

**المادة 170:** أسهم الأحفاد تكون مقدار حصة أصلهم لو بقي حيًا على أن يتجاوز ذلك ثلث التركة.

**المادة 171:** لا يستحق هؤلاء الأحفاد التنزيل إن كانوا وارثين للأصل جدًا كان أو جدة أو كان قد أوصى لهم ،أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحقه بهذه الوصية ،فإن أوصى لهم أو لأحدهم بأقل من ذلك وحسب التنزيل بمقدار ما يتم به نصيبهم أو نصيب أحدهم من التركة .

**المادة 172:** أن لا يكون الأحفاد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم ما لا يقل عن مناب مورثهم من أبيه أو أمه. ويكون هذا التنزيل للذكر مثل حظ الأنثيين.

[1] – قانون رقم: 11/84، مؤرخ في 9 يونيو، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل و المتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27.

**المطلب الثالث: المقارنة بين القوانين العربية في الاتفاق والاختلاف.**

**أولا: نقاط الاتفاق بين القوانين العربية[1].**

أ – يستحق الوصية الواجبة إذ كان غير وارث ولم:

ب – يأخذ وصية بلا عوض بمقدار نصيبه.

جـ – إذا أخذ وصية واجبة بأقل من نصيبه وتكون تكملة لنصيبه.

ذ– إذا كانت الوصية لفرع دون فرع، يأخذ الفرع الذي لم يوصى له نصيبه المقدر من الوصية الواجبة.

د– يحجب الأصل فرعه لا فرع غيره.

هـ – تقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين.

و– إذا أوصى المتوفى بأكثر من ما يستحقه اعتبرت وصية واجبة، مقدمة على غيرها من الوصايا .

ي– مقدارها حصة أبيهم من التركة فإن كانت أكثر من الثلث وزاد القانون الجزائري على أن يكون نصيب الفرع أكثر من نصيب الأصل وإلا ألغيت وجعل التساوي بين الأصل والفرع، وأنفرد القانون اليمني بجعل نصيب بنات الابن هو السدس( 1/6). إذا انفردت أو تعددت.

وإبن الابن إذا انفرد أو تعدد فلا يتجاوز نصيبهم الخمس (1/5) .وهذا إذا كان الميت أصل واحد في حياة مورثه أما إذا كان أكثر من واحد يأخذون جميعهم في حدود الثلث

-أن يكون الأصل وارث من مورثه وغير محروم .

[1]– اقتباس عن محمد بن عبد الرحمن رأفت، بحث الوصية الواجبة مقارنة بالقوانين العربية، ص 25.

**ثانيا نقاط الاختلاف.**[1]

**الفروع التي تستحق الوصية الواجبة.**

أ – فروع الابن وفروع البنت وإن نزلوا كليهما أخذ بذلك المشرع الإماراتي.

**ب**–فروع الابن وإن نزلوا وفروع البنت الطبقة الأولى وأخذ بذلك المشرع المغربي والمصري .

**ت**–فروع الابن والبنت الطبقة الأولى أخذ بذلك المشرع التونسي .

**ث**–فروع الابن وإن نزلوا فقط أخذت بذلك اليمن والأردن و سوريا.

**ج**– الأحفاد ولم يحددوا بالتفصيل المشرع الجزائري والسوداني.

[1]– اقتباس عن محمد بن عبد الرحمن رأفت، بحث الوصية الواجبة مقارنة بالقوانين العربية، المرجع السابق ، ص 26

**المبحث الثالث: التنزيل في التشريع الجزائري.**

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

**المطلب الأول: التنزيل قبل صدور قانون الأسرة الجزائري وبعده[1].**

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

**الفرع الأول: التنزيل قبل صدور قانون الأسرة.**

لم يكن التنزيل مطبقا قبل صدور قانون الأسرة بل كان المعمول به أنذاك هو أصل مذهب الإمام مالك الذي لا يقول بالتنزيل، فكان الشخص إذا نزل أحفاده ذكورا كانوا أم إناثا طائعا مختارا طبق التنزيل بموجب تلك الوصية أما إذا لم يفعل فالأحفاد محجوبون[2] .

وقد أكدت المحكمة العليا هذا الوضع في قرار لها جاء فيه: من المقرر شرعا أن التنزيل قبل صدور قانون الأسرة كان إختياريا.

ومتى تبين – في قضية الحال– أن الجد قام بتنزيل أحفاده بواسطة الشهود وعن طريق التوثيق قبل صدور قانون الأسرة، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بأحقية الأحفاد فيتركه جدهم حسب المناب الذي كان يستحقه والدهم طبقوا صحيح القانون.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن[3].

[1]– لعروم مصطفى، مذكرة بعنوان: الوصية بين الشريعة والقانون، ط:1998 ، ص26

[2] – الأستاذ محمد العمراني، الميراث في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المؤسسة الوطنية للاتصال والنشر والإشهار، طبعة 2000 ، ص 229.

[3] – لعروم مصطفى، مذكرة بعنوان: الوصية بين الشريعة والقانون، المرجع السابق ، ص26.

**الفرع الثاني: التنزيل بعد صدور قانون الأسرة:**

نص قانون الأسرة الجزائري على أحكام التنزيل في الفصل السابع من الكتاب الثالث الخاص بالميراث وذلك في المواد من 169إلى 172.

والتنزيل التفاته طيبة من المشرع الجزائري حيث جعل في هذه المواد وبقوة القانون إذا توافرت الشروط في الحفدة الذين مات أبوهم مع أو قبل جدهم، جعل لهم الحق في النصيب الذي كان سيأخذه مورثهم من جدهم لو بقي حيا في التركة بشروط نراه فيما بعد[1].

قد أكدت المحكمة العليا على وجوبية التنزيل في قرار لها جاء فيه:" من المقرر شرعا إن التنزيل قبل صدور قانون الأسرة كان اختياريا وبعد صدور قانون الأسرة أصبح واجبا بقوة القانون، ومتى تبين في قضية الحال، أن مورث الطاعنين قد توفي قبل والده وأن الطاعنين لم يقع تنزيلهم من طر ف جدهم، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بعدم أحقيتهم في إرث جدهم طبقوا صحيح القانون

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن[2].

وفي هذا الصدد نسجل ما ذكره الشيخ" حماني" رحمه الله في كتابه" فتاوى الشيخ حماني" إذ تمنى لو أن قانون الأسرة جعل للأخذ بالتنزيل أثرا رجعيا ليعود إلى 1954، لأن كثيرا من شهداء الواجب تركوا أبناء عاشوا في حرمان وأعمامهم يقتسمون الهكتارات والأموال،ولا ذنب لهؤلاء الأحفاد سوى أن آباءهم ضحوا في سبيل أن تنعم الجزائر بالحرية والاستقلال[3].

والوضع نفسه في مصر إذ قبل صدور قانون الوصية رقم 71 لسنة 1946 لم تكن هناك وصية واجبة فكان الأمر مطروق لإرادة الشخص فلم يكن للقانون سلطان عليه في ذلك، ولكن صدور القانون تغير الوضع فأصبحت هذه الوصية واجبة بقوة القانون.

[1] – لعروم مصطفى، مذكرة بعنوان: الوصية بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص26.

[2] – الإجتهاد القضائي، لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001، ملف رقم: 99186 قرار صادر بتاريخ:1995/05/02، ص321.

[3] – لعروم مصطفى، مذكرة بعنوان: الوصية بين الشريعة والقانون، المرجع السابق.ص26.

وأصل وجوب التنزيل كما يرى جمع عظيم من فقهاء التابعين ومن بعدهم أئمة الفقه والحديث هو آية الوصية، التي رأيناها والمذهب القائل بالتنزيل هو المذهب الحنفي[1].

**المطلب الثاني: شروط ومن يجب لهم الوصية:**

نتناول في الفرع الأول شروط التنزيل في الوصية والفرع الثاني من تجب لهم الوصية.

**الفرع الأول: شروط تنزيل الوصية**

نص قانون الأسرة الجزائري على شروط التنزيل في مواده من 169 إلى 172 وهي:

**أولا:** أن يكون المتوفى قد مات في حياة أبية حقيقية أو حكما أو مات معه في حادث واحد كحادث المرور أو حريق أو حرب أو تهدم بناء أو غير ذلك من الحوادث الطبيعية أو الطارئة[2].

يستكشف من قراءة المادة 169 أن المشرع الجزائري يقصد بالموت الموت الحقيقي دون الحكمي في حين أن الحكم فيهما واحد[3].

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

**ثانيا:** ألا يكون هؤلاء الأحفاد وارثين للجد كان أو جدة، فإن كانوا وارثين لأحدهما كما في حالة ما إذا توفي الجد عن البنت وأحفاد أو في حالة ما إذا توفيت الجدة عن بنتين وأحفاد، ففي هاتين الحالتين يكون الأحفاد عصبة لا يستحقون التنزيل (المادة 171 من قانون الأسرة).

[1] – محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط:1978. ص230.

[2]- بوحلاسة عمر، مقال: كيفية تطبيق أحكام التنزيل في قانون الأسرة الجزائري (مجلة الموثق العدد السادس) 1999، ص43.

[3] – الموت الحكمي: في حالة المفقود والغائب، وقد نص على أحكامهما قانون الأسرة الجزائري في مواده من 109إلى115.

**الفرع الثاني: من يجب لهم التنزيل:**

نصت المادة 169 من قانون الأسرة بأنه" من توفي وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة" واضح من هذه المادة أن التنزيل مقصور على أولاد ابن المتوفى الذكر دون أولاد بنت المتوفى أي الأحفاد من الأبناء الذكور دون الأحفاد من البنات، ويمكن تحديد من يجب تنزيله من منزلة مورثة في تركة جده أو جدته كالآتي .

فرع الولد الذكر الذي مات موتا حقيقيا في حياة أبيه أو أمه فرع الولد الذي مات في حياة المورث موتا حكميا كالمفقود الذي حكم القاضي بموته في حياة أبيه أو أمه.

ولو لم يكن مات حقيقة، فإن أولاد المفقود يجب تنزيلهم باعتبار أنهم أولاد شخص مات بحكم القضاء في حياة أصله ولا إرث له من ذلك الأصل.

إذا مات الشخص مع أصله في وقت واحد كحوادث المرور وغيرها من الحوادث الطبيعية كالغرق والزلازل وما إلى ذلك من أسباب الوفاة ولم يعلم السابق منهما بأي دليل وإنما وجب التنزيل في هذه الحالة لإنتفاء الإرث فيها بين المتوفين والتنزيل يجب حيث يرث الشخص أصله.

**المطلب الثالث: مقدار تنزيل وطريقة استخراجه.**

نتناول في الفرعين التاليين مقدار التنزيل وطريقة استخراجه.

**الفرع الأول: مقدار التنزيل**

حدد قانون الأسرة في المادة 170 قدرا معلوما لهذه الوصية حتى لا تكون مثار نزاع بين هؤلاء الورثة وبين الورثة الآخرين، فقدرها بما كان يستحقه أصلهم ميراثا[1] لو أنه تأخر موته بشرط أن يكون في حدود ثلث التركة وفي تقديره هذا إشارة إلى أنها ليست ميراثا خالصا لان الشارع حرمهم منه، وإنما هي وصية وجدت عوضا عن الميراث الذي فاتهم.

[1]– قانون رقم: 11/84، مؤرخ في 9 يونيو، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل و المتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27.

إذ جاء نص المادة 170 من قانون الأسرة كما ياي: أسهم الأحفاد تكون بمقدار حصة أصلهم لو بقي حيا على ألا يتجاوز ذلك ثلث التركة."

غير أن القانون الجزائري لم يفصل في هذه المسألة على خلاف القانون المصري في مادته 76 و77 غذ نص القانون المصري على أن صاحب التركة إذا أوصى قبل موته نصيب فرعه المتوفي قبله لأولاده وكان مساويا لثلث التركة نفذت من غير توقف على إجازة الورثة[1] وان كان اقل منه كما هو لان القانون جعله الواجب الأصلي، وان كان أكثر من الثلث كان وصية واجبة في مقدار الثلث تنفذ من غير إجازة الورثة وفيما زاد تكون وصية اختيارية تأخذ أحكامها، فان أجازها الورثة نفذت وان دورها بطلت وان أجازها بعضهم وردا الزاخرين نفذت في حق من أجازها فقط.

وإذا لم يوص لهم بشيء وجب لهم نصيب أصلهم ما دام في حدود الثلث بان كان مساويا له أو أقل منه، فان كان أكثر منه وجب لهم مقدار الثلث فقط ولا حق لهم فيما زاد مطلقا لأن الفرض أن صاحب التركة لم ينشئ وصية، وما قيل من أن القدر الزائد على ثلث في هذه الحالة يكون موقوفا على إجازة الورثة لا وجه له.

وينطبق هذا الحكم أيضا فيما إذا أوصى لبعض المستحقين وترك البعض الأخر، فانه يعطي لمن تركه نصيبه في الوصية كاملا من باقي الثلث أن يتسع لذلك وان لم يكن باقي الثلث كافيا كمل له نصيبه مما أوصى به لغيره.

ولو أوصى لكل مستحق بأقل من نصيبه كمّلت الأنصبة من باقي الثلث[2].

وقد سبق لنا التأكيد على أن الوصية الواجبة مقدمة في التنفيذ على غيرها من الوصايا الاختيارية.

[1]– قانون الوصية الواجبة المصري، رقم 71 لسنة 1946.

[2]– محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، المرجع السابق، ص232.

**الفرع الثاني: طريقة استخراج مقدار التنزيل.**

لم يتعرض قانون الأسرة للكيفية التي يستخرج بها التنزيل وإنما اكتفى بذكر الضوابط لهذا الموضوع ولكي يتم استخراج نصيب المنزل ينبغي افتراض أصله الذي توفي كأنه على قيد الحياة حيث نص القانون المادة 70 من قانون الأسرة الجزائري على صحة الوصية بالثلث للوارث وما زاد عن الثلث جاء في الكتاب الرابع من كتاب التبرعات الفصل الأول المادة 185 تكون الوصية في حدود الثلث وما زاد عن الثلث تتوقف عن إجازة الورثة حيث صححها القانون 11/84 ق.أ.ج.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن التنزيل يطبق من الناحية القانونية دون النظر إلى تاريخ وفاة والد المنزل لأن العبرة بتاريخ وفاة الجد بعد صدور قانون الأسرة بتاريخ 09 جوان 1984.

**المطلب الرابع: أوجه التشابه وأوجه الاختلاف بين التنزيل الاختياري والتنزيل بقوة القانون.**

إلى جانب التنزيل بقوة القانون يوجد التنزيل الاختياري والذي لم ينص عليه هذا القانون، لكن ذلك لا يمنع به العمل وهناك أوجه تشابه وأجه اختلاف بين التنزيلين كما نوضح فيما يلي:

**الفرع الأول: أوجه التشابه.[1]**

وتتمثل فيما يلي:

1- أنهما يتعلقان بتنزيل غير وارث في منزلة أحد الورثة.

2- يتم تقسيم التركة على أساس اعتبار الابن ميتا.

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

3- عند تزاحم أحدهما مع الوصية الاختيارية، فإنه لا تقديم على الوصية بل يشترك المنزلون اختياريا و المنزلون بقوة القانون مع الموصى له في ثلث التركة ويقسمونها تبعا لحصة كل منهم.

**الفرع الثاني: أوجه الاختلاف.[1]**

**وتتمثل فيما يلي:**

1- يصدر التنزيل الاختياري عن إرادة المنزل ويحتاج إلى إيجاب هذا الأخير، في حين أن التنزيل بقوة القانون يفرض على المنزل وعلى المستفيد من التنزيل، ويقع تلقائيا وبقوة القانون ودون حاجة للتعبير عنه، كما لا يستحق للمورث (الجد) أن يعترض عليه.

2- كون التنزيل بقوة القانون جاء ضيقا من جهة المستفيدين منه وهم الأحفاد، في حين يجوز التنزيل الاختياري لغير الأحفاد ولغير الورثة، حتى ولو كانوا أجانب عن الأسرة، مثل الأصدقاء.....إلخ.

3- كون التنزيل بقوة القانون جاء ضيقا أيضا من جهة حالات التنزيل، لكونه اقتصر على حالة واحدة، وهي التي تكون فيها العبارة صريحة في تسوية الملحق بالملحق به( مثل أن يقول: فلان وارث مع ولدي، أو فلان له نصيب ولدي، أو نزلوه منزلة ولدي)، ولم يذكر الحالة التي تكون فيها عبارة المنزل غير صريحة في التسوية.

**ويجب الانتباه:** إلى أن فريضة الوصية المأخوذة بها في بعض قوانين الدول الأخرى كالقانون المصري والسوري التونسي تختلف عن فريضة التنزيل بقوة القانون المأخوذ بها في قانون الأسرة الجزائري.[2]

[1]- لحسن بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة ( دراسة تفسيرية )، المرجع السابق ،ص 137.

[2]- نفس المرجع، ص137.

# خـــــاتمـــة

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

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

كما أنها تختلف عن غيرها من التصرفات القانونية الأخرى وهذا راجع إلى ذاتيتها الخاصة كالوصية الواجبة التي أقرها القانون.

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

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

**من أهم النتائج التالية:**

1-أن الوصية سبب من أسباب كسب الملكية.

2-أنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت أي بمعنى لا يتم نفاذها إلا بعد موت الموصي وهي مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع .

3- نظام الوصية مرتبط ارتباط كبير بالميراث ،الميراث إجباري والوصية اختيارية .

4- للوصية أربعة أركان ولكل ركن شروط.

5- إذا كانت الوصية اختيارية فهذا لا يمنع أن تكون واجبة فتكون واجبة بقوة القانون.

6- متى هلك الموصى به بطلت الوصية.

وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري قد كان موفقا في موضوع الوصية حينما أحال النقائص إلى المادة 222من 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 .

**التـــــوصيات:**

- من الأحسن تعديل التعريف الوارد في المادة 184من ق. أ. ج على أن يتم تعريف الوصية بأنها: تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع ليصبح هذا التعريف شامل لكل صور الوصية.ما كان منها تمليكا كالوصية لشخص معين وما ليس منها بتمليك كالوصية للمساجد والمؤسسات الخيرية،وما كان منها إسقاطا كالوصية بإبراء كفيل من الكفالة وإبراء المدين من الدين.

- يجب الحصول على جواب فاصل أيضا فيما يخص التنزيل والتناقض الوارد فيه بين النص العربي والفرنسي،لا سيما أن المحكمة العليا قد سايرت النص الفرنسي في إحدى قراراتها بأن التنزيل يخص أبناء الإبن دون أبناء البنت .

- نرجو تعديل المادة 188من ق.أ.ج .التي تتضمن منع القاتل من استحقاق الوصية على غرار موانع الاستحقاق الإرث وأن يحدد المشرع بعض الحالات على عذر شرعي أو قانوني كحالة الدفاع الشرعي دون تجاوز الحد اللازم، وكذلك القاتل الغير مميز .

- نقترح إضافة مادة في قانون الأسرة بشأن تنفيذ الوصية بعد حصر التركة منقولا وعقارا.

نقترح أيضا إضافة نص في قانون الأسرة ينص صراحة على شهر الوصية، وتسجيلها وهذا لحماية حقوق الموصى له.

كذلك فيما يخص التنزيل والتناقض الوارد فيما بين النص العربي والنص الفرنسي لاسيما، أن المحكمة العليا سايرت النص الفرنسي في إحدى قراراتها في التنزيل فيما يخص أبناء الابن دون أبناء البنت .

# قائمة المصادر والمراجع

**الأوامـــر والقوانيـــن:**

1.الأمر رقم 75–52 المؤرخ في: 20 رمضان عام 1395هـ الموافق: 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

2.الأمر رقم 77–12– المؤرخ في 02 –03–1977 المتعلق بتنظيم وظيفة القنصل المؤهل لتحرير الوصايا والعقود.

3.قانون التسجيل الصادر بالأمر رقم 105/76 المؤرخ في 76/12/09 .

4.قانون التسجيل الصادر بالأمر 105/76 المؤرخ في 76/12/09، بخصوص تسجيل الوصية ( ميدان التوثيق).

5.قانون رقم 84 – 11 المؤرخ في 09 جويلية 1984م المعدل والمتمم بالأمر 2005 المتضمن فانون الأسرة .

6.قانون الوصية الواجبة المصري رقم 71 لسنة 1946.

7.قانون الوصية الواجبة السوري المعدل بمرسوم 59 بتاريخ 1953/09/19.

8.قانون الوصية الواجبة المغربي لسنة 1958.

9.قانون الوصية الواجبة التونسي بموجـــب قانون، عدد 77 سنـــة 1959، المـــؤرخ في 19 /06/ 1959.

10. قانون الوصية الواجبة الأردني لسنة 1974.

11. قانون الوصية الواجبة السوداني ( التنزيل) لسنة 1991.

12. قانون الوصية الواجبة اليمني سنة (1996).

13. قانون الوصية الواجبة الإمارات العربية المتحدة سنة 2005.

**ثانيا- الكتـــب:**

1.ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 1-2، طبعة، 2001.

2.ابن ماجة بن يزيد القرواني ( 9. 2. 272 هـــ)، كتاب الوصايا، ( د ط ).

3.أبو الفصل جمال الدين، محمد بن مكرم بن منظور المصري، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط2000.

4.ابو بكر جابر الجزائري، أيسر التفاسير، مكتبة العلوم والحكم المدينة المنورة، ط1،2012.

5.أحمد بن حنبل، كتاب صلة الرحم، باب الأقرب فالأقرب، ( د ط).

6.احمد عمر أبو بكر، الوصية وأحكامها، المطبعة العربية غرداية، ط 1986.

7.أحمد فراج حسن، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية دراسة قانونية، الإسكندرية (مصر.ط 2000، مصطفى الشلبي).

8.أحمد محي الدين العجوز، ميراث العادل في الإسلام، مؤسسة العرف في الإسلام، بيروت، لبنان، سنة 1986.

9.أحمد نصر الجندي، شرح القانون والأسرة الرازي، دار الكتب القانونية مصر، ط 2009.

10. باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسات القضائية، دار الهدى للطباعة والنشر

11. حمدي باشا عمر، عقود التبرعات (الهبة، الوصية،الوقف)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط، 2004.

12. الدرا قطني علي بن عمر، كتاب الوصايا، مؤسسة الرسالة ،ط 1، لبنان، سنة 2004

13. دعيش المطيري، أحكام الميراث ، ( د ط).

14. دلاند يوسف، قانون الأسرة، مدعم بأحدث المبادئ، وإجتهادات المحكمة العليا، الأحوال الشخصية، والمواريث، دار هومة الجزائر، على ط، 2003.

15. –زهدور محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب الرازي، ط 1991.

16. السيد سابق فقه السنة المجلد الثالث، دار الكتاب العربي، بيروت 1985.

17. الطبري، أبو جعفر بن حرير الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، توثيق وتخريج، صدقي جمال، العطار، دار الفكر، لبنان، ط 1، 2001.

18. العارف ابو العيد الوجيز ( د ط).

19. عبد الرحمان الغرياني، الفقه المالكي، مؤسسة الريان الجزء الرابع، لبنان ط 2006.

20. عبد الرحمان بن عوض الجزيري، كتاب الفقه المجلد الثالث، المذاهب الأربعة، دار الفكر، لبنان 2000.

21. عبد الرحمن بن علا السعدي بن علي، تفسير كلام المنان، دار التراث، لبنان،( د ط)

22. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: ؟أسباب كسب ملكيته، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، ط. 1968.

23. عدنان نجا، المواريث في الشريعة الإسلامية، دار لبنان للطباعة والنشر بيروت،(د، ت).

24. العربي بالحاج، الوجيز في الشرح قانون الآسرة الجزائريين، ديون المطبوعات الجامعية الجزائر، ط 1994.

25. علي بن أحمد بن حزم الأندلسي الظاهري( 456 هـــ)، دار التراث، لبنان، ج 9 بدون طبعة.

26. عمر سليمان الأشقر، الأحوال الشخصية الأردني، دور النشر الأردني، طبعة 1997

27. عمر عبد الله، أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية ، دار النشر الجامعات المصرية، ط2، 2007

28. كمال حمدي المواريث والهبة والوصية، الإسكندرية، مصر، ط 1998.

29. لحسن بن شيخ ، أث ملويا ، قانون الأسرة ، ( دراسة تفسيرية )،دار الهدى للطباعة والنشر، عين مليلة الجزائر، ج1، 2014.

30. لعروم مصطفى، مذكرة بعنوان: الوصية بين الشريعة والقانون، طبعة 1998.

31. ليلى رزقي وحمدي باشا، (المنازعات العقارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الرازي، ط ، 2002.

32. الماوردي الحلوي، في الفقه الشافعي ، أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان، 1983.

33. محمد أبو زهرة، شرح القانون الوصية الواجبة، دار الفكر العربي 1988.

34. محمد العمراني، الميراث في الفقه الإسلامي، قانون الأسرة الجزائري، المؤسسة الوطنية للاتصال والنشر والإشهار الجزائر، ط، 2000.

35. محمد أمين بن العابدين، حشية المختار على دار المختار، دار الفكر، لبنان، مجلد 2ط، 1992.

36. محمد طه علي خليفة، أحكام الدراسة التطبيقية، دار النشر والتوزيع الترجمة ، مصر، ط 2، سنة 2005.

37. محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصية والأوقاف، الدار الجامعية للطباعة والنشر، دار الفكر بيروت، لبنان، ط. 1982.

38. مصطفى السباعي، شرح قانون الوصية الواجبة في القانون السوري، دار الورق، بيروت ، لبنان، 2001.

39. المغني محمد بن عبد الله بن أحمد المقدسي (620هـ)، نشر مكتبة الجمهورية العربية القاهرة مصر، ط1،ج3، 1958،.

40. هشام قيلان، الوصية الواجبة في القانون المغربي، دار النشر عويدات للنشر والطباعة المغرب، ط1، مجلد1، 1985.

41. وهبة الرحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته الجزء العاشر، دار الفكر دمشق، سوريا 1987.

**ثالثا: المجـــلات**

1. المجلة القضائية لسنة 1990 ، العدد الرابع .
2. المجلة القضائية لسنة 1993، العدد الثاني.
3. مجلة الموثق، العدد الأول، 2001.
4. مجلة الموثق، العدد الثالث، جوان 1998.
5. مجلة الموثق، العدد السادس، 1999.
6. الإجتهاد القضائي، عدد خاص، لسنة 2001.

**رابعا: المقـــــال**

1. بوحلاص عمر، مقال، كيفية تطبيق أحكام التنزيل في قانون الأسرة الجزائري( مجلة الموثق)، عدد 6 ، سنة 1999.

**المواقع الإلكترونية:**

1. الوصية الواجبة( مقارنة) بالقوانين العربية، محمد بن عبد الرحمن رأفت.www.sham

# الفهرس

الإهــداء

شكر وعرفان

مقدمة عامة:..... أ–

**الفصل الأول:الطبيعة القانونية والفقهية للوصية:**..... 5–56

**تمهيد** ..... 6

**المبحث الأول :مفهوم الوصية وأركانها وشروطها :**..... 7

المطلب الأول : مفهوم الوصية..... 7

الفرع الأول : تعريف الوصية ..... 7

الفرع الثاني : مشروعية الوصية..... 10

الفرع الثالث: حكم الوصية..... 11

المطلب الثاني : أركان الوصية وشروطها..... 13

الفرع الأول : الصيغة وشروطها ..... 14

الفرع الثاني: الموصي والموصى له وشروطهما..... 16

**المبحث الثاني : إثبات الوصية وتنفيذها وشهرها**..... 34

المطلب الأول : إثبات الوصية..... 34

الفرع الأول : إثباتها بموجب عقد توثيقي..... 34

الفرع الثاني : إثبات بموجب حكم قضائي..... 36

المطلب الثاني : كيفية تنفيذها..... 38

المطلب الثالث: شهر الوصية..... 41

**المبحث الثالث: مبطلات الوصية وأثارها**..... 46

المطلب الأول : مبطلات الوصية..... 46

الفرع الأول: مبطلات الوصية من جهة الموصي..... 46

الفرع الثاني: مبطلاتها من جهة الموصى له..... 48

الفرع الثالث: مبطلاتها من الموصى به..... 49
المطلب الثاني : آثار بطلان الوصية ..... 51

الفرع الأول: مفهوم قبول الوصية وردها..... 51
الفرع الثاني: وقت ثبوت ملكية الموصى به للموصى له..... 53
الفرع الثالث: حكم الرجوع عن الوصية وردها بعد القبول..... 55
**الفصل الثاني:مشروعية الوصية الواجبة** ..... 57–80
تمهيد ..... 58
المطلب الأول: الوصية الواجبة..... 59
الفرع الأول: الوصية الواجبة..... 59
المطلب الثاني: مشروعية الوصية الواجبة عند المجزين والمانعين..... 60
لفرع الأول: أدلة من يرى مشروعية الوصية الواجبة..... 60
الفرع الثاني : عدم مشروعية الوصية الواجبة عند المانعين..... 61
المطلب الثالث: الرأي المعارض على كل من أدلة المجزين والمانعين للوصية الواجبة..... 62
**المبحث الثاني: الوصية الواجبة في القوانين العربية**..... 65
المطلب الأول: متى ظهر العمل بقانون الوصية الواجبة..... 65
المطلب الثاني: البلدان العربية التي أقرت بالوصية الواجبة..... 65
الفرع الأول: الوصية الواجبة في القانون المصري..... 66
الفرع الثاني: الوصية الواجبة في القانون السوري..... 67
الفرع الثالث: الوصية الواجبة في القانون المملكة المغربية..... 67
الفرع الرابع : الوصية الواجبة في القانون الأحوال الشخصية الأردني..... 68
الفرع الخامس: الوصية الواجبة في القانون الشخصية السوداني..... 69
الفرع السادس: الوصية الواجبة في القانون الشخصية اليمني..... 69
الفرع السابع: الوصية الواجبة في قانون الأحوال الشخصية في دولة الإمارات العربية ..... 70
الفرع الثامن : الوصية الواجبة في جمهورية تونس..... 70

الفرع التاسع: الوصية الواجبة في قانون الأحوال الشخصية الجزائري..... 71
المطلب الثالث:المقارنة بين القوانين العربية في الإتفاق والإختلاف..... 72
**المبحث الثالث: التنزيل في التشريع الجزائري**..... 74
المطلب الأول :التنزيل قبل صدور قانون الأسرة الجزائري وبعده..... 74
الفرع الأول : التنزيل قبل صدور قانون الأسرة..... 74
الفرع الثاني: التنزيل بعد صدور قانون الأسرة..... 75
المطلب الثاني: شروط ومن يجب لهم التنزيل..... 76
الفرع الأول : شوط تنزيل الوصية..... 76
المطلب الثالث: مقدار تنزيل وطريقة استخراجه..... 77
الفرع الأول: مقدار التنزيل..... 77
الفرع الثاني: طريقة استخراج مقدار التنزيل..... 79
المطلب الرابع : أوجه التشابه وأوجه الإختلاف بين التنزيل الإختياري والتنزيل بقوة القانون..... 79
الفرع الأول: أوجه التشابه..... 79
الفرع الثاني: أوجه الإختلاف..... 80
خاتمة..... 81
قائمة المصادر والمراجع..... 85

# الملخص

يتناول هذا البحث قضية من قضايا الفقه الإسلامي في كتاب الأحوال الشخصية ويعالج موضوع الوصية الاختيارية حقيقتها ومشروعيتها وأركانها وشروط كل من الصيغة والموصي والموصى له والموصى به، وكذلك إثباتها وتنفيذها وأثارها هذا عموما وكذلك يتناول هذا البحث مشروعية الوصية الواجبة تعريفها ومشروعيتها، كما ينتقل البحث إلى التشريعات العربية التي أقرتها والمقارنة بينها وأوجه نقاط الاتفاق والاختلاف عند المشرع العربي وكذلك رأي الفقهاء المجزين والمانعين والرأي المعارض لهذه الأدلة خصوصا كما أن في العرض الأخير تناولنا التنزيل ( الوصية الواجبة) في التشريع الجزائري، قبل صدور قانون الأسرة الجزائري وبعده وشروط من يجب لهم التنزيل ومقدار التنزيل وطريقة استخراجه.