

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
République Algérienne Démocratique et Populaire

Ministère de l'Enseignement Supérieur
et de la Recherche Scientifique
Université Akli Mohand Oulhadj - Bouira -
Tasdawit Akli Muḥend Ulḥağ - Tubirett -



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة أكلي محمد أولحاج
- البويرة -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

أحكام الوصية في تقنين الأسرة الجزائري

- دراسة مقارنة مع قانون الوصية المصري -

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر 02 في الحقوق

تخصص : عقود ومسؤولية

إشراف الأستاذ

غجاتي فؤاد

إعداد الطالبة:

دريبين مريم

لجنة المناقشة

الأستاذ : سعودي رابح..... رئيسا

الاستاذ : غجاتي فؤاد..... مُشرفاً ومقرراً

الدكتور: صابر راشدي..... مناقشا

السنة الجامعية 2013/2012

إهداء

إلى من لا يمكن للكلمات أن توفي حقها
إلى من لا يمكن للأرقام أن تحصى فضائلها
إلى والدي العزيزين أدامهما الله في طاعته.
إلى كل أفراد عائلتي صغيرها وكبيرها
إلى كل طلبة الماستر الدفعة الأولى
إلى كل من سقط من قلبي سهموا
أهدي هذا البحث

شكر و تقدير

الحمد لله الذي أنار لي درب العلم والمعرفة وأعانني على أداء وإنجاز
هذا البحث البسيط

والمتواضع

أتوجه بجزيل الشكر والإمتنان إلى كل من ساعدني من قريب أو من
بعيد على إنجاز هذا البحث و أخص بالذكر الأستاذ المشرف الذي لم
يبدل علي بتوجيهاته ونصائحه التي كانت عوناً لي في إتمام البحث.
و لا يفوتني أن أشكر كل الزميلات و الزملاء الذين أمانوني و لو بنصيحة.

مقدمة

تتجلى رحمة الله تعالى بعباده في تشريع الوصية التي تنفعهم بعد موتهم وتوصلهم إلى أرفع الدرجات والحسنات، إلى جانب أهميتها وحاجة الناس إليها في سد ثغرة الفقر والعوز.

فمن حكمة الله تعالى أن الوصية لا تكون لوارث حتى لا يأخذ من مال المتوفى مرتين ومن حكمته أيضاً ألا تزيد الوصية عن الثلث إلا إذا أجازها الورثة وهذا حفاظاً على حقهم.

وتعتبر الوصية نظاماً قديماً عرفه الإنسان منذ أن عرف المال، وأحس بأن حياته الفانية تقتضي التفكير في مال ثروته وفي مستقبل أولاده، ولعل الوصية في نشأتها الأولى كانت تلبية لهذه الرغبة واستجابة لتلك الحاجة، وهذه الخشية أشار إليها سبحانه وتعالى في قوله:

﴿وَلْيَخْشَ الَّذِينَ لَوْ تَرَكَوْا مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَافًا خَافُوا عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُوا اللَّهَ وَلْيَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا﴾ (1)

وتبعاً لذلك فقد عمل الفرد بالوصية منذ العصور القديمة، حيث أنها عُرِفَت لدى الأمم قبل مجيء الإسلام، كالرومان، واليونان، والفرس وقدماء المصريين وعرب الجاهلية، غير أنها كانت تقوم على أسس ظالمة بعيدة عن معاني الرحمة والعدل كما أنها اختلفت عند هذه الأمم باختلاف فهمهم للمال والوصية والميراث والورثة.

أمّا حال الوصية عند العرب فقد كانت شائعة عندهم وفق قواعد معينة وأهداف مختلفة، إذ كانوا ينتهجون في وصاياهم منهجاً أقرب ما يكون إلى العنت والجور وأبعد ما يكون عن العدالة والرحمة والحق، فكان للشخص أن يحرم أقاربه من التركة رغم عوزهم وحاجتهم وشدة فقرهم ويوصي بأمواله كلها أو بعضها إلى أشخاص لا تربطه بهم رابطة دم، ولا تصله بهم صلة قرابة، وذلك بقصد نيل المدح والثناء والإعجاب، باعتبار ذلك من المثل العربية عندهم آنذاك.

(1)_ سورة النساء، الآية 9 .

وهكذا فالطابع الذي غلب على الوصية خلال تلك المراحل كان الظلم والاستبداد، ثم جاء الإسلام بمنهجه الرباني فأصلحت الشريعة الإسلامية تلك القوانين والأعراف الفاسدة وعالجت موضوع الوصية من خلال تنظيم شروطها وبيان أحكامها وهذا تماشياً مع العدل والإنصاف، كما أن الفقه الإسلامي تولى هذا الموضوع بالشرح والاجتهاد(1).

لذلك لم تعد الوصية مجرد إهدار للمال وأضحت نظاماً يتسم بالعدالة والرحمة وعبادة يتقرب بها الفرد من خالقه لتدارك ما فاتته وإعطاء كل ذي حق حقه، إلى جانب الحفاظ على النظام الأسري، كما أنه لم يعد هناك إفراط في الوصية ولا تفريط فيها، فللورثة حقهم في التركة كما يكون للموصى له حقه بالثلث المقرر له شرعاً.

ونجد أن المشرع الجزائري لم يغفل هو الآخر عن هذا الموضوع فتكفلت قوانينه الخاصة بتنظيم أحكام الوصية، حيث أن تقنين الأسرة نظم هذا الموضوع ضمن الفصل الأول من الكتاب الرابع الخاص " بالتبرعات " وهذا من المادة 184 إلى المادة 201.

إلى جانب ذلك فقد نص التقنين المدني على موضوع الوصية في القسم الثاني تحت عنوان " الوصية " ضمن الفصل الثاني المتعلق " بطرق اكتساب الملكية " وفي الكتاب الثالث الخاص " بالحقوق العينية الأصلية " حيث تناولتها المواد من 775 إلى 777، إلا أن المادة 775 من ذات التقنين قد أحالت إلى تقنين الأسرة باعتباره النص الخاص، وهذه الأخيرة قد أحالت بدورها في المادة 222 منه الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حال عدم تعرض تلك النصوص لبعض النقاط الخاصة بالوصية.

وانطلاقاً من هذه النقطة يمكن طرح الإشكالية التالية:

إذا كانت الشريعة الإسلامية قد عالجت موضوع الوصية من خلال تنظيم شروطها وبيان أحكامها، فهل سائر المشرع الجزائري ذلك عند تقنينه للوصية؟

(1)-محمد علي محمود يحيى- أحكام الوصية في الفقه الإسلامي- رسالة تخرج لنيل شهادة الماجستير في الفقه و التشريع كلية الدراسات العليا بجامعة النجاح الوطنية، فلسطين، تاريخ المناقشة 15-02-2010 ص 3 و4.

➤ أما أسباب اختيار الموضوع والاهتمام به فيرجع إلى :

- صلة الوصية بحياة الأفراد ومدى أهمية تعرف هؤلاء على الأحكام الشرعية والقانونية الخاصة بالوصية.
- جهل العديد من الناس لمختلف الأحكام المتعلقة بالوصية.
- اعتبار الوصية من المواضيع الهامة والمحيطه بنظام الأسرة والتي لها أثر كبير في تنظيمها.
- الوصية موضوع له صلة مباشرة بواقع الناس في حياتهم اليومية ويعد عاملا من عوامل التكافل والترابط الاجتماعي في نظام الأسرة.
- يعتبر موضوع الوصية من المواضيع التي لها أهميتها في التشريع الإسلامي إلى جانب صلاحية هذا الموضوع لكل زمان ومكان وهذا بالاعتماد على الأحكام الشرعية التي تنظمه.

➤ ومن بين الأهداف المرجوة من هذه الدراسة:

- بما أن المشرع الجزائري قد خص لموضوع الوصية ثمانية عشر (18) مادة فقط ضمن تقنين الأسرة، سأحاول التطرق للأحكام التي تناولها المشرع ضمن هذه المواد وشرحها، معتمدة على ما ورد في الشريعة الإسلامية من أحكام وما ذكره قانون الوصية المصري رقم 71 لسنة 1946 .
- إلى جانب ذلك شرح وضبط بعض التصرفات الملحقة بالوصية في كل من التقنين المدني والأسرة.

➤ أما بالنسبة للدراسات السابقة:

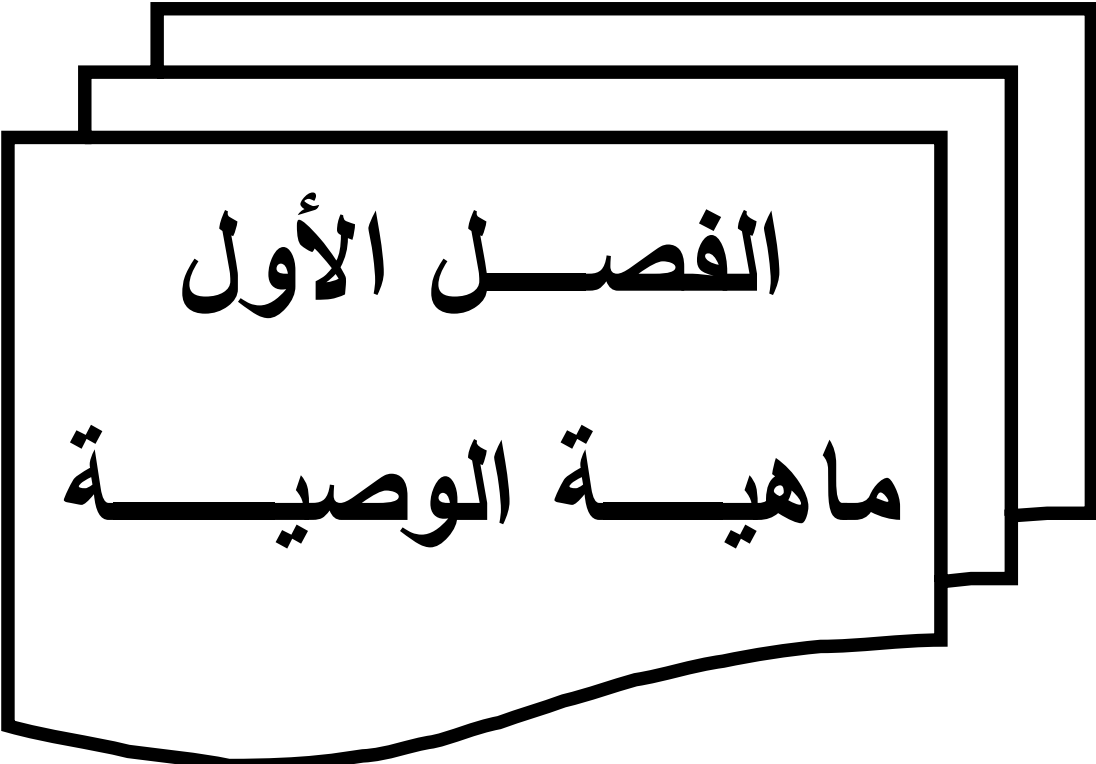
- هناك مذكرات قليلة تطرقت لموضوع الوصية سواءً في التقنين المدني أوفي تقنين الأسرة أوفي كلاهما.

➤ المنهج المعتمد في الدراسة:

- أما منهج البحث فقد اعتمدنا المنهج التحليلي الاستقرائي سبيلا لمعالجة هذا الموضوع مع وضع بعض المقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية- تقنين الأسرة والتقنين المدني- إلى جانب قانون الوصية المصري.

أما الخطة المعتمدة لدراسة موضوع البحث فقد قسمنا الموضوع إلى فصلين حيث خصص (الفصل الأول) لماهية الوصية، أين تطرقنا فيه إلى مفهوم الوصية في (المبحث الأول) والذي يندرج تحته مطلبين إذ تناول المطلب الأول تعريف الوصية أما المطلب الثاني فقد ضم مشروعية الوصية وكذا الحكمة منها، بينما عناصر وأطراف الوصية فقد تناولها (المبحث الثاني) ضمن مطلبين.

وبخصوص (الفصل الثاني) فقد خصص لأحكام الوصية، إذ تطرقنا إلى كيفية تنفيذ الوصية وفيما تتمثل مبطلات هذه الأخيرة في (المبحث الأول)، إلى جانب التصرفات الواردة في كل من تقنيني الأسرة والمدني (المبحث الثاني)، مع وضع مقارنة في كل مرة تبعاً لما وُرد في كل من الشريعة الإسلامية وقانون الوصية المصري رقم 71 لسنة 1946.



الفصل الأول

ماهية الوصية

إن الوصية كمصطلح نجده ينقسم من الناحية الفقهية والقانونية إلى أربعة أصناف تتمثل في: الوصية الاختيارية أو الشرعية، الوصية الواجبة أو التنزيل، الوصية الحكمية أو بحسب المآل، وأخيرا الوصية بالأعضاء البشرية، ولقد تم استحداث هذا الصنف من الوصية بموجب قانون الصحة الجزائري، إلا أن موضوع بحثي ينحصر في الوصية الاختيارية التي تستند إلى كتاب الله وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم.

كما أن القانون الجزائري هو الآخر نظم موضوع الوصية الاختيارية في تقنين الأسرة ضمن مواده الثمانية عشر، من المادة (184) إلى (201) منه وأحال في المادة (222) إلى الشريعة الإسلامية في حالة عدم التنصيص على بعض أحكامها.

وتبعا لذلك ارتأينا إلى تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين إذ تطرقنا إلى مفهوم الوصية (المبحث الأول) والذي خصص فيه تعريف الوصية وبيان مشروعيتها وكذا الحكمة من مشروعيتها، مع الإشارة إلى أوجه التشابه والاختلاف بينها وبين بعض التصرفات - التبرعات - المشابهة لها.

أما أطراف الوصية وعناصرها فقد تضمنها على التوالي (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مفهوم الوصية

نظم المشرع الجزائري موضوع الوصية في الفصل الأول من الكتاب الرابع تحت عنوان "التبرعات" من المواد 184 إلى 201 وبذلك فهي تعد الحق الأول الثابت بعد الموت لغير المتوفى.

المطلب الأول

تعريف الوصية

إن الحديث عن الوصية لا يتأتى إلا بعد تعريفها لغة واصطلاحاً - فقهاً وقانوناً - (الفرع الأول) وكذا تمييزها عن ما يشابهها من عقود التبرع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الوصية لغة و اصطلاحاً

سنتعرض في هذا الفرع إلى تعريف الوصية لغة (أولاً) واصطلاحاً (ثانياً).

أولاً: تعريف الوصية في اللغة

الوصية اسم لفعل وصى وأوصى، حيث يقال أوصى الرجل ووصاه أي عهد إليه وأوصيت له بالشيء وأوصيت إليه أي جعلته وصي، فالوصية لغة: ما وصيت به وسميت وصية لاتصالها بأمر الميت (1)، وعليه تطلق الوصية لغة على أمرين :

1- فعل الموصي ومن ذلك قوله تعالى في الآية (106) من سورة المائدة ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ﴾ وهي بهذا المعنى مصدراً أي 'الايصاء' ولقد سمي فعل الشخص هذا وصية لأنه وصل به ما بعد موته بما كان في حياته (2).

2- اسم مفعول بمعنى الشيء الموصى به، فنقول أوصيت إلى فلان أو لفلان، وبذلك فهي تشمل العهد والتملك ومن ذلك قوله تعالى في الآية (12) من سورة النساء ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾.

(1)- أبو الفضل جمال الدين بن مكرم بن منظور "لسان العرب" دار الحديث، مصر، 2003، ص 324.

(2)- مسعود الهالي "أحكام التركات والموارث في قانون الأسرة الجزائري"، ط1، جسر للنشر والتوزيع الجزائر، 2008، ص 44-45.

وما هو ملاحظ أنه لا فرق بين الوصية والايصاء في اللغة فكلاهما يطلق على إقامة الإنسان لغيره مقامه في حال حياته-الايصاء-أو بعد وفاته- الوصية- وعلى تملك المال تملكاً مضافاً إلى ما بعد الموت.

إلا أنه رغم ذلك ميز الفقهاء بين الوصية والايصاء من حيث أن معنى الايصاء ينصرف إلى العهد إلى الغير، ليكون موصياً على أولاده بعد موته- أي النيابة الشرعية- بينما ينصرف معنى الوصية إلى التصرف المضاف إلى ما بعد الموت(1). - وهو موضوع البحث-

ثانياً: تعريف الوصية في الاصطلاح الفقهي

تعددت تعريفات الفقهاء للوصية حتى أن أصحاب المذهب الواحد يعرفونها بأكثر من تعريف ومن ذلك نذكر ما جاء في تعريفات المذهب الحنفي:

- عرفها الإمام الكرخي رحمه الله بأنها " ما أوجبه الموصي في ماله تطوعاً بعد موته، أو في مرضه الذي مات فيه".

- أما الكاساني رحمه الله فيعرفها بأنها "إسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد الموت".(2)

- كما أن البعض الآخر منهم عرفها بأنها " تملك مضاف إلى ما بعد الموت".

أما أصحاب المذهب المالكي فقد عرفوا الوصية على أنها " تصرف لمالك في جزء من حقوقه موقوف على موته على وجه لا يكون له الرجوع "، أما ابن عرفة فقال " الوصية في عرف الفقهاء " عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده يلزمه بموته أو نيابته عنه بعده"(3).

(1)- بلحاج العربي "الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري"، ج2، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص230/

محمد مصطفى شلبي "أحكام الوصايا والأوقاف بين الفقه والقانون" دط، مطبعة دار التأليف، مصر، 1963، ص18.

(2)- علاء الدين الكاساني "بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع" ج10، ط2، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص481 .

(3)- عبد الرحمن الجزيري "الفقه على المذاهب الأربعة" ج3، ط2، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص277. / عبد الله الجبوري

وعبد الحق حميش "أحكام الموارث والوصايا في الشريعة الإسلامية" دط ، دون دار النشر، دبي، 2008 ، ص 149 .

ولقد انتقدت هذه التعريفات لكونها تفتقد الشمول والضبط، إذ أننا نجد أن تعريف الإمام الكرخي قد أدخل تبرع المريض مرض الموت في الوصايا عند إنشائها وهذا ما يعتبره الفقهاء تبرع المريض المنجز في حال مرضه، فإنه يأخذ عند إنشائه حكم الهبة، فيشترط لتكوينها ما يشترط في الهبات ولكنها في المال تأخذ حكم الوصية إن استوفت عند إنشائها شروط الهبة حيث أنه إذا لم تستوف هذه الشروط عند الإنشاء تبطل ولا يمكن الحكم على أنها وصية بعد الوفاة(1)- فيكون حكم هذه التصرفات نافذ في الحال قبل الموت بينما حكم الوصية يتأخر إلى ما بعد الموت - .

ضف إلى ذلك فإن كلا من الإمامين الكرخي والكاساني في تعريفيهما السابقين وبالتحديد ما ورد في الشطر الأول منهما لم يشمل الوصايا التي لا تنتقل فيها ملكية الشيء الموصى به إلى الموصى له، كالوصية بتقسيم التركة بين الورثة أو الإسقاطات كالإبراء من الدين، كما أنها لا تشمل الوصية بأداء واجبات عليه.(2)

وتبعاً لذلك فأشمل وأشهر تعريف فقهي للوصية ما ذكره فقهاء المذهب الحنفي على أنها "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع".

ووفقاً لذلك نجد أن "التمليك" في هذا التعريف يشمل العقود التي تنقل الملكية كالبيع والهبة ونحوها، أما عبارة "مضاف إلى ما بعد الموت" فإنه في الحقيقة نجده يخرج منه التملك الواقع في الحياة كالهبة مثلاً، وأخيراً فإن استعمال عبارة "بطريق التبرع" نجد أنها قد قيدت الممتلك للوصية بما ليس فيه المعاوضات(3) .

وإجمالاً لما سبق ذكره يمكن القول أن هذا التعريف جاء أكثر شمولاً ودقة من التعريفات المذكورة أعلاه.

(1)- محمد أبو زهرة "شرح قانون الوصية، دراسة مقارنة لمسائله وبيان لمصادره الفقهية"، ط1، دار الفكر العربي، مصر، 1988، ص9-10 .

(2)- علاء الدين الكاساني، مرجع سابق، ص481.

(3)- محمد كمال الدين "مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف في الفقه والقانون والقضاء"، ط1 منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص390/ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص231 .

الفرع الثاني: تعريف الوصية في تقنين الأسرة والمدني

سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف الوصية في تقنين الأسرة (أولا) وتعريفها في التقنين المدني (ثانيا).

أولا: تعريف الوصية في تقنين الأسرة

تعد الوصية من أصل الأحوال الشخصية وهذا ما تؤكدته المادة(775)من التقنين المدني إلا أن المشرع الجزائري لم يخص الوصية بقانون خاص بها كما فعلت بعض التشريعات العربية كالتشريع المصري " قانون الوصية رقم 71 لسنة 1946" واكتفى بوضع شروطها وذكر أحكامها ضمن تقنين الأسرة من المواد(184)إلى(201)منه(1).

ولقد عرفت المادة(184)منه الوصية بأنها " تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع" وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أن هذا التعريف ليس بجديد بل هو نفس تعريف بعض فقهاء المذهب الحنفي وبالتحديد ابن عابدين محمد بن عبد العزيز،ولقد تعرض هذا التعريف إلى انتقاد لكونه قاصر من عدة وجوه منها(2):

- يحصر هذا التعريف الوصية في كل ما يعتبر تملكا فقط وبذلك فهو لا يضيف التملك إلى التركة أو جزء منها.
- لا يشمل هذا التعريف بعض أنواع الوصايا كالوصية بالإسقاط أي الإبراء من الدين والوصية لجهة ليست أهلا للتمليك كالوصية لبعض جهات البر.

إلا أنه رغم ذلك يرى البعض من الفقهاء أنه تعريف موفق في هذه الجوانب:

— أنه قيد الوصية بضرورة أن تكون مضافة إلى ما بعد الموت وبذلك يكون قد أخرج كل تبرع يتم بطريق الهبة.

(1)-زروق عبد الرؤف و حموش محمد" حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري"، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء،الدفعة 14،غليزان،السنة الدراسية 2005 - 2006، ص 4 .

(2)-علاوة بوتغرار " التصرفات الملحقة بالوصية في التشريع الجزائري " بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية المدنية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، السنة الجامعية 2000 - 2001 ص 8 - 9 / زهدور محمد " الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية"،بحث مقدم لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية بن عكنون،1997،ص15 /محمد أبو زهرة،مرجع سابق- ص9.

- أنه قيد الوصية بقيد آخر نفهمه من العبارة ' بطريق التبرع ' والتي وردت في التعريف ومعنى ذلك استبعاد الإقرار بالدين الذي يتم للأجنبي.

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد تبنى تعريف المذهب الحنفي لكونه أشمل وأكثر دقة مقارنة بغيره، مع تغيير عبارة **تمليك** بـ **تصرف** حتى يكتمل المعنى الدقيق للوصية ليكون أكثر شمولاً.

ثانياً: تعريف الوصية في التقنين المدني(1)

اعتبر المشرع الجزائري الوصية في هذا التقنين على أنها سبب من أسباب كسب الملكية في المواد(775)إلى(777)منه، إلا أنه بالرجوع إلى نص أولى هذه المواد لاتضح لنا جلياً أن المشرع لم ينظم أحكام الوصية ضمن نصوصه، بل أحالها إلى قانون الأحوال الشخصية والنصوص المتعلقة بها- في حالتنا هذه- خاصة أن أغلبية أحكام الوصية موجودة في تقنين الأسرة، والذي لم يتم التنصيص عليه من أحكام فإن المادة(222)منه تحيلنا إلى مبادئ الشريعة الإسلامية.

والملاحظ أنه ما تم تنظيمه في التقنين المدني لا يعتبر وصية بالمعنى الشرعي ابتداءً بل هو تنظيم لبعض التصرفات التي ألحقها المشرع بالوصية الحكمية أو كما يقال الوصية بحسب المال، إلا أنه في حقيقة الأمر تكون العبرة في اعتبار الوصية ' هو ذلك التصرف الذي يتم الاستقرار عليه انتهاءً'.

الفرع الثالث: التمييز بين الوصية وما يشابهها من عقود التبرع

تعد الوصية من التصرفات التي تتم دون مقابل فهناك من اعتبرها من عقود التبرع مثلها مثل الهبة والوقف، وعليه حتى لا يكون هناك تداخل بينها وبين غيرها من عقود التبرع وجب تمييزها عن الوقف (أولاً) والهبة (ثانياً).

أولاً: التمييز بين الوصية و الوقف

عرفت المادة(184)من تقنين الأسرة على أن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، أما الوقف فقد عرفته المادة(213)من ذات التقنين على أنه حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصدق.

(1)- علاوة بوتغرار، مرجع سابق ، ص 11 .

وانطلاقاً من ذلك يمكننا ذكر أهم أوجه التشابه والاختلاف بين الوصية والوقف(1):

✓ أوجه التشابه:

- كلاهما نوع من الصدقات في الإسلام وعمل الخير وأصحاب هذه الصدقات ليسوا ملزمين بالقيام بها بل لهم الحرية في أن يوقفوا أو يوصوا فهي من عقود التبرع على العموم.
- 2- ما يشترط في الواقف هو نفسه عند الموصي كأن يكون من أهل التبرع وعدم الحجر عليه.
- 3- جهة الانتفاع بالوقف قد تكون شخص طبيعي أو معنوي وكذلك ما نجده في الوصية، كما أن الوصية يمكن أن تأخذ حكم الوقف في حالة كان الموصى به منفعة خست على الدوام لجهة الخير، كما أنه يجوز أن يخرج الوقف مخرج الوصية في حالة ما أضاف الواقف حكمه إلى ما بعد الموت.

✓ و لكن إلى جانب هذه النقاط المشتركة توجد نقاط اختلاف بينهما نذكر منها:

- 1- إن مشروعية الوقف لم يرد بشأنها نص صريح في القرآن الكريم ولقد توصل الفقه الإسلامي من خلال تفسيره للآيات القرآنية إلى مشروعيتها، أما الوصية فوردت بشأنها آيات قرآنية عديدة إلى جانب أحاديث نبوية.
- 2- في الوصية تنتقل الملكية إلى الموصى له بعد وفاة الموصي وبذلك يجوز للموصى له التصرف في المال الموصى به بكافة أنواع التصرفات الناقلة للملكية بينما انتقال ملكية المال الموقوف فقد اختلف الفقهاء بشأن بقائها للواقف أو انتقالها إلى الموقوف عليهم أو إلى الله تعالى.
- 3- للواقف له الحق في حبس ما شاء من أملاكه بمختلف أنواعها وسواء كانت بعضها أو كلها، غير أنه توجد حالة يكون فيها الوقف في حدود الثلث وهي حالة خروج الوقف مخرج الوصية- إذا اشترط الواقف تنفيذ وقفه بعد مماته-بينما الوصية وتطبيقاً للمادة(185)تقنين الأسرة فمقدارها لا تتعدى الثلث.

(1)-بن مشرنن خير الدين - إدارة الوقف في القانون الجزائري-،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الإدارة المحلية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تلمسان، السنة الجامعية2011-2012 ،ص 27 - 29 .

4- وأهم نقطة تميز الوصية عن الوقف هو كون الوصية تستمد قوتها من طرفي العقد بحد ذاته عكس الوقف الذي يتمتع بالشخصية المعنوية والتي تجعل الملكية تنصرف إلى الوقف في حد ذاته كمؤسسة مستقلة عن طرفي العقد وهذا ما أكدته المادة(5) من قانون الأوقاف 10-91"الوقف ليس ملكاً للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين، ويتمتع بالشخصية المعنوية"

ثانياً: التمييز بين الوصية والهبة

تم تعريف الهبة في نص المادة(202) من تقنين الأسرة بقوله " الهبة تمليك بلا عوض أم تعريف الوصية فقد سبق ذكره في نص المادة(184)منه ومن خلال ذلك يتجلى لنا أوجه التشابه والاختلاف بينهما كما يلي(1):

✓ وجه الشبه بينهما هو كون كلاهما من عقود التبرع.

✓ أما أوجه الاختلاف فهي:

1- الهبة تصرف حال الحياة والوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت كما أن عقد الهبة يلزم لإنشائه توافق إرادتي كل من الواهب والموهوب له، أما الوصية فيجب أن تتوفر فيها إرادة الموصي فقط والقبول فيها شرط لزوم فقط فهي تصرف ملزم لجانب واحد كما أن ملكية العين الموصى بها تنتقل للموصى له بعد وفاة الموصي والعكس نجده في الهبة.

2- الأصل في الهبة امتناع الرجوع فيها إلا في الأحوال التي يجوز فيها الرجوع 'المادة(211) من تقنين الأسرة' إلا أنه في الوصية يصح للموصي الرجوع عن وصيته مادام حيا تبعا لنص المادة(182)من ذات التقنين.

3- أوجب المشرع الجزائري الرسمية في هبة العقار- المادة 206- بينما لا نجد ذلك في الوصية إذ لا تلزم فيها الشكلية الرسمية إلا بمناسبة الإثبات وبعد وفاة الموصي وانتقال الملكية للموصى له طبقا لنص المادة(192).

(1)-محمد بن أحمد تقيّة" دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري،مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن"

دط، مكتبة المالك فهد الوطنية،2001،السعودية،ص31.

(2)-قانون رقم 10-91 مؤرخ في 12 شوال 1411 الموافق ل 27 أبريل 1991 يتعلق بالأوقاف.

الهبة ليست مقيدة بمقدار معين فيجوز أن ترد على المال الخاص بالواهب كله أو بعضه إلا إذا كانت في مرض الموت' المادة(204) فلا تنفذ إلا في حدود الثلث، أما الوصية كما ذكرنا سابقا فهي مقيدة بالثلث من التركة وما زاد عنه يتوقف على إجازة الورثة طبقا للمادة(185)من ذات التقنين.

4- قد تكون الهبة لوارث بينما لا نجد ذلك في الوصية حيث لا تكون أبداً لوارث وهذا مصداقاً لقوله صلى الله عليه و سلم " لا وصية لوارث "(1).

(1) - سنن الترميذي، كتاب الوصايا، ج4، باب لا وصية لوارث، 2121/5. /سنن ابن ماجه، كتاب الوصايا، ج4، باب

لا وصية لوارث، 2713/6.

المطلب الثاني

مشروعية الوصية والحكمة من مشروعيتها

وفقا للقواعد الشرعية لا تكون الوصية جائزة لكون القياس لا يجيز شرعها باعتبارها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، إلا أن الله تعالى قد أجازها وشرعها بأدلة أقوى من القياس(1)، وهذا ما سنوضحه (الفرع الأول) ونبين الحكمة من هذه المشروعية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مشروعية الوصية في التشريع الإسلامي

سنتطرق في هذا الفرع إلى بيان أدلة مشروعية الوصية في كل من القرآن والسنة النبوية وكذا في الإجماع والمعقول.

أولاً: الأدلة من القرآن الكريم و السنة النبوية

دَلَّ كل من القرآن الكريم والسنة النبوية على مشروعية الوصية وهذا ضمن آيات وأحاديث كثيرة نذكر البعض منها:

➤ ففي القرآن الكريم (2):

- نجد قوله تعالى ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾، فهذه الآية تعد نصاً صريحاً في طلب الوصية للوالدين والأقربين لمن حضرته الوفاة وكان له مالا فليوص به.

- وقوله عز وجل ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ... مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ (١٢)﴾.

فهتان الآيتان تدلان على مشروعية الوصية حيث جعلتا الميراث حقاً مؤخراً عن تنفيذ الوصية

(1)-مسعود الهلالي ، مرجع سابق-ص46/محمد كمال الدين ، مرجع سابق-ص393.

(2)-سورة البقرة، الآية180 / سورة النساء، الآية12 .

وأداء الدين(1)، ومعنى ذلك أن الميراث نجده يتعلق بما بقي من التركة بعد تنفيذ الوصية(2) وهذا دليل على مشروعية الوصية.

- قوله تعالى في سورة المائدة من الآية(106) ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ فهذه الآية دليل على مشروعية

الوصية، حيث بين سبحانه وتعالى مشروعية الإشهاد عليها وعدد شهودها، وعليه فهذه الآيات كافية لتوضيح مشروعية وأهمية الوصية وهذا لما فيها من صلة للرحم والأقربين غير الوارثين وبها يصلح حال المحتاجين والمعوزين وفيها فرحة وسعة بعد الضيق والعسر.

➤ أما في السنة النبوية:

- عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال: "جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني من وجع اشتد بي، فقلت: يا رسول الله إني قد بلغ مني الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي، أفأتصدق بثلاثي مالي؟ قال: لا. قلت: فالشطر يا رسول الله فقال: لا، قلت: الثلث. قال: فالثلث والثلث كثير، إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس في أيديهم"(3) رواه البخاري ومسلم وأحمد.

- قوله صلى الله عليه وسلم " إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم"(4). رواه الدارقطني وأخرجه ابن ماجه وهو حديث ضعيف عند أهل الحديث.

(1)- رقية مالك علاوي الراوي- أحكام الوصية في الشريعة والقانون- دط ، دون دار النشر، العراق 2010 ، ص7.

(2)- أحمد محمود الشافعي"الوصية والوقف في الفقه الإسلامي"، دط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2003، ص13/ أحمد فراج حسين- أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية- دط ، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2003 ص 14 .

(3)- صحيح البخاري"الجامع المسند الصحيح المختصر، كتاب الوصايا"ج4/2742. /محمد بن علي بن محمد الشوكاني

"نيل الأوطار" مجلد7، حققه وعلق عليه طارق أبو معاذ، ط1، دار ابن القيم للنشر والتوزيع، السعودية، 2005، ص371.

(4)- رشيد القرطبي"شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد"، شرح وتحقيق عبد الله العبادي، ط1، دار السلام للطباعة

والنشر، مصر، 1995، ص2041. /سنن ابن ماجه "كتاب الوصايا، 2709/6.

- عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " ما حق امرئ مسلم يبني بيت ليلتين وله شيء يريد أن يوصي فيه إلا و وصيته مكتوبة عند رأسه"(1). أخرجه البخاري ومسلم فكل هذه الأحاديث دليل واضح على التصديق بالثلث من الأموال بعد الوفاة والتي يكون أجرها عظيم في ميزان الحسنات، وعليه فإنه من الأحسن الحث على كتابة الوصية والحزم في ذلك خاصة أن الموت قد تفاجئنا في أي وقت.

بالإضافة إلى ذلك قول الإمام الشافعي رحمه الله في هذا الشأن " ما الحزم والاحتياط للمسلم إلا أن تكون وصيته مكتوبة عنده إذا كان له شيء يريد أن يوصي فيه، لأنه لا يدري متى تأتية منيته فتحول بينه وبين ما يريد من ذلك"(2) فهذا القول تأكيد وتدعيم للأحاديث السابقة.

ثانيا: الأدلة من الإجماع و المعقول

➤ أما بالنسبة للإجماع: فقد أجمع الفقهاء على جواز الوصية خاصة وأن المسلمين من زمن البعثة إلى يومنا هذا يوصون ببعض أموالهم إلى من يشاءون وهذا دون إنكار من أحد، وقد قال ابن قدامة " وأجمع العلماء في جميع الأعصار والأمصار على جواز الوصية"(3)، حيث أن تاريخ الصحابة رضي الله عنهم وأرضاهم يروي لنا بعض نماذج من وصاياهم.

ومن ذلك نذكر وصية أنس بن مالك، وعبد الله بن مسعود، وأبو الدرداء وبذلك توال نقل الإجماع عن الصحابة رضي الله عنهم بصحة الوصية ومشروعيتها(4).

(1)- محمد بن علي بن محمد الشوكاني "نيل الأوطار" ص361 / رواه مسلم "في كتاب الوصايا" ج2، 1627/1.

(2)- مسعود الهلالي ، مرجع سابق - ص 47 .

(3)- رقية مالك علاوي الراوي ، مرجع سابق، ص8 / أحمد فراج حسين ، مرجع سابق - ص 16 .

(4)- محمد كمال الدين ، مرجع سابق - ص 395 .

➤ وأما من المعقول: فنجد أن حاجة الناس إلى أن تكون خاتمة حياتهم بالأعمال الصالحة وهذا لمضاعفة حسناتهم وتدارك ما فاتهم وما فرطوا فيه في حياتهم وأن السبيل إلى ذلك يكمن في الوصية، فهي مشروعة كبقية التصرفات والعقود التي شرعت لحاجة الناس إليها من أجل التخفيف عنهم قسوة الحياة و شقائها(1)، وتدعيما لذلك نجد قول الإمام الكاساني من المذهب الحنفي " فإن الإنسان يحتاج إلى أن يكون ختم عمله بالقربة، زيادة على القرب السابقة، أو تداركا لما فرط في حياته وذلك بالوصية، وهذه العقود ما شرعت إلا لحوائج العباد إليها، فإذا مست الحاجة إلى الوصية وجب القول بجوازها، ثم إن الوصية استخلاف من العبد لغيره في ماله فيجوز كما جاز استخلاف الشرع في الميراث، إلا أن خالقنا قصر استخلاف العبد لغيره على الثلث حفظا لحقوق الورثين فأبقى لهم الثلثين"(2).

(1) - بلحاج العربي ، مرجع سابق، ص232/ أحمد محمود الشافعي، مرجع سابق - ص 14 .

(2) - رقية مالك علاوي، مرجع سابق - ص 8 .

الفرع الثاني: الحكمة من مشروعية الوصية

لقد شرعت الوصية لسد حاجة من يكون في حاجة إلى العون من أقارب الموصي غير الوارثين(1)، لذلك أجازها الله تعالى وحث عليها لما تحققه من منفعة ومصلحة عامة وخاصة- أو مصلحة الموصي والموصى له -.

أولاً: المصلحة العامة للوصية

تعد الوصية باب من أبواب الإنفاق في وجوه الخير، فقد يكون الموصى له شخص أو فرد فقيراً يسد بالموصى به حاجاته، كما قد يكون مؤسسة خيرية ذات منفعة عامة كالمساجد والمدارس، المكتبات...إلخ، وبهذا تعد الوصية وجه من أوجه التكافل الاجتماعي والاقتصادي كالزكاة والوقف وغيرها من الوسائل الأخرى التي تساهم على تحقيق نفعاً كثيراً للآخرين دون أن تلحق ضرراً مادياً أو معنوياً بالموصي في حياته(2)، وهذا مصداقاً لقوله صلى الله عليه و سلم " إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالهم زيادة في أعمالكم فضعوها حيث شئتم" رواه الدارقطني وأخرجه ابن ماجة.

ثانياً: المصلحة الخاصة للوصية

يلجأ الموصي إلى الوصية لتدارك ما فاتته وتحصيل ما كان قد قصر فيه من أعمال البر، ضف إلى ذلك فهي تعد سبيل للتقرب بها الإنسان من خالقه وتحصيل الأجر من خلال ذلك العمل الصالح.

كما أنها تحقق للموصي مقاصده دون مخاطر، ذلك أن حق الرجوع عن الوصية ثابت للموصي، فقد يمتد به الأجل وتشتد به الحاجة ففي هذه الحالة يمكنه الرجوع عن الوصية لكونها تبرع لا خوف منه.

(1) - محمد أبو زهرة ، مرجع سابق - ص 122 .

(2) -مستطفى ابراهيم الزلمى"أحكام الميراث والوصية"،ط1،دار وائل للنشر والتوزيع،الأردن،2006 ص 163 / محمد كمال الدين ، مرجع سابق،ص392/ مسعود الهلالي، مرجع سابق، ص 48 .

وقد تتعلق الوصية بغير الموصي من أقاربه غير الوارثين، فبذلك يكون لهم مورداً مالياً⁽¹⁾ يرفع عنهم عناء وشقاء الحياة ويؤسها، كما أننا نجدها تبعد الحقد الذي يولد التنازع والتخاصم نتيجة عدم الحصول على التركة.

وعليه فالوصية إذا أحسن المسلم استعمالها على النهج الذي أمرت به الشريعة الإسلامية كانت سبيلاً إلى تحقيق المصلحتين العامة منها والخاصة.

(1) - مسعود الهاللي ، مرجع سابق، ص 48 / محمد كمال الدين، مرجع سابق - ص 392 .

المبحث الثاني

عناصر و أطراف الوصية

اشتراط المشرع الجزائري لإنشاء الوصية توافر عناصر - اختلف حولها فقهاء التشريع الإسلامي- وأطراف معينة، سنتطرق إليها ضمن مطلبين حيث سنتناول في الأول عناصر الوصية، أما الثاني فضم أطرافها.

المطلب الأول

عناصر الوصية

اعتبر جمهور الفقهاء أن للوصية أربعة أركان تتمثل في الصيغة، الموصي والموصى له والموصى به، بينما جعل أصحاب المذهب الحنفي الصيغة هي الركن الوحيد للوصية وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري، وعليه سنتناول الصيغة في الوصية (الفرع الأول) إلى جانب (اقتراح هذه الصيغة بشروط).

الفرع الأول: الصيغة في الوصية

يرى فقهاء الفقه الإسلامي أن الوصية تتعقد عند صدورها من الموصي وقال الإمام زفر من الأحناف أن ركن الوصية هو الإيجاب فقط⁽¹⁾ باعتبار أن الوصية تصرف بإرادة منفردة، يتم إنشاؤها بالإيجاب وحده من قبل الموصي وأن قبول الموصى له بعد وفاة الموصي ما هو إلا شرطاً لازماً للوصية⁽²⁾، وهذا ما توجه إليه المشرع الجزائري في تقنين الأسرة وتبعاً لذلك سنتطرق إلى إيجاب الموصي وقبول الموصى له.

أولاً: إيجاب الموصي

يقصد بالإيجاب في العقود بوجه عام التعبير البات النهائي الذي يقصد به صاحبه أثراً قانونياً طالما صادفه قبولاً، أما في مجال الوصية فلا يحتاج الإيجاب إلى قبول حتى يتحقق إبرامها وإلا عدت عقداً.

(1)- علاء الدين الكاساني ، مرجع سابق، ص479.

(2)- محمد مصطفى شلبي ، مرجع سابق، ص24 .

وبذلك يمكن القول أن المقصود من الإيجاب في الوصية هو أي لفظ أو إشارة أو كتابة تنطوي على قصد التملك بعد الموت(1).

إلا أن المشرع الجزائري لم ينص على وسائل تعبير الموصي عن إيجابه ضمن تقنين الأسرة وهذا على عكس المشرع المصري الذي نص عليها ضمن الفقرة الأولى من المادة(2) قانون الوصية رقم 71 / 1946، لذلك وجب علينا الرجوع إلى القواعد العامة في التقنين المدني وبالتحديد ما نصت عليه المادة(60) والتي على أساسها يجوز انعقاد الوصية بالعبارة أو بالكتابة مع الأخذ بمبدأ عدم قبول الإشارة إلا في حالات عدم قدرة الموصي على العبارة أو الكتابة وهذا تماشياً مع الفقه المالكي(2).

وتبعا للفقرة الأولى من المادة(60) يمكن للقول أن يكون صريحا كأن يقول شخص أوصيت لآخر بمنزل أو بعين من الأعيان أو بمنفعة من المنافع. كما قد يكون اللفظ يفيد الوصية ضمنا فلو قال شخص أعطوا أو هبوا أو امنحوا كذا بعد موتي عدت بذلك وصية ضمنية.

إلا أنه إذا فقد الشخص قدرته على التعبير عن إرادته جاز له أن يعبر عن إرادته بالكتابة، فإذا كان قادراً على الكلام وعبر عن إرادته بالكتابة صح ذلك عند المالكية حيث يمكن للشخص أن يعبر عن إرادته بعباراته أو بإشارته حتى لو كان الذي استخدم الإشارة قادراً على النطق، إلا أن غيرهم من الفقهاء لم يقبلوا الإشارة من غير الأخرس(3).

واستثناءً قد يكون الموصي أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم، فهذا الصنف من الموصين يخضع لنص المادة(80) من التقنين المدني، فإذا استحال هذا الأخير 'الموصي' التعبير عن إرادته تعين له المحكمة وصياً قضائياً يساعده في التصرفات التي تقتضيها مصلحته، وإذا لم يكن لذلك الشخص أي مشكل في إبرام الوصية جاز له القيام بذلك التصرف

(1)-حمدي باشا عمر- عقود التبرعات، الهبة، الوصية، الوقف-، دط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 47.

(2)-بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 244.

(3)- زهدور محمد، مرجع سابق، ص 49.

أمام الموثق الذي يقوم بتدوين الموانع الموجودة وطريقة التعبير عن الإرادة والمترجم للإشارات واللغة الخاصة.

وتبعا للفقرة الثانية من المادة(80)من ذات التقنين فإذا عين لذو العاهتين مساعداً قضائياً فإن الوصية في غيابه تكون قابلة للإبطال إذا صدرت بعد تقييد قرار الوصاية.

أما من كانت يدها مبتورتان فقد تصدت الفقرة الثانية من المادة(324)مكرر من ذات التقنين لمثل هذه الحالة، حيث سمحت للموثق أن يوضح في العقد ما هو المانع القاهر ويعتبر العقد صحيحاً بعد إمضائه والشهود فقط(1).

ثانياً: قبول الموصى له

سبق الذكر أن الوصية تتعقد بالإيجاب فقط وأن القبول يعد شرطاً للزوم الوصية حيث لا يتأكد حق الموصى له فيها إلا بالقبول، إلا أن بعض فقهاء الشريعة الإسلامية اعتبروا أن القبول جزء من الصيغة وهو بذلك ركناً كالإيجاب.

وبين هذا وذاك يظهر أثر الاختلاف بين الرأيين في مدى اشتراط موافقة ومطابقة الإيجاب للقبول تطابقاً تاماً من عدمه، لأنه من يشترط القبول كركن فإنه بالضرورة يستلزم تطابق القبول بالإيجاب، ومن لا يشترط ذلك فإنه لا يرى ضرورة تطابق الإيجاب بالقبول(2) وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري الذي اعتبر أن الوصية تتعقد بمجرد الإيجاب وأن القبول ما هو إلا شرطاً للزوم الوصية.

بالإضافة إلى ذلك فقد نصت المادة(197)من تقنين الأسرة على أنه يكون قبول الوصية صراحة أو ضمناً بعد وفاة الموصي، وفي هذا الجانب رأى أصحاب المذهب المالكي والشافعي والحنبلي أن القبول يكون بالقول أو الفعل الدال على الرضا بالوصية، بينما أضاف أصحاب المذهب الحنفي السكوت وعدم الرد من الموصى له، على أن السكوت لا يعتبر قبولاً عندهم إلا إذا حصل اليأس من الرد الصريح ولا يكون ذلك إلا بوفاة الموصي(3).

(1)- حمدي باشا عمر، مرجع سابق-ص 51-52 .

(2)- محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق،ص26 .

(3)- بلحاج العربي ، مرجع سابق،ص275-276/عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق،ص279.

أما المشرع الجزائري فقد أخذ بالرأي الأول والدال على ذلك ما ورد في نص المادة (197) السابق ذكرها، وفي حالة موت الموصى له قبل القبول أو الرد فينتقل هذا الحق إلى ورثته طبقاً للمادة (198) من تقنين الأسرة.

وتبعاً لذلك فالقبول المعتبر به هو الذي يصدر من الموصى له متى كان بالغاً عاقلاً ورشيداً، أما القاصر والمحجور عليه لجنون أو عته فإن القبول المعتبر به هو الذي يصدر ممن له الولاية على ماله طبقاً لنص المادة (81) من تقنين الأسرة.

أما بالنسبة لمسألة رد الموصى له فقد نصت بعض القوانين العربية كقانون الوصية المصري⁽¹⁾ المادة (22) على أنه يترتب على تأخير الرد إضراراً بالورثة أو التركة لذلك ربط الرد في الوصية بمدة ثلاثين - 30 - يوماً من وفاة الموصي، حيث إن لم يجب بالقبول أو الرد عد ذلك رداً منه وتبطل الوصية إذا لم يكن له عذراً مقبولاً.

فهذا الإجراء يعتبر وسيلة لمنع الإضرار بالورثة وهو مأخوذ من المذهبين الشافعي والحنبلي (1) وهذا ما لم يتعرض له المشرع الجزائري.

الفرع الثاني: اقتران الصيغة بشروط

تتعقد الوصية بالصيغة التي قد تكون مطلقة غير مقيدة كما قد تقيد بشرط صحيح - أو تعلق على شرط (2) -، تكون فيه مصلحة مشروعة إما للموصي أو الموصى له أو للغير وقد يكون هذا الشرط باطلاً ولا يخدم مصلحة أي منهم.

أولاً: اقتران الصيغة بشرط صحيح

يقصد بالشرط الصحيح في الوصية ذلك الشرط الذي يضاف إلى التصرف من أجل تحقيق مصلحة معينة قد تخدم الموصي أو الموصى له أو الغير، وألا يكون منهيّاً عنه ولا منافياً لمقاصد الشريعة الإسلامية (3).

(1) - بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 277-278 .

(2) - الفرق بين التعليق على شرط أو الاقتران به يكمن في أن الاقتران يقصد به أن تكون الصيغة منشئة للعقد على أن يكون مقيداً في أحكامه بشروط معينة، أما التعليق فهو أن يترتب على وجود العقد وجود الشرط - أحمد محمود الشافعي، مرجع سابق - ص 26 / أحمد بن أحمد تقيّة ، مرجع سابق، ص 198.

(3) - جغوب محفوظ - الوصية بين الشريعة والقانون - مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الدفعة 12، الجزائر، 2004، ص 23 / محمد أبو زهرة ، مرجع سابق، ص 38 .

- مثلاً عن شرط تكون فيه مصلحة الموصي: اشتراط الموصي عند تنفيذ الوصية البدء بأداء الحقوق التي عليه والتي لم يؤديها كالحج والزكاة.
- مثلاً عن الشرط الذي تكون فيه مصلحة الموصى له: اشتراط من الموصي على الموصى له بأداء الديون التي هي عليه.
- أما الشرط الذي يخدم مصلحة الغير: أن يوصي الموصي بمنفعة مسكن من أعيان ماله لجهة من الجهات بشرط أن يكون لمن لا يجد مأوى من ذريته حق سكناها إن كان فيه متسع له(1).

وعليه متى كان هذا الشرط صحيحاً استوجب الوفاء به عند تنفيذ الوصية.

والملاحظ أن المشرع المصري قد نص على هذا النوع من الشروط ضمن مادته الرابعة غير أن المشرع الجزائري لم يشر إلى ذلك ضمن نصوصه القانونية. وتبعاً لذلك يتضح أن الهدف من اعتبار الشرط صحيحاً يرجع إلى أمرين هما(2):

✓ أن يكون الشرط مشتملاً على مصلحة واضحة للموصي أو الموصى له أو غيرهما بحيث يجب ألا يكون هذا الشرط قد وضع عبثاً دون مصلحة تخدم أحد الأطراف السابق ذكرهم، وإلا عد باطلاً.

✓ ألا يكون الشرط منافياً لمقاصد الشريعة الإسلامية فإذا كان كذلك اعتبر باطلاً، ولا يكون له تأثير على صحة الوصية إذ يتم تنفيذها رغم إبطال ذلك الشرط وهذا ما قصد به المشرع الجزائري في المادة(199)تقنين الأسرة.

(1)-رمضان علي السيد الشرنباصي ومحمد محمد عبد اللطيف جمال الدين-الوجيز في أحكام الميراث والوصية- دط، مؤسسة الثقافة الجامعية ، مصر، دون سنة، ص 175-176 .

(2)-أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص 34 .

إلا أنه قد يدفع الشرط الباطل الوصية لمعصية لو نفذت ومثلاً عن ذلك: الوصية لأندية القمار، أو الذي يوصي بأن يبنى على قبره قبة، فهذه الشروط تجعل من الوصية باطلة لكون الباعث عليها أمر لا تقره الشريعة الإسلامية وهذا ما سيأتي ذكره.

ثانياً: اقتران الوصية بشرط باطل

على عكس الشرط الصحيح فالشرط الباطل هو ذلك الشرط الذي لا تكون فيه مصلحة لأحد أو كان منهيًا عنه أو منافياً لمقاصد الشريعة الإسلامية. ويكون الشرط الباطل على نوعين من حيث التأثير على صحة الوصية من عدمه.

✓ الشرط الباطل الذي لا يؤثر في صحة الوصية: إذ نصت المادة (199) من تقنين الأسرة على أنه "إذا كان الشرط غير صحيح صحت الوصية وبطل الشرط"، ومعنى ذلك أنه بالرغم من كون الشرط باطلاً - عدم وجود أي مصلحة أو كان منهيًا عنه أو منافياً لمقاصد الشريعة الإسلامية - إلا أنه لا يؤثر في صحة وتنفيذ الوصية بل يلغى الشرط فقط وتبقى الوصية صحيحة، ومثلاً عن ذلك أن يوصي شخص بجزء من تركته إلى أولاده بشرط عدم زواج البنات، فهذا الشرط جاء منافياً ومنهيًا عنه فيتم إلغاؤه فقط وتبقى الوصية صحيحة (1).

✓ الشرط الباطل الذي يؤثر في صحة الوصية: إذا كان الشرط السابق لا يؤثر في صحة الوصية ولا يبطلها فالعكس نجده إذ ما دفع هذا الشرط الوصية لمعصية أو اتضح أن الباعث فيها جاء منافياً لمقاصد الشريعة الإسلامية ولم يوجد ما في عبارة الموصي ما يدل على توجيهها إلى أمر مشروع ومثلاً عن ذلك الوصية لفاجر أن يبقى على فجوره فهنا الباعث على الوصية معصية فتبطل الوصية في هذه الحالة (2).

(1) - محمد أبو زهرة ، مرجع سابق، ص40/جغوب محفوظ ، مرجع سابق، ص24 .

(2) - محمد كمال الدين، مرجع سابق، ص423-424/ محمد أبو زهرة ، المرجع نفسه، ص 39 .

ولقد أشار المشرع المصري على هذا النوع من الشروط ضمن المواد (3 و4) من قانون الوصية على خلاف المشرع الجزائري الذي لم يورد أي إشارة بذلك.

والملاحظ أنه إذا صدرت وصية من وصي وكانت معلقة على شرط فإنها تقع صحيحة بتحقق هذا الشرط الذي علقت عليه، وإذا لم يتحقق هذا الأخير فإن الوصية لا تصح⁽¹⁾ وبالمطابقة ما ذكر في نص المادة (199) من تقنين الأسرة لوجدنا أن المشرع هو الآخر اعتمد عبارة " إذا علقت الوصية..."، وتبعاً لذلك إذا لم يتحقق الشرط المعلق فالوصية لا تصح إلا أن المشرع الجزائري لم يقصد ذلك، وإنما قصد اقتران الوصية بالشرط وليس تعليقها على الشرط.

(1)- رمضان علي السيد الشرنباصي ومحمد محمد عبد اللطيف جمال الدين، مرجع سابق، ص 176 .

المطلب الثاني

أطراف الوصية

يستلزم لوجود أي عقد بصفة عامة توافر عاقلين ومعقود عليه وكل منهما له شروط يلزم وجودها حتى يكون العقد صحيحاً وناظاً(1).

والوصية كغيرها من العقود والتصرفات يشترط فيها شروط تخص الموصي أو الموصى له وأخرى تخص الموصى به.

الفرع الأول: الوصي

يجب لصحة الوصية توافر شروط في الموصي حددتها المادة(186) من تقنين الأسرة فإذا تخلف أحدها لا تصح الوصية.

أولاً: الشروط الواجب توافرها في الموصي:

➤ سلامة العقل: اتفق الفقهاء على أنه يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصي عاقلاً فلا تصح وصية المجنون، وتكون باطلة بطلاناً مطلقاً وهذا لعدم إدراكه وتمييزه لمنافع وأضرار التصرفات القانونية(2)، خاصة وأن الوصية تعد من التصرفات الضارة بالمركز المالي للشخص.

ولقد فرق البعض من الفقهاء بين ما كان جنونه مطبقاً-مستمراً- وبين من كان منقطعاً ففي الحالة الأولى يقول أصحاب المذهب الحنفي أن هذا الجنون يجعل من الوصية باطلة ولا تصح بأي حال من الأحوال أما الحالة الثانية اعتبروا أنه إذا تمت الوصية في حالة الإفاقة من الجنون فإنها تكون صحيحة بشرط إتمام ذلك قبل الحجر على الموصي، لأنه إنا تم ذلك لا تصح الوصية بعد ذلك.

أما أصحاب المذهب المالكي فيرون أن الجنون الطارئ لا يؤثر في الوصية سواء كان مطبقاً أو لا فالوصية متى صدرت صحيحة، فلا تبطل بزوال أهلية الموصي وذلك قياساً على سائر عقود المعاوضات(3).

(1)- أحمد فراج حسين"، مرجع سابق، ص 57 .

(2)- بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 254 .

(3)- محمد كمال الدين، مرجع سابق، ص408-409/رمضان علي السيد الشرنباصي ومحمد محمد عبد اللطيف جمال الدين، مرجع سابق-ص177-178/نبيل صقر-قانون الأسرة نصاً وفقهاً وتطبيقاً-دط،دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع،الجزائر،2006،ص371 .

أما المعتوه حكمه حكم المجنون هو انعدام الأهلية تبعا لنص المادة(42)من التقنين المدني والملاحظ أن المشرع المصري قد نص على حالة الجنون ضمن مادته (14)من قانون الوصية غير أن المشرع الجزائري لم يفرق بين وصية المجنون ولا المعتوه وحتى السفیه ولا الصبي وذي الغفلة(1)، إذ أن نص المادة(186)من تقنين الأسرة قد ورد بصفة عامة وهذا ما يجعلنا نرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية تبعا لنص المادة(222) من ذات التقنين.

أما بخصوص ذي الغفلة والسفيه فنجد أن لهما حكم واحد وهو نقصان الأهلية طبقا للمادة(43)من التقنين المدني، وعليه إذا قام أحدهما بتصرف ضار ضرراً محضاً فإنه يترتب على هذا التصرف البطلان المطلق، إلا أن جمهور الفقهاء قد استثنى من التصرفات الضارة بالسفيه تصرفان يجوز صدورهما منه ويتعلق الأمر بالوقف والوصية التي يجب أن تكون في حدود الثلث وفي غير سبيل فسق، كالوصية في سبيل بر المساكين والفقراء وإذا كانت لأهل الفسق والمجون مما يستقبه المسلمون فلا تصح ولا تنفذ الوصية(2).

اعتبر هؤلاء الفقهاء أن وصية السفيه صحيحة ولو كان محجوراً عليه لأن الوصية وإن كانت تبرعاً وفيه تضييع لمال السفيه، إلا أن هذا التصرف ليس تضييعاً للمال لكون الوصية تصرفاً مضاف إلى ما بعد الموت وأن السفیه الموصي بعد موته لا يكون في حاجة إلى المحافظة على المال(3).

(1)- بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 254 .

(2)- محمد سعيد جعفرور - تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي- دط دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2002 ، ص 82/عبد الرحمن الجزيري"، مرجع سابق، ص 277 .

(3)- رمضان علي السيد الشرنباصي ومحمد عبد اللطيف جمال الدين، مرجع سابق، ص 178 / عبد الله الجبوري وعبد الحق حميش، مرجع سابق، ص 108 /عبد الرحمن الجزيري، المرجع نفسه، ص 282.

➤ البلوغ: يشترط في الموصي إلى جانب العقل البلوغ فلا تصح وصية الصبي غير المميز، لأن الوصية تبرع مالي فلا يتم إلا بتوافر سن التمييز الذي اشترطته المادة(186) من تقنين الأسرة وهي تسعة عشر سنة كاملة، وهذا دليل على ضرورة التمتع بسن الرشد القانونية المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة(40) من التقنين المدني.

ويقصد بالبلوغ في مسألة الوصية هو الأهلية الخاصة بالتبرع لأن الوصية من التصرفات المالية الضارة والتي لا يقابلها عوض دنيوي(1).

إلا أن الفقهاء اختلفوا في اشتراط البلوغ، فالحنفية يذهبون إلى أن وصية الصبي المميز لا تجوز لأن الوصية تبرع والتبرعات منه تكون باطلة فتبعا لذلك يكون البلوغ شرط في صحة الوصية، فالصبي ولو عاقلا مميزا لا تصح وصيته.

أما المالكية والحنابلة فيقولون بصحة وصية الصبي المميز وهذا استناداً إلى ما ورد عن عمر بن الخطاب رضي اله عنه أنه أجاز وصية غلام لم يحتلم لابنة عمه أم عمرو بن سليم الزرقى بمال يسمى -بئر جشم - بلغت قيمته ثلاثين ألف درهم(2).

وبالرجوع لنص المادة(186) من تقنين الأسرة نجد أن المشرع لم يذكر حالة حصول الصبي المميز على الإذن من القاضي للتصرف في ماله، إلا أن العرف يجيز لمن بلغ سن 18 سنة القدرة على الايصاء بعد حصوله على إذن من القاضي خاصة أن سن الرشد في القانون هو أكبر من السن المنصوص عليه في الفقه الإسلامي(3).

(1) - بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 253 .

(2) -رواه مالك "موطأ مالك ، كتاب الوصية" باب 2 ، دار إحياء التراث العربي،دون ذكر بلد النشر،1885،ص761 /أحمد محمود الشافعي، مرجع سابق،ص41/عبد الله الجبوري وعبد الحق حميش، مرجع سابق،ص167/...لا تصح الوصية إلا في شئ واحد هو الوصية بتجهيزه ودفنه" أنظر عبد الرحمن الجزيري"الفقه على المذاهب الأربعة،ص279./محمد مصطفى شلبي"أحكام الوصايا والأوقاف"، مرجع سابق، ص62.

(3) - بلحاج العربي"المرجع نفسه" ص 253 .

➤ الرضا: اتفق الفقهاء على أنه يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصي راضيا بالوصية أي أن يتوافر فيه عنصر الرضا - سلامة الإرادة - فلا تصح وصية المكره لفقدان الرضا، ولا وصية المخطئ لغياب الاختيار ولا وصية الهازل لانعدام القصد والنية(1).

أما وصية السكران ففيها خلاف فقهي حيث أن كل من أصحاب المذهب المالكي والحنبلي يرون أنها وصية باطلة-لصدورها من شخص غير عاقل وسواء كان سكره بمحرم أو بغيره- بينما أصحاب المذهب الشافعي والحنفي فنجدهم يفرقون إذا كان السكر بسبب محرم فهنا تكون وصيته صحيحة، أما إذا كان السكر بسبب غير محرم كالسكر من البنج فهنا لا يعتد بها لصدورها من إنسان فاقد لإرادته والراجح ما ذهب إليه الفريق الأول، لأن كلا من نوعي السكر يؤثر في العقل ويعطله عن التمييز الكامل ويجعل شاربه أو متعاطيه فاقداً لأهلية الأداء، فإذا يتم إلغاء كل ما صدر عن السكران من أقوال(2).

وبما أن المشرع الجزائري لم ينص أيضا على هذه الحالات ضمن تقنين الأسرة وجب علينا الرجوع إلى نص المادة(79) وما بعدها من التقنين المدني الخاصة بعيوب الرضا، فتبعاً لذلك من كان مخطئاً، مكرهاً أو هازلاً في الوصية، وقعت باطلة لانعدام الرضا فيها(3).

(1) - محمد كمال الدين، مرجع سابق، ص 312 .

(2) - رمضان علي السيد الشرنباصي ومحمد محمد عبد اللطيف جمال الدين، مرجع سابق، ص179/ أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص 62-63 .

(3) - بلحاج العربي، مرجع سابق، ص255/ علاء الدين الكاساني، مرجع سابق، ص485.

ثانيا: حالات الموصي

هي تضم حالات خاصة بالموصي والتي قد يكون فيها:

✓ الوصي غير مسلم: تعتبر الوصية سبيلا يتقرب بها العبد من ربه وصلة بين الموصي والموصى له، لذلك لم يشترط الإسلام لصحة الوصية إذ أنه تصح من المسلم ومن غير المسلم، ولقد نصت المادة(200)من تقنين الأسرة على أن اختلاف الدين لا يؤثر في صحة الوصية، إلا أن المشرع المصري اشترط لصحة هذه الوصية ألا تكون محرمة في شريعة الموصى له وفي الشريعة الإسلامية-الفقرة الثانية من المادتين (3 و 9) من قانون الوصية، وهذا ما لا نجده وارد في تقنين الأسرة.

✓ وصية المرتد(1): المرتد في الفقه الإسلامي هو من كان على دين الإسلام وارتد عنه إلى دين آخر، ولقد فرق المذهب الحنفي في الردة بين المرأة والرجل: حيث أن وصية المرأة المرتدة صحيحة وناظفة وأما الرجل المرتد فتكون وصيته موقوفة، إذا رجع إلى الإسلام نفذت ودون الحاجة إلى تجديدها، وإن أصر على رده فإنه يقتل وإذا لحق بدار الحرب تبطل وصيته أما الذمي المسلم فوصيته صحيحة.

واعتبر أصحاب المذهب المالكي والشافعي أن وصية المراد صحيحة بشرط أن يعود للإسلام أما إذا مات مرتداً فتبطل وصيته، ويصبح ماله ملكا لبيت مال المسلمين فلا وصية ولا ميراث. إلا أن المشرع الجزائري لم يشر إلى ردة الموصي في تقنين الأسرة، رغم أنه نص في المادة(138)منه على أنه يمنع من الإرث اللعان والردة، وبما أن المرتد يمنع من الإرث فكان من الأجدر أن لا تصح وصية الموصي المرتد.

(1)- عبد الله الجبوري وعبد الحق حميش، مرجع سابق، ص169/ عبد الرحمن الجزيري ، مرجع سابق، ص284.

✓ وصية المدين المستغرق دينه كل تركته: تصح وصية المدين المستغرق دينه كل تركته، ولا خلاف بين الفقهاء في أن أداء الدين أي كان نوعه فإنه مقدم على الوصية، فإذا كان الدين غير مستغرق نفذت الوصية في حدود الثلث بعد أداء الدين، وإذا كان الدين مستغرق للتركة وتمسك الدائنون بحقوقهم ولم يؤد أحد هذا الدين عن الميت، تبقى في هذه الحالة الوصية موقوفة ولا تنفذ⁽¹⁾ - لأن الدين مقدم على الوصية والإرث - إلا بعد إجازة الورثة أو إبراء الدين للميت.

أما بخصوص تقديم الوصية على الدين في آيات الموارث من سورة النساء فقد كان يهدف إلى إظهار أهمية الوصية ووجوب إخراجها حتى لا يتهاون الورثة ويهملوا تنفيذها، وهذا ما تضمنته المادة (180) من تقنين الأسرة.

الفرع الثاني: الموصى له

يعد الموصى له الطرف الثاني في الوصية والذي أنشئت من أجله، وقصد بها الموصي بره وصلته، لذلك وجب توافر فيه شروط معينة حتى تكون الوصية صحيحة.

أولاً: الشروط الواجب توافرها في الموصى له

➤ وجود الموصى له ومعلوماته : يقصد بهما معرفة الموصى له ووجوده عند إنشاء الوصية وألا يكون مجهولاً جهالة لا يمكن إزالتها وإلا بطلت الوصية فقد يعينه الموصي بالاسم أو الإشارة كأن يقول "أوصيت بداري هذه لخالد ابن عمر" وكان خالداً موجوداً وقت الوصية، أو يقول "أوصيت بداري هذه لهذا الشخص" وكان المشار إليه موجوداً حال الوصية⁽²⁾.

أما إذا كان الموصى له غير معين - كالفقراء والمساكين - فلا يشترط وجوده عند الوصية وهذا ما ذهب إليه أصحاب المذهب المالكي فهم لا يشترطون وجود الموصى له وقت إنشاء الوصية، ولا وقت موت الموصي فتصح الوصية بدون قبول في هذه الحالة⁽³⁾.

(1) - محمد كمال الدين، مرجع سابق، ص 415 .

(2) - مصطفى إبراهيم الزلمي ، مرجع سابق، ص186/ محمد كمال الدين "المرجع نفسه" ص426.

(3) - عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص283.

كما أنهم أجازوا أيضا الوصية للمعدوم الذي يستوجب في المستقبل ولو بعد وفاة الموصي-كالوصية لفلان الذي لم يولد بعد أو وصية للمدرسة التي ستبنى - وبل أجازوا أيضا الوصية للميت الذي علم الموصي بموته(1)، ولم يشر المشرع الجزائري بأي نص على مثل هذه الحالة وإنما تطرق إلى الوصية للحمل الذي تتوقف صحتها على مجموعة من الشروط هي:

■ وجود الحمل -الموصى له- وقت إنشاء الوصية وولده حياً، خاصة أن المادة(134)من تقنين الأسرة قد اعتبرت معنى حياً إذا استهل صارخاً أو بدت منه علاوة ظاهرة بالحياة، وللملاحظة فقد اختلف كل من الفقه والقوانين العربية في تحديد مدة الحمل،إلا أن المادة(42)من ذات التقنين حددته بين ستة أشهر وعشرة أشهر كأقصى حد.

■ أن يوجد على الصفة التي أرادها الموصي حيث أنه إذا تم تعيينه حين الوصية ونسب إلا شخص معين، فهنا لا يستحق الحمل الوصية إلا إذا ثبت نسبه من ذلك الشخص.

■ إذا ولد توائم اقتسم الموصى به بينهما بالتساوي حتى لو اختلف جنس التوائم وهذا ما تضمنته المادة(187)من تقنين الأسرة، وإذا ولد أحدهما حياً والآخر ميت يكون الموصى به كله للحي وهذا إن لم يشترط الموصي على ذلك.

■ قد يلد أحد حياً ثم يموت فينتقل بذلك حقه في الوصية إلى ورثته لكونه مات بعد استحقاقه.

➤ ألا يكون الموصى له قاتلاً ولا وارثاً: فالجزء الأول من الشرط يتعلق بالقتل الذي يشترط فيه ألا يكون دفاعاً عن النفس أو العرض أو المال وأن يكون القتل عمداً وعدواناً بغير حق(2).

(1)- علاوة بوتغرار، مرجع سابق، ص 21 .

(2)- أحمد محمود الشافعي ، مرجع سابق، ص 181 .

أما القتل بالتسبب فإنه لا يمنع الإرث ولا الوصية وهذا ما ذهب إليه أصحاب المذهب المالكي والشافعي، فكلاهما اعتبر أن القتل لا يمنع استحقاق الوصية .

واعتبر كل من الإمام مالك وأحمد بن حنبل أن القتل ليس مانعاً للوصية وليس شرطاً لها وقال كلاهما أن القتل العمد الموجب للقصاص والكفارة أو القتل الخطأ لا يمنع الوصية.

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة(188)من تقنين الأسرة أين اعتبر القتل العمدى مانعاً لاستحقاق الوصية وبالنتيجة يستبعد القتل الخطأ والقتل في حالة الدفاع الشرعي(1).

والملاحظ أن هذه المادة لم تفصل في أحكام القتل المانع للوصية مثل ما جاء في نص المادة(135و137) من ذات التقنين، وتبعاً لذلك لا يستحق الوصية قاتل الموصي عمداً سواء كان فاعلاً أصلياً أو شريكاً، شاهد زور وأدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه، ولا يستحقها من كان عالماً أو مديراً للقتل ولم يخبر السلطات المعنية.

أما إذا كان القاتل غير مميز أو مجنون أو غاب عقله بتأثير مواد أو أدوية تناولها قهراً عنه، فإن الوصية في هذه الحالة تنفذ له لانعدام رضاه، وتبعاً لذلك يشترط أن يكون الموصي له -القاتل -عاقلاً ومميزاً بالغاً وأهلاً للمسؤولية الجنائية-المواد(48،47و49)من تقنين العقوبات - وأن يكون القتل عدواناً بغير حق ولا عذر قانوني - الفقرة الأولى من المادة(135)من تقنين الأسرة- وألا يكون في حالة الدفاع الشرعي - المادة(52)من تقنين العقوبات - (2).

غير أن المشرع الجزائري لم يوضح إذا تم القتل قبل أو بعد إنشاء الوصية إلا أن أصحاب المذهب المالكي والحنبلي رأوا أنه تصح الوصية للقاتل بشرط أن تقع بعد الضربة وأن يعرف المقتول قاتله ورغم ذلك أوصى له ومات، أما إذا أوصى له قبل أن يضره فأماته فهنا تبطل الوصية لاشتباه استعجال الوصية كال ميراث(3).

(1)- حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 65 .

(2)- بلحاج العربي ، مرجع سابق، ص 262 .

(3)- عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص283/ زروق عبد الرؤف حموش محمد" حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري"، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 14 ، السنة الدراسية 2005 - 2006 ، ص 8 .

أما الجزء الثاني من الشرط فيخص بالألا يكون الموصى له وارثاً: فعن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة"، وروى عن ابن عباس قوله: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " لا تجوز وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة"(1).

وانطلاقاً من ذلك فقد أجاز جمهور الفقهاء الوصية للوارث بشرط قبولها من طرف الورثة على ألا تكون هذه الإجازة إلا بعد وفاة الموصي لكون الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، وتجدر الإشارة إلى أن العبرة في تحديد صفة الوارث -إن كان الموصى له من الورثة أم لا - هي بتاريخ وفاة الموصي لا بتاريخ إنشاء الوصية.

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة(189)من تقنين الأسرة وقرار المحكمة العليا التي قضت بأنه من المقرر شرعاً وقانوناً أن لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة المورث(3). كما أن المادة(185)من ذات التقنين أعطت للموصي حرية التصرف في أمواله في حدود الثلث من التركة دون إجازة الورثة، وهذا ما أكدته قرار المحكمة العليا على أنه من المقرر شرعاً وقانوناً أن الوصية تنفذ في حدود ثلث التركة ودون إجازة الورثة(3)، وبذلك تكون المادة قد أزلت الغموض الذي ساد الفقرة الأولى من المادة(408)التقنين المدني، إذ أنها تعلق تصرف المريض مرض الموت بطريق الوصية للوارث على إجازة الورثة وهذا دون توضيح إذا زاد الحد على الثلث أم لا(4).

➤ أن يكون الموصى له أهلاً للتمليك والاستحقاق: اتفق جمهور الفقهاء على أنه لا تصح الوصية لمن ليس أهلاً للتملك حقيقة كالإنسان أو تقديراً كالشخص المعنوي، فمن أوصى لحيوان بطلت وصيته لأنه ليس أهلاً للتملك والاستحقاق(5).

(1)- رواهما الدارقطني في سنن الدارقطني/ محمد بن علي بن محمد الشوكاني "نيل الأوطار"ص377.

(2)- قرار رقم 86039 والصادر في 1992/11/24. / (3)- قرار رقم 74249 والصادر في 1991/05/28.

(4)- بلحاج العربي"، مرجع سابق، ص 265 .

(5)- عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص280.

وهذا ما لم يتطرق له المشرع الجزائري في تقنين الأسرة وإن الإغفال عن هذا الشرط يجعلنا نفهم أن الوصية لمن ليس أهلاً للاستحقاق تكون صحيحة في بعض الحالات كالوصية لبناء مسجد أو مدرسة، إذ لا تكون للتمليك بل مجرد وصية بتصرف أي إخراج مال من تركته(1).

➤ ألا يكون الموصى له جهة معصية: أي أن لا تكون محرمة شرعاً وقانوناً.

فالوصية شرعت لتكون قرينة وصلة للرحم وإعانة ذوي القربى واليتامى لا من أجل الفساد والمنكر والخروج عن المعقول، لذلك لا تصح وصية المسلم إذا أوصى لجهة حرمتها الشريعة الإسلامية والقانون، كالوصية لدور اللهو وأندية القمار، الكنائس أو المعابد التي لا تخص المسلمين. كما قد تكون الجهة الموصى إليها غير محرمة في حد ذاتها إلا أن الباعث محرم كالوصية من أجل استمرار العلاقة غير الشرعية بين الموصي والخليفة(2).

وحسب أصحاب المذهب المالكي والحنبلي - منهم ابن تيمية وابن القيم - فإن هذه الوصية تكون باطلة لكون العبرة بالقصد والنية وبما أن الباعث فيها جاء مناف لمقاصد الشريعة الإسلامية، وهذا الأمر نجده قد أقر ما ورد في المواد (97 و98) من التقنين المدني(3).

ثانياً: حالة الوصية المشتركة

يقصد بالوصية المشتركة تلك التي يشترك فيها أكثر من نوع في الموصى له وهذا ما نصت عليه المادة 32 من قانون الوصية المصري - قد يكون معين، جماعة محصورة أو غير كذلك، جهة من جهات البر والخير - ، فحكم هذه الوصية يكون بتقسيم الموصى به بحسب ما نص عليه الموصي وإذا لم يحدد نصيب كل نوع على حدا كان لكل معين ولكل فرد من أفراد الجماعة المحصورة وجهة البر و الخير سهم، حيث يعتبر كل واحد من المعنيين والمحصورين السابق ذكرهم موصى له بصفة منفردة، أما بخصوص جهة البر والغير محصورين فيعتبر كل منهما موصى له واحد(4).

(1)- بلحاج العربي ، مرجع سابق، ص 259 .

(2)- محمد مصطفى شلبي ، مرجع سابق، ص74

(3)- زهدور محمد ، مرجع سابق، ص56/ زروق عبد الرؤوف وحموش محمد، مرجع سابق، ص8 .

(4)- محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص119.

مثالاً عن ذلك : لو أوصى شخص بثلاث ماله لكل من محمد وأحمد ولأولاد عبد الرحمان وكانوا عند وفاة الموصي 4 وللفقراء ولجمعية المعوقين، فيتم تقسيم الموصى به إلى ثمانية أسهم إذ يأخذ كل من محمد وأحمد سهم، أما الأولاد فلهم أربعة أسهم و يكون للفقراء سهم و للجمعية سهم(1)، ولقد نصت المواد(194و195)على أحكام الوصية المشتركة، إذ أن المادة(194) تعرضت لحالة الوصية لشخصين والتي يكون فيها الموصى به مشتركاً بينهما.

أما المادة (195)فقد تطرقت لحالة أخرى هي: إذا ما تم الايصاء لشخصين معينين ولم يحدد نصيب كل منهما، فإذا توفي أحد الموصى لهما وقت الوصية أو بعدها وقبل وفاة الموصي، فهنا ترجع الوصية كلها للحي منهما، وإذا ما تم تحديد نصيب كل منهما ففي هذه الحالة لا يستحق الحي إلا ما حدد له.

الفرع الثالث: الموصى به

يقصد بالموصى به -محل الوصية- كل ما يصح أن يملكه الموصى له ومما يجوز الانتفاع به من مال أو منفعة(2). إلا أنه قبل التطرق إلى الشروط الواجب توافرها في الموصى به وجب علينا معرفة أنواعه أولاً.

أولاً: أنواع الموصى به

حسب ما نصت عليه المادة(190)من تقنين الأسرة فإن جميع ما يصح تملكه من الأموال المباحة سواء كانت عيناً أو منفعةً يجوز أن تكون محلاً للوصية . وانطلاقاً من ذلك يمكن تقسيم الموصى به إلى:

- الوصية بالمنافع: هذا النوع ليس من الحقوق التي تورث و لكن تصح به الوصية لأنها تصلح أن تكون محلاً للتعاقد حال حياة الموصي(3) .

وذلك كالأموال الحكيمة.ويقصد بالمنافع كل ما يستفاد من الأعيان التي تكون الوصية بنتائجها أو منفعتها ودون عينها، وبذلك فهي تشمل : الوصية بالمنافع المحضة للعين كسكن الدار وزرع الأرض.

(1)-بلحاج العربي، مرجع سابق،ص294 .

(2)-عبد الله الجبوري وعبد الحق حميش ، مرجع سابق، ص 173.

(3)-محمد كمال الدين ، مرجع سابق، ص 177 .

- الوصية بإيراد المنافع المحضة، كأجرة الدار أو الأرض.
 - الوصية بثمرات الأعيان، كغلات الأرض.
 - الوصية بحقوق الارتفاق.
 - الوصية بقدر من المال يدفع شهرياً مثلاً من غلة الأرض.
 - الوصية بالتأجير أو الإقراض⁽¹⁾، كما أنه تصح الوصية إذا كان الموصي مالكاً للعين والمنفعة معاً أو مالكاً للمنفعة فقط، كالمستأجر الذي يوصي بمنافع العين المستأجرة خلال مدة الإيجار.
- وهذا النوع من الوصايا يكون جائز باتفاق جمهور الفقهاء⁽²⁾، وهذا ما قصد به أيضا المشرع الجزائري في المادتين (190 و196) من تقنين الأسرة، إذ وردت كلمة المنفعة فيها بالمعنى الواسع، حيث أنه أجاز الوصية بالمنافع في المادة (190) أما المادة (196) فقد اشترط في المنفعة غير المحدودة بمدة ضرورة انتهائها بوفاة الموصى له، وتبعاً لذلك نكون أمام نوعين من الوصية بالمنافع: فقد تكون الوصية مؤقتة ومقيدة بمدة معينة ومعلومة البداية والنهاية فيستحق الموصى له المنفعة في تلك المدة، إلا أنه قد يموت الموصي خلال تلك المدة فيستحق الموصى له المنفعة فيما تبقى من تلك المدة.
- وقد تكون هذه المدة غير معلومة البداية والنهاية، كأن يقول الموصي أوصيت بدار لفلان مدة ثلاثة سنوات، فالراجع هنا أن الوصية تبدأ بوفاة الموصي مباشرة وتحسب المدة من ذلك الوقت⁽³⁾، وأخيراً قد تكون الوصية مؤبدة ومطلقة أي لا تقيد بمدة فهذا النوع نجده يضم ثلاثة حالات⁽⁴⁾.
- ولقد اعتبر أصحاب المذهب المالكي والحنفي - على خلاف أصحاب المذهبين الحنبلي والشافعي - أن تقدير المنفعة هو دائماً بقيمة العين التي تحمل تلك المنفعة لا قيمة المنفعة

(1) - بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 307 .

(2) - محمد ابو زهرة، مرجع سابق، ص 143 .

(3) - محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 178-179.

(4) - أنظر بلحاج العربي في كتاب الميراث و الوصية في القانون الجزائري -، ص 309 .

مستقلة سواء تعلق الأمر بالوصية المطلقة أو المؤقتة⁽¹⁾، ويتم تقدير قيمة المنفعة من خلال معرفة أجر المثل للعين التي تحمل المنفعة في مدة الوصية إلا أنه إذا تعلق الأمر بالوصية المطلقة فتتبعاً للرأي الراجح فإنه يتم تقدير العين بمنافعها.

وحسب رأي جمهور الفقهاء فإنه يحق للموصى له الانتفاع على أي وجه يشاء قد يكون بالاستغلال أو بالاستعمال الشخصي بشرط ألا يترتب على تصرف الموصى له ضررٌ بالعين الموصى بها⁽²⁾.

■ الوصية بالمال: تصح الوصية بكل مال منقول من الأعيان وبكل مال موجود أو قابل للوجود وقت موت الموصي⁽³⁾، وعليه يقصد بالمال كل ما يصلح أن ينتقل بالميراث كالأموال الحقيقية-النقود-والأشياء العينية من عقارات والحقوق التي تتعلق بها كحقوق الارتفاق مثلاً إلى جانب المنقولات والديون التي في ذمة الغير.

وتتبعاً لنص المادة(190) من تقنين الأسرة فإنه يشترط في هذه الأموال أن تكون معينة بالذات أما إذا كانت غير كذلك ولم تكن جزء في شيء معين ولا نوع معين بل كان شائعاً في المال كله، فيشترط وجوده عند الوفاة وإلا بطلت الوصية.

ثانياً: شروط الموصى به

يشترط لصحة الموصى به توافر جملة من الشروط نذكرها كما يلي:

➤ أن يكون المال قابلاً للتوارث: اتفق الفقهاء على أن كل ما يصلح أن يكون تركه يصلح أن يكون محلاً للإيصاء ويندرج في ذلك كافة الأموال بمختلف أنواعها-سبق ذكرها- إلا أنهم اختلفوا في الوصية بالمنافع فأصحاب المذهب الحنفي لا يجيزون الوصية بها فحين يجيزها أصحاب المذهب المالكي والشافعي إذ أنهم يجيزوا أيضاً الوصية بحق الخلو⁽⁴⁾

(1)-زروق عبد الرؤوف و حموش محمد، مرجع سابق، ص 16 .

(2)-محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 166 .

(3)- مسعود الهلالي، مرجع سابق، ص 53 .

(4)-الخلو عند المالكية هو اسم للمنفعة التي يملكها من أنفق ماله في عمارة وقف أوفي الصرف على مصارفه كمن يقدم مالا لبناء عمارة الوقف مع حق البقاء فيها-أنظر أحمد فراج حسين، مرجع سابق،ص114.

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة(190)من تقنين الأسرة.

➤ أن يكون المال مُتقوماً: هذا الشرط يخص الموصى به إذا كان مالاً وليس منفعة وحقاً عينياً، فإذا المال الذي يصح أن يكون موضوعاً للوصية وجب أن يكون مما يجوز الانتفاع به شرعاً، فالخمر والخنزير والمخدرات هي أموال غير متقومة في الشريعة الإسلامية(1).

➤ أن يكون قابلاً للتملك: معنى ذلك أن يكون الموصى به مما يجوز تملكه بعقد من العقود - كالبيع، الهبة، الإيجار - خاصة أن الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت وهذا ما تضمنته المادة(184)من تقنين الأسرة، وعليه لا تصح الوصية بالأموال المباحة والغير مملوكة بعقد معين، ولا بالوظائف العامة أو الأموال العامة وغيرها من الحقوق الشخصية والمهنية المحصنة، لكونها لا تُورث ولا تصح أن تكون محلاً للتعاقد الموصى حال حياته(2).

➤ أن يكون الموصى له موجوداً:يتعلق بأعيان الأموال فهنا وجب التمييز بين أمرين:

- إن كان الموصى به معيناً بالذات كأن يقال: أوصيت بكتابي هذا، اشترط في هذه الحالة وجود هذا الكتاب في ملك الموصي وقت الإيصاء، لذا لا تصح الوصية بملك الغير حتى لو ملكه بعد الوصية ثم توفي، وهذا بإجماع الفقهاء و ما قصدته المادة(190)من تقنين الأسرة.

- أما إذا كان الموصى به غير معين بالذات كما لو كان جزء شائع في المال كله فهنا تكون العبرة بوجوده في ملك الموصي عند الوفاة(3).

➤ ألا يكون الموصى به مستغرقاً بالدين: المقصود من ذلك ألا يكون الموصي مدينا بديون تستغرق كل ماله، فديون العباد مقدمة على الوصية والإرث وهذا لتعلق حق الدائنين بأموال المدين، فالديون تأتي في المرتبة الثانية بعد مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع حسب نص المادة(180)من ذات التقنين.

(1)-حمدي باشا عمر، مرجع سابق،ص55/محمدمصطفى شلبي، مرجع سابق،ص127

(2)-بلحاج العربي، مرجع سابق،ص 268 .

(3)- محمد مصطفى شلبي، المرجع نفسه،ص128/ بلحاج العربي، المرجع نفسه،ص268 .

فأداء الديون واجب على كل المسلمين بينما الوصية في غير الواجبات مندوبة أو مباحة والواجب مقدم على المندوب والمباح في أحكام الفقه وتبعاً لذلك تبقى الوصية موقوفة على إجازة الورثة وأصحاب الحق الشرعيين إلا أنه رغم ذلك قد تصح هذه الوصية في حالتين هما: (1)

- إذا أبرأ الغرماء الدين و أسقطوه.

- إذا أجاز الغرماء تنفيذ الوصية قبل الدين.

➤ ألا يزيد الموصى به عن الثلث: عملاً بنص المادة (185) من ذات التقنين وكذا

الحديث النبوي الشريف عن سعيد بن أبي وقاص عن النبي صلى الله عليه وسلم " الثلث والثلث كثير" رواه البخاري ومسلم، فإنه يشترط لتنفيذ الوصية أن يكون الموصى به في حدود الثلث من التركة وما زاد عن ذلك فهو خالص للورثة فإذا تجاوزت الوصية هذا الحد - حسب رأي فريق من أصحاب المذهب المالكي - فإنها تقع باطلة بالنسبة للزيادة و إذا ما أجازها الورثة فإنها تأخذ حكم الهبة من أموالهم

واعتبر فريق آخر منهم أن الزيادة صحيحة وموقوفة على إجازة الورثة بشرط أن تكون الوصية لغير الوارث وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة (185) من تقنين الأسرة وإذا لم يكن للموصي وارثاً تكون الزيادة عن الثلث باطلة وتؤول إلى الخزينة العامة (2).

أما بخصوص وقت تقدير الثلث فتبعاً للرأي المشهور عند أصحاب المذهب المالكي

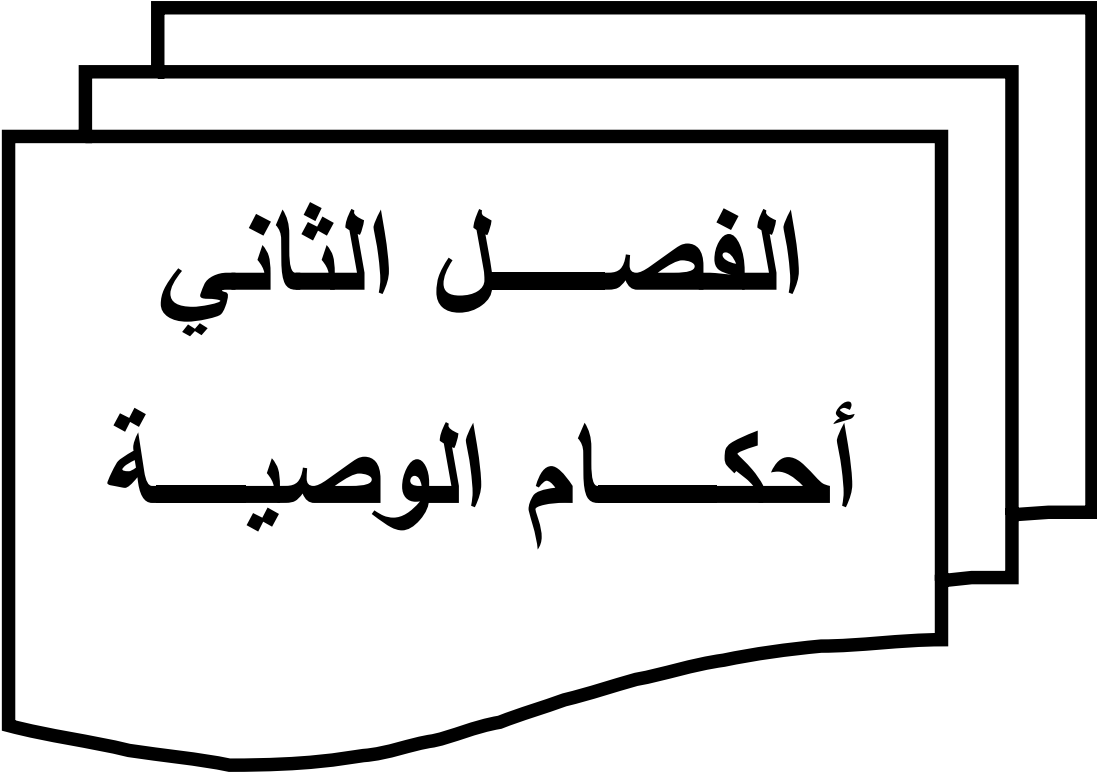
والحنفي " إن وقت تقدير ما يتركه الموصي هو وقت القسمة وبعد قبض كل من الورثة والموصى له حقهم، لأنه الوقت الذي تنفذ فيه الوصية (3).

إلا أن تقنين الأسرة لم ينص على ذلك لذا وجب علينا الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية تبعاً لنص المادة (222) من تقنين الأسرة

(1) - بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 269/حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 56.

(2) - حمدي باشا، مرجع نفسه" ص 57 .

(3) - محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 138.



الفصل الثاني

أحكام الوصية

متى نشأت الوصية صحيحة مستوفية لركنها وكافة شروطها اعتبرت بذلك قابلة للتنفيذ. وفي العموم تخضع الوصية في التشريع الجزائري لأحكام موزعة بين التقنين المدني وتقنين الأسرة، بالرغم أن هذا الأخير يضم غالبية أحكامها، كما أن ما تم تنظيمه في التقنين المدني لا يعد وصية بالمعنى الشرعي ابتداءً، وإنما هو تنظيم لبعض التصرفات التي يلحقها المشرع بالوصية الحكمية، لكن العبرة في اعتبار التصرف وصية هو ما تم الاستقرار عليه إنتهاءً. ولتفصيل ما سبق ذكره نقسم هذا الفصل إلى مبحثين، الأول نتناول تنفيذ الوصية وبطلانها، أما الثاني فخصصناه للتصرفات الملحقة بالوصية في كل من تقنين الأسرة وكذا التقنين المدني.

المبحث الأول تنفيذ الوصية وبطلانها

إن تنفيذ الوصية يتوقف على صحتها وثبوتها إلا إذا وجد ما يعترض تنفيذها فيبطلها وهذا ما سنتناوله ضمن مطلبين، إذ جعلنا الأول لتنفيذ الوصية أما بطلانها فخصصناه في الثاني.

المطلب الأول تنفيذ الوصية

لا يتأتى تنفيذ الوصية إلا بعد إثبات وجود الوصية المدعى بها ومعرفة إجراءات التسجيل والشهر الخاصة بها وهذا ما سنذكره في فرعين.

الفرع الأول: إثبات الوصية طبقاً للمادة (191) من تقنين الأسرة

باعتبار الوصية تصرفاً قانونياً ينشأ بإرادة منفردة للموصي فإنه يمكن إثباتها بمختلف طرق الإثبات، إلا أن المادة (191) قد حسمت هذه المسألة في طريقين اثنين هما:

أولاً: إثبات الوصية بموجب عقد توثيقي

تبعاً للفقرة الأولى من المادة يتضح لنا أن الوصية تثبت بتصريح الموصي أمام الموثق الذي يحرر عقد بحضور شاهدي عدل وذلك تحت طائلة البطلان المطلق مع مراعاة ما نصت عليه المادتين (324 مكرر 2 و 324 مكرر 3) خاصة أن الوصية من العقود الإحتفالية التي أخضعها المشرع لإجراءات خاصة ميزها عن باقي العقود التوثيقية الأخرى - خاصة إذا تعلق الأمر بوصية متضمنة نقل ملكية عقار أو حق عيني -، فمن بين هذه الإجراءات الواجبة على الموثق احترامها هي مسألة الشهود، والذي نقصده هنا هم شهود العدل ويسمون شهود الانعقاد بخلاف شهود الإثبات - الذين يجوز لهم أن يكونوا من أقارب طرفي العقد - إذا يشترط فيهم الأهلية وأن لا يكون صالح لهما في الوصية وأن لا تربطهما بالموثق أو المتعاقدين صلة قرابة أو مصاهرة، والحكمة من ذلك تتجلى في فرضية احتمال قيام مصلحة لهما في الوصية أو

تواطؤ لذا فالوصية المحررة بحضور شاهدين من الأقارب تكون باطلبة لعدة أسباب نذكر منها: (1)

1- نصت المادة (16) من قانون 27-88 المتضمن مهنة الموثق "يستطيع أقارب وأصهار الأطراف المتعاقدين أن يكونوا شهود إثبات" فبمفهوم المخالفة لا يمكن لهؤلاء الشهود أن يكونوا شهود عقد أو عدل بل شهود اثبات أو تعريف، لذا نجد بعض الموثقين يلجؤون إلى تحرير الوصية بأربعة شهود، شاهدي اثبات من الأقارب وشاهدي عدل من غيرهم.

2- ورد في المادة (324 مكرر 3) من التقنين المدني "يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الرسمية - ويقصد بها العقود الإحتفالية - Les Actes Solennels - بحضور شاهدي عقد، وعليه فإن تحرير الوصية من دون احترام الشكليات المقررة في تلك المادة وكذا المادة (16) المذكورة أعلاه فإنه تنزع الرسمية من العقد، وهو ما أكدته المحكمة العليا في القرار الذي جاء فيه على أنه من المقرر قانوناً أنه تثبت الوصية بتصريح الموصى أمام الموثق بتحرير عقد بذلك وفي حالة وجود مانع تثبت الوصية بحكم ويؤشر به من هامش أصل الملكية (2).

ضف إلى ذلك وجب على الموثق عند تحريره للوصية أن يشير بدقة إلى صفة كل من الموصي والموصى له وإزالة اللبس عن كل ما يمكن أن يؤدي إلى اشتباه الوصية أو اختلاطها بما يماثلها مع غيرها من العقود (3).

غير أن الملاحظ للمادة (191) يجد أن المشرع الجزائري لم يميز بين أنواع الموصى به إذا ما كان عقاراً أو منقولاً... إلخ، وعليه فمهما كان نوع الموصى به فإن إثبات الوصية لا بد أن يكون في الشكل الرسمي - سبق ذكره آنفاً - حتى يكون له قوة إلزامية وحجية قانونية، وعليه فالوثيقة المنشئة لذلك التصرف وفقاً لإجراءات قانونية - سبق ذكرها - تكون أداة و وسيلة إثبات يمكن اللجوء إليها في حالة نشوء نزاع.

(1) - المدونة القانونية "قاعدة الرسمية و الشهر العقاري في القانون الجزائري"، الإثنين 12 أبريل 2010 وتم كتابتها في 3

أوت 2013 على الساعة: 12 و 52 د <http://procedurejudiciaire.blogspot.com>

ملاحظة: تم إلغاء القانون 27-88 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق بالقانون 02-06 المؤرخ في 20-08-2006.

(2) - قرار رقم 160350 والصادر في 23-12-1997 / (3) - حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 73 .

إلا أن السؤال الذي يطرح نفسه هو مدى قيمة هذه الشكلية في القانون الجزائري فيما يتعلق بالوصية قبل صدور تقنين الأسرة ؟

في الواقع لم ينص التقنين المدني على الشكل في الوصية، لا كشكل للإنعقاد ولا كشكل للإثبات ولا حتى الشكل المتعلق بالشهر ومن ثمة وجب علينا الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية التي اعتدت بالرضائية في العقود والتصرفات ولكون الوصية تصرفا قانونيا صادر بإرادة منفردة للموصي، فإنها تتعقد عند صدورها باللفظ أو الإشارة التي تتطوي على التملك بعد الموت ففي هذا المقام قال القرطبي : ذكر الكتابة مبالغة في زيادة التوثيق وإلا فالوصية المشهود بها متفق عليها ولو لم تكن مكتوبة، فإذا تخلفت الكتابة يمكن إثبات الوصية بالشهادة أو بإقرار الورثة(1)، وعليه لا تخضع الوصية في الجزائر إلى شكل معين، حيث أنها تتم بكل عبارة أو كتابة عرفية أو رسمية لكون الرضائية هي الأصل ولكن إذا شاء الأطراف كتابة وصاياهم فلم ذلك وهذا مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم " ما حق إمريء مسلم له شيء يوصي به يبيت ليلتين إلا وصيته مكتوبة عنده "(2) وكذا ما أكدته القرار المؤرخ في 30-04-1969 على أنه من المقرر في الشريعة الإسلامية أن الوصية لا تخضع لأية صيغة شكلية وأنه يمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات (3) .

غير أنه بصدور تقنين الأسرة الجزائري نجده قد غير هذه الفكرة-نص المادة(191)منه- فمتى كانت الوصية ثابتة بموجب عقد توثيقي تكون نافذة مباشرة ودون الحاجة لاستصدار حكم به وهذا تبعا لنص المادتين(324مكرر و324مكرر6)من التقنين المدني وما لم يتم إيقاف تنفيذه بموجب دعوى تزوير أو دعوى بطلان (4) .

(1)- محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، مرجع سابق، ص361.

(2)-رواه مسلم " في كتاب الوصايا"ج2، 1627/1.

(3)- حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 210 .

(4)- علاوة بوتغرار ، مرجع سابق، ص 23 .

ثانياً: إثبات الوصية بموجب حكم قضائي

جاء في الفقرة 2 من المادة (191) على أنه في حالة وجود مانع قاهر فإنه تثبت الوصية بحكم ويؤشر به على هامش أصل الملكية، وتبعاً لذلك تعد هذه الفقرة استثناءً لما ورد في الفقرة الأولى، فالمانع القاهر هو كل ظرف يشكل عائق على الموصي ويحول دون تمكنه من إثبات وصيته بعقد توثيقي ومثالا عن ذلك:

- حالة عدم تمكن الموصي من إتمام عملية تحرير الوصية إذ منعه من ذلك مانع قاهر كأن يلتمس من الموثق أن يحرر له العقد وبحضور شاهدي عدل، إلا أنه أثناء توجه الموصي إلى مكتب التوثيق صدمته سيارة فمات، ففي مثل هذه الحالة يمكن للموصي له باعتباره صاحب المصلحة رفع دعوى قضائية عادية يطلب فيها إثبات هذه الوصية بحكم ومتى صار هذا الحكم نهائياً فإنه يتم التأشير به على هامش أصل الملكية(1)، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه على أنه تثبت الوصية بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك وإلا تثبت بحكم ويؤشر به على هامش أصل الملكية(2).

الفرع الثاني: إجراءات تنفيذ الوصية وشهرها

أولاً: كيفية تنفيذ الوصية وتسجيلها

يتم تنفيذ الوصية من التركة بعد إخراج الحقوق المقررة منها شرعاً وقانوناً - مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع، الديون الثابتة في ذمة المتوفي - وهذا تبعاً للمادة (180) من تقنين الأسرة، ومن ثمة يكون تنفيذ الوصية من الثلث الباقي لا من ثلث جميع المال.

(1) -حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص74/ جغوب محفوظ، مرجع سابق، ص41 .

(2) -قرار رقم 160350 والصادر في 23-12-1997 الذي جاء فيه" إذ أنه من المقرر قانوناً أنه تثبت الوصية بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ويؤشر به على هامش أصل الملكية ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم باستبعاد الوصية الشفوية بسبب عدم التصريح بها أمام الموثق طبقوا صحيح القانون" مجلة الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص295.

فإذا كانت الوصية لغير وارث فإنها تنفذ جبراً على الورثة ولا يشترط إجازتهم، أما إذا كانت لوارث أو بما زادت عن الثلث فإنها لا تنفذ إلا بإجازة الورثة.

أما بخصوص التركة فقد تكون كلها أموال حاضرة أو خالية من الديون أو بإبراء المدينين للمدين، فهنا تنفذ الوصية من ثلث جميع الأموال سواء كان الموصى به نقوداً أو شيء معيناً إذ يأخذ الموصى له نصيبه كاملاً من التركة ودون تأخير(1).

إلا أنه إذا كانت الوصية بالمال وكانت التركة كلها مالا غائبا أو ديونا، ففي هذه الحالة يكون تنفيذ الوصية معلق أو موقوف حتى يحضر المال الغائب أو تستوفى الديون. كما قد يكون في التركة مالا حاضراً وآخر غائب أو دين أو كانت خليطاً من الأنواع الثلاثة فهنا ننظر إن كان هناك اتفاق بين الورثة والموصى له لأخذ حقه من التركة فوجب العمل بمقتضى هذا الاتفاق، وإن لم يوجد فقد اختلفت الطريقة المعمول بها، فقد يكون إختلاف في الموصى به الذي قد يكون نقوداً أو عيناً من الأعيان أو سهماً شائعاً في كل المال أو في نوع منه، كما قد يكون الإختلاف في من عليه الدين فقد يكون الدين على أجنبي كما قد يكون على أحد الورثة، ضف إلى ذلك قد يكون هذا الدين مؤجلاً عن وقت الوفاة والقسمة أو يكون قد حل أدائه عند الوفاة أو عند القسمة(2).

ولقد تم الفصل في كل هذه الأحكام في قانون الوصية المصري ضمن مواد من(43إلى46) منه والتي بدورها أخذت من المذهب الحنفي، إلا أن المشرع الجزائري لم يقدم أي حل لمثل هذه الأحكام مما يستوجب علينا الرجوع لمبادئ الشريعة الإسلامية تبعاً لنص المادة(222)من تقنين الأسرة.

وإذا كنا بصدد تنفيذ الوصية قد يعترضنا مشكل تزامن الوصايا - يقصد بها أن تتعدد الوصايا ويضيق الثلث عنها ولم يجر الورثة أو يجيزوا ولا تتسع التركة لتنفيذ كل الوصايا -

(1)- محمد مصطفى شلبي ، مرجع سابق ، ص164.

(2)- عبد الله الجبوري وعبد الحق حميش، مرجع سابق، ص191 - 192.

وبذلك لا يخلو حال تعدد الوصايا من أحد هذه الأمور الثلاثة(1):

- الأمر الأول:

أن تكون كلها للعباد وزادت تلك الوصايا في مجموعها عن الثلث، ولم يجز الورثة هذه الزيادة أو أنهم أجازوها ولم تتسع التركة لتنفيذ الوصايا كلها، فهنا تنفذ يقسم المال بينهم بالمقاصة مع مراعاة أن يأخذ كل موصل له بحسب ما قدر له من العين.

- الأمر الثاني:

أن تكون كلها قربات وحقوق لله تعالى فهي تأخذ أربعة أحوال:

الحالة (1): أن تكون كلها فرائض كالحج والزكاة.

الحالة (2): أن تكون كلها واجبات كال كفارات وزكاة الفطر.

الحالة (3): أن تكون كلها مندوبات كحج التطوع والصدقة للفقراء.

الحالة (4): أن تكون خليطاً من الأنواع السابقة أو بعضها.

وعليه إذا كانت كل الوصايا متحدة الرتبة كأن تكون كلها فرائض فإنه يقدم فيها ما استهل به المتوفي أولاً والذي يليه وهكذا... إلخ.

وأما إذا كانت الوصايا متفاوتة الرتبة أي إختلاط بين الفرائض والمندوب، فهنا تقدم الفرائض ثم الواجبات فالمندوبات وهكذا... إلخ.

- الأمر الثالث:

أن تكون الوصايا مختلطة كأن يكون بعضها لخالد مثلاً والآخر لله تعالى وهذا كمن يوصي بمقدار من المال للزكاة عنه، ولشخص ما ففي هذه الحالة يقسم الثلث من التركة عن جميعها إذ تكون لكل جهة من حقوق الله تعالى مفردة بسهم وليس أن يكون لكلها سهماً فللحج ربع الثلث وللزكاة الربع وللشخص الربع(2).

(1)- عبد الله الجبوري وعبد الحق حميش، مرجع سابق، ص 193 - 194/ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 320-321.

(2)- بلحاج العربي - المرجع نفسه - ص 321 .

أما بخصوص تنفيذ الوصية والإشكالات الإجرائية التي يثيرها هذا التنفيذ في التشريع الجزائري، فإنه يمكننا حصر هذه الإجراءات كما يلي(1):

- 1- يتم تحرير عقد الوصية أمام الموثق الذي يحدد فيه سهم ونصيب كل وارث ويذكر فيه وجود الوصية.
- 2- يعين خبير رضائي أو قضائي لحصر التركة - قد تكون منقولات، عقارات... إلخ -
- 3- تقيم التركة جملة وبعدها يقيم القدر الذي يجوز فيه الوصية شرعاً وقانوناً.
- 4- يأخذ الموصى له أولاً حقه المقرر شرعاً و قانوناً وما بقي من التركة يقسمه الورثة بحسب سهامهم.

إلا أن الصعوبة تكمن في حالة وجود وصية بعقارات معينة يجهل ما إذا كانت تمثل الثلث أو تزيد عنه أو تقل، فهنا يستحسن لجوء الموصى له إلى القضاء أو الورثة لإلتماس تعيين خبير وحصر التركة وأداء الديون المستحقة إن وجدت بالطبع، ثم معرفة مقدار الثلث الموصى به بدقة - هذا وقد اقترحت الغرفة الوطنية للموثقين في الندوة الوطنية التي عقدتها يومي 12 و 16 مارس 1998 بخصوص تقنين الأسرة من أجل إثرائه وإدخال إضافة على المادة(201) لتصبح صياغتها كما يلي : "ولا تنفذ الوصية إلا بعد حصر التركة منقولاً أو عقاراً وتقييمها بتقرير خبرة رضائية أو قضائية"(2)، وهكذا تنفذ الوصية رفقة مضمون الحكم النهائي وبعدها يتم استكمال إجراءات التسجيل التي تتم من طرف مفتش التسجيل الذي يقوم بتسجيل جميع التصرفات التي أخضعها القانون لإجراء التسجيل أو التي أراد أصحابها إعطائها تاريخاً ثابتاً بغض النظر عن طبيعتها -عقاراً كانت أو منقولاً- مع خضوع العملية لدفع رسوم التسجيل(3)، لذا ارتأى المشرع الجزائري إخضاع الوصية إلى إجراءات التوثيق، فضلاً عن استفادة الدولة في تحصيل الرسوم وتسجيل الوصية طبقاً للمادة(64) من الأمر رقم 105-76 المؤرخ في 09-12-1976 المتضمن قانون التسجيل وذلك في آجال ثلاثة أشهر ابتداءً من يوم تاريخ وفاة الموصي إلا أن هذه الآجال تم إلغاؤها بموجب المادة(15) من قانون المالية 2004 .

1- علاوة بوتغرار، مرجع سابق، ص 31 .

2- جغوب محفوظ، مرجع سابق، ص 43

3- بن شويخ الرشيد" الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة" ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 71.

ثانياً: شهر الوصية

تعد الوصية من التصرفات القانونية الكثيرة الإنتشار ومن أهم التبرعات بالأموال بعد الموت، فهي بذلك سبب من أسباب كسب الملكية وعليه إذا تعلق الأمر بحقوق عينية عقارية فيجب إفراغها في الشكل الرسمي والذي يخضع للشهر العقاري، وذلك تماشياً مع أحكام الأمر 75- 74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري(1)، وهذا رغم عدم وجود نص خاص ينص على شهر الوصية، إلا أنه بالرجوع إلى القواعد العامة في انتقال الملكية العقارية نجدها تقرر ذلك في المواد التالية(2) :

- المادة(793) من التقنين المدني التي تقر على عدم انتقال الملكية أو الحقوق العينية التابعة للعقار إلا بمراعات الإجراءات المنصوص عليها في القانون وبالأخص تلك القوانين التي تديرها مصلحة الشهر العقاري.

- أكدت هذا المبدأ المادة(16) من الأمر 75-74، ضف إلى ذلك فقد جاء في نص المادة(15) من ذات الأمر على أنه في حالة نقل الملكية عن طريق الوفاة فإن مفعوله يسري من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية.

- كما أن المرسوم التنفيذي رقم 76-62 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام والمرسوم التنفيذي 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري(3) قد اشترطاً على الموصي له قيد حقه كلما أراد التصرف فيه وهذا باستصدار شهادة رسمية موثقة تثبت انتقال هذا الحق، ثم قيده في مجموعة البطاقات العقارية والتي تحمل اسم جميع الموصي لهم وهذا ما تضمنته المواد (39 و 62) من المرسوم 76-63.

- أما الفقرة الأولى من المادة(91) من المرسوم 76-63 فقد نصت على أنه "كل انتقال أو انشاء أو انقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة ضمن الآجال المحددة في المادة(99) يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة".

(1)-أمر 75-74 مؤرخ في 8 ذي القعدة 1395 والموافق 12 نوفمبر 1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

(2)- جغوب محفوظ، مرجع سابق، ص 44 .

(3)- مرسوم رقم 76-62 مؤرخ في 24 ربيع الأول 1395 الموافق 25 مارس 1976 يتعلق بإعداد مسح الأراضي العام.

- مرسوم رقم 76-63 مؤرخ في 24 ربيع الأول 1395 الموافق 25 مارس 1976 يتعلق بتأسيس السجل العقاري.

ولقد حددت المادة (99) من المرسوم 63-76 هذه الآجال بستة أشهر من تاريخ الوفاة وإلا اعتبر الموصى لهم مسؤولون مدنيا.

فإذا من مصلحة الموصى له شهر وصيته حتى تكون حجة على الكافة وتحقيقا لاستقرار المعاملات.

إلا أنه في حالة عدم شهر الوصية فإن هذا الأمر سيعطي صورة غير كاملة لسلسلة الملكية العقارية والذي سيؤدي إلى اضطراب التعامل في العقار، كما أن هذا الوضع سيثجع الورثة على التحايل بالتصرف في العقار الموصى به والذي نجده يضر بالغير حسن النية الذي لا تكون أمامه أية وسيلة للعلم بالوصية ما دام أنها لم تشهر، وتبعاً لذلك يستوجب على المشرع الجزائري وضع نص خاص يلزم فيه شهر الوصية، خاصة أن المصلحة وأصول التعامل تتطلب ذلك(1).

(1) - حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 86 .

المطلب الثاني بطلان الوصية

متى استوفت الوصية ركنها وشروطها كانت صحيحة فإذا قبلها الموصى له ولم يوجد ما يبطلها نفذت وترتب عليها آثارها، إلا أنه قد يحدث ما يلغيها ويبطلها سواء من جهة الموصي أو من جهة الموصى له أو من الموصى به، وسنشرح ذلك ضمن ثلاثة فروع.

الفرع الأول: بطلان الوصية من جهة الموصي

تبطل الوصية من جهة الموصي لعدة أسباب نذكرها كمايلي:

1- جنون الموصي جنوناً مطبقاً- ونحوه كالعته وهذا ما نصت عليه المادة 14 من قانون

الوصية المصري- إذ اتصل بالموت، ولأن الوصية تصرف غير لازم يصح الرجوع فيه متى شاء لولا هذا الجنون المتصل إذ يكون مطبقاً بامتداده سنة حسب رأي أصحاب المذهب الحنفي، وهذا لا اعتبار أقصى مدة للعبادات هي سنة كازكاة، ومادام أن هذا الجنون يمضي هذه العبادات فتسقط كلها في السنة وهذا دليل سقوط التكليف عند الموصي(1).

إلا أن جمهور الفقهاء رأوا أن الوصية لا تبطل بالجنون سواء كان مطبقاً أم لا، لأن شرط تحقق الأهلية واجب عند الإنعقاد ولا يؤثر زوالها بعد ذلك في صحة العقد أو التصرف، وهذا ما نفهمه من مضمون المادة (186) من تقنين الأسرة التي اشترطت سلامة العقل في الموصي عند الانعقاد فقط أخذاً بذلك برأي أصحاب المذهب المالكي.

وتبعاً لنص المادة (192) من تقنين الأسرة يحق للموصي الرجوع في وصيته متى شاء فإذا جن جنوناً مطبقاً متصلاً بالموت فقد طرأ عليه احتمال رجوعه عن وصيته ففي هذه الحالة تبطل الوصية وهذا مراعاة لحقه في الرجوع.

غير أنه إذا زالت أهلية الموصي بالحجر عليه للسفه أو الغفلة فلا تبطل الوصية وهذا ما اعتبره كل من أصحاب المذهب الحنفي وقانون الوصية المصري في المادة (16)(2).

(1)- أحمد محمود الشافعي، مرجع سابق، ص 72 .

(2)- عبد الرحمن الجزيري ، مرجع سابق، ص 282/كمال حمدي-المواريث والهبية والوصية-دط، منشأة المعارف، مصر، 1998، ص 208 .

أما المشرع الجزائري فقد أخضع كل من السفه وذو الغفلة إلى حكم واحد وهو أنهما لا يعتبران عديمي الأهلية كالمجنون والمعتوه، ومتى تم الحجر عليهما بسبب السفه أو الغفلة اعتبرا ناقصي الأهلية فقط(1) وهذا ما أكدته المادة(43)من التقنين المدني ضف إلى ذلك لم يبين المشرع حكم تصرفاتهما خاصة أنه يوجد تناقض بين نصوص المادة(43) من ذات التقنين والمادة (85)من تقنين الأسرة.

2- ردة الموصي بعد الوصية: كما هو معروف إذا ارتد الرجل عن الإسلام بعد الوصية ومات وهو على رده أو قتل أو لحق بدار الحكم وحكم بلحاظه فإن وصيته تبطل(2) كما أضاف أصحاب المذهب المالكي ردة الموصي له إذا مات ولم يرجع إلى الإسلام، إلا أن المشرع الجزائري لم يتطرق أيضا إلى هذه النقطة.

3- رجوع الموصي عن وصيته: تعد الوصية من التصرفات غير اللازمة إذ يستطيع الموصي الرجوع عن وصيته متى شاء، فإذا ما تحقق ذلك بطلت الوصية وهذا باتفاق الفقهاء والقوانين الوضعية وعلة جواز هذا الرجوع يعود إلى ما يلي(3):

➤ تعد الوصية تبرع لا يتم إلا بتمام موت الموصي وخلال ذلك يحق له التصرف بما أوصى به، لكون المال الموصى به لا يخرج من ضمانه العام إلا بوفاته وليس للموصي له اتخاذ أي إجراء بالتنفيذ الجبري على أموال الموصي قبل وفاته.

➤ أن القبول يتوقف على موت الموصي والإيجاب الذي لم يتصل به القبول جاز إبطاله في المعاوضات، فمن باب أولى جاز الرجوع عن الإيجاب في التبرعات وبه تبطل الوصية.

(1)- محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 67 .

(2)- محمد كمال الدين، مرجع سابق، ص 482 .

(3)-ابراهيم مصطفى الزلمي ، مرجع سابق، ص 171 .

وتتبعاً للمادة (192) من تقنين الأسرة قد يكون الرجوع صراحة أو ضمناً:

- الحالة الأولى: يمكن للموصي اللجوء إلى الموثق الذي حرر له الوصية ويلتمس منه تحرير عقد الرجوع عن الوصية وهذا بإرادته المنفردة ودون تسبب طلبه، ويتم ذلك بمحضر شاهدي عدل.

كما يمكن للموصي اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم يثبت رجوعه عن وصيته لاعتبار أن الحكم القضائي يعد من وسائل إثبات الوصية.

- الحالة الثانية: يكون الرجوع فيه عن الوصية بأي تصرف يقوم به الموصي بعد إبرام الوصية، كأن يقوم بالتصرف في العين الموصى بها وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار رقم 54727 المؤرخ في 24-01-1990(1).

- أما مسألة رهن الموصى به فلا يعد رجوعاً عن الوصية(2)، وهذا ما تضمنته المادة (193) من ذات التقنين. إلا أنه في المقابل يمكن أن يؤدي هذا الرهن إلى الحجز على الموصى به ومن ثمة بيعه في المزاد العلني، فهنا يكون مصير الوصية كما لو أنه هلك الشيء الموصى به، فتبطل الوصية في هذه الحالة لفوات محلها أما إذا هلك البعض فقط من الشيء الموصى به فهنا تكون الوصية صحيحة في حدود الباقي.

- وتتبعاً للمادة (194) من ذات التقنين إذا ما أوصى الموصي بمال معين ثم أوى لشخص آخر بنفس المال، فهذا لا يعد تراجعاً ضمناً بل يكون الموصى به مشتركاً بين الشخصين.

(1)- أنظر نبيل صقر - مرجع سابق - ص 380. /يوسف دلاندة- قانون الأسرة منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر رقم 02-05 مدعم بأحدث مبادئ و اجتهادات المحكمة العليا... - ط2، دار هومة، الجزائر، 2007، ص158.

(2)- طاهري حسين-الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري مدعماً باجتهاد المحكمة العليا والمذاهب الفقهية، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص224/ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص285 .

الفرع الثاني: بطلان الوصية من جهة الموصى له

تبطل الوصية من جهة الموصى في الحالات التالية:

1- موت الموصى له: إذا مات الموصى له قبل موت الموصي في الوصية بالأعيان أو المنافع وسواء علم الموصي بموته أم لا(1)، وبموت الموصى له أصبح غير أهل للتمليك ولا تنتقل الوصية في هذه الحالة إلى ورثته بل تبطل. ونفس الأمر إذا مات بعد الموصي وقبل ابتداء الانتفاع في الوصية بالمنفعة وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة(201)من تقنين الأسرة.

2- رد الموصى له الوصية: سواءاً كلها أو بعضها قبل قبوله وبعد موت الموصي وهذا باتفاق الفقهاء، أما بالنسبة لرده قبل موت الموصي فلا عبرة به عند جمهور الفقهاء إذ له أن يقبل الموصى به بعد وفاة الموصي(2).

أما مسألة رد الموصى له بعد قبوله الوصية فقد أبطلها أصحاب المذهب الحنفي بشرط قبول الورثة أو أحدهم لهذا الرد وهذا ما تضمنته المادة(201)من تقنين الأسرة.

3- قتل الموصى له الموصي: بشرط أن يكون عمداً و عدواناً وسواء كان القتل قبل الوصية أو بعدها، إذ قال أصحاب المذهب الحنفي والحنبلي بأن الوصية للقاتل تبطل في هذه الحالة وهذا عملاً بقوله صلى الله عليه وسلم "لا وصية لقاتل"، إلا أن أصحاب المذهب الشافعي اعتبروا أن القتل لا يمنع من استحقاق الوصية، أما أصحاب المذهب المالكي فقالوا إن كان القتل بعد الوصية فيمنعها وإن كانت الوصية بعد الجرح ولم يقتل وتمت الوصية قبل الموت فلا يؤثر القتل في هذه الحالة وتنفذ الوصية.

لقد أخذ المشرع الجزائري برأي أصحاب المذهب الحنفي في نص المادة(188)من تقنين الأسرة وكذا في نص المادة(135)التي تطرقت للقتل المانع من الإرث والحكم فيها كان واحد - سبق شرح ذلك - .

(1)- محمد كمال الدين ، مرجع سابق،ص380/أنظر المادة14من قانون الوصية المصري.

(2) مصطفى إبراهيم الزلمي، مرجع سابق،ص232/ محمد كمال الدين، المرجع نفسه، ص381/ أنظر المادة 24من قانون الوصية المصري.

4- تبطل الوصية في حالة تعذر وجود الجهة الموصى لها وهذا فيما إذا كانت هذه الوصية موجهة أصلاً لجهة غير موجودة أو أنها ستوجد في المستقبل(1).

5- تبطل أيضاً الوصية لو ارث وهذا ما ذهب إليه بعض الفقهاء حتى لو أجازها الورثة عملاً للحديث النبوي " لا وصية لو ارث".

إلا أن المشرع الجزائري فقد نص في المادة(189) من تقنين الأسرة على أنه تبطل الوصية لو ارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي.

الفرع الثالث: بطلان الوصية من جهة الموصى به

بالإضافة إلى بطلان الوصية من جهة طرفي الوصية فقد تبطل أيضاً من جهة محل الوصية – الموصى به - في هذه الحالات:

1- هلاك المحل الموصى به: أي الشيء الموصى به – سواءً كان الموصى به معيناً

بالذات أو بالنوع وسواء كان الهلاك كله أو بجزء شائع فيه-فإن الوصية تبطل

ولا يمكن تنفيذها لكون محلها صار غير موجود، ومثالاً عن ذلك من أوصى بسيارة معينة أو بجزء شائع فيها كنصفها ثم هلك قبل قبول الموصى له فهنا تبطل الوصية سواء كان الهلاك قبل موت الموصي أو بعده لفوات محل الوصية.

فمن أوصى بإبله أو بسهم شائع فيها كتلثها وهلك الإبل قبل قبول الموصى له بسبب غير موجب للضمان بطلت الوصية في هذه الحالة، أما إذا كان هلاكها بسبب موجب للضمان فلا تبطل الوصية لانتقال حق الموصى له إلى البذل(2).

ولم يتطرق المشرع الجزائري لهذه الحالة في تقنين الأسرة.

(1) - بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 318 / أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص 187 .

(2) - محمد كمال الدين، مرجع سابق، ص 481 .

2- ثبوت استحقاق الموصى به لغير الموصي سواء كان ذلك قبل موت الموصي أو بعده وقبل قبول الموصى له أو بعده، لأنه في هذه الحالة قد تبين أن الموصي قد أوصى بما ليس مملوكاً له(1).

فتبعاً لذلك فالبطلان في حالتي الهلاك أو الاستحقاق قد يكون كلياً إذا هلك الموصى به كلياً أو استحق كله، كما قد يكون جزئياً إذا كان الهلاك أو الاستحقاق جزء فقط. والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يتطرق لهذه الحالتين - الهلاك و الاستحقاق - على عكس المشرع المصري الذي تناولها في مواد(47،48،49)، كما أنه تناول مبطلات الوصية من الجهات الثلاثة في هذه المواد المتفرقة(8،27،24،19،18،17،15،14).

(1) - محمد كمال الدين، مرجع سابق، ص 481 .

المبحث الثاني

التصرفات الملحقة بالوصية في التقنين المدني وتقنين الأسرة

ذكرنا فيما سبق أن الوصية في عمومها تخضع لأحكام موزعة بين التقنين المدني وتقنين الأسرة، وتبعا لذلك سنتعرض لأحكام هذه التصرفات الملحقة بالوصية في مطلبين، إذ سنتناول في الأول التصرفات الواردة في التقنين المدني، أما الثاني فقد خصصناه للتصرفات الواردة في تقنين الأسرة.

المطلب الأول

التصرفات الواردة في التقنين المدني الجزائري

نص التقنين المدني على حالتين تأخذان فيها حكم الوصية هما: حالة تصرف المريض مرض الموت طبقا للمادة (776) والتي تضمنها الفرع الأول، أما الحالة الثانية فتخص تصرفات المورث لأحد ورثته طبقا للمادة (777) والذي سندرجه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تصرفات المريض مرض الموت طبقا للمادة (776)

نصت الفقرة الأولى من المادة " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف"، ومفاد ذلك أن العبرة في هذه الفقرة هو بالقصد أي النية وليس بظاهر القصد أو شكله، إذ أن هذه الفقرة جاءت بحكم عام يقضي بأن تصرفات المريض مرض الموت بقصد التبرع تأخذ حكم الوصية مهما كانت التسمية لهذا التصرف، فسواء كان بيعا، هبة، أو مبادلة... إلخ

وتبعا لذلك يمكننا استخلاص وجوب توافر شرطين في هذا التصرف: الأول خاص بأن يكون التصرف قد صدر في مرض الموت والثاني خاص بكونه تصرفا تبرعيا.

➤ الشرط الأول: صدور التصرف القانوني من المورث في مرض الموت: إذ يكون

الإنسان في أضعف حالاته النفسية والجسدية، خاضعا لتأثير الآخرين فيه والذين

يؤثرون على إرادته و وعيه فكل تصرف صادر في مرض الموت وأيا كانت التسمية التي أعطيت لهذا التصرف(1)- الذي جاء مطلقاً في الفقرة الأولى للمادة 176- فإذا وهب المورث عينا أو أقر بدين أو أبرأ مديناً له في حالته الصحية هذه، فإنه تسري على تصرفاته تلك أحكام الوصية ولا تنفذ الهبة والإقرار أو غيرها من التصرفات إلا في حدود ثلث التركة وتوقف على إجازة الورثة فيما يجاوز ذلك.

➤ الشرط الثاني: أن يقصد بهذا التصرف التبرع حيث يقصد المورث التبرع بالمحل المتصرف فيه للمتصرف، ونادراً ما يتصرف المورث في مرض موته معاوضة لا تبرعاً، وأكثر ما يقع ذلك في عقد البيع مع تسجيل ثمن بخس فإن ثبت أن ذلك الثمن تبرعي سرت عليه أحكام الوصية لا البيع في حق المتصرف إليه - المشتري - وهذا ما جاء في نص المادة(408)، إلا أنه إذا كنا بصدد عقد الهبة فإنه يسهل إثبات قصد التبرع لكون المادة(202) من تقنين الأسرة قد عرفت الهبة على أنها تمليك بلا عوض أي بقصد التبرع، وعليه متى ثبت أن الهبة صدرت في مرض الموت تبعا للمادة(204) من تقنين الأسرة- سيأتي شرحها - وأنه كان يقصد بها التبرع طبقت عليها أحكام الوصية طبقاً لتقنين الأسرة وهذا ما تؤكدته الفقرة الأولى من المادة(776) أما الفقرة الثانية من المادة(776) فقد نصت على أنه "... وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً" ومعنى ذلك أنه يقع على ورثة المتصرف عبء إثبات صدور التصرف عن مورثهم في مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق لأنهم يثبتون واقعة مادية، وبذلك يكون المشرع قد خفف عبء الإثبات على الورثة بنقل محله إلى واقعة أخرى متصلة يسهل عليهم إثباتها.

(1)- عبد الرزاق السنهوري"الوسيط في شرح القانون المدني الجديد" المجلد 1، أسباب كسب الملكية، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص 222 .

إذ لا يكون عليهم إثبات أن التصرف صدر على سبيل التبرع، وإنما يكفي عليهم إقامة الدليل على صدور التصرف في مرض الموت(1)، ومتى نجحوا في ذلك قامت قرينة بسيطة لفائدتهم مفادها أن هذا التصرف صادر على سبيل التبرع.

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الذي اعتبرت فيه أن الهبة أثناء مرض الموت تعد وصيةً، وعلى الورثة إثبات أن الهبة قد صدرت من مورثهم وهو في مرض موته.(2) وعليه فالإنسان لا يتصرف في مرض موته عادة إلا على سبيل التبرع ونادراً ما يكون في تصرفه والموت مائل أمام عينيه قد قصد المعاوضة(3).

وجاء في نص الفقرة الثالثة من المادة(776) على أنه "إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه" فالمقصود بذلك أن القرينة التي منحت للورثة هي بسيطة ويمكن إثبات عكسها.

(1)- زهدور محمد، المرجع السابق، ص 126 .

(2)- قرار رقم 41111 والصادر في 05-05-1986 غير منشور إذ جاء فيه "حيث من المقرر فقها واجتهاد أنه يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، وإن صدر تبرعه أثناء مرض الموت تعتبر الهبة وصيةً، ويجب على الورثة أن يثبتوا أن الهبة قد صدرت من مورثهم وهو في مرض موته ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، حيث أنه يستخلص من تلاوة القرار المنتقد أن قضاة مجلس الإحالة بإبطالهم عقد الهبة اكتفوا بالقول أن الواهب كان مريضاً وقت تحرير الهبة بدليل أنه استدعى الموثق إلى منزله لتحرير العقد، حيث أنه إذا كان شرط مرض الموت في إبطاله الهبة مسألة قانون فإن حصول هذا المرض يجب إثباته، وبما أن قضاة الموضوع لما حكموا بإبطال الهبة المتنازع عليها دون إجراء تحقيق للتأكد من أن الهبة صدرت من الواهب في مرض موته لم يسببوا تسبب كاملاً ولم يؤسسوا تأسيساً شرعياً، الأمر الذي يستوجب النقض" ، أنظر بلحاج العربي في كتابه-قانون الأسرة، مبادئ الإجتهد القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا-، ص 196-197. (2).

(3)- عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 225 .

فيجوز لمن صدر له التصرف أن يدحضها ويثبت عكس ما يدعيه الورثة، كأن يثبت أن التصرف الذي صدر في مرض الموت إنما هو معاوضة ويتم دفعه ثمناً عادلاً وليس بخساً فهنا يمكنه التخلص من اعتبار أن هذا التصرف قدر صدر في حال صحة المتصرف لا في حالة مرض موته، وبذلك يكون قد تخلص أيضاً من خطورة اعتبار التصرف وصية.

إلا أن المشكلة التي تثار في هذه المادة نجدها في نهاية الفقرة الثانية للمادة (776) "ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً" ومع الرجوع لنص المادة (328) التي نصت كما يلي "لا يعتبر العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت"، فبالمطابقة بين الفقرتين نجد أن الورثة هم ما قصد بهم المشرع بالغير ولكن في الواقع هم لا يعتبرون من الغير لكونهم خلفاء عاماً لمورثهم، فيسري عليهم ما كان يسري في حقه، فإذا ادعى الورثة أن الورقة العرفية تحمل تاريخاً ليس حقيقياً، لأنها صدرت في مرض موت مورثهم وتم تقديم هذا التاريخ لإخفاء حقيقة مرض مورثهم وللافتلات من الطعن في صحة تاريخ الورقة، وعليه يمكن للورثة اثبات عكس ما هو مكتوب في التاريخ وذلك بجميع الطرق لأن تقديم التاريخ على هذا النحو يعد غشاً والغش يجوز إثباته بجميع الطرق (1).

وكما قال الأستاذ زهدور أن النص الذي تضمن هذا الحكم هو نص معيب إذ يكمن العيب في أنه لا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً، مع أن ذلك التاريخ يحتج به على الورثة حتى لو كان ثابتاً، إنما يكون لهم اثبات العكس بكافة الطرق، ولقد فصل في ذلك الأستاذ زهدور بقوله أن نص تلك الفقرة يفيد أن تاريخ المحرر العرفي ليس حجة ضد الورثة وبالتالي يعتبر التصرف الصادر في مرض الموت، ولا يكون على الورثة اثبات عدم صحة هذا التاريخ، وبذلك فهم يعتبرون من الغير تبعا لنص الفقرة الأولى من المادة (328) إلا أنه بالرجوع لنهاية الفقرة الثانية من المادة (776) نجدها تلزم الورثة بإثبات عدم صحة التاريخ وهنا لا يعتبر الورثة من الغير تبعا لذلك وهذا هو الصحيح (2).

(1) - عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 223 .

(2) - زهدور محمد ، المرجع السابق، ص 125 .

وعليه إذا كان التصرف في ظاهره معاوضة وادعى أحد الورثة أنه تبرع أثبت ذلك بكل الطرق المخولة له قانونا، سرت أحكام الوصية عليه ولا تسري أحكام المعاوضات التي تبرم في مرض الموت(1).

الفرع الثاني: تصرفات المورث لأحد ورثته مع الإحتفاظ بالحياة طبقا للمادة(777)

تقنين مدني

جاء في نص المادة مايلي " يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حياة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك"، ومعنى ذلك إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ لنفسه بطريقة ما بحياة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته اعتبر هذا التصرف وصية، وعليه فحكم هذه المادة خاص فقط بالتصرفات التي تتم لوارث فيخرج بذلك التصرفات التي تتم لغير الوارث، كما أن تصرف المورث لم يصدر في مرض موته بل صدر وهو في صحته، إلا أنه يشترط حتى يعتبر تصرفه وصية وتسري عليه أحكامها الشروط التالية(2):

✓ يجب أن يتم التصرف من المورث إلى أحد ورثته لا غيرهم- العبرة هنا بوقت وفاة المورث -

✓ احتفاظ المورث - المتصرف - بحياة العين التي تم التصرف فيها والانتفاع بها طوال حياته، فإذا باع المورث مثلا دار لأحد ورثته واحتفظ بحياة الدار وبحق الانتفاع بها مدى حياته، فلا ينتفع الوارث بالدار ولا يحوزها إلا بعد موت المورث، وهذا يجعل الوارث في منزلة الموصى له لا في منزلة المشتري(3).

وأكدت ذلك المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه(4) " من المقرر قانونا أنه يعتبر تصرف الشخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حياة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته وصية ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك. ومن المقرر أيضا أنه لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة.

(1)- حمدي باشا، مرجع سابق، ص 80 .

(2)- حمدي باشا - المرجع نفسه، ص 78 .

(3)- عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 226 .

(4)- قرار رقم 59240 والمؤرخ في 05-03-1990،مجلة قضائية 1992، عدد 03، ص57.

ولما كان ثابتاً - في قضية الحال - أن قضاة الاستئناف لما قضوا ببطالان عقد الهبة وعدم تنفيذ التصرف باعتباره وصية لوارث ، يكونوا بقضائهم كما فعلوا طبقوا القانون تطبيقاً سليماً ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن".

وعليه متى اجتمعت هذه الشروط قامت قرينة بسيطة على أن التصرف وصية بغض النظر عن التسمية التي تعطى للعقد، بيعاً كان أو هبة، مبادلة فيقع على المتصرف إليه دحض هذه القرينة وإثبات عكسها بكافة طرق الإثبات، كأن يثبت أن التصرف في حقيقته بيع وذلك بإقامة الدليل على واقعة دفع الثمن أو اثباته أن التصرف قصد به انتقال الملكية حال حياة المتصرف، فمتى أثبت كل ذلك يعتبر التصرف بيعاً وتسري عليه أحكام البيع ويبقى في الأخير هذا الأمر خاضع لتقدير القاضي وقناعته تبعاً لما يقدم له من أدلة ودفع.

الفرع الثالث: الحكم الخاص للبيع في مرض الموت طبقاً للمادة (408) تقنين مدني

بالإضافة إلى الأحكام السابقة للتصرفات الملحقة بالوصية نجد أن المشرع الجزائري قد خص حالة خاصة أوردها في نص المادة (408) والمتعلقة بالبيع في مرض الموت والتي جاء نصها "إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزاً إلا إذا أقره باقي الورثة. أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلاً للإبطال"، فحكم هذه المادة نجده ينطبق على البيع فقط إذ أن المشرع تناول هذه المادة في القسم الثاني تحت عنوان "أنواع البيوع"، وهذا ما أوقعه في تناقض خاصة ما جاء في الفقرة الثانية من هذه المادة، رغم أن نيته كانت تهدف إلى إلحاق هذا النوع من البيع بالوصية لافتراض شبهة التحايل في الثمن، لا سيما إذا ما تم لوارث إذ أنه إذا قام شخص ببيع شيء من ماله لأحد ورثته في حالة مرض الموت، فإنه لا ينفذ في حق باقي الورثة إلا بعد إقرارهم(1).

(1)- زروق عبد الرؤوف وحموش محمد، المرجع السابق، ص 36 .

وتبعاً لذلك يكون المشرع قد طبق على البيع لوارث في مرض الموت أحكام الوصية وجعل نفاذ التصرف متوقفاً على قبول باقي الورثة، فإذا قبلوا أصبح التصرف نافذاً في حقهم من وقت إبرامه، وإن رفضوا لا ينفذ التصرف في حقهم وبقي الشيء المبيع عنصراً من عناصر التركة ووجب على الورثة رد المبلغ للمشتري، كما أن إقرار الورثة أو رفضهم لا يكون معتداً به إلا إذا صدر بعد موت المورث وليس قبله.

والملاحظ أن الفقرة الأولى للمادة (408) لا يوجد ما ينتقد فيها إذ أنها جاءت منسجمة مع نص المادة (776) من التقنين المدني وكذا المادة (204) من تقنين الأسرة، إذ اعتبر حكم البيع في مرض الموت لوارث تصرفاً ملحقاً بالوصية وتسري عليه أحكامها، فمن باب أولى أن يكون البيع لغير وارث - نص الفقرة الثانية - خاضع لنفس الأحكام، ورغم ذلك وضع الدكتور علي سليمان عدة انتقادات منها: التفرقة بين البيع لوارث وجعله معلقاً على إقرار بقية الورثة والبيع لأجنبي الذي جعله قابلاً للإبطال (1).

أما بخصوص الفقرة الثانية من المادة (408) فهي منتقدة بشدة إذ تضمنت أن البيع الذي يجريه المريض مرض الموت لغير وارث يكون قابلاً للإبطال، ومادام أن هذا التصرف ينطبق عليه حكم الوصية وتسري عليه أحكامها، فإنه كنتيجة حتمية يجعل الوصية التي تتم للغير في حال مرض الموت تكون أيضاً قابلة للإبطال على فرض أن البيع تم بدون رضا صحيح تبعاً للنسخة الفرنسية: « la vente consentie dans les mêmes conditions à un tiers est présumée avoir été faite sans consentement valable »

وهذا ما يوضح لنا عدم تطابق في المعنى بين النصين العربي والفرنسي لهذه الفقرة.

وتبعاً لذلك يمكن استخلاص من تطبيق هذه المادة النتائج التالية (2):

- ✓ أنها تجعل من البيع الواقع لوارث وصية في الفقرة الأولى ويمكن نفاذها بإجازة الورثة.
- ✓ أنها تجعل من البيع الواقع لغير وارث عقداً قابلاً للإبطال والمفروض هو النفاذ في حدود الثلث وما تجاوز ذلك يخضع لإجازة الورثة تماشياً مع حكم المادة (776)

(1) - زروق عبد الرؤوف وحموش محمد، المرجع السابق، ص 37 .

(2) - علاوة بوتغرار، المرجع السابق، ص 45-46 .

✓ أن الفقرة الثانية للمادة (408) تجعل من هذه التصرفات والمعاملات غير مستقرة وعدم مصداقيتها، إذ يدفع بالناس إلى التهرب من التعامل مع أي شخص مريض لكونهم في نهاية المطاف سيجدون أنفسهم أمام عقد قابل للإبطال.

✓ أخيراً نص هذه الفقرة نجدها قد خالفت ما أجمع عليه فقهاء الشريعة الإسلامية إذ يكون للشخص حرية التصرف في الوصية في ثلث أمواله دون أن يتوقف تصرفه هذا على إجازة الورثة.

ولأجل ذلك اقترح الدكتور علي علي سليمان إجراء تعديل على هذه الفقرة على النحو التالي: "أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه ينفذ في حدود الثلث وما زاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة" (1).

(1) - زروق عبد الرؤوف وحموش محمد، المرجع السابق - ص 38 .

المطلب الثاني

التصرفات الواردة في تقنين الأسرة

أورد تقنين الأسرة حالتين تأخذان حكم الوصية وهما: الهبة للولد المكفول طبقاً للمادة (123) وهذا ما سنذكره في الفرع الأول، أما الفرع الثاني فقد جعلناه للحالة الثانية المتعلقة بالهبة في مرض الموت طبقاً للمادة (204).

الفرع الأول: الهبة للولد المكفول طبقاً للمادة (123) من تقنين الأسرة

في حقيقة الأمر فرغم أن الولد المكفول وإن كان يحمل لقب كافله عندما يكون أصلاً مجهول النسب، فإنه لا يعتبر ابناً للكافل ولو حكماً كما أنه لا يعتبر من الورثة وإنما يعتبر - سواء كان واحد فأكثر أو كان معلوم النسب أم مجهولاً - من الغير، إلا أننا نجد أن معظم الكافلين يهبون معظم أموالهم للأولاد المكفولين وقد لا يتركون شيئاً للورثة وهذا خشية على مستقبل مكفوليهم، فسدأ لهذا الأمر جاءت المادة (123) لتقيد الهبة للولد المكفول بالثلث المشروع إذ جاء نصها كما يلي "يجوز للكافل بأن يوصي أو يتبرع للمكفول بما له في حدود الثلث، وما زاد على الثلث فإنه يبطل إلا بإجازة الورثة".

فالملاحظ أن هذه المادة وضعت لحماية الورثة وضمان حقهم في استلام ثلثي التركة المتبقي وعليه فكان من الأحسن لو أن هذه المادة وضعت ضمن المواد المنظمة للوصية أو الهبة إذ أنها جاءت في غير موضعها، إذ وردت في باب الكفالة.

كما أن المتصفح للمواد من (202) إلى (212) المتعلقة بالهبة، لا يجد فيها ما يقيد الهبة لغير وارث في حال صحة الواهب والولد المكفول غير وارث، فكان الأولى ألا يقيد المشرع كما لم يقيد غيره في الهبة، إلا أنه ولاعتبار أن أغلب المتكفلين لأولاد مجهولي النسب ليس لهم أولاد، فتم تقرير هذا الحكم حتى لا يقوم الكافل بهبة كل أمواله للولد المكفول وهذا سعيًا منه إلى حرمان ورثته الآخرين، فقيده بهذا النص الذي استوى فيه حكم الوصية مع حكم الهبة إذ ينفذ كلاهما في حدود الثلث وما زاد عنه يتوقف على إجازة الورثة.

والملاحظ أن المادة (123) تطرح عدة مشاكل نذكر منها:

✓ اعتبار الهبة من التصرفات المنجزة فور حياة الواهب وحال صحته، فهل تكون

العبرة بثالث مال الموهوب عند وقت الهبة أم عند وقت الوفاة؟

بين تضارب الآراء من جهة وعدم وجود أي اجتهاد قضائي يفصل في مثل هذه المشاكل من جهة أخرى، إرتأينا إلى ترجيح هذا الرأي لعلاوة بوتغرار الذي جاء كما يلي: "بما أن المشرع اعتبر الهبة التي تتم للولد المكفول بمثابة الوصية إذ نجدها موقوفة على شرط عدم تجاوز ثلث التركة، وبذلك فكلاهما ينفذ بعد وفاة الواهب أو الموصي وما زاد عن هذا الحد فإنه موقوف على إجازة الورثة" وهذا للتوفيق بين حماية الورثة من جهة وحق الولد المكفول في الثلث الجائز التصرف له به هبة أو وصية (1).

✓ ما مصير التصرف بالهبة للولد المكفول قبل الكفالة وبعد انتهاء الكفالة؟

لم تتضمن هذه المادة تقييد التبرع إذ جاء مضمونها مطلقا وعليه فالهبة التي تتم قبل الكفالة لا تكون معنية بنص هذه المادة، إلا إذا تم اثبات للقاضي ما يفيد أن الواهب قد شرع في كفالة هذا الولد قبل هذا التاريخ أو بأي تصرف آخر صدر منه يفيد تكفله به وهذه الأمور ترجع دوما لتقدير القاضي.

أما إذا تمت الهبة بعد الكفالة فالراجع هو سريان حكم هذه المادة إذ أنه لولا هذه الكفالة لما وجدت الهبة للولد المكفول (2).

✓ قد تكون للولد المكفول صفة الوارث فما هو مصير الهبة التي تتم في مثل هذه

الحالة؟

نوضح الأمر أكثر فمثلا لو تكفل شخص بإبن ابن عمه القاصر اليتيم ومن ثم يموت هذا الشخص تاركا وراءه زوجة وهذا الولد الذي يكون عاصبا في هذه الحالة رفقة أبناء عمومته آخرين.

(1) - علاوة بوتغرار، المرجع السابق، ص 121 .

(2) - علاوة بوتغرار، المرجع نفسه - ص 122 .

فإذ نظرنا إلى الولد المكفول بصفته وارثاً مستقلاً عن الكفالة لوجدنا أن الهبة التي تتم لفائدته تكون صحيحة طبقاً لنص المادة (205) من تقنين الأسرة، واستناداً إلى الاجتهاد القضائي الصادر عن المجلس الأعلى ضمن القرار الذي يقضي بعدم جواز تدخل القاضي في إرادة الواهب فيما وهبه ولمن وهبه، وتبعاً لذلك تصح الهبة لهذا الولد ولو جاوزت الثلث بل حتى ولو ورث كل أملاك الواهب الكافل (1).

إلا أنه بالرجوع لنص المادة (123) نجد أن الهبة لا تنفذ كلها باعتبار هذا الولد وارثاً بالتعصيب، كما أن الهبة نجدها في هذه الحالة مقيدة بالثلث وما زاد عنه يتوقف على إجازة الورثة وهذا حماية لهم (2).

وعليه فإن المادة (123) تكون قد خصصت ما جاء مطلقاً في نص المادة (205).

كما أنه لو رجعنا إلى نص المادة (777) من التقنين المدني -ذكرناه في المطلب الأول من هذا المبحث- لا كان من الأفضل لو أنها تضمنت حكم الولد المكفول، لأنه في هذا الوضع قد يجعل الولد المكفول يستفيد من التغيرات الموجودة في نص هذه المادة، فيبيع له كافلة كل أملاكه ويحتفظ لنفسه بالحياة والانتفاع طيلة حياته، ففي هذه الحالة لا يستطيع القاضي تطبيق نص المادة (123) من تقنين الأسرة على مثل هذا العقد لكون هذه المادة تتضمن الهبة والوصية فقط، ولم تتطرق إلى البيع فهنا يسهل على الولد المكفول التنصل من حكم هذه المادة والتستر تحت حكم المادة (777) من التقنين المدني.

(1) - قرار رقم 47072 المؤرخ في 14-08-1988، المنشور بالمجلة القضائية، العدد 01، 1991، ص 39.

(2) - علاوة بوتغرار، المرجع السابق، ص 123.

الفرع الثاني: الهبة في مرض الموت طبقاً للمادة 204 تقنين الأسرة

نصت المادة على الحكم القانوني للهبة التي تتم في مرض الموت والأمراض والحالات المخفية واعتبرها وصية وتطبق عليها أحكام المادة (185) من التقنين الأسرة وهذا ما أكدته حكم المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه على أن الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المشابهة لها تعتبر وصية⁽¹⁾.

والملاحظ أن المادة (204) لم تعط وصفا واضحا لمرض الموت فلم تعط تعريفا له وحتى شروطه ومدته، لذلك تصدت المحكمة العليا لهذا الموضوع ولخصت الشروط والضوابط وبعض أوصاف مرض الموت في خلاصة قرارها مايلي⁽²⁾.

وعليه فالمعنى المقصود في مرض الموت هو أن يكون المريض في حال يغلب فيها الهلاك ويتوقعه، وتكون تصرفاته لخوف الموت المرتقب ومن ذلك من حكم عليه بالإعدام والأسير الذي يعرف أنه مقتول لا محالة⁽³⁾.

(1)- قرار رقم 297335 والصادر في 16-06-1998 الذي جاء فيه "من المقرر قانوناً أن الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخفية تعتبر وصية.

ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم برفض دعوى الطاعنين رغم الثبوت بشهادات طبية بأن الواهب كان في حالة مرض مخيف وبأن الهبة كانت في مرض الموت، فإنهم بقضائهم كما فعلوا عرضوا قرارهم للقصور في التسبيب. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه "الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية" عدد خاص، 2001، ص 281.

(2)- قرار رقم 33719 والصادر في 09-07-1984 الذي جاء فيه "من المقرر شرعاً أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيراً ويجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقواعد الفقهية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي السائد"، المجلة القضائية" عدد 3، 1989، ص 51.

(3)- محمد بن أحمد تقيّة ، مرجع سابق، ص 109.

وتبعاً لذلك يمكننا استخلاص الشروط والأوصاف الواجب توافرها في مرض الموت وهي كما يلي:

➤ أن يكون المرض الأخير: ومعنى ذلك أنه لو مرض الشخص وأبرم تصرفات خلال ذلك المرض ثم شفي مدة وعأوده المرض بعد ذلك و توفي فيه، فإن التصرفات السابقة لا تكون قد صدرت في مرض الموت.

➤ أن يكون المرض خطيراً: وهو ما يعبر عنه الفقهاء بأنه مما يغلب الهلاك منه ويثبت ذلك أهل الاختصاص.

➤ أن يؤدي هذا المرض إلى الموت: أي يؤدي إلى الموت كأن يفقد المتصرف وعيه وتمييزه نتيجة هذا المرض(1).

والملاحظ أن هذا الاجتهاد القضائي لم يربط مرض الموت بمدة معينة، وحسن ما فعل لكون الكثير من الأمراض الخطيرة التي يطول أمدّها وتؤدي إلى الموت الحتمي كمرض فقدان المناعة المكتسبة ، السل والسرطان والشلل ونحو ذلك من الأمراض التي تفوق مدتها السنة ومع ذلك فهو يتصل بالموت الحتمي.

إلا أن بعض الفقهاء حاولوا وضع مدة زمنية والتي يؤخذ بها في مرض الموت فقالوا أن المرض إذا طال سنة فأكثر دون أن يتبدل أو يتغير، فإن التصرفات التي يقوم بها المريض في هذه الحالة تعتبر كتصرفات الأصحاء، لكن إذا زادت شدة المرض بعد سنة بدأت حالات مرض الموت.

وفي الأخير يمكن القول أن المادة(204) ما هي إلا تكريراً في الحقيقة بصفة إجمالية لما نصت عليه المادتين(776 و 777)من التقنين المدني وتطبيقاً لهما.

(1)- محمد بن أحمد تقيّة، مرجع سابق، ص114-115.

خاتمة

لا يمكن الإجابة على الإشكالية المطروحة في المقدمة إلا بعد عرض بعض الملاحظات المتعلقة بالموضوع والواردة في كل من التقنيين المدني والأسرة.

✓ في بداية الأمر ما يمكن ملاحظته في نص المادة(184)من تقنين الأسرة، هو أن المشرع الجزائري عند تعريفه للوصية اعتمد على مصطلح " التملك " الذي نجده يقيد المعنى الحقيقي للوصية، فكان الأجدر به استعمال المصطلح "تصرف" لأصبح التعريف "الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت..." فيكون هكذا التعريف شاملاً لمختلف صور الوصية.

✓ عدم تمييز المشرع الجزائري بين وصية المجنون ولا المعتوه ولا السفیه ولا ذي الغفلة ولا الصبي، واشترط فقط في نص المادة(186)من ذات التقنين على سلامة عقل الموصي دون توضيح أكثر.

✓ لم يتطرق المشرع الجزائري لوصية السكران ولا الهازل ولا حتى المكره، إلا أنه بالرجوع إلى الأحكام العامة الخاصة بعيوب الرضا الواردة في التقنين المدني نجد أن هذا النوع من الوصية يكون باطلاً.

✓ عدم الإشارة إلى ردة الموصي على الرغم من أن المرتد يُمنع من الإرث تبعاً لنص المادة(138)من تقنين الأسرة، ولاعتبار الوصية أخت الميراث، فكان الأجدر بالمشرع توضيح هذه النقطة.

✓ اعتبر المشرع الجزائري القتل العمدى مانعاً لاستحقاق الوصية دون تفصيل في أحكام القتل المانع لها، كما أنه لم يوضح إذا تم القتل قبل أو بعد انشاء الوصية.

وبالإضافة إلى ذلك هناك عدة نقاط تثير تساؤلات نذكر منها يلي:

✓ الإشكال الأول الذي تثيره المادة(408)من التقنين المدني: فالفقرة الأولى منها جاءت متناقضة مع ما ورد ضمن أحكام الوصية في تقنين الأسرة، إذ اعتبرت هذه الفقرة أن تصرف المريض مرض الموت " وصية " تتوقف على إجازة الورثة ودون توضيح إذا ما تعلق الأمر بما زاد عن الثلث أم لا.

أما الفقرة الثانية منها فاعتبرت أن البيع الذي يتم في ظل نفس الظروف لغير الورثة يكون قابلاً للإبطال، وهذا ما لا يتماشى مع أحكام الوصية في الشريعة الإسلامية.

✓ أما الإشكال الثاني الذي تثيره المادة هو التناقض المتواجد بين النص العربي والترجمة الفرنسية للمادة سواء تعلق الأمر بتحديد فترة مرض الموت أو في توافر عنصر التراضي من عدمه في حالة البيع لغير الوارث خاصة الفقرة الثانية منها، فكان الأجدر بالمشرع جعل البيع في حالة مرض الموت يأخذ حكم الوصية سواء كان للوارث أو لغيره وهذا ما تجسد في حالة الهبة في مرض الموت-نص المادة (204) من تقنين الأسرة.

✓ سوء صياغة الفقرة الثانية من المادة(776)التقنين المدني الخاصة بعدم جواز الاحتجاج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً، والأصح هو كون هذا التاريخ حجة على الورثة كما أنه يجوز إقامة الدليل على عدم صحته.

✓ ما ورد في نص المادة(777)من التقنين المدني والمتعلقة بتصرفات المورث لأحد ورثته مع الاحتفاظ بالحياة والانتفاع لمدى الحياة، وعند مطابقة نص هذه المادة مع نص المادة(123)من تقنين الأسرة والخاصة بالهبة للولد المكفول فإننا نجد ثغرة قانونية مفادها " بيع الكافل كل أملاكه للولد المكفول مع الاحتفاظ لنفسه بالحياة والانتفاع لمدى حياته " فهذه الثغرة القانونية يستفيد منها الولد المكفول ليتستر تحت حكم نص المادة(777) ويتصل من حكم المادة(123).

وعليه فالأجدر على المشرع الجزائري تعديل نص المادة(777)من التقنين المدني حتى يسد تلك الثغرة القانونية ويمنع الولد المكفول التستر تحت حكم المادة(123)من تقنين الأسرة.

بالإضافة إلى ما قيل بخصوص الفصل الثاني نجد أن المشرع الجزائري لم يعط أهمية كبيرة لنقاط هامة في هذا الفصل، إذ أنه لم يقدم أي توضيح حول:

✓ كيفية إبرام الوصية أو طريقة تحريرها.

✓ طرق إثبات الوصية و كيفية تنفيذها.

✓ شهر الوصية خاصة إذ تعلق الأمر بعقار أو حقوق عينية تابعة له...إلخ.

وكل هذا يجعلنا نقول أن تنظيم الوصية في تقنين الأسرة جاء ناقصاً وبعيداً عن المبتغى مقارنة مع المشرع المصري الذي أصدر قانون الوصية رقم 71 الصادر في 1946 ومستمداً أحكامه من الشريعة الإسلامية ومعتمداً على المذهب الحنفي .

فكان الأجدر والأفضل بالمشرع الجزائري السير بنفس الخطوة التي قام بها المشرع المصري خاصة أن معظم مواد تقنين الأسرة الجزائري مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية وهذا ما يجعلنا نطرح التساؤل التالي:

لماذا لم يستمد المشرع الجزائري أحكام الوصية من الشريعة الإسلامية واكتفى بالإحالة إليها فقط ؟

وهذا أيضاً يدفعنا إلى طرح تساؤلات أخرى هي:

هل هذا الإجراء الذي اتخذه المشرع الجزائري -من خلال الإحالات الكثيرة- هو دليل على تراخيه في وضع مواد أخرى خاصة بأحكام الوصية؟

أم أن هذا الموضوع بحد ذاته لا يعتبر بالنسبة له من المواضيع الهامة أو الشائكة؟ وهذا ما جعله يكتفي بوضع ثمانية عشر مادة فقط، وهو حسب رأينا الخاص شيء قليل مقارنة بأهمية الموضوع وهذا ما دفع إلى ظهور ثغرات قانونية عديدة أثرت سلباً على قيمة وقوة الوصية كتصرف قانوني.



قائمة المراجع

قائمة المصادر والمراجع

أ) الكتب المقدسة:

1- القرآن الكريم برواية ورش.

2- كتب السنة النبوية:

أ - صحيح البخاري ومسلم "الجامع المسند الصحيح المختصر" كتاب الوصايا" من تحقيق محمد زهير بن ناصر، ط1، دار طوق النجاة، 2001، دون ذكر بلد النشر.

ب - سنن الترمذي "الجامع الصحيح، كتاب الوصايا" من تحقيق أحمد محمد شاكر وآخرون، ج4، دار إحياء التراث العربي، لبنان دون ذكر سنة النشر.

ج - سنن بن ماجه "كتاب الوصايا" لابن ماجه بن يزيد القزويني، ج 4، مكتبة المعاطي دون ذكر البلد وسنة النشر.

د - الموطأ لمالك بن أنس "كتاب الوصية"، باب2، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1985.

هـ - سنن الدارقطني، كتاب الوصايا، دار المعرفة، دون ذكر بلد النشر، 2001.

ب) كتب الفقه الإسلامي:

1 - رشيد القرطبي "شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد" شرح وتحقيق وتخرير عبد الله العيادي، طبعة1، دار السلام للطباعة والنشر، مصر، 1995.

2 - عبد الرحمن الجزيري "الفقه على المذاهب الأربعة" ج3، طبعة2، دار الكتب العلمية، لبنان 2003.

3 - علاء الدين الكاساني "بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع" تحقيق وتعليق الشيخ علي محمد معوض، ج10، طبعة2، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.

4 - محمد بن علي بن محمد الشوكاني "نيل الأوطار" مجلد 7، حققه وعلق عليه طارق أبو معاذ، دار ابن القيم للنشر والتوزيع، السعودية، 2005.

(ج) **المعجم:** أبو الفضل جمال الدين بن مكرم بن منظور "لسان العرب"، دار الحديث، مصر 2003 .

(د) **الكتب القانونية:**

أولاً: الكتب:

- 1) أحمد فراج حسين " أحكام الوصاية والأوقاف في الشريعة الإسلامية"، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2003 .
- 2) أحمد محمود الشافعي " الوصية والوقف في الفقه الإسلامي"، دون طبعة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان، 2000 .
- 3) الرشيد بن شويخ " الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة" طبعة 1، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، 2008.
- 4) بلحاج العربي " الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج2، الميراث والوصية"، طبعة 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004 .
- 5) حسين طاهري " الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، مدعما باجتهد المحكمة العليا والمذاهب الفقهية"، طبعة 1 ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009 .
- 6) رقية مالك علاوي الداوي "أحكام الوصية في الشريعة والقانون"، دون طبعة، دون دار النشر العراق ، 2010 .
- 7) رمضان علي السيد الشرنباصي ومحمد محمد عبد اللطيف جمال الدين "الوجيز في أحكام الميراث والوصية"، دون طبعة، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، دون سنة.
- 8) عبد الرزاق السنهوري "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد 1، أسباب كسب الملكية" طبعة 3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.
- 9) عبد الله الجبوري وعبد الحق حميش "أحكام المواريث و الوصايا في الشريعة الإسلامية"، دط، دون دار النشر، دبي، 2002 .

- (10) عمر حمدي باشا " عقود التبرعات، الهبة، الوصية، الوقف"، دون طبعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004 .
- (11) كمال حمدي " المواريث والهبة والوصية" دون طبعة، منشأة المعارف، مصر، 1998.
- (12) محمد أبو زهرة " شرح قانون الوصية" دون طبعة، دار الفكر العربي، دون ذكر البلد، 1988.
- (13) محمد بن أحمد تقيّة" دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن" دون طبعة، مكتبة المالك فهد الوطنية، السعودية، 2001.
- (14) محمد سعيد جعفر "تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي"، دون طبعة، دار هومة للطباعة والنشر، 2002 .
- (15) محمد كمال الدين " مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف في الفقه والقانون والقضاء" طبعة 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2007 .
- (16) محمد مصطفى شلبي " أحكام الوصايا والأوقاف بين الفقه والقانون" دط، مطبعة دار التأليف، مصر، 1962.
- (17) مسعود الهالي " أحكام التركات والمواريث في قانون الأسرة الجزائري"، طبعة 1، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- (18) مصطفى إبراهيم الزلمي "أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الإسلامي المقارن و القانون"، طبعة 1 ، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2002 .
- (19) نبيل صقر " قانون الأسرة نصا وفقهاً وتطبيقاً" دون طبعة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006 .
- (20) يوسف دلاندة " قانون الأسرة ، منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر رقم 05 - 02 " طبعة 2 ، دار هومة، الجزائر، 2007 .

ثانياً: المذكرات الجامعية:

- (1) بن مشرّن خير الدين - إدارة الوقف في القانون الجزائري-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الإدارة المحلية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان، السنة الجامعية 2011-2012.
- (2) محمد علي محمود يحيى - أحكام الوصية في الفقه الإسلامي - رسالة تخرج لنيل شهادة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا بجامعة النجاح الوطنية، فلسطين، تاريخ المناقشة 15-02-2010.
- (3) علاوة بوتغرار " التصرفات الملحقة بالوصية في التشريع الجزائري" بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في العقود و المسؤولية المدنية، كلية الحقوق و العلوم الإدارية، بن عكنون، السنة الدراسية 2000 - 2001 .
- (4) زهدور محمد " الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية"، بحث مقدم لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية بن عكنون، 1997.

ثالثاً: المذكرات القضائية:

- (1) جغبوب محفوظ " الوصية بين الشريعة والقانون" مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الدفعة 12، الجزائر، 2004 .
- (2) زروق عبد الرؤوف وحموش محمد " حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري" مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 14، الجزائر السنة الدراسية 2005 - 2006.

رابعاً: النصوص القانونية والأوامر والمراسيم التنفيذية

أ) النصوص القانونية والأوامر:

- (1) - القانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق 9 يونيو 1984 المتضمن تقنين الأسرة معدل ومتم.

(2) - القانون 88-27 المؤرخ في 28 ذي القعدة 1408 الموافق ل 12 يوليو 1988 ويتضمن تنظيم التوثيق و الملغى بالقانون رقم 06-02 المؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق ل 20 فبراير 2006 يتضمن تنظيم مهنة الموثق .

(3) - القانون رقم 91-10 المؤرخ في 12 شوال 1411 الموافق ل 27 أبريل 1991 ويتعلق بالأوقاف.

(4) قانون الوصية المصري رقم 71 لسنة 1946

(5)-الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1438 الموافق 08 يونيو 1966 المتضمن تقنين العقوبات معدل ومتمم.

(6)- الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 20 رمضان 1404 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن التقنين المدني معدل ومتمم.

(7)- الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 08 ذي القعدة 1395 الموافق 12 نوفمبر 1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري.

ب) المراسيم التنفيذية:

1- مرسوم رقم 76-62 المؤرخ في 24 ربيع الأول 1396 الموافق 25 مارس 1976 يتعلق بإعداد مسح الأراضي العام.

2- مرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 24 ربيع الأول 1396 الموافق 25 مارس 1976 يتعلق بتأسيس السجل العقاري.

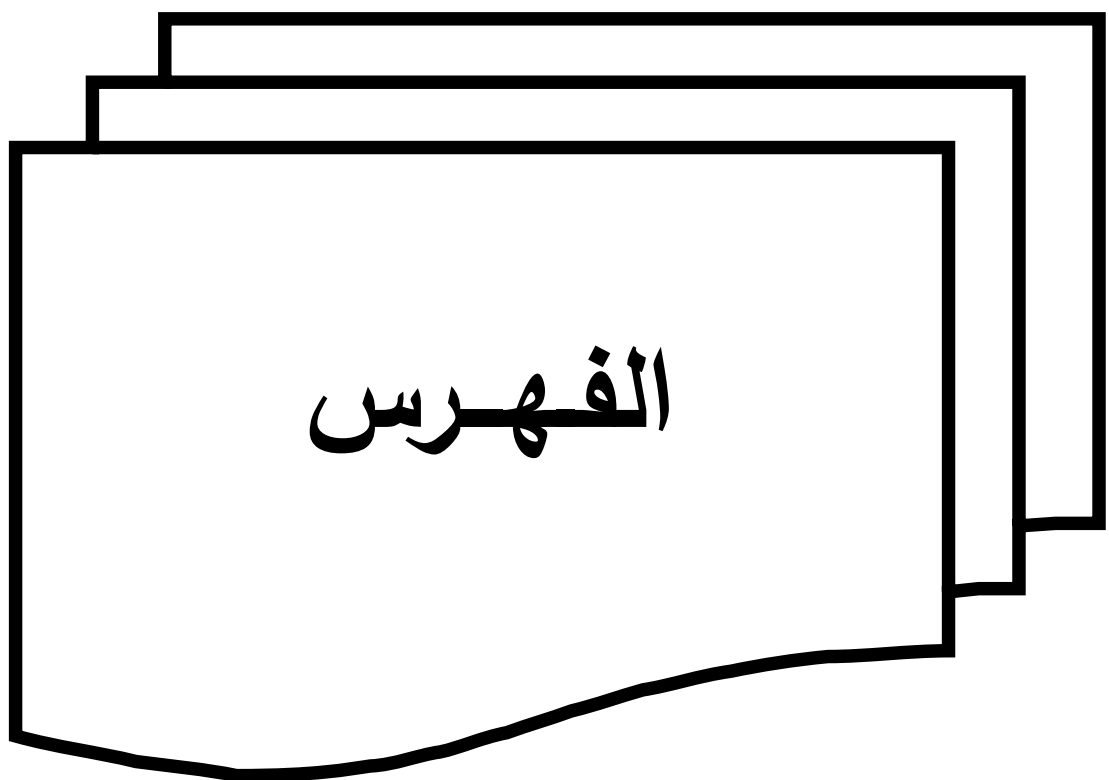
خامساً: المجلات القانونية والقضائية:

(1) مجلة الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001.

(2) المجلة القضائية، عدد 03، 1989.

(3) المجلة القضائية، عدد 01، 1991 .

(4) المجلة القضائية، عدد 03، 1992.



أ.....	مقدمة.....
6.....	الفصل الأول : ماهية الوصية.....
7.....	المبحث الأول : مفهوم الوصية.....
7.....	المطلب الأول : تعريف الوصية.....
7.....	الفرع الأول : تعريف الوصية لغة و اصطلاحا.....
7.....	أولا : تعريف الوصية في اللغة
8.....	ثانيا:تعريف الوصية في الاصطلاح الفقهي
10.....	الفرع الثاني : تعريف الوصية في تقنيني الأسرة و المدني
10.....	أولا : تعريف الوصية في تقنين الأسرة
11.....	ثانيا: تعريف الوصية في التقنين المدني
11.....	الفرع الثالث : التمييز بين الوصية و ما يشابهها من عقود التبرع
11.....	أولا : التمييز بين الوصية والوقف
13.....	ثانيا : التمييز بين الوصية والهبة
15.....	المطلب الثاني : مشروعية الوصية و الحكمة من مشروعيتها.....
15.....	الفرع الأول : مشروعية الوصية في التشريع الإسلامي.....
15.....	أولا : الأدلة من القرآن الكريم و السنة النبوية الشريفة
17.....	ثانيا : الأدلة من الإجماع و المعقول
19.....	الفرع الثاني :الحكمة من مشروعية الوصية
19.....	أولا : المصلحة العامة للوصية
19.....	ثانيا : المصلحة الخاصة للوصية
21.....	المبحث الثاني : عناصر وأطراف الوصية.....
21.....	المطلب الأول : عناصر الوصية
21.....	الفرع الأول : الصيغة في الوصية
21.....	أولا : إيجاب الموصي
23.....	ثانيا : قبول الموصى له
24.....	الفرع الثاني : اقتران الصيغة بشروط.....
24.....	أولا : اقتران الصيغة بشرط صحيح

26.....	ثانيا : اقتران الوصية بشرط باطل
28.....	المطلب الثاني : أطراف الوصية
28.....	الفرع الأول : الوصي
28.....	أولا : الشروط الواجب توافرها في الوصي
32.....	ثانيا : حالات الموصي
33.....	الفرع الثاني : الموصى له
33.....	أولا : الشروط الواجب توافرها في الموصى له
37.....	ثانيا : حالة الوصية المشتركة
38.....	الفرع الثالث : الموصى به
38.....	أولا : أنواع الموصى به
40.....	ثانيا : شروط الموصى به
44.....	الفصل الثاني : أحكام الوصية
45.....	المبحث الأول : تنفيذ الوصية و بطلانها
45.....	المطلب الأول : تنفيذ الوصية
45.....	الفرع الأول : إثبات الوصية طبقا للمادة 191 من تقنين الأسرة
45.....	أولا : إثبات الوصية بموجب عقد توثيقي
48.....	ثانيا : إثبات الوصية بموجب حكم قضائي
48.....	الفرع الثاني : إجراءات تنفيذ الوصية و شهرها
48.....	أولا : كيفية تنفيذ الوصية و تسجيلها
52.....	ثانيا : شهر الوصية
54.....	المطلب الثاني : بطلان الوصية
54.....	الفرع الأول : بطلان الوصية من جهة الموصي
57.....	الفرع الثاني : بطلان الوصية من جهة الموصى له
58.....	الفرع الثالث : بطلان الوصية من جهة الموصى به
60.....	المبحث الثاني : التصرفات الملحقة بالوصية في التقنين المدني و تقنين الأسرة
60.....	المطلب الأول : التصرفات الواردة في التقنين المدني
60.....	الفرع الأول : تصرفات المريض مرض الموت طبقا للمادة 776

الفرع الثاني :تصرفات المورث لأحد ورثته مع الاحتفاظ بالحيازة و الانتفاع طبقا للمادة	
64.....	777
الفرع الثالث : الحكم الخاص للبيع في مرض الموت طبقا للمادة 408	65.....
المطلب الثاني : التصرفات الواردة في تقنين الأسرة	68.....
الفرع الأول : الهبة للولد المكفول طبقا للمادة 123.....	68.....
الفرع الثاني : الهبة في مرض الموت طبقا للمادة 204	71.....
خاتمة.....	74.....
قائمة المراجع	78.....