

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة الدكتور مولاي الطاهر - سعيدة-

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق



الوصية في القانون الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر

التخصص: قانون الأسرة

تحت إشراف الأستاذ:

براهيمي براهيم مختار

من إعداد الطالبة :

صالحي زهراء

لجنة المناقشة :

رئيسا

سعيد بن يحيى

الدكتور:

عضوا مناقشا

عثماني عبد الرحمان

الدكتور:

مشرفا و مقررا

براهيمي براهيم مختار

الأستاذة:

السنة الجامعية 2014-2015

شكر و تقدير

أشكر الله العلي القدير الذي أنار لي درب العلم و المعرفة وأعانني على أداء هذا الواجب و وفقني إلى إنجاز هذا العمل، و أثني صلاتي وسلامي على نبيه الكريم عليه أركى و أطيب الصلاة و السلام.

كما أتوجه بجزيل الشكر والامتنان إلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد على إنجاز هذا العمل وفي تذليل ما واجهته من صعوبة، وأخص بالذكر الأستاذ المشرف "براهمي براهيم مختار" الذي لم يبخل علي بتوجيهاته، ونصائحه القيمة التي كانت عوناً لي في إتمام هذا البحث.

ولأيفوتني أن أشكر جميع أساتذة قسم الحقوق خاصة الأساتذة المشرفة على تخصص قانون الأسرة الدكتورة "مناذي مليكة" والأستاذة "نعار زهرة"، كما أتقدم بالامتنان والعرفان للأساتذة الكرام أعضاء لجنة المناقشة الموقرة على تفضلهم بمناقشة هذه الرسالة. و كل من ساهم في هذا الجهد سواء بالتشجيع أو المبادرة.

مقدمة:

الحمد لله يوافي ما تزايد من النعم، والشكر له على ما أولانا من الفضل والكرم، لا أحصي ثناء عليه هو كما أثنى على نفسه، ونسأله اللطف والاستعانة في جميع الأحوال، وحال حلول الإنسان في رسمه¹، والصلاة والسلام على محمد سيد العرب والعجم المبعوث لسائر الأمم وعلى آله وأصحابه وأزواجه وذريته وأمه أفضل الأمم وبعد .

يعتبر المال وسيلة لتحقيق مصالح العباد وليس هدفا في حد ذاته لنتنازع عليه الأمم والأفراد، وقد جعل الله المال وديعة في يد الإنسان إلى أجل معلوم ينتهي بموته وخروجه من الحياة الدنيا، وحيث أن المالك للمال هو الله عزّوجل و الإنسان خليفة، فكان من الضروري أن يتبع الإنسان أوامر المالك الحقيقي لهذا المال من إنفاقه في الطاعات وإعطاء من أمر الله بإعطائهم وتجنب الإسراف والتقتير و أن يدخر من المال لأخرته لأن ما عند الله خير وأبقى مما في هذه الدنيا وقال الله تعالى في كتابه العزيز: "وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه، فالذين آمنوا منكم وأنفقوا لهم اجر كبير".²

لقد أقام الإسلام العدالة الاجتماعية بين الأفراد المجتمع بشكل عام ، كما أقام العدالة بين أفراد الأسرة. فحث الإسلام على الوصية، لأقارب و الفقراء والمساكين والإنفاق في سبيل الله، وأعطى الإسلام كل ذي حق حقه بعد موت مورثه

فالوصية لها نظام دقيق قائم على الحق والعدل والرحمة وكذا نشر الخير لتحقيق المصالح الناس عامة.

لقد أحاط القانون حق الملكية بحماية كبيرة لكونه من أهم الحقوق العينية التي يتمتع بها الإنسان، كما أنه يكتسي مكانة هامة و مقدسة في مجتمعنا، لذا تولى المشرع بيان نطاق الملكية و وسائل حمايتها، و كذا القيود التي ترد عليها، و جرم الاعتداء عليها.

¹ الرمس :القبر

² سورة الحديد، الآية، 07

كما بين المشرع أيضا طرق اكتسابها من خلال نصوص القانون المدني الجزائري، و من أهم أسباب التي تتحقق بها الخلافة في المال سواء عن طريق الميراث أو الوصية، لذا فقد خصتها الشريعة الإسلامية الغراء، و من ثم القانون بالتنظيم المحكم و المفصل لأحكامها.

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

ويعرف التصرف القانوني بأنه اتجاه الإرادة إلى أحداث الأثر القانوني معين، أي الإرادة تعتبر جوهر التصرف، فهي التي تنشئه، وهي التي تحدث آثاره .

تنقسم التصرفات القانونية إلى تقسيمات متعددة بحسب الزاوية التي ينظر منها إليها فمن حيث البديل تنقسم إلى تصرفات بعوض و تصرفات تبرعية .

فالتصرفات بعوض هي التي يتلقى فيها كل من الطرفين عوضا لما أعطاه، أما التصرفات التبرعية هي التي يعطي فيها أحد الطرفين شيئا أي دون مقابل، وهذه التصرفات بدورها تنقسم إلى تصرفات صادرة من جانبين كالهبة و تصرفات صادرة من جانب واحد كالوصية التي تتعد بالإرادة الموصي وحده وكذا الهبة الذي يتم بإرادة الواهب .

طبيعة الموضوع :

إن هذا الموضوع لم يحظى بدراسة قانونية متخصصة لكل جوانبه النظرية و العملية خاصة، بل أن جل الدراسات عالجت أحد جوانبه و ذلك من زاوية خاصة، كالإشارة إليه عند الحديث عن أسباب كسب الملكية أو الحديث عن التصرفات في مرض الموت عند دراسة أحكام بعض العقود أو التصرفات التبرعية، و يرجع ذلك إلى تفرق أغلب أحكام هذا الموضوع بين الفقه الإسلامي و القانون المدني و قانون الأسرة .

إن تناول هذا الموضوع يرتكز أساسا على النصوص قانون الأسرة وقانون المدني

الجزائري

إن كان هذا الأخير يحيلنا إلى الأول باعتباره النص الخاص كل هذا لا يتأتى إلا بعرض أحكام الشريعة ومذاهب الفقهية بشأن كل نقطة مع عرض الأحكام القضائية دون الخوض في قوانين المقارنة.

أهمية الموضوع :

تكمن أهمية الموضوع في كونه يتعلق بعلم الميراث وهو أفضل العلوم وأشرفها من حيث:

- ارتباطه بمقصد أساسي من مقاصد الشريعة الإسلامية إلا وهو المحافظة على المال
- وضع الوصية الاختيارية في القانون في إطار الصحيح ومكانتها المحدد بالأدلة والنصوص

سبب اختيار الموضوع : تعددت الأسباب في اختيار موضوع البحث، وتفرعت إلى ذاتية وأخرى موضوعية.

فالأولى نتجت عن الرغبة في توسيع المعرفة و شعورنا بقيمة و أهمية هذا الموضوع في ظل الشريعة الإسلامية والقانون والميل الشخصي لدراسة قانون الأسرة، وخاصة موضوع الوصية.

أما الأسباب الموضوعية فترجع إلى :

- جهل أغلب الناس بأحكام الشرعية والقانونية للوصية الاختيارية المتعلقة بموضوع البحث لتوضيح أحكام الوصية الاختيارية وذلك بغية تسهيل المعرفة بها وتعم الفائدة.
- الخلاف الواقع بين الفقهاء الشريعة الإسلامية وبين التشريع الجزائري في الحكم الشرعي للوصية الاختيارية.
- استنباط مدى إمام المشرع الجزائري بالوصية وما قرر لها من نصوص قانونية.

الجهود السابقة :

من خلال التتبع واستقراء النصوص القانونية تبين لنا أن الموضوع الوصية قد تطرق له الفقهاء ولم يخلو كتاب من كتب الفقه من موضوع الدراسة.

كما تطرق الفقهاء والكتاب المعاصرين إلى الموضوع الوصية

الصعوبات:

لقد أقمنا أنفسنا في معالجة هذا الموضوع رغم الاختلاف في الآراء الفقهية و القواعد القانونية لكن رغم الصعوبات سنحاول جاهدين الإمام بالموضوع البحث وقد تجلت هذه الصعوبات في صعوبة فهم الكتب الفقهية وشرح المراجع القانونية منما أدى بنا إلى الإستعانة بالمراجع العامة والمصادر الفقهية، فضلا عن استعمال القرآن والسنة كمصدرين أساسيين وكذا ضيق الوقت باعتبار أنه موضوع شاسع.

طرح الإشكالية:

نظرا لأهمية كبيرة لهذا الموضوع في المجتمع فإن هذا ما يقودنا إلى إعداد هذه الدراسة لجل الأحكام و القواعد التي تتصل بالوصية وذلك من خلال طرح جملة من التساؤلات تمثلت في :

السؤال الرئيسي الأول : في ما تكمن الطبيعة الشرعية والقانونية للوصية ؟ والذي تمخضت عنه مجموعة من الأسئلة ؟ ما هي مختلف التعاريف التي أتى بها الفقهاء والمشرع الجزائري؟ في ما تجلت الطبيعة القانونية للوصية ؟ وما طريقة إنشاء الوصية في القانون الجزائري ؟

أما السؤال الرئيسي الثاني :في ما تمثلت أحكام الوصية ؟ والتي تفرعت عنها جملة من الأسئلة ما هي طريقة تنفيذ الوصية مبطلاتها؟ ما بيان التصرفات اللاحقة بالوصية ؟في ما تجلت طريقة الرجوع في الوصية وأحكامها في الشريعة والقانون الجزائري؟

فالإجابة علي هذه الأسئلة ارتأينا إتباع المنهج الدراسة وذلك للإضفاء على الموضوع طابع من القيمة العلمية و محاولة الإجابة على الإشكالية الرئيسية و التساؤلات الفرعية، تم

الاعتماد على مجموعة من المصادر الفقهية والقانونية، و تم الاستعانة بشبكة الانترنت للحصول على مجموعة من الدراسات السابقة التي تناولت زاوية من زوايا موضوع دراستنا.

ولتحقيق المبتغى تم استخدام المنهج الوصفي التحليلي لتحليل النصوص القانونية ، القانونية وكذا المنهج المقارن بعرض مواقف الفقهاء وموقف المشرع الجزائري والمنهج التاريخي لمعرفة ما كان معتمد عليه قبل صدور قانون الأسرة الجزائري. حيث تم تجميع مختلف المعلومات و الرؤى من أجل قدرتنا على الاطلاع الأوفر وعلى التعمق و التحليل واستخلاص النتائج و الدلائل المتعلقة بموضوع الدراسة.

تقسيمات وهيكل البحث :

سنحاول بقدر الإمكان الإجابة على إشكالية الدراسة، وتحقيق أهدافها من خلال تقسيم هذه الأخيرة إلى فصلين، كل فصل يحتوي على مبحثين، و كل مبحث بدوره يحتوي على مطلبين جاء الفصل الأول تحت عنوان: الطبيعة الشرعية والقانونية للوصية.

والفصل الثاني: أحكام الوصية في القانون الجزائري .

الفصل الاول :الطبيعة الشرعية والقانونية للوصية

الفصل الأول: الطبيعة الشرعية والقانونية للوصية:

الوصية من أسباب نقل الملكية في الإسلام، جاء نظاما مرتبطا بنظام المواريث إذ أن كلا منها يرد على مال الشخص بعد وفاته، فكل منهما خلافة يخلف فيه الوارث مورثة في تركته والموصى له فيما أوصى به

وإن كانت أولاهما إجبارية بحكم الشارع ولا دخل للمورث ولا للوارث فيها والثانية اختيارية تثبت بإرادة الموصي ومشية إذ قبلها الموصى له.

ومن هنا يتضح إن الشارع الحكيم قسم مال الشخص إلى قسمين، قسم تولى سبحانه وتعالى تقسيمه بين مستحقيه وهو الميراث وقسم آخر وكله إلى صاحب المال يضعه حيث يشاء بطريق الوصية، وجعل تنفيذها مقدما على الميراث.

إن هذا القسم الأخير هو الذي سيكون موضوع البحث، وقد شرعت الوصية كحاجة الناس إليها ليتدارك بها الإنسان ما فاتته في حياته من واجبات وليصل بها رحمه وذوي قرباه ممن لا يكون لهم حظ في ماله بالميراث.¹

وقد اختلفت تعاريف الفقهاء المسلمين في الوصية حتى أصحاب المذهب الواحد تعددت تعاريفهم التي سيتم تبيانها في هذا الفصل وكذا حكم الوصية شرعا ثم التطرق إلى تعريف الوصية في القانون الجزائري مع بيان طبيعتها القانونية وكذا شروطها.

¹ محمد مصطفى شبلي، أحكام الوصايا والأوقاف، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية للطباعة والنشر ببيروت، سنة، 1982 ص 10،9.

المبحث الأول: مفهوم الوصية من منظور الشريعة الإسلامية

إن تناول مفهوم الوصية يستلزم منا تعريف الوصية في المطلب الأول ثم التطرق في المطلب الثاني إلى مشروعيتها و حكم الوصية.

المطلب الأول: تعريف الوصية شرعاً:

لتحديد مفهوم الوصية لابد من التعرف بداية لتعريفها في المعنى اللغوي في الفرع الأول و المعنى الاصطلاحي الشرعي و كذا التعريف الذي أتى به الفقهاء الشريعة الإسلامية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: المعنى اللغوي :

الوصية: هي من وصيت الشيء أوصيته إذا وصلته و يقال: أرض واصمة أي متصلة النبات¹. كأن الموصي لما أوصى بها وصل ما بعد الموت بما قبله من نفوذ التصرف². وتكون مصدراً لمعنى الإيصال، يقال أوصى فلان بكذا يوصى إيصالاً، و الاسم الوصاية بفتح (الواو وكسرهما)

وهو أن يعهد إلى غيره في القيام بأمر من الأمور ، سواء أكان القيام بذلك الأمر في حال الحياة الطالب أمر كان بعد وفاته³.

¹ ابن منظور لسان العرب ، المجلد الخامس عشر، دار صادر للطباعة و النشر، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية ، سنة 1414هـ، ص. 394، 395.

² بن عبد الله الخرخشي، شرح مختصر الخرخشي، الجزء الثامن، دار الفكر للطباعة ببيروت، بدون سنة نشر، ص. 168.

³ وزارة الشؤون و الأوقاف الإسلامية، الموسوعة الفقهية إنشاء- أيم ، الجزء السابع ، طباعة ذات السلاسل الكويت الطبعة الثانية، سنة 1406هـ ، 1986م، ص. 205.

و الوصاية بالكسر مصدر الوصي و قبل الإيضاء، طلب الشيء من غيره ليعني على غيب منه حال حياته أو بعد وفاته . وجاء في حاشية الدسوقي الوصية هي مأخوذة من وصيت الشيء بالشيء إذا وصلته به .

يقال :أوصيت له أي بمال وأوصيت إليه أي جعلته وصيا فهما مختلفان¹.

يقال: أوصيت لفلان بكذا ، ووصيت ، وأوصيت إليه: إذا جعلته وصيا، ومن عنده وديعة أو في ذمته حق لله تعالى كزكاة وحج، أو دين لأدمى ، يجب عليه أن يوصي به إذ لم يعلم به غيره و يستحب أن يوصى من له مال، و تعجيل الصدقة في الصحة ثم في الحياة أفضل ، و إذا أراد أن يوصي، فالأفضل أن يقدم من لا يرث من قرابته، و يقدم منهم المحارم، ثم غير المحارم، ثم يقدم بالرضاع، ثم بالمصاهرة، ثم بالولاء، ثم بالجوار، كما في الصدقة المنجزة².

الفرع الثاني: الوصية في المعنى الشرعي:

اختلف الفقهاء في تعريف الوصية و تعددت تعاريفهم و ذلك بسبب اختلافهم في كون الوصية عقدا أو تصرف في المال أو أنها تشمل الوصية و الإيضاء، أمر تقتصر على الوصية و من بين هذه التعريفات.

أولاً: تعريف الوصية في الفقه الحنفي .

فقد عرفها زادة"بأنها تملك مضاف إلى بعد الموت على سبيل التبرع عينا كان أو منفعة"³.

¹ حاشية الدسوقي، الشرح الكبير، كتاب الوصايا، المجلد الرابع، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت لبنان، سنة 1919هـ، 1998م، ص.657.

² النووي الدمشقي: روضة الطالبين، كتاب الوصايا، المجلد الرابع، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، سنة 1429هـ، 2002م، ص.1309.

³ زين الدين بن ابراهيم ابن نجميم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، كتاب الوصايا، الجزء الثامن، الطبعة الثانية، دار الكتاب الإسلامي، بدوى سنة نشر، ص.143.

شرح التعريف:

تمليك: يقصد به ملك الشيء و التصرف فيه بوصف الاختصاص، و تشمل العقود التي تنقل ملكيتها كالبيع و الهبة وغيرها.

مضاف إلى ما بعد الموت: قد خرج به التملك بعوض حال الحياة كالبيع و خرجت الهبة لأنها تملك بغير عوض في حال الحياة بطريق التبرع.¹

على سبيل التبرع: قد خرج به التملك بعوض كالبيع و الإجازة و خرج به العارية كونها تملك للمنفعة بطريق التبرع حال الحياة، عينا كان أو منفعة، يشمل ملك الأعيان و ملك المنفعة.

ثانيا: الوصية في الفقه المالكي

"عقد يوجب حقا في ثلث مال عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده"².

شرح التعريف:

عقد: اتفاق بين طرفين يلزم فيه كل منهما تنفيذ ما تم الاتفاق عليه و لا بد فيه من إيجاب و قبول.

يوجب حقا: أي يثبت حقا أو يثبت ملكية.

في ثلث مال عاقده: أي مقدار الحق الذي يثبت بموجب العقد في مال الموصي لا يتجاوز ثلث المال.

يلزم بموته: أي أن العقد يكون لازما بعد موت الموصي أما قبل الموت، فلا يكون العقد لازما.

¹ ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، الجزء السادس، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، سنة 1412هـ، 1992م، ص. 648.

² محمد بن احمد عليش، منح الخليل شرح مختصر خليل، كتاب الوصايا، الجزء التاسع، بدون طبعة، دار الفكر القاهرة، مصر، سنة 1409هـ، 1989م، ص. 503.

أو نيابة عنه بعده: أي نيابة عن الموصى في التصرف فالموصى أما أن يوصي بإقامة نائب عند موته أي موصي على أولاده الصغار من بعده و لما أن يوصي بمال.

ثالث: الوصية في الفقه الشافعية:

"بأنها تبرع بحق مضاف لما بعد الموت و لو تقديراً" ¹.

شرح التعريف:

تبرع: أي تملك بغير عوض و لا وجوب.

بحق: أي بنصيب واجب.

مضاف لما بعد الموت: أي يلزم هذا الحق بالموت مباشرة .

ولو تقديراً: أي كأن يقول أوصيت له بكذا دون أن يقول بعد موتي لأن لفظ الوصية صريح و إن لم يذكر بعدها لفظ الموت.

رابعاً: الوصية في الفقه الحنبلي :

"الأمر بالتصرف بعد الموت أو تبرع بالمال بعد الموت" ².

شرح التعريف:

الأمر: يقضى النهي، و المقصود طلب فعل من أحد، ويكون الأمر من الموصي إلى الموصى له .

¹ النووي الدمشقي، روضة الطالبين و عمدة المفتين، الجزء التاسع، المكتب الإسلامي، بدون طبعة، سنة 1412هـ 1991م، ص. 97.

² عبد الله الحنبلي، المبدع في شرح المقلع، كتاب الوصايا، الجزء السادس، المكتب الإسلامي، بدون طبعة، سنة 1421هـ، 2000م، ص. 03 .

بالتصرف: مصدر تصرف، و هو ما يصدر عن الشخص بإرادته، و يرتب عليه الشرع أحكاماً مختلفة.¹

بعد الموت: قد خرجت به الوكالة حيث أنها التصرف حال حياة الإنسان .

أو التبرع: بذل المكاف مالا أو منفعة لغيره في الحال أو المال بلا عوض بقصد البر و المعروف غالباً.²

بالمال: اسم لما يملكه الإنسان من جميع الأشياء و له قسيمته.

بعد الموت: قد خرج به الهبة لأنها تبرع حال الحياة .

الاستنتاجات من التعريفات:

من خلال النظر في التعريفات التي أتى بها الفقهاء الأربعة فإننا نجد أن:

تعريف الحنفية و الشافعية اقتصر على الوصية بمعنى التبرع بالمال إذا أضيف إلى ما بعد الموت و لا يشمل الإيضاء كجعل الغير وصياً على أولاده من بعده.

أما تعريف المالكية و الحنابلة فيشمل كل من الوصية و كذا الإيضاء و يجمع بينهما.

¹ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، تشبه-تعليق، الجزء الثاني عشر، الطباعة ذات السلاسل الكويت، الطبعة الثانية، سنة، 1408هـ، 1988م، ص. 71.

¹ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، تأييد- تحيات، الجزء العاشر، الطبعة الثانية، الطباعة ذات السلاسل، الكويت، سنة، 1407هـ، 1987م، ص. 65.

المطلب الثاني: مشروعية و حكم الوصية:

نتناول هذا المطلب مشروعية الوصية في الفرع الأول ثم حكم الوصية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مشروعية الوصية:

الوصية شرعت لحاجة الناس إليها لان الإنسان مغرور بأمله، مقصر في عمله، فإذا عرض له عارض و خاف الهلاك، فإنه يحتاج إلى تعويض ما فاتته من التقصير، فشرعها الحكيم تمكننا من العمل الصالح و قضاء حاجته عند احتياجه إلى تحصيل المصالح¹.
الوصية مشروعة من الكتاب و السنة و الإجماع و القياس.

أولاً: القرآن الكريم:

في القرآن الكريم آيات كثيرة تفيد جواز الوصية منها قوله تعالى في آيات المواريث من سورة النساء بعد أن عدد أصناف من الورثة وانصبتهم " من بعد وصية يوصى بها أو دين"².

و قوله أيضا " من بعد وصية توصون بها أو دين"³.

¹ أحمد محمود الشافعي، أحكام المواريث و الوصايا و الوقف في الشريعة الإسلامية، دار الهدى للطبوعات، الإسكندرية، سنة 2004، ص. 293.

² سورة النساء، الآية، 11.

³ سورة النساء، الآية، 12.

أجمع العلماء من السلف و الخلف على أن الدين مقدم على الوصية و ذلك عند إمعان النظر يفهم من نحوى الآيات القرآنية بأن تكون الوصية بالعدل لا على الأضرار والجور و العتق بأن الحرم بعض الورثة أو ينقص أو يريد على ما فرض الله من الفريضة ، فمن سعى في ذلك كان كمن ضاد الله في حكمه و شرعه¹

و قوله تعالى في سورة البقرة " كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين و الأقربين بالمعروف حق على المتقين"².

فالآية نص صريح في طلب الوصية للوالدين و الأقربين ممن حضرته الوفاة، و له مال يوصى فيه، فتنفيذ مشروعيتها إذ غير المشروع لا يطلب حصوله.

وقوله تعالى في سورة المائدة " يا أيها الذين أمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان نوا عدل منكم"³.

قيل شهادة اثنين حذف المضاف و أقيم المضاف إليه مقامه و قيل دل الكلام على تقدير أن يشهد اثنان

و قوله تعالى " نوا عدل" وصف الاثنين بأن يكون عدلين. و قوله "منكم" أي من المسلمين⁴.

فقد ندب الله سبحانه و تعالى في هذه الآية إلى الشهادة على الإيصاء على الوصية وقت الموت أثناء السفر، فدل ذلك على أن الوصية مشروعة، و لو لم تكن مشروعة لما ندب الله إلى الإشهاد على الإيصاء.

ثانياً: السنة النبوية الشريفة:

¹ ابن كثير، تفسير القرآن الكريم، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ،دار الإمام مالك ، الجزائر، سنة 1427 هـ ،2006م ص .718.

² سورة البقرة، الآية، 180.

³ سورة المائدة ، الآية، 106 .

⁴ ابن كثير، تفسير القرآن الكريم ، الجزء الثاني، دار الإمام مالك،الجزائر، الطبعة الأولى،سنة 1427 هـ،2006م،ص.

في السنة من أحاديث الأحكام و روايات كثيرة تفيد جواز الوصية و تدل على مشروعيتها.

1- ما رواه سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه " قال " جاءني رسول الله صلى الله عليه و سلم يعودني من وجع أشد بي ، فقلت : يا رسول الله، إني قد بلغ مني الوجع ما ترى و أنا ذو مال و لا يرثني إلا ابنة لي، أفأصدق بثلثي مالي قال: لا قال قلت أفأصدق بشطره قال لا الثلث و الثلث كثير أنك ان تذر ورثتك أغنياء خبر من أن تدعم عاله يتكفون الناس" رقم الحديث 1628¹.

ففي هذا الحديث الوصية بالثلث فلو لم تكن مشروعة ما أجازها الرسول الكريم صلى الله عليه و سلم.

2- ما ورد عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه، إن رسول الله صلى الله عليه و سلم: " ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا و وصيته مكتوبة عنده" رقم الحديث 2587².

3- ورد عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: " أن رجلا قال للنبي صلى الله عليه و سلم أن أبي مات و ترك ملا و لم يوصي فهل يكفر عنه أن أتصدق عنه قال نعم" رقم الحديث 1630.

4- ما ورد عن أنس رضي الله عنه قال: " قال رسول الله صلى الله عليه و سلم " المحروم من حرم وصيته" . أخبر عليه الصلاة و السلام إن الله تبارك و تعالى جعلنا اخص بثلث

¹ محمد بن إسماعيل البخاري المعفى، صحيح البخاري مع حاشية السندي، باب الوصية بالثلث ، دار السلام ، الرياض، ص . 1251.

² صحيح البخاري، المرجع السابق، ص. 1005.

أموالنا في آخر أعمارنا، لنكسب زيادة في أعمالنا، و الوصية تصرف من ثلث المال في آخر العمر زيادة في العمل و الأجر، فكانت بذلك مشروعة.¹

ثالثاً: الإجماع

فإن الأمة من ميلاد رسول الله صلى الله عليه و سلم إلى يومنا هذا يوصون من غير إنكار من أحد فيكون إجماعاً من الأمة على ذلك و القياس يترك بالكتاب و السنة والإجماع مع ما يفضي بالجواز و هو أن الإنسان يحتاج إلى أن يكون ختم عمله بالقربة زيادة على الأجر، و تدارك لما فرط في حياته و ذلك بالوصية.

و هذه العقود ما شرعت إلا لحوائج العباد، فإذا كانت حاجتهم إلى الوصية وجب القول بجوازها² منذ عصر الصحابة.

و يروى تاريخ الصحابة نماذج من وصاياهم، فقد أوصى أنس بن مالك، و أوصى عبد الله بن مسعود، وأوصى أبو الدرداء، و أوصى غيرهم دون معارض من أو مخالف. هكذا تواتر الإجماع عن الصحابة صريحا و سكوتيا لصحة الوصية و مشروعيتها.

رابعاً: المعقول

إن العقل يجيز الوصية لأن الإنسان مغرور، و عمله يتسم بالتقصير لذا فهو يحتاج في حياته إلى الطاعات و القربات زيادة في الخير كما يحتاج إلى تدارك ما فاته في حياته وسبيل ذلك الوصية³.

الفرع الثاني: حكم الوصية و حکمتها.

أولاً: حكم الوصية.

¹ محمود علي محمود نجي، رسالة ماجستير، أحكام الوصية في الفقه الإسلامي، لطلبة الدراسات العليا في جامعة النجاح بنابلس، فلسطين، سنة 2010، ص. 26.

² أبو بكر مسعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الجزء السابع، دار الكتب العلمية بدون بلد النشر الطبعة الثالثة، سنة 1406هـ، 1986م، ص. 1002.

³ ريم عادل الأزعر، الوصية الواجبة، رسالة ماجستير، كلية الشريعة و القانون في الجامعة الإسلامية، بغزة، سنة 1429هـ، 2008م، ص. 12.

المراد بحكم الوصية هو بيان حكمها الشرعي من حيث كونها مطلوبة الفعل أو الترك أو التخيير من الفعل أو الترك.

الحكم عند الأصوليين، ثلاثة إطلاقات، تختلف باختلاف الاعتبارات.

الحكم الأول: أن نقصد بالحكم صفة الشرعية، من حيث كونه مطلوب الفعل أو الترك و من حيث التخيير بينهما و هذا هو الحكم التكليفي و المكلف فيه على خمسة أقسام، هي الواجب المندوب، الحرام، المكروه و المباح.

الحكم الثاني: إن نقصد بالحكم صفة التصرف التي تظهر أثرها في اعتباره أو عدم اعتباره نتيجة موافقة للطلب أو عدم موافقة و هذا هو حكم الوضعي و التصرف بعد الاعتبار يتنوع إلى صحيح و غير صحيح، و موقوف و لازم و غير لازم.

الحكم الثالث: إن يقصد بالحكم الأثر المترتب على التصرف باعتبار ما تحقق له من صفات كثيرون الملكية مثلا أو عدم ثبوتها.

أ- الحكم التكليفي للوصية:

يرى الظاهرية أن الوصية واجبة للوالدين و الأقربين الذين لا يرثون، ويرى ابن حزم إنها واجبة بإطلاق على كل من ترك مالا، و ذهب جمهور الفقهاء¹ إلى أنها ليست واجبة على كل ما ترك مالا، و لا للوالدين و الأقربين، و إنها الأحكام التكلفية الخمسة و على هذا الاعتبار تنقسم الوصية إلى واجبة و مندوبة، و مباحة، و مكروهة و محرمة. ما ذهب إليه الجمهور، وهو أن الوصية ليست واجبة على كل من ترك مالا، خلاف لأبن حزم، لأن النبي (صلى الله عليه وسلم) مات و لم يوصي، ولو كانت واجبا ما تركها، باعتبار أن الكثير من الصحابة لم ينقل عنهم وصية².

أ - الوصية الواجبة:

¹ جمهور الفقهاء: الشافعية والحنفية والمالكية والحنابلة .

² محمد كمال الدين إمام، الوصية و الوقف في الإسلام مقاصد و قواعد، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، سنة، 1999، ص. 39.

وهي الإيضاء بما وجب في ذمة الموصي من حقوق الله تعالى، إذا فرط فيها من زكاة و حج و غير ذلك، و حقوق العباد التي لا تعلم إلا من جهة الموصي مثل الدين الوديعة لأن الله فرض أداء الأمانات و طريق إلى ذلك الوصية فتكون بذلك واجبة.

ب- الوصية المندوبة:

هي الوصية في وجوه البر و الأقرباء الذين لا يرثون، و هي التي كان فيها الموصى ذا مال و كذا و رثته أغنياء فالوصية هنا مندوبة على رأي الجمهور، الأمة الأربعة خلافا لأبن حزم الذي يراها واجبة.

ج- الوصية المحرمة: هي الوصية بما حرم الله عزوجل فعله، و وضع استعمالها وهي:

- ما زاد عن الثلث يقصد الأضرار بالورثة و يمنعهم في أخذ نصبهم من الشركة لورود

النهي عنه في حديث سعد رضي الله عنه. "الثلث و الثلث كثير"

- إذا كانت الوصية لوارث.

- استعمال الوصية في وجوه الشر كالوصية بالخمير، كإقامة الملاهي.

- الوصية هنا فيها معصية لله عزوجل ورسوله كريم (صلى الله عليه وسلم) مصداقا

لقوله تعالى: "و من يعص الله و رسوله و يتعد حدوده يدخله ناراً خالداً فيها و له عذاب مهين".¹

د- الوصية المكروهة: تتكون هذه الوصية إذا كان مال الموصى قليلا وورثته محتاجون لأنه

في هذه الحالة يضيق على وراثته لقوله صلى الله عليه و سلم: " إنك أن تذر وراثتك أغنياء،

خير من أن تذرهم عائلة يتكففون الناس" رقم الحديث 1628.²

ه- الوصية المباحة: و هي الوصية الأغنياء من الأقارب و الأبعد ممن ليسوا من أهل

العلم أو الصلاح أو الحاجة.

¹ سورة النساء ، الآية، 13.

² صحيح البخاري، نفس المرجع، ص. 1251.

2- الحكم الوضعي للوصية:

أما حكمها بالمعنى الثاني، كما يقول الشيخ الكشكي وهو الصفة الشرعية التي تتصف بها نتيجة لموافقتها للطلب أو عدم موافقتها له ، و هو الحكم الوضعي الذي له أثر في اعتبارها أو عدم اعتبارها¹ على النحو التالي:

أ- تكون الوصية صحيحة تترتب عليها أثارها عند كل مذهب من مذاهب الفقهاء إذا استوفت أركانها و شروطها في هذا المذهب، و تكون غير صحيحة إذا فقدت ركنا أو شرطا من شرائط صحتها فلا يترتب عليها شيء من الآثار كوصية المجنون و غير المميز.²

ب- الوصية الصحيحة تكون نافذة في كل مذهب إذا استوفت شرائط النفاذ التي اشترطها علماء المذاهب و تكون غير نافذة إذا فقدت شرطا منها، كوصية المدين بدين مستغرق مثلا فإنها تكون موقوفة على إجازة صاحب الحق المتعلق بها.

3- أثر الوصية:

وهو الحكم بالمعنى الثالث: أي من حيث الأثر المترتب عليها وهو ثبوت الملك الموصى له من الموصى به في الوقت الذي حدده الموصي.

أ - الوصية المؤقتة:

إذا كان قد حدد الموصي وقتا للوصية، كأن يقول هذا العقار أوصية به لفلان بعد موتي سنة مثلا، و قبل الموصى له الوصية، سواء كان قبله لها عند الموت أو عنه الوقت المحدد لها، ثبت الملك من وقت القبول.

ب الوصية المطلقة:

¹ محمد كمال الدين إمام، نفس المرجع السابق، ص 40،41.

² يراجع الفصل الأول من المطلب الثاني إنشاء الوصية، في نفس البحث ، ص 34 وما يليها.

إذا كانت الوصية مطلقة و لم يحدد لها الموصي وقتا فحكمها ثبوت الملك الموصى له في الموصى به وقت موت الموصي، لا وقت الوصية لأن الوصية ليست بتمليك عند الموت إذا استوفت أركانها و شروطها و زالت موانعها.
ثانيا: **حكمة تشريع الوصية:**

لقد اقتضت حكمة التشريع الإسلامي مراعاة الصالح العام للمسلمين في تشريعات المتنوعة، فالتشريع الإسلامي الخالد يهدف إلى جلب كل ما تحققت فائدته، ودرء كل ما تحققت مفسدته دائما، ومن هذا التشريع تشريع الوصية، لشدة حاجة الناس إليها لزيادة حسناتهم قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : " إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم"¹.

فالإنسان مجبول على حب المال و الحرص عليه، و لهذا فإنه قد يعتريه التقصير و الغفلة في أداء واجباته و التزاماته، و أعمال البر، ثم يثبت لرشده، و يبدو له ما قصر فيه، فيجد تشريع الوصية بغية حاجته في تعويض هذا التقصير سواء كان في جانب نفسه أو غيره، فبهذا لم يشأ الشارع الحكيم أن يسد باب الخير و يمنع تدارك ما فات ، فأجاز التصرف في جزء من المال في حدود الثلث، ليكون زيادة في الحسنات قبل انقضاء الأجل.

و من حكمة هذا التشريع أيضا مايلي:

- مكافأة من أسدى إليه في حياته معروفا.
- المساهمة بعض المشاريع الخيرية التي تخدم الأمة الإسلامية.
- إمداد البر و الصلة لبعض أقارب الموصى غير الوارثين، و دفع الفقر.
- مساعدة الفقراء و المساكين من أبناء الأمة و غزالة أسباب الحقد في نفوسهم هذه بعض الحكم من تشريع الوصية، التي يعمر خيرها الموصي و الموصى له و الأمة بشكل عام.
- هذا و في نفس الوقت قد حرص الإسلام على حق الورثة، فلم يجز الوصية بأكثر من الثلث.

¹ أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه و القانون، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان سنة 1430هـ ، 2009م، ص. 108، 109.

المبحث الثاني: الوصية في القانون الجزائري:

تعد الوصية من أهم التصرفات القانونية العديدة في التشريع الجزائري الحياة العملية، باعتبارها من أهم التبرعات بالأموال بعد الموت.

لذا نجد قانون الأسرة الجزائري 02/05¹ قد عالج أحكامها ووضع شروطها المواد من

184 إلى 201.

المطلب الأول: مفهوم الوصية في القانون الجزائري وطبيعتها

لتحديد مفهوم الوصية لابد من التعرض بداية لتعريفها في الفرع الأول، ثم تحديد طبيعتها.

الفرع الأول: تعريف الوصية قانونا

نص المشروع الجزائري في المادة 775 من القانون المدني الجزائري أنه "يسري

على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص المتعلقة به" الأمر الذي يستفاد منه أن

¹ القانون: 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق 09 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة والذي تم تعديله بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 10/17/2005 المنشور في جريدة الرسمية الجزائرية، عدد 15، سنة 2005 الصادر بتاريخ 18 محرم عام 1426 هـ الموافق لـ 27 فبراير سنة 2005، الصفحة، 18.

المشروع لم ينظم الوصية ضمن نصوص القانون المدني الجزائري وإنما قانون الأسرة وبالرجوع إليه نجد أن المشروع عالج أحكام الوصية ووضع شروطها في الفصل الرابع الخاص بالتبرعات.

فعرف الوصية في المادة 184 من قانون الأسرة بأنها "تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"

فالوصية هي التصرف في المال لا ينفذ إلا بعد الموت الموصي، وهي تصرف دون معاوضة كمبدأ عام، فهي من التبرعات، وعلى ذلك فإن المال الموصى به يبقى تحت حيازة الموصى والذي ينتفع به لغاية وفاته، وتبعاً لذلك يجوز للموصى الرجوع في الوصية كما سيتم شرحه لاحقاً¹

المقصود بكلمة "تمليك" الواردة في النص أن الوصية قد تكون بالأعيان سواء أكانت منقولا أو عقاراً أو بالمنافع كسكن الدار أو زراعة الأرض²

المراد بعبارة "مضاف إلى ما بعد الموت" أن أثر الذي تم في حياة الموصي لا يترتب إلا بعد موته، ومن ثم يخرج من نطاقها التصرف الواقع في الحياة كالهبة مثلاً.

أما المقصود بكلمة "التبرع" فهو أن الوصية تتم بدون عوض باعتبارها مالا أو هبة الموصي في ماله تطوعاً بعد موته، ومن ثم لا يأخذ الموصي مقابله لوصيته.

وتنص المادة 190 من نفس القانون على أنه "للموصي أن يوصي بالأموال التي يمتلكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة".

تتم الوصية حال حياة الموصي، إذ بموته لا يستطيع التصرف في أمواله، كما أنه لا يتصرف إلا في الأموال التي تدخل في ذمته المالية حال حياته سواء أكانت أملاكاً أو حقوق

¹ لحسن بن شيخ أث ملويا، قانون الأسرة، نصا وشرحا، دراسة تفسيرية المعدل والمتمم بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، دار الهدى للطباعة، سنة 2014، ص.159.

² شيخ نسمة، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، (الهبة، الوصية، الوقف)، دار الهومة للطباعة والتوزيع، الجزائر، ب ط، سنة 2012، ص. 178.

انتفاع ، فالوصية لا تصدر إلا عن مالك أو صاحب حق الإنتفاع، والتي في ذمته فإنها تصح وتقبل التنفيذ، وعلى ذلك لا تجوز الوصية في المال مستقبلي للموصي، والذي يحتمل أن يدخل فيها.¹

الوصية في الاصطلاح الشرعي تعريفات متعددة، ولكن أقربها وأشملها بنص في أن الوصية تمليك خاص مضاف إلى ما بعد الموت عن طريق التبرع، فهذا التعريف جامع ومانع يشمل كل شيء يوصي الشخص بعد وفاته، كما يشمل إقامة الموصي على أولاده الصغار ورعايتهم²

بذلك فإن التعريف القانوني جاء جامع وشامل لجميع أنواع الوصايا سواء كانت واجبة أو مندوبة، وسواء كانت بالمال أو غيره.

وقد استقر القضاء الجزائري على اعتماد نفس التعريف الوارد بنص المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري، المذكور أعلاه، بحيث قضت المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 02 ماي 1995 بما يلي "من المقرر قانون الوصية هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع وهي مقدمة على التركة"³

أما حصر مقدار الوصية بالثلث، وأن ما زاد على ذلك يتوقف تنفيذه على قبول الورثة، فإن ذلك يعني أن الشخص لا يصح منه أن يتبرع بأكثر من ثلث ماله، وإن أوصى وتبرع بأكثر من الثلث فإن الوصية تكون غير منجزة إلا إذا أجازها الورثة. ولا تجوز الوصية لأحد الورثة بثلث مال الموصي إلا إذا أجازها الورثة ولم يعارضون.⁴

¹ لحسن بن شيخ أث ملويا ، المرجع السابق ،ص. 154.

² بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة (الميراث والوصية) الجزء الثاني ، بدون طبعة ، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،سنة 1994، ص230.

² قرار المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 116375، الصادر بتاريخ 1995/05/02، منشور بمجلة القانونية ، العدد الأول ،سنة 1996، ص108 .

أي أن يعطي المتوفى مستحقين الوصية في حدود الثلث¹، وهذا تنفيذا لما ورد النص عليه في نص المادة 189 من قانون الأسرة التي جاء فيها " لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي "

قد تم تباين مفهوم الوصية من الناحية القانونية في الفرع الأول، وسنحاول في هذا الفرع معرفة الطبيعة القانونية للوصية.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للوصية

تعتبر التصرفات الانفرادية من مصادر الالتزام، غير أن موقعها بين هذه المصادر يختلف من نظام قانوني لآخر، في حين بعض القوانين لا تعرف التصرفات الانفرادية كمصدر من مصادر الالتزام²، لذلك سيتم معالجة الطبيعة القانونية للوصية في فرعين: الفرع الأول طبيعة الالتزام بالإرادة المنفردة، الفرع الثاني مدى قدرة الإرادة المنفردة على ترتيب الآثار القانونية.

أولاً: طبيعة الالتزام بالإرادة المنفردة في القانون الجزائري:

قبل التطرق للطبيعة القانونية للالتزام بالإرادة المنفردة يجب تعريف العقد وكذا التطرق لتعريف التصرف القانوني الجزائري.

1_تعريف العقد: يراد بالعقد في اللغة من الناحية المادية الربط والشد والتوثيق والقوة

ونقيضه الحل، كما استعمل فعل العقد المعنوية للدلالة على الربط بين الكلاميين أو

³ عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة، أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر، سنة 2013، ص. 226.

⁴ محمد صبحي نجم، محاضرات في الميراث والوصايا، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، سنة 1987، ص. 72.

¹ فراس يوسف الكساسبة، مجلة الشريعة الإسلامية، العدد الثالث والخمسون، كلية الإمارات العربية المتحدة، صفر 1434 يناير 2014، ص. 3.

المتعاهدين. ويعرف أيضا بالضمان والالتزام.¹

أما العقد في المعنى الاصطلاحي: فيقصد به الربط الحاصل بين كلامين وما يقوم مقامهما على وجه يثبت عليه حكم شرعي بالالتزام لأحد الطرفين أو لكلاهما، إلا أن هناك من الفقهاء المسلمين من يجعل كل ما عزم المرء على فعله عقداً² سواء كان ذلك بالإدارة المنفردة كالوصية والإبراء من الدين أو تطابق إرادتين كالبيع والانجاز وهؤلاء يرون أن كل هذه التصرفات ونحوها عقود لما فيها من معنى العزم وانعقاد النية على عملها.

أما العقد الملزم لجانب واحد: فهو العقد غير التبادلي أي الذي يولد التزامات إلا على طرف واحد فيكون بدون عوض مثل الهبة والوديعة بدون اجر³. وعلى هذا النوع من أنواع العقود نص القانون المدني الفرنسي في المادة 1104 التي جاء فيها {يكون العقد ملزم لجانب واحد إذا التزم واحد أو أكثر بشيء من غير التزام الجانب الأخر}⁴.

كما عرفه القانون المدني الجزائري في المادة 56 على أنه {يكون العقد ملزم لشخص أو لعدة أشخاص إذا تعاقد فيه شخص أو عدة أشخاص آخريين دون التزام من هؤلاء الآخرين

5}

² الموسوعة الفقهية، تأييد- تحيات، الجزء العاشر، المرجع السابق، ص.71. وجاء فيه ذكر الزركشي: أن العقد باعتبار الاستقلال به وعدمه على ضربين. الضرب الأول ينفرد به العاقد، كالتدبير والنذور وغيرها. وضرب لا بد من المتعاقدين كالبيع والإجازة والنكاح وغيرها.

¹ منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، الطبعة الأولى، منشورات تارس العراق، سنة، 2004، ص. 35.

¹ خليل احمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الأولى ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، سنة، 2005، ص.23.

² منذ الفصل، بنفس المرجع، ص، 57.

³ القانون رقم 14/88 المؤرخ في 28 رمضان عام 1408 الموافق ل 03 مايو سنة 1988، يعدل وبتتم الأمر رقم 58/75

المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني منشور في الجريدة الرسمية لجمهورية الجزائرية، العدد 28، الصادر في يونيو 1988.

2-التصرف القانوني: العمل القانوني أو التصرف القانوني من مصادر الالتزامات المهمة

في التشريعات المدنية الوضعية وهي من المصادر الإرادية، لأن للإرادة دور في إنشاء الالتزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه. والتصرف القانوني الذي يولد الالتزام على نوعين:

فهو إما أن يقع بفعل إرادة الطرفين لأحداث أثر قانوني وهو (العقد) أو يقع بفعل إرادة واحدة تكون مصدراً للالتزام فيطلق عليها (الإرادة المنفردة) لأنها غير كافية في إنشاء العقد، أو تعديل أو إنتقاله أو إنهائه، كالوصية (وهي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بدون عوض). أو كالوعد الإبراء من الدين.

في بعض القوانين المدنية عدا القانون المدني الفرنسي في المادتين م 1285 و م 1287

حيث يُعد عقداً أي تصرف قانونياً لا بد فيه من تطابق إرادتي الطرفين.

والمهم في الإرادة أنها نتيجة لأحداث الأثر القانوني سواء كانت في نطاق العقد أم في التصرف الإرادي، ويراد بالأثر القانوني، الحقوق والالتزامان الناشئة عن العمل القانوني المذكور¹

ثانياً: طبيعة الالتزام بالإرادة المنفردة في القانون المدني الجزائري:

نظم القانون المدني الجزائري الالتزامات والعقود في الكتاب الثاني من المادة 53 إلى

المادة 673 منه وبتفحص المادة الأولى يتبين أن المشرع الجزائري لم يتعرض للالتزام

بصفة مباشرة، وإنما عرفه بصورة عرضية يصدد تعريف العقد بذلك قد أدمج تعريف العقد والالتزام في تعريف واحد.

1منذر فضل، المرجع السابق ص. 57.

2عزوز عبد الحميد، رسالة ماجستير، مدى تأثر المشرع الجزائري بالمذهبيين الشخصي والموضوعي، جامعة الجزائر ابن عكنون، الجزائر، سنة، 2002، 2003، ص.27.

وقد جاء في ذلك المشرع الفرنسي حيث نص في المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي على أنه { العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص أو أكثر بإعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل } أي معاني تعريف واحد.¹

في الباب الخاص بالعقد لما في هذه الخطة من مجافاة المنطق إذا العقد مصدرا للالتزام ولا يصح أن يكون تعريف الشيء ومصدره في تعريف واحد، وكان الأولى تعريف الالتزام تعريفاً مستقلاً عن أي مصدر من مصادر ثم تعريف هذه المصادر.

أما المادة التي عرفت الالتزام بصورة عريضة في القانون المدني الجزائري بمناسبة تعريف العقد هي المادة 54 التي تنص: {العقد اتفاق يلتزم بموجب شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما} والظاهر من النص أنه سقط جزء من التعريف الذي أتى به النص السالف الذكر والذي نقلت منه حرفياً نص المادة 54.

أما الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري، فإنه يعرف الالتزام في مرحلة التي وصل إليها من التطور في الوقت الحاضر وهو التعريف الذي برز المسألتين الآتيتين

1/ أن الالتزام ناحية مادية كما أن له ناحية شخصية، فهو حال قانونية تربط شخصاً معيناً.

2/ أنه ليس ضرورياً أن يوجد الدائن منذ نشوء الالتزام ولهذا فإن الالتزام حالة قانونية

يرتبط بمقتضاها شخص معين ينقل حق عيني أو القيام بعمل أو بالامتناع عن العمل.²

فالقانون يكون مصدراً مباشراً للالتزام على الأشخاص وعنه أولاً وأخيراً ينشأ الالتزام، وإن النص القانوني الخاص بذلك هو الذي يبين أركان الالتزام هذا وأحكامه ومداه فهو

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في الشرح القانوني المدني نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، بدون طبعة، دار النشر الجامعة المصرية، القاهرة مصر، سنة، 1952، ص. 113.

² منذر الفضل، المرجع السابق، ص. 25، 26.

مصدر غير إرادي ولا يقتصر القانون كمصدر مباشر للالتزام على القانون المدني وأنا أي قانون آخر كقانون الأسرة.

كما يرى جانب من الفقه المدني أن الالتزامات التي مصدرها القانون قليلة ومبعثرة في شتى فروع القانون الخاص والعام ، وأن كان عددها أخذ في التزايد في العهد الأخير تبعا لتغلب مصلحة، وتميز الواقع التي جعلها القانون مصدراً للالتزام فإنها مستقلة عن عمل الإنسان كعلاقة القرابة والجوار¹.

ثالثاً: مدى قدرة الإرادة المنفردة على ترتيب الآثار القانونية:

لاشك أن التصرف الانفرادي. وهو عمل قانوني صادر من جانب واحد ينتج آثار قانونية، فقد يكون التصرف الانفرادي وهو عمل قانوني صادر بالإرادة المنفردة ينتج آثار قانونية²، فقد يكون التصرف الانفرادي سببا لكسب الحقوق العينية كما في حال الوصية و يمكن أن يكون سببا لسقوطها كما هو الأمر في حالة التنازل عن الرهن. وقد ينهي التصرف القانوني الأفراد في رابطة عقدية مثل عزل الوكيل³، كذلك يمكن بالتصرف القانوني إسقاط الحق العيني

¹ خليل احمد قدارة، المرجع السابق، ص.185.

² محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة دكتوراه، قسم العلوم الإسلامية، جامعة الحج لخضر، باتنة الجزائري، سنة، 2011، 2012، ص. 39.

³ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ب ط، ديوان المطبوعات الجامعة الجزائر بن عكنون، الطبعة الثانية، سنة، 2004، ص. 48، 49.

⁴ زكريا سرايش، الوجيز في مصادر الالتزام والعقد والإرادة المنفردة، دار الهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2013، ص.166.

أما العقد الملزم لجانب واحد أو العقد غير التبادلي هو الذي لا ينشئ الالتزامات إلا في جانب واحد هذا ما جاء في نص مادة 56 من قانون المدني الجزائري. "يكون العقد ملزماً لشخص، ولعدة أشخاص إذا تعاقد فيه شخص نحو شخص أو عدة أشخاص...".

فإن معنى كلمة جانب واحدا مقصود بها أثر العقد لا تكوينه أو انعقاده وفي عقود التبرع. فإن مسؤولية المتبرع أحق عادة من مسؤولية المعاوز في عقود المعاوضة باعتبار أن التبرع من التصرفات الضارة ضراراً محضاً¹.

أما موقف المشرع الجزائري من الإرادة المنفردة فهي بمثابة مصدر عام للالتزام هذا ما نصت عليه المادة 123 مكرر: "يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف ما لم يلزم الغير". مما قرر المشرع انه تسري على الإرادة المنفردة ما يسري على العقد من أحكام باستثناء أحكام القبول².

اعتبر فقهاء الشريعة الإسلامية الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام بجانب العقد، كما تستطيع الإرادة المنفردة أن ترتب الآثار القانونية فكونها مصدر لوجود الحق العيني مثل الوصية، فالموصي يوصي بجزء من ماله لأخر فإنه تصرفه انفرادياً، ورغم أن الوصية لا تنفذ بحق الموصى له إلا بقبوله إلا أن ذلك لا يمنع أن ترتب آثارها القانونية، وقد تكون أن يتخلى عن ملكيته لشيء معين فيصبح مالك له،

كما قد تكون وسيلة لانقضاء الحق الشخصي عن طريق الإبراء وهو تصرف إنفرادي قد تستطيع الإرادة المنفردة انقضاء عقد الوكيل.

من خلال هذه الأمثلة يتضح لنا أن الإرادة المنفردة لها قدرة على ترتيب الآثار القانونية

المطلب الثاني: إنشاء الوصية

بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية وأحكام قانون الأسرة فإن الوصية لا توجد ولا تتحقق إلا بوجود أموال أربعة، الموصي، الصيغة المنشئة لها، الموصى له والموصى به وقد ثار خلاف بين الفقهاء المسلمين في كون هذه الأمور كلها أركان أو أن الركن هو ما سنتطرق إليه في الفرع الأول الصيغة القانونية والفرع الثاني أطراف الوصية ومحلها.

الفرع الأول: الصيغة القانونية للوصية:

الصيغة المنشئة:

تعتبر الصيغة هي الركن المتفق عليه بين الفقهاء والركن الأهم الذي ينشئ الوصية ويوجدتها ويقصد بالصيغة في العقود الإيجاب والقبول الصادران من المتعاقدين¹. فهل الأمر بالنسبة للوصية هو نفسه بالنسبة لسائر العقود أم أن صيغة الوصية تتمثل في الإيجاب فقط لأنه المنشئ لها؟ أما القبول فهو راجع لإرادة الموصى له إن شاء قبلها وإنشاء ردها².

فغير الحنفية يقولون أن أركان الوصية هي أربعة الوصي، الموصى له، الموصى به والصيغة³ أما الحنفية يذهبون إلى أن ركن هو الصيغة وحدها، وهذا الخلاف لا ثمرة له حيث أنه خلاف في التسمية يرجع إلى أمر اصطلاحي فقط.

الصيغة باعتبارها الركن المتفق عليه يتطلب بيان أمرين :

أولاً: هل الصيغة هي الإيجاب وحده أو مجموع الإيجاب والقبول؟

ثانياً: بم تتحقق الصيغة؟

أما الأولى فقد اختلفت كلمة الفقهاء فيه وذهب الجماهير منهم على أن الصيغة تتحقق بالإيجاب وحده، وهو كل لفظ دال على التملك بعد الموت، سواء كان بلفظ الوصية صريحاً كأوصيت لفلان بكذا، وكان لفظ غير صريح يفهم منه الوصية بقرينة، كهذا هبة لفلان بعد موتي ومثابه ذلك من الألفاظ أو ما يقوم مقامها، فالوصية على هذا من التصرفات التي تنشأ بإرادة المنفردة، لأنها من عقود التبرعات التي توجد من الجانب المتبرع وحده فإذا وجد الإيجاب من الموصي تعتبر الوصية موجودة شرعاً.

أما القبول عندهم فهو شرط لزومها، أو شرط دخول المال الموصى به في ملك

الموصي له

كما ذهب البعض إلى أن الصيغة لا توجد وحدها بل القبول جزء منها فهو ركن

كالإيجاب فليل لا وجود للقبول فإن الوصية غير موجودة كسائر العقود الأخرى¹.

¹ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، الجزء العاشر، المرجع السابق، ص. 71.

² ريم عادل الأزعر، الوصية الواجبة، المذكرة السابقة، ص 35.

³ ابن رشد الحفيد، شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد، كتاب الوصايا، المجلد الأول، الطبعة الأولى، دار السلام للطباعة والنشر و التوزيع والترجمة، القاهرة، سنة 1716، 1995، ص. 2037.

وبالرجوع إلى القانون الجزائري نجده يعتبر الوصية تصرفا صادرا بالإرادة المنفردة ويتوقف انعقادها على توافر ركن الرضا المتمثل في الإيجاب الصادر من الموصي فقط وتوافر شروط صحتها المتمثلة في الموصي والموصى له والموصى به لذلك يكون قد أخذ برأي جمهور الفقهاء، أن شرط القبول لا يلزم في بعض صور الوصية كما إذا كانت الوصية لجهة عامة وليس لها من يمثلها قانونا. فنص صراحة في المادة 184 من قانون الأسرة على أن " الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع" ونص في المادة 197 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: " يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي "

بقراءة نصي هاتين المادتين يتبين لنا أن إيجاب الموصي هو الركن الوحيد لانعقاد الوصية، إلا أنها لا تثبت الوصية للموصي له بمجرد وفاة الموصي بل لابد أن يقبلها

الموصي له صراحة أو ضمنا بعد الوفاة² فإذا قبلها ألزمت ومن ثم كان الموصى به ملكا له وأن ردها بطلت .

ثانيا: الصيغة في الأصل التصرفات أن تكون منجزة ولا تخرج عن هذه القاعدة إلا الوصية فهي تأتي مضافة إلى المستقبل أو معلقة³ وذلك بحكم طبيعتها لأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت وبالتالي فإن صيغتها لا تكون إلا مضافة إلى اجل، والأجل هنا هو وفاة الموصي، كما يمكن أن تكون صيغة الوصية معلقة على شرط بحيث اذا تحقق هذا

¹مصطفى الشلبي، المرجع السابق، ص.56، 26، 27.

² الملاحظة: إن القبول المطلوب هنا للزوم الوصية يقع من الموصى له إذا كان معين، فان كان غير معين فإن القبول يصدر من ممثله قانوني لهذه الجهة إن وجد، في حالة عدم وجوده ألزمت الوصية بمجرد الموت بدون قبول.

¹عبد العزيز الدميري، الشامل في فقه الإمام مالك، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مركز نجيلوية للطباعة والدراسات، القاهرة مصر، سنة 2008، 1429م، ص970.

الشرط أصبحت قائمة. وقد جاء القانون بهذا معنى كما دلت على ذلك المادة 199 من قانون الأسرة التي تنص على "إذا علفت الوصية على شرط استحقها الموصي له بعد انجاز الشرط وإذا كان الشرط غير صحيح صحة الوصية وبطل الشرط".

ولقد أجاز القانون أن تكون الوصية مقيدة بشروط أو معلقة على شرط، بحيث تكون الشروط صحيحة ، وعرف الشرط الصحيح بأنه ما كانت فيه مصلحة للموصي أو الموصي له أو لغيرهما، ولم يكن منهيًا عنه أو منافيًا لمقاصد الشريعة، والذي يتضح من المادة 199 أن الشروط غير الصحيحة لا تؤثر في صحة الوصية إلا إذا كانت التوصية بمعصية ، أو كان الباعث عليها مافيا لمقاصد الشارع، أما إذا لم تقترن بالوصية شيء من ذلك، فإن الشرط يؤثر في صحة الوصية بل يهمل ولا يلتفت إليه .

وتكون الصيغة سواء باللفظ أو الإشارة مفهومة لقصدتها كما لو صدرت عن الأخرس.¹

1- الإيجاب

يعرف الإيجاب في العقود بوجه عام بأنه التعبير البات النهائي الذي يقصد به صاحبه أثرًا قانونيًا طالما صافه قبول²، وتكون الوصية بالإيجاب ولا يتعين له لفظ مخصوص، بل بكل لفظ فهم منه قصد الوصية.¹

¹ عبد الحميد جياش، أحكام الميراث والوصية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان ، السنة 2009، ص 1430، ص 102.

¹ شيخ نسيمه، المرجع السابق، ص 193.

² بن نجم بن شاس، عقد الجواهر الثمينة في عالم المدينة، الجزء الثالث، بدون طبعة، دار الغرب الإسلامية، فاس، بدون سنة نشر، ص 1233

³ تنص المادة 123 مكرر من القانون المدني رقم 01/05 المؤرخ في 20/06/2005، على ما يلي: "يجوز أن تتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف ما لم يلزم الغير ويسري على التصرف بالإدارة المنفردة ما يسري على العقد من الأحكام باستثناء أحكام القبول".

وتجد الإشعار في هذا الصدد أنه تطبق القواعد العامة² المقرر في الالتزام بالإرادة المنفردة بوجه عام على ركن الإيجاب في الوصية لعدم معالجته خاص في قانون الأسرة. ويتحقق الإيجاب في الوصية بكل لفظ أو كتابة وإشارة دالة على ذلك⁴ " تتطوي على قصد التملك بعد الموت حسب المادة 60 من القانون المدني، وتكون متداولة عرف كما يكون اتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه وجوز أن يكون ضمناً هذا بالنسبة للصحة

ثانياً القبول:

إن القبول لا يكون إلا بعد الوفاة ولا عبرة به في حياة الموصي أن الوصية تنشأ بما يجاب من الموصي وهو الركن الوحيد، ولكن شرط ثبوته الملكية أو لزومها هو القبول بعد وفاته لأن القبول إنما هو لثبوت الملكية لا لإنشاء التصرف، فكأن لا عبرة به إلا عند تنفيذ أحكامه

إن القبول أو الرد لا يشترط فور وفاة الوصي، بل تثبت على التراخي وأنه يقبل عن المجنون والمعتوه والصبي غير المميز ممن له الولاية عليه، أما قانون الأسرة فقد اشترط في المادة 191 في الفقرة الأولى منه تصريح الموصي فقط دون حاجة لاقتترانه بالقبول من الموصي له وأكدت المادة 197 منه ما يلي "يكون قبول الوصية صراحة أو ضمناً بعد وفاة الموصي" هذا يبين نية المشرع في اعتبار الوصية تصرف ينشأ عن الإرادة المنفردة بحيث

⁴ محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية. الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة سنة 1404هـ، 1988م،

ص.13،14،15.

أكد القبول بعد الوفاة وبالتالي عدم اقترابه بالإيجاب وعليه لا يكون القبول شرطاً لزوم الوصية، وبه تثبت ملكية الموصي به.¹

الفرع الثاني: شروط صحة الوصية

العقد من معلوم لا يأتي وجوده إلا بوجود عاقدين ومعقود عليه وكل له شروط يلزم

ووجودها ليكون العقد صحيحاً نافذاً. والوصية كعقد من العقود يشترط فيها شروط كثيرة بعضها يتعلق بالموصي وبعضها يتعلق بالموصي له و الموصي به (محل الوصية) .

أولاً: الموصي: هو الشخص الذي انشأ الوصية بإرادته المنفردة وتشترط فيه أن يكون عاقلاً، بالغاً سن الرشد القانون، كما يملك إرادة الاختيار في إبرمه الوصية.

1- سلامة العقل: قد اتفق على اشتراط العقل فلا تصح وصية المجنون والمعتوه والمغمي

عليه لأن عبارتهم ملغاة لا يتعلق بها الحكم واتفقوا على اشتراط الحرية فلا تصح وصية العبد، لأنها تبرع، وهو ليس من أهل التبرع ولا يملك شيئاً حتى يملكه لغيره²

فعند الحنفية لا تصح وصية المجنون حال جنونه حتى ولو أفاق و مات بعد إفاقته باعتبار الأهلية معدومة وقت الوصية

أما المالكية والحنابلة يقولون أن الجنون الطارئ لا يبطل الوصية تجوز وصية المحجوز عليه و السفية بالاتفاق، فقال الحنفية تصح وصية المحجوز عليه¹ إذا كانت بالقرب والثواب من ثلث ماله، إذا ليس في تلك الوصية إضرار به.

¹ حسن بن شيخ أث ملويا، المرجع السابق، ص 157 .

(القبول الصريح هو التعبير عن ذلك باللفظ أو الكتابة أو الإشارة، وكذا بعدم الردّ وهذا بعد وفاة الموصي، أما القبول الضمني فهو كل فعل يراد به القبول كاستيلاء على المال الموصى به دون رد الوصية، وعند النزاع يرجع إلى القضاء ويقوم القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي: (الوصية لاتجب إلا بموت الموصي وقبول الموصى له بعد موته، إلا أن الموصى ما دام حياً فله الرجوع في الوصية، فلم يجب للموصى له حق فيعتبر قبوله، وإذا مات وجب أن يكون للموصى له حق القبول، فإن تمت الوصية وان ردها عادت ميراثاً أو فيما جعلها فيه ان كان شرط ذلك، ولا يدخل في ملكه بموت الموصى دون قبول خلافاً لأحد أقاويل الشافعي، لأن تملك العين فافتقر إلى القبول كالهبة ...)

² شيخ نسيمية. المرجع السابق، ص 149 .

المالكية تصح وصية المحجوز عليه السفیه والصغير. لأن الحجر عليهما لحق أنفسهما. والشافعية جواز وصية محجور عليه لسفه لصحة عبارته .

أما الحنابلة تصح وصية المحجوز عليه لسفه بحال ، لأنها تمخضت نفعاً له من غير ضرر فصحت منه كعبادته، هذا ما سار عليه المشرع الجزائري في المادة 186 من القانون الأسرة الجزائري كالتالي: "يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغاً من العمر تسع عشر (19) سنة " .

ترتيباً على هذه المادة متى أبرم المجنون أو المعتوه أو الصبي وصية كانت باطلة بطالات مطلق ولم يترتب عنها إنشاء الوصية لا بوقت وفاة الموصي. فإذا أبرم الشخص وصية وهو في كامل قواه العقلية بقيت الوصية التي أنشأها صحيحة ونفذت في جانب الموصي له حتى وإن أصيب الموصي بعد صدور الوصية بعارض من عوارض الأهلية وتوفي على تلك الحال.

2/ الرشد والبلوغ: تعتبر أمارات في الذكر والأنثى تعني بداية الرشد أي كمال العقل وتمام الإدراك وهي مرحلة متى بلغها الإنسان صحت كل تصرفاته سواء أكانت معاوضة أو تبرع، فأهلية التبرع لا تكتمل إلا بالرشد، لذلك اختلف الفقهاء، فمنهم من جعله البلوغ شرطاً لا تصح الوصية بدون ومنهم من أعقله وتأسيساً على ذلك اختلفوا في صحة وصية الصبي المميز إلى ثلاث آراء.

الرأي الأول: قال الحنابلة تصح وصية من جاوز العشر سنين إذا وافق الحق، وهذا ولا تصح وصية من له دون السبع.²

¹وهية الزحيلي، الفتنه الإسلامي وأدلته، الجزء العاشر، بدون طبعة، دار الفكر للطباعة والنشر، دمشق، سنة 1427هـ-2007م، ص. 7475.

¹أحمد الحصري، التركات والوصايا، الطبعة الأولى، دار الحبل، بيروت، السنة 1417هـ-1997م، ص. 781.

الرأي الثاني: والى ذلك ذهب الشيعة والجعفرية ولكنهم اشترطوا أن تكون الوصية في وجه الخير ولا ضرر فيها.

الرأي الثالث: أما المالكية فقالوا أن وصية الصبي المميز صحيحة إذا كانت في وجه الخير، ولم يكن في كلام الصبي ما يدل على عدم وعيه ونضجه، البلوغ هو مناط التكليف في الأحكام الشرعية فلا تصح الوصية من صبي لأنها تبرع فلا تتم إلا بوجود الإرادة والتميز، وهذا ما جاء به المشرع الجزائري في المادة 186 من قانون الأسرة أن يكون الموصي {بالغ من العمر تسع عشر (19) سنة على الأقل} هذا معناه ضرورة التمتع بسن الرشد القانونية الواردة في المادة 40 من قانون المدني¹.

لقد اشترط المشرع سن للرشد بتسع عشر سنة للموصي، لأن ما يقوم به هو من التصرفات التبرعية وهو تصرف ضار ضررا محضا، كما يجب أن يكون سليم العقل، وكامل الأهلية.

3-الرضا (إرادة الاختيار):

بما أن الوصية تصرف قانوني في التركة مضاف إلى ما بعد الموت فلا بد أن يتوفر فيها عنصر الرضا الاختياري الحقيقي كسائر العقود العادية وخاصة في الهبات والتبرعات وإلا كانت غير صحيحة ولهذا فمن المتفق عليه في الفقه والقضاء والقانون الوصفي بأن وصية المكره و السكران والهازل والمخطئ باطلة لعدم توفر شرط الرضا الاختياري طالما أن الإرادة قد شابها عيب الرضا المادة 79 وما بعدها من قانون المدني الجزائري².

²المادة 40 من قانون المدني الجزائري: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجز عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية"

¹ المادة 79 من القانون المدني الجزائري: "تسري على القصر والمحجور عليهم وعلى الغيرهم من عديمي الجاهلية او ناقصيها قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة"

وعليه فمن كان مخطئاً أو مكرهاً أو هزلاً في الوصية، وقعت باطلاً لانعدام رضاه في هذه الحالات وذلك باعتبار الرضا شرط أساسي في صحة العقود والتصرفات المالية، فإن انعدم كان العقد أو التصرف غير صحيح¹. واستوفى بطلان الوصية للإكراه ما إذا كان الإكراه بالتهديد أو بالضرب أو بالحبس أو بالضغط المعنوي والنفسي². كون هذه الوصايا الصادرة عن هؤلاء الأشخاص تضر ورثتهم وتتأفي القاعدة الفقهية المشهورة إلى تقضي... "لا ضرر ولا ضرار"

بعد التطرق لشروط الخاصة بالموصي، ستيم ذكر الأحكام الخاصة به .

-أحكام الموصي :

1-وصية غير المسلم: إن وصية غير المسلم على المسلم صحيحة والعكس، ذلك إن الإسلام ليس شرط لصحة الوصية ولأن الكفر لا ينافي أهلية التمليك وهذا باتفاق جميع الفقهاء المسلمين، وتحقيقاً لفرض الوصية. وقد أكد المشرع الجزائري على هذا الحكم في المادة 200 من قانون الأسرة بقوله:

"صح الوصية مع اختلاف الدين". كما أخذ المشروع المصري بهذا الحكم في المادة 09 منه، غير أنه اشترط لصحة الوصية من غير المسلم أن لا تكون محرمة في شريعته وشريعة الإسلامية وهذا في المادة الثالثة الفقرة الثانية منه.

² بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني ،المرجع السابق ،ص.58.

والإكراه:يعرف الإكراه على انه ضغط مادي أو أدبي يولد فغي نفس الشخص رهبة تدفعه إلي الإبرام التصرفات والتعاقد ويستخلص ذلك من نص المادة 88الفقرة 1 بقولها (يجوز إبطال العقد للإكراه اذا تعاقد شخص تحت سلطات رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق تعريف الإكراه في الموسوعة الفقهية على انه :هو حمل الإنسان على أمر يمتنع عنه بتخويف بقدر الحامل على إيقاعه . وبما ان الإكراه بعدم الرضا ،فان العقد يفسد له عند أكثر الفقهاء وقال الحنفية يتوقف حكمه على إجازة المكره بعد زوال الإكراه اما المالكية يصير قابلاً للفسخ .راجع :الموسوعة الفقهية ،تخارج ،تسوية ،الجزء الحادي عشر ،الطبعة الثالثة ،وزارة الأوقاف والشؤون السلامية طباعة ذات السلاسل ،سنة 1988،1408م ،ص. 157.

2-وصية المرتد : المرتد هو من كان على دين الإسلامي ثم ارتد إلى دين آخر أي إلى الكفر، ويرى الحنفية أن وصيته مثل كل تصرفاته تبقى موقوفة الى أن يقرر أمره، فان عاد إلى الإسلام تعاد أمواله، وتعتبر وصيته صحيحة، وان أصر على رده بطلت تصرفاته ومنها إنشاء الوصية .

أما الشافعية والمالكية والحنابلة. وصية موقوفة كيفية تصرفاته من معاوضات وتبرعات فان عاد إلى الإسلام نفذت وان مات أو قتل برده بطلت

3-وصية المدين:

الوصية في أصل إنشائها لا تتنافى مع الدين، فالمدين إذا أنشأ وصية وقعت صحيحة مادامت مستوفية لشروطها.

وفي هذا الصدد سبقت المادة 180 من قانون الأسرة "الديون الثانية في ذمة المتوفي

على الوصي¹، وبالنتيجة فإذا كان الدين مستغرق لشركة ، فإن الوصية لا

تتفد، لأن حق الدائنين مقدم عليه².

ثانيا: محل الوصية "الموصى به"

الموصى به هو محل الوصية، يظهر حكمها فيه، ويتحقق مقاصدها به حيال

الموصى له. وقد يعبر عنه بمتعلق الوصية، والموصى له قد يكون مالا وقد يكون حقا

¹المادة 180 من قانون الأسرة : " يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:

-مصاريف التجهيز، والدفن بالقدر المشروع .

-الديون الثابتة في ذمة المتوفي

-الوصية.

فإذا لم يوجد ذوي فروض أو عصية التركة، الى ذوي الأرحام فان لم يوجد وألت إلى الخزينة العامة ."

²حمدي باش عمر، عقود التبرعات (الهبة،الوقف،الوصية) بدون طبعة، دار الهومة للطباعة وانشور، الجزائر، سنة 2014،

ص. 63،62 .

من الحقوق. والمال قد يكون مالا حقيقا كالأعيان وقد يكون مالا حكماً كالمنافع.

وللفقهاء شروط في الموصي به، بعضها للصحة، وبعضها لنفاد.

1- شروط الصحة

أن يكون الموصي به مما يجري فيه الإرث أو يصلح أن يكون محلاً للتعاقد حال حياة الموصي لا خلاف بين الفقهاء في أن كل ما يصلح أن يكون تركة يصلح أن يكون محله للإيصال كالأموال والحقوق التي تتعلق بأعيان الأموال، ويدخل في ذلك الأموال النقدية والعينية كالعقارات وحق الارتفاق ونحو كالمحلات التجارية والمنقولات والديون التي في ذمة

غير أن الخلاف الواقع في حقوق التي تصلح للتعاقد حال حياة الموصي و تورثها كالمنافع، فالأحناف لا يجزون الإيصال بها في حين يجيز المالكية والشافعية ذلك¹

و قد ساير قانون الأسرة الجزائري ذلك في المادة 190 منه التي جرى نصها كالاتي:

"للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة".

وبقراءة هذه المادة يتضح لنا أن جميع ما يصح ملكيته من الأموال المباحة عينا كانت أو منفعة يصح أن يكون محلاً للوصية وهذا أما أكدته قرارات المحكمة العليا والملاحظ في هذا الصدد أن المنافع مما لا يجري فيه الإرث كون العقود الواردة عليها تنتهي بموت أحد المتعاقدين ومع ذلك يجوز أن تكون محلاً للوصية، وهذا ما أكد عليه المشرع الجزائري في المادة 196 بنصه على ما يلي:

"الوصية بمنفعة لمدة غير محددة تنتهي بوفاة الموصي له وتعتبر عمري"² . وهذا بتطبيق القواعد العامة¹ التي تقضي بانتهاء حق الانتفاع بموت المنتفع قبل انقضاء أجل الانتفاع

¹ أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 92، 95.

² شرح كلمة عمري : "هي تملك المنفعة مدى الحياة بغير عوض".

المحدد وبالنتيجة يترتب على وفاة الموصى له بالمنفعة عودة حق الانتفاع المنتهي بالوفاة إلى الشخص الذي له حق الملكية.²

أ- أن يكون الموصى به مقوماً إذا كان مالا:

إذا كان الموصى به مالا وليس منفعة ولاحق ماليا يجب، أن يكون مقوما في نظر الموصي والموصى له، ومن ثم فلا تصح الوصية منما لا يباح الإنتفاع به فالخمر والمخدرات وغيرها من الأموال غير مقومة، وفي مفهوم الشرع الإسلامي كونها محرمة شرعا وبالتالي لا تصح أن تكون محلا للوصية في حين تصح أن تكون كذلك بالنسبة لغير المسلمين لأنها مقومة عندهم .

ب- أن يكون الموصى به موجوداً وقت الوصية في ملك الموصي:

إذا كان الموصي به معيناً بالذات كمن يقول أوصيت لفلان بكتابي واشترط وجوده في ملك الموصي وقت الإيصاء ولهذا لا وصية بملك الغير وإن ملكه بعد الوصية ثم مات وهذا بإجماع الفقهاء المسلمين، أما إذا كان غير معين كما لو تعلق بجزء شائع في مال كله فالعبرة بوجوده في ملك الموصي، ولا تصح الوصية التي يكون فيها الموصى به مستحيل التحقيق أو غير موجود لانعدام المحل، ويستنتج هذا الشرط من مفهوم المادة 93 من ق.م.ج.³ و نص المشرع الجزائري على هذا الشرط في المادة 190 من قانون الأسرة المنوه عنها أعلاه

¹ يراجع نص المادة 852 من ق.م.ج.

² قرار رقم 335 503 مؤرخ في 14-12-2005، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، سنة، 2005. ص 387 وما بعدها مقتبس عن حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، الهبة الوصية، الوقف، ب ط، دار الهومة للطباعة والنشر الجزائر، سنة 2004، ص.208.

¹ محفوظ لعشب، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ب ط، ديوان المطبوعات الجامعية للطباعة والنشر الجزائر، السنة 2006م، ص. 132. وجاء في المادة 93 من ق.م.ج: "مايلي إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام والآداب العامة، كان باطلا بطلانا مطلقا."

فأوجب أن يكون الموصي به موجودا في ملك الموصي وقت أبرام الوصية إذا كان عينا معينة وإلا فلا يشترط ذلك.

2/ شروط النقاد: هما شرطان

أ - أن لا يكون الموصي به مستغرقا للدين:

يشترط لنهاذ الوصية ألا يكون الموصي به مستغرقا بالدين أي يكون الموصي مدينا بدين مستغرق لجميع أمواله ذلك لأن الديون مقدمة عن الوصية، وتقديم الوصية في القرآن¹ على الدين يقول شأنه الفقهاء أنه ليس تقديم ترتيب إنما لأجل لفت الانتباه إلى أهميتها ووجوب تنفيذها من طرق الورثة .

ومن ثم إذا كان الموصي به مستغرقا بالدين لتركة الموصي لم تنفذ الوصية رغم نشؤها صحيحة في حق الموصي له ما لم يجرها الدائنون فان ابرؤوا ذمة المدين بإسقاط ديونهم عنه، أو انهم أجازوا للموصي له أن يستوفي من تركه مدينهم قبل استحقاقهم من التركة، فإن كان الدين غير مستغرق لتركة الموصي نفذت الوصية حدود الثلث².

ب - ألا يزيد الموصي به عن ثلث التركة:

تشرط لنفاذ الوصية ألا تزيد الموصي به عن ثلث التركة وهذا بالجماع الفقهاء المسلمين، عملا بالحديث النبوي الشريف الذي روى " سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه عن النبي

¹ سورة النساء- الآية 12: قال تعالى {من بعد وصية يوصى بها أو دين}.

صلى الله عليه سلم أنه قال {الثالث والثالث كثير}.¹ أجازة البعض ورفض البعض نفذت في حق من أجاز ولا تنفذ في حق من لم يجيز.

وقد أكد قانون الأسرة الجزائرية على هذا الشرط في المادة 185 التي نصت: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد عن الثلث يتوقف على أجازة الورثة"

فإذا تجاوز الوصي به لغير الوارث ثلث التركة كانت الوصية صحيحة لكنها لا تنفذ في حق الورثة الذين تعلق حقهم بمال الوصي بعد وفاته فيما يتجاوز الثلث. فان أظهروا معارضتهم لها نفذت الوصية في حدود ثلثها فقط، وليس للقاضي أن ينفذ الزيادة جيرا عليهم. أما إذا لم يكن للموصى ورثة وتجاوز الموصي به ثلث التركة صحت الوصية في حدود الثلث ولم تصح في الزيادة التي تؤول إلى الخزينة العامة²

هذا ما أكده قرار المحكمة العليا "من القرار قانون أنه تكون الوصية في حدود الثلث وما زاد عن الثلث بتوقف على أجازة الورثة".³

ثالثا: الموصي له:

الوصية في أصل تشريعها مبنية على التسامح والتسيير ولهذا كانت لها صور عديدة فتارة تكون لشخص أو لأشخاص معينين بالاسم والوصف موجود عند صدور الوصية أو غير موجودين وتارة أخرى تكون لجهة من الجهات، حتى تتعدد الوصية صحيحة يشترط أن يتوافر في الموصي له إلى جانب الشروط الواجب توافرها في الموصي والتي سبق الإشارة إليها، تمثل في الآتي:

1 - أن يكون الموصي له معلوماً:

¹ رواه البخاري، المرجع السابق، رقم الحديث 1628 ص. 1251.

² بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائرية، المرجع السابق، ص. 59.

³ قرار رقم 86039 مؤرخ في 1992/11/24، م ا ق غ ا عدد خاص سنة 2001، ص. 292. مقتبس عن حمدي باشا المرجع السابق، ص. 205، 206.

والمقصود بهذا الشرط ألا يكون مجهولاً جاهلاً لا يمكن رفعها، ومثال ذلك الوصية لرجل أولم لا يحصلون كالمسلمين، إلا إذا ذكر الموصي لفظاً ينبئ عن حاجة، كالوصية للفقراء¹.

أما إذا كان الموصي له مجهولاً جاهلاً لا يمكن إزالتها، كما لو أوصى لطالب من الجامعة ولم يبين اسمه كانت الوصية باطلة، لأنها تملك والتملك للمجهول جاهلة تامة لا يمكن إزالتها لا تصح. هذا وأن العبرة تعين الوصي له تكون بوقت وفاة الموصي لا بوقت إبرام الوصية لأن الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت². وللقاضي سلطة تقديرية ما إذا كان الوصي له معلوماً أو لا.

2- أن يكون الموصي له موجوداً:

يشترط في الموصي له أن يكون موجوداً فإن لم يكن موجوداً فلا تصح الوصية، لأن الوصية تملك وتمليك للمعدوم لا يجوز.

الموصي له يتم تعيينه بالاسم أو الإشارة أو بالوصف. كما سبق بيانه في حالة تعذره وجب وجوده وقت وفاة الموصي باعتباره وقت ثبوت الوصية، فإن لو يكن الموصي له موجوداً عند إنشاء الوصية ولا وقت وفاة الوصية كانت باطلة قانوناً وشرعاً باتفاق جمهور الفقهاء عدا المالكية.

أما الوصية للحمل أجازها الحنفية إن كان موجوداً في البطن وقت الوصية، وذلك بولادته في أقل من ستة أشهر، تعتبر الوصية للحمل جائزة وصحيحة، ولو أسقطته بعد موت الموصي ولم يستهل صارخاً بطلت الوصية³

² كمال حمدي، المواريث والهبة والوصية، بدون طبعة، منشأة المعارف للطباعة والنشر، الإسكندرية السنة 1998، ص. 197.

² يراجع نص المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري.

³ بن نجم بن شاس، المرجع السابق، ص. 1216.

وهذا ما أخذ به المشروع الجزائري في المادة 187 من قانون الأسرة والتي فيها" تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا، وإذا ولد توأم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس" الأمر الذي يستفاد منه صحة الوصية للحمل ونفاذها بشرط ولادة الجنين الموصي له حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة والملاحظة أن موقف المشرع الجزائري جاء موافق لما ذهب إليه جمهور الفقهاء بلا خلاق والذي أجاز بالجمع الإيصاء للحمل شريطة أن يكون موجوداً في بطن أمه وقت إبرام الوصية وأن يولد حياً¹ المشرع الجزائري قد سوى في استحقاق الوصية بين الذكر والأنثى في المادة 187 من قانون الأسرة الجزائري.

ويلاحظ الفقهاء في حالة تعدد الحمل، أن ولد أحدهما حيا والآخر ميتا، كانت الوصية للحي دون الميت، وإن مات أحدهما أو كلاهما، بعد الولادة كان نصيبه لورثته إذا كانت الوصية بالأعيان أما إذا كانت الوصية بالمنفعة عادت إلى ورثة الموصي ، لأن الوصية بالمنافع تنتهي بموته ما لم يكن هناك شرط آخر يعمل به.

3- أن يكون الوصي به أهلا للتمليك:

لم يتعرض المشرع الجزائري لهذا الشرط في قانون الأسرة غير أن إغفاله له لا يفهم منه إجازة الوصية لمن ليس أهلا للتمليك و الاستحقاق ذلك انه وباتفاق الفقهاء يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصي له أهلا للتمليك والاستحقاق، ومن ثم لا تصح الوصية لمن ليس أهلا للتمليك فمن أوصى لحيوان مثله بطلت وصيته لأنه ليس أهلا للتمليك .

4- ألا يكون الوصي له جهة معصية:

لقد اتفق العلماء على أن الوصية لا تصح بمال لها أو لفعلها، كأن يوصي بمال لبناء خماره منما لا يصح تملكه للمسلم، وبمال لمن يقتل نفسا ظلما، فإذا أوصى بذلك فالوصية

²شيخ نسمة، المرجع السابق،ص. 204، 205.

تقع باطلّة، ويفعل الورثة بالمال ماشاؤوا¹ أي ألا يكون جهة من الجهات المحرمة شرعا وقانونا، لأن الوصية شرعت أملا لتكون في سبيل الخير و الصلاح مصداقا لقوله (صلى الله عليه وسلم): "إن الله أعطاكم ثلث أموالكم في آخر آجالكم زيادة في حسناتكم"² والمعاصي ليست من الحسنات.

وبناء عليه لا يصح لمسلم أن يوصى لجهة معصية حرمتها الشريعة الإسلامية، وهذا وقد تكون الجهة الموصى لها غير محرمة في ذاتها لكن الباعث على الوصية محرم منافي لمقاصد الشريعة الإسلامية، ومثال ذلك أن يوصى شخص لخليلته بمال حتى تبقى على علاقتها المحرمة له، ففي هذه الحالة تكون الوصية تمليكا لمن هو أهل للتمليك ولكن الباعث عليها غير مشروع، بذلك تقع باطلّة.

إذن حتى تتعدّد الوصية صحيحة تشترط أن لا يكون الموصى له جهة معصية في الشريعة ولا يكون الباعث على إبرام الوصية منافيا لمقاصد الشارع و مخالفا للقانون، وهذا ما دعمته المادتين 97،98 من قانون المدني الجزائري³.

5- ألا يكون الموصى له قاتله الموصى:

قال الحنفية لا تجوز الوصية للقاتل عامدا كان أو خاطئا بعد أن كان مباشرا لقول صلى الله عليه و سلم: " لا الوصية لقاتل" ولأنه استعجل ما أمره الله تعالى فيحرم من الميراث فعلى هذا إذا أوصى لرجل ثم أنه قتل الموصي تبطل الوصية ولو أجازها الورثة

قال أبو يوسف: لا تجوز لأن الجناية باقية و الامتناع لأجلها. قال الشافعية تجوز الوصية للقاتل في الأظهر ولو تعديا لأنها تمليك بعقد فأشبهت الهبة و خالفت الإرث⁴ في

¹ محمد الزرقا، شرح الزرقا على مختصر سيدي الزرقا، الجزء الثامن، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، سنة 2008، 1422، ص. 317، 310. واحمد محمد علي داود، نفس المرجع، ص. 127.

² رواه صحيح البخاري، المرجع السابق، رقم الحديث، 1251.

³ المادة 97 من قانون المدني الجزائري: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو السبب مخالف للنظام العام و الآداب كان العقد باطلًا" و المادة 98 الفقرة 1: "وكل التزم مفترض أن له سببا مشروعاً ما لم يقوم الدليل على غير ذلك".

⁴ أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص. 127، 128.

حين يرى المالكية و الحنابلة أن الوصية للقاتل صحيحة بشرط أن يعلم الموصي أن الموصى له هو الذي قتله ورغم ذلك لم يغير وصية سواء كان القتل مباشر، أو عن طريق النسيب.

بالرجوع إلى القانون الجزائري نجده قد نص على هذا الشرط في المادة 188 قانون الأسرة و إلى جاء فيها: "لا يستحق الوصية من قتل الموصى عمداً".

ويتبين من هذه المادة أن الموصى له لا يستحق الوصية إذا قتل الموصى عمداً سواء كان فاعلاً أصلياً أو شريكاً أو شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم على الموصي بالإعدام. أما إذا قتل الموصى له خطأ أو كان في حالة دفاع شرعي عن نفسه و ماله أو عرضه فان فعل القتل لا يبطل الوصية.

وحتى تبطل الوصية للموصى له القاتل يجب أن يكون هذا الأخير عاقلاً و بالغاً أهلاً للمسؤولية الجنائية لأنه إذا كان عديم التمييز و الإدراك كأن يكون مجنوناً أو معتوهاً أو صبياً أو فاقداً للوعي انتفى عنصر القصد الجنائي عنه و بالتالي انتفت المسؤولية الجنائية فلم تبطل الوصية من جانبه .

6- ألا يكون الموصى له وارث :

اختلف الفقهاء في الوصية للوارث على ثلاث مذاهب:

المذهب الأول: مذهب ابن حزم و المالكية في المشهور عندهم لا تجوز الوصية لوارث أصلاً سواء أجاز الوارث، أم لم يجيزوا، و تقع باطلة غير منعقدة، و أن أوصى لغير الوارث فصار عند موت الموصي من الوارث، بطلب الوصية له، و أن أوصى لوارث ثم صار غير وارث لم تجز له الوصية، إذ عقدها كانت باطلة .

المذهب الثاني: مذهب الحنفية الشافعية و الحنابلة الأصل في الوصية ألا تكون لوارث فإن أوصى لشخص توقفت صحة هذه الوصية على إجازة الوارث، فإن لم يجيزوا تقع باطلة غير

منعقدة، وإن أوصى لغير الوارث فصار وارثاً عند موت الموصى، بطلت الوصية له، وأن أوصى لوارث ثم صار غير وارث لم تجز له الوصية، إذ عندها كانت باطلة.

المذهب الثالث: مذهب الحنفية الشافعية و الحنابلة الأصل في الوصية ألا تكون لوارث، فإن أوصى لشخص توقفت صحة هذه الوصية على إجازة الورثة فإن أجازها الجميع الوصية نفذت، وإن أجازها البعض ولم يجزها البعض الآخر نفذت في حصة من أجاز.

المذهب الرابع : هو مذهب الأمامية وفريق الشيعة الزيدية تصح الوصية للوارث وإن لم تجز للورثة¹، و بهذا يعلم أن الوصية للوارث غير صحيحة إلا بإذن الورثة².

وقد أخذ قانون الأسرة الجزائري برأي الجمهور الفقهاء و يتجلى ذلك في المادة

189 إلى تنص " لا وصية لوارث إلا أجازها ما الورثة بعد وفاة الموصى".

و قد أكدت ذلك المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه، من المقرر شرعا و قانونا أنه لا وصية لوارث إلا أجازها الورثة، بعد وفاة المورث و لما كان ثابتا في قضية المال أن قضاة الموضوع لما قضاوا برفض طلب الطاعن بقسمة التركة على اعتبار أن الوصية بالقسمة قد نمت بعد توثيق فإنهم اخطؤا في تطبيق القانون و عرضوا قرارهم للقصور في التسبب لأن الوصية للوارث غير مقبولة شرعا و قانونا و متى كان كذلك استوجب نقص القرار المطعون فيه³

¹ أحمد محمد علي داود ، المرجع السابق، ص 151.152

² ابن باز، الجامع في فقه ، باب الوصايا، الطبعة الأولى ،المكتبة الإسلامية للنشر و التوزيع، مصر ، سنة 1431هـ، 2010م، ص. 749.

³ قرار المحكمة العليا، رقم 74249، مؤرخ في 1991/05/28، ق.م 1993 ، عدد 02 ، ص. 28.

الفصل الثاني: أحكام الوصية في القانون الجزائري.

عرفنا فيما سبق أن الوصية يتم إنشاؤها بإيجاب الموصي المضاف إلى ما بعد موته وعلى هذا الأساس فإن الوصية بهذا الإيجاب حال حياة الموصي متى صدر مستوفيا لجميع الشروط التي تم ذكرها.

يظهر أثر الوصية بعد وفاة الموصي، إذا لم يطرأ عليها سبب من الأسباب التي تؤدي إلى إبطالها. إلا أنه قد يطرأ بعض المشاكل أثناء تنفيذها و إثباتها كما أنه قد يحدث ما يلغي الوصية أو ينجر عنه الرجوع فيها.

كل هذه الآثار التي تنتج بعد الوصية من تنفيذها و مبطلاتها و تراجع عنها و كذا التزام في الوصايا سنتطرق إليها بالتفصيل في هذا الفصل حيث تم تقسمه إلى مبحثين:

المبحث الأول: إثبات الوصية و مبطلاتها.

المبحث الثاني: الرجوع في الوصية وأحكامها.

المبحث الأول: إثبات الوصية و مبطلاتها

تحت هذا العنوان سنحاول أن نتحدث عن شكل الوصية وكيفية إثباتها و في المطلب الثاني التصرفات المحلقة بالوصية.

المطلب الأول: شكل الوصية و كيفية إثباتها

تقسم هذا المطلب إلى فرعين الفرع الأول نتناول فيه شكل الوصية و الفرع الثاني إثبات الوصية

الفرع الأول: شكل الوصية

قبل التعرض لموقف القانون الجزائري من شكل الوصية يجب أن نشير إلى أن الوصية في بلادنا كانت تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية قبل صدور الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتعلق بالقانون المدني.¹

و بالتعمن في نصوص القانون المدني يتضح أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى الشكل الواجب في الوصية و ذلك باعتباره تصرف رضائي صادر من جانب واحد، كشكل انعقاد و كشكل إثبات و كشكل متعلق بالشهر و قام بإحالتها إلى قانون الأحوال الشخصية بموجب المادة 775 منه

و بما أن قانون الأسرة الجزائري لم يكن قد صدر بعد فإنه وجب الرجوع إلى المبادئ العامة في الشريعة الإسلامية م 222 ق.أ وأحكام التنفيذ الواردة في قانون الإجراءات و بهذا يسري على شكل الوصية المبرمة في ظل القانون المدني و قبل صدور قانون الأسرة أحكام الشريعة الإسلامية.

¹ بلحاج العربي، شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص.315.

أراء المذاهب الإسلامية: نجدها تعتمد على مبدأ الرضائية في العقود وفي التصرفات الصادرة بالرادة المنفردة.

وعليه يكفي لإنعقاد الوصية باعتبارها تصرف صادرا من جانب واحد الذي تتعد له الوصية دون الحاجة إلى إتباع إجراءات شكلية معينة و من ثم فإن الشكل الرسمي كركن انعقاد لا مجال له في الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالوصية إذ هي تصرف إنفرادي رضائي كما تم توضيحه في الفصل الأول.

أما الشكل في الشريعة الإسلامية تقتضيه وفق ما يستفاد من حديث الرسول (صلى الله عليه وسلم): "ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي له بيت لبيتين ووصيته مكتوبة عنده".¹ فكتابة الوصية أمر مطلوب تقتضيه الحياة العملية لأن الكتابة حث الشارع الحكيم عليها خشية تضييع الفرص. إذن الكتابة التي أتى بها الفقهاء هي الإثبات و ليس لقيام الوصية فإذا تخلفت يمكن إثباتها بشهادة الشهود أو بالإقرار الورثة أو البينة.

أما بالنسبة لتنفيذ الوصية إن الموصى له (أي صاحب المصلحة)، هو الذي يملك صلاحية تنفيذ الوصية و لكن الموصي يعين أحيانا وصيا تكون له صفة الموصي على الورثة القاصرين، وتكون له صفة منفذ الوصية. أو عدة منفذين للوصية لجهة القاصرين و الكبار من الورثة و الموصى لهم جميعا، و يكون منفذ الوصية هو المسؤول مثله مثل الوكيل العادي عن الأضرار الناتجة عن عمله أو عن إهماله، وإذا تعدد المنفذون كانوا مسؤولين جميعا بالتضامن عن أموال التركة.

وتصبح الوصية نافذة بقبول "الموصى له" أو "الموصى لهم" ، وإذا كانت كلها أو بعضها موقوفة على إجازة الورثة، فإنها تنفذ بهذه الإجازة ،ويكون تمتلك الموصى له معتبرا حينئذ من قبل الموصي و لو قبل القبض و التسليم.²

ولا فرق في الفقه الإسلامي بين الأموال المنقولة أو غير المنقولة، من حيث استحقاق الموصى لهم ملكية الموصى به من وقت وفاة الموصي وإذا كان الموصى به قدرا مجهولا

¹ رواه البخاري ،سبق تخريجه .

² بلحاج العربي ،شرح قانون الوصية ،المرجع السابق ،ص .315،316.

ولا يتفاوت بين القليل و الكثير كالجزء أو السهم أو النصيب غير المحدد فإن الورثة وحدهم أن يعينوا مقدار الموصى له أو يعطوا الموصى له ما يشؤون.

-التصرفات اللاحقة بالوصية:

التصرفات اللاحقة بالوصية هي التي ليست في أصلها وصية لكنها تأخذ أحكامها و قد اعتبرها القانون وصية مستترة قرر فيها حماية الورثة، بأن حصرها بقيود الوصية.

أولاً: تصرفات المريض مرض الموت:

قد تنتاب الشخص حال حياته فترة مرض يغلب عنه هلاكه و يؤدي به إلى الوفاة فعلا، و هي حاله تعرف فقها و قانونا بمرض الموت و قد يبرم المريض خلال هذه الفترة تصرفات قانونية سواء لوارث أو لغيره لذا فإن المشرع نظم أحكام هذه التصرفات في مواد متعددة منها المواد ،409،408، 776 من القانون المدني الجزائري .

1- تعريف مرض الموت:

مرض الموت مركب من كلمتين مرض و موت أما مرض يعرف كالاتي

في اللغة: السقم، نقيض الصحة يكون للإنسان و حيوان قال ابن الأعرابي: أصل المرض النقصان.

أما اصطلاحاً: حالة غير طبيعية في بدن الإنسان تكون بسببها الأفعال الطبيعية و النفسانية و الحيوانية غير سليمة¹.

اختلف الفقهاء في تعرف مرض الموت اصطلاحاً و لكنهم متفقون على أن يكون المرض مخيفاً أي يغلب الهلاك منه عادة و أن يتصل مرض بالموت و لكن المعنى المقصود في

¹ الموسوعة الفقهية، نفس المرجع السابق ، ص.353 .

مرض الموت هو أن يكون مرض في حال يغلب فيها الهلاك و يتوقعه ، و تكون تصرفاته لخوف الموت المرتقب و يؤخذ من هذا التعريف ثلاث شروط.

1- أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه.

2- أن يغلب في المرض فوق الهلاك.

3- أن ينبغي المرض بالموت فعله.

2- الحكم العام للتصرف في مرض الموت:

تنص المادة 776 ق.م على مايلي: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حالة

مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطي 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 ثابتاً"

أ حالة بيع مريض مرض الموت:

نصت على هذه الحالة المادة 408 من القانون المدني بقولها "إذا باع المريض مرض

الموت لو ارث فإن البيع لا يكون ناجزاً فإنه يعتبر غير مصادق عليه و من أجل ذلك يكون قابلاً للإبطال"

وعليه فإن الوارث ينتقل من صفة الخلف العام إلى صفة الغير من حيث ثبوت التاريخ الذي يبقى حجة عليه حتى يثبت عدم صحته، فإذا تم التصرف لو ارث فإنه لا يجوز و لا ينفذ و يبقى متوقفاً على إجازة الورثة من غير التنفيذ بالنصيب المتصرف فيه؛

ما يلاحظ على الفقرة الثانية من المادة 408 ق.م السابقة الذكر، أنها تتميز بالغموض ومن أسباب ذلك اختلاف النص العربي مع النسخة الفرنسية¹ في أساس الجزاء، فالنص العربي يعتبر التصرف غير مصادق عليها و من أجل ذلك يكون قابلا للإبطال بينهما النسخة الفرنسية تنص على يفترضُ البيعُ ثم بدون رضاء صحيح.²

ومن بين انتقادات الموجهة المادة 408 ق.م، إنها تعبر التصرف لغير وارث قابلا للإبطال و هذا ما يتعارض مع النص المادة 185 ق.أ و التي جاءت وفقا لمقاصد الشريعة الإسلامية، حيث كان من الأجر أن يعتبر المشرع البيع لأجنبي وصية أيضا و يعلق نفاذها على أقرار الورثة³.

يظهر في الأخير أن نص م 2/408 ق.م خالف ما أجمع عليه فقهاء الشريعة الإسلامية حيث أن للشخص حرية التصرف في ثلث أمواله دون أن يتوقف تصرفه في الثلث على أجازة الورثة.

-الهبة في مرض الموت:

تنص المادة 202 ق الأسرة " الهبة تمليك بلا عوض و يجوز للواهب أن تشتترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على انجاز الشرط". بذلك فإن الهبة بوصفها تمليكا بلا عوض كانت من أشد التبرعات الضارة بالمتصرف ضررا بذلك فإن الهبة بوصفها تمليكا بلا عوض كانت من أشد التبرعات الضارة ضررا محضا لذا أجازها المشرع ضوابط

¹ (2) voir l'article 408/1 du code civile : " la vente consentie par un malade, dans la période aigue de la maladie qui a entraîné sa mort, à un de ses héritiers n'est pas valable que si elle est ratifiée par les autres héritiers ."

² زروق عبد الرؤوف حوش محمد، حماية الورثة من الوصية المستترة، مذكرة لنيل شهادة القضاء، الدفعة الرابع عشر المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، سنة 2014، 2015، ص.39 .

³ نفس المرجع، ص. 40.

هامة لاسيما تلك المتعلقة بالتبرع فإذا كان الواهب المتبرع من غير المرض جاز له أن يهب شرعا و قانونا كل ماله لمن يشاء وارثا كان أم أجنبيا طبقا المادة 205 ق.أ¹.

إلا أن حرية الشخص في الهبة تتقيد ابتداء من مرض الموت و يحق لصاحب المصلحة الطعن فيها بعد وفاة و ذلك طبقا لنص المادة 204 ق. الأسرة التي تنص "أن الهبة في مرض الموت و الأمراض و الحالات المخيفة تعتبر وصية"

إضافة إلى نص المادة 776 ق.م التي تنطبق على الهبة أيضا ما يلاحظ على نص مادة 204 ق الأسرة أنه أضاف حاله لم تطرق لها جل التشريعات و لا الفقه الإسلامي و ألحقها بمرض الموت و ذلك في ما سماه بالحالات المخيفة.

وعليه فإن الهبة في مرض الموت أعطاهها المشرع حكم الوصية بنص صريح و لهذا قال جمهور الفقهاء إن الواهب المريض في مرض الموت تأخذ هبته حكم الوصية و تسري عليه أحكامها من عدم جواز الإيصاء بأكثر من الثلث و عدم جواز الإيصاء لوارث كل ذلك مع أمكانية إجازة الورثة.

هذا و قد جاء في قرار رقم 186058 "من المقرر أن الهبة لما بعد الموت تكون باطلة لأنها لا تنفذ إلا موت الواهب و تأخذ حكم الوصية.

"ولما كان ثابتا - في قضية الحال - أن الواهب وهب العقار موضوع النزاع إلى الطاعة زوجته بشرط نقل الملكة إليها بعد الموت.

و من ثم فإن النص على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير وجيه. ولما قرر المجلس إبطال الهبة و اعتبارها وصية فإنه التزم صحيح القانون، و من كان كذلك استوجب رفض القرار المطعون فيه".

¹ قرار رقم 18605 مؤرخ في 17/03/1998 مجلة القضاية سنة، 1999، عدد01، ص. 119 .

ثانيا: حكم التصرفات لو ارث مع الاحتفاظ بالحيازة:

قد يقصد المتصرف إلى إخفاء وصيته في شكل تصرف منجز لجميع أو هبة لأحد الورثة، و في هذا تنص المادة 777 من القانون المدني الجزائري " يعتبر التصرف وصية و تجري عليه أحكامها إذ تصرف شخص لأحد ورثته و استثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه و الانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك".¹ ويشترط هذا النص في التصرف لكي يعتبر وصية فتجري عليه أحكامها والشروط الآتية:¹

1- يجب أن يتم التصرف من المورث إلى أحد ورثته و العبرة في هذه الصفة هي بوقت وفاة المتصرف

2- أن يحتفظ المورث المتصرف بحيازة العين التي تم التصرف فيها طوال حياته، و يكفي مجرد وضع اليد ، و هذه واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات المخولة قانونا.

3- إحتفاظ المورث لحقه في الانتفاع بالعين مدى حياته بأي وجه من الوجوه.

فإذا اجتمعت هذه الشروط قامت قريية بسيطة بأن التصرف وصية و تجري عليه أحكامها بغض النظر عن التسمية التي تعطي للعقد. سواء بيع، هبة أو مبادلة ، غير أنه يمكن للمتصرف إليه أن يبين "قرينة نية الإيضاء" بأن يقيم الدليل على عكسها بكل طرق الإثبات، كأن يثبت أن التصرف في حقيقته بيع و ذلك بإقامة الدليل على واقعة دفع الثمن أو أن يثبت أن التصرف قصد به انتقال الملكية حال حياة المتصرف أو أن حيازة المتصرف أو انتفاعه بالشيء المتصرف فيه إلى سبب آخر كعقد إيجار أو عقد عارية أو المقاصة بشأن الديون و غيرها و مهما كان الأمر يخضع لتقدير القاضي وقناعته، وفق ما يقدم من أدلة دفوع.

¹ حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، المرجع السابق، ص 77، 78 .

وقد جاء في قرار المحكمة العليا مايلي: "من المقرر قانونا أنه يعتبر التصرف وصية و تجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته و استثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه و الانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك ، و من المقرر أيضا أنه لا وصية لو ارث إلا إذا أجازها الورثة، و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد يستوجب الرفض و لما كان ثابتا - في قضية المال- إن قضاة الاستئناف لما قضوا ببطلان عقد الهبة و عدم تنفيذ التصرف باعتباره وصية لو ارث يكونوا بقضائهم كما فعلوا طبقوا القانون تطبيقا سليما و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن.¹"

الفرع الثاني: إثبات الوصية

حث الشارع الحكيم على كتابة الوصية للاحتياط و تيسير الإثبات عن بن عمر قال أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال: " ما حق امرئ مسلم له شيء يريد أن يوصى فيه، يبيت ليلتين إلا ووصية مكتوبة عنده"²

ولقد فصل قانون الأسرة الجزائري في مسألة إثبات الوصية و هذا من خلال المادة 191 منه.

أولا: إثبات الوصية بموجب عقد توثيقي:

الأصل في الوصية تثبت بموجب عقد تصريحي يحرر من قبل الموثق و هو ما نصت عليه المادة 191 من ق.أ بقولها: "تثبت الوصية بتصريح الموصى أمام الموثق و تحرير عقد بذلك وفي حاله وجود مانع قاصر تثبت الوصية بحكم، و يؤشر على هامش أصل الملكية" على الموثق عند تحريره لهذا العقد أن يراعي جميع الإجراءات و الترتيبات الواجب توافرها في العقود الاحتقائية فيهم تحرير العقد بحضور مستمر لشاهدين عدل مع مراعاة

¹ قرار رقم 59240 مؤرخ في 05/03/1990، المجلة القضائية سنة 1992، عدد 03، ص 57، منقول عن حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، المرجع السابق، ص.264.

² صحيح البخاري، رقم الحديث 2587.

المادتين 324 مكرر 02 و 324 مكرر 03 من قانون المدني الجزائري فضلا عن حضور الموصي و يفهم من المادة 191 الفقرة الأول من ق.أ ، أن التصريح أمام الموثق بالوصية من طرف الموصي يتم بإرادة المنفردة ¹ يبين لنا أن الوصية لا تكون صحيحة و نافذة ولا تعتبر ثابتة إلا إذا كان الموصي قد صرح بها أمام الموثق و هو سليم العقل ، بالغ سن الرشد ² ، و يفرغها في قالب رسمي.

وفي حالة عدم إفراغها قي شكل رسمي، يمكن استصدار حكم قضائي لإثباتها

يجب عند تحرير الوصية أمام الموثق، الإشارة بدقة على صفة الموصي و الموصى له و الموصى به و بذلك يمنع اللبس عن كل ما يمكن أن يؤدي إلى اشتباهاها بغيرها من العقود و في حالة حضور و كيل عن الموصي عند تحرير الوصية و جب على الموثق التأكد من صحة تلك الوكالة ، و بالتالي لا يمكن إدعاء بالوصية التي تتم شفاهة و قد أخذ القضاء الجزائري بهذا المبدأ في القضية رقم 16035 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا حيث جاء في هذا القرار " من المقرر قانونا أنه تثبت الوصية بتصريح الموصى أمام الموثق بتحرير عقد بذلك و في حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم و يؤشر به على هامش أصل الملكية ، و من تصرفات قضاء المجلس بقضائهم باستبداد الوصية الشفوية بسبب عدم التصريح بها أمام الموثق طبقوا صحيح القانون "

و قد كان للقضاء الجزائري موقفا مخالفا لهذا قبل سنة 1997 حيث كان القضاء يجيز و يبيح الوصية غير الموثقة حيث صدر قرار عن القضاء الجزائري برقم 66151 مؤرخ في 19/05/1990 يعترف بالوصية المحرر بيدي الموصي و علل ذلك بأنها صدرت من

الموصي بتاريخ 25/03/1960 تاريخ سريات القانون الفرنسي في بلادنا، لأن المادة 978

¹ بن شويخ الرشيد، الوصية و الميراث في القانون الجزائري، الطبعة الأولى ، دار الخلدونية ، الجزائر ، ، سنة 1429هـ 2008، ص 70.

² عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 228.229.

من قانون المدني الفرنسي لا تشترط في الوصية سوى أن تكون مؤرخة و موقعة من طرف الموصي دون فرض الشكلية¹.

كما تجدر الملاحظة إلى العقد التوثيقي الذي يحرره قناصله الجزائري المقيمين بالخارج إذ أعطى لهم المشرع صفة موثق جزائر في الخارج بنص م 37 الفقرة ب و الأمر 277/12² المتعلق بتنظيم الوظيفة القنصلية على أن القنصل مؤهل لتحرير الوصايا و غيرها من العقود الوحيدة الطرف و التي تقدم له من قبل الرعايا و المصادقة على صحتها.³

ثانيا: إثبات الوصية موجب حكم قضائي

وهو الإستثناء عن أصل وقد نصت م 191 فقرة من ق.أ: "في حالة وجود مانع قاهر ثبتت الوصية بحكم ويؤشر على هامش أصل الملكية".

يمكن تصور هذه الحالة كما لو اتفق الموصي مع الموثق على موعد لتحرير عقد الوصية و بحضور شاهدي عدل، و لما كان هذا الأخير في طريقه لإتمام المتفق عليه

(تحرير عقد الوصية) تصدمه سيارة فيموت، فهنا بإمكان الموصي له باعتباره صاحب

المصلحة، رفع دعوى قضائية عادية يطلب فيها إثبات هذه الوصية بحكم⁴، وله أن يستعين

في ذلك مشروع العقد الموجود بمكتب التوثيق و كذا الشهود¹، و عليه خاصة إثبات المانع

القاهر الذي حال دون تحرير هذه الوصية في عقد توثيقي، لأن هذا هو الأصل فإذا صدر

حكم بإثبات الوصية و صار هذا الحكم نهائيا و أشر به على الهامش أصل الملكية.

¹ قرار رقم 16035 مؤرخ في 1997/12/23 مجلة الإجتهد القضائي غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص لسنة 2001، ص 295، مقتبس عن حمدي باشا عمر، الاجتهاد القضائي في ضوء أحدث القرارات الصادرة في مجلس والمحكمة العليا الطبعة الثالثة دار الهومة للطباعة والنشر، الجزائر، سنة 2004، ص. 212.

² الأمر 77/12 المؤرخ في 1977/03/02 المتعلق بتنظيم مهنة الموثق .

³ رئيس المركز القنصلي: هو ضابط الحلة المدنية ويمكن أن يرخص لموظف قنصلي أن ينوب عنه بصفة دائمة في مهامه كضابط الحالة المدنية، بموجب قرار من وزير الشؤون الخارجية، ويقوم بتحرير جميع العقود المتعلقة بالمواطنين المقيمين في دائرة اختصاصه في الخارج. بن عبدة عبد الحفيظ، الحالة المدنية وإجراءات في التشريع الجزائري، الطبعة الثالثة

دار الهومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص. 124.

⁴ إثبات الوصية في حالة وجود المانع القاهر يتم بكل وسائل الإثبات المعروفة.

يجب على القاضي المرفوعة أمامه هذه الدعوى (أي إثبات الوصية) ملزم بالتأكد من مدى توفر وجدية المانع القاهر² فإن ثبت له ذلك حكم بالثبوت و إلا رفض الدعوى و هو ما تؤكد عليه الغرفة الوظيفية للموثقين لاسيما المادة 192 ق.أ فصلت صراحة في مسألة الإثبات وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه.

"يمكن في حالة وجود مانع قاهر، إثبات الوصية بجميع طرق الإثبات " قرار رقم 413309³

كما يجدر الإشارة إلى المادة 16 من قانون المدني الجزائري التي حددت لنا ضابط الإسناد في حالة تنازع القوانين من حيث المكان بشأن الوصية، إذ نصت في الفقرة الأولى يسري على الميراث و الوصية و سائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون المالك أو الموصى او من صدر منه التصرف وقت موته⁴

أي أنه يسري على شكل الوصية قانون الموصي وقت الإيصاء أو قانون البلد الذي نصت عيه الوصية، و كذلك الحكم في الشكل التصرفات التي تنفذ بعد الموت.

و بالرجوع إلى النص الفرنسي لنفس المادة السابقة الذكر يجيز إثبات الوصية بحكم قضائي عند وجود قوة قاهرة و ليس مانع قاهر مثلما هو وارد في النص العربي إذن هناك تناقض في هذه المادة بين نصها العربي والفرنسي.

¹ جعوب محفوظ، الوصية بين الشريعة و القانون ، مذكرة التخرج للقضاة، المعهد الوطني للقضاة، دفعة الثاني عشر ، سنة 2004، ص. 42،43.

² ويعرفه الجمهور بأنه حادث غير متوقع لايد للشخص فيه ولا يستطيع دفعه عنه ان يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا³ ويعرف المانع القاهرة (القوة)تعتبر حادث خارجيا عن الشيء الذي تتحقق به المسؤولية كعاصفة أو الزلزال .اي عبارة عن حادث يجمع عن الدفع وعدم التوقع .خليل حسن قدارة ،نفس المرجع السابق ،ص.252.

³ قرار رقم 209 413 مؤرخ في 2008/01/16 مجلة المحكمة العليا، العدد 02، سنة 2008، ص 303.

⁴ المادة 16 من قانون رقم 05/10 مؤرخ في 20 يونيو سنة 2005 المعلق بالقانون المدني

ثالثا: التسجيل:

يسجل عقد الوصية بمصلحة التسجيل و الطابع لمتفشية الضرائب برسم ثابت مادام عقد كساتر العقود و تسلم نسخة منها إلى الموصي و الموصى له إذا كان موجودا¹.

المعمول في الميدان التوثيقي أن الوصية تسجل برسم ثابت كغيرها من العقود الخاضعة

لهذا الرسم و هذا حسب المادة 64 من قانون التسجيل²، بعد التسجيل أول مرحلة من مراحل نقل الملكية بعد ثبوت الوصية عن طريق محرر رسمي وثيقة صادرة عن الموثق أو حكم قضائي ، و ذلك لنقل الملكية بطرق المختلفة سواء عقارات أو منقولات.

و التسجيل هو إجراء يقوم به مفتش التسجيل، حيث يقوم بتسجيل التصرفات التي أخضعها القانون لإجراء التسجيل أو التي أراد إعطائها تاريخا ثابتا بغض النظر عن طبيعتها (عقارات أو منقولات).

و يستوفي مفتش التسجيل الحقوق بناءً على تصريحات الورثة أو الموصى لهم أو بناء على المحررات الرسمية الصادرة عن الموثق لأنها تخضع للتسجيل و الإشهار العقاري ، و جميعها تكون خاضعة للرسم و لو كانت عن طريق الوفاة.

كما تجدر الإشارة إلى أن كل الأموال الموجودة في الجزائر و التي تنتقل بالميراث أو الوصية تخضع لرسم نقل الملكية بغض النظر عن جنسية الشخص المتوفى أو الورثة أو الموصى لهم بعكس الأموال الموجودة في الخارج و التي لا تخضع لرسم نقل الملكية و لو كان تملكا جزائري مقيم في الخارج.³

رابعا: الإشهار العقاري:

¹ الأمر رقم 76/105 المؤرخ في 17 ذي الحجة عام 1986 الموافق بـ 1976/12/09 ، يتضمن قانون التسجيل

منشورة في جريدة، الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 81 السنة 42 الصادر في 2005/02/27 .

² المادة 64 من قانون التسجيل الصادرة بالأمر 76/105 المؤرخ في 1976/12/09 " أن الوصايا المودعة لدى الموثقين أو التي يستلمونها تسجل خلال الأشهر الثلاثة من وفاة الموصين بناء على طلب الورثة الموصى لهم أو منفذي الوصايا"

³ بن شويخ الرشيد، نفس المرجع السابق، ص 71.72.

يعد الشهر هو الإجراء النهائي لكي تكتسب عن طريقة الملكية بصورة نهائية في العقارات على وجه التحديد من خلال المحافظة العقارية حسب ما أشارت إليه المادة 793 من القانون المدني¹. من خلال المكلف بعملية الإشهار العقاري و هو المحافظ العقاري، مع خضوع العملية لرسوم الإشهار العقاري، مع العلم أن هناك نظامان للشهر العقاري، و هما نظام الشهر الشخصي و نظام الشهر العيني فالأول يتم فيه الشهر بالنظر إلى أسماء أطراف التصرف، و الثاني بالنظر إلى العقار رجل التصرف من خلال استخراج بطاقة عقارية لكل عقار لتحديد وضعيته هذا فإن الشهر يتم بعد وفاه الموصي و قبول الموصى له.

المطلب الثاني: مبطلات الوصية

من المقرر شرعا و قانونا أن الوصية تنفذ في حالة توفر كل شرائطها و استوفت جميع مقوماتها ، لكن قد نجد لها ما يعرقل نفاذها فيلغيها و تسمى مبطلاتها، هي كثيرة و هذا

¹ المادة 793 ق.م.ج: "لا تنتقل الملكية و الحقوق الأسرة في العقار سواء كان ذلك المتعاقدين أو في حق الغير، إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون و بالأخص القوانين التي ندير مصلحة شهر العقار"
³ وزارة الأوقات و الشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، مآتم -مرض، الجزء السادس و الثلاثون، الطبعة الأولى طباعة ذات السلاسل الكويت، ، سنة 1417هـ، 1984م، ص. 353.

الإبطال يكون من قبل الموصي و آخر من قبل الموصى له و كذا من ناحية الموصى به. لذا سيقسم هذا المطلب إلى فرعين الفرع الأول نتناول فيه المبطلات من جهة الأطراف و الثاني مبطلات من جهة الموصى به.

الفرع الأول: مبطلات الوصية من جهة الأطراف

سيطرح في هذا الفرع مبطلات الوصية من جهة الموصى ثم مبطلات الوصية من جهة الموصى له.

أولاً: مبطلات من جهة الموصي: تمثلت في:

1/ زوال أهله الموصى:

تبطل الوصية عند الحنفية بالجنون و نحوه كالعته سواء اتصل بالموت أو لم يتصل متى كان منشأً للوصية أي وقت إنشاؤها لأن العقود و التصرف تعتمد في صحتها على تحقيق الأهلية وقت إنشائها فقط لأن كمال الأهلية وقت الوصية بطلب عند الانعقاد و هو رأي الشافعية هو الأرجح.

و الجنون الذي تبطل به الوصية هو الجنون المطبق لأن غير المطبق بمنزلة الإغماء و النوم و لا يعتبر به لأن الشخص في فترة الإفاقة¹ يكون كامل أهلية الأداء، فإذا أراد الرجوع أن يفعل ، لأن تصرفاته نافذة²، بطلان الوصية بجنون الموصي نص عليه القانون في المادة 186 من قانون الأسرة: "يشترط في الموصى أن يكون سليم العقل، بالغاً من العمر تسع عشر (19) سنة على الأقل"

هذا ما جاء في قرار المحكمة العليا "إذا كان من الثابت في النزاع -في قضية الحال - يتعلق بعقد الهبة وأن الطاعنات دفعن بأن والدهن -الواهب- كان ثناء تصرفه لا يتمتع

¹ أحمد فراح حسن ، المرجع السابق، ص 187.

² المرجع السابق، نفس الصفحة .

بقواه العقلية، ولقد كان قضاة الاستئناف التصدي لهذا الإدعاء والعمل على إثباته أو نفيه، فإنهم بالاعتماد على المدة الفاصلة بين يوم الهبة والموت المورث في صحة التصرف وإهمالهم الجواب على البنت في هذا الدفع والقضاء بصحة الهبة، عرضوا ما قضوا به للنقض بسبب نقض البيان والتعليل بما فيه الكفاية، الأمر الذي لا يتحقق معه للمجلس الأعلى مراقبة تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية والقانون .

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على هذا الوجه "1.

2- تعليق الوصية على شرط لم يحصل:

كأن يقول إن مت عامي هذا فلفلان كذا من المال فلم يمت فتبطل الوصية، لتعليقها على شرط لم يتحقق. وقد صرح المالكية و الحنفية و الحنابلة بذلك.

3- ردة الموصى بعد الوصية:

لأن ملكه موقوف على الأصح فمن مات و هو على رده أو قلت أو الحق بدار الحرب أو حكم يلحقه فإن وصيته تبطل²، لم يتعرض القانون الجزائري للردة ربما لقلّة وقوعها في الوقت الحاضر أو عمله بمذهب الحنابلة القائلين بصحة وصية المرتد الموصى، بطلت الوصية برده³.

أما بالنسبة للمرأة المرتدة فإن وصيتها تبقى صحيحة لأن المرأة لا تقبل بل تختار بين التوبة أو الحبس و في كلا الحالتين تبقى مالكة لأموالها.

ثانيا: مبطلات من جانب الموصى له: تتمثل في مايلي:

¹ قرار رقم 31833 الصادر سنة ، 10/22 / 1984 المجلة القضائية ، غرفة الأحوال الشخصية ، عدد3، ص65، مقتبس عن بلحاج العربي قانون الأسرة ،وفقا لأحدث التعديلات ،ومعلقا عليّة بقرارات المحكمة العليا المشهور خلال رابع وأربعين سنة 1963-2010، طبعة الرابعة ،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 2012، ص 554، 553.

² بلحاج العربي، نفس المرجع، ص 318.

³ حاشية الدسوقي ، على الشرح الكبير ، الجزء الرابع ، دار أحياء الكتب العربية، بيروت، سنة 1911، ص، 427.

1- وفاة الموصى له المعين قبل وفاة الموصى:

إذا توفي الموصى له حال حياة الموصي، بطلت الوصية له، سواء علم الموصي بوفاة أو لم يعلم لكونه صار غير أهلا للتملك بالموت ولا يصح صرفه إلى غيره، وكذلك إذا مات بعد الموصي وقبل ابتداء هذه الانتفاع في الوصية بالمنفعة.¹

أخذ قانون الأسرة الجزائري بهذا الحكم في المادة 201 منه بقولها "تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي أو ردها".²

ذهب رأي الجمهور إلى أن الوصية تبطل بموت الموصى له، سواء علم الموصى بموته أم لم يعلم.

2- قتل الموصى له الموصى:

قتل الموصى عمدا أو عدوانا وبدون وجه شرعي و لا عذر قانوني سواء كان ذلك قبل انعقاد الوصية أو بعدها.

لقد خالف المالكية رأي الحنفية في الوصية للقاتل فقالوا بصحتها، قال صاحب الشرح الكبير في مسألة وصية المقتول لمن قتله: {لكن في توضيح ما يفيد بطلان الوصية بعد إيصائه له لأنه استعجل الوصية قبل أوانها ومن تعجل شيئا قبل أوانه عوقب بحرمانه³ بذلك تقع الوصية باطلة}. أما المالكية فقالوا: أن القتل العدواني هو الذي يبطل الوصية

بمناسبة الكلام عن القتل المانع لاستحقاق الوصية جاءت به المادة 135ق.أ، و ما جاء

في نص المادة 188.من ق.أ ما يلي: "لا يستحق الوصية من القتل الموصى عمدا" فيتضح لنا من موقف المشرع الجزائري أن القاتل يحرم من الوصية.

¹ بلحاج العربي، الوجيز شرح قانون الأسرة، نفس المرجع السابق، ص.318.

² تلزم الوصية بوفاة الموصى مصرًا على وصيته و قبول الموصى له بعد وفاته م (197.198) . ق.أ.ج.

³ أحمد الحصري، نفس المرجع السابق، ص.665.

3- ردّ الوصية:

تبطل الوصية إذا ردّها الموصى له كلها أو جزء منها قبل قبوله و بعد موت الموصي باتفاق الجمهور من الفقهاء، لأنه أسقط حقه في حال كان يملك قبوله¹

و أما ردّه قبل موته فلا عبرة به عند الفقهاء فله أن يبطلها بعد وفاته، و الردّ بعد قبولها يبطل الوصية عند الحنفية بشرط قبول الورثة أو أحدهم لهذا الردّ.

وقد أخذ قانون الأسرة الجزائري بهذا الحكم في م 201 التي نصت على أنه " تبطل

الوصية بموت الموصى له قبل الموصي أو بردّها كما جاء في المادة 198 ق.أ بأنه إذا مات الموصي قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الردّ".

الفـرـع الثاني: مبطلات الوصية من جهة الموصى به:

تتمثل هذه المبطلات في ما يأتي:

- هلاك الموصى به أو استحقاقه إذا كان عينا:

تبطل الوصية إذا هلك الموصى به المعين بالذات أو بالنوع سواء كانت الوصية به كله أو جزء شائع منه، فلو أوصى بسيارة أو بجزء شائع فيها نصفها مثلا ثم هلكت قبل الموصى له بطلت الوصية ، سواء كان الهلاك قبل موت الموصي أو بعده لفوات محل الوصية أو أوصى قيمة أو سهم شائع فيها كثلتها ثم هلكت². كذلك لا فرق في الاستحقاق بين أن يكون قبل الوفاة أو بعدها قبل تمام الوصية أو بعدها، لأنه تبين بهذا الاستحقاق أن الموصي قد أوصى بما لا يملك، و الوصية بما لا يملكه الإنسان باطلة³.

¹ نفس المرجع ، نفس المرجع السابق، ص. 287.

¹ عمار بهاليل، أحكام الوصية في قانون الأسرة والشريعة الإسلامية، مذكرة لنيل إجازة القضاة، المدرسة العليا للقضاة، الجزائر، سنة 2006، 2027، ص. 56، 57.

³ أحمد فراح حسين، نفس المرجع، ص. 188.

لم يتكلم قانون الأسرة الجزائري على حالة الهلاك الموصى به أو استحقاقه على خلاف القانون المدني المصري الذي تناولها في المواد ، 47،48،49، يرجع هنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

يترتب بطلان في هتين الحالتين الهلاك و الاستحقاق قد يكون كلياً إذا هلت الموصى به كلياً، و استحق كله، وقد يكون جزئياً إذا كان الهلاك أو الاستحقاق بعضة فقط، كذلك إذا ثبت استحقاق و ملكية المال الموصى لغير الموصي .¹ إذا ثبت استحقاق الموصى به للغير كالإيصال كما ليس له.

• مشكلة تزام الوصايا:

تظهر مشكلة تزام الوصايا إذا ضاق ثلث التركة عند تنفيذها كلها، و لم يجز الورثة القدر الزائد عن الثلث ،أو أجازوا و لكن التركة لم تتسع كل ما أوصى به الميت (الموصى) من وصايا²

- قد يكون الوصايا كلها لله تعالى.

- و قد تكون الوصايا كلها للعباد.

- و قد تكون الوصايا بعضها لله تعالى و بعضها الآخر للعباد.

و على هذا فإنه إذا أوصى شخص بوصايا متعددة، وكانت كلها تخرج من ثلث التركة نفذت بتمامها.

كذلك الحكم لو أوصى لوصايا متعددة تجاوزت ثلث التركة و أجاز الورثة الزيادة أو لم يكن له ورثة، نفذت الوصية في جميع المال أن وسعها

فلا يتحقق التزام إلا إذا تعددت الوصايا أما إذا لم تتعددت فلا يكون التزام إنما الذي يكون هو خروجها من الثلث أو عدم خروجها منه.¹

¹ عبد العزيز سعد، نفس المرجع السابق، ص. 230.

² أحمد محمد على داود، نفس المرجع السابق، ص. 159.

أ- حكم تزام الوصايا إذا كانت كلها لله تعالى:

الوصايا لله تعالى لا تخرج عن أربعة أحوال:

- أن يكون الوصايا كلها فرائض كالصلاة والحج و الزكاة

- أن تكون كلها واجبات كالكفارات و النذر وصدقة الفطر.

- أن تكون كلها نوافل كالصدقة للفقراء و المساكين و جهات البر.

- أن يكون خليطاً من النوع السابقة أو بعضها.

فإذا تزام هذه الوصايا ، و كانت متحدة الجنس، (إن كانت فرائض فقط أو واجبات فقط أو نوافل فقط) ، فقد قال أبو حنيفة أنه يبدأ بالتنفيذ بما بدأ به الموصي في النطق ثم الذي يليه

ووجهة هذا الرأي أن جميع الوصايا متساوية في الدرجة ، فله يمكن الترجيح بينها لذاتها، فيرجع ما قدمه الموصي في الذكر.

في حالة اختلاطها باعتبار أنها مختلفة في الدرجة، يبدأ بالفرائض ثم الواجبات ثم النوافل.

ب- حكم تزام الوصايا إذا كانت كلها للعباد:

في هذه الحالة لا مجال لترجيح بعضها على بعض، وذلك فغي سبب الاستحقاق، و

الاستواء في السبب يوجب الاستواء في الحكم بحق ، إذن يأخذ كل من الموصي لهم بنسبة

نصيبه الموصى به له على أي حال، أي سواء زادت كل وصية عن الثلث أم لا

و هذا رأي الحنفية و هو رأي المالكية و الشافعية و الحنابلة، و به أخذ القانون المصري في

المادة 80 من قانون الوصية.

ويذهب أبو حنيفة إلى موافقة الجمهور إذا كانت كل وصية على إنفراد لم تتجاوز الثلث،

أما إذا زادت عن الثلث، ففي هذه الحالة يخالف الفقهاء و يقول: إن الزائد على الثلث في كل

¹ أحمد محمد على داود، نفس المرجع السابق، ص. 159.

وصية باطل و يكون الثالث الموصى لهم بالتساوي" ¹، ففي هذه الحالة يذهب الأحناف إلى تقسيم الثلث أربعة أقسام متساوية لكل من هذه الجهات قسم منه، لأن كل جهة منها غير الأخرى و بعد ذلك يجمع ما كان لله تعالى و يصرف على الترتيب المتقدم حيث يبدأ منه بتنفيذ الفرض ثم الواجب ثم نوافل ²

و يذهب الجمهور الفقهاء إلى تقديم الوصايا الواجبة لله تعالى على وصايا العباد.

و نلاحظ في الأخير أنه تراحت الوصايا بالمرتببات و مات بعض الموصى لهم أو انقطعت جهة من الجهات الموصى لهم بالرتب كان نصيبها لورثه الموصي.

المبحث الثاني: الرجوع في الوصية و أحكامها

الوصية عقد ينعقد بإرادة الموصى المنفردة، لأنه من عقود التبرعات و أنه عقد غير لازم في حق الموصى.

لذلك اتفق الفقهاء على أن الموصى حق الرجوع عن الوصية حال حياته، و يجوز له الرجوع عن كل الوصية أو بعضها ، لأنها عطية أو تبرع لم يتم إنجازه قبل الموت، فجاز الرجوع عنها قبل تنجزها، لأن القبول يتوقف على الموت، و الإيجاب يصح إبطاله له قبل القبول كما في البيع.

المطلب الأول: الرجوع في الوصية في القانون الجزائري

في هذا المطلب سيتم عرض مسألتين هما: الرجوع الصريح في الوصية، و الرجوع الضمني في الوصية.

قد تطرق المشرع إلى هاتين المسألتين من خلال المادة 192 من قانون الأسرة على مايلي: "يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمناً، فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها و الضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها".

¹ احمد محمد علي داود، نفس المرجع، ص. 160. 161. 160.

² بلحاج العربي، شرح قانون الأسرة، نفس المرجع، ص . 321 .

ومؤدى هذا النص أن الوصية تصرف إنفرادي غير لازم يجوز للموصي الرجوع فيها إما صراحة أو ضمناً ، و هذا ما سنشرحه في ما يأتي من فرعين:

الفرع الأول: الرجوع الصريح في الوصية:

يتم الرجوع في الوصية حال حياة الموصي، لأن الوصية كما ذكرنا عقد غير لازم في حياة الموصي من ثم كان له أن يرجع عنه، في جميع ما أوصى به وفي بعضه¹ أي وقت شاء ، و ذلك لأن الذي كان من الموصي محل حياته هو الإيجاب فقط، و الأصل في التصرفات الشرعية أنها لا تلزم ، إلا إذا ارتبط القبول بالإيجاب و عقد الوصية لا يتطلب فيه هذا الارتباط في حال الحياة، لأن القبول لا يكون إلا بعد وفاة الموصي و الإيجاب يصح إبطاله له قبل القبول كما في البيع²، الرجوع عن الوصية يكون بالقول الصريح و بالفعل و بكل تصرف يدل على ذلك أو ينبئ عنه.

وما كان بلفظ يقيد هذا المعنى نص مثلاً رجعت عن وصيتي أو أبطلتها أو تركتها أو أوصيت بها لفلان فهو لفلان أو لورثتي أو ما شاكل ذلك³ ، كما قد يتم بخطاب أو إنذار رسمي يوجه إلى الموصى له يخبره فيه أنه رجع في وصيته وما لا يكون صريحاً من الألفاظ دالاً على إرادة الموصي في الرجوع بأن يحتمل الرجوع و غيره فلا يعد رجوعاً. ومثال ذلك أن يقول الموصي، ندمت على وصيتي لفلان" فلا يكون الرجوع في هذه الحالة لانعدام التلازم و التوافق بين لفظي الندم و الرجوع.

لقد نص المشرع الجزائري من خلال المادة 192 التي جرى نصها كالتالي: "يجوز

الرجوع في الوصية صراحة... فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها..."

يتضح لنا من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري حوّل للموصي ممارسة حقه في

الرجوع مطلقاً لكنه قيده في حالة ما إذا رجع في وصيته و المتعلقة بشكلها فالرجوع

¹ الابن المقدسي، المغنى، الجزء الأول، بدون طبعة، بيت الأفكار الدولية، لبنان، سنة 2004، ص. 1416.

² محمد خضر قادر، دور إرادة في أحكام الزواج و الطلاق و الوصية، ب ط دار اليازوري للنشر و التوزيع، الأردن عمان، سنة 2010، ص. 352.

³ عبد الله الحنبلي، المبدع في شرح المقنع، المرجع السابق، ص. 25. مصطفى الشلبي، المرجع السابق، ص. 428.

الصريح في الوصية يكون بوسائل إثباتها، ومن ثم فإن الرجوع ألقولي من جانب الموصي ولو كان بالألفاظ صريحة لا يعتد به لسماع الأداء إلا إذا تم بنفس الشكل الذي تمت له الوصية، من ثم لا يترتب على رجوع الموصي في وصيته صراحة أي أثر إلا إذا كان ذلك ثابتا بورقة رسمية محررة أمام الموثق أو عن طريق استصدار حكم قضائي في المحكمة المختصة يقضي بالرجوع في الوصية". يمكن الموصى أن يلجأ إلى الموثق الذي حرر له عقد الوصية

و يلتمس منه تحرير عقد الرجوع في الوصية بإرادته المنفردة ومن دون تسبيب طلبه و يتم ذلك بمحضر شاهدي عدل إعمالا بنص المادة 192 من قانون الأسرة الجزائري.

كما يمكن الموصي أن يلجأ إلى القضاء لاستصدار حكم بثبت فيه الرجوع في وصيته إذا اختار هذا الطريق لأن الحكم القضائي هو من وسائل إثبات الوصية"¹.

هذا ما سار عليه القضاء الجزائري، من خلال قرار رقم 54727 من المقرر قانون أنه يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنيا و من تم فإن القضاء كما يخالف هذا المبدأ بعد خطأ في تطبيق القانون و لما كان من الثابت - في قضية الحال- أن قضاء المجلس لما قضاوا بصحة الوصية و ثبوتها و استخراج الثلث منها للمستأنف بالرغم من كون الموصي من تراجع عن وصيته بموجب الوكالة الرسمية إلى و كل من خلالها ابن عمه بيع جميع ممتلكاته العقارية يكونون بقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق القانون و متى كان كذلك استوجب نقص القرار المطعون فيه.²

لعل السبب الذي دفع المشرع الجزائري إلى اشتراط الكتابة في الرجوع الصريح في الوصية هو تفادي حصول الخلاف الذي قد ينشأ بعد موت الموصى بشأن التصرفات و الأفعال التي قام بها هذا الأخير قبل وفاته و التي تحمل الرجوع في الوصية من عدمه.

¹ حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، المرجع السابق، ص 75.

² قرار رقم 54727 المؤرخ في 24/01/1990، المجلة القضائية، عدد 04، ص 85، منقول عن حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، المرجع السابق، ص 270.

الفرع الثاني: الرجوع الضمني في الوصية

رأينا في الفرع الأول أن الرجوع في الوصية إذا كان صريحا فإنه حتى يتقرر يجب أن يكون بنفس وسائل إثباتها لكن ما الحكم إذا كان الرجوع ضمنيا؟

الفقهاء مع اتفاقهم على تنوع الرجوع إلى صريح و غيره فقد اختلفوا في الأفعال التي يتحقق بها الرجوع دلالة ما بين موسع و مضيق.

فقهاء الحنفية، وسعوا دائرته فقالوا أنه يتحقق بكل تصرف يزيل ملك الموصي عن الموصى به أو يكون استهلاكاً له أو يحدث فيه زيادة لا يمكن تسليمه بدونها، أو يكون خلطاً للموصى به بغيره بحيث يكون تمييزه متعذراً أو متعسراً كما يتحقق بتغيير الموصى به حتى يزول اسمه و معظم صفاته سواء كان هذا التغيير بفعل الموصى أو بلا فعل من أحد.¹

و يوافقهم في ذلك الشافعية و الحنابلة بل أنه توسعوا أكثر من الحنفية حيث جعلوا بعض التصرفات رجوعاً في حين أن الحنفية لم ينصوا عليها، من ذلك أن الموصي إذا عرض الموصى به للبيع أو أوصى ببيعه و لم يبيعه ، أو أوصى بهبته أو رهنه و لم يوهب و لم يرهن أو كل شخصاً شيء منها كان هذا رجوعاً عن الوصية كما جاء في تحقه المحتاج و المعني.

و المالكية ضيقوا دائرته فقصروه على فعل الموصي الذي يكون استهلاكاً في الموصى به أو بغيره تغييراً تاماً، أو تصرفه الذي يخرج عن ملكه بشرط عدم رجوعه إليه مرة أخرى و لو بسبب جديد.²

أما خلطه بغيره على أي وجه أو فعل ما يوجب الزيادة فيه أو تغييره بنفسه من غير صنع أحد فلا تبطل الوصية به.

إن الرجوع الضمني في الوصية يتحقق بكل تصرف مادي في الشيء الموصى به يصدر من الموصي بعد إبرامه الوصية ويكون فيه دلالة واضحة على عدول الموصي عن

¹ محمد مصطفى، شبلي المرجع السابق، ص 265.

² نفس المرجع ، ص 266.

وصيته و إعراضه عنها مثلما تقتضي ذلك أحكام المادة 192 من قانون الأسرة السالفة الذكر، يكون الرجوع في الوصية ضمنيا إذا قامت القرينة و العرف على اعتبار تصرف الموصى له عدولا عن وصيته أراد بموجبه (بالفعل) نقص الوصية و إبطالها، فيتم بكل تصرف صريح يخرج المال الموصى به عن ملك الموصي أو يرتب للغير منها عليه يتنافى مع حق الموصى له.

و ترتيبا لما تقدم، يعتبر التصرف الذي يزيل ملك المال الموصى به عن الموصي رجوعاً ضمنيا في الوصية دون الحاجة إلي إثبات ذلك بقرينة مادية تدل عليه سواء كان هذا التصرف الذي يزيل الملك عن الموصي بعوض كالبيع أو بغير عوض كالهبة و سواء عاد مالك الموصي على الشيء الموصى به بعد ذلك أو لم يعد¹، ويكون قرينة قاطعة على الرجوع ، وبالرجوع تبطل الوصية.²

إن الرجوع الضمني في الوصية تعددت صورة التصرفات التي يقدم عليها الموصى.

أولاً: ما يعتبر رجوعاً في الوصية

1- جدد الوصية:

جدد الوصية معناه إنكار حصولها في الماضي، كما قال أنا لم أوصي بشيء، و قد اختلف الفقهاء في اعتباره رجوعاً عن الوصية و عدم اعتباره على قولين.

القول الأول:

¹ عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني، جزء التاسع، ب ط، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1968، ص.210.

² محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 200.

جدد الوصية يعتبر رجوعاً فتبطل به الوصية، لأن الرجوع نفي لها في الحال و الجحود نفيها في الماضي و الحال، فأولى أن يكون رجوعاً ذهب إلى ذلك أبو يوسف من الحنفية و بعض الفقهاء.¹

القول الثاني:

جدد الوصية لا يعتبر رجوعاً، لأن الرجوع عن الشيء يقتضي سبق وجوده و جحود الشيء يقتضي سبق عدمه إذا الجحود نفي الأصل العقد، فلو كان الجحود رجوعاً اقتضى وجود الوصية و عدمها فيما سبق وهو محال.

ذهب إلى ذلك محمد بن الحسن من الحنفية² و الحنابلة و قد أخذ القانون المصري بذلك من خلال المادة 19 منه.

وبالرجوع إلى القانون الجزائري نجده أخذ بالرأي الثاني و إن لم ينص على ذلك صراحة بنص خاص، فلم يعتبر جحود الوصية من جانب الموصي رجوعاً فيها إلا إذا دلت القرينة أو التصرف على أنه قصد به الرجوع و ما هذا إلا أعمال المبدأ العام المصرح به في المادة 192 من قانون الأسرة السابقة الذكر.

2- تغيير اسم الموصى به:

اتفق جمهور الفقهاء على أن تصرف الموصى في الشيء للموصى به تصرفاً يغير من اسمه كأن يوصي الشخص بحنطة من القمح فيطحنها يعد رجوعاً في الوصية لأنه يكون

¹ نفس المرجع السابق، ص. 238.

² غفر القدوري، مختصر القدوري في الفقه الحنفي، باب الوصية، الطبعة الأولى، دار الكتب العربية، بيروت، لبنان، سنة 1418هـ، 1997م، ص. 243.

بذلك إفناء الموصى به في المعنى¹ باعتبار أنها تبديل الحقيقة و أصبحت في نظر الناس شيئاً آخر و قد أخذ المشرع الجزائري بذلك.

3- إحداث زيادة في العين الموصى بها:

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أنه لا يعتبر رجوعاً في الوصية إذا تم خلط الموصى به بغيره من جنسه أو من غير جنسه على وجه يمكن تمييز الموصى به لأن تمييزه لا يمنع من تسليمه إلى الموصى له بعد موت الموصي لإمكانية فصله عما قد اختلط به. لكنهم اختلفوا فليما إذا كان غير ممكن تمييز الموصى به عن غيره و مدى اعتباره رجوعاً في الوصية إلى رأيين:

-الرأي الأول:

يذهب المالكية إلى أن تصرف الموصي في الموصى به على نحو يغير منه فيزيد فيه لا يعتبر رجوعاً في الوصية إلا إذا وجدت قرينة تدل على إرادة الرجوع، و من ثم يكون الموصى بع بزيادة الموصى له وسندهم في ذلك أن هذه التصرفات لم تعدم الموصى بها بل هل باقية و أن اختلطت بغيرها²

-الرأي الثاني:

يذهب الحنفية و الشافعية و الحنابلة إلى اعتباراً أن إحداث الزيادة في العين الموصى بها من طرف الموصي بعد صدور الوصية رجوعاً فيها لأن العين الموصى بها اختلطت كما

¹ محمد حسن النحفي، جواهر الكلام، الجزء السابع والستون ، باب الرجوع في الوصية، الطبعة السابعة، دار الإحياء التراث العربي،، سنة 1401 هـ ، 1981م بيروت، لبنان، ص. 266.

² شيخ نسمة ، المرجع السابق، ص. 240.

ليس موصى به على نحو تجول دون تسليمها بدونه ليتعذر التمييز بينها¹ من يريد تنفيذ وصيته لا يضع العراقيل في طريق الموصى له تمنعه من استحقاقها.

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده أخذ بالرأي الأول فلم يعتبر شيئاً من ذلك رجوعاً في الوصية كما أن المبدأ العام المنصوص عليه بشأن الرجوع يقتضي وجود قرينة خارجية أو عرف متداول بين الناس يدل على أن الوصية قصد به الرجوع.

ثانياً: ما لا يعتبر رجوعاً في الوصية

1 رهن "الموصى" "الموصى به" بعد إبرامه الوصية،

اختلف الفقهاء في اعتبار رهن لموصى به رجوعاً في الوصية على قولين:

الحنفية والمالكية قالوا: أن الرهن لا يعتبر رجوعاً لأنه لا يزيل الملك و هو أشبه بالاستخدام.

الحنابلة و الشافعية: فذهبوا إلى اعتباره رجوعاً لأنه أشبه بالبيع و الرهن منع الراهن من التصرف و عدم استفاء حقه من القيمة المنافي لمقتضى الوصية الذي هو ملك تام بالموت و القبول²، و القابلية للنقل غير موجودة فيما رهنه و هذا ما أخذ به المالكية و الحنفية.

ويتجلى موقف المشرع الجزائري في المادة 193 من قانون الأسرة على ما يلي: "رهن

الموصى به لا يعد رجوعاً في الوصية" الأمر الذي يستفاد منه أنه إذا رهن الموصى قيد حياته الشيء الموصى به للغير فإن تصرفه هذا لا يعتبر رجوعاً في الوصية.

قد ينجر عن الرهن حجز الشيء الموصى به ثم القيام ببيعه بالمزاد العلني في حالة عجز الموصى عن الوفاء بدينه. فيكون محل الوصية في هذه الحالة كما لو هلك الشيء الموصى به ذلك تبطل الوصية.

¹ إقدام الموصى على أي تصرف (أي زيادة) دليل على إعراضه عن تنفيذ الوصية و الرجوع فيها.

² محمد حسن النحفي، جواهر الكلام، المرجع السابق، ص. 266.

بذلك فإن رهن الشيء الموصى به يعتبر تصرفاً قانونياً يدل دلالة واضحة على أن الموصي أراد الرجوع في وصيته.

2- تصرف الموصي في الموصى به لشخصين

على خلاف جمهور الفقهاء، اعتبر الشافعية أن الوصية لكثير من شخص مشتركة بينهم و ليس ذلك رجوعاً فيها.

قد نص المشرع الجزائري في المادة 194 ق.أ على مايلي: "إذا أوصى لشخص تم أوصى الثاني، يكون الموصى به مشتركاً بينهما"

ونص في المادة 195 على مايلي: "إذا كانت الوصية لشخصين معيني دون أن يحدد ما يستحقه كل منهما ومات أحدهما وقت الوصية أو بعدها قبل وفاة الموصي فالوصية كلها للحي منهما"

أما إذا حدد ما يستحقه كل منهما فالحي لا يستحق إلا ما حدد له "ستفاد من خلال هاتين المادتين أنه في حال أوصى بمال معين إلى شخص معين تم أوصى لشخص ثان بنفس المال فلا يعتبر بذلك رجوعاً ضمناً عن الوصية من جانب الموصي، بل تكون الوصية مشتركة بينهما.

و إذا أوصى الموصي لشخصين معينين دون أن يحدد نصيب كل منهما أثناء إبرام الوصية و توفي أحدهما وقت الوصية، أو بعدها و قبل وفاة الموصي، كان الشيء الموصى به كله للموصى له الحي منهما، أما إذا حدد الموصي ما يستحقه كل واحد منها فليس الحي أن يستحق إلا نصيبه المحدد.

بعد التصرف على كيفية الرجوع في الوصية فما هو الحكم الذي أتى به الفقهاء الشريعة و القانون الجزائري للرجوع؟.

المطلب الثاني: أحكام الرجوع في الوصية و القانوني:

في هذا المطلب سيتم عرض موقف الشريعة الإسلامية من الرجوع في الوصية تم موقف القانون الجزائري ثانيا في ما يأتي من فرعين.

الفرع الأول: أحكام الرجوع في الوصية في الفقه الإسلامي

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول حكم رجوع الموصي في وصيته فمنهم من أجاره ومنهم من منعه، هذا ما سيتم التفصيل فيها

أولا: الوصية عقد جائز يجوز للموصى أن يرجع فيه:

يجوز للموصى بعد إبرامه الوصية أن يرجع في جميع ما أوصى به أو بعضه مادام حيا باتفاق الفقهاء من الحنفية و المالكية و الشافعية و الحنابلة.

وقد استبدل أنصار هذا الرأي في ذلك على الأدلة التالية ما روى سيدنا عمر بن

الخطاب رضي الله عنه أنه قال: "يغير الرجل ما شاء من وصيته"، لأنها عطية تنجز بالموت فجاز له الرجوع عنها قبل تنجزها¹ ، و في معنى الحديث دلالة واضحة إن الوصية تصرف غير

لازم يجوز الرجوع فيه متى شاء الموصي.

إن الوصية تبرع مضاف إلى ما بعد الموت تنجز بالموت فيجوز إذن الموصى الرجوع فيها قبل نفاذها كالهبة قبل القبض.

إن الوصية بمنزلة الوعد و الوعد كما هو معلوم لا يلزم الوفاء به و إنما يستحب فقط وعليه يجوز الموصي أن يرجع في وصيته.

¹ البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع ، باب الوصايا ، الجزء الرابع ، بدون طبعة ، دار الفكر ، سنة 1402 هـ ، 1982م ، ص.348.

إن القبول يتوقف على موت الموصي و الإيجاب الذي يتصل به القبول جاز إبطاله في المعاوزات كما في البيع ، فيكون في التبرعات من باب أولى و اتفق الفقهاء أيضا على أنه من الرجوع التصرف في الموصى به بحيث لا تخرجه عن ملك الموصي، كما لو أجره أو أعاره و على هذا يتبين لنا ، أن الموصى له إرادة كاملة في الرجوع عن الوصية مادام حيا¹.

ثانيا : الوصية عقد لازم لا يجوز الموصى أن يرجع فيه

يرى الظاهرة أن للموصي الرجوع في جميع ما أوصى به مادام حيا إلا الوصية بالعتق فلا رجوع فيها إذا ما كانت الرقبة الموصى بها مملوكة الموصى، أما إذا لم تكن مملوكة له حين الوصية فله الرجوع في الوصية. وقد استند أنصار هذا الرأي على قوله سبحانه تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود".

فالوصية بعق رقبة عبد الموصى إن مات تصبح عقدا لازما يجب الوفاء به، و من ثم لا يجوز الرجوع فيه بخلاف سائر الوصايا التي تعتبر وعود و الوعد لا يلزم تنفيذه، و بالتالي جاز الرجوع فيه.

الفرع الثاني: الحكم القانوني للرجوع في الوصية:

يجدر بنا قبل التعرض من الحكم القانوني عند المشرع الجزائري بالنسبة للرجوع في الوصية أن نشير أن أحكام الشريعة الإسلامية هي التي كانت تسري على المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية قبل صدور قانون الأسرة الجزائري و أن الوصية تندرج ضمن أحكام هذا القانون فإنه كانت تطبق أحكام الشريعة الإسلامية على الوصايا المبرمة قبل تاريخ صدوره.

المشرع الجزائري نظم الوصية في الفصل الأول من الكتاب الرابع الخاص بالتبرعات في المواد 184 إلى 201 من قانون الأسرة.

¹ محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص 253.

فتنص المادة 192 منه على مايلي: "يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنيا"

فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها، و الضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها".

و باستقراء نص المادة يظهر لنا أن المشرع الجزائري اعتبر الوصية تصرفا تبرعيا غير لازم يجوز للموصى أن يرجع فيه مادام على قيد الحياة إما صراحة أو ضمنا.

و عليه متى تمت الوصية مستوفية لأركانها المتمثل في الإيجاب الصادر عن الموصي و كذا الشروط صحتها و نفاذها اعتبرت صحيحة لكنها تنص تصرفا تبرعا غير لازم في حياة الموصي يجوز له أن يرجع فيها كلها أو بعضها في أي وقت شاء

و بالنتيجة يعود الشيء الموصى به إلى تركه الموصي كبقية أمواله و يصبح حقا للورثة

اعتبر المشرع الجزائري الوصية تصرف جائزا غير لازم هو أنها تصرف إرادي صادر من جانب الموصى و حده فالذي وجد منها هو الإيجاب فقط، ولأنها تصرف لا يثبت حكمه إلا بعد موت الموصى و من تم لا يترتب على الإيجاب أي حق الموصى له قبل الوفاة فيكون إذن للموصي الحرية الكاملة في اختيار المضي و الإصرار على إبقاء الوصية أو الرجوع فيها إذا ما رأى ذلك مناسبا.

لقد استقر القضاء الجزائري على اعتبار الوصية تصرف غير لازم يجوز الرجوع فيه

صراحة أو ضمنيا هذا في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1990/01/24 التي

قضت فيه بمايلي: "من المقرر قانونا أنه يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنيا و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون ولما كان من الثابت في

قضية الحال -إن قضاة المجلس لما قضوا بصحة الوصية وثبوتها واستخراج الثلث منها

للمستأنف بالرغم من كون الموصي قد تراجع عن وصيته بموجب الوكالة الرسمية التي

وكل من خلالها ابن عمه ببيع جميع .

ممتلكاته العقارية يكونون بقضائهم كما فعلوا اخطئوا في تطبيق القانون ،ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.¹

انتهج المشرع الجزائري منهج الفقهاء و أغلب التشريعات الوضعية حيث أجاز للموصي الرجوع في وصيته ماداً حياً. قام ببيان كيفية الرجوع في الوصية فأعطى حق ممارسة الرجوع فيما أوصى به أما صراحة أو ضمناً. اشترط في دعوى الرجوع الصريح أن يكون ثابتاً بالكتابة أو عن طريق العقد التوثيقي مثبت للرجوع في الوصية أو بإصدار حكم قضائي في حال وجود المانع القاهر. أما الرجوع الضمني اكتفى بإثباته بكافة طرق الإثبات.

¹ القرار رقم 54727 المؤرخ في 1990/01/24، مجلة القضائية 1991، عدد04، ص85، منقول عن بلحاج العربي ،قانون الأسرة وفقاً لآخر تعديل ،نفس المرجع السابق ،ص. 551.

الخاتمة :

هذه الدراسة البسيطة لموضوع الوصية، وهذا البحث الموجز بلور عدة مفاهيم يمكن تضمينها فيما يلي : إن الوصية بسبب من أسباب كسب الملكية في القانون المدني الجزائري و هي فيما يستشف من قول الدكتور أحمد عبد الرزاق السنهوري هي تصرف قانوني من جانب واحد يفضي إلى كسب الملكية إذا تصرف شخص بمقتضاتها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت و لقد تناولها القانون المدني الجزائري في القسم الثاني من الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الثالث باعتبارها كما يقول الدكتور علي علي سليمان تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت ، كما أن الوصية تحتل مكانة هامة من بين تلك الأسباب باعتبارها عملا إراديا منحها الله سبحانه وتعالى الإنسان كي يتخذ منها وسيلة لمنح الغير حقا مشروعاً و باعتبارها أمراً لا يتحقق فيه معنى الإضرار الذي قد يوجد في بعض الأسباب الأخرى لكسب الملكية ، و لأنها دون غيرها تستقل بكونها أداة، كذلك لأن الوصية تختلف عن الهبة من حيث أثر كل منهم، و من حيث أركانها وعلى النحو الذي تم قديمه في البحث، كما أنها لا يمكن أن تخلط بالبيع لأن الصفة فيها هي انعدام العوض و إذا فالوصية تختلف عن غيرها من التصرفات القانونية لما لها من ذاتية خاصة لذلك فإن :

- الوصية تصرف قانوني من جانب واحد يفضي إلى كسب الملكية إذا تصرف الشخص بمقتضاه تصرفاً في التركة .

- إن الوصية تتعقد بمجرد صدور الصيغة أي الإيجاب الموصي، أما القبول فلا يعتبر سوى شرط لنفاذ الوصية إذا مات الموصي مصراً عليها ولم يعدل عنها .

- إن الموصي يشترط فيه أن يكون أهلاً للتبرع، وأن يتوفر له الرضا أما الموصى به فيكون منماً يصح التوارث فيه وإن كان مالا يجب أن يكون مقوماً .

وكذا يجب تعديل نص المادة : 188 من ق.أ.ج التي تتضمن منع القاتل من استحقاق الوصية على غرار موانع استحقاق الإرث و أن يحدد القانون بعض الحالات المنطوية على عذر

شرعي أو قانوني كحالة الدفاع الشرعي دون تجاوز الحد اللازم و حالة القاتل غير المميز أو الشخص الذي تناول ما يفقده عقله و هو مكره عليه

- و إن تصرفات المريض مرض الموت و التصرف لو ارث مع الاحتفاظ بالحيازة و بالمنفعة طوال حياة المتصرف هما مسألتان ملحقتان بالوصية فتأخذان حكمها و تخضعان لما يسري عليها و يضبطها من قواعد شرعية و قانونية . حيث اعتبرت المادة 408 في فقرتها الأولى البيع الذي يتم لو ارث متوقفا على حيازة الورثة مطبقة في ذلك أحكام الوصية ، في حين سارت في اتجاه مخالف في الفقرة الثانية بالنسبة للبيع الذي يتم لأجنبي.

- الوصية كأصل عام تثبت بتصريح الموصي أما الموثق و تحرير عقد بذلك استثناء في حالة وجود المانع القاهر تثبت بحكم ويأشر به على أصل هامش الملكية .

- للموصي حق العدول في وصيته متى شاء ذلك لأن المال الموصى به لا يخرج عن ضمانه العام حتى وقت وفاته ولايستطيع الموصى له اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري على أموال الموصي قبل الوفاة لان حقه هو مجرد حق احتمالي .

و التأكيد على رجوع القاضي إلى مبادئ الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد فيه نص بشأن الوصية.

قائمة الكتب والمراجع:

-القرآن الكريم.

الكتب الفقهية:

- أبو إسحاق برهان بن محمد بن عبد الله الحنبلي، المبدع في شرح المقلع، كتاب الوصايا، المكتب الإسلامي، الجزء السادس ، سنة، 1421هـ ، 2000م.
- أبو الفضل جمال الدين ابن منظر الأنصاري الأفريقي ،لسان العرب،المجلد الخامس عشر، الطبعة الثانية ، دار صادر للطباعة و النشر، بيروت،سنة، 1414هـ.
- أبو بكر مسعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية الجزء السابع، الطبعة الثالثة، سنة 1406هـ ، 1986م.
- أبو زكريا يحيى النووي دمشقي، روضة الطالبين و عمدة المفتين، الجزء التاسع، المكتب الإسلامي ، سنة، 1412هـ، 1991م.
- أبو زكريا يحيى بن شرف النووي دمشقي: روضة الطالبين ،كتاب الوصايا ،المجلد الرابع ، الطبعة الأولى، دار ابن حزم ،بيروت، لبنان ، سنة 1429هـ، 2002م.
- أبي الحسن احمد بن محمد بن احمد بن جعفر القدوري البغدادي، مختصر القدوري في الفقه الحنفي ،باب الوصية، دار الكتب العربية، بيروت، لبنان ، الطبعة الأولى، سنة، 1418هـ ، 1997م.
- ابن قدامة المقدسي ،المغنى،الجزء الأول ،بدون طبعة،بيت الأفكار الدولية،لبنان،سنة، 2004م.
- ابن باز، الجامع في فلقه، باب الوصايا، المكتبة الإسلامية للنشر و التوزيع، مصر ، الطبعة الأولى، سنة 1431هـ، 2010م.
- بن رشد الحفيد،شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد المجلد الأول كتاب الوصايا ،دار السلام للطباعة والنشر و التوزيع والترجمة،القاهرة، الطبعة الأولى،سنة ، 1416هـ، 1995م.
- بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز الدميري ،الشامل في فقهي الإمام مالك ،الجزء الأول الطبعة الأولى ،مركز نجيلوية للطباعة والدراسات ،القاهرة ،سنة ، 1429هـ، 2008م .

- بن عبد الله الخرشي، شرح مختصر الخرشي، الجزء الثامن، بدون طبعة، دار الفكر للطباعة بدون سنة نشر، بيروت
- جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس، عقد الجواهر الثمينة في عالم المدينة، الجزء الثالث، بدون طبعة، دار الغرب الإسلامية، فاس، بدون سنة نشر .
- شمس الدين الشيخ محمد عرف، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الرابع، دار أحباء الكتب العربية، بيروت، سنة 1998، 1919 م.
- محمد الزرقا، شرح الزرقا على مختصر سيدي الزرقا، الجزء الثامن، الطبعة الأولى دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، سنة 2008، 1422
- محمد أمين ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، الجزء السادس، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، سنة 1412هـ - 1992م،
- محمد بن أحمد بن محمد عليش، منح الخليل شرح مختصر خليل، كتاب الوصايا، الجزء التاسع، دار الفكر، القاهرة، سنة 1409هـ - 1989م
- محمد حسن النجفي، جواهر الكلام، الجزء السابع والستون، باب الرجوع في الوصية، الطبعة السابعة، دار الإحياء التراث العربي بيروت، لبنان، سنة 1401هـ - 1981م.
- محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي، الشرح الكبير، كتاب الوصايا المجلد الرابع، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت لبنان، سنة 1919هـ، 1998م
- محمد بن إسماعيل البخاري المعفى، صحيح البخاري مع حاشية ألسندي، باب الوصية بالثلث دار السلام، الرياض، سنة 1414هـ، 1993م.
- منصور بن يونس بن صلاح بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، باب الوصايا، الجزء الرابع، بدون طبعة، دار الفكر، سنة 1402هـ، 1982م.
- عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير القريش الدمشقي، تفسير القران، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الإمام مالك الجزائر سنة 1427هـ، 2006م.
- عماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن كثير القريشي الدمشقي، تفسير القران، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الإمام مالك الجزائر سنة 1427هـ، 2006م.
- زين الدين بن ابراهيم ابن نجميم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، كتاب الوصايا، الجزء الثامن، الطبعة الثانية، دار الكتاب الإسلامي، بدون سنة نشر.

الكتب القانونية:

- أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة، 2009م
- أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركية بين الفقه و القانون، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان ، سنة ، 1430هـ، 2009م.
- أحمد محمود الشافعي، أحكام المواريث و الوصايا و الوقف في الشريعة الإسلامية، دار الهدى للمطبوعات، الإسكندرية، سنة، 2004م.
- أحمد الحصري، التركات و الوصايا، دار الجيل، بيروت الطبعة الأولى، سنة، 1417هـ-1997م.
- بلحاج العربي ،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الميراث والوصية)، الجزء الثاني ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ،سنة ، 1994م
- بلحاج العربي ،النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعة الجزائر بن عكنون، الطبعة الثانية، سنة، 2004م.
- بلحاج العربي ،قانون الأسرة،وفقا لأحدث التعديلات ،ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهور خلال أربع وأربعين سنة 1963م، 2010م، طبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة، 2012 م
- بن عبيدة عبد الحفيظ ،الحالة المدنية وإجراءات في التشريع الجزائري ،الطبعة الثالثة ،دار الهومة للطباعة والنشر والتوزيع ،الجزائر ، سنة، 2011م.
- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات (الهبة،الوقف،الوصية)بدون طبعة ،دار الهومة للطباعة والنشر ،الجزائر ،سنة، 2014م
- حمدي باشا عمر،القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة في مجلس والمحكمة العليا، الطبعة الأولى، دار الهومة للطباعة والنشر الجزائر ،سنة 2004،.
- خليل احمد قدارة الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول، الطبعة الأولى مصادر الالتزام ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر سنة ،2005م
- شويخ الرشيد، الوصية و الميراث في القانون الجزائري ، دار الخلدوينية ، الجزائر ، الطبعة الأولى، سنة ، 1429هـ ، 2008م.
- شيخ نسمة، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري،(الهبة، الوصية، الوقف) ، دار الهومة للطباعة والتوزيع، الجزائر، سنة، 2012م.

- عبد الحميد جياش ، أحكام الميراث والوصية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، السنة ، 1430هـ ، 2009م .
- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في الشرح القانوني المدني نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، الجزء الأول ، دار النشر الجامعة المصرية ، القاهرة مصر ، سنة ، م 1952 .
- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، جزء التاسع ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ، 1968 ،
- عبد العزيز سعد ، إجراءات ممارسة ، دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر سنة ، 2013 .
- لحسن بن شيخ أث ملويا ، قانون الأسرة نصا و شرحا دراسة تفسيرية ، دار الهدى للطباعة والنشر و التوزيع الجزائر ، سنة ، 2014 م .
- محفوظ لعشب ، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية للطباعة والنشر ، الجزائر ، السنة 2006 م .
- كمال حمدي ، الموارد والهبة والوصية ، منشأة المعارف للطباعة والنشر ، الإسكندرية سنة ، 1998 م .
- محمد أبو زهرة شرح قانون الوصية . الطبعة الثانية دار الفكر العربي ، القاهرة سنة ، 1404هـ ، 1988م .
- محمد خضر قادر ، دور إرادة في أحكام الزواج و الطلاق و الوصية ، دار اليازوري للنشر و التوزيع ، الأردن ، عمان ، سنة ، 2010م .
- محمد صبحي نجم ، محاضرات في الميراث والوصايا ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر الطبعة الثانية ، سنة 1987م .
- محمد كمال الدين إمام ، الوصية و الوقف في الإسلام مقاصد و قواعد ، منشأة المعارف الإسكندرية ، سنة ، 1999م .
- محمد مصطفى شبلي ، أحكام الوصايا والأوقاف ، الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت ، الطبعة الرابعة سنة 1982م .
- منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني ، منشورات تارس ، العراق ، الطبعة الأولى ، سنة ، 2004 .
- زكريا سرايش ، الوجيز في مصادر الالتزام العقد والإرادة المنفردة ، بدون طبعة ، دار الهومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، سنة 2013م .
- وهيبية الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، الجزء العاشر ، بدون طبعة ، دار الفكر للطباعة والنشر ، دمشق سنة 1427هـ ، 2007م .

-الموسوعات الفقهية وزارة الشؤون والأوقاف الإسلامية الموسوعة الفقهية ، إنشاء- أيم
الجزء الثاني عشر، الطبعة الثانية، طباعة ذات السلاسل، الكويت ، سنة 1406هـ -1986م.
الموسوعات الفقهية وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية ، الموسوعة الفقهية ، تأييد- تحيات،
الجزء العاشر، الطبعة الثانية ، الطباعة ذات السلاسل ، الكويت ، سنة 1407هـ -1987م.
- الموسوعات الفقهية وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الموسوعة الفقهية ، تشبه-تعليق
الجزء الثاني عشر، الطبعة الثانية ، الطباعة ذات السلاسل ، الكويت سنة 1408هـ -1988م.
- الموسوعات الفقهية وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، مأتم-مرض،
الجزء السادس و الثلاثون، طباعة ذات السلاسل الكويت، الطبعة الأولى، سنة 1417هـ
1984م.

المذكرات :

-جعبوب محفوظ، الوصية بين الشريعة و القانون ، مذكرة التخرج للقضاة، المعهد الوطني
للقضاة، دفعة الثاني عشر، سنة 2004م.
- ريم عادل الأزعر، الوصية الواجبة، رسالة ماجستير، كلية الشريعة و القانون في الجامعة
الإسلامية ،بغزة، سنة ،1429هـ-2008م .
-عزوز عبد الحميد، رسالة ماجستير، مدى تأثير المشرع الجزائري بالمذهبين الشخصي
والموضوعي ،جامعة الجزائر ، بن عكنون، الجزائر، سنة، 2002م، 2003م .
- محمد بوكماش. سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقہ
الإسلامي مذكرة دكتوراه، جامعة الحج لخضر-باتنة-قسم العلوم الإسلامية، سنة،
2011م، 2012م.
- محمود علي محمود نجي، رسالة ماجستير، أحكام الوصية في الفقه الإسلامي، تلبه
الدراسات العليا في جامعة النجاح لنابلس، فلسطين، سنة، 2010م.
-زروق عبد الرؤوف حوش محمد ،حماية الورثة من الوصية المستترة ،مذكرة لنيل شهادة
القضاء ،الدفعة الرابع عشر، المدرسة العليا للقضاة ،الجزائر ،سنة، 2014م، 2015م

المجلات القضائية :

- مجلة الشريعة الإسلامية ، فراس يوسف الكساسبة، كلية الإمارات العربية المتحدة، العدد الثالث والخمسون، صفر 1434، يناير 2014.
- المجلة القضائية، 1999.
- المجلة القضائية ، 1995.

التشريع الجزائري:

- القانون رقم 14/88 المؤرخ في 28 رمضان عام 1408 الموافق ل 03 مايو سنة 1988، يعدل وبتتم الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني منشور في الجريدة الرسمية لجمهورية الجزائرية ،العدد 31 ، المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428هـالموافق ل 13مايو 2007م.
- القانون: 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق 09 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة والذي تم تعديله بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 17/10/2005 المنشور في جريدة الرسمية الجزائرية، عدد42، سنة 2005
- الأمر رقم 76/105 المؤرخ في 17 ذي الحجة عام 1986 الموافق بـ 1976/12/09 يتضمن قانون التسجيل منشورة في جريدة، الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد الصادر في 2005/02/27 .

الصفحة	العناوين
	التشكرات
	الإهداء
5-1	المقدمة
7	الطبيعة الشرعية والقانونية للوصية
8	مفهوم الوصية في منظور الشريعة الإسلامية
8	تعريف الوصية.
8	الوصية في المعنى اللغوي
12-9	الوصية في المعنى الشرعي
13	مشروعية وحكم الوصية .
16-13	مشروعية الوصية
20-16	حكم الوصية وحكمتها
21	الوصية في التشريع الجزائري
21	مفهوم الوصية في القانون الجزائري وطبيعتها
23-21	تعريف الوصية قانونا.

29-24	الطبيعة القانونية للوصية
29	إنشاء الوصية
33-29	الصيغة القانونية للوصية .
46-33	شروط صحة الوصية .
48	أحكام الوصية في القانون الجزائري
49	تنفيذ الوصية ومبطلاتها
49	شكل الوصية
60-51	إثبات الوصية
60	مبطلات الوصية
63-61	من جهة الأطراف
66-64	من جهة الموصى له
67	الرجوع في الوصية في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري
67	كيفية الرجوع في الوصية.
69-67	الرجوع الصريح في الوصية
75-69	الرجوع الضمني في الوصية.
75	أحكام الرجوع في الوصية
76-75	حكم الرجوع في الوصية عند الفقه الإسلامي

78-76	حكم الرجوع في الوصية في القانون الجزائري .
81-80	الخاتمة
83	قائمة المراجع
89-84	الفهرس