

جامعة البليدة

كلية الحقوق

## الوصية كسب لكسب الملكية

في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية

- دراسة مقارنة -

مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون

تخصص القانون العقاري والزراعي

المشرف: الدكتور محمد نسيب أرزقي

الطالب: غياطو الطاهر

### لجنة المناقشة

الدكتور: فوزي أوصديق (جامعة البليدة) ..... رئيسا

- الدكتور: محمد نسيب أرزقي (جامعة الجزائر) ..... مشرفا ومقررا

- الدكتور: محمودي مراد (جامعة البليدة) ..... عضوا

- الدكتور: العيد حداد (جامعة البليدة) ..... عضوا

- الأستاذ: قزو محمد آكلي (جامعة البليدة) ..... عضوا

السنة الجامعية : 2000/1999

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:

"المعروف: من حرم الرصية، من مات على وصية، مات على سبيل

وسنة، وتقى وشهادة، ومات مغفورا له".

رواه ابن ماجة.

## الإهداء

أهدي ثمرة جهدي هذا :

إلى أعلى ما أملك في هذا الوجود ... أبي وأمي

وإلى أعمق الناس بصيبي ... إخوتي وأخواتي

وإلى أفراد أسرتي وأصدقائي

وإلى المشتغلين بالدراسات القانونية

وإلى العاملين على إحياء الفقه الإسلامي ونقض الغبار عن كنوزه

وإلى كل من ساعدني، ولو لم يشعر بذلك

وإلى كل أساتذة ومسؤولي المدرسة القرآنية بمدينة جوادج.

## التشكرات

أتقدم بالشكر الجزيل إلى الدكتور محمد نسيب أرزقي على قبوله الإشراف على هذه المذكرة وعلى صبره وتفانيه في إعطائنا النصائح والتوجيهات القيمة كما أتقدم بفائق عبارات الشكر إلى عميد كلية الحقوق بجامعة البليدة، الدكتور فوزي أوصديق

كما أتقدم بالشكر إلى كافة أعضاء لجنة المناقشة وهم :

- الدكتور : محمودي مراد ، الدكتور : العيد حداد، الأستاذ : فزو محمد أظلي.

كما أتقدم بكل عبارات الشكر والتقدير و الإحترام إلى الأستاذ : سعيد بوبزري

الذي كان له الفضل في إختيار عنوان هذه المذكرة .

## مقدمة:

نظم القانون المدني الحقوق العينية على سبيل الحصر وقسمها إلى حقوق عينية أصيلة وحقوق عينية تبعية. والحقوق العينية الأصلية هي حق الملكية وحق الإنتفاع وحق الإستعمال وحق السكن وحق الارتفاق. أما الحقوق العينية التبعية فهي حق الرهن الرسمي وحق الإختصاص وحق الرهن الحيازي وحق الإمتياز.

وحق الملكية هو أهم الحقوق العينية، لإتساع سلطات صاحبه وشمولها أهم مزايا الحقوق العينية الأخرى وزيادة.

وحق الملكية يعرف بأنه سلطة مباشرة يثبتها القانون لشخص على شيء معين بذاته تخوله إستعماله وإستغلاله والتصرف فيه كيف يشاء في حدود القانون.

وأسباب كسب الملكية ثلاث، أسباب منشئة لها بعد أن لم يكن للشخص ملكية قط على الشيء كإحراز المباح والإستيلاء على المعادن، مما يعد إنشاء الملكية على شيء لم تكن لأحد من قبل.

وأسباب ناقلة للملكية، وهي التصرفات التي يقوم بها الأحياء كالتبعية والهبة والشفعة والحيازة... وأسباب أخرى هي كسب الملكية بالخلافة على المالك، وهذا النوع هو الذي تؤول الملكية فيه

إلى شخص له صلة بالمالك الذي مات، لأن الموت يذهب بالذمة المالية للميت - كأصل عام - فكان لا بد أن ينقل ما كان ملك إلى شخص آخر بالخلافة. وهذا الذي تنتقل إليه الأموال والحقوق يكون في الغالب إمتدادا لوجود الميت أو ممن عاونوه وناصروه في حياته حتى كادوا يكونون شركاءه في تكوين ماله.

وهذه الخلافة قد تثبت بحكم الشارع - وهذا في الميراث - فإن خلافة الوارث للمورث في الحقوق والأموال تثبت بحكم الشارع لا بإرادة المورث، بل رغم إرادته، ومن ثم قيل بحق أنه لا يدخل شيء في ملك الإنسان جبرا عنه سوى الميراث فإنه يدخل في ذمته من غير إرادته.

ومن ناحية أخرى قد تثبت الخلافة بإرادة المتوفي - وهذا في الوصية - فالموصى له يملك ما يوصى به بمقتضى ما صدر عن الموصي. ومن ثم فهي خلافة إختيارية من الموصي إلى الموصى له، فالموصي أراد أن يكون الموصى له خليفته في قدر محدد من ماله. والموصى له قبل تلك الخلافة مريدا مختارا.

ولقد حدد الشارع حدودا للخلافة الإختيارية في القدر الذي تجوز فيه وفي صفة الموصى له وفي الباعث على تلك الخلافة، وفي الشروط المقترنة بها، ولم يترك الأمر فيها لإرادة الموصي، لأن الأصل أن الشارع هو الذي يتولى أمر الخلافة في مال الميت وينظمها. ولكن لكي يتدارك الشخص ما عساه يكون قد فاته في حياته من واجبات أجاز له الشارع الإسلامي أن يتصرف في ثلث ماله بالوصية

شريطة أن لا يسبب تصرفه هذا ظلم، ولا قاصدا أمرا محرما. وعلى هذا فالعقود ما شرعت إلا لحاجات الناس فإذا مست الحاجة إلى الوصية وجب القول بجوازها، وبه يتبين أن ملك الإنسان لا يزول بموته..

فبالخلافة إذن قسمان: خلافة إختيارية وهي الوصية في الحدود التي رسمها الشارع والقانون، وخلافة إجبارية، وتكون بالميراث، وتلك الخلافة تتم وتترتب أحكامها إذا حصلت الوفاة، فلا فارق بينهما في هذا.

غير أن الخلافة الإختيارية لا إلزام بها مطلقا قبل الوفاة، ولو في مرض الموت لأنها لا تلزم إلا بالوفاة، فهي قبل الوفاة غير ملزمة لأحد.

ذلك لأن الموت تثبت به حقيقتان، أحدهما العجز المطلق، وثانيهما، خلافة الوارث عن المورث فيما كان له من أموال وحقوق. خلافة عامة دائما إذ يتلقى الوارث حقوقه فيما يتعلق بثلاث التركة بعد سداد الديون وتنفيذ الوصايا. لأن الشارع الحكيم أجاز للشخص أن يورث آخر في حدود ثلاث تركته وذلك بطريق الوصية.

والوصية هي نوع من التصرفات التي يتم بها نقل الملكية التامة أو الناقصة. وهي من التصرفات التي إذا طبقت عليها الشروط العامة لانعقاد العقود والتصرفات وصحتها في العاقد والمعقود عليه لا تصح. ولكن الشارع رخص بها وأجازها سدا لحاجة الناس ودفعاً للحرج عنهم. فهي إستباحة المحضور بدليل، مع قيام دليل الحضر.

والوصية نظام قديم. لكنه إقترن في بعض العهود بالظلم والإجحاف فكانت الوصية عند البابليين وقدماء المصريين مطلقة. بمعنى أن للشخص حرية التصرف بأمواله، ولكن العادة الشائعة والغالبة تقوم على أن يوصي الإنسان لأفراد أسرته.

وكان للشخص اليهودي عن طريق الوصية التصرف بجميع أمواله والإيصاء بها لمن يشاء وفقاً لرغباته وأهوائه، فبإمكانه أن يحرم أولاده وأقاربه من الإرث.

وعند الرومان كان لرب العائلة حق التصرف بطريقة الوصية تصرفاً غير مقيد بشيء، فقد يوصي لأجنبي ويحرم أولاده وأقاربه من حق الإرث، ثم إنتهى الأمر إلى وجوب الاحتفاظ للأولاد بربع مال أبيهم.

وعند العرب في الجاهلية كانوا يوصون للأجانب تفاخراً ومباهاة، ويتركون الأقارب في الفقر والحاجة. وجاء الإسلام فصحح وجهة الوصية على أساس الحق والعدل.

وسأقوم في هذا البحث بدراسة الوصية كسبب لكسب الملكية مع التفصيل في أحكامها العامة لما في ذلك ارتباطاً للمسائل فيما بينها.

محاوياً بقدر الإمكان أن تكون دراستي للموضوع دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانوننا الجزائري، وأيضاً القانون المصري بإعتبار أن معظم القوانين العربية قد أخذت أحكامها منه. كما أتعرض أيضاً للقانون الفرنسي كلما إقتضت الدراسة ذلك.

وقد إخترت هذا البحث لما وجدته في قانوننا من نقص وغموض وإبهام، في كثير من المسائل المتعلقة بالوصية، خاصة وأنه ليس لدينا قانون وصية مستقل، بل كل ما هناك هو بعض الأحكام التي وردت في القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1981 المتضمن قانون الأسرة.

ولا يكفي القول بأنه يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد به نص في القانون المدني وقانون الأسرة. لأن أحكام الأسرة تختلف من مذهب إسلامي إلى آخر، بل وفقهاء المذهب الواحد قد يختلفون في نفس المسألة الواحدة.

الباب الأول

ماهية الوصية

## الباب الأول

### ماهية الوصية

و قد قسمت هذا الباب إلى فصلين، تناولت في الأول مفهوم الوصية. وتعرضت في الثاني إلى تكوين الوصية وما تنفذ فيه وما يشترط فيها.



## الفصل الأول

### مفهوم الوصية

الوصية الاختيارية والوصية الواجبة، أمور تتعلق بتركة الإنسان بعد موته وهي تؤلف مجتمعة إنتقال الأموال مجاناً إلى الشخص إما فرضاً بسبب القرابة وإما طوعاً بإرادة الإنسان وإختياره. وقد عالجتها الشريعة الإسلامية، ووضعت أسسها ومبادئها، وتولى الفقه، الشرح والإجتihad.<sup>(1)</sup> إذن، فإن كلا من الوصية الواجبة، والوصية الاختيارية سببا يفضي إلى كسب الملكية إنتقالاً بسبب الوفاة. وحتى يتحدد مفهوم الوصية. فإنني سأعرض إلى تعريف كل من الوصية الاختيارية والوصية الواجبة، في مبحثين مستقلين. ميرزا في ذلك مشروعية كل منهما. والحكمة من تشريعها.

### المبحث الأول

#### تعريف الوصية الاختيارية ومشروعيتها

جاءت تعاريف الوصية متعددة، سواء من طرف التشريعات الوضعية أو من قِبل فقهاء الشريعة الإسلامية، إلى درجة أن أصحاب المذهب الواحد قد اختلفوا في تعريفهم لها. هذا ما جعلني -من خلال هذا المبحث- أتطرق إلى مختلف التعريفات التي قيلت بشأن الوصية، ثم أعرض إلى مشروعيتها، وكذا الحكمة من تشريعها. وفي الأخير أبين الإختلاف بين الوصية والميراث.

---

(1) هشام قیلان، الوصية الواجبة في الإسلام، مكتبة الفكر الجامعي منشورات عويدات، بيروت، 1981، ص 09 .

## لمطلب الأول

### تعريف الوصية

لا يمكن أن نصل إلى تعريف كاف، ومانع للوصية إلا إذا تطرقت إلى التعاريف اللغوية وكذا الفقهية والتشريعية.

#### الفرع الأول: تعريف الوصية لغة:

الوصية في اللغة تطلق على معان. يقال: أوصيت إلى فلان بمال جعلته له وأوصيته بولده، استعطفته عليه، وأوصيته بالصلاة، أمرته بها ويقال وصيت الشيء بالشيء إذا وصلته به.

كما أن الموصي لما أوصى بالمال، وصل ما بعد الموت بما قبله في نفوذ التصرف.<sup>(1)</sup> وتطلق أيضا على طلب الإنسان شيئا من غيره ليفعله على غيب من حال حياته و بعد وفاته، وسميت وصية لأن الميت يصل بها ما كان في حياته بعد مماته.<sup>(2)</sup>

والوصية اسم مفعول، بمعنى الشيء الموصى به، وتكون مصدرا بمعنى الإيصاء، ولا في اللغة بين الوصية والإيصاء، فكلاهما يطلق على إقامة الإنسان لغيره مقامه في حال حياته أو بعد وفاته.<sup>(3)</sup>

وإعتاد الفقهاء على التفرقة بين الوصية والإيصاء، فيستعملون لفظ الوصية في التصرف في المال المضاف لما بعد الموت، ولفظ الإيصاء في جعل الغير وصيا على أولاده بعد موته. لكن هناك بعض الفقهاء يسير بهما على نهج آخر، فيجعل الوصية شاملة للإيصاء.<sup>(4)</sup> وعليه فقد جاءت تعريفات الفقهاء للوصية مختلفة، فمنهم من سماها عهدا خاصا، ومنهم من جعلها تملكا تبرعيا. وهناك من عرفها على أنها هبة.

#### الفرع الثاني: التعريف القانوني للوصية:

أتناول في هذه المسألة مجموعة من التعريفات التي أوردتها القوانين الوضعية. فأتطرق إلى تعريفها في قانون السرة الجزائري ثم إلى التعريف الذي أورده قانون الوصية المصري. وكذا التعريف الذي أوردته مدونة الأحوال الشخصية المغربية.

(1) - الشيخ عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الثالث،

دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة السابعة 1980، ص 315

(2) - محمد كامل مرسى بك، الوصية وإشباتها بغيرها من العقود والتصرفات، بحث

منشور بمجلة القانون والإقتصاد، مطبعة فتح الله، مصر، سنة 1938، العدد 2، ص 89 و 90 .

(3) - النكتور: بلحاج العربي، شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني (الميراث

والوصية)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 230.

(4) - الشيخ: محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1982، ص 21.

أولا. تعريف الوصية في قانون الأسرة الجزائري. (1)

عرفت المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري، الوصية على أنها <<الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع>>.

والملاحظ على هذا التعريف أنه جاء شاملا وجامعا لجميع أنواع الوصايا، سواء كانت وصية واجبة- وصية القانون- أو وصايا مندوبة.

وسواء كانت الوصية بالمال أو بغيره -كالمرتببات مثلا- فدلالة "تمليك" تشمل كل ذلك، وهو يشمل التملكيات، والإسقاطات وتقرير مرتبات، وكذلك تقسيم التركة. بين الورثة سواء بالمنافع أو بالأعيان. كما تشمل كلمة "تمليك" جميع أنواع الوصايا، سواء كانت بالمال أو غيره. (2)

غير أن المشرع الجزائري قد أخرج من نطاق الوصية، الإيصاء على الأولاد الصغار -الوصاية- لأن ذلك يدخل ضمن أحكام الولاية على المال. (3)

أما الذي كان يقصده المشرع الجزائري، من جملة <<مضاف إلى ما بعد الموت>> الواردة في نص المادة 184 المذكورة أعلاه، فهو ضرورة إخراج تصرف الهبة وهي تملك حال حياة الشخص. حيث نصت المادة 202 من قانون الأسرة على أنه <<الهبة تملك بلا عوض، ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تماما على إنجاز الشروط>>.

و أما المقصود من كلمة <<تبرع>> فهو لأخراج الوصايا التي تتبني على بيع أو إيجار لشخص ما. لأن مثل هذه التصرفات الأخيرة تكون من قبيل عقود المعاوضة التي يأخذ فيها الشخص مقابلا لما يعطيه، أما الوصية فهي تصرف تبرعي مضاف إلى ما بعد الوفاة. وبالتالي لا يأخذ الشخص مقابلا لوصيته. (4)

لكن هذا التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري في المادة 184 ينقد على أساس أن الوصية ليست تملكيا في كل الأحوال، بل قد تكون عبارة عن إسقاط لتكاليف معينة. مثل الإبراء من الدين أو تأجيله. (5)

ثانيا- تعريف الوصية في القانون المصري: (6)

عرفت المادة الأولى من قانون الوصية المصري، الوصية بأنها "الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت"

(1) - القانون رقم 84.11 مؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984.

(2) - الدكتور: بلحاج العربي، أبحاث و مذكرات في الفنون والفقہ الإسلامي، الجزء لأول، ديوان المطبوعات الجامعية، 1996، ص152

(3) - أنظر: المادة 87 وما بعدها من قانون الأسرة الجزائري.

(4) - الدكتور: بلحاج العربي، الميراث والوصية، المرجع السابق، ص231

(5) - محمدي سليمان، كسب الملكية بسبب الوفاة (الميراث و الوصية)، بحث لنيل شهادة الماجستير، في القانون الخاص، فرع عقود ومسؤولية، الجزائر، 1988، ص116

(6) - قانون الوصية المصري تحت رقم 71 لسنة 1946

و يعد هذا التعريف جامعاً لكل صور الوصايا التي يقرها القانون، فهو يشمل الوصية بالملكية، وغيرها من الحقوق العينية، ويشمل الإسقاطات كالوصية بالإبراء من الدين أو الكفالة. ويشمل الوصية بالمنافع والمرتببات<sup>(1)</sup>. كما يشمل الوصية بتقسيم التركة بين الورثة، أو بتعيين طريقة الوفاء بما على التركة من ديون.<sup>(2)</sup> هكذا فإن هذا التعريف يشمل كل تصرف قد أضيف إلى ما بعد الموت ويكون متعلقاً بالتركة.<sup>(3)</sup>

وقد جاء في المذكرة الإضافية لقانون الوصية المصري أن هذا التعريف يشمل ما إذا كان الموصى به مالا أو منفعة، والموصى له من أهل التملك كالوصية لمعين بالإسم أو بالوصف وهو ممن يحصون، أو معيناً بالوصف ممن لا يحصون كالوصية للغذاء و ما إذا كان الموصى له جهة من جهات البر كالملاجئ والمدارس...

ويلاحظ أن تعريف القانون المصري للوصية، جاء مثابها لتعريف القانون الفرنسي الذي نص في المادة 895 من القانون المدني على أن <<الوصية تصرف بمقتضاه يتصرف الموصى في كل أمواله أو بعضها تصرفاً مضافاً إلى ما بعد موته ويكون له أن يرجع فيه>>. ثالثاً: التعريف الذي أورده مدونة الأحوال الشخصية المغربية<sup>(4)</sup>

نصت مدونة الأحوال الشخصية المغربية في الفصل الثالث والسبعين بعد المائة (173) على أن <<الوصية عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده يلزم بعد موته>>. وهكذا نلاحظ أن المدونة قد عرفت الوصية بالتعريف الذي قال به ابن عرفة وهو من فقهاء المالكية، حيث قال بأن <<الوصية عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده يلزم بموته، أو نيابة عنه بعده>> وقول التعريف <<عقد يوجب حقاً>> أخرج به ما يوجب حقاً في رأس ماله مما عقده على نفسه في صحته أو مرضه من الحقوق لمن لم يتهم عليه، لا يسمى وصية.<sup>(5)</sup>

وقوله "في ثلث عاقده" بما رواه سعد بن أبي وقاص أنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "الثلث والثلث كثير، إنك إن تدع ورتك أغنياء خير من أن تدعهم عائلة ينكفون الناس" وعليه فقد ترك المشرع المغربي للشخص التصرف بعد وفاته في الثلث فقط تداركاً لما قد فاتته من واجبات.

(1) - الشيخ: محمد مصطفي شلبي، المرجع السابق، ص 23

(2) - الشيخ: محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، دار الفكر العربي، 1988، ص 12

(3) - كلمة تركة: جاءت في التعريف شاملة لكل ما يخلف فيه الورثة مورثهم، من:

أموال ومنافع وحقوق مالية، فيخرج من حق الوصية، كل ما لا يعتبر تركة، كحق القلاية على النفس أو المال وكالحضانة وغيرها من الحقوق غير المالية

(4) - صدرت سنة 1958

(5) - الأجنهاد: عبد الكريم شهبون، شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية، الجزء الثاني، دار نشر المعرفة، 1987، ص 133

وقول المشرع "يلزم بموته" أخرج به من إلترم بثلث ماله اشخص. فإنه يلزم من غير موت. وتمليك الموصي أثناء حياته لا عبرة له، قبل الموصي له أم لا. (1) وذلك لأن وصيته معناها إيجاب الملك بعد الموت. فلا يعتد قبول الموصي له أو رده للوصية إلا بعد موت الموصي. كما عرفت المادة 207 من قانون الأحوال الشخصية السوري، الوصية بأنها <<الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت>> وقد عرفها قانون الأحوال الشخصية العراقي في المادة 64 منه بأنها <<تصرف فسي التركة مضاف إلى ما بعد الموت مقتضاه التملك دون عوض>> وهذا التعريف بدوره منقده، إذ الوصية ببيع عين معينة لشخص معين، هي تملك بعوض. (2)

### الفرع الثالث: التعريفات الفقهية للوصية:

أما الوصية عند فقهاء الشرع، فقد اختلفوا في بيانهم لمعناها إختلافا يرجع إلى العبارة و الأسلوب، أكثر مما يرجع إلى تحديد المعنى وتعريفه. وفيما يلي أعرض إلى بعض هذه التعريفات. فقد عرفها بعض الحنفية كصاحب الهداية والكنز، بأنها <<الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت>> (3) ونلاحظ على هذا التعريف أنه غير كامل، لأنه لا يشمل بعض أنواع من الوصايا، كالوصية بإسقاط الدين أو تأجيله، وكذلك لا يشمل الوصية لجهة من الجهات، كالوصية للمساجد والوصية لدور العلاج، وكذا الوصية للجمعيات الخيرية... وعرفها الشافعية بأنها <<تبرع بحق مضاف ولو تقدير لما بعد الموت>> (4) والملاحظ على هذا التعريف أنه قد سمي الموصى به حقا، ومن ثم يدخل في مفهومه، الوصية بإسقاط الدين أو بتأجيله، والوصية بالإبراء من الكفالة. كما عرفها الكسائي بأنها <<الوصية إسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد الموت>>. (5) ويلاحظ على هذا التعريف، بأنه عمد إلى بيان أثر الوصية، وهو الحق المترتب عليها، ولم يعمد إلى بيان الوصية بإعتبارها سببا من جهة الموصي يترتب عليها حق في تركته.

(1) - الأستاذ : عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص 136

(2) - محمدي سليمان، المرجع السابق، ص 116

(3) - الشيخ : علي الخفيف ، المرجع السابق، ص 03.

(4) - زهدون محمد، الوصية في القانون المنني الجزائري و الشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1991 ص 33. الدكتور: محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق، ص 22 .

(5) - الشيخ: علي الخفيف، نفس المرجع، ص 03

وهناك فريق رابع عرف الوصية بأنها <<هبة الرجل ماله لشخص آخر أو لأشخاص بعد موته، أو عتق غلامه، سواء صرح بلفظ، أو لم يصرح به>><sup>(1)</sup> وهذا التعريف هو الآخر منتقد، لأنه سمى الوصية "هبة" رغم أن هذه الأخيرة تختلف عن الوصية، إختلافا جوهريا، سواء من حيث الآثار أو من حيث الأركان.<sup>(2)</sup>

وعرفها الحنابلة، بأنها التبرع بالمال بعد الموت، أو بالأمر بالتصرف بعد الموت كأن يوصي الموصي شخصا بأن يقوم على أولاده الصغار، أو يزوج بناته، أو يفرق ثلث ماله، أو نحو ذلك.

ويلاحظ على هذا التعريف أنه قد سوى الوصية بالإيضاء في المعنى، وأما تعريفها بمعنى إعطاء الغير جزءا من المال فهو أن يقال: الوصية تبرع بالمال بعد الموت.

ولقد عرف الوصية ابن عرفة وهو من المالكية بقوله <<الوصية عقد يوجب حقا في ثلث عاقده يلزم بموته، أو نيابة عنه بعده>><sup>(3)</sup>، والشق الثاني من هذا التعريف معناه، الإيضاء بالنيابة عن الميت في شؤون أولاده.

وهذا التعريف الأخير هو الذي أخذت به مدونة الأحوال الشخصية المغربية في الفصل الثالث والسبعون بعد المائة (173).

والتعريفات كثيرة، وعديدة. وليس منها ما سلم من ملاحظة أو إنتقاد وأرى أن أدق وأسلم تعريف للوصية، في القوانين الوضعية العربية إلى حد الآن، هو التعريف الذي أورده قانون الوصية المصري الذي عرفها بأنها "تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت".  
ويؤخذ على هذا التعريف<sup>(4)</sup>. أنه لا يحدد مضمون الوصية من حيث الحقوق التي يكسبها الشخص بمقتضاها، كما هو مألوف في التعريفات التشريعية المتعلقة بالتصرفات القانونية المختلفة.<sup>(5)</sup>

(1) - الدكتور : محمد مصطفى شلبي، نفس المرجع، ص 22

السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث، الفتح للإعلام العربي-الفاخرة . ومؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة 12، 1996  
ص336

(2) - يظهر الإختلاف بين الوصية والهبة من حيث الآثار، فالهبة تنتج آثارها في الحال، ولا تترأخى آثارها إلى حين وفاء الواهب. بينما الوصية هي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت. أما الإختلاف من حيث الأركان، فالركن الوحيد للوصية هو الإيجاب من الموصي، فهي تصرف من جانب واحد. أما الهبة فهي تصرف من جانبين لابد لها من إيجاب وقبول حتى يتحقق وجودها

(3) - زهدود محمد، المرجع السابق، ص34.

(4) - تنص المادة الأولى من قانون الوصية المصري على أنه الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت.

(5) - الدكتور: عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، بيروت، 1978، ص 805

غير أن هذا النقد ليس في محله، لأن المشرع نص على أن الوصية هي تصرف في التركة والمراد بالتركة كل ما يخلف فيه الوارث مورثه، و هو يشمل ما يتركه من أموال أو منافع أو حق من الحقوق الأخرى المتعلقة بالمال. (1)

وظاهر من التعريفات التي وردت بشأن الوصية أنها قد إعتبرت الوصية تصرفا قانونيا صنادرا من جانب واحد، فهو يتم بإرادة الموصي وحده. أما قبول الموصي له فلا شأن له في إبرام الوصية وإنما له شأن في لزوم الوصية. فقد تعاف بعض النفوس منة المتبرع. وسيأتي بيان ذلك أثناء الكلام عن ركن الوصية في الفصل الثاني من هذا الباب.

ولما كانت الوصية تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت، إعتبر القانون المدني الجزائري، كل تصرف لا يظهر قائده إلا بعد الموت، تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت، وأعطاه حكم الوصية، وبيّن ذلك في نوعين:

- كل عمل قانوني يصدر من الشخص في مرض الموت، يكون مقصودا به التبرع، أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف. (2)

- تصرف الشخص لأحد ورثته بعين من الأعيان، وإحتياضه بحيارة تلك العين، بأي طريقة كانت وبحقه في الإنتفاع بها مدى الحياة. (3)

وإلى هذا الرأي ذهب القانون المصري، فقد أعطى الحماية للورثة من بعض التصرفات التي يقوم بها مورثهم ويكون قاصدا بها الإضرار بهم وأعطاهم حكم الوصية. (4)

(1) - الشيخ: علي خفيف، المرجع السابق، ص 05

الدكتور: محمد مصطفى شاذلي، المرجع السابق، ص 25

(2) - أنظر: المادة 776 من القانون المدني الجزائري.

(3) - أنظر: المادة 777 من القانون المدني الجزائري.

(4) - الدكتور: محمد زكريا البرديسي، الوصية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971، ص 08

## المطلب الثاني مشروعية الوصية وحكمها

الوصية قرينة يتقرب بها الإنسان إلى الله عز وجل في آخر حياته كي تزداد حسناته، أو يتدارك بها ما فاتته من واجبات وفروض ونوافل، لهذا كانت مشروعة بالكتاب، والسنة، والإجماع. وهي بذلك تكون مطلوبة الفعل أحيانا، وواجبة الترك أحيانا أخرى.

وسأتعرض في هذا المقام إلى مسألتين : أولهما مشروعية الوصية من الكتاب والسنة والإجماع، وثانيهما أتطرق إلى حكمها أو الوصف الشرعي لها من حيث كونها مطلوبة الفعل أو الترك.

### الفرع الأول مشروعية الوصية

الوصية مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع.<sup>(1)</sup>

أولا: مشروعية الوصية من الكتاب.

فالوصية مشروعة من القرآن الكريم، لقوله سبحانه وتعالى في آية المواريث >> يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين، فإن كن نساءً فوق إثنين فلهن ثلثا ما ترك، وإن كانت واحدة فلها النصف... من بعد وصية يوصي بها أو دين...>><sup>(2)</sup> مما يدل على جواز الوصية ومشروعيتها.

وورد في الكتاب الكريم أيضا "يا أيها الذين آمنوا شهداء بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية، إثنان ذو عدل منكم، آخران من غيركم إن أنتم ضربتم في الأرض"<sup>(3)</sup>

مما يدل على ندب وإستحباب الإشهاد حال الوصية، وبالتالي دل قوله تعالى على أنها مشروعة. وقوله تعالى ( " كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت. إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين

بالمعروف حقا على المتقين. " )<sup>(4)</sup>

(1) - أئمون كسبار، الوصايا والهيئات والإرث، بدون ذكر دار النشر، 1959، ص13

السيد السابق، المرجع السابق، ص 336

الدكتور: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الثامن، دار الفكر، القاهرة الطبعة الثالثة، 1989، ص 10

الدكتور: محمد كمال مرسي بك، المرجع السابق، ص 92

(2) - الأيتان 11 و 12 سورة النساء.

(3) - الآية 11 سورة النساء.

(4) - الآية 180 سورة البقرة.



## ثانياً: مشروعية الوصية من السنة

وجاء في السنة النبوية الشريفة أحاديث كثيرة تدل على مشروعية الوصية، وجواز العمل بها. نذكر من بين هذه الأحاديث ما يلي:

روى البخاري و مسلم عن ابن عمر رضي الله عنهما: <sup>(1)</sup> قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ( " ما حق إمرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصية مكتوبة عنده". قال ابن عمر: ما مرت علي ليلة منذ سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ذلك إلا وعندي وصيتي ).

ومعنى الحديث أن الجزم هو هذا فقد يفاجئ الشخص الموت لأنه لا يدري متى تأتيه منيته فتحول بينه وبين ما يريد ، ولهذا كان من الإحتياط أن تكون وصية المسلم مكتوبة.

كذلك ما روى سعد ابن أبي وقاص رضي الله عنه قال <sup>(2)</sup>: يارسول الله قد بلغ مني الوجع ماتري، وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي، أفأصدق بثلثي مالي؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لا، فقال له سعد: فالشطر؟ فقال: لا، ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: الثلث والثلث كثير، إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة ينكفون الناس.

وقوله صلى الله عليه وسلم ( "إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم") رواه أحمد وغيره. <sup>(3)</sup>

مما يدل على أن الوصية قريبة من القربات يتقرب بها الإنسان إلى الله عز وجل في آخر حياته كي تزداد حسناته، وتمحي بها سيئاته، يوم لا ينفعه إلا ما قدمه من صدقات للفقراء والمساكين، فيومسها يزول عمل ابن آدم إلا من صدقة جارية، أو كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم.

وروى ابن ماجة عن جابر قال: <sup>(4)</sup> قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ( "من مات على وصية مات على سبيل وسنة، ومات على تقى وشهادة ومات مغفوراً له" ).

(1) - السيد سابق، المرجع السابق، ص 336

الدكتور: مصطفى السباعي، والدكتور: عبد الرحمان الصابوني، الأحوال الشخصية في الأهلوية والوصية والتركات، مطبعة

خالد ابن الوليد، الطبعة الرابعة، 1977، ص 227

عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص 315

محمد سيدي سايمان، المرجع السابق، ص 315

(2) - الدكتور: محمد كامل مرسى بك، المرجع السابق، ص 118

الإمام: جلال الدين عبد الرحمان السيوطي الشافعي، تنوير الحوالك شرح على موطأ الإمام مالك، الجزء الثاني، دار

الفكر، بيروت، بدون ذكر السنة، ص 129 .

الدكتور: أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، بيروت، 1989، ص 26

(3) - الشيخ: محي الدين العجوز، مفاهج الشريعة الإسلامية، الجزء الأول، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، بيروت، 1983

ص 182

(4) - السيد سابق، المرجع السابق، 337

وأما الإجماع فإن الأمة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا يوصون من غير إنكار من أحد، فيكون دليلاً من الأمة على مشروعيتها.<sup>(1)</sup>  
وقد روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم، توفي ولم يوصي بشيء لا لأنه لم يرد ذلك ولكن لأنه لم يكن يملك شيئاً. إلا سلاحه وبغلته وقد ذكر أنهما لا يورثان.<sup>(2)</sup>

### ثالثاً: فوا ند الوصية

الوصية من الأعمال الصالحة، المشكورة التي تدب إليها الإسلام، وهي ذخيرة طيبة للموصي، تقر به إلى الله تعالى زلفى، وتتفعه يوم القيامة، وله ثوابها الذي يدوم له من بعده، مادامت منافعها جارية. نقوله صلى الله عليه وسلم ( >> إذا مات ابن آدم، انقطع عمله إلا من ثلاث صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له << ) رواه مسلم<sup>(3)</sup>  
فيكون للموصي أجر عظيم، وثواب جزيل، وذكر حسن، يستجلب له من الناس الدعاء، ومن الله الرحمة والمغفرة. وبالوصية يخفف الإنسان قسوة الحياة على الناس، خاصة منهم الضعفاء والبائسين واليتامى والمساكين.

### الفرع الثاني : حكم الوصية

أما الوصية من حيث كونها مطلوبة الفعل أو الترك، فقد اختلف العلماء في ذلك، وانقسموا إلى عدة آراء.

فهناك من الفقهاء من ذهب إلى أنها واجبة<sup>(4)</sup> . وإستدلوا في ذلك بقوله تعالى ( >>... كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت، إذا ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين <<<sup>(5)</sup> وقد قال بذلك جماعة من السلف منهم عطاء والزهري.

وأجاب جمهور الفقهاء على الحجة التي جاء بها هذا الرأي، وقالوا بأن الآية المذكورة أعلاه، قد نسخت بآيات المواثيق في سورة النساء، ثم رد عليهم القائلون بالوجوب بأن الذي نسخ هو الوصية للوالدين والأقربين الذين يرثون. وأما الذين لا يرثون، فليس في الآية ما يقتضي النسخ في حقهم.

(1) - الدكتور: بلحاج العربي، الميراث والوصية، المرجع السابق، ص 233

(2) - السيد سابق، نفس المرجع، ص 337

(3) - الشيخ: محي الدين العجوز، المرجع السابق، ص 172

(4) - الدكتور: محمد كامل مرسى بك، المرجع السابق، ص 94

(5) - الآية 180 سورة البقرة

وأمام هذا الاختلاف أجمع الفقهاء على أن حكم الوصية من حيث كونها مطلوبة الفعل أو الترك يختلف باختلاف الأحوال، فقد تكون تارة واجبة وتارة أخرى مندوبة، وأخرى محرمة، أو مكروهة، أو مباحة.<sup>(1)</sup>

فتكون الوصية واجبة بحقوق الله والعباد. وذلك كالوصية بإخراج الزكاة، والكفارات، والنذور والوصية بالحج كأن يوصي شخص على كبير في السن أخذ بأن يحج مكانه بعد وفاته وبخصوص حقوق العباد كالوصية بأداء الديون لأصحابها، ورد الودائع لموذيها.<sup>(2)</sup> وتكون الوصية مندوبة<sup>(3)</sup> في القربات التي يتقرب بها الموصي إلى الله سبحانه وتعالى كالوصية للفقراء، والمحرومين، والوصية لدور العلاج، والوصية لأهل العلم والصلاح، وكذا الوصية للمدارس والجامعات...

وتكون الوصية محرمة<sup>(4)</sup> إذا كانت بمعصية، أو كان الباعث عليها معصية كالوصية بخمر، أو الوصية التي تكون بقصد الإضرار بالورثة، أو الوصية بالإنفاق على الخليفة. وتكون مباحة إذا كانت الوصية لصديق، أو لغني سواء كان الموصي له قريبا من الموصي أو بعيدا عنه. وتكون مكروهة، إذا كانت الوصية لأهل الفسق والمعاصي، كما تكون مكروهة أيضا إذا كان الموصي قليل المال، فيوصي به كله إلى الغير وله عيال وورثة يحتاجون إليه، تماشيا مع وصية الرسول صلى الله عليه وسلم إلى سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه ( >> الثالث والثلاثون، إنك إن تدع ورتك أغنياء خير من أن تدعهم عائلة يتكفون الناس ).<sup>(5)</sup>

(1) - الدكتور : أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 29.

الدكتور : وهبة الزجيلي، المرجع السابق، ص 12.

(2) - الشيخ: محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص 175.

الدكتور: مصطفى السباعي، والدكتور: عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 229.

(3) - الإمام: سيد أحمد النذير، الشرح الصغير، الجزء الرابع، مؤسسة العصر للمنشورات الإسلامية، الجزائر، 1992، ص 181.

(4) - الأستاذ: أنور طلبية، الوسيط في القانون المنفي، الجزء الثالث، دون ذكر دار النشر، 1993، ص 221.

هشام قبيلان، المرجع السابق، ص 97.

(5) - رواه سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه.

## المطلب الثالث

### مقارنة بين الوصية والميراث...

لقد نظمت الشريعة الإسلامية مسألة الوصية، تماشياً مع العدل والإنصاف، وروح البر، وصلوة الرحم، فرسمت حدود الوصية الاختيارية كما بينت حدود الوصية الواجبة. فأوجبت الوصية للوالدين والأقربين، ولكن دون المساس بحقوق الورثة، لقوله تعالى ( "من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار، وصية من الله والله عليم حكيم" )<sup>(1)</sup> والمقصود من كلمة "غير مضار" أي الأمر بإنشاء الوصايا. لكن دون إلحاق الضرر بمن هم أقرب إليه رحماً. وتنفيذاً لقوله صلى الله عليه وسلم عندما سأله سعد بن أبي وقاص، رضي الله عنه "الثلث، والثلث كثير، إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس"<sup>(2)</sup>

ولهذا ألغى الإسلام الوصية للوارث، وتولى قسمة الأموال، تطبيقاً لقوله صلى الله عليه وسلم "لا وصية لوارث"<sup>(3)</sup>. ومن هنا نص المشرع الجزائري في المادة 189 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي" وعلى هذا أصبحت الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت وتمليك خاص لغير الوارثين.<sup>(4)</sup>

فقد تولى الله سبحانه وتعالى بيان أنصبة الورثة، عن طريق نظام الميراث، الذي عرفه الدكتور كامل مرسي بأنه "ما يستحقه الوارث من نصيب في تركة المورث بعد إخراج الحقوق المتعلقة بها والتي يجب إخراجها قبل التوزيع على الورثة، كتجهيز الميت، وسداد ديونه، وتنفيذ وصاياه"<sup>(5)</sup>

والميراث بهذا المعنى يعتبر طريق من طرق إنتقال الأموال -الملكية- من الشخص المتوفي إلى شخص أو أشخاص آخرين.

ومن خلال إلقاء هذه النظرة يتبين لنا أن نظام الميراث يشبه نظام الوصية في أوجه معينة نذكر منها :

إن كلا من الميراث والوصية يعتبران كسبيين من أسباب كسب الملكية عن طريق الوفاة. فالوارث يخلف مورثه فيما تركه له من ميراث حسب ما حدده له الشرع. والموصي له، يخلف الموصي في المال أو المنفعة الموصى له بها<sup>(6)</sup>

(1) - الآية 12 سورة النساء

(2) - رواه سعد ابن أبي وقاص، رضي الله عنه

(3) - رواه الترمذي

(4) - الدكتور: بلحاج العربي، الميراث والوصية، المرجع السابق، ص 234.

(5) - محمد سليمان، المرجع السابق، ص 08.

(6) - الدكتور: محمد زكريا البرنيسي: المرجع السابق، ص 08.

الدكتور: محمد كامل مرسي بك، المرجع السابق، ص 108

- إن كلا من نظام الميراث والوصية مضاف إلى ما بعد الموت، فلا تقع أحكام الميراث. وأحكام الوصية إلا على ما يتركه المتوفى بعد وفاته، مورثا كان أو موصيا. (1) وبالتالي لا يجوز للخلف الذي يخلف الميت وراثا كان أو موصيا له، أن يتصرف في التركة إلى بعد تحقق واقعة الوفاة. (2)

- إن القتل العمدي عدوانا بدون وجه حق هو مانع شرعي وقانوني من موانع الإرث، فمن يقتل مورثه لا يرثه (3) وكذلك من قتل الموصي الذي أوصى له، لا يستحق الوصية، فقد نصت المادة 188 من قانون الأسرة على أنه "لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا".

ورغم إشتباه النظامين في الأوجه التي ذكرتها أعلاه، إلا أنه توجد فروق بينهما سأعرض لها فيما يلي :

- الميراث وصية الله لأشخاص عينهم وحدد أنصباؤهم من فوق سبع سموات، فلا دخل لإرادة الإنسان في وجوده، وعليه فلا يجوز للمورث أو لغيره أن يبدل في نظام الإرث أو في أنصباؤ الورثة، سواء كان التبديل بالزيادة أو بالحرمان، ذلك لأن إرادة الشارع فوق إرادة المورث، وعلى هذا فإن أموال المتوفى تنتقل جبرا عنه إلى ورثته. (4)

بينما تكون الوصية إختيارية، تتم بإرادة الإنسان، يتصدق بأمواله من خلالها على من يشاء، في حدود الثلث من أمواله (5) وهذا ما نصت عليه المادة 185 من قانون الأسرة بقولها "تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة".

وكذلك هي إختيارية من ناحية الموصى له، فله مطلق الحرية في قبول الموصى به أو رده، فإذا قبلها أصبح الشيء الموصى به ملكا له، وإن ردها عاد الشيء الموصى به إلى ورثة الموصي. وإلى هذا ذهب القانون الجزائري فقد نصت المادة 197 على أنه "يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي". وأيضا المادة 198 والمادة 201 من نفس القانون المذكور أعلاه.

ثاني فرق بينهما يظهر في أن الميراث حق شرعي يثبت للوارث بالوفاة لأشخاص حددهم وعددهم الشارع سبحانه، ويتعلق هذا الحق بالباقي من التركة بعد تجهيز الميت ودفنه وسداد ما عليه من ديون، وتنفيذ وصاياها في حدود الثلث من هذه التركة. (6) وهذا ما نصت عليه المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري.

(1) الدكتور: بلحاج العربي، الميراث والوصية، المرجع السابق، ص 235.

(2) أنظر: الفقرة الثانية من المادة 92 من القانون المدني الجزائري.

(3) أنظر: المادة 135 من قانون الأسرة الجزائري.

(4) الدكتور: بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص 156.

(5) الدكتور: محمد زكريا البرديسي، المرجع السابق، ص 09.

(6) أحمد نكار، مسائل تطبيقية في الميراث والوصية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 11

أما الوصية فهي تصرف إنشائي من الموصي نفسه حال حياته لمصلحة الغير في جزء من ماله ونفاذها مضاف إلى ما بعد الوفاة، وتتخذ في القدر الجائز الإيصاء به قبل توزيع الإرث على مستحقيه لأنها تعتبر في حكم الدين في ذمة الموصي.<sup>(1)</sup>

- إختلاف الدين والملة هو مانع من موانع الإرث.<sup>(2)</sup> وإلى هذا ذهب المشرع الجزائري فنص في المادة 138 من قانون الأسرة على أنه "يمنع من الإرث اللعان والردة".

بينما إختلاف الدين لا يؤدي إلى بطلان الوصية، فتصح وصية المسلم للكافر، والكافر للمسلم<sup>(3)</sup>.

- المال الموروث يدخل في ملك الورثة جبرا، دون حاجة إلى إيجاب من المتوفي -المورث- ودون ما حاجة إلى القبول من الورثة.

بينما لكي تكون الوصية قائمة وصحيحة فلا بد أن يصدر إيجاب كامل من الموصي إذا توفيت فيه شروط نص عليها الشرع والقانون -كما سنرى- وأن يموت مصرا على هذه الوصية، كما أنه لا تلزم الوصية بعد الوفاة إلا بقبولها من الموصى له أو من ورثته بعد وفاته وقبل قبوله.<sup>(4)</sup> فإذا قبلها انتقلت إليه ملكية الموصى به من وقت الوفاة، أما إذا ردها بطلت الوصية<sup>(5)</sup> وعاد الموصى به إلى ورثة الموصي.

---

(1) - الدكتور : محمد كامل مرسي بك، المرجع السابق، ص 109.

(2) - الدكتور: بلحاج العربي، الميراث والوصية، المرجع السابق، ص 60.

(3) - نصت المادة 200 من قانون الأسرة على أنه تصح الوصية مع إختلاف الدين.

محمد زكريا البرنوس، المرجع السابق، ص 09.

(4) - أنظر : المادة 198 من قانون الأسرة الجزائري.

(5) - تنص المادة 201 من نفس القانون على أنه تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي أو بردها.

## المبحث الثاني

### الوصية الواجبة<sup>(1)</sup>

الأصل في الوصايا أنها إختيارية. تنشأ بإرادة الموصي وحرية، إلا أنها في بعض الأحيان قد تكون واجبة بحكم الشرع والقانون وتنفذ بحكمهما سواء أوصى بها الموصي أو لم يفعل، وبذلك تصبح الوصية الواجبة سببا من أسباب كسب الملكية إنتقالا من المورث إلى مستحقي هذه الوصية. ولهذا الإعتبار تحديدا أردت التعرض إلى هذا النوع من الوصايا كسبب لكسب الملكية وإستكمالا وزيادة في فهم أحكام الوصية بصفة عامة. وعلى هذا لا أريد التفصيل الممل في هذا الموضوع ولكن أتعرض عموما إلى معنى الوصية الواجبة، والأشخاص المستحقين لهذه الوصية، وفي الأخير أتناول بالدراسة مقدار هذا النوع من الوصية.

### المطلب الأول

#### معنى الوصية الواجبة والأشخاص المستحقون لها

لقد أتى المشرع الجزائري بوصية تكون واجبة بحكم القانون، وتنفذ بحكم القانون، سواء أراد المورث أو لم يرد، وهذه الوصية تكون لفرع من يموت في حياة أبويه.<sup>(2)</sup> وإلى معنى الوصية الواجبة سأعرض في فرع أول ثم أتناول في فرع ثان الأشخاص المستحقين لهذه الوصية والشروط الواجب توافرها فيهم لإستحقاقها.

#### الفرع الأول : معنى الوصية الواجبة

إن الباعث على تشريع الوصية الواجبة، هو أنه في أحوال غير قليلة يموت الشخص في حياة أمه أو أبيه ويحرم هو وذريته من الميراث الذي كان يستحقه لو عاش إلى وفاة والديه. وبذلك يصير أولاده في فقر مدقع، مع أن أعمامهم يكونون في سعة ورغد من العيش، ويجتمع لأولئك اليتامى مع اليتيم وفقد العائل الحرمان ويضطرب ميزان التوزيع في الأسرة هذا إلى جانب أن أباهم المتوفى يكون قد ساهم في تكوين ثروة جدهم أو جدتهم بقسط كبير، فلا ذنب يدعو إلى حرمان الأحفاد من إرث أبيهم.<sup>(3)</sup>

- (1) أطلق المشرع الجزائري على الوصية الواجبة مصطلح التزويل، وذلك في الفصل السابع من الكتاب الثالث بعنوان: الميراث. أما القانون المصري فقد سماها الوصية الواجبة، ونفس الاسم إستعمله القانون المغربي.
- (2) أنظر: المادة 169 من قانون الأسرة الجزائري
- (3) - الشيخ: محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص 176.  
الدكتور: مصطفى السباعي، والدكتور: عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 359.

وفي نظام الإرث الإسلامي لا يستحق هؤلاء الأحفاد شيئاً من ميراث الجد أو الجدة، لوجود أعمامهم أو عماتهم على قيد الحياة فيحبونهم. (1)

فأعطى قانون الأسرة الجزائري لهؤلاء الحفدة نصيباً من تركة جدهم أو جدتهم وإعتبره وصية واجبة، وإستند واضعه إلى نصوص القرآن الكريم، لقوله تعالى "كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين" (2) قال البعض بأن هذه الآية قد نسخت بأيات المواريث (3). وقال البعض الآخر، بأنها قد نسخت جزئياً وذلك بالنسبة لمن لا يرث من الوالدين والأقربين.

وعلى كل ودون الخوض في الآراء الفقهية، فإن أكثر أهل الفقه قال بأن الآية المذكورة أعلاه لم تتسخ بغيرها، وعليه فإن الوصية تصبح واجبة للوالدين والأقربين الذين لا يرثون، والذين لا سهم لهم في الميراث، بل وأجمعوا على أن الوصية لهؤلاء أفضل من الوصية لسواهم (4).

بالإضافة إلى ذلك فإنه لو أمعنا النظر في آيات المواريث وفي هذه الآية -المذكورة أعلاه- فلا نجد أي تعارض، فأيات المواريث تعين أصحاب الفروض وتحدد أنصبتهم أما أية الوصية -سابقة الذكر- فجاءت بصيغة العموم، لكن أوجبت إعطاء الوالدين والأقربين الذين حرّموا من الميراث نصيباً محدداً ومقدراً -كما سنرى-

### الفرع الثاني

الأشخاص المستحقون للوصية الواجبة والشروط الواجب توافرها فيهم .

تختلف الوصية الواجبة عن الوصية الإختيارية من حيث الأشخاص الموصى لهم، ففي الوصية الإختيارية يكون للإنسان الحرية الكاملة للتصرف في أمواله كما يشاء، (5) ولمن يشاء من الناس والجهات الخيرية. أما الوصية الواجبة فتكون لأشخاص معينين ومحدودين، وذلك مع وجوب أن تتوافر فيهم بعض الشروط القانونية لإستحقاق هذه الوصية.

أولاً: الأشخاص المستحقون للوصية الواجبة.

تجب الوصية الواجبة لفرع من مات في حياة أبيه أو أمه حقيقتاً، سواء كان الولد ذكراً أو أنثى. (6)

كما تجب هذه الوصية لفرع من حكم بموته في حياة أبيه أو أمه.

(1) - الحجب: هو منع الوارث من الميراث كلاً أو بعضاً فهو على نوعين: حجب إسقاط أو حرمان وحجب نقصان، وهو في هذه الحالة حجب إسقاط.

(2) - الآية 179 سورة البقرة.

(3) - آيات المواريث مبينة في سورة النساء، فيرجى الرجوع إليها.

(4) - هشام قبلان، المرجع السابق، ص 42

(5) - في حدود ثلث التركة.

(6) - أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 249 . الدكتور: محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 231



الموت الحكمي كالمفقود<sup>(1)</sup> الذي غاب أربع سنوات فأكثر فسي مضمنة هلاك كالحرب والحالات الإستثنائية.<sup>(2)</sup> فحكم القاضي بموته<sup>(3)</sup> فإن أولاده تجب لهم الوصية في تركة جدهم بإعتبار أن أباهم قد مات في حياة جدهم موتا حكما.

كما تجب هذه الوصية لفرع من مات مع أبيه أو أمه في حادث واحد، ولا يعرف أيهم مات أو لا كحادث الغرق والهدمى والحرقى... ونحو ذلك. لأنه إذا توفي إثنان أو أكثر ولم يعلم أيهم هلك أو لا فلا إستحقاق لأحدهم في تركة الآخر.<sup>(4)</sup> فلا يرث الفرع أصله في تلك الحالة فتجب الوصية لذرية ذلك الفرع قانونا.

فإن كان الشخص -الجد أو الجدة- أوصى بنفسه لهم فقد أدى ما وجب عليه، وإن لم يوصي لهم أنشأ لهم القانون وصية واجبة أراد الموصي ذلك أو لم يرد.

وإلى هذا ذهب المشرع الجزائري، فنصت المادة 169 من قانون الأسرة على أنه "من توفي وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة..."

#### ثانيا: شروط إستحقاق الوصية الواجبة

نستخلص من خلال ما جاء به نص المادة 169 المذكورة أعلاه، أن الوصية الواجبة لا بد لتتحقق وجوبها من إستيفاء شروط ثلاثة:

أولها: أن يموت الولد الذي له ذرية في حياة الموصي لأن ذلك هو موضوع الوصية الواجبة وباعتبارها.<sup>(5)</sup> وكما قلت -سابقا- لا يشترط أن يكون الموت حقيقئا بل تجب الوصية ولو كان الموت حكما كالحكم القضائي الصادر بموت المفقود.

وثاني الشروط: ألا يكون يكون هؤلاء الأحماد قد إستحقوا شيئا بالميراث.<sup>(6)</sup> وهذا ما نصت عليه المادة 171 من قانون الأسرة الجزائري "لا يستحق هؤلاء الأحماد التزليل إن كانوا وارثين للأصل جدا كان أو جدة...". فإن إستحقوا ميراثا وإن كان قليلا فلا تجب الوصية، وتكون الوصية لهم من قبيل الوصية الإختيارية ولا يستفيدون في هذه الحالة من التقدم في إستيفاء وصيتهم أثناء تزاحمها مع وصايا الآخرين كما سنرى أثناء الكلام عن تزاحم الوصايا في الفصل الثاني من الباب الثاني من هذه الفكرة.

(1) - المفقود: هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم. أنظر: المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري.

(2) - أنظر: المادة 113 من قانون الأسرة الجزائري.

(3) - يصدر الحكم بموت المفقود بناء على طلب أحد الورثة، أو من له مصلحة أو من طرف النيابة العامة.

(4) - أنظر: المادة 129 من قانون الأسرة الجزائري.

(5) - الشيخ: محمد أبو زهرة، قانون الوصية والحديد فيه، مقال منشور بمجلة القانون والإقتصاد، مطبعة فؤاد الأول القاهرة، مارس 1947، العدد الأول، 365.

(6) - الدكتور: بدران أبو العيين بدران، الموارث والوصية والاهبة في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة القاهرة، 1975، ص 169.

وثالث الشروط : ألا يكون الميت قد أعطاهم بغير عوض بطريق من طرق التبرع، كطريق الهبة أو الوقف أو الوصية بما يساوي مقدار الوصية الواجبة، فإن أعطاهم بأقل من ذلك وجب التنزيل، وإن أعطاهم أقل من نصيب أبيهم كمل لهم نصيبهم إلى حد الثلث فقط.

ورابع الشروط التي جاء بها المشرع الجزائري، أن لا يكون الأحفاد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم ما لا يقل عن ما ورثه مورثهم من أبيه أو أمه. (1)

### المطلب الثاني

#### مقدار الوصية الواجبة، وطريقة إستخراجه

نصت المادة 170 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "أسهم الأحفاد تكون بمقدار حصة أصلهم لو بقي حيا، على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة."

من خلال هذا النص يتبين أن الوصية الواجبة -التنزيل- ليست مطلقة من حيث مقدارها بل مقيدة بقدر معين ومحدود وإلى هذا سأعرض فيما يلي:

#### أولاً: مقدار الوصية الواجبة:

نلخص من مفهوم المادة 170 المذكورة أعلاه، أن الوصية الواجبة تكون بمقدار نصيب الوالد المتوفي في حدود الثلث، فإن كان نصيبه يزيد عن الثلث لا تجب الوصية إلا بمقدار الثلث (2) وإذا لم يوصي المورث بهذا المقدار المحدود نفذت الوصية في هذه الحالة بحكم القانون، وإذا أوصى لهؤلاء الأحفاد بأقل من نصيب ولده المتوفي كمل حتى يصل إلى مقداره بشرط ألا يزيد عن الثلث. (3) وإن أوصى بأكثر من نصيب ولده المتوفي كان الزائد وصية إختيارية ويكون حكمها حكم سائر الوصايا الإختيارية.

وإن كان ثمة تزامن بين الوصايا الواجبة والوصايا الإختيارية وكان الثلث لا يفي بهم جميعاً قدمت الوصية الواجبة على غيرها. (4)

وتقسم الوصية الواجبة بين مستحقها تقسيم الميراث، أي للذكر مثل حظ الأنثيين إن كانوا ذكورا وإبنائنا، وإن إتحد الجنس كأن كانوا كلهم ذكورا أو كلهن إبنائنا، قسم بينهم بالتساوي. (5)

وإلى هذا ذهب المشرع الجزائري، فنص في الفقرة الثانية من المادة 172 على أنه "ويكون هذا

#### التنزيل للذكر مثل حظ الأنثيين".

(1) - أنظر: المادة 172 من قانون الأسرة الجزائري

(2) - الشيخ: محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص 179.

الدكتور: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 124.

(3) - الدكتور: أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 254.

(4) - الدكتور: مصطفى السباعي، والدكتور: عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 364.

(5) - هشام فيلان، المرجع السابق، هامش رقم 1، ص 62.

الشيخ: محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، نفس المرجع، ص 183.

## ثانيا: طريقة إستخراج الوصية الواجبة.

يلاحظ أن القانون الجزائري -قانون الأسرة- لم يبين صراحة طريقة إستخراج الوصية الواجبة من التركة لكن كل ما استلزمه ثلاثة قيود:

أولها: ألا يزيد عن الثلث، لأن المقدار الذي خصصه الله تعالى للوصية عامة هو الثلث فلا تتجاوزه الوصية الواجبة. (1)

ثانيها: أن تنفذ على أساس أنها وصية لا ميراث، والوصايا كما نعلم تنفذ من كل التركة بحيث تتساوى نصيب كل وارث من الورثة بالنقص.

وثالثها: أن تكون بمقدار نصيب الولد المتوفي في حياة أبيه فلا تتجاوزه لأنه ليس من المعقول أن نعطي للفرع أكثر مما كان يأخذه أصله لو عاش إلى وفاة أبيه، وهو ما كان ليأخذ شئنا إلا عن طريقه.

ومن خلال مراعاة هذه القيود يمكن أن نجد طريقة لإستخراج الوصية الواجبة وهو أن نفرض أصل أصحاب الوصية الواجبة حيا، ونقسم التركة على الورثة ومعهم هذا الشخص المفروض حياته فإذا عرفنا مقدار نصيبه وازناه بقدر ثلث التركة، فإن كان مساويا له -للثلث- أو أقل منه أعطي للأحفاد وإن كان أكثر منه أعطي لهم مقدار الثلث فقط. (2)

(1) - الشيخ: محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص 183.

(2) - الدكتور: محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 277.

## المبحث الثالث

### مجال الوصية<sup>(1)</sup>

لما كانت الوصية من الأعمال الصالحة المشكورة التي ندب إليها الإسلام و لما كانت بابا من أبواب البر والمعروف، واما كان الموصي لا يقصد -في غالب الأحوال- نفعاً شخصياً له من وراء القيام بالوصية فإن القانون أقر التوسيع للموصي في تصرفه ليسهل عليه القيام بأعمال الخير والإحسان، فأجاز له - القانون - أن يوصي بكل ما كان صالحاً للتعاقد عليه حال الحياة. فنخلص إلى أن كل ما يصلح أن يكون تركة يصلح أن يكون موصى به. <sup>(2)</sup>

وعليه فإنه يجوز للإنسان الوصية بالأعيان كما يصلح أن يكون محل الوصية حقوقاً أو منفعة. وقد إرتأيت أن أعرض في هذا الموضوع إلى الأموال التي يجوز الإيصاء بها، فأتعرض أولاً إلى الوصية التي يكون محلها عينا من الأعيان، ثم أنتقل إلى الوصية بالحقوق وفي الأخير أبحث في مدى جواز الوصية بالمنافع.

## المطلب الأول

### الوصية بالأعيان

نصت المادة 190 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "الموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة".

نستخلص من هذه المادة أنه يجوز أن يكون محل الوصية عين من الأعيان، متى كان يجري فيها الإرث، ويصح أن تكون محلاً للتعاقد حال حياة الموصي. <sup>(3)</sup> وقولنا يجري فيها الإرث معناه أن تكون تركة عن المورث، ويشترط في الأعيان التي يصح الإيصاء بها أن تكون متقومة في نظر كل من الموصي والموصى له، أما إذا كانت غير متقومة عند كل منهما، أو في نظر الموصي له فقط - كالوصية بالخمير للمسلم - فإن الوصية بهذه الأعيان باطلة ولا ينتج عنها أثر.

(1) - الأموال التي يمكن أن تكون محلاً للوصية.

(2) - الشيخ: محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص 97.

(3) - الشيخ: علي خفيف، المرجع السابق، ص 175.

والوصية بهذا المعنى قد تكون بعين بذاتها، أو جزءا شائعا منها،<sup>(1)</sup> و تكون الوصية بعين بذاتها كأن يوصي الشخص بداره، أو بقطعة أرض له، فإن مات الموصي وهي ملكه كانت جميعها للموصي له إن لم تتجاوز ثلث التركة فإن كانت تزيد عن الثلث كان له منها بمقدار الثلث.

وتكون الوصية بجزء شائع في شئ معين بذاته كالوصية بنصف دار معينة فإن مات الموصي وهي على ملكه إستحق الموصي له هذا الجزء إن خرج من ثلث المال.

أما إذا كان الموصي به غير معين بل كان قدرا أو نسبة في المال كالربع أو الثلث، فالفقهاء والقانون يشترطان وجوده في ملك الموصي وقت الوفاة لا عند إنشاء الوصية<sup>(2)</sup> فلو قام الموصي بإنشاء هذه الوصية ولم يكن هذا الجزء من المال موجودا ولكنه وجد عند الوفاة فالوصية صحيحة و نافذة.

أما إذا كان محل الوصية عينا معينة بذاتها، أو جزءا شائعا منها فلا تصح الوصية هنا إلا إذا كان الموصي به موجودا وقت إنشاء الوصية.<sup>(3)</sup>

وعلى هذا يصح أن يكون الموصي به عقارا أو منقولا، قيميا أو مثليا<sup>(4)</sup> في حيازة الموصي حقيقة وتحت يده، أو تحت يد أمينه - كالمستعير مثلا - أو كان في حيازته حكما كالمال المسروق.

ولقد حدد المشرع الجزائري بعض الشروط التي ألزم توافرها في محل الوصية إذا كان عينا معينة بذاتها. وذلك ما سنراه في أوانه أثناء التعرض للشروط الواجب توافرها لصحة الوصية في المبحث الثالث من الفصل الثاني لهذا الباب، أما الآن فسأذكرها إستناسا فقط.

أول الشروط: أن تكون العين محل الوصية متقومة بالمال وهذا ما نصت عليه المادة 190 من قانون الأسرة.

ثاني هذه الشروط: أن تكون العين محل الوصية داخلة في ملك الموصي قبل موته لأنه لا يجوز له الإيصاء بأعيان لا يملكها.

وثالث الشروط: أن تكون هذه الأعيان مما يجوز التعاقد عليها حال الحياة.

(1) - الدكتور: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 80 .

(2) - الدكتور: محمد زكريا البرديسي، المرجع السابق، ص 73 .

(3) - هشام قبيلان، المرجع السابق، ص 111 .

(4) - الأشياء القيمة: هي التي لا يقوم بعضها مقام البعض في التنفيذ. فهي التي لا توجد مثيلاتها في السوق -كالأرض- .

- الأشياء المثلية: وهي التي تقوم مقام البعض في التنفيذ، فهي التي توجد مثيلاتها في السوق

## المطلب الثاني الوصية بالحقوق

الوصية هي تصرف قانوني يهدف به الموصي إلى نقل حق إلى الموصى له، وعليه فإن الوصية بالحقوق جائزة باتفاق الفقهاء ويتأكد من القانون. وبالتالي فكل الحقوق التي تنتقل بالإرث تصح الوصية بها، فكل ما يورث يجوز أن يكون محلاً للوصية.

وليس من اللازم أن يكون الحق الموصى به هو حق الملكية،<sup>(1)</sup> فالوصية تصلح كذلك سبب لكسب الملكية الناقصة.<sup>(2)</sup>

فيجوز للموصي أن ينشئ بها -بالوصية- للموصى له حقاً في الإنتفاع أو الإستعمال أو السكنى أو حق الارتفاق. لكن صاحب الإنتفاع لا يستطيع أن يوصي بالإنتفاع لأنه ينقضي بالوفاة أي بوفاة صاحبه المنتفع، حتى ولو تحققت الوفاة قبل إنتهاء الأجل المحدد لهذا الحق<sup>(3)</sup>.

وعلى هذا يجوز للمالك أن يوصي بحق الإنتفاع على شيء يملكه لأحد الأشخاص أو لأشخاص متعاقبين، إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت إنشاء الوصية. كما تصح هذه الوصية للحمل المستكن. أما المنتفع، فلا يستطيع إنشاء وصية بحقه، لسبب بسيط هو أن هذا الحق ينتهي بوفاة المنتفع.<sup>(4)</sup> وهذا ما تضمنته المادة 844 من القانون المدني الجزائري، وتقابلها المادة 985 من القانون المدني المصري. التي نصت على أنه "يكتسب حق الإنتفاع بالتعاقد وبالشفعة أو بمقتضى القانون".

"ثم نصت الفقرة الثانية على أنه "يجوز أن يوصى بحق الإنتفاع لأشخاص متعاقبين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية، كما يجوز أن يوصى به للحمل المتسكن"<sup>(5)</sup>

ثم نصت المادة 852 من القانون المدني على إنتهاء حق الإنتفاع بقولها "ينتهي حق الإنتفاع بإنقضاء الأجل المعين... وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع...".

(1) - حق الملكية: هو حق عيني أصلي، وهو أوسع الحقوق العينية نطاقاً، لأنه يخول صاحبه سلطة كاملة على الشيء (حق التصرف والإستعمال والإستغلال).

(2) - سميت ناقصة: لأنها منقّرة على حق الملكية، فهي تخول صاحبها سلطة محدودة على شيء مملوك للغير (سلطة الإستعمال والإستغلال).

(3) - الدكتور: مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، منشأة المعارف، القاهرة، 1987، ص 404.  
الدكتور: عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، 807.

(4) - الدكتور: محمد المنجي، دعوى ثبوت الملكية، منشأة المعارف، الإسكندرية، القاهرة، 1990، ص 121.

(5) - كلمة 'متعاقبين' الواردة في نص المادة يجب إستبدالها بكلمة 'متعاقبين' لأنها وردت كذلك في النص الفرنسي، والمصري

و من الواضح أنه ما يسري في شأن حق الإنتفاع يسري كذلك بشأن حق الإستعمال والسكنى و عليه فإنه يجوز لمالك الرقبة أن يوصي بحق الإستعمال وحق السكنى لأشخاص آخرين، غير أن أصحاب هذه الحقوق لا يستطيعون الوصية بحق الإستعمال والسكنى، لأن هذه الحقوق تنتهي بوفاء أصحابها. والوصية بطبيعتها تصرف مضاف لما بعد الموت<sup>(1)</sup> حيث نصت المادة 857 من القانون المدني الجزائري على أنه "تسري القواعد الخاصة بحق الإنتفاع على حق الإستعمال والسكنى..."

كذلك يصح أن يكون محل الوصية حق إرتفاق.<sup>(2)</sup> فيجوز لمالك الرقبة أن ينشئ وصية بحق إرتفاق كحق الشرب والمجرى والمسيل والمرور. كما يمكن إكتساب هذا الحق بطريقة تبعية كأن يوصي شخص لآخر عقار يملكه، مقرر لمصلحته حق إرتفاق على عقار آخر. وهذا ما ذهب إليه الحنفية على أساس أن هذا الحق يدخل ضمن الحقوق التي تورث.<sup>(3)</sup>

أما القانون المدني الجزائري، فإنه نص على أن حق الإرتفاق يكتسب بالميراث ولم يشير إلى إكتسابه بالوصية فنصت المادة 868 على أنه "ينشأ حق الإرتفاق على الموقع الطبيعي للأمكنة، أو يكتسب بعقد شرعي، أو بالميراث..." فنرجوا أن يتدارك هذا النقص بالتعديل، كما فعل المشرع المصري، فنص هذا الأخير في المادة 11 من قانون الوصية على أنه "صح الوصية بالخلو وبالحقوق التي تنتقل بالإرث، ومنها حق المنفعة بالعين المستأجرة بعد وفاة المستأجر."

وقد جاء في مذكرته الإضافية أن المراد بالحقوق التي تنتقل بالإرث حقوق الإرتفاق في الشرب والمجرى، السيل، التعلية ونحوها. وجواز الوصية بحق الشرب والمجرى والمسيل يأخذ من مذهب الحنفية.

وجوازها بحق التعلية يأخذ من مذهب الإمام مالك، والخلو يأخذ من فقهاء مالك المتأخرين. والخلو عندهم يشمل الحكر الذي يجوز التصرف فيه بالوصية.<sup>(4)</sup>

(1) - الدكتور: محمد المنجي، المرجع السابق، ص 121.

مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 404.

(2) - الإرتفاق حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر.

(3) - الدكتور: محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 195.

الدكتور: عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 808.

(4) - الدكتور: سعيد عبد السلام، المشاكل العملية في قانوني الموارث والوصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون ذكر سنة الطبع، ص 141.

وفي الأخير أشير إلى أن جل القوانين العربية، والقانون الفرنسي قد نصت على نوع آخر من الحقوق وهو الوصية بتقسيم التركة. ففي حالات غير قليلة قد يوصي الإنسان بوصية تتضمن تقسيم التركة بين الورثة<sup>(1)</sup> فبعض نصيب كل واحد من الورثة بغرض القضاء على ما عساه يكون من خلاف بينهم على التقسيم بعد وفاته<sup>(2)</sup>. أما القانون الجزائري فلم يتعرض إلى مثل هذا النوع من الوصية وهذا النقص يرجى تداركه.

---

(1) - الشيخ: محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص 124.

هشام قبلان، المرجع السابق، ص 200.

(2) - يرى جمهور الفقهاء: أن هذا التقسيم لا يلزم الورثة، فلهم أن يقبلوه، أو يردوه لأن القيمة المالية لأعيان التركة قد تكون متساوية. لكن المصلحة فيها متفاوتة متغيرة.

- أنظر: الدكتور: أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 153.



## المطلب الثالث الوصية بالمنافع

أشير في هذا الموضوع إلى البحث في أمرين: أولهما، المقصود بالمنافع، ومدى جواز قانوننا وشرعا الوصية بها، وثانيهما، أتعرض إلى البحث في أنواع الوصية بالمنفعة.

### الفرع الأول المقصود بالمنفعة وحكمها<sup>(1)</sup>

يشير هذا البحث معرفة أمور عديدة، هي المقصود بالمنافع وهل تعتبر المنافع أموال؟ وحكم الوصية بالمنافع.

أولا: المقصود بالمنافع وهل لها قيمة مالية.

تطلق المنفعة على الخدمة وسكنى الدار وغلتها، وعلى غلة الأرض والبستان وثمره، والغلة هي كل ما يحصل من ريع الأرض وكرانها أي مقابل الإيجار. وهذا هو مذهب الحنفية.<sup>(2)</sup> وعلى هذا فقد فرقوا بين الوصية بالغلة والوصية بالثمرة، فقالوا أنه يدخل في معنى الغلة ما كان موجودا عند وفاة الموصي، وما سيحدث منها مدة حياة الموصى له، أما الثمرة فتشمل في رأيهم فقط ما كان موجودا عند وفاة الموصي.

أما جمهور الفقهاء فلم يقولوا بهذا التمييز، وقالوا أن كل منها منفعة تشمل الموجود عند وفاة الموصي وما يحدث بعد الوفاة.

وعلى عكس من ذلك فقد حدد قانون الوصية المصري المراد من المنفعة، فقد جاء في مذكرته الإيضاحية المتعلقة بالمادة 55 منه. أن المراد بالمنافع ما يشمل المنافع المختصة للعين كسكنى الدار وزرع الأرض، أو بدلها كأجرة الدار والأرض. أما ما يخرج منها كثمرة البستان والشجرة وتشمل الوصية بالمنافع أيضا الوصية بحقوق الارتفاق وحق التعلي، والوصية بقدر من المال يدفع شهريا مثلا من غلة أرضه.<sup>(3)</sup>

(1) - حكم المنفعة: المقصود به مدى جواز أو عدم جواز الوصية بالمنافع.

(2) - الدكتور: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 84.

(3) - الدكتور: بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 155.

الشيخ: محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص 127.

وتصح الوصية بمنافع العين كلها أو بعضها أو ببعض المنافع، كما يصبح الموصي مالكا للعين والمنفعة أو مالكا للمنفعة فقط، كالمستأجر الذي يوصي بمنافع العين المستأجرة.

وفيما يخص مدى إعتبار المنفعة ذات قيمة مالية فإن للفقهاء رأيين<sup>(1)</sup>: فيرى الحنفية أن المنافع ليست أموالا متقومة بنفسها بل تصير كذلك بالعقد عليها كالوصية، لأن المال عندهم هو الذي يقبل الإدخار لوقت الحاجة والعوز، والمنافع أعراض متجددة.

وذهب الجمهور إلى القول بأن المنافع أموال متقومة مثلها مثل الأعيان، لأن الغرض الظاهر من جميع الأموال هو منفعتها

وقد أخذ القانون الجزائري بهذا الرأي الأخير وإعتبر أن المنفعة هي نوع من المال المتقوم.<sup>(2)</sup>

### ثانيا: مدى جواز الوصية بالمنافع.

الوصية بالمنافع جائزة كالوصية بالأعيان،<sup>(3)</sup> وهذا ما أخذ به قانون الأسرة الجزائري في المادة 190 التي نصت على أنه "للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عيناً أو منفعة".

ونشير إلى أن جواز الوصية بالمنافع صح بإتفاق المذاهب الأربعة وحثهم أن الوصية يتوسع فيها ما لا يتوسع في غيرها من العقود.

فالملاحظ أن ملك العين - الرقبة - وملك المنفعة ليس بينهما تلازم لا يقبل الإفتراق، وعلى هذا يستطيع الموصي بما خوله له الشارع من حرية التصرف في ثلث ماله أن يوصي بملكية عينة - تملكها الرقبة - للموصى له، ويجوز له أن يملك المنفعة لأن من يملك الأكثر يملك الأقل.<sup>(4)</sup>

ولم يخالف الجمهور في جواز الوصية بالمنفعة إلا ابن أبي ليلى، وابن شبرمة، وفقهاء الظاهرية بحجة أن المنافع تابعة للعين ملازمة لها لا تنفصل ملكيتها عنها، فلا يملك المنفعة أحد غير مالك العين، فإذا تمت الوصية بالمنفعة فإنما هي باطلة لأنها إصاء بما يكون مملوكا للغير حين تنفيذ الوصية، حيث أن ملكية الرقبة تنتقل للورثة بمجرد وفاة مورثهم والمنافع تابعة لها، فكانت في رأيهم الوصية بالمنافع وصية بمال الوارث فلا تصح.<sup>(5)</sup>

(1) - الدكتور: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 85.

(2) - أنظر: المادة 190 من قانون الأسرة الجزائري.

(3) - أنمون كسبار، المرجع السابق، ص 34.

محمد جواد معنية، الوصايا و الموارث على المذاهب الخمسة، المكتبة الأهلية، بيروت، بدون ذكر السنة، ص 24.

(4) - الشيخ: محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص 129.

(5) - الدكتور: محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 173.

## الفرع الثاني

### أقسام الوصية بالمنافع

تقع الوصية بالمنفعة على أشكال مختلفة، فتارة تكون مؤقتة، وتارة أخرى تقع مؤبدة، وقد تكون مطلقة لم تقيد بوقت معين ولم يرد نص على تأقيتها، ولكن جرى الفقه على عدم التفرقة في الأحكام بين الوصية المؤبدة والوصية المطلقة.<sup>(1)</sup>  
أولاً: الوصية بالمنافع المؤقتة .

الوصية بالمنفعة المؤقتة هي التي يحدد فيها الموصي للموصى له مدة الإنتفاع بالموصى به<sup>(2)</sup> كأن يوصي شخص لآخر بسكنى داره مدة سنة بعد وفاته، أو يوصي بغلة أرضه لشخص معين مدة خمس سنوات بعد وفاته، وهذه المدة إما أن تكون معلومة البداية والنهاية، وإما ألا تكون كذلك فتكون وصية مؤقتة مبهمة المدة.<sup>(3)</sup>

فإذا كانت المدة معلومة البداية والنهاية أو هما معاً، كما إذا أوصى شخص لفلان بسكنى داره خمس سنوات تبدأ من بداية هذا القرن وتنتهي بمرور خمس سنوات من ذلك، ففي هذه الحالة يستحق الموصى له الإنتفاع بالعين الموصى بها إلى غاية نهاية المدة المحددة، وعليه فإذا بقي الموصى على قيد الحياة حتى إنتهت تلك المدة بطلت الوصية لأن فوات الوقت المحدد للوصية بالمنافع يشبه هلاك العين وإستحقاقها في الوصية بالأعيان.<sup>(4)</sup>

وإذا إنقضى بعض تلك المدة ثم مات الموصي، إستحق الموصى له المنفعة فيما بقي من تلك المدة قياساً دائماً على حالة هلاك وإستحقاق العين.

أما إذا كانت الوصية مبهمة، أي غير معلومة لا البداية ولا النهاية كما لو قال الموصي أوصيت لفلان بسكنى داري ثلاث سنوات، من غير تعيين تاريخ بدايتها فإن سريان هذه المدة يبدأ من وقت وفاة الموصي وقبوله الموصى به، لأنه الوقت الذي تثبت فيه الوصية على العموم.<sup>(5)</sup>  
وإذا حدث وتعرض الموصى له إلى مانع يمنعه من إستيفاء المنفعة في وقتها المحدد، فيؤجل الإنتفاع إلى وقت آخر أو يستحق بدلها تبعاً لإختلاف مصدر المنع.

(1) - الدكتور: مصطفى السباعي، والدكتور: عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 339.

الشيخ: محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص 139.

(2) - الدكتور: محمد زكريا البدرسي، المرجع السابق، ص 107.

(3) - الدكتور: أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 190.

(4) - الدكتور: محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 175.

(5) - هذا ما قال به الشافعية، أما الحنفية فيقولون: أن المدة تبدأ من وقت القسمة لأنه وقت تنفيذ الوصية، ووقت ثبوت الملك.

- أنظر: في هذا المعنى: الشيخ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 130.

## ثانيا: الوصية بالمنافع المؤبدة.

الوصية بالمنافع المؤبدة هي تلك الوصية التي يجعل فيها الموصي حق الإنتفاع على وجه التأييد سواء أكان هذا التأييد منصوص عليه بألفاظ صريحة، كقول الموصي مثلا: أوصيت بداري لفلان أبدا أو طول حياته... أو جاءت صيغة التأييد مطلقة، ففي هذه الأحوال يستحق الموصى له المنفعة مدة حياته، فإذا مات إنتهت المنفعة.

وهذا النوع تختلف أحكامه تبعا لإختلاف الموصى له (1) ، فإذا كانت الوصية لشخص معين واحد أو أكثر على وجه يفيد الإطلاق والتأييد، فإن الموصى له في هذه الحالة يستحق منفعة العين الموصى بها مدة حياته فقط ثم تعود المنفعة لمالك الرقبة بعد ذلك -وغالبا ما يكون الورثة- وهذا ما نصت عليه المادة 196 من قانون الأسرة الجزائري. "الوصية بمنفعة لمدة غير محدودة تنتهي بوفاة الموصى له وتعتبر عمري".

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد حقق الإنسجام القانوني المطلوب بين نصوص قانون الأسرة ونصوص القانون المدني، حيث جاء في نص المادة 852 من القانون المدني أنه "ينتهي حق الإنتفاع بإنقضاء الأجل... وهو ينتهي على كل حال بموت المنتفع حتى قبل إنقضاء الأجل المعين...". (2)

أما إذا كانت الوصية لقوم غير محصورين، كالفقراء والمساكين... أو لجهة من الجهات كالمساجد، والملاجئ، والجامعات... كانت الوصية بالمنفعة لهم على وجه التأييد، لأنه لا يظن إنقطاعهم، فتأخذ الوصية شكل الوقف الخيري المؤبد. (3)

### الفرع الثالث

### أنواع الوصايا بالمنافع.

تكلمت في مستهل الفرع الأول عن المراد بالمنافع وأتكلّم هنا في صورها بالقدر المناسب فأقول قد تكون المنفعة، الوصية بالثمر والغلة، وقد تكون تارة أخرى وصية بمرتبّات، أو بقسمة التركة أو بالإقراض...

وأبحث في هذا الموضوع نوعين من هذه الوصايا، أولهما: الوصية بالغلة والثمر، وثانيهما: الوصية بالمرتبّات، لأنني أرى أنهما الشائعتين في التعامل

(1) - الدكتور: أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 194.

(2) - ونقابها المادة 61 من قانون الوصية المصري.

(3) - محمد زكريا البرديسي، المرجع السابق، ص 112.

## أولاً: الوصية بالغلة والثمرة

ذكرت سابقاً- أن الأحناف يفرقون بين الغلة والثمرة على أساس الوجود من عدمه في حياة الموصي، ولأن هذه التفرقة غير مستساغة فإن القانون الجزائري ومثله المصري لم يلتفت إلى رأي الأحناف.

وعلى كل فإن للموصي أن ينشأ وصية بالغلة والثمرة لمدة معينة أو لمدة غير محدودة، فإذا وجدت وصية بإحداهما استنفاد الموصي له من الغلة والثمرة طيلة حياته إذا كانت وصية غير مقيدة، (1) أي أن الموصي له يمكنه أن ينتفع بالأرض وغلتها وثمارها مادام على قيد الحياة، وعلى ذلك فإن الغلة والثمرة القائمة وقت وفاة الموصي وما يستجد منها في المستقبل هي للموصي له ما لم توجد قرينة تخالف ذلك. (2)

ومادام أنه يأخذ منفعة العين فوجب عليه تحمل نفقاتها، أي دفع ما تحتاج إليه العين الموصى بمنفعتها من نفقات، وما يفرض عليها من ضرائب لأنه صاحب الفائدة إذ الغرم بالغنم، فإذا كان له نفعه فعليه كذلك ضرره. (3)

وإذا أهمل صاحب المنفعة القيام بما يلزم لبقاء العين صالحة للإنتفاع بها وأداها مالك الرقية فإن هذا الأخير يعود بها على صاحب المنفعة، وهذا هو رأي الحنفية والأصح عند الحنابلة، وإلى هذا ذهب القانون المدني الجزائري في المادة 844 وما بعدها. أما الشافعية فقالوا أن النفقة والضريبة على المالك قياساً على العين المؤجرة.

## ثانياً: الوصية بالمرتبات.

المرتب مقدار من المال يصرف لشخص معين أو لجهة معينة في أوقات متساوية من الزمن. كأن يصرف كل شهر أو كل سنة، ونحو ذلك. (4)

(1) - وهذا ما ذهب إليه الحنفية.

(2) - هشام قبلان، المرجع السابق، ص 117

(3) - الدكتور: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 93.

(4) - الدكتور: أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 211.

والوصية بالمرتب إما أن تكون بأخذ مرتب من رأس مال التركة وهي من قبيل الوصية بالأعيان<sup>(1)</sup> أو أجاز هذا كل من المالكية والحنفية والشافعية. وكذلك تجوز الوصية بالمرتب من غلة التركة، وهي من قبيل الوصية بالمنافع لأنها وصية بجزء من غلات بعض الأعيان. وتقدر الوصية بالمرتب أو لا لتعرف نسبتها من التركة، فإن كانت تساوي الثلث أو أقل منه نفذت، وإن زادت على ذلك توقفت على إجازة الورثة.

وفي آخر هذا المبحث أقول أن جمهور الفقهاء يرون أن الموصى له مجبر وملزم على احترام إرادة الموصى، فإذا أوصى له بسكنى داره فليس له أن يؤجرها وينتفع بقيمة الكراء، وإن أوصى له بغلة البيت فليس له أن يسكنه.<sup>(2)</sup>

ويرى الشافعية أن الموصى له يملك الإنتفاع بالعين بالموصى بمنفعتها على أي وجه يشاء سواء بالإستغلال الشخصي أو غيره، لأن الموصى له يملك المنفعة ومن ملكها جاز له الإنتفاع بها كما يشاء.

---

(1) - الدكتور: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد التاسع، أسباب كسب الملكية، دار النهضة

العربية، القاهرة، 1968، ص 216.

(2) - الأستاذ: عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص 206.

الدكتور: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 89.

## الفصل الثاني تكوين الوصية وشروطها

يختلف الفقه في بيان ما يعد ركنا في الوصية وما يعتبر من شروطها.<sup>(1)</sup> فغير الحنفية يقولون أن الوصية لا توجد ولا تتحقق إلا بوجود أمور أربعة: الموصى، الموصى له، الموصى به، والصيغة المتشئة لها<sup>(2)</sup>

والحنفية يذهبون إلى أن الركن هو الصيغة وحدها، وإن كان البعض منهم قال: أن الصيغة تتمثل في الإيجاب من الموصى والقبول من الموصى له، وقال البعض الآخر أن الصيغة هي الإيجاب فقط.<sup>(3)</sup>

لكن هذا الخلاف لا فائدة ترجى منه إذ أنه خلاف في التسمية يرجع إلى أمر إصطلاحي. ومهما يكن من الأمر فإن الصيغة هي الحد الأدنى المتفق عليه بين المذاهب. وعليه فقد إرتأيت التعرض في هذا الفصل إلى ركن الوصية إذ هو الذي تنشأ به. وأتعرض إلى الشروط الواجب توافرها في كل من الموصى والموصى له والموصى به لكي تكون صحيحة.

---

(1) - يريد الحنفية بركن الشيء ما توقف عليه وجود ذلك الشيء وكان جزءا منه. أما الشرط عندهم لا يتوقف عليه تقوم الشيء حقا وإن توقف عليه وجوده.

(2) - الدكتور: محمد زكريا الرنيسي، المرجع السابق، ص 10.

الدكتور: بدران أبو العنين بدران، المرجع السابق، ص 130.

(3) - الدكتور: وحية الزحيلي، المرجع السابق، ص 19.

الشيخ: علي الحفيف: المرجع السابق، ص 09 .

## المبحث الأول الصيغة كركن الوصية

اختلف الفقهاء في تحديد ما يعد ركناً في الوصية، وهذا الاختلاف ناجم عن اختلاف نظرة كل منهم إلى مدى إمكان قيام الوصية بإعتبارها تصرف قانوني بالصيغة وحدها والمتمثلة في الإيجاب من الموصي أو يتوافر عدم القبول من الموصى له. (1)

وعلى هذا سأتكلم في هذا الصدد على أمرين هما:  
أولهما الصيغة المنشئة للوصية، وثانيهما الشروط المقترنة بالوصية.

### المطلب الأول الصيغة المنشئة للوصية

ونريد في هذا الصدد أن نتكلم في مسألتين الأولى يمكن أن تنشأ الوصية بالإيجاب من الموصي . أي أنها تصرف بإرادة منفردة. أم هي تصرف ينشأ بإيجاب وقبول؟ وما وقت هذا القبول، إن كان ثمة حاجة إليه.

وثانيها العبارة التي تنشئ الوصية وما يقوم مقامها(2)

### الفرع الأول الإيجاب من الموصي ركن الوصية(1)

إن البحث في هذا المجال يقتضي التعرض إلى بعض الإشكالات أولها: ما المقصود بالإيجاب بإعتباره ركن وحيد في الوصية، وثانيها: ما هي الصيغة التي يتم بواسطتها تحقق الإيجاب؟

(1) - محمد زهنور، المرجع السابق، ص 03.

(2) - الشيخ: محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص 03.

(3) - الدكتور: أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 37.

السيد سابق، المرجع السابق، ص 339.



## أولاً: المقصود بالإيجاب.<sup>(1)</sup>

اختلفت كلمة الفقهاء في إعتبار الصيغة أهي الإيجاب وحده أو هي مجموع الإيجاب والقبول؟ فذهب الجمهور منهم إلى أن الصيغة تتحقق بالإيجاب وحده<sup>(2)</sup> وهو كل لفظ أو كتابة أو إشارة تكون دالة على التمليك بعد الموت أي أن الركن الوحيد للوصية في رأيهم هو الإيجاب من الموصي فقط، وأما القبول عندهم فهو شرط لزومها أو شرط دخول المال الموصى به في ملك الموصى له.

بينما قال زفر من الحنفية لا يتوقف دخول المال الموصى به في ملك الموصى له على القبول منه، لأنه ليس يركن ولا شرط لزوم فيها<sup>(3)</sup>. وفي رأيه أن المال الموصى به يدخل مباشرة في ملك الموصى له بعد وفاة الموصي، لأن الركن الوحيد في الوصية هو الإيجاب وقد تحقق، وكذلك لأن ملك الموصى له بمنزلة ملك الوارث، فكل واحد من الملكين ينتقل بالموت، فكما لا يحتاج ملك الوارث إلى قبول فكذلك - بالقياس عليه - لا يحتاج ملك الموصى له إلى قبول منه.<sup>(4)</sup>

وذهب الأئمة الأربعة إلى القول بأنه إن كانت الوصية لغير معين كالفقراء صححت بموت الموصي وبالتالي يدخل المال الموصى به في ملك الموصى له، دون أن يكون ذلك متوقفاً على القبول منه، لسبب أن القبول في مثل هذه الحالة، ليس ركناً في الوصية ولا شرطاً فيها<sup>(5)</sup>. لأن القبول من أشخاص غير معينين متعذر.

أما إذا كانت الوصية لمعين - كأحمد ومحمد... - ففي هذه الحالة يتوقف دخول المال الموصى به إلى ملك الموصى له على قبول هذا الأخير لأن القبول في هذه الحالة ركن فيها عند الحنفية<sup>(6)</sup> وشرط لازم عند المالكية والشافعية والحنابلة،

(1) - الإيجاب هو العرض الصادر من شخص يعبر به على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث إذا ما إقترن به قبول مطابق له

أنظر: الدكتور: سعيد عبد السيد تناغو. الدكتور: نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، دار المعرفة الجامعية، القاهرة، 1993، ص 85.

(2) - الشيخ: محمد مصطفى شامي، المرجع السابق، ص 26-27.

الأستاذ: عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص 173.

عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 317.

(3) - الدكتور: أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 36.

(4) - الدكتور: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 14.

الشيخ: علي الخفيف، المرجع السابق، ص 9.

(5) - الدكتور: أحمد فراج حسين، نفس المرجع، ص 37.

(6) - يقول الحنفية: ركن الوصية هو الإيجاب من الموصي والقبول من الموصى له. أنظر: الشيخ محم أبو زهرة شرح قانون الوصية: المرجع السابق، ص 12.

وهذا يتماشى مع قوله تعالى (وإن ليس للإنسان إلا ما سعى)<sup>(1)</sup> . وعليه فإنه لا يمكن أن نتقل شيئاً في ملك شخص آخر إلا برضاه.

وذهب البعض الآخر من الفقهاء إلى أن الصيغة لا توجد بالإيجاب وحده. بل القبول جزء منها فهو ركن للإيجاب فقبل وجود القبول لا وجود للوصية<sup>(2)</sup> . فأصحاب هذا الرأي يرون أن الوصية كسائر العقود الأخرى، ولهذا فلا بد لوجودها أن يتوافر إيجاب من الموصي وقبول من الموصى له كما في عقد البيع وعقد الزواج. فعدم تلاقي الإرادتين لا ينشأ عقداً.

والراجح ما ذهب إليه المالكية والشافعية والحنابلة من إعتبار الإيجاب هو الركن الوحيد في الوصية، أما القبول فهو شرط<sup>(3)</sup> لدخول الموصى به في ملك الموصى له إذا كان معيناً، لأن الوصية من التبرعات التي توجد من جانب المتبرع بإرادته المنفردة، وعليه فإذا وجد الإيجاب من الموصي وجدت الوصية شرعاً، أما القبول الذي يأتي بعد موت الموصي فلا يكون إلا كاشفاً لملك الموصى له.

ولم ينص المشرع الجزائري على هذا صراحة. لكن المشرع المصري من خلال قانون الوصية لعام 1946 نص في مادته الثانية على أنه (تتعقد الوصية بالعبارة، أو بالكتابة، فإذا كان الموصى عاجزاً عنهما إنعقدت بالإشارة المفهمة<sup>(4)</sup> . وعليه فقد إعتبر القانون الوصية تصرفاً ينشأ بإرادة منفردة، إذ أنه بمجرد وجود العبارة الدالة على إرادة الشخص لتصرف معين في تركته بعد وفاته تعتبر الوصية قد وجدت بحكم القانون.<sup>(4)</sup>

ولكن الموصى به لا يدخل في ملك الموصي له بمقتضى الوصية إلا بقبوله الوصية صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصي ولا عبارة بقبوله أو رده قبل وفاته لأن الوصية تصرف لا تظهر آثاره إلا بعد الوفاة<sup>(5)</sup> ، هذا ما نص عليه القانون المغربي حيث نصت مدونة الأحوال الشخصية<sup>(6)</sup> في الفصل 180 على أنه يقع الإيجاب في عقد الوصية من جانب واحد هو الموصي وبالتالي فقد إعتبرت الوصية تصرفاً تنشأ بإرادة منفردة، وذلك بوقوع الإيجاب من جانب واحد وهو الموصي.

كما نصت المادة 208 من قانون الأحوال الشخصية في سوريا لسنة 1953 على أنه "تتعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة، فإذا كان الموصي عاجزاً عنهما إنعقدت الوصية بإشارته المفهمة"

(1) - سورة النجم آية 39

(2) - الدكتور: مصطفى السباعي، والدكتور: عبد الرحمان الصابونيد، المرجع السابق، ص 233

الشيخ: علي الخفيف، المرجع السابق، ص 26

(3) - يراد من قول جمهور الفقهاء أن القبول شرطاً في الوصية أي أن ثبوت الملك للموصى له يتوقف على قبوله. ولا يقصد به شرطاً لصحتها، لأنها صحيحة بدونه. أنظر: نقيه بن أحمد، المرجع السابق، ص 109

(4) - الشيخ: محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص 14.

هشام قبيلان، المرجع السابق، ص 89.

(5) - الأستاذ: عبد الكريم شيبون، المرجع السابق، ص 174.

(6) - صدرت مدونة الأحوال الشخصية المغربية في 7 مارس 1958

ومن خلال عرض آراء الفقهاء في مختلف المذاهب ومن خلال إستعراض ما ذهب إليه القاتون في البلاد العربية نستخلص أن الوصية هي تصرف ينشأ بإرادة منفردة ولا يحتاج إلى القبول إلا بعد الوفاة، وهو شرط لثبوت المكية بعد الوفاة و لا يعتبر شرطاً لصحة الوصية، فلا يعتد بإرادة القابل إلى حين تنفيذ الوصية، وهذا يتفق تماماً مع القواعد العامة للتصرف بالإرادة المنفردة التي لا تحتاج إلى تعيين الدائن إلا حين التنفيذ وهذا ما يتفق مع ما ذهب إليه الفقهاء -كما سبق ذكره- ويتفق أيضاً مع قول زفر الذي يرى بأن الوصية تصبح لازمة بالموت من غير الحاجة إلى قبول.<sup>(1)</sup>

### ثانياً: ما يحقق به الإيجاب في الوصية

الوصية تصرف قانوني يصدر عن الشخص المميز بإرادته<sup>(2)</sup> ويرتب عليه الشارع نتيجة، ومن ثم يتعين أن تكون لهذه الإرادة صيغة لأن الإرادة أمر باطني لا تكون مناطاً للأحكام إلا إذا أظهرتها الصيغة، ولا بد أن تكون هذه الصيغة واضحة الدلالة في لغة الموصي، قاطعة الرغبة في تحقيق الإلزام، وهذه الصيغة قد تكون لفظاً يتكلم به الموصي، كما قد تكون بالكتابة أو الإشارة المفهومة في حالة عدم القدرة على اللفظ والكتابة<sup>(3)</sup>

### ١. إنعقاد الإيجاب باللفظ

يتحقق الإيجاب في الوصية باللفظ الدال على معناها وضعا أو عرفاً، أو بمعونة قرينة من القرائن<sup>(4)</sup> فلا خلاف بين الفقهاء في أن القادر على الكلام إذا كان لا يعرف الكتابة أن وصيته أن وصيته تتعدّد بالعبار الصريحة مثل: أوصيت لفلان بكذا، وغير الصريحة التي يفهم منها الوصية باستعمال القرينة مثل: جعلت له بعد موتي كذا، أو إشهدوا أنني أوصيت لفلان بكذا، وأيا كانت لغة هذه العبارة، عربية أو غير عربية، دون توقفها على أمر آخر لأن العبارة هي الأصل في التعبير عن الإرادة.<sup>(4)</sup>

(1) - الدكتور: أحمد زكي عبد البر، التصرفات الشرعية الفردية في الفقه الإسلامي، مقال منشور بمحاسبة إدارة قضايا الحكومة، مطابع البلاغ، السنة التاسعة، العدد الثاني، أبريل، جوان 1965، ص 67.

(2) - وجود الإرادة: المقصود به هو صدورها من شخص لديه إرادة ذاتية يعتد بها القاتون بنية إحداث أثر قانوني. أنظر: في هذا المعنى: الدكتور: سمير عبد السيد فتاغو، والدكتور: نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 71 الأستاذ: أنور طلبة، الشهر العقاري والمفاضلة بين التصرفات، دار نشر الثقافة، 1990، ص 509 الدكتور: عبد الرزاق السهوري، المرجع السابق، ص 207

(3) - السيد سابق، المرجع السابق، ص 339

محمد زكريا البرنيسي، المرجع السابق، ص 13

أدمون كسبار، المرجع السابق، ص 16

محمد جواد مغنية، المرجع السابق، ص 09

(4) - الدكتور: أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 39

### 3. إنعقاد الإيجاب بالكتابة

إنفق الفقهاء بلا خلاف بينهم على أن إنشاء الإيجاب في الوصية بالكتابة من العاجز عن النطق يعتبر صحيحا تترتب عليه صحة الوصية<sup>(1)</sup> أما إذا كان غير عاجز عن النطق، فإنه فضلا عن جواز وصيته بالعبارة فله أن تكتب وصيته بخطه - شرطا أن تكون كناية مستبينة مرسومة<sup>(2)</sup>. ومن السنة الشرعية ما يدل على جواز الاعتماد على الكتابة والخط لقوله صلى الله عليه وسلم (ما حلف إمري مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده)<sup>(3)</sup>، ويستوي في الكتابة أن يكتبها الموصي أو يكتبها غيره فيقرأها، أو تقرأ عليه ثم يوقعها بإمضائه.

ولا شك أنه من الأفضل أن ينظم الإنسان وصيته حسب الأصول كي يكون مطمئنا إلى أن رغبته ستنفذ دون عائق وللعلم فإن الوصية المفضلة في عصر الصحابة هي الوصية المكتوبة، وهذا ما كان يقوم به عمر بن الخطاب الذي كان كلما أراد السفر يكتب وصيته ويختمها، ثم يسلمها إلى من يأتمنه وكان يستردها عند عودته سالما<sup>(4)</sup>.

ويكون التعبير الصحيح بالكتابة أيا كان شكلها باليد أو بالآلة الكاتبة أو مطبوعة، وأيا كان نوعها رسمية أو عرفية، موقعة أو غير موقعة.

### 4. إنعقاد الإيجاب في الوصية بالإشارة

لا يوجد خلاف بين الفقهاء في أن وصية غير القادر على الكلام<sup>(6)</sup> تصح بإشارته المفهومة المتداولة عرفا الدالة على الإيضاء لأن تعبيره يحصل بذلك بما هو متعارف عليه فهي كاللفظ من القادر على الكلام.

- 
- (1) - الدكتور: محمد زكريا البرديسي، المرجع السابق، ص 40
  - (2) - المقصود بالكتابة المستبينة المرسومة: أي الكتابة المعتادة، لتفريقها على الكتابة غير المستبينة كالكتابة على السهواء والماء
  - (3) - رواه البخاري ومسلم عن ابن عمر رضي الله عنه
  - أنظر: عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 315.
  - (4) - هشام قيلان، المرجع السابق، ص 94.
  - (5) - الدكتور: سمير عبد السيد تناغو والدكتور نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 72.
  - (6) - غير القادر على الكلام: هو الأخرس و الخرس، قد يكون أصليا بان ولد وبه هذه العاهة وقد يكون طارنا كمن اعتقل لسانه بشيب المرض أو غيره.
  - الدكتور: فراج أحمد حسين، المرجع السابق، ص 41.

وقد سوى المالكية بين التعبير بالإشارة والتعبير باللفظ فقالوا: أن الوصية تصح بالإشارة من القادر على الكلام والعاجز عنه على حد سواء،<sup>(1)</sup> لأن كل واحدة منهما حجة ضرورية، فإن عبر الموصي بأي من هذين التعبيرين - العبارة أو الإشارة - فإنها تقبل ويعمل بها ولا يجب أن تفضل أو تقدم أحدهما على الأخرى.

وأما غير المالكية من الشافعية والحنابلة، فقد قالوا بأن الأخرس - بالولادة - القادر على الكتابة لا تصح وصيته بالإشارة ولو كانت مفهومة، لأن الكتابة أقوى في التعبير من الإشارة، ولأن الكتابة تتم بالقلم فتتحل إلى ألفاظ عند قراءتها، فلا يبدل عنها إلى ما هو أضعف منها<sup>(2)</sup> والراجح ما ذهب إليه الشافعية في قول والحنفية في رواية لأن دلالة الكتابة في المقصود أدق وأحكم ولأن قصد البيان فيها معلوم يفهم بلا شبهة بخلاف الإشارة التي يسيطر عليها الشك والإبهام<sup>(3)</sup>.

أما معتقل اللسان فقد ذهبت بعض المذاهب إلى أن وصيته لا تصح بالإشارة، وخالفهم الحنفية فقالوا: بعدم صحة وصيته بالإشارة إذا أصبح النطق بالنسبة له ميؤوسا منه ولا يكون هذا إلا بعد الموت.

والملاحظ على قانون الأسرة الجزائري أنه لم يحدد طرق إنشاء الوصية، وبالتالي علينا بالرجوع إلى القواعد العامة للبحث عن الصور التي يتم بها التعبير عن الإرادة، حيث تنص المادة 60 من القانون المدني الجزائري على أنه "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا. كما يكون بإتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا." وتطبيقا للمبدأ القائل أنه في غياب نص خاص يجب العودة إلى القواعد العامة فإنه فيما يخص التعبير عن الإيجاب في الوصية بالنسبة للقانون الجزائري كما نصت عليه المادة 60 من القانون المدني -سألفه الذكر- فإنه يجب على الموصي أن يعبر عن إرادته بواسطة اللغة المفهومة، أو عن طريق الكتابة سواء كانت بخط اليد أو بالآلة الكاتبة، وسواء كانت عرفية أو رسمية.<sup>(4)</sup>

أما القانون المصري فقد نص في الفقرة الأولى من المادة الثانية من قانون الوصية لعام 1946 على أنه "تتعد الوصية بالعبارة أو الكتابة فإذا كان الموصي عاجزا عنهما إنعقدت الوصية بإشارته المفهومة". وعليه فقد سوى القانون المصري في إنعقاد الوصية بين العبارة والكتابة لمن قدر عليها.

(1) - الدكتور: محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 31.

(2) - الدكتور: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 17.

(3) - هشام قبلان، المرجع السابق، ص 93.

الدكتور: محمد مصطفى شلبي، نفس المرجع، ص 32.

(4) - الأستاذ: علي سليمان، النظرية العامة للإلزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، 1992،

وجعلها في درجة واحدة. أما الإشارة فقد جعلها في درجة ثالثة وهي درجة العجز عن النطق والكتابة معا، فمن يحسن الكتابة لا يجوز له أن ينشأ الوصية بالإشارة<sup>(1)</sup> وحسب ما جاء في المذكرة الإيضاحية بخصوص هذا المجال فإن المشرع المصري قد أخذ بمذهب الحنفية<sup>(2)</sup> كما أجازت مدونة الأحوال الشخصية المغربية إنشاء الوصية بالطرق الثلاث، فتصح بالعبارة أو بالكتابة أو بالإشارة المفهومة في حالة العجز عن النطق أو الكتابة معا، غير أنه اشترط لصحتها إشهادا عدليا إلا في حالة القوة القاهرة. هذا ما نص عليه الفصل الثاني والتسعون بعد المائة من مدونة الأحوال الشخصية<sup>(3)</sup>.

أما القانون الفرنسي فقد نص على أنه يجب أن يكون تعبير الموصي على إرادته بالكتابة، أما إذا غير غيرها فتكون الوصية باطلة، طبقا لما نصت عليه المادتين 970 و 1001 من القانون المدني الفرنسي<sup>(4)</sup>، أما إذا صدرت باللفظ فإن تنفيذها من قبل الورثة يكون من قبيل تنفيذ التزام طبيعي<sup>(5)</sup>.

---

(1) - بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 130.

محمد زكريا تبرديسي، المرجع السابق، ص 16.

(2) - الدكتور: سعيد عبد السلام، المرجع السابق، ص 134.

(3) - الأستاذ: عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص 312.

(4) - محمدي سليمان، المرجع السابق، ص 129.

(5) - يتحقق فيه إلا عنصر المديونية فقط دون عنصر المسؤولية، ولهذا لا يستطيع الدائن إجبار المدين على تنفيذ التزامه، وإنما يكون تنفيذه من قبل المدين إختياريا.

أنظر: الدكتور: سمير عبد السيد تاغور، الدكتور: نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 08.

## الفرع الثاني

### القبول في الوصية وردها

إن الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت. هذا التصرف ينعقد بالإرادة المنفردة للموصي غير أن الملكية لا تثبت إلا بعد قبول الموصى له، وتبطل في حالة رفضه لها. وسأبحث في إطار هذا الموضوع معنى قبول الوصية أو ردها ثم أتعرض إلى كيف يتم القبول؟ ومن له حق القبول؟.

#### أولاً: حقيقة القبول المطلوب في الوصية

يعرف القبول بأنه التعبير عن الإرادة المطابق للإيجاب الصادر عن الشخص الذي تلقى هذا الإيجاب، فالقبول هو الإرادة الثانية<sup>(1)</sup>. فعلى خلاف كل العقود الأخرى التي يتطلب فيها القانون صدور إيجاب ويقابله قبول كما في عقد البيع وعقد الإيجار وعقد الزواج مثلاً، فإذا إنتفى توافق الإرادتين، كان العقد باطلاً بطلاناً مطابقاً لإنعدام ركن الرضى، إلا أنه يمكن إنشاء العقد بالإرادة المنفردة في عقود التبرع كالوصية والهبية مثلاً. ومن هنا كان الخلاف في مسألة حقيقة القبول المطلوب في الوصية، أهو القبول الإيجابي الذي يكون بالقول أو ما يقوم مقام القول كالقيام بأعمال إردية تدل على موقف صاحبها على الرضى بالوصية<sup>(2)</sup> أم يكفي القبول السلبي وهو عدم الرد الصريح أو ما يقوم مقامه<sup>(3)</sup> وفي هذا المجال للفقهاء آرايان:

الأول للحنفية: و القبول عندهم هو عدم الرد، وبالتالي يكفي إما القبول بالتصريح بالوصية قولاً، أو كتابةً. أو عن طريق القبول الذي يفهم من موقف الموصى له -القبول دلالة- بأن يقوم الموصى له بالتصرف في المال الموصى به، بالبيع أو بالركوب أو بالإيجار أو بالبناء عليه إن كان أرضاً.<sup>(4)</sup> وعليه إذا مات الموصى له من غير أن يصدر عنه ما يدل على القبول أو الرد إنتقل الملك في الوصية إلى ورثته لأن الوصية قد تمت من جانب الموصى بموته تماماً<sup>(5)</sup>، وبرأيهم أن القبول ركن في الوصية وليس شرطاً.<sup>(6)</sup>

(1) - أنظر: المادتين 197 و 201 من قانون الأسرة الجزائري

(2) - الدكتور: سمير عبد السيد تفاعو، والدكتور: نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 90

(3) - الأستاذ: علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، 1992، ص 33

(4) - الشيخ: محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص 20

(5) - نفية محمد بن أحمد، المرجع السابق، ص 109.

(6) - الدكتور: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 18.

(7) - هشام قبلان، المرجع السابق، ص 86.

أما جمهور الفقهاء فقالوا أنه لا بد من صدور القبول أو بما يقوم مقامه، ولا يمكن أن تنشأ الوصية بعدم الرد فقط، وبرأيهم أن القبول ليس شرطاً لصحة الوصية ولكنه شرطاً للزومها، أي شرط تملك الشيء الموصى به، فلا يجوز أن تدخل الشيء في ذمة الشخص بدون رضاه.

فالوصية الاختيارية هي وصية الإنسان لغيره وتنتقل الملكية بها شكل إختياري بالنسبة للموصي وبالنسبة للموصى له. (1)

وهذا الرأي الأخير هو الذي أخذ به المشرع الجزائري فقد نص في المادة 197 على أنه "يكون قبول الوصية صراحة أو ضمناً بعد وفاة الموصي"، من خلال هذا النص يتضح لنا جلياً أن الموصى له مطلق الحرية في قبول الوصية، وهذا معناه أن الوصية لا تثبت للموصى له بمجرد وفاة الموصي، بل لا بد أن يقبلها صراحة بالقول أو ما يقوم مقامه كإتخاذ موقف يدل على رضاه بالوصية بعد الوفاة، فإذا قبل الموصى له الوصية كان الموصى به ملكاً له، وإذا رد الموصى له الوصية بطلت، وهذا ما نصت عليه المادة 201 من قانون الأسرة الجزائري "تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي أو بردها. وبذلك المسلك الذي سلكه المشرع الجزائري يكون قد أعطى لورثة الموصى له بعد وفاته الحق في قبول الوصية أو ردها، وهذا ما نصت عليه المادة 198 من قانون الأسرة بقولها "إذا مات الموصى له قبل القبول فلورثة الحق في القبول أو الرد"

ولقد إختار القانون المصري نفس المسلك الذي قال به جمهور الفقهاء، حيث جعل للموصى له حرية مطلقة في قبول الوصية أو ردها<sup>(2)</sup>، ويظهر ذلك من خلال نص المادة 20 من قانون الوصية لعام 1916، زقد جاء في المذكرة الإضافية فيما يخص نص هذه المادة أن المراد بالقبول دلالة الإتيان بما يدل على الرضا وهو مذهب الحنابلة. (1)

وأخذ القانون السوري بمبدأ إنعقاد الوصية بالإرادة المنفردة ولكنه أضاف بأن الملكية لا تثبت للموصى له إلا إذا قبلها صراحة أو ضمناً وتبطل في حالة رفضه لها. (4)

(1) - الدكتور: بلحاج العربي، الميراث والوصية، المرجع السابق، ص 275.

(2) - الشيخ: محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص 21.

(3) - الدكتور: سعد عبد السلام، المرجع السابق، ص 148.

(4) - هشام قبلاز، المرجع السابق، ص 89.



## ثانيا: صاحب الحق في القبول أو الرد

إذا مات الموصي مصرا على وصيته فلا بد من قبول الموصي له الوصية حتى تنتقل ملكية الموصى به إليه، أما إذا ردها فنتقي ملكية الموصى به عند ورثة الموصي، فإذا كان الموصى له المعين كامل الأهلية فلا خلاف بين الفقهاء في أنه هو صاحب الحق في قبول الوصية أو ردها لأنه هو صاحب الولاية على نفسه<sup>(1)</sup>، كما إتفقوا على أنه يثبت الحق في قبول الوصية أو ردها للولي إذا كان الموصى له فاقد الأهلية كالمجنون والصبي غير المميز لأن الشارع لا يعطي اعتبارا لعباراته<sup>(2)</sup>.

أما الصبي المميز<sup>(3)</sup> فيذهب الحنفية إلى أن القبول يكون منه شخصيا لأن الوصية من التصرفات النافعة نفعا محضا، ولهذا فلا يجوز له أن يردها، لأن الرد تصرف ضار ضررا محضا.

أما الحنابلة فقد جعلوا قبول الوصية وردها للولي سواء بالنسبة للصبي عديم التمييز أم للصبي المميز، كل ما هناك أن يكون ما يختاره الولي أصلح الأمرين بالنسبة للشخص القاصر<sup>(4)</sup>.

وأما إذا كانت الوصية إلى موصى له غير معين كالوصية للفقراء والمحتاجين وإلى جهات السير والإحسان، ففي هذه الحالة لا تحتاج الوصية إلى قبول من الموصى له بل تنتقل ملكية الموصى به مباشرة بمجرد وفاة الموصي مصرا على وصيته.

ويرى الشافعية أنه إذا كان هناك من يمثل هذه الجهات فلا تتم الوصية إلا بقبول ذلك الممثل فإن لم يوجد لها من يمثلها لزمتم بمجرد حدوث واقعة الوفاة<sup>(5)</sup>، وهذا ما جنح إليه قانون الأسرة الجزائري حيث جعل الشخص كامل الأهلية هو صاحب الحق في قبول الوصية أو ردها لأنه هو صاحب الولاية على نفسه. وهذا ما نصت عليه المادة 197 سالفه الذكر.

أما إذا كان الموصى له عديم التمييز كان صغير السن ولم يبلغ سن السادسة عشرة سنة، أو كان مجنونا أو معتوها فإن صاحب الولاية عليه هو الذي يكون له الحق في قبول الوصية أو ردها، أما إذا كان ناقص الأهلية بسبب صغر في السن أو بسبب عارض من عوارض الأهلية، كالسفه أو العته<sup>(6)</sup> فإنه لا حاجة لأن يحل محله شخص آخر في قبول الوصية، ولا حاجة لأن يردها هو بنفسه .

(1) - محمد زكريا البرديسي، المرجع السابق، ص 21.

(2) - الدكتور: محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 46.

(3) - الصبي المميز هو من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وسن التمييز في القانون الجزائري 16 سنة  
أنظر: المادة 423 من القانون المدني الجزائري

(4) - الصبي المميز هو من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وسن التمييز في القانون الجزائري 16 سنة  
أنظر: المادة 423 من القانون المدني الجزائري

(5) - محمد زكريا البرديسي، المرجع السابق، ص 23.

(6) - أنظر: المادة 43 من القانون المدني الجزائري

لأن الرد يعتبر من التصرفات الضارة ضررا محضا والتي لا يجوز له أن يقوم بها.<sup>(1)</sup>

### ثالثا: وقت القبول ووقت الرد

القاعدة العامة في عقود التملك تقضي بأن يكون القبول قد صدر ومجلس العقد لازال قائما. فإذا تأخر القبول أو جاء بعد إنقضاء مجلس العقد سقط الإيجاب، وإستثنى الفقهاء من هذه القاعدة الوصية بالمال أو بالحق أو بالمنفعة، فقالوا أن قبول الموصى به كما يصح أن يكون في مجلس لإيجاب يصح أيضا أن يكون بعده قريبا أو بعيدا<sup>(2)</sup>. فقد إتفق الفقهاء على أن قبول الموصى له الوصية أو ردها لا يكون له أي أثر إلا بعد وفاة الموصى لا قبله ولا معه، فإذا قبلها أو ردها حال حياة الموصى فذلك باطل<sup>(3)</sup>. وعليه فإذا قبل الموصى له الوصية حال حياة الموصى ثم ردها بعد وفاته صح هذا الرد، لأن التملك في الوصية لا يكون إلا بعد موت الموصى<sup>(4)</sup>. وقد قال الكرخي: " قبول الموصى له ورده إنما يكون بعد موت الموصى ولا ينظر إلى رده ولا إلى إجازته قبل الموت ". والحكمة في ذلك تعود إلى أن الوصية من التصرفات غير اللازمة فيجوز للموصى أن يرجع في وصيته مادام حيا ولو قبلها الموصى له، لأن القبول هو لثبوت الملكية.<sup>(5)</sup>

وطالما أن آثار الوصية لا تظهر إلا بعد الوفاة لأنها تصرف مضاف لما بعد الموت فلا عبرة لقبول الوصية قبل وقت تنفيذها<sup>(6)</sup> وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء. وقد خالفهم في ذلك الإمام زفر الذي قال: أن رد الموصى له الوصية حال حياة الموصى صحيح ولا حاجة لقبول بعد الوفاة. غير أنه لا يشترط قبول الموصى له لكامل الشيء الموصى به فله أن يقبل بعضا منه ويرفض البعض الآخر، لكن إذا كان الموصى به لا يقبل التجزئة -كأن يكون حصانا- فلا بد أن يكون القبول كاملا وإلا بطلت الوصية.

كذلك إذا اشترط الموصى عدم تجزئة الموصى به -ولو كان قابلا للقسمة- وجب التقييد بالشرط الموجود في الوصية، ولا يبقى أمام الموصى له إلا أن يقبل الشيء الموصى به كاملا أو يرده كاملا.<sup>(7)</sup>

(1) - الدكتور: بلحاج العربي، الميراث والوصية، المرجع السابق، ص 280.

أنظر: المادة 64 الفقرة 01 من القانون المدني الجزائري.

(2) - الشيخ: علي الخفيف، المرجع السابق، ص 40.

(3) - الدكتور: محمد زكي عبد البر، المقال السابق، ص 67.

(4) - الدكتور: محمد كمال مرسي بك، المقال السابق، ص 99.

(5) - الدكتور: أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 59.

(6) - الدكتور: مصطفى السباعي، الدكتور: عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 266.

(7) - الدكتور: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 19.

الدكتور: محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 42.

ويطرح السؤال حول ما إذا مات الموصي له بعد وفاة الموصي وقبل أن يصدر منه لا قبول ولا

رد.

وفي هذه الحالة ليس أمامنا إلا الرجوع إلى القواعد العامة المتعلقة بالعقود والتي تقضي بانتقال حق القبول والرد إلى الورثة باعتبار أن الخلف العام يرث جميع الحقوق التي كان يملكها مورثهم.<sup>(1)</sup> وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 198 من قانون الأسرة حيث جعل لورثة الموصي له الحق في القبول أو الرد.

#### رابعاً: وقت ثبوت ملكية الموصى به للموصي له

اتفق الفقهاء على أنه إذا قبل الموصي له الوصية على فور وفاة الموصي ثبت الملك الموصى به للموصي به من حينه<sup>(2)</sup>. كما اتفقوا على أن الموصي إذا حدد ميعاداً مستقبلاً لملكته فإنها تبتدئ من هذا التاريخ سواء كان القبول فوراً بعد الوفاة أو جاء متأخراً<sup>(3)</sup>.

ولكنهم اختلفوا في مسألة ثبوت الملكية إذا كان الموصي له قد تأخر في إصدار قبوله بعد الوفاة. فهل ينتقل الموصى به إلى الموصي له من تاريخ الوفاة أم من تاريخ القبول؟

يقول الحنفية أن الملكية تثبت بالقبول مستندة إلى وقت وفاة الموصي، وقال بذلك الشافعية وبعض الحنابلة لأن هذا يتفق مع قصد الموصي ورغبته في أن يمتلك الموصي له ما أوصى به عقب الوفاة، إذ لو كان يرغب في تأخيرها لحدد موعداً لذلك وبالتالي فإن زوائد ونفقات الموصي به هي ملك للموصي له من يوم الوفاة، غير أن الحنابلة وبعض المالكية يقولون أن الملكية تثبت للموصي له منذ قبول الوصية، وحسب رأيهم أن الوصية تتم بالإيجاب والقبول وبالتالي فإن زوائد ونفقات الموصي به من الوفاة إلى القبول تكون للورثة.<sup>(3)</sup>

هذا ولم ينص المشرع الجزائري على وقت ثبوت ملكية الموصى به إلى الموصي له، ولكن به بإحاطته إلى أحكام الشريعة الإسلامية في مجال أحكام الوصية، فإنه يأخذ بالرأي الراجح عند الفقهاء والذي يقول بثبوت الملكية من وقت القبول استناداً إلى وقت الوفاة.

ومن استعراضنا لما تقدم نستخلص أن التصرف بالوصية ينشأ بإرادة منفردة<sup>(4)</sup> ولا يحتاج إلى القبول إلا بعد الوفاة وهو شرط لثبوت الملكية بعد الوفاة ولا يمكن إعتباره شرطاً لصحة الوصية فالموصي يلتزم بإرادته بإخراج جزء من مال أو منفعة أو حق من الحقوق من ذمته ولا يحتاج لإرادة القابل إلى حين تنفيذ الوصية.

(1) - الدكتور: أحمد حسن فراج، المرجع السابق، ص 72.

(2) - الدكتور: بلحاج العربي، الميراث والوصية، المرجع السابق، ص 283.

(3) - محمد زكريا البرديسي، المرجع السابق، ص 25.

الدكتور: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 23.

(4) - الدكتور: محمد زكي عبد البر، المقال السابق، ص 67.

## المطلب الثاني

### الشروط المقترنة بالصيغة

قدمنا -سابقا- أن صيغة التصرف هي المعبرة عن إرادة المتصرف وبها يوجد التصرف في الخارج ولولاها ما وجد. والصيغة المنشئة للعقود والتصرفات تنقسم إلى ثلاثة أقسام من حيث التجيز و التعليق والإضافة. (1)

فالصيغة المنجزة هي ما تدل على إنشاء العقد ووجود حكمه وأثاره في الحال وهذا هو الأصل في العقود لأن العاقد لا يقصد بالعقد إلا رغبته في ظهور حكمه كعقد البيع. والصيغة المضافة هي ما تدل على إنشاء العقد في الحال مع تخلف أحكامه إلى زمن المستقبل. والصيغة المعقدة هي ما تدل على تعليق وجوده وإنشائه على وجود أداة من أدوات الشرط.

ومن المقرر أن الوصية تمايك مضاف إلى ما بعد الموت (2) ولهذا فهي لا تتعد بصيغة منجزة، لأن أثارها تتراخي إلى ما بعد الوفاة. وعليه سأنتظر في هذا الموضوع إلى مدى جواز إضافة الوصية إلى المستقبل؟ ثم أنتظر إلى مدى جواز تعليق الوصية على شرط أو تقييدها بشرط؟

## الفرع الأول

### إضافة الوصية

قد علمت أن الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، وعلى ذلك فالوصية مضافة دائما إلى ما بعد وفاة الموصي ولا تكون منجزة في حال من الأحوال، ومع ذلك فقد تكون مضافة إلى زمن يسلتي بعد زمن وفاة الموصي (3) وهذا ما أعنيه في الكلام عن الوصية المضافة إلى المستقبل. فإذا أوصى شخص بسكن لشخص آخر اعتبارا من السنة التالية لوفاة وصيته، وكانت منافع الدار ونفقاتها على الورثة في الفترة التي تفصل بين وفاة الموصي ووقت تنفيذ الوصية، وكان ملك رقبته على حكم ملك الموصي إلى أن يجيء وقت التنفيذ. (4) وقد ذهب كل من الحنفية والمالكية والشافعية إلى صحة إضافة الوصية إلى وقت يأتي بعد وفاة الموصي. (5)

(1) - الأستاذ: عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص 175.

(2) - أحمد عمر أبو بكر، الوصية وأحكامها، المطبعة العربية، غرداية، الجزائر، 1986، ص 13.

(3) - الدكتور: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 24.

(4) - الشيخ: علي الخفيف، المرجع السابق، ص 103.

(5) - محمد زكريا البرديسي، المرجع السابق، ص 30.

وإلى هذا الرأي ذهب الشيعة الجعفرية أيضا، كذلك مال قانون الوصية المصري إلى هذا الوأي حيث أجاز في المادة الرابعة منه، إضافة الوصية إلى زمن مستقبل يأتي بعد وفاة الموصي، غير أننا نلاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص على مثل هذه الصيغة المضافة للوصية، ولكن فقط نص على جواز تعليقها على شرط<sup>(1)</sup>. ولكن بما أن المشرع الجزائري يأخذ بالمذهب المالكي الذي يجيز إضافة الوصية إلى المستقبل، فإنه تصح الوصية في القانون الجزائري إذا كانت تحمل الصيغة المضافة.

### الفرع الثاني : تعليق الوصية على شرط

تعليق الوصية معناه أن تعليق وجود عبارة الوصية وسببيتها على وجود شرط معدوم قد يوجد، فيتحقق لوجود سببيتها وبذلك يترتب عليها آثارها وأحكامها، وقد لا يوجد هذا الشرط في المستقبل، فلا تتعدّد عبارتها في هذه الحالة<sup>(2)</sup>، والغالب أن يتم تعليق الوصية بواسطة أداة من أدوات الشرط<sup>(3)</sup>، وعليه يظهر أن تعليق صيغة الوصية مرتبط بسببيتها، أما إضافة الوصية فيترتب عليه إرجاء وتأخير آثارها إلى زمن في المستقبل. وهذا الرأي هو الذي قال به الحنفية في التفرقة بين إضافة الوصية إلى زمن وتعليقها على شرط.

أما غيرهم من الشافعية والمالكية والحنابلة والشيعة الجعفرية فلا يقولون بهذه التفرقة. ففي كاتنا الحالتين تكون الوصية معلقة<sup>(4)</sup> وجاء في رد المختار أن تعليق الوصية معناه إذا تحقق الشرط كان للموصي له ما أوصى له به لأنه في الحقيقة إثبات الخلافة معلقا بالشرط. وكما يجوز تعليق الوصية على شرط بشرط في الحياة يجوز كذلك تعليقها على شرط بعد الموت، لأن ما بعد الموت في الوصية كحال الحياة<sup>(5)</sup> كأن يقول الموصي: إذا شفى الله ولدي فقد جعلت داري لطلاب العلم. أو يقول: إذا لم يتزوج فلان بعد موتي سنة فله ربع مالي.

### الفرع الثالث: إقتران الوصية بالشرط

الشرط أمرا مستقيلا غير محقق الوقوع، وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وأنه أمر عارض إضافي يمكن تصور الإلتزام بدونه والإقتران بالشرط هو تقييد الصيغة المنشئة للوصية للقصد بشرط يظهر أثره في أحكامها فقط، كأن تقترن الصيغة بشرط يتيح مصلحة للموصي أو الموصى له أو للغير.<sup>(6)</sup>

(1) - أنظر: المادة 199 من قانون الأسرة الجزائري

(2) - محمود زكريا البرنيسي، نفس المرجع، ص 31.

(3) - كالوصية المطلقة، فإذا قال الرجل إن شفيت من مرضي فقد جعلت داري هذه لطلبة جامعة الجزائر بعد وفاتي، كانت هذه الوصية صحيحة.

(4) - الشيخ: علي الخفيف، المرجع السابق، ص 104.

(5) - الدكتور: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 25.

(6) - لإقتران هو ما صدر فيه إيجاب أو لا غير مقيد بشيء، ثم أعقبه بشرط زائد عليه

ومن هنا يظهر الفرق بين التعليق على شرط والإقتران بالشرط، فالتعليق هو ترتيب وجود الوصية على وجود الشرط، وعليه فالوصية المعلقة على شرط لا تنشأ إلا بعد تحقق الشرط. (1) وأما الإقتران بالشرط فهو تقييد الصيغة المنشئة للوصية بشرط يظهر أثره في أحكامها فقط. وبالتالي فإن الوصية موجودة ولكن إتصل بها شرط مضاف، يحقق مصلحة للموصي أو الموصى له أو للغير. (2) والقانون المدني -كقاعدة عامة- أباح للمتعاقدين أن يدخلوا على العقد من الشروط ما يريدان، عملاً بالمبدأ، القائل العقد شريعة المتعاقدين. (3)

ومن ثم فإن للموصي أن يتحكم في الأثر المترتب عن الوصية فيخضعها لرغبته، إذ الموصي بإرادته المنفردة الحرة هو الذي يوجد الوصية ويوجد أثرها، لا يحد من سلطاته فيما يشترط إلا النظام العام والآداب العامة. وقد قسم الفقهاء جميعهم الشروط المقترنة بالوصية إلى شروط صحيحة، وأخرى غير صحيحة لكنهم اختلفوا في دائرة كل منهما. (4)

والشرط الصحيح كما عرفه ابن تيمية وابن القيم: هو ما كان فيه مصلحة للموصي أو الموصى له أو غيرهما ولم يكن منهيًا عنه ولا منافيًا لمقاصد الشريعة (5)، أما الشرط الباطل فهو ما كان منهيًا عنه أو منافيًا لمقاصد الشريعة أو لم يكن فيه مصلحة لأحد. ومثال الشرط الذي يكون فيه مصلحة للموصي أن يحل الموصى له محله في أداء ما فاته من زكاة، أو حج أو قضاء النذور، التي نذرهما لله عز وجل. ومثال الشروط التي تكون في مصلحة الموصى له، أن يشرع هذا الأخير في قضاء ما عليه من ديون ومثال الشروط التي تكون في مصلحة غيرهما أن تكون فوائد ومحصولات الأرض الموصى بها لفلسنة الفقراء والمساكين...

ومثال الشروط المنهي عنها في صيغة الوصية، أن يشترط مثلاً: على الطفل الموصى له أن لا يتصل بأمه، وعليه فإقتران الوصية بالشرط الصحيح يعتبر إقتراناً صحيحاً، فتصح الوصية معه وحينها لا يمكن أن تنشأ الوصية إلا إذا تم الوفاء بالشرط. فإذا أوصى رجل لآخر بقطعة أرض على أن يحج معه كانت الوصية جائزة وصحيحة إذا قبلها الموصى له، أما إذا إقترنت الوصية بشرط فاسد أو باطل فهذا تصح الوصية ويبطل الشرط. (6)

(1) - الدكتور: محمد مصطفى شابي، المرجع السابق، ص 57.

(2) - زهدور محمد، المرجع السابق، ص 60.

(3) - أنظر: المادة 106 من القانون المدني الجزائري.

(4) - محمدي سليمان، المرجع السابق، ص 130.

(5) - السيد سابق، المرجع السابق، ص 340.

الأستاذ: شهبون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 176.

(6) - الدكتور: مصطفى السباعي، والدكتور: عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 251.

وهذا الرأي هو الذي قال به الحنفية وذهبت بعض المذاهب كالظاهرية إلى بطلان العقد والشرط معا<sup>(1)</sup>، والحد الفاصل في ذلك هو أن الشرط الباطل إذا جعل الوصية متمحضة للمعصية يبطل الشرط والوصية معا، كأن يوصي الشخص طفلاً مستهتراً ببعض ماله شريطة أن يستمر في عقوقه وعصيانه. أما الشروط الباطلة التي تؤثر في صحة الوصية وتعتبر ملغاة ولا أثر لها، وبالتالي تصح الوصية وتتفد مع عدم الإلتفات إلى الشرط كإشتراط عدم زواج الموصى لها. <sup>(2)</sup> وقانون الأسرة الجزائري بمقتضى نص المادة 199 منه التي تنص على أنه " إذا علق الوصية على شرط إستحقاقها الموصى له بعد إنجاز الشرط وإذا كان الشرط غير صحيح صحت الوصية وبطل الشرط ". قسم الشروط المقترنة بالوصية إلى قسمين: صحيحة وباطلة، وأوجب الوفاء بالشرط الصحيح، مادام إعماله يحقق الغرض الذي من أجله إشتراط، أما إذا كان إعماله لا يحقق هذا الغرض أو كان الشرط غير صحيح فإنه يلغى. ويلاحظ أن القانون الجزائري قد قصد إلى أمرين في الشرط الصحيح، الأمر الأول: أن يكون فيه مصلحة بحيث لا يكون إشتراطه عبثاً، فالمصلحة هي الأمر المقصود ويتوقف عليها وجود الشرط والحكم بعدم لزومه وبالتالي إلغائه.

الأمر الثاني: ألا يكون منهياً عنه، ولا منافياً لمقاصد الشريعة، ووضح من نص المادة 199 سائفة الذكر أن الشروط الباطلة لا تؤثر في صحة الوصية، ولكن لا يلزم مراعاتها وتهمل ولا يلتفت إليها، وقد سبق المشرع المصري المشرع الجزائري في تقسيم الشروط المقترنة بالوصية فقسمها إلى صحيحة وباطلة أحداً برأي جمهور الفقهاء<sup>(3)</sup> وذلك بمقتضى نص المادة الرابعة من قانون الوصية. وقد تطرق الفصل الواحد والثمانون بعد المائة (181) من مدونة الأحوال الشخصية المغربية إلى صحة الوصية المعلقة أو المضافة أو المقيدة أو المقترنة بالشرط متى كان هذا الشرط صحيحاً. <sup>(4)</sup> وخلص ما تقدم أن الوصية وإن كان حكمها مضافاً إلى ما بعد الموت بطبيعتها<sup>(5)</sup> ولا تقبل التنجيز أبداً، إلا أنه مع ذلك قد تكون بصيغة مضافة إلى ما بعد الموت أو نفي التعليق على وجود شيء آخر، والصيغة سواء كانت مضافة أو معلقة، فإنها تصح أن تكون مؤبدة أو مؤقتة كما يصح أن تكون مطلقة. <sup>(6)</sup>

(1) - الشيخ: علي خفيف، المرجع السابق، ص 79

(2) - الدكتور: محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 60

الشيخ: محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص 32

(3) - محمد زكريا البرديسي، المرجع السابق، ص 29

الدكتور: أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 42

(4) - الأستاذ: شهبون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 176

(5) - أنظر: القرار رقم 116375 بتاريخ 1995/05/02 الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المحلة الفضائية لسنة 1996، العدد الأول، ص 208

(6) - الوصية المطلقة هي الوصية المجردة من كل شرط

## المبحث الثاني

### شكل الوصية وشهرها

لا بد لإنشاء التصرف القانوني من توفر الشروط الشكلية المقررة والتي منها التعبير عن الإرادة تعبيراً واضحاً لا لبس فيه ولا غموض ويترتب على كون الوصية تصرفاً إنفرادياً مضافاً إلى ما بعد الموت أن يكون الأصل هو إنتقال المال الموصى به بإبرام الوصية ووفاء الموصي<sup>(1)</sup>، أما قبول الموصى له فلا شأن له في تحقيق إنتقال ملكية الموصى به، لأن الملكية تنتقل حكماً بمجرد الوفاة، وإنما ينحصر شأن القبول في تثبيت هذه الملكية<sup>(2)</sup>، على أنه إذا كان الموصى به عقاراً فهل يكفي الإيجاب من الموصى، والقبول من الموصى له بعد الوفاة أم يلزم علاوة على ذلك أن يتم إفراغ الوصية في شكل رسمي، حيث تعتبر الشكلية في هذه الحالة ركناً لا تتعقد الوصية بدونه

وهل يكفي الشكل الرسمي لإنتقال ملكية العقار الموصى به، أم تنتقل بواقعة الشهر لدى المحافظة العقارية<sup>(3)</sup> وسأتعرض في هذا الصدد للآتي:

- الشكلية المطلوبة في الوصية بالعقار.

- شهر الوصية بالعقار

## المطلب الأول

### شكل الوصية بالعقار

تتعقد الوصية في المنقول بمجرد أن يعبر الموصي عن إرادته بالعبرة أو بالكتابة، فإذا كان الموصى عاجزاً عنها إنعقدت الوصية بإشارته المفهمة<sup>(4)</sup>، ولا يهم إن كانت الكتابة رسمية أو عرفية. غير أن السؤال يطرح بالنسبة إلى الشكلية الواجب توافرها في الوصية بالعقار. هل تكفي الكتابة العرفية الإشارة والعبرة، أم لا بد لإنعقادها من توفر الكتابة الرسمية؟ وسأتعرض في هذا الصدد إلى:

شكل الوصية في القانون الجزائري ثم أتعرض إلى شكل الوصية في القانون المقارن.

الفرع الأول: شكل الوصية في القانون الجزائري، وفي الشريعة الإسلامية

الفرع الثاني: شكل الوصية في القانون المقارن

(1) الدكتور: عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 815

(2) الأستاذ: محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 72

(3) الدكتور: سمير عبد السيد تفاعو، والدكتور: نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 45

(4) الدكتور: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 207



## الفرع الأول

### شكل الوصية في القانون الجزائري، وفي الشريعة الإسلامية

أحاول في هذا المجال البحث عن الشكل المطلوب توافره في الوصية، وخاصة إذا كان محلها عقارا أو حقا عينيا متعلقا بعقار. هل يشترط القانون والشرع الرسمية أم لا؟ ولهذا سأعرض بالدراسة إلى أمرين: أولهما شكل الوصية في القانون الجزائري، والشريعة الإسلامية، وثانيهما شكل الوصية في القانون الدولي الخاص الجزائري.

### أولا: شكل الوصية في القانون الجزائري، وفي الشريعة الإسلامية

لابد لإنشاء التصرف القانوني من توفر الشروط الشكلية المقررة. والتي منها التعبير عن الإرادة تعبيرا واضحا لا غموض فيه ولا لبس، وعليه فإن الإشكال لا يطرح إذا كان محل الوصية منقولاً فحينها يكفي لتتمام الوصية الرضائية، ولكن المشكل يثور بحدة إذا كان محل الوصية عقارا<sup>(1)</sup> أو حقا عينيا متعلقا بعقار - كحق الارتفاق مثلا - فما هي الشكلية المطلوب توافرها في مثل هذه الأحوال؟ فهل تكفي الرضائية لتتمام الوصية بالعقار أم يجب أن تكون الشكلية رسمية؟

إن الأصل في العقود التي ترد على عقار أو على عيني متعلق بعقار لا تكون صحيحة إلا إذا تمت في شكل معين وهو الشكل الرسمي أي لابد أن يكون العقد عقدا رسميا. والعقد الرسمي هو الذي لا يكفي لإنعاقده مجرد توافق الإرادتين بل لابد من إفراغ هذا التراضي في شكل معين، والشكلية التي يتطلبها المشرع الجزائري تنحصر في الكتابة الرسمية،<sup>(2)</sup> التي يقوم بها موظف عام - كالموثق مثلا -<sup>(3)</sup> وذلك طبقا للأشكال القانونية.

وعلى ذلك نص المادة 324 مكررا<sup>(4)</sup> على أنه "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية..."

- 
- (1) - العقار: هو كل شيء لا يمكن نقله من مكان إلى آخر دون أن يتلف. أما المنقول فهو كل شيء يمكن نقله دون تلف.
  - (2) - الدكتور: علي سليمان: مذكرات في القانون النولي الخاص الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1993، ص 82.
  - (3) - أنظر: المادة 5 من القانون رقم 88-27 مؤرخ في 12 يوليو 1988 المتضمن تنظيم التوثيق.
  - (4) - القانون رقم 88-14 المؤرخ في 03 ماي 1988 المعدل والمتمم للقانون رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

ولمعرفة هل تطبق هذه المادة على الوصية التي يكون محلها عقارا أو حق عيني متعلق بعقار، يجب أن نميز بصدد الشكلية بين الشكل المطلوب للإنعقاد،<sup>(1)</sup> والذي يعتبر ركن رابع في العقود وذلك بعد ركن الرضى والمحل والسبب، وبين الشكل المطلوب لمجرد إثبات<sup>(2)</sup> التصرفات القانونية المختلفة، مثل ما نصت عليه المادة 645 من القانون المدني الجزائري "لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة..." فتختلف الشكل المطلوب للإنعقاد يترتب عليه بطلان التصرف بطلانا مطلقا،<sup>(3)</sup> أما إذا تخلف الشكل المطلوب للإثبات فإن التصرف لا يكون باطلا ولكن يقع إشكال في إثباته.

ومن الواضح جدا أنه لا يمكن الإستناد إلى نص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري المذكورة أعلاه - للقول بأن الوصية التي يكون محلها عقار أو حق عيني متعلق بعقار يجب إقرارها في شكل رسمي، لأنها لا تدخل في مضمون ما جاءت به هذه المادة<sup>(4)</sup> ذلك لأن هذا النص خاص بالعقود فقط والوصية كما علمت ليست عقدا بل هي تصرف إنفرادي.<sup>(5)</sup>

وعلى ذلك لا يمكن إخضاع الوصية إلى المضمون الذي جاءت به المادة المذكورة أعلاه بإلزام ذوي الشأن بكتابتها كتابة رسمية، إلا إذا عدل المشرع هذه المادة بوضعه كلمة "التصرفات" مكان كلمة "العقود".

والخلاصة أن الشكل كركن إنعقاد غير مطلوب في الوصية التي يكون محلها عقار أو حق عيني متعلق بعقار، أما الشكل كإثبات فهو مطلوب في الوصية بصفة عامة سواء كانت محلها منقول أو عقارا.<sup>(6)</sup>

وبالتالي فإن الوصية في الجزائر لا تخضع إلى شكل معين بل تتم بكل عبارة أو كتابة -عرفية أو رسمية- إذ الرضائية هي الأصل والرسمية لا تكون إلا بنص خاص.

#### شكل الوصية في الشريعة الإسلامية

لقد إتفق الفقهاء على أنه لا يشترط في الوصية أن يصدر بها عقد رسمي<sup>(7)</sup> كما أشرط في بعض العقود الأخرى وذلك بقصد التيسير على الناس فقد تكون الوصية في وقت اشتداد المرض أو في ظروف حرجة، وعلى هذا فيمكن إنشاء الوصية -في المنقول أو العقار على السواء- بالألفاظ المتعارف عليها عادة أو بالكتابة عرفية كانت أو رسمية أو بالإشارة ممن لا يحسن النطق ولا يعرف الكتابة.<sup>(8)</sup>

(1) - الشكل المطلوب للإنعقاد يسمى باللاتينية: ADSOLEMNITATEM

(2) - الشكل المطلوب للإثبات يسمى باللاتينية: ADPROBATIONEM

(3) - البطلان المطلق: هو الجزء الذي يرتبه القانون على نخاف ركن من الأركان أو شرط من شروط الأركان

(4) - زهدور محمد، المرجع السابق، ص 78

(5) - الدكتور: محمد زكي عبد البر، المرجع السابق، ص 67

(6) - أنظر: الفقرة الأولى والثانية من المادة 191 من قانون الأسرة الجزائري

(7) - الدكتور: أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 51

(8) - هشام قبيلان، المرجع السابق، ص 93

والكتابة التي قال بها الفقهاء هي للإثبات وليس لقيام وتام الوصية، فإذا تخلفت يمكن الإثبات بشهادة الشهود أو بإقرار الورثة أو بيينة واضحة. (1)

ولكن الواضح من حديث الرسول صلى الله عليه وسلم الذي قال فيه "ما حق إمرئ مسلم يبيت ليلتين وله شيء يريد أن يوصي به إلا وصيته مكتوبة عند رأسه" (2) أن كتابة الوصية عمل مطلوب تقتضيه الحياة العملية ذلك لأن الكتابة تنبئ عن المقصود منها.

#### ثانيا: شكل الوصية في القانون الدولي الخاص الجزائري

أدخل المشرع الجزائري كالقوانين العربية الأخرى الوصية ضمن الأحوال الشخصية وفرق فيما يتعلق بها وبالتصرفات المضافة بعد الموت، بين الشروط الموضوعية والشروط الشكلية، فأخضع الشروط الموضوعية لصحة الوصية إلى قانون جنسية المالك أو الموصي وقت وفاته، (3) أما الشروط الشكلية للوصية فقد أخضعها القانون المدني الجزائري لقانون جنسية الموصي وقت الإيصاء أو قانون المحل الذي تتم فيه الوصية طبقا لقاعدة LOCUS (4)، فنصت الفقرة الثانية من المادة 16 من القانون المدني على ذلك بقولها "غير أنه يسري على شكل الوصية قانون الموصي وقت الإيصاء، أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية. وكذلك الحكم في شكل سائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت". وفيما يخص مسألة تكييف طبيعة الشروط هل هي شروط موضوعية أم هي شروط شكلية تعود إلى قانون القاضي فهو الذي يحدد ما يعتبر شرطا شكليا أو موضوعيا (5)، فبينما يعتبر الشكل الرسمي في هولندا شرط موضوعي يتعلق بأهلية الموصي فإنه عندنا في الجزائر يعتبر شرطا شكليا يخضع لقانون المحل، وقد أضافت إتفاقية لاهاي المنعقدة في أكتوبر سنة 1961 أن شكل الوصية يجوز أن يخضع لقانون موطن الموصي أو لقانون محل إقامته العادي، وإذا وقعت الوصية على عقار فيجوز أن يخضع الشكل لقانون موقع العقار، أما أهلية الموصي له فإنها تخضع لقانون جنسيته وقت قبول الوصية (6).

وعليه وبناءا على قواعد تنازل القوانين من حيث المكان فيمكن للأجانب أن يحرروا وصاياهم في إقليم الدولة الجزائرية وفقا للأشكال المعمول بها في التشريع الجزائري، كما يمكن أن يحرروا وصاياهم طبقا لقانون جنسيتهم، أما إذا كان الموصي به عقار - أرض، منزل - فإن القانون الواجب التطبيق في هذه

(1) - الأستاذ: نزيه نعيم شلالا، الموسوعة القضائية، الكتاب السابع، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 1994، ص 96

(2) - رواه خمسة من الصحابة وهم: أبو هريرة، وأبو الدرداء، وأبو بكر الصديق، وخالد بن عبيد، ومعاذ.

أنظر: الدكتور: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 10

(3) - قرار المحكمة العليا رقم 63219 بتاريخ 17 أكتوبر 1990، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد الثاني (02)، ص 79

(4) - الدكتور: علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 82

(5) - زهدور محمد، المرجع السابق، ص 79

(6) - الدكتور: محمد المبروك اللافي، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، منشورات الجامعة المغربية، ليبيا

الحالة هو القانون الجزائري بناء على قاعدة LOCUS، وبذلك يقع على الموصي واجب إفراغ مضمون الوصية في الشكل الرسمي أو بإعطائه الصفة الرسمية، ولا تكون هذه الأخيرة إلا إذا تمت أملم الموثق أو أي موصف عام طبقا لما تقتضي به المادة 324 مكررا من القانون المدني الجزائري وكذا المادة 05 من قانون التوثيق رقم 88-27-سالف الذكر.

أما الجزائريين في الخارج فإن لهم أن يحرروا وصاياهم طبقا للشكل الذي يحدده قانون المحلل الذي تتم فيه، سواء كان شكلا رسميا أو عرفيا، ولكن يقع عليهم عبء إيداع وصاياهم على سبيل الأمانة بالفتنصليات الجزائرية<sup>(1)</sup>.

---

(1) - الدكتور: علي علي سليمان، مذكرات في القانون النولي الخاص الجزائر، المرجع السابق، ص: 82.

## الفرع الثاني: شكل الوصية في القانون المقارن.

لم ينفرد القانون الجزائري وحده بإشكالية، الكتابة الرسمية هل هي ركن في الوصية أم هي وسيلة للإثبات فقط؟ بل طرحت هذه الإشكالية في القوانين الوضعية العربية منها و الغربية.

### أولا: شكل الوصية في القانون المصري.

لقد إتفق القانون المصري مع آراء الفقهاء، فلم يشترط في صحة الوصية أن يصدر لها عقد رسمي، كما اشترطه في بعض العقود الأخرى كالهبة<sup>(1)</sup> أي أن الوصية تكون صحيحة وتترتب عليها آثارها متى صدرت من أهلها مضافة إلى محلها وكانت مستوفية شروطها القانونية، سواء كتب بذلك وثيقة رسمية أو لم يكتب بل تنشأ بإيجاب الموصي فقط<sup>(2)</sup> غير أنه لم يعول على شهادة الشهود في سماع دعوى الوصية عند الإنكار في الحوادث الواقعة بعد سنة 1911، بل اشترط لسماع الدعوى عند الإنكار وجود أحد صور ثلاث<sup>(3)</sup>.

- أن تكون الوصية ثابتة بورقة رسمية، والتي تتم أمام موظف عام وهو الموثق أو بورقة عرفية مكتوبة كلها بخط المتوفي وعليها إمضاؤه أو بورقة عرفية عليها توقيع الموصي المصدق عليه، ولو لم تكن بخطه. أما الحوادث الواقعة قبل سنة 1911 فقد اشترط القانون لسماع الدعوى عند الإنكار في وجود أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى<sup>(4)</sup>. ولقد جاء في المذكرة الإيضاحية بالنسبة لنص المادة الثانية من قانون الوصية أنه يشترط في الوصية أن يصدر بها إشهاد رسمي أو يحرر بها عقد عرض يصدق فيه على إمضاء الموصي أو ختمه أو يكتبها الموصي بخطه ويوقع عليها بإمضائه فإذا لم تتم الوصية على هذا الوجه كانت باطلة<sup>(5)</sup>.

ويؤيدونها بشهادة مزورة، تطبيقا للقاعدة الفقهية القائلة لولي الأمر أن يأمر بالمباح لما يراه في المصلحة العامة<sup>(6)</sup>، وعلى ذلك يتضح أن شكل الوصية المنصوص عليه في المادة الثانية من قانون الوصية المصري بحوار سماع الدعوى بالوصية عند الإنكار وليس ركنا في الوصية، فلو أقر الورثة بالوصية أو وجهت إليهم اليمين فنكلوا، سمعت الدعوى وقضى بالوصية. إذن فليست الوصية تصرفا شكليا والكتابة المطلوبة على مختلف أنواعها هي للإثبات وليست لإنعقاد الوصية، ويترتب على هذا المفهوم أنه إذا تخلفت الكتابة لا يؤدي إلى بطلان الوصية ولكن لا تسمح الدعوى بذلك<sup>(7)</sup>.

(1) - الدكتور: محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص 103.

(2) - الدكتور: أحمد فراج حسين، المرجع السابق ص 51.

(3) - الشيخ: محمد أبوزهرة، شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص 49.

(4) - الدكتور: محمد مصطفى شاذي، المرجع السابق، ص 34.

(5) - محمد زكريا البرنيسي، المرجع السابق، ص 18.

(6) - الدكتور: سعيد عبدالسلام، المرجع السابق، ص 134.

(7) - الأستاذ: فتحى حسن مصطفى، المرجع السابق، ص 232.

## ثانياً: شكل الوصية في القانون الفرنسي

تنص المادة 869 من القانون المدني الفرنسي على أنه تكون الوصية إما بخط الموصي أو بورقة رسمية أو في شكل سري" يتضح من خلال نص هذه المادة أن الوصايا في القانون المدني الفرنسي تنقسم إلى ثلاثة أقسام وفي جميع الحالات يجب أن تكون الوصية مكتوبة وإلا كانت باطلة.<sup>(1)</sup>

### 1. الوصية المحررة بخط الموصي: LE TESTAMENT CLOGRAPHIE

يشترط في هذه الوصية أن تكون محررة بخط الوصي ولهذا فلا يمكن أن ينوب عنه شخص آخر في كتابتها، كما يشترط فيها أن تكون ثابتة التاريخ لأنه شرط شكلي به يمكن تحديد حقوق الغير وبه يتم تحديد أهلية الموصي والموصى له، كما يجب أن تكون موقعة من قبل الموصي وهو شرط شكلي يترتب على تخلفه بطلان هذه الوصية ولا يمكن الإحتجاج بها قبل الغير.<sup>(2)</sup> ونصت على ذلك المادة 970 من القانون المدني الفرنسي.

---

(1) - محمدي سليمان، المرجع السابق، ص 191

(2) - زهنور محمد، المرجع السابق، ص 81

## 2. الوصية الرسمية: LE TESTAMENT FAIT ACT PUBLIC

تنص المادة رقم 971 من القانون المدني الفرنسي على أنه " الوصية التي تكون بورقة رسمية هي التي يتلقاها اثنين من الموثقين أو يتلقاها موثق واحد بحضور شاهدين" ولا تكون هذه الوصية صحيحة ونافذة إلا إذا توفرت فيها بعض الشروط الشكلية<sup>(1)</sup> وهي القدرة على إملء الوصية، وذلك بأن يكون الشاهدين من جنسية فرنسية ومتمتعين بجميع الحقوق المدنية مع العلم أن الأقارب والأزواج لا تجوز شهادتهم في هذا المجال. كما يشترط القانون على كاتب الوصية وهو الموثق أن يقرأ على الشاهدين ما تلقاه من ذوي الشأن. كما يجب على الموصي أن يوقع على الورقة الرسمية المتضمنة الوصية وكذا إشتراط توقيع الموثق والشاهدان، وفي الأخير إشتراط القانون على الموثق ذكر المكان الذي تم فيه إنشاء الوصية من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق من حيث المكان.

## 3. الوصية السرية: LE TESTAMENT MYSTIQUE

هي الوصية التي يكتبها الموصي بيده أو يكتبها له غيره شرط أن يوقعها بيده إن كان بإمكانه ذلك. فإذا كان غير قادر على التوقيع فيجب أن يخبر الموثق بعجزه عن التوثيق، ولقد سميت بالوصية السرية لأنها تقدم في شكل ظرف مطوي يحتوي على وصية مختومة<sup>(2)</sup>. ويجب الإشارة إلى أنه في حالة عجز الموصي عن التوقيع على الوصية فيجب حضور سبعة شهود وقت التسليم، أما إذا كانت ممضية فيكفي حضور ستة شهود. والملاحظ أن القانون الفرنسي قد أخضع بشكل الوصية لقانون المحل طبقاً لقاعدة LOCUS ولكن إخضاع الشكل لهذا القانون هو إحتياري وقد سار القضاء هناك على أن شكل الوصية يجوز إخضاعه لقانون جنسية الموصي وقت الإصاء.<sup>(3)</sup>

(1) - محمدي سليمان، المرجع السابق، ص 192

(2) - أنظر: المادة 176 من القانون المدني الفرنسي

(3) - الدكتور: علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، المرجع السابق، ص 82

### ثالثاً: شكل الوصية في القانون المغربي

ينص الفصل الواحد والتسعون بعد المائة 191 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية على أنه " تتعدّد الوصية بما يدل عليها من عبارة أو كتابة وكذلك الإشارة المفهومة إذا كان الموصي عاجزاً عنها " يتضح من خلال هذا الفصل أن الكتابة المطلوبة ليست ركناً شكلياً في الوصية بل هي مطلوبة للإثبات فقط، وإشترطت المدونة<sup>(1)</sup> أن يصدر بالوصية إسهاد عدلي<sup>(2)</sup> يشهد العدلان المنصبان للشهادة وهما رسميان يخضعان لتنظيم التوثيق بالمغرب يتلقيان الشهادة من الموصي لفظاً أو إشارة من العاجز عن النطق، حيث يحزران عقد الوصية وفق الشروط القانونية لصحتها وإلا كانت باطلة.<sup>(3)</sup> كما إشرطت المدونة أن تكون الوصية مكتوبة سواء بيد الموصي أو يكتبها له غيره إن لم يكن يعرف الكتابة، ثم يبصمها -يوقعها- ثم أوجب المدونة أن يتم تسجيل الرسم الذي حرره العدلان في شأن الوصية، في كنف المحكمة المختصة بالتوثيق وتسجيل الرسوم وذلك خلال أجل ثلاثة أيام تبتدئ من وقت تلقي الإسهاد<sup>(4)</sup> وهذا ما نص عليه الفصل 191 من المدونة.

(1) - زهدور محمد، المرجع السابق، ص 86.

(2) - المحامي: نزيه نعيم شلالا، المرجع السابق، ص 59.

(3) - الأستاذ: عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص 214.

(4) - الأستاذ: عبد الكريم شهبون، نفس المرجع، ص 218.



## المطلب الثاني

### وقت إنتقال ملكية الموصى به وشهر الوصية بالعقار

لما كانت الوصية تصرف قانوني بإرادة منفردة فإن الأصل هو إنتقال المال الموصى به إلى ذمة الموصى له بمجرد موت الموصي، لكن إستثناء من هذه القاعدة لا يمكن أن ينتج التصرف أثره فوراً بعد وفاة الموصى إلا إذا تم القيام بإجراء يتطلبه القانون لإنتاج هذا الأثر كما هو الحال في الشهر بالنسبة إلى الوصية بالعقار فيترتب الأثر حيث يتم هذا الإجراء.<sup>(1)</sup> وعلى هذا سأعرض إلى: وقت إنتقال ملكية الموصى به المنقول والآثار المترتبة على ذلك، ثم أتطرق إلى موضوع شهر الوصية بالعقار والآثار المترتبة على ذلك.

### الفرع الأول

#### وقت إنتقال ملكية المنقول الموصى به والآثار المترتبة على ذلك.

أتعرض في هذا الشأن إلى الوقت الذي تثبت فيه ملكية الموصى به إلى الموصى له والأثر الذي يترتب على ذلك هو معرفة لمن تكون زوائد الموصى به وعلى من تكون نفقاته.

#### أولاً: وقت إنتقال ملكية المنقول الموصى به.

الوصية كما قلنا تصرف بالإرادة المنفردة وهي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت (المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري) لا يترتب عليه أثر إلا بعد وفاة الموصي<sup>(2)</sup>. وكسب الموصى له ملكية الموصى به يتم منذ وفاة الموصي مصراً على وصيته ما لم يحدد الموصي لذلك وقتاً<sup>(3)</sup> وبعبارة أخرى فإنه إذا كان الموصى له موجوداً عند موت الموصي، إستحق الموصى به من حين الموت إن لم يحدد الموصي لذلك وقت آخر<sup>(4)</sup>.

(1) - الدكتور: عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 817

(2) - الدكتور: جميل الشرفاوي، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص 468

(3) - الدكتور: مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 409-410

(4) - الدكتور: رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، دار العلم الجامعية، بيروت، 1985، ص 115

ونخلص إلى أن الملكية تثبت للموصى له الذي قبل الوصية من وقت موت الموصى وإذا كان القبول شرط للزم الوصية لا لإنعقادها فهذا يعني أن نشوء الحق العيني بالوصية لا يتوقف على القبول ولا يستند إلى تاريخه ولكن هذا الحق ثابت له منذ الوفاة وقبوله يحقق إستقرار هذه الملكية له نهائياً<sup>(1)</sup> وهذا هو مذهب الحنفية والشافعية، في حين قال الحنابلة<sup>(2)</sup> أن ملكية الموصى به تثبت للموصى له منذ قبوله الوصية. لأنه في رأيهم الوصية عقد ركنه الإيجاب والقبول، فلا تنتقل ملكية الموصى به إلى الموصى له إلا من تاريخ قبول الوصية.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يضع نصاً خاصاً يبين فيه وقت إنتقال ملكية الموصى به إلى الموصى له، غير أنه نص في المادة 15 من الأمر رقم 75-79 والمتضمن إعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري -سالف الذكر- على أنه " غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق" فنخلص من هذا النص أن الملكية تثبت للموصى له الذي قبل الوصية من وقت حدوث الوفاة.

وإلى هذا الرأي ذهب القانون المصري في المادة 25 من قانون الوصية وهو بذلك يكون قد أخذ برأي الحنفية<sup>(3)</sup> وهذا ما أخذ به كذلك القانون الفرنسي في المادة 895 من القانون المدني، حيث جعل إنتقال الملكية يكون حكماً بمجرد الوفاة.

#### ثانياً: الآثار المترتبة على تحديد وقت إنتقال الملكية

يترتب على إنتقال ملكية الموصى به المنقول<sup>(4)</sup> إلى الموصى له بمجرد وفاة الموصى أن ما ينتج عن الموصى به من الثمار وما يتحقق فيه من النماء منذ ذلك الوقت يكون ملكاً خالصاً للموصى له<sup>(5)</sup> يستوي في ذلك أن تكون هذه الثمار قد حدثت بعد الموت وقبل القبول أو حدثت بعد القبول وقبل أن يتسلم الموصى له حقه<sup>(6)</sup>، وتبعاً لذلك لا تدخل هذه الثمار أو النماء في تقدير قيمة الموصى به لتبين خروجه أو عدم خروجه من ثلث التركة، بل يعتبر ذلك أصل الموصى به وحده<sup>(7)</sup> وينبغي على إستحقاق الموصى له لثمار ونماء الموصى به منذ الموت جعل نفقاته عليه منذ ذلك الحين<sup>(8)</sup> تطبيقاً لقاعدة الغنم بالغرم.

(1) - الأستاذ: محمد وحيد سوار، الحقوق العينية الأصلية، الجزء السادس، مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 1994

ص 71

(2) - الدكتور: مصطفى السباعي والدكتور عبدالرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 285

(3) - الدكتور: محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 52

(4) - المنقول: هو ذلك الشيء الذي يمكن نقله من مكان إلى آخر دون تملكه

(5) - الدكتور: حميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص 471.

(6) - الأستاذ: محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 71.

(7) - الدكتور: رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 116.

(8) - الدكتور: سعيد عبد السلام، المرجع السابق، ص 151.

الدكتور: محمد مصطفى شلبي، نفس المرجع، ص 52.

## الفرع الثاني

### شهر الوصية بالعقار<sup>(1)</sup>

لقد رأينا فيما سبق أنه إذا كانت الوصية واردة على منقول فإن الملكية في هذا الأخير تنتقل إلى الموصى له بمجرد وفاة الموصي، دون حاجة إلى القيام بأي إجراء آخر، لكن السؤال الذي يطرح فيما إذا كانت الشهر لازماً لانتقال الملكية إذا كانت الوصية قد إنصبت على عقار؟ وعلى هذا فسأتطرق في هذا الموضوع إلى شهر الوصية بالعقار في الجزائر، ثم أعرض إلى شهر الوصية بالعقار في القانون المصري على سبيل الاستئناس.

### أولاً: شهر الوصية بالعقار في القانون الجزائري.

يمكن تعريف الشهر على أنه مجموع إجراءات وقواعد قانونية وتقنية هدفها إعلام الجمهور بكل التصرفات القانونية المنصبة على العقارات سواء كانت كاشفة، منشئة، ناقلة، معدلة، أو منهية لحق عيني عقاري أصلي أو تباعي بغض النظر عن نوع التصرف، عقداً أو حكماً وسواء كان مصدر الحق تصرف قانوني أو واقعة مادية. ولقد نصت المادة 793 من القانون المدني الجزائري على أن: "لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أو في حق الغير، إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون، وبالأخص القوانين التي تدبر مصلحة الشهر العقاري". ونستخلص من هذا النص أن الشهر هو شرط لنقل الملكية كل ما تعلق الأمر بعقار أو أي حق عيني آخر، وأكدت هذا المبدأ المادة 16 من الأمر رقم 75-74 المتضمن قانون المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري<sup>(2)</sup> حيث نصت على أنه "إن العقود الإرادية والإتفاقيات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو إنقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموع البطاقات العقارية". وإنطلاقاً من هذين النصين ومن نصوص المرسوم رقم 76-63 المتضمن تأسيس السجل العقاري<sup>(3)</sup> نستخلص أن التصرفات القانونية سواء كانت صادرة من جانبين كحق كعقد البيع أو صادرة من جانب واحد كالهبة والوقف والوصية، المتعلقة بحق الملكية أو أحد العقود المتعلقة بحق عيني متفرع عن حق الملكية وجب إشهارها لانتقال الملكية سواء كان ذلك بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير والذي يعنينا هنا هو الوقائع المادية كسبب من أسباب كسب الملكية في القانون المدني والتي من بينها الوصية باعتبارها تصرف إفرادي مضاف لما بعد الموت، وبذلك قد جعل المشرع الجزائري شهر الوصية ضرورياً كلما أراد التصرف في عين من أعيان العقار الموصى به<sup>(4)</sup> وذلك بإصدار شهادة رسمية موثقة، تثبت انتقال هذا الحق، ثم قيده في مجموعة

(1) - العقار: هو كل شيء لا يمكن نقله من مكان لآخر دون تلف.

(2) - مؤرخ في 12 نوفمبر 1975، أي جاء بعد صدور القانون المدني

(3) - مؤرخ في 25 مارس 1976، المعدل المتمم المؤسس للسجل العقاري

(4) - محمدي سليمان، المرجع السابق، ص 200

البطاقات العقارية<sup>(1)</sup>، وهذا ما نصت عليه المادة 39 من المرسوم رقم 76-63 المذكور أعلاه. حيث نصت على أنه "عندما يتم إشهار شهادة موثقة بعد والفاة تثبت الإنتقال المشاع للأملاك بإسم مختلف الورثة أو الموصى لهم، فإنه يؤشر على بطاقة العقار بأسماء جميع المالكين على الشياخ، وبالحصص التي تعود لكل واحد منهم عندما يكون ذلك مبينا في الشهادة." وكذلك نصت على هذا المادة 62 من نفس المرسوم<sup>(2)</sup> كما نصت المادة 91 من المرسوم 76-63 المذكور أعلاه بقولها: "كل إنتقال أو إنشاء أو إنقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة فالشهر هو شرط كاشف ليكون التصرف نافذ في مواجهة الغير<sup>(3)</sup> وإشترطت المادة 99 من المرسوم 76-63 على أن طلب الشهادة الموثقة يجب أن يقدم للموثق من طرف الورثة أو الموصى لهم في أجل ستة (06) أشهر من الوفاة وإلا إعتبروا مسؤولين مدنيا، إذا ما أدى عدم الإعلان إلى الإضرار بالغير، بالإضافة إلى عدم إمكانية إشهار التصرفات التي يوقعونها على الموصى به العقار، وذلك تطبيقا لقاعدة الشهر المسبق، وهذا ما أكده المشرع الجزائري في المادة 88 من المرسوم رقم 76-63 المذكور أعلاه بقوله "لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في محافظة عقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق، أو مقارن للعقد أو للقرار القضائي، أو لشهادة الإنتقال عن طريق الوفاة، يثبت حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير." وشهر الوصية يتم بشهرة شهادة الإنتقال التي يتم إعدادها كما نصت المادة 62 من المرسوم 76-63 المذكور أعلاه بتقديم مستخرج من شهادة الميلاد قائمة الصلاحية،

كما يجب أن تكون هذه الشهادة مصدق عليها من قبل الموصى نفسه أو عن طريق إقرار كل الورثة أو الموصى لهم، وعليه فإذا كان هناك محررا رسميا تم أمام الموثق فلا حاجة إلى معاونة ورثة الموصى، لأن التوقيع قد حدث أمام الموثق، أما في حالة وجود ورقة عرفية فيلزم لقبولها لدى مصلحة الشهر أن يقوم التوقيع عليها وفقا لما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 62 من المرسوم 76-63 المذكور أعلاه

وهذا بإقرار جميع الورثة لتوقيع مورثهم المتوفي، إقرارا مصدقا عليه، وإذا رفض الورثة الإقرار بذلك يحق للموصى له اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم بثبوت الوصية ثم يؤشر بالحكم الصادر بثبوت الوصية على هامش أصل الملكية<sup>(4)</sup> ويلاحظ أن المادة 15 من الأمر رقم 75-74 قد أوردت إستثناء لآثار الشهر إذ نصت على أن نقل الملكية عن طريق الوفاة تنقل للورثة والموصى لهم، بدون حاجة إلى إجراء شكلي، وبالتالي لا يلعب الشهر دوره المنشئ للحقوق أو الناقل لها<sup>(5)</sup> وعليه فقد جعل

- 
- (1) - الأستاذ: زروقي ليلي، مقال حول التصرفات القانونية الواجبة والآثار المترتبة عن القيد، منشور بمجلة الموثق، تصدر عن مديرية الحفظ العقاري ومسح الأراضي، لسنة 1998، العدد 5، ص 15
- (2) - المعدلة والمنتممة بالمرسوم رقم 93-123 المؤرخ في 19 ماي 1993
- (3) - الأستاذة: زروقي ليلي، نفس المرجع، ص 15
- (4) - انظر: الفقرة الثانية من المادة 191 من قانون الأسرة الجزائري (5) - الأستاذة: زروقي ليلي، نفس المرجع، ص 15.

المشروع ملكية العقارات في الفترة ما بين موت الموصي وشهر الوصية ملك خالص للورثة وضرورة شهر الوصية لانتقالها إلى الموصى له أمر يفرضه نظام الشهر العيني ليتمكن الغير من معرفة المالك الحقيقي للعقار والإطلاع على جميع التصرفات التي وردت عليه.

وهذا الاستثناء الذي ذكرناه يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات ويترتب على عدم الإشهار عدم إمكانية الاحتجاج بما يرتبه نظام الشهر العيني من ضمانات لفائدة أصحاب الحقوق المشهورة لنفاذ تصرفاتهم في الحقوق الميراثية.<sup>(1)</sup> والملاحظ أن انتقال ملكية العقار الموصى به بالشهر لا تمنع من أن تكون ثمار العقار للموصى له،

ونفقاته تكون عليه وذلك من وقت الوفاة لا من وقت الشهر، تطبيقاً لقاعدة الأثر الرجعي للشهر المنصوص عليه في المادة 15 من الأمر رقم 75-74 المذكور أعلاه.

### ثانياً: شهر الوصية بالعقار في القانون المصري

كان قانون التسجيل الصادر في سنة 1923 يقتصر على وجوب شهر العقود الصادرة بين الأحياء، ولذلك كان مسلماً أن الوصية لا يجب تسجيلها إذا وردت على عقار لأنها تستند إلى واقعة مادية هي موت الموصي، على أن الوصية هي تصرف إنفرادي وليست عقداً، ولأن آثارها لا تظهر ولا تنتج بين الأحياء وإنما عند وفاة الموصي،<sup>(2)</sup> وبذلك لم يكن من شأن الشهر أن يعطي صورة كاملة لتسلسل الملكية العقارية، الأمر الذي يجعل الورثة في كثير من الأحيان يتصرفون في الأعيان الموصى بها إلى الغير حسن النية الذي لا يستطيع أن يعلم بالتصرفات والتي وردت على العقار لأنه لا يوجد سجل تدون فيه الوصايا<sup>(3)</sup>. من أجل ذلك أراد المشرع المصري تدارك هذه المساوئ في قانون الشهر العقاري رقم 114 لسنة 1946 فقد نص في المادة 09 منه على أن "جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله... ثم يؤكد على الوصية بقوله... ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية..." ويفيد هذا النص أنه يجب صراحة تسجيل الوصية بعقار لإعتبار أنها تصرف من شأنه نقل ملكية هذا العقار من الموصي إلى الموصى له.<sup>(4)</sup> وعن كيفية إتمام إجراء شهر الوصية فقد نص قانون تنظيم الشهر العقاري المذكور أعلاه أن شهر الوصية يتم عن طريق التسجيل بعد وفاة الموصي وقبول الموصى له، كما يمكن أن تشهر الوصية عند صدورها وقبل وفاة الموصي ويتم ذلك بمعرفة الموصي نفسه عن الوصية فيجب التأشير بذلك في سجل الوصية. وفي هذه الحالة لا تنتقل الملكية إلى الموصى له إلا بعد وفاة الموصي مصرراً على وصيته وفي هذه الحالة

(1) - الأستاذة: زروقي ليلى، نفس المرجع، ص 15

- محمدي سليمان، المرجع السابق، ص 201

(2) - الدكتور محمد كمال مرسي بك، المرجع السابق، ص 20

(3) - الدكتور: عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص 808

(4) - الدكتور: عبد الرزاق السهوري، المرجع السابق، ص 232

تتف إجراءات الشهر عند التسجيل فلا يتم لتصوير سند الملكية وبالتالي لا تختم بخاتم "ناقل للتكليف" و عليه تبقى الملكية للموصى حال حياته وعند موته تنتقل الملكية بحكم القانون<sup>(1)</sup>. ولكن إذا رجع الموصى في حياته عن الوصية فيجب التأشير على هامش التسجيل بالرجوع، كما يمكن أن تشهد الوصية بعد وفاة الموصي وقبل صدور القبول من الموصى له فإذا ردها يجب التأشير بذلك على هامش السجل.<sup>(2)</sup>

وشهر الوصية يتم بتسجيل سندها وهذا السند إما أن يكون محررا رسميا أو محررا عرفيا مصدقا على توقيع الموصي فيه، وفي هاتين الحالتين يتم التسجيل دون حاجة إلى معاونة من ورثة الموصى لأن سندها قد تم أمام الموثق، أو مصدق عليها<sup>(3)</sup>. أما إذا كان المحرر عرفيا مكتوبا بخط المتوفي و عليه توقيعه ففي هذه الحالة أوجب قانون الشهر العقاري المذكور أعلاه وجوب التصديق عليه، ولا يكون ذلك إلا عن طريق إقرار الورثة لتوقيع مورثهم إقرارا مصدقا عليه فإذا عجز الموصى له من الحصول على هذا التقرير من الورثة فعليه أن يستصدر حكما من المحكمة المختصة في مواجهة الورثة بصحة الوصية ونفاذها، وعند صدور الحكم يجب أن يؤشر به على هامش تسجيل حق الإرث<sup>(4)</sup> ويدفع رسم نسبي عن تسجيل الوصية هو نسبة مئوية من قيمة العقار الموصى به وقت التسجيل<sup>(5)</sup>. كما تشهد الوصية الواجبة مع شهر حق الإرث وذلك بعد حصول صاحب الوصية الواجبة على صورة من الإشهاد الشرعي ثم يتقدم بطلب لمأمورية الشهر التي تقع عقارات التركة في دائرة إختصاصها.

فإذا كانت عقارات التركة تقع بدائرة أكثر من مكتب شهر تعين شهر الوصية الواجبة في كل منها إذ لا يترتب على التسجيل أثره إلا بالنسبة للعقارات التي تقع في دائرة المكتب الذي تم التسجيل به<sup>(6)</sup> ويترتب على عدم تسجيل الوصية أن ملكية الموصى به لا تنتقل بين ذوي الشأن ولا بالنسبة لغيرهم، و عليه يبقى الورثة مالكين للعين الموصى بها في الفترة ما بين وفاة الموصي وتسجيل سند الوصية وهذا ما يعرض حق الموصى له للخطر<sup>(7)</sup>، غير أن هناك جانب من الفقه والقضاء يرى أن ثمار العقار الموصى به تكون للموصى له منذ الوفاة ولو لم يتم بتسجيل سند للملكية.

(1) - الأستاذ: أنور طلبة، المرجع السابق، ص 593

(2) - الأستاذ: فتحي حسن مصطفى، المرجع السابق، ص 252

(3) - الدكتور: جميل الشرفاوي، المرجع السابق، ص 472

(4) - الدكتور: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 410

(5) - الأستاذ: فتحي حسن مصطفى، نفس المرجع، ص 253

(6) - الدكتور: أنور طلبة، نفس المرجع، ص 598

(7) - الدكتور: رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 118

وأما الآثار المترتبة على عدم التسجيل بالنسبة للغير فتكمن في حالة ما إذا رتب الوراثة على العقار الموصى به حقا عينيا وتم تسجيل هذا الحق قبل تسجيل الوصية فلا يحتج بالوصية على الغير حسن النية الذي سجل حقه، ويرى الأستاذ محمد وحيد الدين سوار أن الموصى له يستطيع تملك ثمار العقار الموصى به قبل تسجيل الوصية، لأن مناط تملكه هو واقعة حيازة العقار الموصى به. فإذا ما أقدم هذا الأخير على سلم العقار كان له الحق في ثماره لا بإعتباره مالكا ولكن بإعتباره حائز حسن النية.<sup>(1)</sup>

وأخيرا فإنه طبقا لأحكام المادة 26 من قانون السجل العيني الصادر في سنة 1964 فإنها تلزم قيد الوصية في قانون السجل العقاري، مع الإشارة إلى أن قانون الشهر العقاري ليس له حجية مطلقة أما السجل العيني فله هذه الحجية.

---

(1) - الدكتور: وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 72.

## المبحث الثالث

### شروط صحة الوصية

الوصية بإعتبارها تصرف قانوني<sup>(1)</sup> "بمبادرة منفردة لا يأتي وجودها إلا بتوافر شروط كثيرة بعضها يتعلق بالموصي، وبعضها يتعلق بالموصى له، وبعضها يتعلق بالموصى به. كما أن بعض هذه الشروط متفق عليه بين الفقهاء وبعضها مختلف فيه.<sup>(2)</sup> وأعالج فيما يلي هذه الشروط:

### المطلب الأول

#### شروط الموصي

يشترط في الموصي نوعين من الشروط شروط صحة وهي الشروط الواجب توافرها في إنشاء التصرف، وشروط نفاذ<sup>(3)</sup>. وعليه أتطرق إلى كلا النوعين من الشروط فيما يلي.

### الفرع الأول

#### شروط الصحة في الموصي

جاء في نص المادة 186 من قانون الأسرة الجزائري أنه "يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغاً من العمر تسعة عشر (19) سنة على الأقل" وبموجب هذا القانون يشترط لصحة الوصية من أن يكون الموصي أهلاً للتبرع وبذلك بأن يكون بالغاً عاقلاً وحرّاً. وسأبحث ذلك وأبين ما ذهب إليه الفقهاء في هذا الموضوع.

---

(1) - يراد بالتصرف القانوني الإرادة المحضة التي تنجّه إلى إحداث أثر قانوني والتصرفات القانونية إما أن تكون ثنائية (العقد) وإما أن تكون إنفرادية كالوصية أنظر: الدكتور: محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 11

(2) - عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 316

(3) - الدكتور: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 26



## أولاً: بلوغ سن الرشد القانوني:

البلوغ هو مناط التكليف في الأحكام الشرعية فلا تصح الوصية من صبي غير مميز وذلك لأن الوصية تعتبر من العقود التبرعية، حيث لا يؤخذ الموصي مقابلاً لما أعطاه أو أوصى به مثل الهبة بدون عوض، والوديعة بدون أجر، والعارية بدون أجر<sup>(1)</sup>، وعليه فإن مناط الوصية هو وجود الإرادة والتمييز<sup>(2)</sup>. وهذا يعني أنه لكي تكون الوصية الصادرة من الموصي صحيحة يجب أن يكون أثناء صدور الإيجاب منه بالغاً سن الرشد القانوني، وسن الرشد القانوني كما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 40 من القانون المدني هو تسعة عشر (19) سنة كاملة. وهذا أيضاً ما أكدته فيما بعد في المادة 186 من قانون الأسرة التي نصت على أنه "يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغاً من العمر تسع عشرة (19) سنة على الأقل"، وقد كان المشرع يهدف من وراء اشتراط الأهلية الكاملة هو حماية الموصي وأمواله ذلك لأن الوصية من عقود التبرع التي تكون فيها التصرفات ضارة ضرراً محضاً. وما يلاحظ على دلالة كلمة "على الأقل" الموجودة في نص المادة 186- لساقفة الذكر - أن المشرع كان يقصد بها ضمناً أن وصية الشخص المميز<sup>(3)</sup> وغير المحجوز عليه تعتبر صحيحة لكن بشرط أن يكون لجهات البر والخير والإحسان.<sup>(4)</sup>

وفي هذا المجال يمكن الإشارة إلى أن سن الرشد في القانون الجزائري هو أكبر من السن التي قررها فقهاء الشريعة الإسلامية. فوصية الصبي غير المميز باطلة، وهذا الرأي لا خلاف عليه بين الفقهاء<sup>(5)</sup> للصبي المميز. فاتفق الحنفية والشافعية في أرجح القولين على اشتراط البلوغ، وعليه فإنهم يرون أن وصية الصبي المميز باطلة، إلا أن الوصية بتجهيزه وأمر دفنه.<sup>(6)</sup>

أما المالكية والحنابلة والشافعية فقد قالوا بجواز وصية الصبي الغير مميز إذا أتم عشر (10) سنين، فأقل مما يقربها لأن الخليفة عمر أجازها.<sup>(7)</sup>

(1) - الدكتور: علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص 17

(2) - الدكتور: بلحاج العربي، الميراث والوصية، المرجع السابق، ص 253

(3) - الشخص المميز هو من بلغ سن التمييز وهو (16) سنة ولم يبلغ سن الرشد وهو (19) سنة، أنظر: المادة 43 من القانون المدني الجزائري.

(4) - الدكتور: بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص 166

(5) - هشام قبلان، المرجع السابق، ص 181

(6) - أمون كسبار، المرجع السابق، ص 43

(7) - محمد جواد معنية، المرجع السابق، ص 11

والتحديد ببلوغ العاشرة كما في هذه الآراء من حيث أنها أدنى مرتبة من مراتب السن يمكن أن يتوفر فيها للصبي من العقل والخبرة ما يمكنه من إدارة شؤونه. كما يجب وعلى الوجه الأكمل وكلما ارتفعت سنه عن هذا المقدار ترتفع مواهبه وخبرته. (1)

ويلاحظ على قانون الوصية المصري أنه جاء بكلمة عامة في المادة الخامسة منه "أن يكون أهلا للتبرع" فيستفاد هنا أنه يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصي بالغاً سن الرشد. وسن الرشد في القانون المصري هي إحدى وعشرون (21) سنة وهي أكبر جداً من السن التي قررها الفقهاء، فعندهم أن من يبلغ سن الثامنة عشرة (18) سنة بالغاً. (2)

وتجدر الإشارة إلى أن مدونة الأحوال الشخصية المغربية قد اشترطت في الموصي لصحة وصيته أن يكون مميزاً فقط. (3) وهذا ما نصت عليه المادة 175 من المدونة. وعلى هذا فإنه يكون الأقرب إلى ما ذهب إليه الفقه الإسلامي في هذا المجال. (4)

### ثانياً: سلامة العقل:

لا خلاف في الفقه والقانون من إعتبار وصية المجنون وكذا المعتوه باطلة، ذلك لأن تصرفاته القولية لا أثر لها لإنعدام الإرادة والتمييز سواء أكانت التصرفات نافعة له نفعاً محضاً أم ضارة له ضرراً محضاً. (5)

إلا أنهم رغم ذلك الإتفاق فقد اختلفوا في أثر الجنون الطارئ على الموصي بعد إنشائه الوصية صحيحة، فهل تبطل لوجود الجنون أم تبقى صحيحة تنفذ بعد وفاته.

فالحنفية يرون بأن الجنون المطبق يبطل الوصية، حتى ولو شفي الموصي قبل موته بحجة أن الوصية تصرف غير لازم، وبالتالي يشترط لبقائها ما يشترط لإنشائها. (6)

والمالكية والحنبلية يقولون بأن الوصية لا تبطل شأنها شأن عقود المعاوضة كالبيع مثلاً فالبيع الذي استوفى أركانه وشروطه قبل وقوع عارض الجنون يبقى قائماً وصحيحاً منتجاً لأثاره. (7)

(1) - هاشم معروف الحسني، الوصايا والأوقاف من الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، دار القلم، لبنان الطبعة الأولى، 1980

(2) - الشيخ: محمد أبو زهرة، شرح قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 52.

(3) - من التمييز في القانون المغربي هو 12 سنة، أنظر المادة 138 من المدونة

(4) - الأستاذ: عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص 149.

(5) - الدكتور: محمد مصطفى شابي، المرجع السابق، ص 61.

(6) - السيد سابق، المرجع السابق، ص 341 .

(7) - الدكتور: مصطفى السباعي، والدكتور: عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 307.

وقد إتفق كل الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على جواز وصية المحجور عليه بسبب السفه والغفلة، لأن الحجر عليه كان بغرض حفظ ماله وليس في الوصية إضاعة له. لأنه لو عاش كان ماله له وإن مات كان ثوابه له وهو ما يحتاجه يومئذ. (1)

والملاحظ على المشرع الجزائري أنه لم يميز بين الوصية الصادرة من المجنون والمعتوه والسفيه وذو الغفلة، وإذا طرح مثل هذا الإشكال فما علينا سوى العودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية لإستقاء الحل المناسب لمثل هذه المشاكل العملية، وفي هذا المجال نشير إلى أن المشرع الجزائري يأخذ بالمذهب الملكي.

هذا ويرى الدكتور العربي بلحاج أنه يجب النص على جواز وصية المجنون حال إفاقته، وكذا النص على جواز الوصية الصادرة من السفه وذو الغفلة لكن بشرط الحصول على إذن من القاضي وبموافقته وذلك بغرض التأكيد في حالة من مدى سلامة إرادة الموصي أثناء صدور الصيغة منه. (2)

### ثالثا: إرادة الاختيار

في مجال العقود بصفة عامة حتى يتوفر للعقد صحته وإستقراره فيجب أن يكون رضى كل من الطرفين صحيحا، إذا صدر عن ذي أهلية وكان خاليا من عيوب الإرادة. فإذا كان الرضى غير صحيح بأن شابه عيب من العيوب كالغلط، والتدليس والإكراه و الإستغلال فإن العقد رغم وجوده فإنه يكون قابلا للإبطال (1) وهذا ماينص عليه المشرع الجزائري في المادة 81 وما بعدها من القانون المدني الجزائري.

والوصية بإعتبارها تصرف قانوني بإرادة منفردة فلا بد أن يتوفر فيها عنصر الاختيار الحقيقي مثلها مثل عقود المعاوضة الأخرى، وعليه فلكي تكون الوصية صحيحة فيجب أن تكون إرادة الموصي أثناء صدور الإيجاب منه خالية من كل عيوب الرضى فإذا كانت إرادة الموصي قد شابهها غلط في شخصية الموصى له، أو شابهها تدليس بأن أستعمل الموصي له طرق إحتيالية للحصول على أموال من الموصي، أو إستعمل عليه وسائل إكراه مادية أو معنوية لإجباره على التوقيع على وصايا لمصلحة.

(1) - الدكتور: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 67.

(2) - الدكتور: بلحاج العربي، أبحاث مذكرات في القانون والفقعة الإسلامي، المرجع السابق، ص 166.

(3) - الدكتور: سمير عبد السيد تناعو، الدكتور: نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 127 .

وقعت الوصية في هذه الحالات باطلة لإنعدام عنصر الإختيار والحرية<sup>(1)</sup> وبالتالي يجوز للموصي إذا إكتشف هذا العيب وهو ما زال حيا في خلال المدة التي حددتها المادة 101 من القانون المدني .

الجزائري أن يطلب إبطال الوصية. أما إذا مات ولم يكتشف ذلك العيب فيجوز للورثة من بعده أن يطلبوا الإبطال لأن لهم مصلحة في ذلك.

وتشير في هذا الموضوع إلى أن جل المذاهب الفقهية قد إتفقت على بطلان وصية السكران والمغمى عليه ولا تصح أيضا وصية الهازل، ولا المخطئ، ولا المكره ويستوي أن يكون الإكراه ماديا كتسليط العذاب على الموصي، أو معنويا كتهديده وترهيبه.<sup>(2)</sup>

ونلاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص ولم يوضح موقفه من الوصايا التي تصدر عن الشخص الهازل والسكران والمكره، وبالتالي يجب العودة دائما في حالة غياب نص خاص إلى القواعد العامة في القانون المدني، وعند غياب النص العام كذلك يجب الرجوع إلى الفقه المالكي.

وقد ذكرت المذكرة الإيضاحية لقانون الوصية المصري، أنه لا تصح وصية من ذهب عقله بسكر أو غيره ولا وصية المكره والمخطئ والهازل لفوات شرط الرضى. وهذا مأخوذ من مذهب الحنفية.<sup>(3)</sup>

هذا ولا يشترط في الموصي أن يكون مسلما، فتجوز وصية المسلم للكافر فلا يعتبر الإسلام شرطا لصحة الوصية<sup>(4)</sup>. ذلك لأن الوصية عمل من أعمال البر يتقرب بها الإنسان إلى ربه وصلة بينه وبين العباد أقرباء أو أصدقاء.

وعليه فقد إتفق الفقهاء على جواز وصية الذمي<sup>(5)</sup> بشرط أن تكون في حدود ثلث المال. وتصح الوصية للحربي ومن الحربي<sup>(6)</sup> كما تصح وصية المرتد<sup>(7)</sup> في غير محرم شرعا عند المالكية والشافعية والحنابلة.<sup>(8)</sup>

(1) - المحامي: نزيه نعيم شلالة، المرجع السابق، ص 11

مرسل نصر، وحليم نقي الدين، المرجع السابق، ص 64

(2) - محمد جواد مغنية، المرجع السابق، ص 12

(3) - الدكتور: سعيد عبد السلام، المرجع السابق، ص 137

(4) - الدكتور: أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 87 .

(5) - الذمي: هو غير المسلم المواطن في دار الإسلام بصفة دائمة.

(6) - الحربي: هو غير المسلم التابع لدولة غير إسلامية.

(7) - المرتد: هو من ترك الإسلام إلى دين آخر أو إلى غير دين .

(8) - الشيخ: علي خفيف، المرجع السابق، ص 130 .

وإلى هذا الرأي ذهب المشرع الجزائري، فنص على جواز وصحة الوصية مع إختلاف الدين، وبالتالي لم يشترط الإسلام لصحة الوصية. وهذا ما نصت عليه المادة 200 من قانون الأسرة، وعليه فيمكن لشخص جزائري أن يوصي لمسيحي أو يهودي والعكس صحيح.

## الفرع الثاني

### شروط نفاذ الوصية في الموصي

يشترط لنفاذ الوصية ألا يكون على الموصي دين مستغرقاً لتركته، فإن كان مستغرقاً لتركته فلا تصح وصيته<sup>(1)</sup> لأن الله تبارك وتعالى قدم الدين على الوصية والميراث<sup>(2)</sup> فقال: "من بعد وصية يوصي بها أو دين"<sup>(3)</sup>. والحكمة من ذلك أن المدين بحاجة إلى الوفاء بدينه لإبراء ذمته، لأن ذلك الدين يكون بعد مماته حائلاً بينه وبين الجنة لا يمكن له دخولها إلا بسداد دينه من تركته، أو أن يبرئه الدائنين وعليه فإن الوصية تنشأ صحيحة حتى ولو كان الموصي مديناً. لكن بعد الوفاة وأثناء تنفيذ الوصية ينظر إلى ذمة الموصي إذا ما كانت متقلة بدين فإذا كان الدين مستغرقاً للتركة فلا وصية، إلا إذا أقرها وأجازها الدائنون أما إذا كان الدين غير مستغرق نفذت الوصية في مقدار الثلث بعد الدين. وهذا ما قرره الفقهاء في وصية المدين.<sup>(4)</sup>

وإلى هذا ذهب المشرع الجزائري فقد قرر صحة الوصية ما لم تكن الديون الثابتة في ذمة الموصي قد استغرقت التركة. وذلك من خلال نصه على تقديم الوفاء بالديون على تنفيذ الوصايا.

ذلك ما نصت عليه المادة 180 من قانون الأسرة<sup>(5)</sup> بقولها: "يؤخذ من التركة حسب

الترتيب الآتي:

- 1) مصاريف التجهيز، 2) الديون الثابتة في ذمة المتوفي، 3) الوصية"
- والقانون المصري لم يخالف هذه الأحكام بل جاء موافقاً لما ذهب إليه الفقهاء وذلك من خلال نص المادتين 38 و 39 من قانون الوصية المصري.

(1) - الأستاذ أحمد الحصري، التركات والوصايا في الفقه الإسلامي، مكتبة الأقصى، الأردن، 1972، ص 545

(2) - محمد صبحي نجم، محاضرات في الموارث والتركات والوصايا، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1980، ص 08

(3) - آية 11 سورة النساء

(4) - هاشم معروف الحسني، المرجع السابق، ص 17

(5) - جاءت هذه المادة في الفصل العاشر بعنوان: قسمة التركات، تحت الكتاب الثالث بعنوان: الميراث.

## المطلب الثاني شروط الموصى له

الوصية في أصل تشريعها مبنية على التسامح والتيسير، ولهذا كانت لها صور عديدة، فتارة تكون لشخص أو لأشخاص، وأخرى تكون لجهة أو جهات ولأشخاص معينين أو غير معينين، موجودين عند إنشاء الوصية أو غير موجودين، وعليه فلكي تكون الوصية صحيحة فيجب أن تتوفر في الموصى له شروطا عديدة. إنفق الفقهاء على بعضها وإختلف في البعض الآخر، وفيما يلي أعالج هذه الشروط مبينا موقف القانون الجزائري منها

### الفرع الأول

#### وجود الموصى له

لكي تكون الوصية صحيحة ونافذة، فيجب أن يكون الموصى له موجودا عند إنشاء الوصية، سواء كان وجوده حقيقة أو تقديرا كالحمل في بطن أمه<sup>(1)</sup> ويمكن أن يتم تعيين الموصى له بالإسم أو بالإشارة أو بالوصف ولو لم يكن موجودا عند إنشاء الوصية، ولكن يجب أن يكون موجودا فعلا عند وفاة الموصي<sup>(2)</sup>، وهذا هو رأي جمهور الفقهاء بخلاف المالكية الذين قالوا بجواز الوصية للمعدوم المحتمل الوجود بعد وفاة الموصي، وذهبوا حتى إلى جواز الوصية للميت، لكن بشرط أن يكون الموصى على علم بموته. ويترتب على ذلك أنه بعد وفاة الموصي تصرف الوصية في سداد ديون الموصى له الميت أو تكون لورثته<sup>(3)</sup>، لأن الوصية عندهم تصح لكل من يصح تملكه ولو كان ذلك في مستقبل الزمن عند وجوده. فلا يشترط وجود الموصى له وقت الإيصاء والإنشاء ولا وقت موت الموصي.

وأما الوصية للحمل فهي صحيحة بلا خلاف لأن الوصية كالميراث فتصح له، فإذا ورث الحمل فمن باب أولى أن تصح الوصية له. وعليه فإذا انفصل الحمل عن أمه ميتا بطلت الوصية، لأن الميت لا يرث وإن انفصل حيا كانت له الوصية صحيحة.<sup>(4)</sup>

(1) - المستشار: فتحي حسن مصطفي، الملكية بالميراث في ظل الفقه والقضاء، منشأة المعارف بالإسكندرية،

(2) بدون ذكر السنة.

(2) - المحامي: إلياس أبو عيد، المرجع السابق، ص 358

(3) - هشام قبيلان، المرجع السابق، ص 103

(4) - السيد سابق، المرجع السابق، ص 342

ولقد تعرض المشرع الجزائري لوصية الحمل المعين فنص في المادة 187 من قانون الأسرة على أنه "تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا، وإذا ولد توأم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس". وعليه فقد أجاز الوصية للحمل حتى ولو أنه لم يكن موجودا حقيقة أثناء إنشاء الوصية، لكن بشرط أن يولد حيا ويحي حياة مستقرة ولمعرفة ما إذا كان قد ولد الجنين حيا أم لا فقد جاء المشرع بقرينة على الحياة وهي أن يستهل الجنين بالصراخ، أو تبدو منه علامة ظاهرة بالحياة حيث نصت المادة 134 من قانون الأسرة على أنه "لا يورث الحمل إلا إذا ولد حيا، ويعتبر حيا إذا إستهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة".

ويرى الدكتور بلحاج العربي<sup>(1)</sup> أن المشرع الجزائري قد حقق الإنسجام الكامل ما بين نصوص القانون المدني (المادة 25) ونصوص قانون الأسرة المتعلقة بالميراث والوصية وذلك من وجود ولادة الجنين حيا لكي يكون أهلا للإكتساب الحقوق المدنية، وحق أيضا الإنسجام مع النصوص القانونية التي تتعلق بالنسب التي تجعل أقل مدة الحمل هي ستة (6) أشهر وأقصاها (10) أشهر<sup>(2)</sup>.

مع الملاحظة أن المشرع الجزائري قد سوى فيما يخص إستحقاق الوصية للحمل بين الذكر والأنثى غير أنه لم يتعرض إلى حالة ما إذا ولد أحدهما حيا والآخر ميتا وبالتالي يجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية<sup>(3)</sup>. حيث يرى الفقه بالإجماع أنه إذا ولد أحدهما حيا والآخر ميتا، كانت الوصية كلها للحي، أما إذا مات أحدهم أو كلاهما بعد الولادة، كان تصيب المتوفى منهم لورثته ميراثا.

أما القانون المصري فقد أجاز الوصية للمعدوم<sup>(4)</sup> كما نص في المادة 35 من قانون الوصية على صحة الوصية للحمل في الحالتين الإثنتين إذا أقر الموصي بوجود الحمل وقت الوصية، وولد الحمل حيا لثلاث مائة وخمس وستين (365) يوما فأقل من وقت الوصية.

#### الفرع الثاني: أن يكون الموصى له معلوما

المقصود بأن يكون الموصى له معلوما، أن يكون معيننا يستطيع معه تنفيذ الوصية وتسليمه الموصى به. أي أن لا يكون مجهولا جهالة لا يمكن إستدراكها وإزالتها، لأن الجهالة التي لا يمكن إستدراكها تمنع من تسليم الموصى به إلى الموصى له فلا تنفذ الوصية والعلم بالموصى له يكون بذكر اسمه كفلان، أو بالإشارة إليه كأوصيت لهذا المسجد أو لحمل هذه المرأة أو صيت بهذا إلى فقراء المدينة.

(1) - الدكتور: بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 168

(2) - أنظر: المادة 42 و 43 من قانون الأسرة الجزائري

(3) - أنظر المادة 222 من قانون الأسرة والمادة الأولى الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري.

(4) - الدكتور: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 211

أما إذا كان الموصى له مجهولاً، فالوصية تكون باطلة لأن الوصية هي تملك عند الوفاة، فلا بد أن يكون الموصى له معلوماً ومعيناً وقت الموت<sup>(1)</sup>. كذلك لأن قبول الوصية شرط لزوم فلا يمكن تصرف انتقال الوصية إلا إذا قبلها الشخص الموصى له. ولا يتسنى ذلك إلا إذا كان معلوماً ومعيناً. وهذا ما قرره المشرع الجزائري من خلال نص المادة 197 والمادة 198 من قانون الأسرة.

وإذا كانت القاعدة العامة في الوصية وجوب تعيين الموصى له تعييناً خالياً من الجهالة فقد استثنى الفقهاء بإجماعهم على أن الوصية لله تعالى ولأعمال البر والخير بدون تعيين جهة فهي وصية صحيحة وتصرف بالتالي في وجوه الخير<sup>(2)</sup>. ذلك لأنها وصية بالصدقة وهي إخراج المال إلى الله

تعالى وهو واحد معلوم. فيقع الموصى به لله تعالى، ثم يملكها المحتاجون بتمليك الله لهم.<sup>(3)</sup> وإلى هذا ذهب كل من القانون المصري والقانون السوري<sup>(4)</sup>. حيث أجاز أن يكون الموصى له جهة من الجهات فتصح الوصية لأماكن العبادات والملاجئ، والجامعات، ولا يشترط أن تكون موجودة في الحال مادامت ستوجد في المستقبل وهذا ما هو مذهب الإمام مالك<sup>(5)</sup> وبما أن القانون الجزائري يأخذ بالمذهب المالكي فإنه تجوز الوصية للجهات وفي سبيل الله.

#### الفرع الثالث: أن يكون الموصى له أهلاً للملك

لا تكون الوصية صحيحة إلا إذا كان الموصى له أهلاً للتمليك والإستحقاق، وهذا شرط منفق عليه. فلا تصح الوصية لمن هو ليس أهلاً للملك كأن يوصي لدابة أو أفرس غيره، فمثل هذه الوصايا باطلة باتفاق الحنفية والشافعية والمالكية<sup>(6)</sup>. ولأن مطلق اللفظ للتمليك والدابة لا تملك أما لو قال الموصى أوصيت بهذا الإنفاق على الدابة -شراء العلف لها- صح ذلك. ولا يشترط القبول عند الحنفية في هذه الحالة لأنها حينئذ كالميراث وقال الشافعية يشترط قبول مالك الدابة<sup>(7)</sup>.

(1) - الدكتور: مصطفى السباعي، والدكتور: عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 316

(2) - الأستاذ: أحمد الحصري، المرجع السابق، ص 556

(3) - الدكتور: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 35

(4) - أنظر: الفقرة الأولى من المادة 212 من قانون الأحوال الشخصية السوري

(5) - الشيخ: محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص 70، المحامي: إلياس أبو عيد، المرجع السابق، ص 359.

(6) - الدكتور: بلحاج العربي، الميراث والوصية، المرجع السابق، ص 252

(7) - الدكتور: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 36



وحسب إطلاعي فإن القانون الجزائي لم يتعرض إلى هذا الشرط. وبالتالي لا يفهم من سكوته أنه يجيز الوصية لمن هو ليس أهلاً للتملك ولكنه بصفة عامة نص على أنه لا تصح الوصية في حالة موت الموصى له قبل الموصى.<sup>(1)</sup> وهو بذلك قد قرر أنه لا تجوز الوصية لميت، إلا إذا علم الموصى بموته، أو يكون الموصى به لورثته من بعده وهذا مأخوذ من مذهب الإمام مالك رضي الله عنه.

### الفرع الرابع: أن لا يكون الموصى له جهة معصية

والمقصود هنا أن لا يكون الموصى له جهة من جهات المعصية المحرمة شرعاً وقانوناً.<sup>(2)</sup> كالوصية لدور الفسق دور القمار، والوصية لجمعيات الأشرار، والوصية للخلية... ذلك لأن الوصية شرعت أصلاً لتكون في سبيل الخير والصلاح والإصلاح لا من أجل الفساد والمنكور والبغى.<sup>(3)</sup> لأن هذه الجهات يدعوك الإسلام إلى محاربتها والقضاء عليها. ولو قلنا بصحة الوصية بقيت هذه الجهات ولما قضى عليها،<sup>(4)</sup> لأن الأديان جميعاً تحرم مثل هذه الجمعيات. أما إذا كانت الوصية لجهة قريبة عامة في جميع الأديان فإنها صحيحة كالوصية لدور العلاج، والفقراء... أما إذا كانت الجهة الموصى لها قريبة في نظر بعض الأديان، فإن الفقهاء يشترطون في صحة وصية المسلم، ألا تكون الجهة الموصى لها محرمة في شريعته، وبالتالي فوصية المسلم للكنائس باطللة إنفاقاً.<sup>(5)</sup> ويثار السؤال عندما تكون الوصية لجهة أو لأشخاص لا معصية في الوصية لهم، ولكن يبتغي الموصى منها معصية فهل ينظر إلى السبب القصدى<sup>(6)</sup> للوصية أم لا؟. فربق يتزعمه ابن تيمية وابن القيم يبني حكمه على حقيقة إرادة الشخص والباعث له على التصرف فيطلبون شل هذه الوصية والبعض الآخر يبدون حكمهم على ما تنتجه الإرادة الظاهرة<sup>(7)</sup> ولا علاقة لها بما وراء ذلك من النوايا والمقاصد وعندهم أن لنا الظاهر والله يتولى السرائر فتصح هذه الوصايا، وإلى هذا ذهب الشافعية

- (1) - أنظر: المادة 201 من قانون الأسرة الجزائي.
- (2) - الإمام: سيدح أحمد الدردير، المرجع السابق، ص 183
- (3) - هشام قبيلان، المرجع السابق، ص 104
- (4) - محمد زكريا البرديسي، المرجع السابق، ص 50
- (5) - الشيخ: علي خفيف، المرجع السابق، ص 149
- (6) - السبب القصدى: هو الباعث الرئيسي الدافع على التعاقد. وقد قانت به النظرية الحديثة للسبب. أنظر: سمير عبد السيد تناغو، الدكتور: نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 181
- (7) - المقصود بالإرادة الظاهرة: أن التعبير عن الإرادة ينتج أثره بصرف النظر عن نية من صدر منه، أنظر: علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص 32

لنا الظاهر والله يتولى السرائر فتصح هذه الوصايا، وإلى هذا ذهب الشافعية وبما أن المشرع الجزائري لم يضع نصا خاصا في هذا المجال يلزمنا هذا الرجوع إلى القواعد العامة للعقود. والظاهر أن القانون الجزائري قد تأثر بالنظرية الحديثة للسبب التي تقول بوجود النظر إلى السبب القسدي الدافع إلى التصرف. وهذا ما نصت عليه المادة 98 من القانون المدني بقولها: "كل التزام مفترض أن له سببا مشروعاً، ما لم يقم الدليل على غير ذلك" وقبلها نص في المادة 97 على أنه "إذا التزم المتعاقد بدون سبب أو لسبب مخالف للنظام العام أو للأداب كان العقد باطلاً<sup>(1)</sup>

وعلى كل حال فالسبب المطلوب كركن في الوصية هو السبب بالمعنى الحديث أي الباعث الدافع الذي دفع الموصي إلى إصدار الوصية. ويشترط فيه شرط واحد هو أن يكون مشروعاً، ويفترض أن السبب المذكور في الوصية مشروع حتى يثبت العكس. وإذا ظهر أن الباعث الدافع للموصي غير مشروع بطلت الوصية. وبهذا يكون قد وافق ما ذهب إليه الفقه الإسلامي وعلى رأسهم ابن تيمية وابن القيم.

### الفرع الخامس

#### أن لا يكون الموصي له قاتلاً للموصي

القتل إما أن يكون بعد الوصية كأن يوصي شخص لآخر ثم يقتل الموصي له الموصي وقد يحدث قبلها كأن يضرب شخص آخر ضربة جارحة ثم يوصي المضروب للضارب وبعد إنشاء الوصية يموت الموصي بسبب الجرح السابق، وللفقهاء في تأثير القتل على الوصية آراء مختلفة.<sup>(2)</sup>

وكان الخلاف في مجمله حول تفسير قوله صلى الله عليه وسلم "لا وصية لقاتل"<sup>(3)</sup>

وفي هذا المجال نص المشرع الجزائري في المادة 188 من قانون الأسرة على أنه "لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمداً" وبذلك فقد حدد طبيعة العمل المانع من الوصية، وهو القتل العمد .

(1) - يجب استبدال كلمة 'بدون سبب' مكان كلمة 'سبب غير مشروع'

(2) - الدكتور: محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 81

(3) - محمدي سليمان، المرجع السابق، ص 151

المباشر<sup>(1)</sup> أما القتل الخطأ فلا يمنع من صحة الوصية.<sup>(2)</sup> وعليه فإنه لا يستحق الإختياريّة، أو الواجبة من قتل الموصي أو المورث عمدا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا، وكذلك لا تصح الوصية لشاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه. كما يمنع من إستحقاق الوصية العالم بالقتل أو تدبيره إذا لم يخبر الساطات المعنية وبطريق الإستنتاج نرى أنه يخرج من القتل المانع من الوصية، والقتل بطريق التسبب كمن يحفر حفرة في الطريق فيسقط فيها الموصي ويموت، والقتل دفاعا عن النفس...

وتجدر الإشارة في هذا الموضوع إلى أن الفقهاء اختلفوا في تحديد طبيعة القتل المانع من الوصية. فقال الحنفية أن القتل المانع من الإرث والوصية هو الصادر من البالغ العاقل عدوانا بغير حق أو عذر شرعي إذا كان مباشرا لا تسببا، سواء أكان عمدا أو خطأ. وبهذا أخذ القانون المصري في المادة 18 من قانون الوصية. أما الشافعية فقالوا إن الوصية تصح للقاتل ولو تعديا فلو قتل الموصي له الموصي ولو عمدا إستحق الوصية.<sup>(3)</sup>

وأما المالكية فعندهم أن الوصية تصح للقاتل، سواء أكان القتل عمدا أو خطأ إذا علم الموصي بمن قتله، ورغم ذلك لم يغير وصيته.<sup>(4)</sup> ويلاحظ الدكتور بلحاج العربي أن المشرع الجزائري قد حقق الإنسجام القانوني المطلوب بين كل من قواعد قانون الأسرة بما فيها قانون الوصية وقانون الميراث، وقواعد قانون العقوبات وكذا قواعد القانون المدني. وذلك من خلال إستعماله لقواعد الإحالة على أحكام الشريعة الغراء فيما لم يرد به نص خاص.<sup>(5)</sup>

(1) - القتل العمد: هو الذي يقع عدوانا بدون حق أو عذر قانوني.

(2) - الدكتور: بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقہ الإسلامي، المرجع السابق، ص 170

(3) - الدكتور: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 37

(4) - هشام قبلان، المرجع السابق، ص 105

(5) - الدكتور: بلحاج العربي، الميراث والوصية، المرجع السابق، ص 263

## الفرع السادس: أن لا يكون الموصى له وارثا

الوارث هو من إستحق الإرث بالفعل وقت وفاة الموصى ولو أنتفى عنه سبب الإرث وقت الوصية، وتكون الوصية له باطلة حتى ولو كانت في حدود الثلث.<sup>(1)</sup> لقوله صلى الله عليه وسلم "إن الله أعطى لكل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث"<sup>(2)</sup> وقوله أيضا "لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة"<sup>(3)</sup> ومعنى الأحاديث أن الوصية لا تنفذ مهما كان مقدار الموصى به إلا بإجازة الورثة. فإذا أجازها نفذت وإلا بطلت. وإن أجازها بعضهم، صحت في حصتهم وبطلت في حق من لم يجيزها وهذا بإتفاق المذاهب الأربعة.<sup>(4)</sup>

ويشترط لصحة الإجازة<sup>(5)</sup> شرطان: - أن يكون المجيز من أهل التبرع عالما بالموصى به بأن يكون بالغًا عاقلًا غير محجور عليه لسفه أو عنه. وأن تكون بعد موت الموصى فلا عبرة بالإجازة التي تتم حال حياة الموصى، لأنه يمكن للورثة أن يرجعوا على إجازتهم. وإتفق الفقه حول تحديد صفة الوارث الذي يجيز الوصية وذلك بإعتباره وارثا وقت موت الموصى، لا وقت إنشاء الوصية<sup>(6)</sup>

هذا ولقد خالف المشرع الجزائري القوانين العربية التي عممت الحكم وأجازت الوصية للوارث في حدود الثلث<sup>(7)</sup> دون إجازة الورثة. فلقد نص في المادة 189 من قانون الأسرة على أنه "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى" وهو بذلك يكون قد وافق ما ذهب إليه الفقه الإسلامي وهو بهذا النص يكون قد أزال اللبس والإبهام عما نص عليه في المادة 185 من نفس القانون تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة، وعليه نكون أمام نصين يحتمل التناقض بينهما فأيهما تطبق. فمن جهة يعطي للموصى الحرية الكاملة في التصرف في أمواله لمن يشاء في حدود الثلث (المادة 185 من قانون الأسرة) ومن جهة أخرى يقرر عدم جواز الوصية للوارث حتى ولو كانت في حدود الثلث إلا بإجازة. في هذه الحالة لا يكون أمامنا سوى تطبيق قاعدة الخاص بقيد العام. والخاص هو المادة 189 والعام هو المادة 185.

(1) - محمدي سليمان، المرجع السابق، ص 153

(2) - الإمام: محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، لبنان، 1988، ص 344

(3) - الدكتور: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 41

(4) - السيد سابق، المرجع السابق، 341

(5) - الإجازة هي عمل قانوني تصدر بإرادة منفردة فهي تصرف ضار ضررا محضا.

(6) - الدكتور: مصطفى السباعي، والدكتور، عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 324

(7) - الدكتور: علي سليمان، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية لسنة

1986، العدد 2، ص 437 .

ولقد أخذ القانون المصري بجواز الوصية للوارث وغير الوارث، ولا تحتاج في ذلك إلى إجازة الورثة إلا إذا تجاوزت الثلث. وذلك ما نص عليه في المادة 37 من قانون الوصية. ولقد انتقد الشيخ محمد أبو زهرة هذا القانون في مادته هذه وهي لا تزال مشروعا، وقال أن الإنسجام القانوني يوجب على مقترحي هذه المادة أن يضيفوا مواد أخرى تبيّن إلغاء هذه الأحكام وأشباهها مما كان مبينا على إعتبار أن الوارث لا تجوز له الوصية، لكي لا يقع خطأ في تطبيقها<sup>(1)</sup>

وقيل أن نترك هذا الموضوع نشير إلى الشروط الواجب توافرها في الموصي له في القانون الفرنسي، فقد قرر هذا الأخير لكي تكون الوصية صحيحة يجب ألا يكون الموصي له محكوما عليه، كما يشترط فيه أن يكون موجودا ومعلوما طبقا لما نص عليه في المادة 902 مدني، ويجب أن يكون الموصي له معنيا أو قابلا للتعيين.<sup>(2)</sup>

(1) - الشيخ: محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص 67 .

(2) - محمدي سليمان، المرجع السابق، ص 155.

## المطلب الثالث

### شروط الموصى به

يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصى به مما يجري فيه الإرث، وأن يكون موجودا عند الوصية، وأن يكون مالا متقوما وقابلا للتمليك، وغير مستغرق بالدين، ولا يزيد على ثلث التركة.

والملاحظ على هذه الشروط أن بعضها شروط للصحة وبعضها للتنفيذ<sup>(1)</sup>. وهذا ما سأتناوله فيما يلي :

### الفرع الأول: شروط صحة الموصى به

يشترط في الموصى به لصحته أن يكون مما يجري فيه الإرث، وأن يكون موجودا وقت الوصية، ومتقوما بالمال قابلا للتمليك.

#### أولا: أن يكون الموصى به مما يجري فيه الإرث

فلا بد أن يكون الموصى به مما يجري فيه الإرث أو يصح أن يكون محلا للتعاقد حال حياة الموصى. فما لا يجري فيه الإرث ولا يصح التعاقد عليه لا تصح الوصية به<sup>(2)</sup> وذلك كالميتة والدم، ومما لا يجري فيه الإرث نوعان حسب ما يستفاد من نص المادة 190 من ق.أ. الأموال بكل أنواعها من نقود وعقارات ومنقولات مثلية أو قيمية، سواء كانت في يده أو في يد أخرى قائمة مقام يده<sup>(3)</sup>. أما النوع الثاني فهو الحقوق العينية التي ليست في ذاتها أموال ولكنها تزيد في قيمة العين كحق الارتفاق<sup>(4)</sup>. وتجوز الوصية بالمنافع<sup>(5)</sup> والإيضاء يكون بالملكية لشخص وبحق الإنتفاع لشخص آخر أو بالإثنين معا لشخص واحد. لكن وبما أن حق الإنتفاع ينتهي بموت الشخص المنتفع، فإن حق الإنتفاع يعود بعد وفاة الموصى له به إلى الشخص الذي تم الإيضاء له بحق الملكية<sup>(6)</sup>. وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 196 من قانون الأسرة بقوله "الوصية بمنفعة غير محدودة تنتهي بوفاة الموصى له وتعتبر عمري"

(1) - الدكتور: أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 144

(2) - محمد زكريا البرديسي، المرجع السابق، ص 60

(3) - مرسل نصر، وحليم نقى الدين، المرجع السابق، ص 65

(4) - الدكتور: جميل الشرقاوي، الحقوق العينية الأصلية، الكتاب الأول، حق الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974، ص 466

(5) - المحامي: تزيه نعيم شلالا، المرجع السابق، ص 99

(6) - الأستاذ: أحمد الحصري، المرجع السابق، ص 557

ثانيا: أن يكون الموصى به موجودا عند الوصية ومملوكا للموصى.

وهو شرط خاص بالأعيان والمنافع. والأعيان قد تكون معينة بذاتها أو جزءا شائعا منها. وهنا يجب أن تكون على ملك للموصى عند الإنشاء وتبقى على ملكه حتى الوفاة. وبذلك نصت المادة 190 من قانون الأسرة الجزائري "الموصى أن يوصى بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة". وبذلك يكون المشرع الجزائري قد منع الشخص بأن يوصى بمال غيره، أو بما لا يملك. أما إذا كان الموصى به مستحيل التحقق فتكون الوصية باطلة طبقا للقواعد العامة في العقود التي نصت عليها المادة 93 من القانون المدني، التي نصت على ما يلي: "إذا كان محل الإلتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا بطلانا مطلقا". أما إذا كان الموصى به ليس عينا بل قدر من المال كالربع أو الثلث، فالفقه يشترط وجوده في ملك الموصى عند الوفاة لا عند الإنشاء.

ثالثا: أن يكون الموصى به مالا متقوما وقابلا للتمليك

فأن يكون مالا ذلك لأن الوصية تمليك ولا يملك غير المال، وعلى هذا الشرط لا تصح الوصية بمثل الميتة والدم<sup>(1)</sup>. أما المال المتقوم في عرف الشارع فالمقصود به أنه لا تصح الوصية بالخمير والخنزير والكلب. لأنها غير متقومة عند المسلم.<sup>(2)</sup> وقابلا للتمليك المقصود به أن يكون الموصى به مما يصح تملكه بعقد من العقود، لأن الوصية تمليك. فما لا يقبل التمايك لا تتعد الوصية به<sup>(3)</sup>. وبهذا فلو أوصى بما تثمر نخيله أبدا جاز، ولو أوصى بسكنى داره جاز، ولو أوصى بدينه الذي هو على فلان جاز لأنها وصية بالعين.

وإلى هذا ذهب المشرع الجزائري فنص في المادة 184 من قانون الأسرة. كذلك تجدر الإشارة إلى أنه لا يجوز أن يوصى الشخص بالأشياء المباحة غير المملوكة، كالهواء وماء البحر، وأشعة الشمس، كما أن الوصية بالمال العام باطلة، لأنه لا يجوز التصرف في أموال الدولة، أو حجزها أو تملكها بالتقادم. وهذا ما أورده المشرع الجزائري في المادة 689 من القانون المدني. كذلك لا تجوز الوصية بأراضي العرش لأنها تعتبر من الأملاك الوطنية الخاصة.

بالإضافة إلى أنه لا تصح الوصية بالأشياء غير المشروعة، والمخالفة للنظام العام والآداب العامة، كالوصية ببيت القمار، أو الدعارة، والوصية بالمخدرات.

(1) - الدكتور: مصطفى السباعي، والدكتور: عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 329

(2) - الأستاذ: أحمد الحصري، المرجع السابق، ص 556

(3) - الشيخ: علي الخفيف، المرجع السابق، ص 178

## الفرع الثاني: ما يشترط في الموصى به لتنفيذ الوصية

يشترط في الموصى به لتنفيذ الوصية، أن لا يكون مستغرقاً بالدين - كما سبق أن تعرضت له في الكلام عن الموصى المدين - ذلك لأن الديون مقدمة في التعلق بمال الميت على كل حق بعد تجهيز الميت وتكفينه.<sup>(1)</sup> وقد تصح الوصية بمال مستغرق في حاليتين إذا أبوأ الغرماء المدين، أو أجازوا نفاذ الوصية قبل الدين<sup>(2)</sup>. ولا أريد العودة إلى ما تكلمت عنه سابقاً في هذا المجال.

### أولاً: أن لا تزيد الوصية عن الثلث

لا تجوز الوصية إلا إذا كانت في حدود ثلث التركة، وهذا باتفاق الفقه والقانون. حيث نص المشرع الجزائري في المادة 185 من قانون الأسرة على أنه "تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة" فإذا أوصى بأكثر من ذلك ولم يجز الورثة هذه الزيادة بطلت إعمالاً بقوله صلى الله عليه وسلم لسعد بن أبي وقاص "الثلث والثلث كثير".<sup>(3)</sup> مما يدل على أن لا شيء له فيما زاد على الثلث وإنما هو حق الورثة، إما إذا كانت الوصية في حدود الثلث نفذت دون حاجة إلى إجازة من الورثة.<sup>(4)</sup> ولكن ما هو حكم الوصية إذا تجاوزت الثلث القانوني؟

يرى فريق من الفقهاء أنه إذا كان الموصى به بأزيد من الثلث وقعت الوصية باطلية سواء كان للموصى وارث أم لا. وإن أجاز هذه الوصية الورثة فلا إعتبار لهذه الإجازة لأن الباطل لا ينقلب صحيحاً، فالإجازة وعدمها سواء.<sup>(5)</sup> وهناك رأي آخر للفقهاء يرى بأنه إذا كان الموصى به يزيد عن ثلث التركة تقع الوصية صحيحة موقوفة على إجازة الورثة إن كان ثمة ورثة. فإن لم يكن هناك ورثة وقعت الوصية باطلية.<sup>(6)</sup> وهذا هو مذهب المالكية وبه أخذ المشرع الجزائري في المادة 180 من قانون الأسرة. حيث جعل مال هذه الوصايا إلى خزينة الدولة.

ويشترط في الإجازة أن تكون بعد وفاة الموصى، فلا عبرة بإجازة الورثة حال حياة الموصى. لأن حقهم لا يتقرر إلا بعد الوفاة. فلو أجاز الوارث الوصية قبل وفاة الموصى، كان له حق الرد بعد وفاته، ولا تلزمه الإجازة السابقة بشيء

(1) - محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص 8

(2) - الدكتور: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 52

(3) - الإمام القرطبي، المرجع السابق، ص 335

(4) - الدكتور: محمد المنجي، دعوى ثبوت الملكية، نشأة المعارف، القاهرة، 1990، ص 126

(5) - محمد زكريا البرديسي، المرجع السابق، ص 115

(6) - الأستاذ: أحمد الحصري، المرجع السابق، ص 570



كما يشترط في المجيز أن يكون من أهل التبرع، وهو العاقل، البالغ، فأما الصبي والمجنون والمحجور عليه، فلا تصح الإجازة منهم<sup>(1)</sup> لأنها تبرع، والتبرع كما علمنا هو من التصرفات الضارة ضررا محضا. ونشير إلى أنه إذا أجاز الورثة جميعهم الزائد الثلث صحت الوصية، وإن رفضوا بطلت. وإن أجاز البعض دون البعض نفذت في حد المجيز فيما زاد عن الثلث.<sup>(2)</sup>

### ثانيا: وقت تقدير الثلث

متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن الوصية لغير الوارث تكون في حدود ثلث التركة<sup>(3)</sup>، يطرح التساؤل عن الوقت الذي يمكن تحديد الثلث فيه ؟ المفهوم من السياق العام لنصوص قانون الأسرة الجزائري وخاصة المواد 180، 181، 185، وكذا القوانين الوضعية العربية،<sup>(4)</sup> أن العبرة في تقدير ثلث التركة هو وقت وفاة الموصي لا وقت الوصاية بلا خلاف. فلو أوصى بشيء وكان موسرا أثناء إنشاء الوصية ثم أفقر عند الوفاة لم يكن ليسره في تلك الحالة أثر، كما أنه لو كان معسرا أثناء إنشاء الوصية، ثم تيسرت حالته المادية بأن أصبح غنيا عند وفاته. كانت العبرة بحالة الموت، لأن وقت الوفاة هو الزمن الذي تنقطع فيه صلته بملكه وتتفد منه وصاياه.<sup>(5)</sup> وعليه فإن الملكية تثبت للموصي له مستقرة من وقت الوفاة. وأن الزوائد تكون في ملكه على أنها نماء ملك لا على أنها وصية، وبالتالي لا تدخل في تقدير الثلث. وبالتالي فإن تقدير الثلث بالنسبة للموصي به المعين أو المثلثات يكون من وقت الوفاة لا وقت القسمة.<sup>(6)</sup>

(1) - الدكتور: مصطفى السباعي، والدكتور، عبد الرحمان الصابوني، المرجع السابق، ص 333

(2) - الدكتور: عبد الحميد الشواربي، أحكام التركات في ضوء الفقه والقضاء، نشأة المعارف، القاهرة

1990، ص 85 محمد جواد مغنية، المرجع السابق، ص 19

(3) - قرار المحكمة العليا، رقم 75598 بتاريخ 24 02 1991، منشور بالمجلة القضائية لسنة 1993

العدد 2، ص 62

(4) - الدكتور: بلحاج العربي، الميراث والوصية، المرجع السابق، ص 272

(5) - هاشم معروف الحسني، المرجع السابق، ص 89

(6) - الشيخ: محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص 217

## الباب الثاني أحكام الوصية

لا أريد الكلام في هذا الباب عن الحكم التكليفي المتعلق بالفعل، وجوبا وإباحة ومحرمات وغيرها، لأنني قد بحثت حكم الوصية بهذا المعنى في المبحث الأول من الباب الأول.

وأبحث هنا عن حكم القانون والشرع على الشيء بعد وجوده، صحة وبطلانها، ونفاذا ولزوما وغيره. وبعبارة أخرى أتناول بالدراسة الأثر القانوني والشرعي المترتب على الوصية،<sup>(1)</sup> من حيث لزومها ونقل الملكية، وبطلان الوصية، وحكم التزاحم في الوصايا وغيره. وعلى هذا إرتأيت أن أقسم هذا الباب إلى فصلين:

أخصص أولهما إلى الأثر المترتب على الوصية وأخصص الثاني إلى الكلام عن حكم تزاحم الوصايا وبطلانها.

---

(1) - آدمون كسيار، المرجع السابق، ص 25

الباب الثاني

أحكام الوصية

## الفصل الأول الآثار المترتبة على الوصية

تكون الوصية صحيحة إذا استوفت شروط صحتها، وباطلة إذا تخلف منها شرط، وتكون نافذة إذا توافر فيها شروط النفاذ وموقوفة على إجازة الورثة، إذا كانت الوصية بأكثر من الثلث.

فإذا كان كل هذا تكون الوصية صحيحة غير لازمة. وعلى ذلك يجوز للموصي أن يرجع عنها في أي وقت يشاء. فإذا مات الموصي مصراً عليها ولم يوجد ما يبطلها وقبلها الموصي له نفذت الوصية، وترتب عليها آثارها وهو ثبوت الملك للموصي له. وعلى هذا إرتأيت أن أقسم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث:

أولهم أبحث فيه صفة الوصية والرجوع عنها. وأتناول في المبحث الثاني إنتقال ملكية الموصي به إلى الموصي له. وحكم الزيادة في الموصي به، أما المبحث الثالث والأخير أدرس التحايل على أحكام الوصية.

## المبحث الأول الرجوع عن الوصية وإثباتها

أبحث في هذا المبحث عن الإجابة على تساؤل أرى له مكانته في دراسة الموضوع، وهو هل يجوز للموصي الرجوع عن إيجابه المنفرد الذي لم يقترن بقبول حال حياته. ثم أتطرق إلى ما هي وسائل وطرق إثبات الوصية التي مات الموصي مصرا عليها.

### المطلب الأول الرجوع عن الوصية

توصف الوصية الواجبة بأنها لازمة<sup>(1)</sup>، أي أنها تنشأ وتنفذ بقوة القانون من غير حاجة إلى إيجاب من الموصي وعبارة منه تنشئها وذلك إذا ما توافرت شروط إستحقاقها -كما علمنا-

ولكن التساؤل الذي يطرح في هذا المجال حول ما إذا كانت الوصية الإختيارية عقود لازم أم لا؟ وبعبارة أخرى هل يجوز للموصي الرجوع عن وصيته أم لا؟ وإذا كان له هذا الحق، فما هي وسائل وطرق الرجوع في الوصية.

### الفرع الأول

#### الوصف القانوني والشرعي للوصية

تنص المادة 129 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا، فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها، والضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها".

نستخلص من هذا النص أن الوصية إذا كانت إختيارية، وإستوفت شروط صحتها عند إنشائها

---

(1) - الشيخ: محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص199

فهي عقد غير لازم<sup>(1)</sup> أي أنه يجوز للموصي حال حياته الرجوع عنها كلها أو بعضها. وعليه فسواء قبل الموصي له الوصية أو علم بها ولم يرددها، فإن للموصي دائما الحق في الرجوع فيها كلها أو بعضها في أي وقت شاء، بالنسبة لكل الموصي لهم في حالة تعددهم أو بالنسبة للبعض فقط<sup>(2)</sup> وذلك تبعا لقول عمر رضي الله عنه "يغير الرجل ما شاء في وصيته" رواه البيهقي<sup>(3)</sup>

وإنفاق الفقهاء على جواز الرجوع عن الوصية من الموصي كان بحجة أن الذي وجد من الوصية حال الحياة هو الإيجاب فقط والأصل في التصرفات أنها لا تلزم إذا ارتبط بها حق للغير. والوصية كما علمنا لا تنفذ إلا بعد الوفاة.<sup>(4)</sup> فلا يترتب عليها أي حق قبل الموت، وإذا لم يكن لأحد حق في حال الحياة، فالموصي حر في أن يرجع فيما صدر منه من إيجاب في أي وقت شاء، ما دام لم يترتب عنه حق مستقر لأحد، ولم ينته به ملك الموصي.<sup>(5)</sup> إذ ليس على المحسنين من سبيل - من حرج -

والسؤال الذي يطرح نفسه إذا التزم الموصي بعدم الرجوع في وصيته بعد إنشائها فهل يلتزم بما اشترطه على نفسه. ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه ليس لهذا الإلتزام أي أثر وكان لاغيا وعليه فإنه يجوز للموصي الذي وضع مثل هذا الشرط أن يرجع عن وصيته في أي وقت شاء وأن لا يعطي له أي إهتمام.

لكن هناك رأي مذهب المالكية يقول أنه ليس للموصي الذي تعهد بعدم الرجوع أن يرجع على وصيته إذا التزم مسبقا بعدم الرجوع، وذلك بحجة أن المؤمنين عند شروطهم استنادا لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم "المؤمنين عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما، أو حرم حلالا" بالنسبة للموصي فالوصية غير لازمة في حقه. أما بالنسبة للموصي له فهي كذلك غير لازمة عند الجمهور، فله أن يبطلها برده، فإذا قبلها بعد وفاة الموصي لزممت فلا يستطيع أن يرددها إلا بإتفاقه مع ورثة الموصي. وعلى ذلك نخلص إلى أن الوصية عقد غير لازم يجوز الرجوع عنها في أي وقت حال الحياة، سواء كان هذا الرجوع صراحة، أو ضمنا، وهذا الذي أريد البحث فيه فيما يلي :

(1) - الدكتور بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 142، محمد جواد مغنية، المرجع السابق، ص 24

(2) - الدكتور محمد المنجي، المرجع السابق، ص 124، إلياس أبو عيد، المرجع السابق، ص 360

الدكتور أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 233، هاشم معروف الحسني، المرجع السابق، ص 55

(3) - الدكتور: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 54

(4) - الأستاذ: جان باز، القانون العقاري اللبناني، مكتبة لبنان، بيروت، 1968، ص 205

(5) - الأستاذ: أحمد الحصري، المرجع السابق، ص 589، الأستاذ: عبد الكريم شهيدون، المرجع السابق، ص 179

## الفرع الثاني

### كيفية الرجوع عن الوصية

بالرجوع إلى نص المادة 192 من قانون الأسرة الجزائري -المذكورة أعلاه- نستخلص أن للرجوع عن الوصية شكلين. فإما أن يكون الرجوع صراحة وذلك بوسائل إثبات الوصية، وإما أن يكون ضمنيا أي يستفاد دلالة من تصرفات الموصي. وعليه فقد ارتأيت أن أتعرض إلى الرجوع الصريح في نقطة أولى. وبعدها أنتقل إلى الكلام عن الرجوع الضمني.

#### أولا: الرجوع الصريح عن الوصية

اتفق الفقهاء على أن الرجوع يكون بالقول الصريح الدال على الرجوع<sup>(1)</sup> مثل قول الموصي نقضت الوصية أو بطلتها، أو رجعت عنها، أو غيرتها... . أما ما لا يكون صريحا من الألفاظ في الرجوع بأن يحتمل منها الرجوع وغيره فلا يعد رجوعا<sup>(2)</sup>. مثل قول الموصي: ندمت على وصيتي لفلان، إذ لا يوجد تلازم بين الندم والرجوع.

هذا ويلاحظ أن الرجوع القولي ولو كان صريحا لا يعتد به القانون الجزائري لسماع الإدعاء به إلا إذا كان هذا قد تم بنفس وسائل إثبات الوصية، وهذا ما نصت عليه المادة 192 بقولها "يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا، فالرجوع الصحيح يكون بوسائل إثباتها..." أي لا يكون للرجوع القولي الصريح أثر إلا إذا كان ثابتا بورقة رسمية محررة أمام الموثق، أو عن طريق إصدار حكم قضائي في حالة وجود مانع قاهر. وعلى هذا فإذا أراد الموصي أن يرجع عن وصيته، فلا بد أن يذهب إلى الموثق ليحرر له سندا بذلك، وإذا تم إثبات الوصية بواسطة حكم قضائي فلا بد للرجوع عن الوصية من إستصدار حكم بذلك.

وقد اشترط المشرع في الرجوع الصحيح نفس وسائل إثبات الوصية، لأنه يعلم أن الموصي عندما يريد التصريح بالرجوع، فإنه يكون قاصدا ذلك ابتداءا ويسعى إليه، فكان عرضا أصليا له، وذلك ما يضيفي عليه عناية وإهتماما يدعوانه إلى أن يحرر سندا لإثباته، وذلك ما ينفي الحرج من اشتراط الرسمية في الرجوع. لهذا نرى أن المشرع لسماع الإدعاء بالرجوع القولي الصريح أن يكون بنفس وسائل إثبات الوصية. وهذا ما أخذ به قانون الوصية المصري، فقد نصت المادة 18 منه على أنه "يجوز للموصي الرجوع عن الوصية

(1) - قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مؤرخ في 24 جانفي 1990، المجلة القضائية لسنة

1991، العدد 4، ص 85

(2) - الأستاذ: عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص 146

كلها أو بعضها، صراحة أو ضمنا، ويعتبر رجوعا عن الوصية كل فعل أو تصرف يدل بقرينة أو عرف على الرجوع عنها".

هذا ونشير إلى أن الرجوع القولي في القانون المصري لا تسمح به الدعوى إلا إذا كان ثابتا بورقة رسمية أو ورقة عرفية قد كتبت كلها بخط المتوفي وعليها إمضاه، أو بورقة عرفية قد صدق فيها على توقيع المتوفي.<sup>(1)</sup>

والى هذا ذهب القانون المغربي فقد نص الفصل الثالث والثمانون بعد المائة (183) من مدونة الأحوال الشخصية المغربية على أنه "يقع الرجوع عن الوصية بالقول الصريح أو الضمني أو بالفعل كبيع العين الموصى بها".

### ثانيا: الرجوع الضمني

نصت المادة 192 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "... والرجوع الضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها". وعلى هذا فيصح الرجوع بكل فعل يدل عليه، وتقوم القرينة والعرف فيه على أنه أراد بالفعل نقض وإبطال الوصية، أو يتضمن الفعل من تلقاء نفسه نقضها وإبطالها<sup>(2)</sup> كأن أوصى بشيء لإنسان ثم أكله أو أوصى بحيوان ثم ذبحه، أو أوصى بثوب ثم مزقه وأعاد خياطته ثم لبسه، أو أوصى بنحاس ثم صنعه أنية. فكل هذه الأفعال إذا أتاها الموصى في الموصى به كان ذلك منه رجوعا عن وصيته.<sup>(3)</sup>

وكذلك تبطل الوصية إذا قام الموصى بخلاف الموصى به مع غيره من جنس آخر، بحيث يتعذر معه فصل الموصى به إلا بمشقة كأن أوصى لشخص بالقمح ثم أخلطه مع الشعير أو الأرز.

ويصح الرجوع أيضا بكل تصرف، من شأنه أن يخرج العين الموصى بها من ملك الموصى، أو يجعل الجمع بين التصرف والوصية غير ممكن،<sup>(4)</sup> فهو مستحيل. كأن أوصى لشخص بمنزل ثم باعه، أو وهبه، أو وقفه... فكل هذه التصرفات تؤدي إلى بطلان الوصية لخروج الموصى به عن ملك الموصى.

ويعتبر تصرف الموصى في الموصى به رجوعا حتى ولو كان هذا التصرف قابلا للإبطال وأبطل، أو باطلا.<sup>(5)</sup> فالموصى بتصرفه هذا يكون قد حقق قرينة على رجوعه.

(1) - الدكتور: سعيد عبد السلام، المرجع السابق، ص 146.

(2) - الشيخ: محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص 200.

(3) - الشيخ: علي لخفيف، المرجع السابق، ص 223.

(4) - نزيه نعيم شلالا، المرجع السابق، ص 55.

(5) - الدكتور: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 210.



فمن هنا يطرح السؤال حول ما إذا تصرف الموصي في الموصى به بوصية أخرى لشخص آخر كأن يقول الموصي أوصيت به لأحمد فهو لمحمد، قال الفقهاء بأن الوصية الوصية الأولى، لأن المتأخر ينسخ المتقدم، وأعدوا هذا التصرف رجوعاً صريحاً.<sup>(1)</sup> أما قانون الأسرة الجزائري فلم يعتبر هذا التصرف رجوعاً، بل إعتبر الموصى به مشتركاً بين الموصى له الأول -أحمد- والموصى له الثاني -محمد- فقد نصت المادة 94 من نفس القانون على أنه "إذا أوصى لشخص ثم أوصى لثاني يكون الموصى به بينهما". فمن الواضح إذن أن القانون الجزائري لم يعتبر الوصية لشخص ثاني رجوعاً صريحاً أو ضمناً.<sup>(2)</sup>

كما لم يعتبر القانون الجزائري قيام الموصى بالتصرف في الموصى به عن طريق الرهن<sup>(3)</sup> رجوعاً ضمناً عن الوصية،، حيث نصت المادة 93 من قانون الأسرة على أنه "رهن الموصى به لا يعد رجوعاً في الوصية" وقد يكون الرهن حيازياً وهو عقد يلتزم به شخص، ضمناً لدين عليه أو على غيره أن يسلم إلى الدائن شيئاً، يرتب عليه للدائن حقاً عينياً أنظر المادة 948 من القانون المدني، ونشير هنا إلى أن المذهب المالكي يرى: أن ليس كل عمل مهما كان يأتيه الموصى في الموصى به، يعد رجوعاً. بل المناطق عندهم في ذلك أن يكون فعلاً يتغير به اسم الموصى به، فيكون له بسبب هذا الفعل اسم جديد. أما إذا لم يتغير اسمه فلا يعد رجوعاً ولا تبطل به الوصية، وعلى ذلك يعد نسج الغزل والقطن رجوعاً. وبالتالي فهم يعتبرون أن الزيادة المستقرة واللازمة في الموصى به لا تعد رجوعاً، بل تكون للورثة مع بقاء الوصية، فيكونون شركاء فيها.<sup>(4)</sup> أما فقهاء الشيعة فيعتبرون الزيادة الدالة يعرف رجوعاً عن الوصية.

**جحدود الوصية:** تعني بجحدود الوصية إنكار حصولها في الماضي.<sup>(5)</sup> كأن يقول الموصى حين تعرض الوصية عليه، لا أعرف هذه الوصية، أو لم أوص بها. وقد اختلف الفقهاء في إعتباره رجوعاً عن الوصية وعدم إعتباره على قولين.<sup>(6)</sup>

(1) - الدكتور: محمد مصطفى ثلبي، المرجع السابق، ص 266

(2) - وأخذ بذلك برأي الجمهور، وإليه ذهب القانون المغربي

(3) - الرهن: قد يكون رسمياً وهو عقد يكسب به الدائن حقاً عينياً، على عقار لوفاء دينه أنظر: المادة 882 من القانون المدني الجزائري

(4) - الدكتور: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 116

(5) - الدكتور: أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 235

(6) - الدكتور: بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 143

القول الأول: ذهب إليه فقهاء من الحنفية وهم يرون أن الجحود يعتبر رجوعاً، لأن الرجوع هو نفي للوصية في الحال. والجحود هو نفيها في الماضي والحال والمستقبل، فأولى أن يكون رجوعاً.

القول الثاني: لا يعتبره رجوعاً ولا مبطلاً للوصية، لأن الرجوع عن الشيء يقتضي سبق وجوده، وجحود الشيء يقتضي سبق عدمه. وذهب إلى هذا المالكية والحنابلة وبعض الحنفية.

وقد أخذ القانون بهذا الرأي الثاني، فلم يعتبره جحوداً إذا وجد ما يدل على أن الموصي قصد به الرجوع صراحة أو دلالة، وذلك تضييقاً لدائرة الرجوع والإحتياط.<sup>(1)</sup> وجملة القول: أن آراء الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة فيما يعد رجوعاً من الموصي عن وصيته وما لا يعد رجوعاً منه، آراء متقاربة. وإن لوحظ أن لبعض الفقهاء آراء تخالف بعضهم الآخر، ذلك لأن خلافهم في هذا الموضوع إنما يرجع إلى اختلاف الأعراف والعادات، لا إلى اختلاف الأصول والقواعد.

ومما تجدر إليه الإشارة أن القانون الجزائري كغيره من القوانين الوضعية العربية لم يشترط في الرجوع الضمني أن يكون في شكل رسمي كما إشرطه في الرجوع الصريح.<sup>(2)</sup> فإذا حصل نزاع فيه فإنه يكون من اليسير إثباته. وذلك عن طريق إثبات حادثة مادية التي تجري عليها وسائل الإثبات العادية.

(1) - الدكتور: بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 318.

(2) - نصت المادة 192 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "... فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها...".

## المطلب الثاني إثبات الوصية

علمت أن الوصية هي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت<sup>(1)</sup>، و عليه فلا يستحق الموصى له الموصى به إلا إذا توفي الموصى مصرًا على وصيته. و ثبت أنه لم يرجع عنها لا صراحة، و لا دلالة، فإذا ثبت ذلك و قبلها الموصى له استحق العين الموصى بها و ما كان فيها ثَمًا و ثَمَارًا. هذا ما لم ينكر الورثة الوصية، فإذا أنكروها ورثة الموصى فهنا يطرح الأشكال، عن طرق و وسائل إثبات الوصية؟!

لهذا إرتأيت أن أبحث الموضوع من خلال التطرق إلى إثبات الوصية في القانون الجزائري ثم إلى كيفية إثباتها في الشريعة الإسلامية و في القانون المصري.

### الفرع الأول

#### طرق إثبات الوصية في القانون الجزائري

من المتفق عليه فقها و قانونا أن الأصل في جميع العقود أو التصرفات أنها تكون صحيحة متى صدرت من أهلها مضافة إلى محلها، و كانت مستوفية شروطها القانونية و تترتب عليها آثارها، سواء كتب بذلك وثيقة رسمية أو لم يكتب، أي أن الأصل في العقود و التصرفات هو مبدأ الرضائية، فبمجرد توافق الإرادتين ينشأ العقد، دون حاجة لأي إجراء شكلي آخر.<sup>(2)</sup>

و الوصية باعتبارها تصرفًا، تنشأ و تتعقد، و تترتب عليها آثارها بإيجاب الموصى على لتفصيل الذي ذكرته سابقًا، سواء كتب بذلك وثيقة رسمية أو لم يكتب.

و المشرع الجزائري أجاز إنعقاد الوصية بالعبارة أو بالكتابة، و أخذ بمبدأ عدم قبول الإثسارة إلا في حالات عدم قدرة الموصى على العبارة أو الكتابة<sup>(3)</sup>. و هذا من خلال الاحالة التي قررها في المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري. إلى أحكام الشريعة الإسلامية

(1) - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم، 116375، مؤرخ في 1995.05.02 المجلة القضائية سنة 1996، العدد الأول، ص 108.

(2) - و إستثناء ما يكون الشكل ركنا في بعض العقود التي تطلب لها القانون الشكل الرسمي لصحتها، فالشكالية لا تكون إلا بنص، أنظر: المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري.

(3) - الدكتور: بلحاج العربي، أبحاث و مذكرات في القانون و الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 157.

إذ بالعودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية، و كذلك بالعودة إلى القواعد العامة المقررة في القانون المدني الجزائري، نجد بأنه يجوز "التعبير عن الإرادة باللفظ و بالكتابة أو الإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع شك في دلالاته على مقصود صاحبه وهذا طبقاً للمادة 60 من القانون المدني".

و قد اتفق القانون الجزائري مع آراء الفقهاء، فلم يشترط في صحة الوصية أن يصدر بها عقد رسمي، كما إشتراطه في بعض العقود الأخرى، كعقد بيع العقارات أو عقد الشركة، أو الرهن الرسمي ... و ذلك تيسيراً منه على الناس، فقد تكون الوصية في وقت إشتداد المرض، أو في ظروف حرجة. غير أنه لم يعول على شهادة الشهود لإثبات الوصية أو الرجوع الصريح عنها.<sup>(1)</sup> عند الإنكار، كما هو عند الفقهاء، بل إشتراط لإثبات الوصية أو الرجوع الصريح عنها بعد وفاة الموصي عند الإنكار، وجود عقد محرر أمام الموثق، و عند وجود مانع قاهر فيجب إثباتها بحكم قضائي.<sup>(2)</sup> و هذا ما نصت عليه المادة 191 من قانون الأسرة الجزائري، فقد جاء في الفقرة الأولى منها على أنه " تثبت الوصية بتصريح الموصي أمام الموثق و تحرير عقد بذلك" و جاء في الفقرة الثانية " و في حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم. و يؤشر به على هامش أصل الملكية". و على هذا فشكل الوصية المنصوص عليه في القانون، مطلوب لإثبات الوصية عند الإنكار و ليس ركناً في الوصية.<sup>(3)</sup> و يترتب على هذا التأصيل، أنه عند تخلف هذا الشكل لا يترتب عليه بطلان الوصية، و إنما لا يسمع الإدعاء بالوصية عند إنكارها، و على ذلك لا تكون الوصية عقد شكلياً.<sup>(4)</sup> و الكتابة الرسمية المطلوبة في نص المادة 191 من قانون الأسرة المذكورة أعلاه، ليست لإثبات وجود الوصية، أو الرجوع الصريح عنها، فهي الدليل الوحيد الذي لا يقبل غيره في الإثبات. و عليه فإذا أنكر الورثة الوصية بعد وفاة الموصي، فعلى الموصي لهم إثبات ذلك بدعوى عادية أمام الجهات القضائية، و الحصول على حكم قابل للتنفيذ. و لا تسمع الدعوى و الإدعاء بالوصية إلا إذا كانت هذه الأخيرة محررة في شكل رسمي، أو محرر رسمي، و هو العقد الذي يحرره الموثق بتصريح من الموصي.

(1) - الرجوع الصريح يكون بنفس وسائل إثبات الوصية، أنظر المادة 192 من قانون الأسرة الجزائري.

(2) - الدكتور : بلحاج العربي، الميراث و الوصية، المرجع السابق، ص 315.

(3) - زهدور محمد، المرجع السابق، ص 78.

(4) - محمدي سليمان، المرجع السابق، ص 188.

فإذا نظمت الوصية في محرر لدى الموثق (المادة 1/191) أو عن طريق حكم صادر عن المحكمة في حالة وجود مانع قاهر، و هذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 191 من قانون الأسرة، كما يحصل غالباً فلا حاجة لهذه الدعوى القضائية، لأن حجية الوصية الشرعية الموثقة تنفذ من دون دعوى و يجب على من يدعي بطلانها إقامة الدعوى بذلك، و أن هذه الدعوى لا توقف التنفيذ مبدئياً إلا إذا قررت المحكمة توقيف التنفيذ.<sup>(1)</sup>

أما إذا أقر<sup>(2)</sup> المدعى عليه - الورثة - بالوصية أو بالرجوع الصريح عنها فعندها تثبت الوصية و يسمع الإدعاء بوجودها، أو بالرجوع عنها بدون قيد و لا شرط، إذ لا محل لحماية المدعى عليه - الورثة غالباً - حينئذ بعد أن أقر بحق المدعى - الموصى له - و الحكمة من هذا الإشتراط - الشكل الرسمي للإثبات - هو قطع الطريق على المزورين الذين يدعون وصايا لا وجود لها، و يؤيدونها بشهادة شهود مزورة.

و هذا الإشتراط و إن لم يكن له نظير في كلام الفقهاء، إلا أنه يدخل في إطار حماية و صيانة الحقوق من العبث و الضياع، و هذا التقييد في إثبات الوصية و الرجوع الصريح عنها جاء به القانون تبعاً لأحوال الزمان الفاسد أي فساد ذمم الناس.

و على هذا فإذا وجدت وصية، لم توثق أو لم تكن مستوفية الأوضاع التي نصت عليها المسادة 191 المذكورة أعلاه، و تقدم الموصى له إلى القضاء و لم ينكر الخصم الوصية، فإن القاضي يسير في إجراءات الدعوى و ينظرها، دون أن يطلب تقديم المحرر الموثق.

(1) - الدكتور : بلحاج العربي، الميراث و الوصية، المرجع السابق، ص 315.

(2) - الإقرار : هو إقرار الخصم أما القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه و ذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة.

أنظر : المادة 341 من القانون المدني الجزائري.

## الفرع الثاني

### طرق إثبات الوصية في الشريعة الإسلامية و القانون المصري

إن الوصية في الإسلام هي من التصرفات الرضائية، و لهذا فهي تثبت بكافة طرق الإثبات، بما في ذلك شهادة الشهود، و القرائن، على أنه يلاحظ في هذا الشأن أن قانون الوصية المصري لعام 1946 قد تطلب الكتابة على إختلاف أنواعها لسماع دعوى الوصية عند إنكارها.

و بهذا نلاحظ وجه الإختلاف في كيفية إثبات الوصية بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية العربية، و منها القانون الجزائري، و القانون المصري، أما القانون الجزائري فقد عرفنا ما يتطلبه لإثبات الوصية.<sup>(1)</sup>

و بقي القانون المصري و هو ما سأنتطرق إليه لاعرف ما إشترطه لسماع الدعوى بالوصية بعد أن أتعرض إلى وسائل إثبات الوصية في الشريعة الإسلامية.

أولا : إثبات الوصية في الشريعة الإسلامية

يبدب بالإتفاق كتابة الوصية، و بدؤها بالبسملة و الثناء على الله بالحمد و نحوه و الصلاة على النبي صلى الله عليه و سلم، ثم إعلان الشهادتين كتابة أو نطقاً.<sup>(2)</sup>

و قد بينا فيما سبق أن الوصية تتعقد بالعبرة و الكتابة، و كذا بالإشارة المفهومة عند المالكية. و عليه تثبت الوصية، بطرق الإثبات الشرعية كالشهادة و الكتابة<sup>(3)</sup> أما الكتابة فلا تكون معتبرة عند الحنفية إلا إذا كانت مستبينة مرسومة أي مسطرة على ورق و نحوه. و أن تكتب بحبر جيد لا يسهل محوه.<sup>(4)</sup>

كما يجب أن يذكر الكاتب فيها إسم الموصي و إسم أبيه و لقبه. و على كاتب الوصية أن يبين أن الموصي قد توافرت فيه الشروط الموضوعية من سلامة عقل و صحة بدن ... فإن لم تكن الكتابة مستبينة كالكتابة على الهواء، و الماء، فهي غير معتبرة.

أما الشهادة على كتاب الوصية عند الحنفية و الشافعية بعد قراءتها على الشهود، فإذا حضر الشهود فنقرأ على مسامعهم. و إذا لم يحضروا وقت الكتابة يجب أن تقرأ عليهم الوصية حتى تقوم شهادتهم على بينة،

(1) - أحمد عمر أوبكر، المرجع السابق، ص 99.

(2) - الدكتور : مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 406.

(3) - الدكتور : مصطفى محمد الجمال، نفس المرجع، ص 406.

(4) - الدكتور : وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 126.

و على المطلوب للشهادة أن يتمتع منها، إذا وجد في الوصية ما يخالف الشرع و إلا كان شريكا في الإثم. (1) و لا تثبت الوصية بالخط المجرد من الشهادة، عند الحنفية و الشافعية لإمكان التزوير و تشابه الخطوط.

أما عن المالكية فعقد الوصية يثبت إن كانت بخط الموصي، مع الإشهاد عليها. حتى و لو لم يقرأها على الشهود، و تنفذ بمجرد إشهاد الشهود على ما هو بداخل الكتاب، حتى و لو لم يفتحه و لم يخرجها حتى مات. فإذا ثبت لدى القاضي أن الوصية قد كتبت بيد الموصي و قال للشهود أشهدوا، أو قال : أنفذوها ... صحت الوصية. (2)

و تثبت الوصية عند الحنابلة بالكتابة وحدها إذا كان الموصي مشهور الخط و عرف خطه. ما لم يعلم رجوعه عنها. و هم يستندون في رأيهم هذا إلى قول رسول الله صلى الله عليه و سلم "ما حق امرئ مسلم يبني ليلتين، إلا و وصيته مكتوبة عنده" (3) و الرسول صلى الله عليه و سلم لم يذكر أمرا أخرا زائدا على الكتابة.

و لا بد أن نذكر أنه من الأفضل أن ينظم الإنسان وصيته حسب الأصول كي يكون مطمئنا إلى أن رغبته ستنفذ بعد موته دون أي عائق.

و من المفيد أن نذكر أنه في عصر الصحابة كانت الوصية المفضلة، هي الوصية المكتوبة بعلم بعض الشهود، فإذا نظم الشخص وصيته بخطه دون إشهاد و وقعها ، و كان خطه معروفا تصح وصيته. (4)

و يروى عن عمر بن الخطاب أنه كلما أراد السفر يكتب وصيته و يختتمها ثم يسلمها إلى من يثق به، بحضور بعض من الشهود، بعد أن يؤكد لهم أنها وصيته التي أرادها، دون أن يقرأها عليهم فكان إذا عاد سالما من سفره إستردها. و من هنا جاءت الوصية السرية. (5)

و الخلاصة : أنه لا بد عند الجمهور لإثبات الوصية من قراءة مضمون الوصية على الشهود أو قراءتها على الموصي فيقر بما فيها. (6)

(1) - أحمد عمر أو بكر، المرجع السابق ، ص 101.

(2) - الدكتور : وهبة الزحيلي، المرجع السابق ، ص 127.

(3) - رواه الجماعة عن ابن عمر.

(4) - هشام قیلان ، المرجع السابق ، ص 94.

(5) - الدكتور : بلحاج العربي ، الميراث و الوصية ، المرجع السابق ، ص 245.

(6) - أنمون كسيار ، المرجع السابق ، ص 17.

## ثانيا : إثبات الوصية في القانون المصري

لقد اتفق القانون المصري مع آراء الفقهاء، فلم يشترط في صحة الوصية أن يصدر بها عقد رسمي، كما يشترطه في بعض العقود الأخرى كالوقف مثلا. (1)

غير أنه لم يعول على شهادة الشهود في سماع دعوى الوصية أو الرجوع القولي عنها، عند الإنكار. كما هو عند الفقهاء، بل يشترط لأجل ذلك. أن تكون الوصية ثابتة بورقة رسمية، أو بورقة عرفية كتب جميعها بخط المتوفي، و عليها توقيعه، أو كانت بإمضاء مصدق عليه. و طبق ذلك بعد الحوادث الواقعة بعد سنة 1911.

أما في الحوادث الواقعة قبل سنة 1911 فيكفي لسماع الدعوى فيها بوجود أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى. (2)

و مما تجدر الإشارة إليه أن القانون المصري لم يشترط أن تكون الورقة الرسمية، ورقة خاصة بالوصية نفسها فأى ورقة رسمية جاء فيها ما يدل على الوصية، أو الرجوع القولي عنها فإنها تصلح وسيلة لسماع دعوى الوصية أو الرجوع القولي عنها. (3)

و هذا ما جاء في نص المادة الثانية من قانون الوصية المصري التي نصت على أنه " و لا يسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الرجوع القولي عنها ... إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفي و عليها إمضاءه كذلك تدل على ما ذكر أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقا على توقيع الموصي عليها."

و شكل الوصية المنصوص عليه في القانون مطلوب لجواز سماع الدعوى بالوصية عند الإنكار و ليس ركنا في الوصية، و الكتابة المطلوبة على مختلف أنواعها هي وحدها الأداة التي لا يقبل غيرها في الإثبات. (4)

و الحكمة في هذا الإشرط قطع الطريق على المزورين الذين يدعون وصايا لا وجود لها فقد جاء في المذكرة الإيضاحية أن هذا الحكم يؤخذ مما ذكره، علي بن عبد السلام التسولي المالكي من الإسهاد على عقود التبرعات شرط في صحتها و من القاعدة الشرعية و هي أن لولي الأمر أن يأمر بالمباح لما يراه في المصلحة العامة و منى أمر به وجبت طاعته، فأمره ينشئ حكما شرعيا عند بعض الفقهاء. (5)

(1) - الدكتور : محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص 34.

(2) - محمد زكريا البرديسي ، المرجع السابق ، ص 17.

- الشيخ : محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، المرجع السابق ، ص 49.

- الدكتور : مصطفى محمد الجمال ، المرجع السابق ، ص 406.

(3) - الدكتور : أحمد فراج حسين ، المرجع السابق ، ص 52.

(4) - الدكتور : عبد الرزاق الشنهوري ، المرجع السابق ، ص 208.

(5) - الدكتور : سعيد عبد السلام ، المرجع السابق ، ص 135.



## المبحث الثاني

### إنتقال الملكية للموصى له ، و بيان مركزه القانوني

لما كانت الوصية تصرفاً قانونياً يتم بإرادة الموصي المنفردة، فإنه إذا ما استوفت الوصية شروطها الشكلية و الموضوعية فإنه يترتب على الوصية ثبوت الملك للموصى له في الموصى به.<sup>(1)</sup> غير أنه وقع اختلاف بين الفقهاء في وقت ملكية الموصى به و بناءاً على اختلافهم في تحديد وقت انتقال الملكية اختلفوا في أمور أخرى.

كما يترتب على وفاة الموصي، أن الموصى له يصبح في مركز قانوني يختلف باختلاف ما إذا كان خلفاً عاماً أو خلفاً خاصاً للموصي، و كذلك يختلف فيما إذا كانت التركة معسرة أو موسرة. و عليه فقد ارتأيت أن أحدد الوقت الذي تنتقل فيه ملكية الموصى به إلى الموصى له مبيناً الاختلاف بين الفقهاء في ذلك.

ثم أذكر الجزء الثاني من هذا الموضوع و هو تحديد المركز القانوني للموصى له اتجاه الدائنين و اتجاه الورثة.

## المطلب الأول

### إنتقال الملكية للموصى له

لقد ذكرت أن الفقه اختلف في تحديد الوقت الذي تثبت فيه ملكية الموصى به إلى الموصى له، و بناءاً على اختلافهم في وقت الملكية اختلفوا في أمرين مترتبين على ذلك، أولهما : الوقت الذي تقدر فيه التركة، و ثانيهما مصير الزوائد و النماء الذي وقع في الموصى به بعد وفاة الموصي.<sup>(2)</sup> و على هذا سأبحث في الاختلاف الأصلي ، ثم أذكر بعد ذلك الاختلاف الفردي :

(1) - الأستاذ : أحمد الحصري ، المرجع السابق ، ص 540.

(2) - الدكتور : وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 22.

## الفرع الأول

### وقت ثبوت ملكية الموصى به للموصى له

اتفق الفقهاء على أن الموصى له، إذا قبل الوصية على فور الوفاة، ثبت الملك للموصى له من حينه، لأن القبول الذي يصدر مباشرة بعد واقعة الوفاة يلزم الوصية.

كما اتفقوا على أن الموصى إذا عين ميعادا مستقبلا تبتدئ به الملكية بعد وفاته، فإنها تبتدئ من ذلك الميعاد، كقول الموصي: داري هذه لفلان بعد سنة من موتي. لأن شروط الموصي يجب إحترامها ما دامت لا تخالف مقاصد الشرع.<sup>(1)</sup>

ثم اختلفوا في وقت ثبوت الملكية لمن تأخر قبوله بعد وفاة الموصي، أثبتت الملكية و تنفذ الوصية من وقت الوفاة، أم من وقت القبول. وذلك على رأيين:<sup>(2)</sup>

#### أولا: الرأي القائل بأن الملكية لا تثبت إلا بالقبول

قال الحنابلة<sup>(3)</sup> إن ملكية الموصى به تثبت للموصى له منذ قبوله الوصية، و على هذا فالعبرة عندهم بوقت القبول، فمتى تحقق ثبت الملك له من حينه. لأن الوصية عقد ركنه الإيجاب و القبول فقبول القبول لا يتم العقد، فلا تنتقل ملكية الموصى به من تاريخ وفاة الموصي. و استدلوا على رأيهم بأن القبول شرط، و ثبوت الملك هو أثر، و الأثر لا يتقدم على شرطه، بل يوجد عند وجوده كما في العقود الأخرى. وبهذا الرأي أخذ بعض المالكية

#### ثانيا: الرأي القائل بثبوت الملكية من وقت الموت

يرى أصحاب هذا الرأي أن العبرة بوقت الموت، فإذا تحقق القبول و لو متأخرا ثبت ملك الموصى له. في الموصى به من وقت وفاة الموصي، ذلك لأن القبول ليس بشرط لصحة الوصية و إنما هو شرط لثبوت الملك للموصى له.

(1) - محمد زكريا البرنيسي، المرجع السابق، ص 24.

(2) - الدكتور: أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 72.

الشيخ: محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص 214.

(3) - الدكتور: مصطفى السباعي، و الدكتور: عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 289.

قبول الموصى له يعتبر قبول ملكا مضافا إلى ما بعد الموت.<sup>(1)</sup> و متى قبل الموصى له ثبتت ملكيته من تاريخ وفاة الموصي إذا كانت الوصية في حدود الثالث. فإن لم يقبل كانت الوصية موقوفة على قبوله. ذهب إلى هذا الحنفية و الشافعية و بعض المالكية، و بعض من الحنابلة في قول مقابل للصحيح الذي ذكرته في الرأي الأول.

و يقول الدكتور وهبة الزحيلي<sup>(2)</sup> أن الراجح من هذه الأقوال هو ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثاني، فيثبت الملك مستندا إلى وقت الوفاة لأن ذلك هو الذي قصده الموصي بوصيته.

أما القانون الجزائري فلم يبين و لم يحدد الوقت الذي تنتقل فيه ملكية الموصى به إلى الموصى له. و عليه فيمكن الاستناد إلى نص المادة 15 من الأمر 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن قانون المسح العام للأراضي و تأسيس السجل العقاري، التي نصت على أنه " كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ إشهارهما في مجموع البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية "

فهذه المادة تجعل حق الملكية أو أي حق آخر متصل بالعقار لا وجود له بالنسبة إلى الغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموع البطاقات العقارية و لكنها تستثني نقل الملكية بسبب الوفاة فتجعلها تنتقل من يوم وفاة المورث. فإذا كان الأمر كذلك بالنسبة إلى الإرث، فإنه من باب أولى أن يكون الحكم واحد بالنسبة إلى الوصية أيضا لأنها تصرف في التركة كالميراث، فالأخير وصية الله، و الأولى وصية العباد، و كلاهما مما أمر الله سبحانه و تعالى به.

و في المقابل فقد حدد قانون الوصية المصري الوقت الذي يستحق فيه الموصى له الموصى به، و ذلك مما جاءت به نص المادة 25 منه. ماهو هذا الوقف ؟

و قد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون : أنه بالقبول يتملك الموصى له الوصية من حين الموت إذا كان الموصى له موجودا و كانت الوصية مضافة إلى الموت نفسه غير متأخرة عنه، و هو مذهب الحنفية،

(1) - الدكتور : محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص 50.

(2) - الدكتور : وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 23.

و إن كانت الوصية مضافة إلى وقت بعده فإنه الملك يثبت بالقبول و هو مذهب المالكية.<sup>(1)</sup>  
و إلى هذا ذهب القانون السوري، فنصت الفقرة الأولى من المادة 230 من قانون الأحوال الشخصية<sup>(2)</sup> على أنه "إذا كان الموصى له موجودا عند موت الموصي استحق الموصى به من حين الموت ما لم يقض نص الوصية ثبوت الاستحقاق في وقت معين بعد الموت."

## الفرع الثاني

### النتائج المترتبة على تحديد وقت إنتقال الملكية

تظهر ثمرة الخلاف الذي ذكرناه سابقا، في ملك زوائد الموصى به و غلته الحادثة في المدة ما بين الموت و القبول، كثمرة البستان و أجره الدار و صوف الغنم و نحوها من الزوائد المنفصلة عن أصل الشيء الموصى به.<sup>(3)</sup>

فمن قالوا بأن الملكية تثبت مستقرة من وقت القبول لا من وقت الوفاة قرروا أن نماء العيسن و زيادتها المتولدة و غلاتها و نماءها يكون كله للموصى له من وقت القبول على أنها نماء ملكه.<sup>(4)</sup>  
أما فيما يخص حكم الزوائد و النماء فيما يخص القائلون بأن ملكية الموصى له تثبت بموت الموصي. فقد اختلف الحنفية و الشافعية فيه.

في اعتبار الزوائد من الثلث. قال الشافعية - و هو الأرجح - أنه يترتب على انتقال الموصى به إلى الموصى له بمجرد موت الموصي، أن ثمار الموصى به و نماءه، سواء حدثت بعد الموت و قبل القبول أو حدثت بعد القبول و قبل أن يتسلم الموصى له حقه تكون ملكا خالصا للموصى له. فلا تعتبر وصية لأنها ثمار ملكه و نماءه.

(1) - الدكتور : سعيد عبد السلام ، المرجع السابق ، ص 150.

(2) - المصادر سنة 1953.

(3) - أما الزوائد المتصلة فهي بالإتفاق للموصى له إذا خرجت من الثلث

(4) - الدكتور : وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 23.

- الشيخ : محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، المرجع السابق ، ص 216.

و من ثم لا تدخل في حساب خروج الوصية من الثلث. بل يعتبر في ذلك أصل الموصى به وحده. (1)

و قال الحنفية أن هذه الزيادة و النماء تعتبر من أصل الموصى به و بالتالي تدخل في تقدير الوصية. فيشترط ألا تزيد مع الأصل عن الثلث. فإن خرج المجموع من الثلث نفذت الوصية بدون توقف، و إن زاد عنه توقف النفاذ في الزائد عن الثلث على إجازة الورثة. (2)

و خلاصة القول أن ملكية الموصى به تثبت للموصى له من وقت الموت و على ذلك فإن الزيادة المتولدة و النماء الذي يحصل في الموصى به في الفترة ما بين الموت و القبول تكون ملكاً خالصاً للموصى له، و عليه فلا تدخل في حساب أو في تقدير الثلث.

و بذلك فإن ما يحتاجه الموصى به من نفقات إصلاح و نحوها و ما يفرض عليه من ضرائب تكون على الموصى له في الفترة ما بين وفاة الموصى و قبوله، عملاً بالقاعدة "الغنم بالغرم" لقوله صلى الله عليه و سلم "الخراج بالضمآن" (3) ، و يقصد بالخراج ما يخرج من الشيء كالثمرة.

(1) - الدكتور : عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص 818.

- الدكتور : جميل الشرفاوي ، المرجع السابق ، ص 471.

- الدكتور : مصطفى محمد الجمال ، المرجع السابق ، ص 410.

- الدكتور : رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 116.

(2) - الدكتور : محمد مصطفى شاذلي ، المرجع السابق ، ص 51.

- محمد زكريا البرديسي ، المرجع السابق ، ص 25.

(3) - الدكتور : أحمد فراج حسين ، المرجع السابق ، ص 75.

## المطلب الثاني المركز القانوني للموصى له

إن المركز القانوني للموصى له قبل موت الموصي يتلخص، في أنه لا أثر للوصية خلال حياة الموصي. إذ أن الموصى له في علاقته بالموصي لا يملك أي حق على الشيء الموصى به. لأن للموصي الحق في الرجوع عن وصيته حتى موته في أي وقت شاء.<sup>(1)</sup>

و على ذلك فإن حق الموصى له قبل وفاة الموصي يمكن التعبير عنه قانونا بأنه بحق احتمالي، فهو احتمالي لأنه ينقصه عنصر من عناصر لا يتحقق وجوده إلا به وهو موت الموصي مصرا على وصيته.<sup>(2)</sup>

و أما مركزه بعد موت الموصي مصرا على وصيته فهو يختلف بحسب ما إذا كان خلفا عاما للموصي أو خلفا خاصا له. كما يختلف مركزه بحسب ما إذا كانت التركة مدينة بدين مستغرق، أم لا.

(1) - أنظر : المادة 192 من قانون الأسرة الجزائري.

(2) - زهدور محمد ، المرجع السابق ، ص 95.

## الفرع الأول

### مدى تأثير الموصي له بديون الموصي

إن الخلافة بسبب الموت تتحقق في حالة الميراث و الوصية، حيث ينتقل الحق من السلف إلى الخلف، فيكون الوارث خلفا للمورث، و يكون الموصي له خلفا للموصي. غير أن خلافة الوارث للمورث تكون عامة دائما، إذ يتلقى الوارث التركة كلها إذا كان هو الوارث الوحيد، أو يتلقى حصة شائعة فيها إذا كان معه وارث آخر أو أكثر.

أما خلافة الموصي له فهي على نوعين، (1) فقد تكون خلافة خاصة، و ذلك إذا كان الموصي به مالا مفرزا معينا أو حصة شائعة في عين معينة، أو حصة شائعة في نوع معين من المال، فثمة تعيين للموصي به في جميع هذه الصور يكون من شأنه أن يجعل الموصي له خلفا خاصا، و قد تكون خلافة الموصي له للموصي خلافة عامة و ذلك إذا كان الموصي به كل التركة إذا أجاز ذلك صاحب المصلحة، أو حصة شائعة في مجموعها.

و تبدوا أهمية التفرقة بين هذين النوعين من خلافة الموصي له فيما يتعلق بمدى التزام الموصي له بديون الموصي.

#### أولا : إذا كان الموصي له خلفا عاما للموصي

فإذا كان الموصي له خلفا عاما للموصي، فإن مركزه يعد مماثلا لمركز الوارث، فيسرى عليه ما يسري على الورثة من أحكام في هذا الشأن، حيث لا فرق بين أن يكون سبب الملك هو الميراث أو الوصية، فيلتزم الموصي له بديون الموصي في حدود ما يستحقه من أموال التركة، و يكون موقف دائني التركة من دائنيه، و في تصرفه في مال من أموالها هو ذات موقفهم من دائني الوارث من تصرفه، و هذه نتيجة حتمية، لكونه شريكا للورثة في التركة كلها بمقدار حصته الشائعة الموصي له بها. (2)

(1) - الدكتور : رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 121.

(2) - الأستاذ : محمد وحيد الدين سوار ، المرجع السابق ، ص 73، 74.

ثانيا : إذا كان الموصى له خلفا خاصا للموصى

إذا كان الموصى له خلفا خاصا للموصى، فنفرق بين التركة المعسرة<sup>(1)</sup> و التركة الموسرة فإذا كانت التركة موسرة فلا يتأثر حق الموصى له بالديون التي على الموصى حيث يباشر الدائنون حقوقهم على باقي أموال و أعيان التركة، من غير التنفيذ عن الأشياء الموصى بها ، فالوصية تنفذ من الثلث الباقي من بعد تسديد الديون. فإذا أراد الدائنون استيفاء حقوقهم، من الأشياء الموصى بها للموصى له، فله أن يطالبهم بقصر التنفيذ على غير الأموال الموصى له بها.<sup>(2)</sup> حماية لحقوقه ما داموا لا يضارون من ذلك.

فإذا كانت التركة معسرة أي مدينة بدين مستغرق فلا حق للموصى له في شيء منها، فيقع تنفيذ الدائنين على الشيء الموصى به.<sup>(3)</sup> إذ أن حق الدائن مقدم على حقه . إلا إذا برئت ذمة المتوفي من الدين كله أو بعضه ، و براءة ذمته منه أو من بعضه تكون إما بإبراء الدائنين، و هذا ما نص عليه القانون المدني الجزائري في المادة 305 التي تضمنت ما يلي "ينقضي الإلتزام إذا برأ الدائن مدينه إختياريا و يتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين و لكن يصبح باطلا إذا رفضه المدين".

و إما أن تكون براءة ذمته بتبرع عن الغير بسداد الدين عن المدين سواء أكان أجنبيا أم كان وارثا. و في هذه الحالة تكون التركة أو مقدار ما حصلت البراءة فيه -إن كانت البراءة من بعض الدين- كتركة خالية من الدين، فتأخذ و تنفذ الوصية من ثلثها.

فإذا كانت قيمة التركة ألف دينار جزائري مثلا، و على الدائن، دين قدره ألف دينار جزائري ، و حصلت البراءة منه فإن الوصية تنفذ من ثلثها. و إن حصلت البراءة من ستمائة دينار جزائري فالوصية تنفذ في ثلث ما قيمته ستمائة (600) دينار جزائري.

و الخلاصة أنه ينفذ الدين أولا، فإن بقي شيء من بعده، نفذت الوصية في ثلث التركة، و ذلك لأن المشرع الإسلامي جعل حق الدائنين مقدما على الوصية، و لأن الدائنين تعلق حقوقهم بأعيان التركة بوفاء المدين من غير سداد ، و عليه ما دام ذمته تعلق بها دين فسيبقى المال على حكم ملكه حتى تسدد الديون و تنفذ الوصايا.<sup>(4)</sup> و هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري، فقد نصت المادة 180 من قانون الأسرة الجزائري على أنه "يؤخذ من التركة حسب الترتيب الأتي.

(1) - التركة المعسرة : هي التركة المدينة، أو المستغرقة بدين.

(2) - الدكتور : جميل الشرفاوي ، المرجع السابق ، ص 469.

(3) - الشيخ : محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية، المرجع السابق ، ص 211-212.

(4) - المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار رقم 116375 مؤرخ في 1995/05/02 منشور بالمجلة القضائية لسنة 1996، العدد الأول ، ص 108.



1- مصاريف التجهيز و الدفن بالقدر المشروع.

2- الديون الثابتة في ذمة المتوفي.

3- الوصية."

غير أنه إذا كان للدائن على المال الموصى به تأمينا خاصا، كسبه حال حياة الموصي كرهن أو حق اختصاص<sup>(1)</sup>، جاز له أن ينفذ بدينه على هذا المال<sup>(2)</sup>، لأن حقه في الإستبقاء منها يكون كما سبقت الإشارة مقدم على الوصية . و ذلك لما يحققه لهم الحق العيني التبعية من ميزة تتبع المال في يد يكون التقدم على الدائنين العاديين<sup>(3)</sup> و لأن حق الموصى له لم يتعلق بالوصية إلا إذا توفي الموصي أما حق الدائن صاحب العيني التبعية فهو متعلق بها حال الحياة<sup>(4)</sup> و لكن إن استوفى الدين من العين الموصى بها كلها أو من بعضها، بأن بيعت لأي سبب . فإن حق الموصى له في الوصية لا يضيع، لأن الوصية قد استوفت جميع شروطها، و يقبول الموصى له بعد الوفاة قد لزمته، بل يكون له أن يحصل على قيمة الموصى به مما بقي من أموال التركة بعد سداد ديونها بشرط واحد و هو أن يخرج من الثلث<sup>(5)</sup> أي أن تكون الوصية في حدود الثلث.

و أحكام التركة المدنية من حيث حق الورثة و الدائنين متفق عليه في المذهب الحنفي. و هذا هو الرأي الذي أخذ به قانون الوصية المصري، فقد نصت المادة 39 على أنه "إذا كان الدين غير مستغرق و استوفى كله أو بعضه من الموصى به، كان للموصى له أن يرجع في ثلث الباقي بعد وفاء الدين".

و لا تعتقد بوجود إختلاف للأحكام السابقة في القانون الجزائري لأنه أحال على أحكام الشريعة الإسلامية في هذا المجال.

(1) - يجوز لكل تائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في أصل الدعوى و لزم المدين في شيء معين أن يحصل على حق تخصيص

بعقارات مدينه ضمانا لأصل الدين و المصاريف. أنظر : المادة 937 من القانون المدني الجزائري.

(2) - الدكتور : عبد المنعم فرج الصده ، المرجع السابق ، ص 820.

- الدكتور : جميل الشرفاوي ، المرجع السابق ، ص 469.

(3) - الأستاذ : محمد وحيد الدين سوار ، المرجع السابق ص 74.

(4) - الشيخ : محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، المرجع السابق ، ص 213.

(5) - المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار رقم 75598، مؤرخ في 24.02.1991 المحلة القضائية لسنة 1993، العدد الثاني ، ص 62.

## الفرع الثاني

### حماية الموصى له من تصرف الوارث

رأينا أن الأصل هو انتقال المال الموصى به إلى الموصى له بمجرد وفاة الموصي. و على هذا التأصيل فإذا تصرف الوارث في الموصى به بعد وفاة الموصي كان التصرف صادرا عن غير مالك، فلا ينفذ في حق الموصى له. لكن هناك قيودا ترد على هذا الأصل . بحسب ما إذا كان الموصى به عقارا أو منقولا.

#### أولا : تصرف الوارث بالعقار الموصى به

قدمت سابقا أن المشرع الجزائري اشترط على كل موصى له أن يشهر حقه كلما أراد التصرف فيه، و ذلك بإستصدار شهادة رسمية موثقة تثبت انتقال هذا الحق، ثم قيده في مجموع البطاقات العقارية.<sup>(1)</sup> و هذا ما نصت عليه المادتين 39، و 62 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المعدل و المتمم المؤسس للسجل العقاري.

و أكدت ذلك المادة 91 منه بقولها "كل انتقال أو إنشاء أو انقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة يجب أن يثبت بشهادة موثقة..." فالشهر بالنسبة للوصية بالعقار هو شرط كاشف ليكون التصرف نافذا في مواجهة الغير و منهم الورثة.

و عليه فلا يعد الموصى له مالكا للعقار الموصى به قبل شهر الوصية في البطاقات العقارية.<sup>(2)</sup> أي أن العقار الموصى به يكون مملوكا للورثة في الفترة ما بين الموت و الشهر كما قلنا فيما سبق . فإذا تصرف الوارث في هذه الحالة في العقار الموصى به وقع تصرفه صحيحا . لأنه صادر من مالك.

أما إذا كانت الوصية العقارية قد تم شهرها مباشرة بعد وفاة الموصي . فإنه يكون في مأمن من أي تصرف يتم دون شهره فالعبرة هنا بالاسبقية في التسجيل ، فإذا أشهر الموصى له حقه الموصى له به انتقلت إليه الملكية بأثر رجعي من وقت الوفاة و هذا ما نصت عليه المادة 15 من الأمر 74/75 المذكور أعلاه.<sup>(3)</sup>

(1) - الأستاذة : زروقي ليلي ، المقال السابق ، ص 15.

(2) - الدكتور : عبد المنعم فرج الصده ، المرجع السابق ن ص 821.

- الأستاذة : زروقي ليلي ، نفس المرجع ، 15.

(3) - مؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن قانون المسح العام للأراضي و تأسيس السجل العقاري

ثانيا : تصرف الوارث بالمنقول الموصى به

فإذا كان الموصى به منقولا معيناً، انتقلت ملكيته إلى الموصى له بمجرد الموت و ذلك بعد قبوله لأنه شرط لزوم<sup>(1)</sup> فإذا تصرف الوارث في هذا المنقول فإنه يكون قد تصرف في شيء لا يملكه ، فلا ينفذ في حق الموصى له.<sup>(2)</sup>

و يستطيع الموصى له أن يتتبع هذا المنقول في يد الغير -المتصرف إليه - ما لم يتعطل هذا التتبع بقاعدة "الحيازة في المنقول سند الملكية" إذا توافرت شروطها<sup>(3)</sup> بمعنى أن الغير إذا كان قد تلقى المنقول من الوارث و هو يجهل حق الموصى له ، فإنه يكون حسن النية و بالتالي قد توافرت فيه شروط القاعدة المذكورة أعلاه، و عليه فإن الغير يكسب ملكية المنقول بالحيازة . فلا يستطيع الموصى له أن يسترده منه.

أما إذا كان الغير - المتصرف إليه - يعلم بأن التركة لم يأخذ منها ما هو متعلق بها من حقوق الموصى لهم فإنه يكون سيء النية فلا تنطبق عليه القاعدة المذكورة أعلاه لعدم توفر شروطها ، ففي هذه الحالة يكون للموصى له أن يسترد المنقول منه.<sup>(4)</sup>

و إذا كان الموصى به حصة شائعة في التركة ، أو كان حصة شائعة في عين معينة ، و تصرف الوارث في الأموال التي تدخل في هذا النوع كلها أو بعضها فإن تصرف الوارث تسري عليه أحكام تصرف الشريك في المال الشائع. فإذا تصرف الوارث في حصة شائعة تزيد على نصيبه . كان تصرفه غير نافذ في حق الموصى له. و هذا ما نصت عليه المادة 720 من القانون المدني للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول، أو العقار أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي عن طريق التراضي...."

(1) - أنظر : المادة 197 من قانون الأسرة الجزائري.

(2) - الأستاذ : محمد وحيد الدين سوار ، المرجع السابق ، ص 75.

(3) - من حاز بسند صحيح منقولا أو حقا عينيا على المنقول أو سندا لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته.

(4) - نصت المادة 825 من القانون المدني الجزائري على أنه "لا ترول صفة حسن النية من الحائز إلا من الوقت الذي يعلم فيه أن حيازته إعتداء على حق الغير.

## الفرع الثالث

### مدى أفضلية الموصى له على الورثة في اقتضاء حقه

لقد نص قانون الأسرة الجزائري<sup>(1)</sup> على أنه تتعلق بتركة المتوفي أربعة حقوق و هي : حق المتوفي في تجهيزه، و دفنه، و حق دائنيه في استيفاء ديونهم، و حق الموصى له في تملك ما أوصى له به إذا استوفت الوصية شروطها، و أخيرا حق الورثة في تملك ما يبقى من التركة بعد هذه الحقوق.

و قد أخذ المشرع الجزائري هذا الترتيب من أحكام الشريعة الإسلامية و عليه فالموصى له بحق خاص، كالموصى له بملكية عين أو بحصة شائعة فيها أو أي حق آخر معين. يكون خلفا خاصا للموصى و يثبت حقه في الموصى به مقدما على حقوق الورثة،<sup>(2)</sup> و دون حاجة إلى رضائهم ما دام الموصى به يخرج من ثلث التركة، أي أن التركة التي تقسم على الورثة هي ما يبقى من أموال المورث بعد سداد ديونه و تنفيذ وصاياه.<sup>(3)</sup> و في حساب نسبة الوصية إلى التركة لمعرفة خروجها أو عدم خروجها من الثلث، تعتبر أموال التركة بعد تجهيز الميت و قضاء ديونه، فتكون الوصية الجائزة هي التي تخرج من ثلث الباقي بعد قضاء الديون.<sup>(4)</sup>

و هذه الأفضلية التي تثبت للموصى له بحق خاص، على ورثة الموصى لا تثبت له إذا كان الموصى به حصة شائعة في التركة، لأنه يعد خلفا عاما للموصى. فيستوي معهم في حقوقهم على التركة، أي أن الموصى له يكون شريكا للورثة، فلا يتسلم حقه إلا عندما تقسم التركة في النهاية عليه وعلى الورثة.

(1) - أنظر : المادة 180 من قانون الأسرة الجزائري.

(2) - السيد سابق : المرجع السابق ، ص 346.

- محمد صبحي نجم ، المرجع السابق ، ص 09.

(3) - قال الله عز و جل : " من بعد وصية يوصى بها أو دين ... " آية 11 من سورة النساء.

(4) - الدكتور : جميل الشرفاوي، المرجع السابق ، ص 468.

- الدكتور : عبد المنعم فرد الصدة ، المرجع السابق ، ص 825.

## المبحث الثالث التحايل على أحكام الوصية

الأصل أن للشخص الحرية في أن يتصرف في أمواله كيف يشاء مادام هذا التصرف ينتج أثره حال حياته، وصدر منه حال صحته بأن كان بالغاً و راشداً، و ليس لورثة المحتملين عليه في ذلك من سبيل، حتى و لو كان القصد منها حرمان بعض الورثة من الميراث كله أو بعضه<sup>(1)</sup>.

و الأصل في ذلك أن حق الورثة في مال مورثهم لا يبدأ إلا إعتباراً من تاريخ الوفاة . فهو عندما يتصرف في ماله الخاص الذي له أن يبيعه أو يرهنه أو يهبه لمن أراد . لا يكون لأحد من ورثته الحق في الاعتراض عليها تصرفاته أو طلب فسخها لا أثناء حياة المورث و لا بعد وفاته<sup>(2)</sup>.

و لكن إذا كان التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت ،كالوصية فهو تصرف تم على سبيل التبرع، و ليس من المقبول إطلاق حرية الشخص في الإيضاء ، و طالما أن الوصية لا تنتج أثرها إلا بعد الوفاة، فلن حرية الموصي قد تلحق أضراراً بالغة بحقوق الورثة التي تنشأ بعد الوفاة، فإن حرية الموصي محدودة، حيث لا تنفذ وصاياه في حق الورثة إلا في حدود الثلث و تنفذ فيما عدا ذلك بإجازتهم.

و لما كانت الوصية لا تنفذ إلا في حدود ثلث التركة إذا تمت بغير موافقة الورثة، فإن الموصي إذا أراد أن يعطي الموصى له أكثر من هذا القدر فإنه قد يبرم عقد بيع صوري مع من يريد الإيضاء له بأكثر من ثلث التركة، مما يؤدي إلى انتقال حقوق الورثة في ثلثي التركة، و يكون هذا البيع في الحقيقة وصية مستترة<sup>(3)</sup>.

و الوصايا المستترة هي تصرفات يعمد الموصي فيها إلى إخفاء نية الإيضاء و إظهار نية

---

(1) - محمد فهد شقته ، أحكام تصفية التركات و نظرية مرض الموت ، مؤسسة النوري للطباعة و النشر و التوزيع، دمشق، الطبعة الثانية، 1997، 112 .  
- الدكتور : جمال الشرقاوي ، المرجع السابق ، ص 474 .  
(2) - الدكتور : رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، 123 .  
- الدكتور : عبد المنعم فرج الصده ، المرجع السابق ، 829 .  
(3) - الأستاذ : محمد وحيد الدين سوار ، المرجع السابق، ص 76 .  
- محمدي سليمان ، المرجع السابق ، 206 .

تصرف آخر بقصد التحايل على أحكام الميراث وعندئذ يكون التصرف الخفي هو الوصية، أما التصرف الظاهر فقد يكون بيعا أو هبة أو إقرار بدين أو غير ذلك. (1)

و لما كانت أحكام الإرث و تعيين أنصبة الورثة في التركة هو من النظام العام فإن هذا التحايل لا يقره القانون، و عليه فقد وضع المشرع قواعد تكشف على حقيقة هذا التصرف، و أنه قصد به أن يكون تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت و يخضع بالتالي لقاعدة التحديد المتقدمة و يقع على الورثة عبء إثبات هذا التحايل حتى لا ينفذ التصرف في حقهم إلا في حدود الثلث، و تسهيلات لإثبات صورية التصرف و انطوائه على وصية مستترة أقام القانون المدني الجزائري قرينتين في المادتين : 776 و 777، و ذلك في حالي التصرف في مرض الموت و التصرف لو ارث مع احتفاظ المتصرف بحياسة العين و الانتفاع بها مدى حياته و ذلك على التفصيل الآتي :

---

(1) - الدكتور : عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، دار الفكر العربي، القاهرة ، 1991. ص 184.

## المطلب الأول

### حالة التصرف في مرض الموت

ما فتى الناس منذ القدم و حتى الآن يفكرون بالتحايل على القانون و النظام العام و ينتكرون كل يوم أساليب جديدة للتملص من أحكامه، و لذلك كان لا بد للمشرع من تعديل أحكامه و زيادتها بما يكفل سد الثغرات التي يمكن أن ينفذ منها الخارجون على القانون . و عليه فكثيرا ما يلجأ الإنسان إذا شعر بدنو أجله و غلبة هلاكه إلى التملص من قوانين الإرث فيعطي لمن يحب و يمنع ممن يكره، بالصراحة تارة و بالصورية تارة أخرى، فيعمد إلى إخفاء التبرع بعقد بيع أو تحرير سند الدين و لا دين و لا بيع في الحقيقة..

و قد لاحظ فقهاء الشريعة الإسلامية أن الإنسان غالبا ما يلجأ إلى مثل هذه التصرفات إبان مرضه و في أخريات حياته، فوضعوا لذلك نظرية المرض و تقييد تصرفات المريض خلالها.<sup>(1)</sup> و قد استمد المشرع الجزائري و المصري و السوري أحكام مرض الموت من الشريعة الإسلامية، أما القانون الفرنسي فلا يعرف إلا بطلان التصرفات الصادرة من مريض في مرض الموت لصالح الأطباء و الجراحين و الصيادلة الذين يعالجونه، و كذلك تبطل تصرفاته الصادرة لرجال الدين،<sup>(2)</sup> و هذا ما نصت عليه المادة 99 من القانون المدني الفرنسي.

و تقوم نظرية مرض الموت على تقييد تصرفات المريض مرض الموت أو من كان في حكمه و إعطائها حكم الوصية . فلا تنفذ تصرفاته إذا كان مقصودا بها التبرع إلا طبقا لأحكام الوصية. و يتبين مما سلف أنه لإعمال قرينة مرض الموت يجب إعمال دعامتين أساسيتين هما :

- 1- أن يصدر التصرف من المورث في مرض الموت.
- 2- أن يكون القصد من التصرف هو التبرع.

(1) - محمد فخر شقفة ، المرجع السابق ، ص 125 .

(2) - الدكتور : محمد حسنين ، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ،

1990، ص 215 .

## الفرع الأول

### تحقق مرض الموت

لم يبين القانون المدني الجزائري و لا المصري المقصود بمرض الموت، و لما كان مرض الموت من مسائل الأحوال الشخصية فيكون المرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية . هذا فضلا عن أن المادة الأولى من القانون المدني الجزائري تحيل إلى مبادئ الشريعة الإسلامية فيما لا يوجد فيه نص. أولا : تعريف مرض الموت و شروطه

التعريف السائد لمرض الموت في الفقه الإسلامي هو أنه المرض الذي يغلب فيه الهلاك و يعجز الشخص عن القيام بمصالحه و يتصل به الموت فعلا . فقد جاء في الكتب المعتمدة في المذهب الحنفي أن المريض مرض الموت هو من غلب حاله الهلاك بمرض أو بغيره.<sup>(1)</sup> و قد ألق الفقهاء في حكم المريض مرض الموت الأصحاء إذا كانوا في حالة نفسية تجعلهم يعتقدون باقتراب أجلهم، كمن خرج للمبارزة، أو ألتحم في معركة، أو قدم للإعدام، أو كان في سفينة على وشك الغرق أو حاصره حريق لا سبيل إلى نجاته منه، أو ما يشابه ذلك كحالة انتشار الطاعون عند الشافعية.<sup>(2)</sup> لكن هناك من الفقهاء من قال أن المريض مرض الموت هو من يخاف عليه الهلاك و ليس من يغلب عليه الهلاك . ففي المبارزة مثلا لا يكون الهلاك غالبا إذا برز الرجل لمن هو أقوى منه و أقدر.<sup>(3)</sup>

و بالتالي فإنه إذا توافرت في الشخص الحالة النفسية التي يشعر فيها بدنو أجله أعتبر الإنسان في مرض الموت، لأن تلك الحالة مفترضة في الشخص إذا توافرت دلائلها المادية. و عليه لكي يمكن التفريق بين مرض الموت و بعض الحالات النفسية التي تنتاب الشخص يجب توافر الشروط التالية :

1- أن يقعد المرض المريض عن قضاء حوائجه و مصالحه المعتادة.<sup>(4)</sup> فقال فقهاء الحنفية أنه لا يشترط أن يكون صاحب فراش بل اكتفوا لاعتباره مريض مرض الموت أن يعجز عن إقامة مصالحه خارج البيت بالنسبة للرجل، كعجز الفقيه عن إتيان المسجد و عجز البائع عن الذهاب إلى وكالته.

(1) - الدكتور : محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 216.

(2) - الدكتور : وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 129.

(3) - محمد فهد شقفة ، المرجع السابق ، ص 127.

(4) - الأستاذ : محمد وحيد الدين سوار ، المرجع السابق ، ص 77.



و تجدر الإشارة إلى أن استعمال الشخص للوسائل الحديثة للتنقل كالسيارات و العربات... لا يمنع من اعتباره مريضا مرض الموت.

أما بالنسبة إلى المرأة ، فنفرق بين ما إذا كانت تخرج للعمل فتأخذ حكم الرجل قياسا ، أما إذا كانت مأكثة في البيت، فالعبرة بعجزها عن قضاء أعمالها المنزلية داخل البيت كالطبخ و الغسيل.<sup>(1)</sup> و السبب في ذلك أن منع المرض المريض من مزاوله أعماله المعتادة دليل على شدة المرض و خطورته.

2- أن يكون المرض مهلكا يغلب فيه خوف الموت على الشفاء، كالنزيف الداخلي الدماغي، والانسداد الشرياني و السرطان... أما الأمراض العادية التي يرجى شفاؤها كالصداع... فلا تعتبر من أمراض الموت حتى و لو أقعدت المريض في فراشه و أقعدته عن قضاء مصالحه.<sup>(2)</sup> و لتحديد ما إذا كان المرض مرض موت أو مرض عادي يجب الرجوع إلى شهادات الأطباء.

3- إتصال المرض بالموت، و عليه فمهما كان المرض خطيرا فإذا لم يتصل بالموت فلا يعتبر مرض موت، حتى و لو أقعد الشخص عن قضاء مصالحه و لهذا قال الفقهاء بأن مرض الموت لا يمكن تبينه أثناء الحياة و لا يمكن معرفته إلا بعد الموت. و لهذا فإن حق الورثة و الدائنين بالطعن في تصرفات المريض لا يبدأ إلا بعد الوفاة، نظرا لإحتمال الشفاء من المرض.<sup>(3)</sup>

4- ألا يدوم المرض أكثر من سنة على حالة واحدة، فإن تجاوزها و استمر على حالة واحدة دون ازدياد لم يعد مرض موت مهما كانت درجة خطورته و لو اتصلت به الوفاة ، و السبب في ذلك أنه إذا امتد المرض مدة طويلة كالشلل مثلا لم يعد له من التأثير على حالة المريض النفسية، فيصبح غير مخيفا له.

#### ثانيا : أن يصدر التصرف من المورث في مرض الموت

نصت المادة 776 من القانون المدني الجزائري<sup>(4)</sup>، على أنه "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت، بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت و تسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف.

و على ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف قد صدر عن مورثهم و هو في مرض الموت و لهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، و لا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا.

(1) محمد فهد شقفة ، المرجع السابق ، ص 129

(2) - الدكتور : وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 129

- زهدور محمد ، المرجع السابق ، ص 131.

(3) - الدكتور : عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ، ص 221.

(4) - وهي تقابل المادة 916 من القانون المدني المصري.

إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت أعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك ، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه.

فيجب أن نكون أولا بصدد تصرف قانوني صادر من المورث، أيا كان هذا التصرف ، و أيا كانت التسمية التي أعطيت لهذا التصرف من قبل أطرافه بيعا ، هبة ، إقرار ، إبراء ، صلح<sup>(1)</sup> ... و غير ذلك من التصرفات. وإن يكون قد صدر منه في مرض الموت حتى تسرى عليه أحكام الوصية

فإذا وهب المورث عينا أو أقر بدين، أو أبرأ مدينا له ، و صدر التصرف و المورث في مرض الموت، سرت على هذا التصرف أحكام الوصية، فلا تنفذ الهبة و لا الإقرار بالدين و لا الإبراء منه إلا في ثلث التركة، إذا كان التصرف لصالح الغير مالم يجيز الورثة ما يجاوز الثلث في ذلك، أما إذا كان التصرف لصالح أحد الورثة فلا ينفذ إلا بإجازة الورثة الآخرين.<sup>(2)</sup> و هذا ما نصت عليه المادة 189 من قانون الأسرة الجزائري.

و يقع عبء إثبات صدور التصرف في مرض الموت على الورثة ، فيقومون بإثبات ذلك بكافة الطرق بما فيها البيئة و القرائن، لأنهم إنما يثبتون واقعة مادية . فيصبح الإثبات بتقارير الأطباء و شهادة الشهود و غيرها من الأدلة و القرائن<sup>(3)</sup> كأن يكون البيع محررا بخط المشتري و لم يشهر إلا قبل وفاة البائع بأيام و كذلك أن يكون البائع قد حرر العقد قبل وفاته بأيام قليلة أو أن يحرر البائع العقد في غياب المشتري...و بغير ذلك من الأدلة.

و متى أثبت الورثة أن التصرف قد صدر في مرض الموت، فلا يسري في حقهم فيما يزيد على ثلث التركة إلا إذا أجازوه ، إذا كان لغير وارث، أما إذا كان التصرف لوارث فلا يسري في حقهم حتى لو كان أقل من الثلث إلا إذا أجازوه.<sup>(4)</sup>

(1)- الدكتور : جميل الشنراقوي ، المرجع السابق ، ص 475.

- الدكتور : عبد الرزاق الشهوري ، المرجع السابق ، ص 222.

(2)- الدكتور : رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، 126.

- الدكتور : عبد المنعم فرج الصده ، المرجع السابق ، 835.

(3)- الدكتور : عبد الناصر توفيق العطار ، المرجع السابق ، ص 187.

- محمد فخر شقفة ، المرجع السابق ، ص 135.

(4)- الدكتور : عبد المنعم فرج الصده ، المرجع السابق ، 835.

كما تجدر الإشارة إلى أن الوارث في الوصايا المستترة، و في كل تصرف يصدر من المورث و ينطوي على اعتداء على حقه في الإرث من الغير يتلقى حقه من القانون لا من المورث . لأنه يستمد حقه في الإرث بعد وفاة المورث من النظام المقرر للإرث في الشريعة الإسلامية و ليس من المورث و من ثم لا يعتبر في هذه التصرفات خلفا للمورث<sup>(1)</sup> و لا تسري في حقه . و بالتالي فقد قرر القانون للوارث حقوقا تجعله غير ملزم باحترام تصرفات مورثه الضارة بحقوقه.

و لما كان الوارث من الغير في العقود التي يجريها مورثه و تكون ضارة بمصلحته فله أن يثبت صورية العقد بجميع وسائل الإثبات. طبقا للمادة 198 ق.م

و تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الثابتة من المادة 776 "و لا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا".

فيستفاد من هذا الشرط أنه لا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا. و هذا غير جائز إذ قد نصت المادة 328 من القانون المدني الجزائري الموافقة للمادة 395 من القانون المدني المصري على أنه "لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت" و الورثة لا يعتبرون من الغير كما تقضي به المادة 2/776 فحكما غير صحيح ، و الذي أوقع اللبس في هذه المسألة هو الخلط بين مسألة "الغيرية" في سريان التصرف و "الغيرية" في ثبوت التاريخ.<sup>(2)</sup>

و بالتالي إذا حمل العقد العرفي تاريخا ثابتا من شأنه أن يجعل التصرف صادرا في وقت سابق على مرض الموت كان هذا التاريخ حجة على الورثة، لأنهم في هذه الحالة يعتبرون خلفا عاما لمورثهم و لكن لهم أن يثبتوا أن التاريخ قدم عمدا و أن التاريخ الحقيقي لصدور التصرف وقع في وقت كان المورث فيه مريضا مرض الموت، فقدم التاريخ ليخفي هذه الحقيقة ، و يكون للورثة إثبات ذلك بجميع الطرق بما فيها البينة و القرائن، بالرغم أنهم يثبتون عكس ما هو مكتوب . لأن تقديم التاريخ على هذا النحو يعتبر غشا و الغش يجوز إثباته بجميع طرق الإثبات<sup>(3)</sup> . و بذلك يكون النص الجزائري للمادة 2/776 قد وقع في نفس الخطأ الذي وقع فيه المشرع المصري في المادة 916 من القانون المدني.<sup>(4)</sup>

(1) - يعتبر الورثة خلفا عاما بالنسبة للتصرفات الصادرة عن مورثهم حال صحته متى كانت منجزة ، و في هذه الحالة يسري عليهم ما يسري على مورثهم من التزامات

(2) - محمدي سليمان، المرجع السابق ، ص 210.

- زهدور محمد ، المرجع السابق ، ص 140 و 141.

(3) - الدكتور : عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 223

- الدكتور : عبد المنعم فرج الصده ، المرجع السابق ، ص 837.

(4) - محمدي سليمان ، المرجع السابق ، ص 211

و وجه الخطأ يكمن في أن النص يقضي بأنه لا يحتج على الورثة بتاريخ العقد و المقصود المحرر العرفي، إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً، مع أن ذلك التاريخ يحتج به على الورثة حتى لو لم يكن ثابتاً ، إنما يكون لهم إثبات العكس بكافة الطرق لأنهم إنما يثبتون واقعة مادية هي الغش المتمثل في تقديم التاريخ. (1) إستثناءاً من الأصل و هو أنه لا يجوز للمتعاقدين أو خلفهما العام إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة(2) فإذا أثبتوا ذلك أصبحوا من الغير من حيث سريان التصرف ، و لم يعد التصرف الصادر عن المورث يسري في حقهم إلا في حدود محددة بصورة قانونية. (3) و إذا عجزوا عن هذا الإثبات ظل التاريخ المذكور في التصرف حجة عليهم باعتبارهم خلفاً لمورثهم. (4)

---

(1) - زهدور محمد ، المرجع السابق ، ص 141

- الدكتور : رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 126.

(2) - الدكتور : محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 219.

(3) - فلا ينفذ في حقهم فيما يجاوز ثلث التركة إلا بإجازة الورثة، و في قانوننا لا ينفذ إذا كان لوارث و لو في حدود الثلث إلا بإجازة باقي الورثة. أنظر المادة 189 من قانون الأسرة.

(4) - الدكتور : عبد الناصر توفيق العطار ، المرجع السابق ، ص 187.

## الفرع الثاني

### أن يكون القصد من التصرف هو التبرع

و يشترط ثانياً لإعمال قرينة المادة 776 من القانون المدني الجزائري أن يكون ذلك التصرف الصادر من المورث في مرض الموت قد قصد به التبرع ، ذلك أنه من المحتمل - وهذا نادراً - أن يكون المورث قد تصرف في مرض موته معاوضة لا تبرعاً، ذلك بأن قبض مقابلاً لما تصرف فيه<sup>(1)</sup> . و عندها لا يكون محلاً لإعمال قرينة التصرف في مرض الموت. و أكثر ما يقع ذلك في عقد البيع فإن كان الثمن لا محاباة فيه فإن البيع ينفذ في حق الورثة . أما إذا كان الثمن المحابي فيه يقل عن ثمن المثل فإن هذا العقد المحابي فيه هو الذي يسري عليه حكم الوصية فقط.<sup>(2)</sup>

فقد نصت المادة 408 من القانون المدني الجزائري ، على أنه "إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا كون ناجزاً إلا إذا أقره باقي الورثة . و جاء في الفقرة الثانية . أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه و من أجل ذلك فيكون قابلاً للإبطال." و الحقيقة أن هذا الحكم الغريب جاء به مشرعنا و هو غير مطابق لأحكام الشريعة الإسلامية و لا لما جاء به قانون الأسرة.<sup>(3)</sup>

فإذا سلمنا بأن البيع في مرض الموت يأخذ حكم الوصية فمعنى ذلك أنه جائز و صحيح بالنسبة للغير في حدود الثلث، أما ما جاوز ذلك فيتوقف على إجازة الورثة و هذا ما نصت عليه المادة 185 من قانون الأسرة و لا يمكن القول بأن البيع هنا يكون قابلاً للإبطال . لأن حالات البطلان النسبي جاءت على سبيل الحصر و هي نقص الأهلية أو وجود عيب من عيوب الإرادة . لذا لا بد من تعديل المادة 2/408 كما اقترح ذلك الأستاذ الدكتور علي سليمان<sup>(4)</sup> و ذلك بإعادة صياغتها كالتالي : "أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه ينفذ في حدود الثلث و مازاد على الثلث يتوقف على إجازة الورثة".

(1) - الدكتور : عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 284.

- الدكتور : عبد المنعم فرج الصده ، المرجع السابق ، ص 838.

(2) - الدكتور : محمد لبيب شنب ، شرح أحكام عقد البيع ، دار النهضة العربية، القاهرة ، بدون ذكر السنة.

- الدكتور : رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 127.

(3) - زهنور محمد ، المرجع السابق ، ص 209.

(4) - محمدي سليمان ، المرجع السابق ، ص 209.

و على هذا فلا يكفي أن يصدر التصرف في مرض الموت، بل لا بد أن يكون القصد منه التبرع، فإذا كان التصرف معاوضة فلا يأخذ حكم الوصية، و لكن قد يحدث أن يكون البيع محاباة للمشتري، فالمفروض أن يأخذ حكم الوصية إذا زادت هذه المحاباة عن ثلث التركة أو كانت هذه المحاباة في حدود الثلث و لكن لو ارث. (1)

و لكن لم يوضح المشرع الجزائري هذا الأمر، خلافا للمشرع المصري فقد نص في المادة 477 من القانون المدني على أنه "إذا باع المريض مرض الموت لو ارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت البيع، فإن البيع يسري في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تجاوز ثلث التركة داخلا فيها البيع ذاته. ثم نصت الفقرة الثانية على أنه: أما إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة فإن البيع فيما تجاوز الثلث لا يسري في حق الورثة إلا إذا أقره أو رد المشتري للتركة ما بقي بتكملة الثلثين."

و يلاحظ في هذا الشأن أن المشرع قد أقام قرينة على أنه إذا صدر التصرف من المورث في مرض الموت فإنه يعد قد صدر تبرعا. و بالتالي يكون قد أعفى الورثة من عبء إثبات تبرعية التصرف. فأراد التخفيف عنهم للوقوف في وجه التحايل على القانون. (2) فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة 776 من القانون المدني الجزائري على أنه "إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه". عليه يقع عبء إثبات أن التصرف غير تبرعي على عاتق المتصرف إليه و ذلك بإثبات عكس تلك القرينة بأن يثبت أنه قد دفع عوضا للمورث. (3)

فإذا نجح الورثة في إثبات أن تصرف مورثهم قد صدر في مرض الموت، و أخفق المتصرف إليه في نقض القرينة بالدليل العكسي، أصبح الورثة من الغير فيما يتعلق بسريان التصرف، فلا يسري تصرف مورثهم في حقهم إلا في حدود الثلث إذا كان المتصرف له من الغير، أما إذا كان المتصرف له أحد الورثة فلا ينفذ في حقهم حتى و لو خرج من الثلث إلا إذا أجازوه. أما إذا أثبت المتصرف إليه أنه دفع عوضا للمورث، نفذ هذا التصرف في حق الورثة.

(1) - محمد فخر شقفة، المرجع السابق، ص 144.

(2) - الأستاذ: أنور طنبه، المرجع السابق، ص 235.

- الأستاذ: محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص 78 و 779.

(3) - الدكتور: رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 127.

- الدكتور: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 225.

- محمدي سليمان، المرجع السابق، 212.

أما إذا أثبت العوض و كان العوض محاباة له، فإن هذا القدر المحابي به هو الذي تسري عليه أحكام الوصية.<sup>(1)</sup>

فإذا باع المريض مرض الموت عينا إلى وارث أو غير وارث، و لم يستطع المتصرف إليه أن يثبت أنه دفع ثمنا لهذه العين اعتبرت هذه العين هبة بغير ثمن ، و أخضع التصرف لأحكام الوصية، فإذا كانت قيمة العين لا تزيد على ثلث التركة أو كان المتصرف له وارثا فلا ينفذ التصرف للوارث و لا بما زاد عن ثلث التركة إلا بإجازة الورثة فإن لم يجيزوا وجب على المتصرف له إذا كان وارثا أن يرد العين إلى التركة إن كانت في حوزته أو أن يرد قيمتها إن لم تكن في حوزته.

أما إذا كان غير وارث فلا يلزم برد إلا ما زاد على الثلث داخلا فيها قيمة العين ذاتها.<sup>(2)</sup>

و إذا حدث و تصرف المريض مرض الموت بعين من أعيان التركة هبة أو بيعا مع المحاباة لو ارث مهما كانت قيمة المحاباة ، أو لغير وارث و لم تخرج من الثلث . كان للورثة أن يتبعوا العين التي تصرف فيها المورث تحت يد المتصرف له ، و أن يستوفوا حقهم منها طبقا لأحكام القانون.<sup>(3)</sup>

أما إذا كان المتصرف له قد تصرف في العين التي تلقاها من المورث . فهنا وجب علينا أن نفرق فيما إذا كان تصرفه بالعين معاوضة أو تبرعا.<sup>(4)</sup>

فإذا تبرع المتصرف له بالعين . جاز للورثة أن يتبعوا العين في يد المتبرع له و أن يستوفوا حقهم منها.<sup>(5)</sup>

أما إذا كان المتصرف له قد تصرف بالعين معاوضة لا تبرعا . كأن باعها إلى شخص آخر لا يعلم وقت شرائه لها أن للورثة حقا عليها ، بل كان يعتقد أنها ملك خالص للبائع ، و هو الموصوف بالمشتري حسن النية فلا يحق للورثة في هذه الحالة تتبع العين في يد المشتري ، نظرا لكونه حسن النية و غير عالم بقصد البائع أو بتعلق حق الآخرين بها .

(1) - الدكتور : عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 77 و 78 .

(2) - الدكتور : محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، ص 35 .

- محمد فهد شقفة ، المرجع السابق ، 141 .

(3) - الدكتور : عبد المنعم فرج الصده ، المرجع السابق ، ص 839 .

- الدكتور : محمد لبيب شنب ، نفس المرجع ، ص 36 .

(4) - محمدي سليمان ، المرجع السابق ، ص 213 .

(5) - الدكتور : عبد الحميد الشواربي ، نفس المرجع ، ص 79 .

أما إذا كان المشتري يعلم بتعلق حق الغير بها كان أعلمه الورثة قبل أن يقدم على شرائها بعدم إجازتهم لتصرف المريض ، فلا حماية له و يحق عندئذ للورثة تتبعها و التنفيذ عليها لاستيفاء حقهم في يد المشتري ما دام سيئ النية.<sup>(1)</sup>

و الحكم لا يتغير فيما إذا كان المتصرف له رهن العين أو رتب عليها حق ارتفاق أو حق انتفاع أو أي حق عيني آخر ، و كان من تلقى الحق العيني حسن النية ، أي لا يعلم بحق الورثة على العين . فيتوجب على الورثة عند تتبعهم العين و التنفيذ عليها عدم الإضرار بحسن النية . فإذا استحققت هذه العين من طرف الورثة كان عليهم أن يتقبلوها بما عليها من رهن أو إرتفاق أو إنتفاع ، على أن يرجعوا على المتصرف له ببديل الرهن إذا دفعوه عملا بقاعدة الإثراء بلا سبب.<sup>(2)</sup>

و ما يلاحظ على القانون الجزائري . أنه أعطى للورثة الحق في الطعن في التصرفات الضارة بحقوقهم التي يجريها مورثهم في مرض الموت، دون أن يعطي حق الاعتراض على تلك التصرفات للدائنين ، و أرى أنه كان من المفروض أن يستفيد دائني التركة من حق الاعتراض لتعلق حقهم بأموال الميت وقت نزول هذا المرض كما هو الحال بالنسبة للورثة . بل إن تعلق حق الدائنين بهذه الأموال أكثر فاعلية من تعلق حق الورثة بها . و ذلك نظرا إلى أن حقوق الدائنين مقدمة على حقوق الموصى لهم و الورثة.<sup>(3)</sup>

فإذا كانت التركة مستغرقة، فمن المفروض ألا ينفذ في حق الدائنين أي تبرع أو محاباة صدر في مرض الموت و لو أجازته الورثة.

(1) - محمد فهد شفته ، المرجع السابق ، ص 143 .

- الدكتور محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 219 .

- محمدي سلمان ، المرجع السابق ، ص 213 .

(2) - الدكتور : عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق ، ص 79 .

- الدكتور : عبد المنعم فرج الصده ، المرجع السابق ، ص 840 .

(3) - الأستاذ : فتحى حسن مصطفى ، المرجع السابق ، ص 248 .



## المطلب الثاني

### التصرف إلى وارث مع الإحتفاظ بالحيازة و الإنتفاع

نصت المادة 777 من القانون المدني الجزائري على أنه : "يعتبر التصرف وصية و تجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته و إستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه و الإنتفاع مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك".

و ظاهر من النص أن المشرع قد أقام قرينة أخرى لمحاربة ما شاع من التحايل على أحكام الوصية ، فلقد ظهر في العمل أن المورث ، رغبة في محاباة بعض الورثة على بعض ، كثيرا ما يعمد إلى إخفاء وصيته على صورة تصرف آخر<sup>(1)</sup> و ذلك للتحايل على القاعدة الشرعية المقيدة لحرية الإيضاء. أي قاعدة عدم نفاذ الوصية لو ارث أو عدم نفاذ الوصية لأجنبي فيما زاد على الثلث إلا بإقرار الورثة.<sup>(2)</sup> و غالبا ما يتخذون عقد البيع<sup>(3)</sup> وسيلة لهذا التحايل فيجعلون الوصية في مظهر عقد البيع و يذكرون في العقد ثمننا صوريا لا يلتزم به المشتري في حقيقة الأمر . و يحتفظ البائع بحيازة العين المباعة بحقه في الإنتفاع بها . إما عن طريق إستراط حق الإنتفاع و عدم جواز التصرف في العين، أو عن طريق الإيجار مدى الحياة ، أو عن طريق آخر.<sup>(4)</sup>

و ظاهر ان التصرف في مثل هذه الصورة هو في حقيقته وصية ، و لذا عمد المشرع في المادة 777 من القانون المدني الجزائري إلى إعتبار التصرف المقترن باحتفاظ المورث بحيازة المال المتصرف به إلى ورثته و بحقه في الإنتفاع به مدى الحياة، قرينة على أن التصرف وصية. و يظهر من النص أنه يشترط لإعمال هذه القرينة شرائط ثلاث :

- (1) - الدكتور : محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 220.
- الأستاذ : محمد وحيد الدين سوار ، المرجع السابق ، ص 79.
- (2) - يلاحظ أن القانون المصري يجيز الوصية لو ارث في حدود الثلث ، و هذا ما نصت عليه المادة 37 من قانون الوصية ، أخذاً برأي فريق المؤسسين و منهم أبو مسلم الأصفهاني ، كما قال به فريق من الفقهاء من غير المذاهب الأربعة.
- (3) - هناك فروق واضحة بين البيع و الوصية، فالبيع عقد تملك حال الحياة، و الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، و ثاني الفروق أن المشتري في عقد البيع يلتزم بنفع ثمن نقدي، أما الوصية فهي تصرف تبرعي . و ثالثا البيع عقد يتكون من توافق إرادتين البائع و المشتري، أما الوصية فهي تصرف يتم بإرادة الموصي المنفردة.
- (4) - الدكتور : محمد المنجي / المرجع السابق ، ص 128.
- الدكتور : عبد الناصر توفيق العطار ، المرجع السابق ، ص 186.
- الدكتور : عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 226.

## الفرع الأول أن يكون التصرف لأحد الورثة

يشترط لقيام القرينة القانونية التي نصت عليها المادة 777 من القانون المدني الجزائري (1) أن يكون التصرف صادرا إلى أحد الورثة (2) و العبرة في تحديد صفة الوارث بوقت وفاة المورث المتصرف، و لو لم يكن وارثا وقت التصرف . و لا يعتبر وارثا من لم يعد كذلك وقت الوفاة، و لو كان وارثا وقت انعقاد التصرف. (3)

أما إذا كان التصرف لغير الورثة و احتفظ المورث بالحيازة و الإنتفاع فلا تقوم القرينة القانونية ، و مع ذلك فيرى البعض بحق أنه لا شك في أن هناك ظروفا تدفع المورث إلى الإيصال لغير الوارث بأكثر من ثلث التركة، إذا كانت تربطه بأجنبي علاقة قوية يؤثر معها أن يوصي له بكل ماله، فيلجأ في هذه الحالة إلى الوصية المستترة، و لكن مع علمنا أن الإحتفاظ بحيازة العين وبحق الإنتفاع مدى الحياة في التصرف لغير وارث، و إذا لم يصلح قرينة قانونية على أن التصرف وصية مستترة طبقا لحرفية النص ، فلا أقل من إعتبره قرينة قضائية. (4)

(1)- و يقابلها نص المادة 917 من القانون المدني المصري.

(2)- المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 59 240 مؤرخ في 05 مارس 1990، المحكمة القضائية لسنة 1992، العدد الثالث، 57.

(3)- الدكتور : محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 221.

- الدكتور : عبد المنعم فرج الصده ، المرجع السابق ، ص 845.

(4)- الدكتور : رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 128.

## الفرع الثاني

أن يحتفظ المتصرف بحيازة العين بأية طريقة وبحقه في الإنتفاع بها.

و هذه واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق، و يستوي أن يكون هذا الإنتفاع بمقتضى حق عيني بل أن يكون التصرف قاصرا على ملكية الرقبة و يحتفظ المتصرف بحق الإنتفاع، أو يكون بمقتضى حق شخصي بأن يكون التصرف شاملا للملكية التامة و لكن المتصرف إليه يعيد العين للمتصرف أو يؤجرها له. (1)

و يلاحظ أن المقصود من الاحتفاظ بالحق في الانتفاع وفقا للمادة 777 من القانون المدني الجزائري هو أن يكون المتصرف المنتفع بالعين مستندا إلى حق ثابت لا يستطيع المتصرف إليه تجريد منه. و يكون ذلك إما عن طريق اشتراط حق المنفعة و عدم جواز التصرف في العين، أو عن طريق آخر. (2)

ومن ثم فلا يكفي لقيام القرينة القانونية على صورية التصرف أن يحتفظ المتصرف بالحيازة و الإنتفاع لحساب الغير . كما لا يكفي أن ينتفع المتصرف بالعين انتفاعا فعليا حتى وفاته دون أن يكون مستندا في الإنتفاع و بالحيازة إلى مركز قانوني يخوله حقا في الإنتفاع. (3)

فإذا كان المال المتصرف فيه عقارا مثلا تعين أن يحتفظ المتصرف، لا بالحيازة المادية فحسب بل بالحيازة القانونية أيضا أي يتعين إبقاء العقار مشهرا باسم المتصرف في البطاقات العقارية على مستوى مصلحة الشهر العقاري ذلك لأن هذا الشهر من شأنه أن يجعل المتصرف محتفظا بالسيطرة على العقار بحيث يحق له أن يمنع المتصرف إليه بأية طريقة كانت من التصرف به لصالح الغير .

ذلك لأن الشهر هو شرط لإنقال ملكية العقار و الحقوق المتعلقة بالعقار : هذا ما نصت عليه المادة 15 من الأمر رقم 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري (4) . كل حق للملكية و كل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إنشائها في مجموعة البطاقات العقارية،...

(1) - محمدي سليمان ، المرجع السابق ، ص 215.

- زهدور محمد ، المرجع السابق ، ص 144.

(2) - الدكتور : عبد الرزاق الشهورى ، المرجع السابق ، ص 213 .

(3) - الدكتور : رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 129.

(4) - مؤرخ في 12 نوفمبر 1975.

### الفرع الثالث

#### أن يحتفظ المتصرف بحقه في الانتفاع مدى حياته

لا يكفي مجرد حيازة المتصرف للعين و الانتفاع بها بل يجب أن يحتفظ بحقه في الانتفاع بالعين مدى حياته و ذلك سواء كان حق الانتفاع حقا عينيا كأن يقتصر التصرف على ملكية الرقبة أو كان حقا شخصيا كما لو إستأجر العين من المتصرف إليه. (1)

فإذا توافرت الشروط المتقدمة قامت قرينة قانونية على أن التصرف وصية مستترة. (2)

و الإثبات هنا يقع على من يتمسك بالقرينة سواء كان وارثا أو دائنا للتركة . فإذا أثبت توافر

---

(1) - الأستاذ : محمد وحيد الدين سوار ، المرجع السابق ، ص 80.

(2) - المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار رقم 74249 مؤرخ في 28 ماي 1991 ، المجلة القضائية لسنة 1993 ، العدد الثاني ، ص 28.

الشروط الثلاثة السابقة. فإنه يتعين على القاضي أن يجري حكم القرينة فيعتبر التصرف وصية. ومن ثم لا ينفذ التصرف في حق الورثة فيما زاد على ثلث التركة إلا إذا أقروه<sup>(1)</sup>. لكن يلاحظ أن هذه القرينة ليست قاطعة فيجوز للمتصرف إليه إثبات عكسها. فله أن يثبت مثلا أن التصرف الصادر له هو بيع منجز وأنه قد دفع الثمن. أو يثبت أن احتفاظ البائع بالحيازة هو لأنه المشتري قاصرا مثلا<sup>(2)</sup>.

فإذا أثبت المتصرف إليه عكس تلك القرينة القانونية فإن التصرف لا يعتبر وصية ولا يسري عليه أحكامها. أما إذا عبر عن إثبات عكس تلك القرينة طبقت القرينة القانونية و طبقت أحكام الوصية على ذلك التصرف فلا ينفذ في حق الورثة إلا في حدود ثلث التركة إلا إذا أجازوا التصرف بأكمله<sup>(3)</sup>.

و لما كانت هذه القرينة المتعلقة بالتصرف إلى وارث قد استحدثت في التقنين المدني الجزائري فلا يكون لها أثر رجعي. أي لا تنطبق على التصرفات التي أبرمت قبل تاريخ نفاذ هذا التقنين وهو 05 يوليو سنة 1975<sup>(4)</sup>.

و يرى الدكتور محمد حسين أنه حتى بالنسبة للتصرفات السابقة على هذا التاريخ فلا يوجد ما يمنع القاضي من أن يستخلص من ظروف الدعوى قرينة قضائية على قصد التحليل، إذ أن إستخلاص القرائن القضائية من سلطة قاضي الموضوع و ذلك على عكس القرائن القانونية التي يتعين على القاضي إتباعها و إلا تعرض حكمه للنقض<sup>(5)</sup>.

- 
- (1) - عبد المنعم فرج الصده ، المرجع السابق ، ص 846 . محمدي سليمان ، المرجع السابق ، 216 .
  - (2) - الأستاذ : فتحي حسن مصطفى ، المرجع السابق ، ص 251 . الدكتور : عبد الناصر توفيق العطار ، المرجع السابق ، ص 186 . زهدود محمد ، المرجع السابق ، ص 145 .
  - (3) - الدكتور : عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 234 . الدكتور - رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 129 .
  - (4) - أنظر : المادة 1003 من القانون المدني الجزائري.
  - (5) - الدكتور : محمد حسين ، المرجع السابق ، ص 222 .

## الفصل الثاني

### تزام الوصايا و مبطلاتها

عرفنا فيما سبق أن الوصية تصرف أساسه إيجاب الموصي المضاف إلى ما بعد موته و عرفنا أن الوصية لا تكون صحيحة إلا إذا صدرت مستوفية كل مقوماتها و شروطها. ولكن رغم ذلك فإنه قد تطرح بعض المشاكل أثناء تنفيذ الوصايا الصحيحة ، و يظهر ذلك إذا كان للشخص عدة وصايا وتزامت جميعا وضاق التث عن تنفيذها جميعا. و لكيفية حل مثل هذا المشكل خصصت المبحث الأول من هذا الفصل إلى التزام الوصايا. كما أنه يطرأ على الوصية التي نشأت صحيحة من الأسباب ما يبطلها ، وبالتالي لا للإيجاب المضاف لما بعد الموت أثر بعد ذلك فيصبح كأنه لم يوجد ، ولم يكن للوصية وجود بعد ذلك.

وإلى الأسباب التي تؤدي إلى بطلان الوصية إرتأيت أن أخصص المبحث الثاني من هذا الفصل ، بعنوان مبطلات الوصية.

## المبحث الأول

### تزام الوصايا

قدمت - سابقا - أن الوصية إذا زادت ثلث التركة توقف نفاذها فيما زاد على إجازة الورثة، فإن أجازوها نفذت وإن ردها بطلت ، وإن أجازها البعض وردها الآخرون نفذت في حق من أجاز، و بطلت في حق من لم يجز ، أما إذا لم يكن للموصي وارث فإن الوصية بأكثر من الثلث تكون نافذة ولو كان الموصي به جميع المال<sup>(1)</sup> .

وعلى هذا إذا كان للشخص وصية واحدة أخذ الموصي له وصيته كاملة إذا لم يكن للموصي ورثة أو كان له ورثة وأجازوها ، كذلك الحكم إذا كان للشخص وصايا متعددة تجاوزت ثلث التركة، وأجاز الورثة الزيادة ، أو لم يكن له ورثة نفذت الوصية في جميع المال إن وسعها فإن ضاق الثلث ، أو كل المال عن الوفاء بها كلها تراحمت فيه -الثلث- كلها بحيث لا يمكن تنفيذها جميعا<sup>(2)</sup> .

وعليه فلا تحقق التزام إلا إذا تعددت الوصايا ، و لم يكف المال المخصص لتنفيذها أما إذا لم تتعدد فلا يكون هناك التزام ، إنما الذي يكون هو خروجها من الثلث أو عدم خروجها منه<sup>(3)</sup> .

فالتزام بهذا المعنى ينقسم إلى نوعين : التزام مع وجود وصية واجبة -تنزيل- ، وتزام ليس فيه وصية واجبة ، بل كلها وصايا إختيارية ، وعلى أساس هذا التقسيم إرتأيت أن أقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

(1) - الدكتور : وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 52 و 53

(2) - الدكتور : بلحاج العربي ، الميراث و الوصية ، المرجع السابق ، ص 315

(3) - الدكتور : محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص 272

فإذا توفي شخص و ترك ثلاث أبناء و أولاد ابن توفي في حياته و كان أوصى لهم بثالث ماله ، و أوصى لجهة خيرية -ملجأ مثلا- بثالث المال أيضا ، و على فرض آخر أن الأبناء لم يجيزوا الوصية بما زاد على الثلث ، ففي هذا المثال نجد أن الجد قد أوصى لأهل الوصية الواجبة بأكثر مما يستحقون -أوصى لهم بثالث المال- في حين أن أصلهم الذي توفي يرث أقل من الثلث، فنلاحظ أنه أصبح لهم وصيتين : وصية بمقدار ما كان يستحقه أصلهم لو كان حيا ووصية إختيارية في حدود الثلث و بالإضافة إلى الوصية الإختيارية التي أوصى بها المتوفى إلى الجهة الخيرية ، فيصبح لدينا ثلاث وصايا متزاممة في الثلث.

ففي هذه الحالة تنفذ الوصية الواجبة و تعطى لمستحقيها أولا، و ما بقي من ثلث التركة يقسم بين الوصيتين الإختياريتين .

و لكي يمكننا إستخراج الوصية الواجبة في حالة تزاممها مع وصايا إختيارية أخرى .  
وجب علينا إتباع الخطوات التالية : (1)

1. نطرح مقدار الوصية الإختيارية إذا كانت في حدود الثلث من التركة أولا مع وضع إفتراض نفاذها.

2. نفرض حياة أصل أصحاب الوصية الواجبة أبا كان أو أما .

3. نقسم التركة على الورثة و معهم هذا الشخص المفروض حياته لمعرفة مقدار نصيبه.

4. إذا عرفنا مقدار نصيبه و وجدناه أكثر من ثلث كل التركة كانت الوصية بمقدار الثلث فقط (2)  
و إن كان مساويا له أو أقل منه أعطي هذا النصيب لأولاده، و ما بقي من الوصية يعطى لأصحاب الوصايا الإختيارية.

(1) - الدكتور : محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص 278

(2) - نصت المادة 170 من قانون الأسرة الجزائري على أنه \* أسهم الأحماد تكون بمقدار حصة أصلهم لو بقي حيا ، على أن لا يتجاوز ثلث التركة \*



## المطلب الثاني

### تزام الوصايا الإختيارية

الوصايا الإختيارية لا تتزاحم إلا إذا كثرت و لم يف المال بتتفيذها سواء كان هذا المال الذي يخصص لتتفيذها الثلث أو الأكثر منه عند إجازة الورثة ، و بالتالي يحدث التزاحم في الوصايا الإختيارية عند تعددها و لا يف كل المال بتتفيذها. فإذا كثرت الوصايا و لم يف المال فهذه الوصايا لا تخرج عن كونها للعباد ، أو القربان ، أو بعضها للعباد و بعضها للقربان. فحالات المتزاحم ثلاث<sup>(1)</sup>.

و سأطرق إلى كل حالة من هذه الحالات كالتالي :

- إذا كانت جميع الوصايا للعباد.
- إذا كانت جميع الوصايا في القربان - حقوق الله تعالى -
- إذا كانت بعض الوصايا للعباد و بعضها في القربان .

### الفرع الأول

#### التزام في الوصايا بين العباد

إذا كانت جميع الوصايا للعباد كان للمزاحمة ثلاث أحوال<sup>(2)</sup> :

- أن تكون جميع الوصايا بالسهام .
- أن تكون جميع الوصايا بالمرتبات .
- أن تكون الوصايا خليطا من المرتبات و السهام .

أولا : إذا كانت جميع الوصايا للعباد بالسهام

ويظهر ذلك كأن يوصي شخص لأخر بالربع و للأخر بالثلث وهكذا ، فإن زاد مجموع هذه السهام على الثلث و لم يجز الورثة ، قسم الثلث بين الوصايا المتعددة قسمة تناسبية بحسب مقادير السهام و هذا هو رأي الصابيين - أبي يوسف و محمد ، و هو قول إبراهيم و الشعبي<sup>(3)</sup>. أما الإمام أبو حنيفة فقد ذهب إلى ذلك أيضا إذا لم يكن سهم من هذه السهام يزيد عن الثلث ، فإن زاد سهم منها على الثلث رد إلى الثلث و كانت الوصية به كالوصية بالثلث ، و عندها يقسم ثلث التركة بالمحاصنة بين الوصايا الإختيارية المتعددة<sup>(4)</sup>.

(1) - الدكتور : بلحاج العربي ، الميراث و الوصية ، المرجع السابق ، ص 320

(2) - الدكتور : محمد زكريا البرديسي ، المرجع السابق ، ص 143

(3) - الشيخ : علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص 541

(4) - الشيخ : محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، المرجع السابق ، ص 231

و هكذا قد إستثنى أبو حنيفة ثلاث حالات وهي المحاببات و الدراهم المرسلة و السعابة .  
و افاق فيها الصابيين في القسمة بحسب السهام و ليس مناصفة<sup>(1)</sup> .

و الذي ذهب إليه الصاحبان مأل إليه قانون الوصية المصري في المادة 80 منه . فقد  
جاء في المذكرة الإيضاحية أن هذه المادة مبنية في الأصل علي مذهب الإمام أبي حنيفة في  
قسمة الوصية فيها إذا ضاق الثلث عن سهام الموصي لهم ولم يحز الورثة ، أو أجازوها و ضاقت  
كل التركة عن الوفاء بسهامهم و لصعوبة مذهبه في كيفية القسمة عدل عنه إلي مذهب  
الصاحبين لما في مذهبهما من السهولة<sup>(2)</sup>

أما المشرع الجزائري فلم ينص علي كيفية القسمة في مثل هذه الأحوال وبالتالي لا  
يكون أمامنا سوى الرجوع إلي أحكام الشريعة الإسلامية ، و كما نصت علي ذلك المادة 222 من  
قانون الأسرة الجزائري لتحديد ذلك .

### ثانيا : الوصايا للعباد بالمرتببات .

و في هذه الحالة تكون جميع الوصايا للعباد بالمرتببات كأن يصي لفلان بخمسة دراهم تنفق  
عليه في كل شهر ماعاش ، و لفلان و فلان عشرة دراهم تنفق من ماله كل شهر ماعاش  
، و الملاحظ علي هذه الوصية أنها وصية بكل المال و عليه فإذا أجاز الورثة هذه الوصية قسم  
مال الموصي بين الموصي لهم لأن الموصي له بالخمسة موصي له بالجميع الوصية واحدة  
و الموصي لهما بالعشرة موصي لهما بجميع المال الوصية الواحدة ، وبالتالي فيقسم المال بين  
الوصيتين نصفين ، و ذلك بالإتفاق بين الإمام أبو حنيفة و صاحبيه لتساوي الوصيتين في جميع  
المال<sup>(3)</sup> أما إذا لم يحز الورثة نفذت الوصيتان في حدود الثلث ، فيقسم الثلث نصفين .

و لا فرق في هذا بين أن تكون الوصية لمرتب مدي الحياة أو بمرتب لمدة مؤقتة ، وإذا  
مات الموصي له بمرتب إنتقل حقه إلي ورثته .

### ثالثا : الوصيا للعباد بالسهم و المرتببات معا .

و تظهر هذه الحالة واضحا كما لو أن رجلا أوصي لآخر بمبلغ من إراد الدار يصرف  
له شهريا ، و أوصي لآخر بثلث ماله و لا مال له إلا تلك الدار ، فثلث الدار بينهما نصفان  
و هذا في قول أبي حنيفة . ذلك لأن الوصية بغلة الدار - إيراداتها من الإيجار مثلا - كالوصية  
برقبته<sup>(4)</sup> . و الموصي له هنا بالغلة يعتبر موصي له بجميع المال وهو الدار ولهذا كان كل من  
الموصي له

(1) - الدكتور : وهبة الترحيلي ، المرجع السابق ، ص 119

(2) - الدكتور : سعيد عبد السلام ، المرجع السابق ، ص 187

(3) - الدكتور : وهبة الترحلي ، المرجع السابق ، ص 119

(4) - الشيخ : علي الحنيف ، المرجع السابق ، ص 548

بشيء من علة الدار موصى له بالثلث ، وكان الثلث بينهما منا صفة ، فما أصاب صاحب الثلث فهو له ، وما أصاب صاب المرتب أستغل وأخذ من غلته مرتبه كل شهر . ولو أن رجلا أوصى لأخر بغلة داره ولا مال له سواها ، وأوصى لأخر بسيارة و لأخر بثوب ولا يخرج ذلك من الثلث قسم بينهم ثلث التركة فيأخذ كل واحد منهم ما أوصى له به . أما إذا زادت الوصية عن الثلث ولم يجزها الورثة قسمت الوصية بين صاحب الوصية بالسهم وصاحب الوصية بالمرتب عن طريق المعاملة أو كل واحد حسب حصته هذا قول الصحابيان أما عند الإمام أبو حنيفة فيقسم الثلث بينهما نصفين . لكل واحد النصف لتساوي الوصيتين<sup>(1)</sup> .

---

(1) - الدكتور : محمد زكريا البرنيسي ، المرجع السابق ، ص 148

## الفرع الثاني

### التراحم بين الوصايا في حقوق الله تعالى

إذا أوصى الشخص بوصايا تزيد عن الثلث و كلها من حقوق الله تعالى فإما أن تكون متحدة المرتبة ، أو متفاوتة المرتبة ، أو مختلطة<sup>(1)</sup> .

أولا : إذا كانت الوصايا متحدة الرتبة .

فإذا كانت الوصايا جميعا في مرتبة واحدة ، كأن كانت كلها بالفرائض كالوصية بالحج أو الزكاة أو كلها واجبات كالوصية بما عليه من زكاة الفطر والبنور ، أو كانت كلها نوافل كالوصية بالصدقة على الفقراء ، فإنه يبدأ بالتنفيذ بما بدأ به الموصي ، لأن البدء به دليل على أنه أهم عنده من غيره<sup>(2)</sup> وبالتالي يصرف الثلث أولا فيما نص على أنه يكون أولى من غيره ، فإبنتقي شيء فلما يليه في الرتبة كذلك إذا نص على التفاوت في المقادير ، وجب إتباع ما نص عليه في الوصية<sup>(3)</sup> ، فإن أوصى بأن يكون للزكاة قدر معلوم ، وللحج قدر آخر فإنه في هذه الحالة إن ضاف الثلث عنها ، وزع الباقي بنسبة المقادير التي نص عليها وقسم بالمحاصة وذلك إحتراما لا رائته وإختياره .

أما إذا لم يوجد ترتيب قد نص عليه الموصي في وصيته، كانت جميع الوصايا متحدة الرتبة متساوية في التنفيذ ، فيقسم الثلث بينها بالتساوي وعلى ذلك فلا يبطل منها شيء أثناء التنفيذ<sup>(4)</sup> .

ثانيا : إذا كانت الوصايا من مراتب مختلفة و متفاوتة .

إذا ما حدث وإختلف درجات الوصايا بأن كانت بعضها فرائض - كالوصية بالحج أو زكاة - وبعضها واجبات - كالوصية بزكاة الفطر - وبعضها تطوع أو نوافل - كالوصية بالصدقات - وضاق ما تنفذ فيه الوصايا عن الوفاء بكل الوصايا على مختلف مراتبها ، ولم يكن الموصي وتب بينهما قد مت الوصايا بالفرائض على الوصايا بالواجبات ، وقد مت الواجبات على النوافل أو التطوع أثناء التنفيذ في الثلث أوفي التركة إذا أجازها الورثة ، فإذا لم يسعها الثلث أو التركة بطلت الوصية فيما لم يسعه<sup>(5)</sup> هذا ما ذهب إليه الحنفية .

(1) - الدكتور: وهبة الترحيلي ، المرجع السابق ، ص 120

(2) - الدكتور: علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص 550

(3) - الدكتور: محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، المرجع السابق ، ص 233

(4) - الدكتور: سعيد عبد السلام ، المرجع السابق ، ص 187 ، الدكتور : بلحاج العربي ، الميراث والوصية ، المرجع السابق ، ص 320

(5) - الدكتور: وهبة الترحيلي ، نفس المرجع ، ص 120

الشيخ : محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص 283

الدكتور: محمد زكريا البرديسي ، المرجع السابق ، ص 149

أما الشافعي وأحمد فقد قالو: أن حقوق الله تعالى المالية - المتعلقة بالمال - كالكفارات والزكاة والحج والנדور تنفذ في رأس المال ، أوصي بها الموصي أو لم يوصي بها وحكمها كالحكم في ديون العباد حيث يقدم الدين على المراث والوصية (1) .  
 ولقد ذهب المشرع المصري إلي ما قال به أبوحنيفة - المادة 81 من قانون الوصية حيث جاء في المذكرة الإيضاحية أنه إذا كانت القربات من أنواع مختلفة ولم ينف بها محل الوصية ، قدمت الفرائض على الواجبات والواجبات على النوافل (2) .  
 أما القانون الجزائري فكما قلنا سابقا فلم يتطرق إلي حالات تراحم الوصايا ، لأنه لا يوجد إلي حد الآن قانون ينظم بالوصية باستثناء المواد الموجودة في قانون الأسرة، وبالتالي إذا طرح مثل هذا المشكل فيجب العودة إلي أحكام الشريعة الإسلامية .

### الفرع الثالث

#### التراحم بين وصايا حق الله وحق العباد

كما إذا أوصي الشخص بمقدار من المال للزكاة ، ومقدار من آخر للحج ، ومقدار من ثالث للكفارة ، وأوصي لخالد من الناس أيضا بمقدار من المال ففي هذه إذا بين الموصي سهام كل جهة ولم يف الثلث الجميع ، وزع الثلث بنسبة السهام التي ذكرها (3) وإن لم يذكر لكل جهة سهم ، وعليه فيقسم الثلث بينهما أرباعا فيعطى للحج ربع الثلث ، ويعطى للكفارة أيضا ربع الثلث ، ويعطى للحج ربع الثلث ويعطى أخيرا لخالد من الناس ربع الثلث ، ذلك لأنه عند التعدد من غير تقسيم يكون العرض الشركة بينها ولا تفاوت فتكون على قدم المساواة (4) و عند استواء القربات يقدم منها ما بدأ به الموصي ، أما إذا تفاوتت الجهات وكانت على مراتب مختلفة ، قدمت الأقوى عبادة (5) وتكون عادة هي الفرائض ثم الواجبات ثم النوافل ، وبالتالي نجمع هذه الوصايا الخاصة بحقوق الله تعالى ويتبع في صرفها ما يتبع في الوصايا التي تكون كلها لله تعالى (6)

(1) - الشيخ: علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص 551

(2) - الدكتور: سعيد عبد السلام ، المرجع السابق ، ص 187

(3) - الشيخ: محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، المرجع السابق ، ص 234

(4) - الشيخ: محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، نفس المرجع ، ص 274

(5) - الدكتور: وهبة الترحيلي ، المرجع السابق ، ص 221

(6) - الدكتور: أحمد فراج حسين ، المرجع السابق ، ص 277

## المبحث الثاني مبطلات الوصية

من الثابت شرعا وقانونا أن الوصية إذا وقعت مستوفيه مقوما تها وشروطها كانت صحيحة ، فإذا مات الموصي مصرا علي وصيته ، ولم يوجد ما يبطلها ، وقبلها الموصي له فلم يرد لها نفذت وترتب عليها آثارها . ولكنه قد يحدث لها ما يعرقل نفاذها فيلغيتها ، ويسمي مبطلا . ومبطلاتها كثيرة ، يأتيها تارة من جهة الموصي وأخري من جهة الموصي له ، وثالثة من ناحية الموصي به .  
وسأعرض في هذا الموضوع إلي الحالات الثلاث لبطلان الوصية .

### المطلب الأول مبطلات الوصية من جهة الموصي

تبطل الوصية بأسباب من الموصي ، كزوال أهليته بالجنون ونحوه أوردته ، أو رجوعه عن الوصية<sup>(1)</sup> وسأتناول بالدراسة كل سبب من هذه الأسباب في فرع مستقبل .

---

(1) - الدكتور : وهبة الترحيلي ، المرجع السابق ، ص 112

## الفرع الأول

### زوال أهلية الموصي

تبطل الوصية بالجنون المطبق<sup>(1)</sup> ونحوه كالعته، سواء إتصل الجنون بموت الموصي أو لم يتصل به، وذلك بأن أفاق قبل الموت لأن الوصية تصرف غير لازم في حياة الموصي، فيجوز له الرجوع عنه في أي وقت شاء، والتصرف غير اللازم يكون لبقائه حكم إنشائه<sup>(2)</sup> ولما كان المجنون غير أهل لإنشاء الوصية في الإبتداء، لأن قوله غير ملزم كان طروء الجنون المطبق مبطلا لها وذلك مراعاة لحقه في الرجوع، وعلي ذلك فلكي تبقى الوصية إلي وقت وفاة الموصي يجب أن يستمر الموصي علي أهليته إلي حين وفاته، فإذا جن وكان جنونه مطبقا، بطلت وصيته، سواء إتصل هذا الجنون بموته أو، أم يتصل<sup>(3)</sup>. فإذا لم يكن الجنون مطبقا بأن يفيق صاحبه أحيانا، ويجن أحيانا أخرى، أو كان مطبقا ولم يتصل به الموت لا تبطل الوصية كما لا تزول بالإعفاء<sup>(4)</sup>.

و المراد بالجنون ما يشمل العته، فيأخذ حكمه كذلك<sup>(5)</sup> والجنون يعد مطبقا إذا استمر شهرا كاملا، لأن ما دون الشهر كان في حكم العاجل فكان قصيرا<sup>(6)</sup> قصي وهذا كله مذهب الحنفية<sup>(7)</sup>. أما الجمهور غير الحنفية، فلم يبطلوا الوصية بالجنون سواء أكان هذا الجنون مطبقا أم غير مطبق، وسواء إتصل به الموت أو لم يتصل به لأن الوصية تعتمد في صحتها علي أهلية الموصي عند إنشائها، وقد تكونه صحيحة فزوال الأهلية بعد ذلك سواء بالجنون أو بالعته لا يؤثر فيها، ولا يؤثر في غيرها من التصرفات القانونية الأخرى كالبيع والإيجار<sup>(8)</sup>... أما عن الإحتمال رجوع الموصي علي وصيته أثناء حياته لولا وجود الجنون فهو كما يقول الدكتور وهبة الزحيلي إحتمال ضعيف لا يعول عليه في إبطال الوصية<sup>(9)</sup>. كما يرى أصحاب المذهب الجعفري أن جنون الموصي بعد الايصاء لا يبطل الوصية<sup>(10)</sup>.

(1) - الجنون قد يكون دائما لا يفيق منه صاحبه ليلا، ولا نهارا، وهو ما يسمى بالجنون المطبق، وقد يكون منقطعا، وهو

الذي يصيب صاحبه في فترات منقطعة وهو ما يسمى بالجنون غير المطبق

أنظر: الدكتور: أحمد فراج حسين، المرجع، ص 237

(2) - الأستاذ: إلياس أبو عيد، المرجع السابق، ص 360، انمون كسار، المرجع السابق، ص 37

(3) - الشيخ: علي خفيف، المرجع السابق، ص 241، 242

(4) - الدكتور: بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 162،

الدكتور: محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 259

(5) - الدكتور: بلحاج العربي، الميراث و الوصية، المرجع السابق، ص 317

(6) - هذا هو، رأي أبو يوسف، أما الجنون المطبق عند محمد فهو ما استمر سنة كاملة و كلاهما من المذهب الحنفي.

(7) - الدكتور: أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 238

(8) - الدكتور: محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 259

(9) - الدكتور: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 113

(10) - الأستاذ إلياس أبو عيد، المرجع السابق، ص 360

أما الحجر للسفه أو الغفلة بعد إنشاء الوصية صحيحة فلا تأثير له عليها إذ لاتزول بالحجز أهلية المحجوز عليه ( الموصي ) فالامام أبو حنيفة يري أنه لا حجز بسبب السفه ولا بسبب الغفلة<sup>(1)</sup> .

ولقد ذهب المشرع الجزائري إلي الأخذ برأي جمهور الفقهاء حيث أنه لم يجعل الجنون سواء أكان مطبقاً أو غير مطبق سبباً لإبطال الوصية<sup>(2)</sup> . وهذا ما يستفاد من أحكام قانون الأسرة حيث إشتراط هذا الأخير سلامة العقل عند إنعقاد الوصية فقط ، أما بعد إنعقادها فلم يشترطه كما أنه يغرق في ذلك بين الجنون ، و العتة و السفه و الغفلة . حيث نصت المادة 186 من قانون الأسرة على أنه " يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل ، بالغاً من عمر تسع عشرة (19) سنة على الأقل " . أما المشرع المصري فقد نص في المادة 14 من قانون الوصية على أنه " تبطل الوصية بجنون الموصي جنوناً مطبقاً إذا إتصل بالموت " . و بهذا النص نجد أن المشرع المصري قد وقف موقفاً وسطاً بين ما ذهب إليه الحنفية ، وما ذهب إليه جمهور الفقهاء . فأخذ بمذهب الحنفية إذا ما إتصل الجنون بالموت<sup>(3)</sup> ، أما إذا لم يطبق الجنون أو لم يتصل بالموت فإن الوصية لا تبطل ، أخذاً من مذهب المالكية لأن الموصي يمكنه أن يستعمل حقه في الرجوع وقت الافاقة<sup>(4)</sup> .

أما إذا زالت الأهلية بالحجر على الموصي للسفه أو الغفلة فإن الوصية لا تبطل أخذاً بقول المالكية ، وفقاً لما نصت عليه المادة 16 من قانون الوصية التي نصت على أنه " لا تبطل الوصية بالحجر على الموصي للسفه أو الغفلة " .

### الفرع الثاني : الرجوع عن الوصية

كما علمنا سابقاً- فإن الوصية عقد غير لازم وبالتالي إتفق الفقهاء على أن للموصي الحق في الرجوع عنها كلها أو بعضها في أي وقت شاء لأنه لم يتعلق بها حق الموصي له في حياة الموصي ، وبالتالي الرجوع عنها لا يحدث للموصي له أي ضرر و كذلك لأن السذي وجد أثناء حياة الموصي هو الإيجاب فقط أما القبول فلا يكون له إعتبار إلا بعد الوفاة<sup>(5)</sup> . وعليه فإذا لم يكن للغير حق في حال حياة الموصي ، فهو حر في كلامه ، فله أن يرجع عن كلامه في أي وقت يريدوا له الرجوع<sup>(6)</sup> . و بالتالي فإذا رجع الموصي عن وصيته ترتب عليه أثر هام و هو بطلان الوصية.

- (1) - الشيخ : علي الخفيف ، المرجع السابق ، ص 243 .
- (2) - الدكتور : بلحاج العربي ، الميراث و الوصية ، نفس المرجع ، ص 317 .
- (3) - الأستاذ : نزيه نعيم شلالا ، المرجع السابق ، ص 57 .
- (4) - الدكتور : سعيد عبد السلام ، المرجع السابق ، ص 143 .
- (5) - الأستاذ : أحمد الصحري ، المرجع السابق ، ص 588 .
- (6) - الشيخ : محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، المرجع السابق ، ص 200 .



و ليس للرجوع صيغة خاصة بل إنه يتحقق بكل ما يدل على إعراض الموصي عن وصيته ، سواء بالنص الصريح أو يستفاد دلالة (1) .

ولا أريد التعمق كثيرا في كيفية الرجوع عن الوصية ، لأنه ، تم التطرق إليه في الفصل الأول من هذا الباب في الموضوع المتعلق بالوصف الشرعي للوصية و إعتبره عقد غير لازم .

أما الآن فسأتناوله إجمالاً فقط و ليس تفصيلاً ، و عليه أقوم أولاً بدراسة الرجوع الصريح عن الوصية في مرحلة أولى ثم أتناول الرجوع دلالة عن الوصية ثانياً .

### أولاً : الرجوع الصريح .

يكون الرجوع صريحا إذا أفصح الموصي أنه رجع في وصيته ، فقد يكون ذلك شفاهة ، أي ماكان بلفظ هو نص في الرجوع (2) مثل قول الموصي: رجعت عن وصيتي لفلان أو أبطلتها ، أو فسختها ، أو يكون الرجوع صراحة بخطاب أو بإنذار رسمي يوجه إلى الموصي له . و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 192 من قانون الأسرة الجزائري ، بقوله " يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا فالرجوع الصريح يكون بمسائل إثباتها ، و الضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها . "

نستخلص من هذه المادة أن المشرع الجزائري أجاز للموصي أن يرجع عن وصيته ما دام حيا ، لكن قيد وسائل الرجوع الصريح فجعلها وسيلتين فقط ، فإما أن يتم الرجوع بتصريح أمام الموثق ، و يحرر بهذا الرجوع سنداً كتابيا إذا كان قد تم إثبات الوصية بتصريح أمام الموثق ، أما إذا تم إثبات الوصية ، عن طريق حكم قضائي (3) فلا بد أن يتم الرجوع عن هذه الوصية ، بنفس الوسيلة التي تم إثباتها بها و هي الحكم القضائي .

و أضاف المشرع الجزائري في المادة 93 من قانون الأسرة أن رهن الشيء الذي تم الإيصاء به لا يعد رجوعاً عن الوصية .

### ثانياً : الرجوع دلالة .

أما الرجوع دلالة فقد يكون فعلا و هو كل عمل أو تصرف يدل بقرينة أو عرف على الرجوع (4) وذلك كبيع الموصي به أو هبته أو جعله مهرا في الزواج .... وغير ذلك من التصرفات الناقلة للملكية. كذلك قيام الموصي بأي فعل يؤدي إلى إستهلاك الموصي به ، كتمزيق الثوب الذي أوصى به لشخص معين مثلا ، أو ذبح الحيوان الذي أوصى به لشخص ما .

(1) - الدكتور : محمد المنجي ، المرجع السابق ، ص 124

(2) - محمد جواد مغنية ، المرجع السابق ، ص 24

(3) - تثبت الوصية بحكم قضائي في حالة وجود مانع قاهر - كالمرض الشديد -

(4) - الدكتور : أحمد فراج حسين ، المرجع السابق ، ص 234

- الدكتور : وهبة الرحيلي ، المرجع السابق ، ص 144

- الدكتور : محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص 223

فإذا كان الفعل أو التصرف لا يدل على الرجوع ، لا يعتبر رجوعاً ، و لقد تعرض قانون الأسرة الجزائري إلى البعض من التصرفات التي لا تعبر رجوعاً ضمناً عن الوصية و منها ما نصت عليه المادة 93 المذكورة أعلاه ، و كذا المادة 94 التي نصت على أنه " إذا أوصى لشخص ثم أوصى لثاني يكون الموصى به مشتركاً بينهما " .

و هناك أسباب أخرى تؤدي إلى بطلان الوصية من جانب الموصى ، و لكن لقلّة حدوثها أو لا ولأن المشرع الجزائري لم ينص عليها كسبب لبطلان الوصية لم أخصص لها فرعاً خاصاً كما فعلت في غيرها . و من بين هذه الأسباب ردة الموصى عن الإسلام بعد الوصية ، فمن مات وهو على رده أو قتل ، أو لحق بدار الحرب ، و صدر في حقه حكم بلحاظه ، فإن وصيته تبطل عند أبي حنيفة والشافعية (1) .

فكما قلت فإن المشروع الجزائري لم يتعرض إلى أثر الردة على صحة الوصية ، وذلك لقلّة حدوثها في المجتمع الجزائري ، أما المشرع المصري فقد تطرق إليها ليس من خلال قانون الوصية و لكن في المذكرة الإيضاحية له، حيث قال أن الموصى إذا ارتد فإن وصيته لا تبطل أخذاً في ذلك بقول الصحابين (2)

و هناك سبب آخر يؤدي إلى بطلان الوصية و هو في حالة ما إذا علق الموصى وصيته على شرط و لكنه لم يتحقق (3) كأن قال : إذا مت من مرضي هذا أو من سفري هذا ففلان كذا ، فلم يمت ، ففي مثل هذه الحالة تبطل الوصية ، لأنه علقها على شرط لم يتحقق.

(1) - الدكتور بدران أبو العينين بدران ، المرجع السابق ، ص 162

(2) - الدكتور : سعيد عبد السلام ، المرجع السابق ، ص 143

(3) - الدكتور بلحاج العربي ، لميراث و الوصية ، المرجع السابق ، ص 118

- الدكتور : وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 113

## المطلب الثاني

### مبطلات الوصية من جهة الموصي له.

هناك أسباب عديدة من جهة الموصي له تؤدي إلى بطلان الوصية، نذكر من بينها وفلسة الموصي له قبل الموصي، وورد الموصي له للوصية، وتعذر وجود الجهة الموصي لها. وسأتناول دراسة كل هذه الأسباب فيما يلي بداية من الأسباب التي نص عليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة.

## الفرع الأول

### وفاة الموصي له المعين، وورد الموصي له الوصية.

تنص المادة 8-201 من قانون الأسرة الجزائري على أنه " تبطل الوصية بموت الموصي له قبل الوصي، أو بردها " هذا ما أدى بي إلى أن أتعرض في هذا الفرع إلى أمرين : أولهما : وفاة الموصي له المعين قبل وفاة الموصي وأثره على صحة الوصية . ثانيهما : رد الموصي له الوصية كلها أو بعضها وأثره على الوصية .

**أولا : وفاة الموصي له المعين :**

إذا توفي الموصي له حال حياة الموصي بطلت الوصية له سواء علم الموصي بوفاته أو لم يعلم<sup>(1)</sup> وهذا هو رأي جمهور الفقهاء لأن الوصية تبرع وقد صادف الموصي له ميتا، فلا تصح قياسا على الهبة. ولأن الوصية لا تلزم إلا بوفاة الموصي و قبول الموصي له وبموته قبله أصبح غير أهل للتمالك<sup>(2)</sup> كما لا يصح صرف الموصي به إلى غيره من الورثة. وكذلك تبطل الوصية إذا مات الموصي له بعد الموصي وقبل ابتداء الإنتفاع في الوصية بالمنفعة<sup>(3)</sup> وبطلان الوصية بموت الموصي له المعين قبل موت الموصي نص عليه القانون الجزائري في المادة 201 المذكورة أعلاه بقوله " تبطل الوصية بموت الموصي له قبل الموصي، أو بردها "

(1) - أدمون كسبار، المرجع السابق، ص 37

(2) - الدكتور: مصطفى السباعي، و الدكتور عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 375

(3) - الدكتور: بتران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 164

وهذا هو رأي أكثر أهل العلم كما قال الشيخ علي الخفيف<sup>(1)</sup> وإلى هذا ذهب القانون المصري فقد نص في المادة 14 من قانون الوصية على أنه " تبطل الوصية إذا مات الموصي له قبل موت الموصي علم الموصي بموته أو لم يعلم " . كما جاء في المذكرة الإيضاحية أنه أخذ في ذلك بمذهب الحنفية<sup>(2)</sup>

### ثانياً: رد الوصية:

تبطل الوصية إذا ردها الموصي له بعد موت الموصي<sup>(3)</sup> فإذا ردها حال حياة الموصي فلا إعتداد بهذا الرد، عند جمهور الفقهاء<sup>(4)</sup> فله أن يقبلها بعد وفاته. أو يردها فتبطل الوصية، لأنه لا شيء يدخل في ملك الإنسان جبراً عنه سوى الميراث بمقتضى نص الشارع، فإذا لم يعطي للموصي له حق الرد فكأننا أئزمناه على قبول ملكية لا خيار له فيها. ويحصل الرد بقوله: رددت الوصية، أو لا أقبلها، وما في معناه .

وقد يحدث ويجزأ الرد، فيقبل الموصي له بعض الموصي به ويرد البعض الآخر كما إذا أوصى له بدار، وأرض زراعية فقبل الدار، وورداً الأرض الزراعية، ففي هذه الحالة تنفذ الوصية فيما قبلها وبطلت فيما رده. لأنه أدى بمصلحته<sup>(5)</sup> فيقبل ما يطيب له ويرد ما لا يرغب فيه.

وإذا كانت الوصية لجماعة فقبل بعضهم وردها البعض الآخر، نفذت في حق من قبلها وبطلت على من ردها . وإذا توفي الموصي له قبل الرد، كان الحكم في رد الورثة إياها كالحكم إذا ردها الموصي له لقيامهم مقاومة في القبول و الرد . وهذا ما نصت عليه المادة 198 من قانون الجزائري بقولها " إذا مات الموصي له قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الود " . وبطلان الوصية بردها من الموصي له نصت عليه المادة 201 من قانون الأسرة المذكورة أعلاه.

كل هذا في بطلان الوصية الإختيارية، أما الوصية الواجبة فإن الملك يتم فيها بمجرد الوفاة فهي لا تحتاج لآلى إيجاب من الموصي ولا إلى قبول من الموصي له، وعلى هذا فلا يؤثر فيها الرد سواء جاء حال حياة الموصي أو بعد وفاته<sup>(6)</sup> .

(1) - الشيخ: علي الخفيف، المرجع السابق، ص 202

(2) - الدكتور: سعيد عبد السلام، المرجع السابق، ص 143

(3) - الدكتور: أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 239

الدكتور: مصطفى السباعي، الدكتور: عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 376

الدكتور: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 116

(4) - وخالفهم في ذلك زفر من الحنفية، فذهب إلى أن رد الوصية حال حياة الموصي هو رد صحيح لأنه يرى أن الوصية تلزم بالموت فلا حاجة إلى قبول.

(5) - الدكتور: وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ص 19.

(6) - الشيخ: علي الخفيف، نفس المرجع، ص 262

## الفرع الثاني

### قتل الموصي عمدا، وتعذر وجود الجهة الموصى لها

أتعرض في هذا الموضوع إلى نوعين من المبطلات التي تؤدي إلى بطلان الوصية من جهة الموصى له، أولهما: قتل الموصي عمدا و عدوانا وثانيهما: تعذر وجود الجهة الموصى لها.

### أولا: قتل الموصى له الموصي عمدا.

تنص المادة 135 من قانون الأسرة الجزائري على أنه " يمنع من الميراث، قاتل المورث عمدا و عدوانا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا " .

وبعدها نصت المادة 188 على أنه " لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا " ، فإذا جنى الموصى له على الموصي جناية أدت إلى موته سواء كان العدوان قبل إنشاء الوصية كان يضر به فيجرحه ثم يوصي له فيموت متأثرا بالجروح التي ألحقها به الموصي له أو يكون القتل بعد إنشاء الوصية، ففي كلتا الحالتين يعتبر القتل مانعا من الوصية.

ولقد أخذ القانون الجزائري في هذا الشأن بمبادئ الفقه المالكي، فأشترط قتل الموصي له الموصي عمدا<sup>(1)</sup> فالعبرة إذن بالقتل العمد المباشر وليس بالقتل الخطأ، لأن هذا الأخير لا يعتبر مانعا من الإرث فمن باب أولى أن لا يكون مانعا تبطل به الوصية،<sup>(2)</sup> ولا فرق في القانون الجزائري أن يكون القاتل فاعلا أصليا أو شريكا، أو شاهد شهادة زور أدت إلى الحكم بالإعدام على الموصي، و هذا ما نصت عليه الفقرة الأولى و الثانية و الثالثة من المادة 135 من قانون الأسرة، وقد تكلمنا على هذا كله وغيره في الشروط الواجب توفرها في الموصى له أثناء الكلام عن شروط صحة الوصية في الباب الأول.

وتجدر الإشارة فقط إلى أن القتل المانع من الوصية عند الحنابلة هو القتل الموجب للقصاص، أو الكفارة، أو الدية، وهو القتل العمد وشبه العمد<sup>(3)</sup>.

### ثانيا: تعذر وجود الجهة الموصى لها .

يصح أن يكون الموصى له جهة من الجهات<sup>(4)</sup> أو عليه فتصح الوصية لأماكن العبادات والمنشآت الخيرية، كالمصالح والملاجئ وجهات البر بشكل عام كما تصح الوصية لمعاهد العلم والجامعات، سواء أكان الموصى به عينا كمكتبة، أم منفعة كأجرة دار أو محل تجاري وسواء كانت المنفعة مؤبدة أو مؤقتة.

(1) - القتل العمد شرعا: هو ما يوجب القصاص أو الكفارة عند المالكية.

(2) - نصت المادة 137 من قانون الأسرة على أنه "يرث القاتل خطأ من المال دون الدية أو التعويض

(3) - الشيخ: علي الخفيف، المرجع السابق، ص 257.

(4) - الدكتور: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 61.

ولا يشترط في الجهة أن تكون موجودة في الحال، لكن يشترط أن تكون محققة الوجود في الوجود في المستقبل (1) قياساً على جواز الوصية للمعدوم (2) وبالتالي فإن وجدت الوصية صرفت إليها الغلات و المنافع، فإن لم توجد وتعذر وجودها بطلت الوصية لتعذر وجود الموصى له (3).

---

(1) - الشيخ: محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص 68

(2) - قال بهذا الرأي الإمام مالك رضي الله عنه

(3) - الدكتور: بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 164

## المطلب الثالث

### مبطلات الوصية من جهة الموصى به.

تبطل الوصية من جانب الموصى به لسببين: هلاك الموصى به أو إستحقاقه وإرتأيت أن أخصص لكل سبب من هذين السببين فرعاً مستقلاً، رغم أنهما مرتبطين من حيث الحكم أو الأثر المترتب على كليهما.

### الفرع الأول

#### هلاك الموصى به

إذا تمت الوصية، وترتبت عليها أثرها المتمثل في ثبات المالك للموصى له ثم هلك الموصى به أو تغير<sup>(1)</sup> فإن تبعة هلاكه تكون على الموصى له باعتباره مال من أمواله، له زيادته نمائه وعليه يقع عبء هلاكه، لأنه في ملكه وضمائه تطبيقاً لقاعدة الغرم بالغنم<sup>(2)</sup>.

وقد علمت أن الملك لا يثبت للموصى له إلا من وقت القبول<sup>(3)</sup> وعلى ذلك فإن ما يصيب الموصى به قبل القبول من هلاكه أو تغير يقع على الموصى، لأنه في ملكه وتحت ضمائه، فيترتب على ذلك بطلان الوصية لإنعدام الموصى به أو لإنعدام محل الوصية، كذلك فإن الهلاك الذي يكون بعد القبول يؤدي إلى بطلان الوصية لكن كما قلت يقع الهلاك على الموصى له. و عليه فإذا هلك كل الموصى به المعين فإن الوصية تبطل، أما إذا هلك بعض الموصى به المعين فإنه يترتب على هذا الهلاك بطلان الوصية فيما زال من محلها.

أما إذا كانت الوصية بجزء شائع من عين معينة، قد هلكت كلها فكذلك تبطل الوصية في هذه الحالة لأن موضوع الوصية صار معدوماً<sup>(4)</sup>. لكن إذا كانت الوصية بسهم شائع من عين معينة كربع المال أو ثلثه فهلك بعض هذه العين الموصى بها، ففي هذه الحالة يأخذ الموصى له وصيته جميعها من الباقي إن وسعها، فإن لم يسعها أخذ الباقي كله، وبطل مسن وصيته بمقدار ما نقص عن الوصية.<sup>(5)</sup>

ولقد نص القانون المدني في القواعد العامة للعقود على أنه إذا كان محل الإلتزام

#### مستحيلاً كان العقد باطلاً باطلاً مطلقاً.<sup>(6)</sup>

- (1) - تغير الموصى به: معناه زوال اسمه وما يقصد منه.
- (2) - الدكتور: بلحاج العربي، الميراث والوصية، المرجع السابق، ص 319 الأستاذ: إلياس أبو عيد، المرجع السابق، ص 360.
- (3) - لأن القبول شرط لزوم، فيه تلزم الوصية بالاتفاق بين الفقهاء وهذا ما أقره المشرع الجزائري بنص المادة 197 من قانون الأسرة.
- (4) - الدكتور: أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 241.
- (5) - الشيخ: محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص 103.
- (6) - أنظر: المادة 93 من القانون المدني الجزائري.

الميت من وقت نزول هذا المرض، كما هو الحال بالنسبة إلى الورثة، بل إن تعلق حق الدائنين بهذه الأموال من وقت المرض أكثر فاعلية من تعلق حق الورثة بها.

ورغم هذه النقائص وغيرها فلقد حقق المشرع الجزائري الإنسجام القانوني بين قواعد قانون الأسرة وخاصة نصوص الوصية ونصوص الميراث، وقواعد قانون العقوبات، وكذا القانون المدني الذي أحال على قانون الأسرة في بعض المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، وهو بذلك كشف عن أصالة وبراعة النهضة التشريعية في الجزائر، ولن يكون هذا حقيقيا إلا إذا جعل أحكام الفقه الإسلامي هي الأساس للتشريع في جميع فروع القانون بمنهج أصولي وأسلوب علمي جديد.



## الفرع الثاني إستحقاق الموصى به

ومعنى الإستحقاق هو أن يتبين أن الموصى لم يكن مالكا للموصى به وقت الوصية فإذا إستحققت العين الموصى بها، فهذا دليل على أن الموصى لم يكن مالكا لها وقت الوصية، في حين أن ملكية الموصى للموصى به وقت الوصية شرط لصحتها، وهذا مأخذاً به المشرع الجزائري، حيث نصت المادة 190 من قانون الجزائري على أنه " للموصى أن يوصى بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة ". وعليه فإذا ثبت إستحقاق الغير للموصى به سواء كان ذلك قبل موت الموصى أو بعده أو قبل قبول الموصى أو بعده، فإن الوصية في هذه الحالة تبطل لأنه تبين أن الموصى قد أوصى بما ليس مملوكا له (1).

أما إذا كانت الوصية بكل العين: ثم ثبت إستحقاق بعضها كمن أوصى بهكتار يملكه وأوصى بهكتارين تملكهما البلدية (2) فإن الوصية تكون صحيحة فني جزء فيملك الموصى له الهكتار، وتبطل الوصية في الجزء المستحق-الهكتارين. وتطبق على إستحقاق الموصى به نفس الأحكام التي نطبقها على هلاك الموصى به .

وفي ختام هذا المبحث نشير إلى انه يوجد سبب آخر يجعل الوصية باطلة وهو الوصية التي تكون لوارث، وهذا عند المالكية حتي ولو أجازها الوارثة، عملا بقول رسول الله صلي الله عليه وسلم " لاوصية لوارث " رواه الترمذي (3).

(1) - انمون كسبار، المرجع السابق ، ص 37 .

الدكتور: بدران ابو العثيمين بدران ، المرجع السابق ، ص 164.

(2) - في هذا المجال نصت المادة 689 من القانون المدني الجزائري على انه " لا يجوز التصرف في اموال الدولة او حجزها، تملكها بالتقادم ... "

(3) - الدكتور: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، 117.

الخاتمة:

من خلال ما سبق دراسته في هذا البحث، نستنتج أن الوصية هي قرينة بتقريب بها الإنسان إلى الله عز وجل في آخر حياته و هي من صميم الدين ومن الأمور التي شرعها الله سبحانه لتمكين كل فرد من تحصيل الخير في الدنيا ولتدارك ما كان قد فاتته في حياته من أعمال البر التي تكون ذخرا له في آخرته.

والوصية بهذا تعمل على تقنين الثروة إذا كانت مكدسة لأنها عامل مساعد للميراث في توزيع الثروة والمال. ولا شك أن الوصية سبب من أسباب كسب الملكية عن طريق الوفاة، لأنه لما كان الإنسان حين الموت تنقطع صلته بأمواله بمجرد موته ويتعلق بها حق الغير وهم الوارثون ، كان مقتضى ذلك أن لا تصح وصايا الإنسان لأنها تصرف في التركة بعد الموت. ولكن لما كان في الوصية تلك المزايا الحسنة أجازها الشارع بالأدلة الشرعية قولا وعملا، وجعلها سببا من أسباب كسب الملكية التامة. كما جعلها طريقا لإنشاء حقوق الملكية الناقصة.

ولقد رأى المشرع أن الوصية هي تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت ينشأ بإرادة منفردة -و هي إرادة الموصي- غير أنه يجعل القبول بعد الوفاة شرطا للزوم الوصية وثبوت ملكية الموصى به.

ولا بد لإنشاء هذا التصرف القانوني من توفر الشروط الشكلية والتي منها التعبير عن الإرادة تعبيراً واضحاً لا لبس فيه ولا غموض، كما أنه يشترط لصحة الوصية وجوب توفر عدة الشروط. بعضها يمس الموصي والموصى له وبعضها الآخر يمس الموصى به.

وتعتبر الوصية تصرف غير لازم بمعنى أن الموصي يستطيع أن يرجع في الوصية صراحة أو ضمناً في أي وقت يشاء مادام على قيد الحياة، فإذا مات مصراً على وصيته وقبيلها الموصى له إنتقلت إليه ملكية الموصى به من تاريخ الوفاة ، وبترتيب على ذلك أنه يصبح مالكا لثمن وفوائد الشيء الموصى به من ذلك التاريخ.

كما رأينا فيما سبق أن للشخص -كأصل عام- حرية التصرف في كل أمواله أو بعضها، بتصرفات عوضية أو تبرعية.

ولكن إذا كان التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت كالوصية، فإن المشرع قد حدد النصاب الذي يمكن الإيصاء به حماية للورثة حيث أنه لا تنفذ وصاياهم في حق الورثة إلا في حدود الثلث وتنفذ فيما عدا ذلك بإجازتهم، ولا تنفذ حتى في حدود الثلث إلا بإجازتهم إذا كانت الوصية لو ارث.

ولقد أعطى المشرع التصرفات المريض مرض الموت و التصرف لو ارث مع احتفاظ المتصرف بحيازة العين و الإنتفاع بها مدى الحياة، نفس الحكم الذي أعطاه للوصية وذلك حماية لحقوق الورثة وبالتالي جعل هذه التصرفات تخضع لقاعدة التحديد و التقييد بمقدار الثلث.

ومن المقرر أن الوصية إذا وقعت مستوفية كما مقوماتها وشروطها تكون صحيحة غير لازمة، لكن قد يحدث ما يلغي الوصية أو يبطلها من جهة الموصي كزوال أهله بالجنون أو رجوعه عن وصيته قبل الوفاة.

كما قد تبطل من جهة الموصى له كموته قبل موت الموصي أو قتله للموصي، وتبطل أيضا إذا رد الموصلي له الوصية، وتبطل أيضا بأسباب ترجع إلى الموصي به كهلاكه أو استحقاقه.

ونظرا لأهمية الوصية وكثرة إنتشارها في الحياة العملية، الأمر الذي جعل المشرع الجزائري يهتم بمعالجتها ووضع شروطها وأحكامها من خلال قانون الأسرة، لكن ما يلاحظ على هذا الأخير أنه جاء بمبادئ عامة، وإهتم بكل ما هو عام ولم يتطرق إلى التفاصيل والجزئيات، مما يجعل كثيرا من المسائل المتعلقة بالوصية وبأحكامها تطرح بحدة. ومع أن هذا القانون قد أحال كل مالم يرد فيه نص إلى أحكام الشريعة الإسلامية، إلا أن هذا لا يكفي ذلك لأن آراء المذهب الواحد قد يختلفون في حكم المسألة الواحدة.

وعالية فقد وقع في مجموعة من التناقضات تم التطرق إليها في متن هذا البحث. ومن بينها ما جاء به نص المادة 408 الخاصة ببيع المريض مرض الموت فهذا النص خاطئ لأن تصرف المريض مرض الموت لأجنبي ينفذ في حدود الثلث دون حاجة إلى إجازة الورثة. ومن ثم فإنه يرجى من المشرع إعادة النظر في هذه المادة وصياغتها بحيث تتسجم مع المادتين 185 و 189 من قانون الأسرة.

وإن الإتجاه الجديد في قانون الأسرة الذي يقضي بعدم جواز الوصية للوارث إلا إذا أجازها الورثة يتماشى مع الآراء الإجتهدية ومع روح نظام الوصية ونظام الإرث الإسلاميين، وبذلك فقد خالف فيه القوانين العربية الأخرى التي عممت الحكم وأجازت الوصية للوارث في حدود الثلث دون إجازة الورثة.

بالإضافة إلى أن المشرع الجزائري قد نص على جواز الوصية بالمنافع والحقوق ولكن لم يبين طريقة تقدير الثلث فيها، في حين كان لابد عليه أن يتطرق إلى هذه المسألة نظرا لدقتها وكثرة الإيحاء بمثل هذه الوصايا.

كما يلاحظ أن المشرع الجزائري أنه قد أعطى حق الاعتراض على تصرفات المريض مرض الموت للورثة فقط دون دائني الموصى في حين لا بد من إستدراك هذا النقص وإعطاء الدائنين حق الطعن في تصرفات المريض مرض الموت وذلك لتعلق حقهم بأموال

## المراجع المعتمدة

أولا :المؤلفات

- 1- أحمد دكار :مسائل تطبيقية في الميراث و الوصية ،ديوان المطبوعات الجامعية ،1992.
- 2- الأستاذ :أحمد الحصري ،التركات و الوصايا في الفقه الإسلامي ،مكتبة الأقصى، الاردن ،1972
- 3- الإمام :أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد أبي أحمد بن رشد القرطبي،بداية المجتهد ونهاية المقتصد،الجزء الثاني،دار شريعة ،الجزائر،بدون ذكر السنة.
- 4- الشيخ :أحمد محي الدين العجوز،مناهج الشريعة الإسلامية،مؤسسة المعارض الطباعة و النشر،بيروت ،1983.
- 5- أحمد عمر أبو بكر ،الوصية وأحكامها،المطبعة العربية ،غرداية الجزائر،1986.
- 6-الدكتور :أحمد فراج حسين،أحكام الوصايا و الأوقاف في الشريعة الإسلامية ،الدار الجامعية ،بيروت،1983.
- 7-أدمون كسبار ،الوصايا والهيئات و الإرث،بدون ذكر النشر،1956.
- 8-الأستاذ :إلياس أبو عيد ،نماذج عقود وإتفاقات، الجزء الثاني ،بدون ذكر دار النشر،1993
- 9-الأستاذ :أنور طلبية،الوسيط في القانون المدني ،الجزء الثالث ،بدون ذكر دار النشر،1993.
- 10-السيد سابق ،فقه السنة ،الفتح للإعلام العربي ،القاهرة ،ومؤسسة الرسالة بيروت،الطبعة الثانية عشر،1996.
- 11-الدكتور :بدران أبو العينين بدران، الموارد الوصية والهيئة في الشريعة الإسلامية والقانون ،مؤسسة شباب الجامعة،القاهرة،1975.
- 12-الدكتور :بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري(الميراث و الوصية)، الجزء الثاني ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر،1994.
- 13-الدكتور:بلحاج العربي ، أبحاث ومذكرات في القانون و الفقه الإسلامي ،الجزء الأول ،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،1996.
- 14-جان باز،القانون العقاري اللبناني ،مكتبة لبنان،بيروت،1968.
- 15-الإمام :جلال الدين عبد الرحمن السيوطي الشافعي ،تتوير الحواك،شرح علي موطأ الإمام مالك ،الجزء الأول و الثاني ،دار الفكر ،بيروت ،بدون ذكر السنة.
- 16-الدكتور:جميل الشرقاوي ،الحقوق للعينية الأصلية ،حق الملكية،الكتاب الأول دار النهضة العربية ، القاهرة ،1974.

- 17-الدكتور:رمضان أبو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الأصلية ، الجزء الأول ،الدار الجامعية للطباعة و النشر،بيروت،1985.
- 18-زهود محمد ،الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية ،المؤسسة الوطنية للكتاب ،الجزائر ،1991.
- 19-الشيخ:محمد أبو زهرة ،شرح قانون الوصية ،دار الفكر العربي ،القاهرة ،1988.
- 20-الدكتور :محمد مبروك الالافي ،تتازع القوانين وتتازع الإختصاص القضائي الدولي ،منشورات الجامعة المفتوحة ،ليبيا ،1994.
- 21-الدكتور :محمد المنجي ،دعوى ثبوت الملكية ،دار الفكر العربي ، القاهرة،الطبعة الأولى 1990.
- 22-محمد جواد مغنية ،الوصايا و المواريث على المذاهب الخمسة ،الجعفري ،الحنفي ،المالكي ،الشافعي ،الحنبلي ،المكتبة الأهلية ،بيروت ،بدون ذكر السنة .
- 23-الدكتور :محمد حسنين ،عقد البيع في القانون المني الجزائري ،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر ،الطبعة الثالثة،1990.
- 24-الدكتور :محمد زكريا البرديسي ،الوصية ،دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الأولى،1971.
- 25-الدكتور محمد لبيب شنب ، شرح أحكام عقد البيع ،دار النهضة العربية ، القاهرة،بدون ذكر السنة.
- 26-محمد صبحي نجم ،محاضرات في المواريث و التركات و الوصايا ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر،1980.
- 27-الأستاذ:محمد ف-هر شقفة ،أحكام تصفية التركات و نظرية مرض الموت ،مؤسسة النوري للطباعة شر و التوزيع ،دمشق ،الطبعة الثانية ،1997.
- 28-الأستاذ :مرسل نصر ،و الأستاذ:حليم تقي الدين ،الوصية و الميراث عند الموحدين الدرور ،شركة الخدمات الصحافية و الطباعة،بيروت ،الطبعة الأولى،1983.
- 29-الدكتور :مصطفى السباعي ،و الدكتور :عبدالرحمن الصابوني ،و الأحوال الشخصية و التركات،مطبعة خالد بن الوليد، دمشق، الطبعة الرابعة،1976.
- 30-الدكتور :مصطفى محمد الجمال ،نظام الماكية ،منشأة المعارف بالإسكندرية، القاهرة ، بدون ذكر السنة.
- 31-الدكتور :محمد مصطفى شلبي ،أحكام الوصايا و الأوقاف ، دار الجامعة للطباعة و النشر ،بيروت،1982.
- 32-الأستاذ :نزيرة نعيم شلالا،الوصية ،الكتاب التاسع، المؤسسة الحديثة للكتابة،لبنان،1994.

- 33-الدكتور :عبد الحميد الشواربي، أحكام التركات في ضوء الفقه و القضاء منشأة المعارف بالإسكندرية ، القاهرة، 1990.
- 34-عبد الرحمن الجزائري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ،الجزء الثالث دار إحياء التراث العربي ،بيروت ،الطبعة السادسة ،1980.
- 35-الدكتور:عبد الرزاق السهنوري ،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،أسباب كسب الملكية ،المجلد التاسع ،دار النهضة العربية،القاهرة،1986.
- 36-الدكتور :عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ،1991.
- 37-الدكتور : عبد المنعم فراج الصده ،الحقوق العينة الأصلية ،النهضة العربية ،بيروت، 1978.
- 38-الدكتور :عبد المنعم شرف الدين ،أحكام الميراث و الوصية في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي ،دار الفكر الحديث للطبع و النشر ،الطبعة الأولى ،1962.
- 39-الشيخ :علي الخفيف ،أحكام الوصية ،معهد الدراسات العربية العالمية ،1962.
- 40-الدكتور :علي سليمان ،النظرية العامة للإلتزام (مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري)،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،الطبعة الثالثة،1992.
- 41-الدكتور :علي سليمان ،مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،1993.
- 42-الأستاذ:فتححي حسن مصطفى ،الملكية بالميراث في ضوء الفقه و القضاء ،منشأة المعارف بالإسكندرية ،القاهرة ،بدونة ذكر السنة.
- 43-الدكتور:سمير عبد السيد تتاغر،والدكتور:نبيل إبراهيم سعد ،النظرية العامة للإلتزام،الجزء الأول،دار المعرفة الجامعية ، القاهرة،1993.
- 44-الدكتور:سعيد عبد السلام ،المشاكل العملية في قانوني المواريث و الوصية ،منشأة المعارف بالإسكندرية،القاهرة،بدون ذكر السنة.
- 45-الإمام سيدي أحمد الدردير، الشرح الصغير ، الجزء الرابع ،مؤسسة العصر المنشورات الإسلامية ،الجزائر،1992.
- 46-الأستاذ :شهبون عبد الكريم ،شرح مدونة الاحوال الشخصية المغربية، الجزء الثاني ،دار نشر المعرفة،1987.
- 47-هاشم معروف الحسيني ،الوصايا و الأوقاف ،وارث الزوجة والعول والتعصيب،دار العلم،بيروت،الطبعة الأولى،1980
- 48-هاشم قيلان ،الوصية الواجبة في الإسلام ،مكتبة الفكر الجامعي ،بيروت،1981.

49-الدكتور :وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الثامن ،دار الفكر ،دمشق ،الطبعة الثالثة،1989.

### ثانيا: الرسائل الجامعية

- 1-محمد تقيّة بن أحمد ،الإرادة المنفردة كمصدر للإلتزام ، بحث للحصول على دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص ،جامعة الجزائر،1977.
- 2-محمدي سليمان ،كسب الملكية بسبب الوفاة (الميراث والوصية)،بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ،فرع العقود و المسؤولية، جامعة الجزائر 1988.

### ثالثا: البحوث و المقالات

- 1- الأستاذة : ليلى زروقي، التصرفات القانونية الواجبة الشهر و الآثار المترتبة عن القيد، مقال منشور بمجلة الموثق، وزارة المالية، الجزائر، لسنة 1998 ، العدد الخامس.
- 2- الشيخ : محمد أبو زهرة ، قانون الوصية و الجديد فيه، بحث منشور بمجلة القانون و الأقتاد، مطبعة فؤاد الأول، القاهرة، لسنة 1947، العدد الأول.
- 3-الدكتور : محمد زكي عبد البر، التصرفات الشرعية الإنفرادية في الفقه الإسلامي، مقال منشور بمجلة قضايا الحكومة، مطابع البلاغ، القاهرة لسنة 1965، العدد الثاني
- 4-الدكتور : محمد كامل مرسي بك، الوصية وإثباتها بغيرها من العود و الترفات، بحث منشور بمجلة القانون و الإقتصاد، مطبعة فتح الله، الأهرة، لسنة 1983 ، العدد الثاني.
- 5-الدكتور : سليمان علي علي، مقال حول قانون الأسرة الجزائري، منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية، منشورات المحكمة العليا ديوان المطبوعات الجامعية، جوان 1986 العدد الثاني.

### رابعا : النصوص القاتونية :

- 1- قانون الوصية المصري رقم رقم 71 لسنة 1946 الصادر بقرار من مجلس الشيوخ و مجلس النواب.
- 2- قانون الأحوال الشخصية في سوريا لسنة 1953.
- 3- مدونة الأحوال الشخصية في المغرب 7 مارس 1958.

- 4- القانون رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية رقم 78.
- 5- أمر رقم 75-74 مؤرخ في 12 نوفمبر 175 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية رقم 92.
- 6- مرسوم رقم 76-63 مؤرخ في 25 مارس 1976 يتعلق بتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية رقم 30.
- 7- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية رقم 29.
- 8- قانون رقم 88-27 مؤرخ في 12 جوان 1988 يتضمن تنظيم التوثيق، الجريدة الرسمية رقم 28.

#### خامسا : المجالات القضائية :

1. المجلة القضائية، منشورات المحكمة العليا، الجزائر، لسنة 1991، العدد الثاني.
2. المجلة القضائية، منشورات المحكمة العليا، الجزائر، لسنة 1992، العدد الثالث.
3. المجلة القضائية، منشورات المحكمة العليا، الجزائر، لسنة 1993، العدد الثاني.



الصفحة	الموضوع
01	مقدمة .....
03	الباب الأول : ماهية الوصية .....
04	الفصل الأول : مفهوم الوصية .....
04	المبحث الأول : تعريف الوصية الإختيارية و مشروعيها .....
05	المطلب الأول : تعريف الوصية الإختيارية .....
05	الفرع الأول : تعريفها لغة .....
05	الفرع الثاني : التعريف القانوني للوصية .....
08	الفرع الثالث : التعريفات الفقهية للوصية .....
12	المطلب الثاني : مشروعية الوصية و حكمها .....
12	الفرع الأول : مشروعية الوصية .....
13	الفرع الثاني : حكم الوصية .....
16	المطلب الثالث : مقارنة بين الوصية و الميراث .....
18	المبحث الثاني : الوصية الواجبة .....
18	المطلب الأول : معنى الوصية الواجبة و الأشخاص المستحقون لها .....
18	الفرع الأول : معنى الوصية الواجبة .....
20	الفرع الثاني : الأشخاص المستحقون للوصية الواجبة و الشروط الواجب توفرها فيهم .....
21	المطلب الثاني : مقدار الوصية الواجبة، وطريقة إستخراجها .....
21	الفرع الأول : مقدار الوصية الواجبة .....
22	الفرع الثاني : طريقة إستخراج الوصية الواجبة .....
23	المبحث الثالث : مجال الوصية .....
24	المطلب الأول : الوصية الواجبة .....
25	المطلب الثاني : الوصية بالحقوق .....
28	المطلب الثالث : الوصية بالمنافع .....
28	الفرع الأول : المقصود بالمنعة و حكمها .....

30	..... الفرع الثاني: أقسام الوصية بالمنافع
32	..... الفرع الثالث: أنواع الوصية بالمنافع
36	..... الفصل الثاني: تكوين الوصية وشروطها
35	..... المبحث الأول: ركن الوصية
35	..... المطلب الأول: الصيغة المنشئة للوصية
35	..... الفرع الأول: الإيجاب من الموصي ركن الوصية
42	..... الفرع الثاني: القبول في الوصية وردها
47	..... المطلب الثاني: الشروط المقترنة بالصيغة
47	..... الفرع الأول: إضافة الوصية
48	..... الفرع الثاني: تعليق الوصية على شرط
48	..... الفرع الثالث: إقتران الوصية بالشرط
51	..... المبحث الثاني: شكل الوصية وشهرها
51	..... المطلب الأول: شكل الوصية بالعقار
52	..... الفرع الأول: شكل الوصية في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية
50	..... الفرع الثاني: شكل الوصية في القانون المقارن
60	..... المطلب الثاني: وقت انتقال ملكية الموصى به وشهر الوصية
60	..... الفرع الأول: وقت انتقال ملكية المنقول والآثار المترتبة على ذلك
62	..... الفرع الثاني: شهر الوصية بالعقار
67	..... المبحث الثالث: شروط صحة الوصية
67	..... المطلب الأول: الشروط الواجب توفرها في الموصي
68	..... الفرع الأول: شروط الصحة في الموصي
72	..... الفرع الثاني: شروط نفاذ الوصية في الموصي
73	..... المطلب الثاني: الشروط الواجب توفرها في الموصى له
73	..... الفرع الأول: وجود الموصى له
74	..... الفرع الثاني: أن يكون الموصى له معلوما
75	..... الفرع الثالث: أن يكون الموصى له أهلا للتملك