

جامعة 20 أوت 1955 – سكيكدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



الإجتهد القضائي في مواد الوصية

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر تخصص: قانون أسرة

تحت إشراف:

الأستاذ مسيخ محمد لمين

من تقديم الطالبتين:

حمدة ليندة

مرج إيمان

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة
د/مناجلي أحمد لمين	أستاذ محاضر	رئيسا
أ/مسيخ محمد لمين	أستاذ مساعد	مشرفا ومقررا
د/قاري علي	أستاذ محاضر	مناقشا

دورة جوان 2022

الشكر

شكر وتقدير

أولاً وقبل كل شيء نبدأ شكرنا بالحمد لله الذي وفقنا إلى طريق العلم وسخر لنا جنود الأرض والسماء لإتمام هذا العمل المتواضع.

نخص بالشكر أستاذنا المشرف مسيخ محمد لمين الذي أمدنا بروح القوة والأمل للبدأ في العمل، ولم يبخل علينا بما لديه من معلومات قيمة وتوجيهاته فأرشدنا إلى الصواب.

نتقدم بالشكر الجزيل وعظيم الإمتنان إلى الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة الكرام: الدكتور الفاضل/ مناجلي محمد الأمين رئيساً، والدكتور قاري علي مناقشاً لتفضلهما بقبول مناقشة هذه الدراسة.

كما نخص بالشكر كل من قدم لنا يد المساعدة وساهم في إثراء هذه المذكرة خاصة الأستاذ الدكتور بوالدفع علي.

وفي الأخير كلمة شكر وعرفان إلى جميع أساتذتنا الذين تعلمنا منهم الكثير خلال مسارنا الدراسي ونخص بالذكر الأستاذ الدكتور بوالقمح يوسف والأستاذ الدكتور لنكار محمود.

الاهـداء

الإهداء

أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع إلى:
روح أمي وأبي أغلى الناس على قلبي حتى آخر أنفاسي.
إلى زوجي الغالي توأم روحي وسندي في الحياة، إلى بناتي قرتا عيني
ملاك وبلقيس.
إلى جميع أخواتي الغاليات وأزواجهن وأخواني وزوجاتهم وجميع أبنائهم.
إلى صديقاتي وزميلاتي دون أن أنسى زملائي في العمل.
إلى كل من فرح معي من بعيد أو من قريب، إلى كل من دعمني وشجعني
ودعى الله لي ولو بظهر الغيب.

الطالبة حمدة ليندة

الإهداء

أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع إلى:
الوالدين الكريمين حفظهما الله.
إلى كل أفراد أسرتي وإلى كل الأصدقاء.
إلى كل من كانوا برفقتي وصحبتني أثناء دراستي في الجامعة.

الطالبة مرج إيمان

قائمة المختصرات

قائمة المختصرات

- ق: قانون
- م: المادة
- ق.أ: قانون أسرة
- ق.م: قانون مدني
- ق.ع: قانون عقوبات
- ص: صفحة
- ص ص: من صفحة إلى صفحة
- ط: طبعة
- د.ط: دون طبعة
- ج: جزء
- م.أ: مجلس أعلى
- م.ع: محكمة عليا
- غ.أش: غرفة الأحوال الشخصية
- غ.ع: الغرفة العقارية
- غ.م: الغرفة المدنية
- ن.ق: نشرة قضائية
- ن.س: نشرة سنوية
- مج: مجموعة
- مج أ: مجموعة الأحكام
- ج.ر: جريدة رسمية
- إ.ق: إجتهااد قضائي
- م.ق: مجلة قضائية
- م.م.ع: مجلة المحكمة العليا
- م ب م ق: منشور بالمجلة القضائية
- ع: عدد
- ع.خ: عدد خاص

المقدمة

أولا وقبل كل شيء نفتتح عملنا هذا بالحمد لله الذي تواضع لعظمته كل شيء، الحمد لله الذي استسلم لقدرته كل شيء، الحمد لله الذي ذل لعزته كل شيء، والصلاة والسلام على حبيبنا المصطفى خير الأنام، وعلى آله وصحبه الأخيار الذين هاجروا ونشروا أحكام الشريعة وتعاليمه، فسعد الناس في ظلها وساد العدل والإنصاف في كل العصور.

دين الإسلام هو دين عظيم جاء ليعز الإنسان ويحفظ كرامته ويرتقي به ويخرجه من الظلمات إلى النور، فوضع ضوابط للمعاملات بين الناس تحفظ حقوقهم في ظل العدالة والمساواة.

قانون الأسرة هو قانون وضعي استصاغه المشرع واستمد قواعده الأساسية من تعاليم ديننا الحنيف الإسلام فكان مصدره الأساسي ومصدره الأول، فنظم من خلاله حقوق الأفراد وواجباتهم.

قانون الأسرة هو قانون شديد الارتباط بالأسرة التي تعتبر اللبنة الأساسية في تكوين المجتمع، فاهتم بحياة الإنسان منذ ولادته إلى وفاته والتصرفات المرتبطة بالأسرة والتي تصدر عنه أثناء حياته، فعندما يولد الإنسان نجد أنفسنا أمام عدة مسائل متمثلة في النسب والحضانة والنفقة، ثم لما يصبح بالغاً يسعى للاقتران بامرأة فنكون أمام مسائل الزواج والخطبة والهدايا، وكذا أركانه من مهر وولي وشاهدين، وما يترتب عن ذلك من حقوق الزوجين، وتعدد الزوجات، وقد لا يكون الحال على ما يرام بين الزوجين فتطرح مسائل الطلاق والتطليق والفسخ، وكذا توابع الطلاق من حضانة ونفقة وعدة، ونزاع حول متاع البيت، وقد يصبح الزوج أباً فتطرح مسألة الولاية على الأبناء أو الكفالة.... إلخ، وقد يموت الإنسان فنكون أمام مسألتين الميراث والوصية لأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت. وبهذا المدخل نكون قد وصلنا إلى نقطة البداية في موضوع بحثنا والمتمثل في:

"الاجتهاد القضائي في مواد الوصية".

الوصية موضوع قديم في أصله وقواعده، فلا تجد كتاباً فقهياً إلا وكتاب الوصايا في ثناياه، لقيت اهتماماً كبيراً من فقهاء مسلمين، ألفوا فيها مساحات واسعة من كتب الفقه العام، ففصلوا وأصلوا لكل نازلة لها في عصرنا الحالي.

الوصية هي من التصرفات الناقلة للملكية في الإسلام، وتعتبر تصرفاً تبرعياً من جانب واحد حثت عليه الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية لأنه باب من أبواب الخير التي تقرب الإنسان من ربه وتعود بالخير والإزدهار على المجتمع فهي تنشر المحبة والمودة والإيحاء بين الناس، فنجد المشرع اهتم بها ونظمها في قانون الأسرة في الكتاب الرابع المتعلق بالتبرعات وفي المواد من 184 إلى 201 منه، بما أنها تصرف خطير يؤثر على الذمة المالية للمتبرع وعلى ورثته.

كذلك ولى القضاء في الجزائر اهتماما كبيرا في موضوع الوصية وموادها نظرا لكثرة المسائل المعروضة عليه في هذا الشأن، سواء قبل صدور قانون الأسرة (القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984) أو بعد صدوره، فاجتهد القاضي وهو يباشر عمله للفصل في الخصومات غايته في ذلك تحقيق العدل بتطبيق النصوص القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية وعدم مخالفة النظام العام المعمول به في المجتمع وقواعد العدالة.

الإشكالية:

نظرا لأهمية الموضوع محل الدراسة ارتأينا طرح التساؤلات الآتية:

- ما مفهوم الوصية؟ وما هي أركانها وشروطها؟
- ما هو الشكل المطلوب في الوصية؟ وما هي طرق إثباتها وإجراءات تنفيذها؟
- ما هي التصرفات الملحقة بالوصية؟
- ما هي الوصية الواجبة؟
- هل يتفق الإجتهد القضائي بقراراته مع قانون الأسرة الجزائري في مواد الوصية المقننة وآراء فقهاء الشريعة الإسلامية؟

أسباب دراسة الموضوع:

دراستي لموضوع الإجتهد القضائي في مواد الوصية لم يكن بسبب اختياري بل هو موضوع فرض علينا وعليه أتقدم للمسؤولين بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة سكيكدة قسم الحقوق باقتراحي حول ترك الإختيار للطالب في تحديد موضوع دراسته وبحثه حتى تكون هناك دراسة بحب دون كلل وملل.

أهمية البحث:

- تكمن أهمية البحث في موضوع الإجتهد القضائي لمواد الوصية في مايلي:
- موضوع وردت بشأنه آيات قرآنية وأحاديث نبوية شريفة وجعلت لها منزلة كبيرة؛
 - موضوع لم يغفل عنه الفقهاء ولا المشرع ولا قضاة الوقت المعاصر؛
 - الوصية تتيح للإنسان فرصة لاستكثار من أعمال البر والخير في أيامه الأخير، إذ تسبق في التنفيذ حقوق الميراث، وذلك لأنها تتم بإرادة المتوفي وليست جبرا عنه فتكون جزءا من كسبه الدنيوي ومن صالح أعماله التي يثاب عليها بعد وفاته؛
 - الوصية فيها حفظ لحقوق المسلمين، فهي تحفظ حقوق الموصى له وحقوق الورثة بثبات هذه الوصية أو نفيها؛
 - الإجتهد القضائي هو أحد أدوات ترشيد الأحكام القضائية حفاظا على مصداقياتها، حتى لا تكون عرضة للنقض فضلا عن توجيه القضاة إلى ما تم اختياره من أحكام فقهية وإجرائية وبث الثقة في نفوس المتقاضين.

-الهدف من دراسة:

الهدف من دراسة موضوع الإجتهد القضائي في مواد الوصية هو التعرف على مختلف أحكام الوصية، وما تطرق إليه الفقه وما نص عليه المشرع في هذا الشأن وما توصل إليه القضاء في المسائل والمنازعات المعروضة عليه المتعلقة بالوصية بالأحكام المرافقة لقانون الأسرة ومبادئ الشريعة.

منهج البحث:

لقد اخترنا في دراستنا لهذا الموضوع المنهج الوصفي التحليلي المقارن حيث قمنا بوصف الوصية وأحكامها وتحليل المواد القانونية المتطرفة لمواد الوصية، ومدى أخذ المشرع الجزائري بالمذاهب الفقهية الإسلامية التي عالجتها والمقارنة بينها.

أهداف البحث:

-إبراز مدى عناية الإسلام بالأسرة ووضع قواعد شرعية تضبط المعاملات بين أفرادها؛
-حماية الأسرة والحفاظ على حقوق الأفراد فيها في كل عصر من خلال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية الصالحة لكل زمان ومكان؛
-إبراز الدراسات الفقهية للمذاهب الأربعة في مواد الوصية؛
-توضيح دور الإجتهد القضائي فيما يخص موضوع الوصية والرجوع إلى قراراته كمصدر؛
-الكشف عن مدى الارتباط الوثيق بين أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري ودور اجتهادات القاضي في حل نزاعات الأسرة الجزائرية.

الدراسات السابقة:

بعد البحث والإطلاع على مختلف المصادر والمراجع التي على صلة بموضوع البحث الإجتهد القضائي في موضوع الوصية لم أجد بحوث خاصة بالعنوان بالذات، لكن الدراسات السابقة جاءت متفرقة دراسات على الوصية ودراسات على الإجتهد القضائي كل على حدى مثل:

الإمام محمد أبو زهرة في كتابه شرح قانون الوصية، والدكتور حجابي محمد، دور الإجتهد القضائي للمحكمة العليا في التأسيس لقواعد الإثبات في أحكام الأسرة- دراسة في قانون الأسرة الجزائري والفقه المالكي-

الصعوبات:

-من أهم الصعوبات التي واجهتنا في بحثنا عدم اختيارنا لموضوع البحث فكانت دراسة تثقل الكاهل؛

-قلة المراجع وفي غالب الأحيان الكتب الموجودة لكنها في حوزة الطلبة الزملاء مع عدم احترام موعد إرجاع المراجع،

-ضيق الوقت مع تراحم الأفكار، فالطالب دائما يسعى لتقديم الأحسن لكنه مقيد بفترة وجيزة لتقديم بحثه.

خطة البحث:

للإجابة على الإشكالية المطروحة قسمنا بحثنا إلى فصلين متتابعين:

الفصل الأول: ماهية الوصية.

الفصل الثاني: أحكام الوصية.

الفصل الأول

ماهية الوصية

الوصية هي عمل خيري يريد به الفاعل وهو الموصي نقل ملكية شيء ما يملكه في حياته (الموصى به) إلى شخص ما سواء كان شخص طبيعي أو معنوي وهو الموصى له من أجل تحصيل الثواب في الدارين الأولى والآخرة وكسب رضا الله، فالوصية حق ثابت للموصى له بعد وفاة الموصي تنفذ بعد تجهيزه (الميت) وتسديد ديونه، ثم يستوفي الورثة حقهم من الميراث.

وبدراستنا لهذا الموضوع في هذا الفصل المتضمن ماهية الوصية نتطرق إلى مفهوم الوصية (المبحث الأول) ثم شكل الوصية وإثباتها (المبحث الثاني)، كل ذلك بنوع من التفصيل والتوضيح.

المبحث الأول: مفهوم الوصية

لتحديد مفهوم الوصية بمفهوم جامع وشامل وجب تعريفها (المطلب الأول)، ثم كيفية إنعقادها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف الوصية

حتى نتمكن من الإحاطة بتعريف واضح للوصية نتطرق إلى تعريفها لغة (الفرع الأول) ثم إصلاحاً (الفرع الثاني) وموقف القضاء الجزائي من هذا التعريف (الفرع الثالث) مع التمييز بين الوصية وما شابهها من عقود التبرع (الفرع الرابع).

الفرع الأول: تعريف الوصية لغة

الوصية لغة لها عدة معان وردت في كثير من المعاجم نذكر منها: أوصيته ووصيته إيصال وتوصية بمعنى عهدت إليه⁽¹⁾، ويقال وصى توصية، وأوصى إيصال⁽²⁾، وصى الشيء وصيا اتصل وأرض وأصية متصلة النبات وقد وصت الأرض إذا اتصل نباتها⁽³⁾، والوصية: ما أوصيت به؛ سميت بذلك لاتصالها بأمر الميت.

ثم استعملوا الوصية في التقدم إلى الغير بما يطلب منه على وجه الاستمرار مقترنا بوعظ أو ما يشبهه من وسائل التأثير والحمل على الاستجابة، سواء أكان ما يطلب مطلوباً حال حياة الطالب أم بعد وفاته وذلك لما يتضمنه هذا الطلب من استمرار العمل وتواصله⁽⁴⁾.

وقد استعمل القرآن هذه المادة في الأمرين، فاستعملها في الطلب حال الحياة في مثل قوله تعالى "ووصينا الإنسان بوالديه إحساناً....."⁽⁵⁾ واستعملها في الطلب بعد الوفاة في مثل قوله تعالى: "كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف"⁽⁶⁾.

وعليه تدل مادة الوصية لغة على الموصى به، وكذلك يقولون أوصى إليه بمال، ووصى إليه به كما يقولون أوصى إليه، وموصى إليه فجعله وصياً بعد وفاته.

الفرع الثاني: تعريف الوصية اصطلاحاً

أولاً: الاصطلاح الفقهي

هناك تعريفات فقهية لا حصر لها قدمت لتحديد معنى الوصية نتطرق فيما يلي لبعض منها⁽⁷⁾:

(1) ابن منظور، لسان العرب، ط1، دار الفكر، بيروت، لبنان، سنة 1410 هـ الموافق لـ 1990 م، ج15 (مادة: وصي).

(2) المرجع نفسه: ص 395.

(3) الزبيدي، تاج العروس، ط1، دار الفكر، بيروت، لبنان، سنة 2005، ج20، (مادة: وصي).

(4) الشيخ علي الخفيف، أحكام الوصية، بحث مقارنة، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1431 هـ الموافق لـ 2010، ص 5.

(5) الأحقاف: 15.

(6) البقرة: 180.

(7) د. الشحات إبراهيم محمد منصور عميد كلية الحقوق ببها جامعة الزقازيق، أحكام الوصية والوقف في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، القاهرة، ص 14.

- أ- عرفها فقهاء الحنفية بأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع؛
 ب- عرفها فقهاء المالكية بأنها عقد يوجب حقا في ثلث عاقده، يلزم بموته أو نيابة عنه بعده؛
 ج- عرفها فقهاء الشافعية بأنها تبرع مضاف ولو تقديرا لما بعد الموت، ليس بتدبير ولا تعليق؛
 د- عرفها فقهاء الحنابلة بأنها التبرع بالمال بعد الموت.

الظاهر من هذه التعريفات كلها أنها اعتبرت الوصية تصرفا قانونيا صادرا من جانب واحد تنفذ بعد موت الموصي.

ثانيا: الاصطلاح القانوني

تطرق المشرع الجزائري للوصية في القانون المدني⁽¹⁾ من خلال المادة 775 منه في القسم الثاني من الفصل الثاني تحت عنوان طرق اكتساب الملكية والتي بمقتضاها تطبق أحكام الأحوال الشخصية على مسائل الوصايا، فنصت على ما يلي: "يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص المتعلقة به".

وبالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري⁽²⁾ نجد أن مشرعنا عالج أحكام الوصية ووضح شروطها في الفصل الأول من الكتاب الرابع الخاص بالتبرعات وذلك في المواد من 184 إلى 201 منه.

فعرف الوصية في المادة 184 من قانون الأسرة بأنها: "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع" ونص في المادة 190 منه على أنه: "للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة".

والمقصود بكلمة "تمليك" الواردة في النص أن الوصية قد تكون بالأعيان سواء أكانت منقولا أو عقارا أو بالمنافع كسكني الدار أو زراعة الأرض.

والمراد بعبارة "مضاف إلى ما بعد الموت" أن أثر التصرف الذي تم في حياة الموصي لا يترتب إلا بعد موته، ومن ثم يخرج من نطاقها التصرف الواقع في الحياة كالهبة⁽³⁾، أما المقصود بكلمة "التبرع" فهو أن الوصية تتم بدون عوض باعتبارها مالا أوجبه الموصي في ماله تطوعا بعد موته ومن ثم لا يأخذ الموصي مقابلا لوصيته⁽⁴⁾.

(1) الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان سنة 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975م يتضمن القانون المدني، ج ر ج ج، ع 78، صادر في 24 رمضان سنة 1395 هـ الموافق لـ 30 سبتمبر 1975م، معدل ومتمم.

(2) القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان سنة 1404 هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984م يتضمن قانون الأسرة والذي تم تعديله بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 منشور ب ج ر ج ج، ع 15، س 42، الصادرة في 2005/02/27.

(3) عرف المشرع الجزائري الهبة في المادة 202 ق.أ كماليلي: "الهبة تمليك بلا عوض".

(4) أ. شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة - الوصية - الوقف) د.ط، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 181.

الفرع الثالث: موقف القضاء الجزائري

قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 02 ماي 1995⁽¹⁾ بما يلي: "من المقرر قانونا أن الوصية هي تملك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع، وهي مقدمة على التركة".

ولما كان النزاع الحالي يتعلق بقسمة تركة، وقد أثار أحد الأطراف أثناء الدعوى دفعا يتعلق بوجود وصية، فإن قضاة الموضوع كانوا ملزمين بمناقشة ذلك، استنادا للدلائل المقدمة لهم لإثباتها أو نفيها، ولا يمكنهم أبدا القول بأنها نفذت مع القسمة في حياة المورث، لأن ذلك يعد خرقا واضحا للقانون ولأحكام الشريعة الإسلامية مما يعرض قضائهم للإبطال.

نستخلص مما سبق ذكره أن القضاء الجزائري استقر على نفس التعريف الوارد في المادة 184 من قانون الأسرة.

الفرع الرابع: التمييز بين الوصية وما شابهها من عقود التبرع

أولا: ما يميز الوقف عن الوصية

فبدءا بالنصوص الشرعية التي تحكم كلاهما، فإننا نجد بأن الوقف لم ترد بشأنه أحكاما خاصة في القرآن الكريم، ولا في الأحاديث الشريفة، إلا أن الفقهاء قد اجتهدوا واستنبطوا بعد تفسيرهم لبعض الآيات القرآنية على أنه هناك ما يسمى بالوقف في الشريعة الإسلامية، أما الوصية فأحكامها الشرعية قد وردت في القرآن والسنة، صريحة وإن كان هذا الاختلاف بسيط وغطت عليه نصوصا قانونية خاصة تحكمه وتنظم شؤونه كلها، شأنها في ذلك شأن الوصية⁽²⁾.

وأهم ما يميز الوقف عن الوصية هو نقطة قانونية هامة وهي "ملك الرقبة" حيث أن الموصي له يستطيع أن يملك العين الموصى له بها، لكن هذا التملك لا يتحقق إلا بعد الموت، في حين أن الموقوف عليه لا يملك العين الموقوفة أبدا، وإنما تنتقل إليه منفعة الشيء الموقوف سواء في حياة الواقف أو بعد وفاته، وبذلك يقتصر حق الموقوف عليه على منفعة العين الموقوفة في حين يستطيع الموصي له التصرف في الشيء الموصى له به بكافة أنواع التصرف لأنه قد ملك رقبة ذلك الشيء.

أضف على ذلك أن القواعد العامة، تفترض في الوقف أن يكون منجزا، في حين أن الوصية لا يمكن أن تكون منجزة فهي مستقبلية، مضاف إلى ما بعد موت الموصي، وهذا إن كان الوقف قد يكون أحيانا مؤجلا نفاذه إلى ما بعد الموت ويأخذ أحيانا أخرى حكم الوصية، مع الإشارة أنه في مثل هذه الحالة لا تنفذ إلا في حدود ثلث تركه الواقف، وما زاد فيتوقف على إجازة الورثة كالوقف في مرض الموت⁽³⁾.

(1) قرار م ع، غ أش، ملف رقم 116375، مؤرخ في 1995/05/02، م ب م ق، ع 1، 1999، ص 108.

(2) أخير الدين موسى فنطازي، أستاذ كلية الحقوق بالجزائر، عقود التبرع الواردة على الملكية العقارية، الوقف، ج 1، ص 104.

(3) تنص المادة 776 ق.م على مايلي: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف".

أما من حيث المقدار، فالواقف له الحق في أن يقف ما شاء من أملاكه، في حين لا يجوز للموصي أن يوصي بكل أملاكه، إلا في حدود ثلثها لقوله (ص): "إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم فضعوه حيث شئتم" (1) وهو الأمر الذي تؤكدته المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري في نصها كما يلي: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة"، وأقرته المحكمة العليا في قرارها الصادر عنها بتاريخ: 1991/02/24 (2).

متى كان من المقرر شرعا وقانونا أن الوصية تكون في حدود ثلث التركة ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق الأشكال الجوهرية للإجراءات في غير محله يستوجب رفضه.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن المورث قد أوصى لمطلقة بثلث ما يملك وأنه ثبت لقضاة الموضوع صحة الوصية فإن عدم إدخال جميع الورثة في الخصام لا يؤثر على تنفيذ الوصية في التركة.

ثانيا: ما يميز الهبة عن الوصية

الوصية هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع (3) وهي بهذا المعنى تعتبر تبرعا محضا، ومن ثم فإن الوصية تتفق مع عقد الهبة في صفة التبرع إلا أنهما يختلفان في وجوه أهمها:

أ- الهبة تصرف حال الحياة، بينما الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، أي تمليك لما بعد الموت حسب الفقهاء؛

ب- يمكن للشخص أن يهب ما يشاء من أمواله وللمن يشاء أثناء حياته مالم تكن الهبة صادرة عنه في مرض الموت (4) بينما الوصية باتفاق الفقهاء لا تصح إلا في ثلث التركة والباقي متوقف على إجازة الورثة (5)؛

ج- لا يجوز الرجوع في الهبة لدى جمهور الفقهاء إلا في الحالات الاستثنائية (6) المنصوص عليها في المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري متى استوفت الإجراءات الشكلية بينما الوصية يجوز الرجوع فيها متى شاء مادام حيا بدون شرط أو قيد (7)؛

(1) أخرجه ابن ماجة، سنن ابن ماجة، تحقيق شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد - محمد كامل قره بللي - عبد اللطيف حرز الله، كتاب الوصايا، باب الوصية بالثلث، ج4، ط1، دار الرسالة العالمية، 1430 هـ - 2009، ص 13.

(2) قرار م ع، غ أ ش، ملف رقم 75598 مؤرخ في 1991/02/24، م ق، ع 2، 1993، ص 62.

(3) المادة 184 ق.أ.

(4) تنص المادة 204 ق.أ على مايلي: "الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية".

(5) المادتين 185 و 189 ق.أ.

(6) تنص المادة 211 ق.أ على مايلي: "للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه إلا في الحالات التالية:

1- إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له، 2- إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين، 3- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع، أو تبرع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته.

(7) تنص المادة 192 ق.أ على مايلي: "يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا، فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها والضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها".

د- استلزم المشرع الجزائري الشكل الرسمي (التسجيل والشهر) في هبة العقار والإجراءات الخاصة في المنقول⁽¹⁾ بينما الوصية استلزم فيها المشرع الجزائري الرسمية لا الشكلية هذه الأخيرة تكون لازمة إلا بعد وفاة الموصي وانتقال الملكية للموصي له؛ هـ- قد تكون الهبة لوارث بينما لا نجد ذلك في الوصية حيث لا تكون أبدا لوارث وهذا مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم "لا وصية لوارث".

المطلب الثاني: إنعقاد الوصية

من خلال هذا المطلب نتعرض لإنعقاد الوصية أو إنشائها وذلك من خلال عرض الأركان المكونة للوصية (الفرع الأول) والشروط المتعلقة بها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ركن الوصية

ركن الشيء في اللغة جانبه الأقوى وفي اصطلاح الفقهاء ما توقف عليه الشيء وكان داخلا في ماهيته، وركنها الأهم الرضى.

الرضى معناه ارتباط الإيجاب بالقبول وقد أسماه الفقهاء ركن العقد بالنظر لأهميته ولا ارتباط باقي شروط الانعقاد به⁽²⁾.

أولاً: من الجانب الفقهي

أ- المذهب الحنفي

قال الكاساني: إن ركن الوصية قد اختلف فيه إلى رأيين:

الرأي الأول: قال أصحابنا الثلاثة⁽³⁾ -رحمهم الله- هو الإيجاب والقبول، الإيجاب من الموصي والقبول من الموصى له، فما لم يوجد جميعا لم يتمكن الركن، وإن شئت قلت: ركن الوصية الإيجاب من الموصي وعدم الرد من الموصى له وهو أن يقع اليأس عن رده.

الرأي الثاني: قال زفر- رحمه الله -⁽⁴⁾: الركن هو الإيجاب من الموصي فقط ووجه قول زفر: إن ملك الموصي له بمنزلة ملك الوارث، لأن كل واحد من الملكين ينتقل بالموت، ثم ملك الوارث لا يفتقر إلى قبوله وكذا ملك الموصى له. والراجح والمفتي به في المذهب الحنفي هو قول الأصحاب الثلاثة⁽⁵⁾.

(1) تنص المادة 206 ق.أ على مايلي: " تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم الحيازة ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات "

(2) د. أكرم ياغي، الوجيز في أحكام الوصية والإرث (دراسة فقهية وقانونية)، ط1، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، لبنان، 2013، ص 15.

-أشار الشيخ علي الخفيف، أحكام الوصية، مرجع سابق، ص 13، إلى:

(3) الأصحاب الثلاثة هم: أبو حنيفة وأب يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني رحمهم الله وهم أئمة المذهب الحنفي.

(4) زفر هو فقيه من أصحاب أبي حنيفة، وهو زفرة بن الهذيل بن قيس من تميم، كان أكثر أصحاب أبي حنيفة التزاما لمسلكه في الرأي وهو أحد العشرة الذين جمعوا الفتاوي الفقهية.

(5) د. الشيخ أحمد محمد عي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة من الفقه والقانون (التجهيز والديون والوصايا والموارث وتقسيماتها)، ط1، الإصدار الثالث، عمان، دار الثقافة، 2006، ص 111.

ب-المذهب الشافعي

قال الشافعي: أركان الوصية أربعة: موصٍ، موصى له، موصى به والصيغة.

ج-المذهب المالكي

قال المالكية: أركان الوصية أربعة أيضا هي: موصٍ، موصى له، موصى به والصيغة.

فمن الفقهاء من رأى أن الوصية تنشأ بالصيغة وحدها وجعلها الركن الوحيد لها، وهناك من رأى أن الصيغة لا تكفي وحدها لنشئها فقرر أن لها أربعة أركان وليس ركنا واحدا (1).

وعليه فإن معظم الفقهاء يقسمون أركان الوصية إلى أربعة: موصي، موصى له، موصى به، وصيغة. ولكنهم اختلفوا في ركن الصيغة من حيث توافق الإرادتين أي الإيجاب والقبول.

ثانيا: من الجانب القانوني

الإرادة المنفردة وحدها كافية لنشوء الوصية ولكن لا مانع من أن تتم بالإيجاب والقبول شريطة أن يكون القبول بعد وفاة الموصي لكي يتأكد حق الموصى له فيها وهذا ما قضت به المادة 197 من قانون الأسرة الجزائري في نصها: "يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الوصي".

وبالتالي نقول إن القانون الجزائري فيما يخص ركن الوصية جاء مؤيدا لرأي فقهاء المذهب الحنفي إلى أن الصيغة وحدها ركن في الوصية لا تنعقد إلا به وإن انقسموا حول ما إذا كان الإيجاب وحده الممثل لركن الصيغة أو أن الصيغة تتمثل في الإيجاب عن الموصي والقبول من الموصي له.

فاعتبر أن الإيجاب وحده محققاً للوصية أما القبول الذي يصدر عن الموصى له بعد وفاة الموصي فما هو إلا شرط للزوم الوصية وثبوت ملكية الموصي به، وأن هذا الشرط لا يلزم في بعض صور الوصية كما إذا كانت الوصية لجهة عامة وليس لها من يمثلها قانوناً فنص صراحة في المادة 184 من قانون الأسرة على أن: "الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع" وما نص عليه في المادة 197 منه المذكورة آنفاً.

وعليه أحكام قانون الأسرة الجزائري تؤكد على أن الركن الوحيد لانعقاد الوصية هو إيجاب الموصي دون الحاجة إلى قبول الموصي له لأنها تصرف صادر من جانب واحد، غير أنه لا بد من أن يقبلها الموصي له صراحة أو ضمناً بعد الوفاة، فإذا قبلها ألزمت ومن ثم كان الموصى به ملكاً له وإن ردها بطلت.

(1) د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الميراث والوصية)، ج 2، ط 5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 232.

وخلاصة القول إن القبول شرط لثبوت الملك في الوصية وأنه مرتبط بالإيجاب الذي هو ركن الصيغة⁽¹⁾.

وبالتالي نستخلص أخذ المشرع الجزائري برأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية بأن ركن الوصية المتمثل في الصيغة يتمثل في الإيجاب الصادر من الموصي فقط.

1- الإيجاب

يكون للموصي، والوصية هي من العقود الجائزة التي يصح فيها للموصي أن يغيرها أو يرجع عما أوصى به⁽²⁾.

الوصية هي تصرف تبرعي ينشأ بالإرادة المنفردة للموصي استلزم المشرع الجزائري لانعقادها توافر ركن الإيجاب، فإذا انتفى كانت الوصية باطلة.

ركن الإيجاب تنص عليه القواعد العامة المقررة في الالتزام بالإرادة المنفردة بوجه عام فيجب إذن أن يصدر الإيجاب من الموصي بنية التبرع تكون واضحة لا لبس فيها وأن يفيد انتقال الملك إلى الموصي له بعد وفاته⁽³⁾، لكن في قانون الأسرة لا يوجد نص خاص متعلق بركن الإيجاب في الوصية وعليه نطبق أحكام الشريعة الإسلامية، فالإيجاب يكون بلفظ يدل على الوصية كأن يقول: أوصيت، أو بلفظ غير صريح في الوصية لكن يفهم منه إرادة الوصية بالقرينة: أعطوا الشيء الفلاني لفلان بعد موتي، أو تكون الصيغة إشارة مفهومة ولو من قادر على النطق، كما تجوز بالكتابة⁽⁴⁾ والمشهور في المذهب المالكي والذي أخذ به المشرع الجزائري في المادة 191 من قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بالإثبات أنه لا يكفي بالوصية المكتوبة ولا يعمل بها، إلا إذا أشهد الموصي الشهود على أن ما في الوثيقة المكتوبة بخطه هي وصيته أو قال للشهود أو للورثة نفذوا ما فيها سواء قال ذلك بلسانه، أو كتبه بخط يده أو بخط غيره، إذا ثبت أنه قرأه على الشهود أو قرئ عليه، ففي جميع الأحوال ينبغي الإشهاد على الوصية.

بالنسبة للعاجز عن الكلام لعله أصابته فقد ذهب فقهاء المالكية والشافعية إلى أنه تصح وصيته بالإشارة المفهومة سواء كان قادراً على الكتابة أو عاجزاً عنها، وقد استدلوا بما ثبت عن الرسول (ص) وأصحابه من الاعتداد بالإشارة في العبادات والمعاملات من الشخص القادر عنها وبالتالي كان العاجز أولى إلى جانب قياس الإشارة على القول بجامع أن كل منها يفهم المقصود ويبين المراد.

(1) أ. شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 192.

(2) أ. فشار عطاء الله، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، ط 2، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 77. ويسري على التصرف بالإرادة المنفردة ما يسري على العقد من الأحكام باستثناء أحكام القبول.

(3) أ. شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 193.

(4) د. أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2007، ص 113.

أخذ المشرع الجزائري برأي المذهب المالكي فما لم يرد فيه نص في قانون الأسرة الجزائري نطبق عليه أحكام الشريعة الإسلامية حسب نص المادة 222 من نفس القانون "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو الإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ أي موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه.

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً".

استقرت المحكمة العليا على ذلك في قرارها المؤرخ في 16 جانفي 2002 ⁽¹⁾ أنه: "إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين.

وعليه فإن القضاء برفض الدعوى الرامية إلى إلغاء عقد الوصية هو قضاء سليم مادام قصد الهالك ينصرف إلى توزيع أملاكه على الورثة أثناء حياته".

أما إذا لم يستحل عليه بسبب تلك العاهتين التعبير عن إرادته باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفاً فيمكنه أن يبرم الوصية بشرط أن يدون الموثق في العقد المثبت للوصية حسب الحالة الموانع الموجودة وطريقة التعبير عن الإرادة والمترجم للإشارات واللغة إن اقتضى الأمر ذلك ⁽²⁾.

إن تعليق الإيجاب على وجود شرط ⁽³⁾ معين يعني ترتيب وجودها على وجود هذا الشرط، فالأصل في العقود أن تترتب آثارها فور إنشائها ولكن هناك حالات يتخلف فيها الأثر عن وقت الإنشاء، وعلى هذا الأساس يمكن القول بأن صيغة العقود عموماً تكون على ثلاث حالات:

- 1- **الصيغة المنجزة:** وهي التي تدل على إنشاء العقد وترتيب آثاره دون تأجيل أو تعليق على شرط.
- 2- **الصيغة المعلقة:** وهي كل صيغة علق فيها الأثر على أمر، فإن حدث الأمر المعلق عليه صح العقد وإلا لم يترتب عليه أي حكم.
- 3- **الصيغة المضافة إلى المستقبل:** وهي ما دلت على إنشاء العقد في الحال ولكن تأخر أثره إلى الوقت الذي أضيف إليه.

(1) قرار م ع، غ أش، رقم 278004، المؤرخ في 16/01/2002، م ق، 2003، ع 1، ص 367.

(2) حمدي باشا عمر، عقود التبرعات: الهبة، الوصية، الوقف، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 51.

(3) تنص المادة 199 ق.أعلى مايلي: "إذا علق الوصية على شرط استحقها الموصى له بعد إنجاز الشرط وإذا كان الشرط غير صحيح صحت الوصية وبطل الشرط".

والفرق بين الإضافة والتعليق عند الحنفية، أن الصيغة المعلقة على شرط لا ينعقد فيها العقد قبل حدوث الأمر المعلق عليه (1).

فقد يحدث فيتم العقد وقد لا يحدث فلا ينعقد العقد، أما الإضافة فالعقد فيها تم حين الإنشاء ولكن الأثر متأخر إلى وقت معلوم وقابلية العقود للإضافة والتعليق تختلف والوصية من العقود التي لا يترتب أثرها إلا مضافا إلى وقت متأخر عن وقت الإنشاء، لأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، فإذا كانت الوصية مقترنة بشرط غير صحيح فهي وصية صحيحة والشرط باطل وهذا ما استقر عليه المشرع الجزائري للاشتراط في عقد الوصية من خلال المادة 199 قانون الأسرة الجزائري.

استقرت المحكمة العليا على ذلك في قرارها المؤرخ في 1991/05/28 (2):

من المقرر قانونا أنه يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك.

ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير وجيه يستوجب رفضه.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن التصرف قد تم بلا مقابل تحت شرط واقف متعلق بسبق وفاة أحد الممتلكين (الأب أو البنت)، فإن قضاة الموضوع بتعيينهم للموثق لتحرير فريضة وحصر مخلفات المتوفي طبقوا القانون تطبيقا سليما ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.

كذلك جاء في قرار للمحكمة العليا مؤرخ في 1998/03/17 (3):

من المقرر قانونا أن الهبة لما بعد الموت تكون باطلة لأنها لا تنفذ إلا بموت الواهب وتأخذ حكم الوصية.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الواهب وهب العقار موضوع النزاع إلى الطاعنة زوجته بشرط نقل الملكية إلى ما بعد الموت.

ولما قرر المجلس إبطال الهبة واعتبارها وصية فإنه التزم صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض القرار المطعون فيه.

(1) د. محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، دراسة مقارنة بين القانون والمصادر الفقهية، الناشر مكتبة الأنجلو المصرية، مصر، القاهرة، سنة 1369 هـ الموافق لـ 1950 م، ص ص (37، 38).

(2) قرار م ع، غ أ ش، رقم 74249، مؤرخ في 1991/05/28، م ق، 1993، ع 2، ص 28.

(3) قرار م ع، غ أ ش، رقم 186058، مؤرخ في 1998/03/17، م ق، 1999، ع 1، ص 119.

2- القبول

يعرف القبول بأنه يكون من الموصى له، يرى المالكية والشافعية والحنابلة أن القبول يكون إما بالقول أو بالفعل الذي يدل على الرضى بالوصية أما عدم الرد من الموصى له أي السكوت فهو لا يكفي للدلالة على القبول وهو المعهود في هذه التصرفات (1).

في حين يرى الحنفية أن القبول كاملاً يكون بالقول والفعل ويكون كذلك بعدم الرد من الموصى له أي بالسكوت ولا يعتبر السكوت قبولا عندهم إلا إذا حصل اليأس من الرد الصريح وذلك لا يكون إلا بوفاة الموصى له.

وبرأي جمهور الفقهاء وأخذ عنهم المشرع الجزائري إذ نصت المادة 197 من قانون الأسرة على ما يلي: "يكون قبول الوصية صراحة أو ضمناً بعد وفاة الموصي".

وبالتالي القبول في الوصية يتم إما باللفظ الصريح كأن يقول الموصى له: " قبلت الوصية أو رضيت بها " أو يتم بالفعل الذي يدل عليه كأن يتصرف الموصى له في الشيء الموصى به تصرفاً يدل على الرضى وقبول الوصية كما لو كان الموصى به سيارة فيركبها الموصى له أو يوجرها.

حق القبول

حق القبول يختلف باختلاف الموصى له ولا نزاع بين الفقهاء في أن حق القبول والرد تثبت للموصى له المعين واحد أو أكثر كامل الأهلية أما إذا كان الموصى له فاقد الأهلية كالمجنون والصبي غير المميز أو محجوراً عليه لعتة أو جنون فيثبت للولي حق القبول، أما ناقص الأهلية فيجوز له أن يقبل الوصية بنفسه لأنه إنما يقوم بتصرف نافع له نفعاً محضاً يعود عليه بالمصلحة، أما ردها ففيه ضرر محض له (2).

إذا كانت الوصية لطلبة العلم أو لجهة من الجهات كمؤسسة علمية فإن أمر القبول أو ردها يكون موكولاً إلى من يمثلهم قانوناً فإن لم يوجد لزمّت الوصية بدون توقف على القبول من أحد، ومن المفهوم من له حق القبول له حق الرد (3).

(1) د. زكي الدين شعبان، د. أحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، ط 1، مكتبة الفلاح، الكويت، سنة 1404 هـ الموافق لـ 1984، ص ص (32، 33).

(2) د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 2، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2004، ص 208.

(3) الشيخ علي الخفيف، أحكام الوصية، مرجع سابق، ص 52.

وقت القبول والرد

وقت القبول والرد يكون بعد وفاة الموصي مصرا على وصيته، ولا عبرة بما يقع منه في حياته بإجماع فقهاء المسلمين، ولم يخالف في ذلك إلا الإمام "زفر" في كتابة له أن الرد من الموصي له معتبر في حياة الموصي فتبطل الوصية بذلك فالموصي له يملك حق الرجوع والرد في حياة الموصي، فلا يصح منه قبول بعد وفاة الموصي إذا ما سبق له ردها في حياته⁽¹⁾.

لم يحدد الفقهاء وقتا محددا للقبول فالتأبث أنه بعد الوفاة وهذا ما استقر عليه المشرع الجزائري حيث لم يشترط قبول الوصية فوراً بعد موت الموصي بل أجاز التراخي فيه إلى حين تقسيم التركة، وذلك حتى يستوفي الورثة نصيبهم من تركة مورثهم، لأن الوصية مسبقة في الإستحقاق على التركة.

وهذا ما استقرت المحكمة العليا عليه في قرارها المؤرخ في 1995/05/02⁽²⁾ على تقديم الوصية على التركة حيث جاء في قرارها: " من المقرر قانوناً أن الوصية هي تملك يضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، وهي مقدمة على التركة.

ولما كان النزاع الحالي يتعلق بقسمة التركة، وقد أثار أحد الأطراف أثناء الدعوى دفعا يتعلق بوجود وصية، فإن قضاة الموضوع كانوا ملزمين بمناقشة ذلك، استناداً للدلائل المقدمة لهم لإثباتها أو نفيها.

ولا يمكنهم أبدا القول بأنها نفذت مع القسمة في حياة المورث، لأن ذلك يعد خرقاً واضحاً للقانون ولأحكام الشريعة الإسلامية، مما يعرض قضائهم للنقض.

تجزئة القبول

المستقر عليه في الشريعة الإسلامية أنه من يملك رد الكل يملك رد البعض، فإذا فعل الموصي له ذلك نفذت الوصية فيما قبله وبطلت فيما رده كونه أدري بمصلحته مالم يشترط الموصي في وصيته عدم تجزئة الموصي به أو ما لم يكن الموصي به غير قابل للتجزئة.

المشرع الجزائري لم يورد نصاً في هذا الشأن وعليه ينبغي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب ما جاء في نص المادة 222 قانون الأسرة الجزائري أن كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية⁽³⁾.

(1) أ. شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 197.

(2) قرار م ع، غ أش، رقم 375 116، مؤرخ في 1995/05/20، م ق، 1996، ع 1، ص 108.

(3) أ. شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 243.

رد الموصي له بعد قبوله

من المسائل التي اختلف فيها الفقهاء رد الموصي له بعد قبوله، فإن الحنفية أجازوا وقالوا إن الموصي له إذا رد بعد قبوله فإن قبل الورثة جميعا فسخت الوصية، وإن قبل أحدهم تفسخ أيضا لأنه قائم مقام الموصي وكل وارث يصح أن يقوم مقامه (1).

لقد ذكر المغني أن الرد بعد القبول له حالان:

أحدهما أن يرد بعد القبول والقبض فلا يصح الرد، لأنه ملكه قد استقر عليه فأشبهه رده بسائر ملكه إلا أن يرضى الورثة بذلك، فتكون هبة منه لهم تفتقر إلى شروط الهبة أي أنها تأخذ أحكام التبرعات المنشأة التي لا ترتبط بكون سبب الملك الوصية أو غيرها.

ثانيهما أن يرد بعد القبول وقبل القبض فينظر فإن كان الموصي به مكيلا أو موزونا صح الرد، لأنه لا يستقر ملكه عليه قبل قبضه، فأشبهه رده قبل القبول، وإن كان غير ذلك لم يصح الرد لأن ملكه قد استقر عليه فهو كالمقبوض ويحتمل أن يصح الرد بناء على أن القبض معتبر فيه.

ولأصحاب الشافعي في الحال الأخيرة وهي حال الرد قبل القبض وجهان:

أحدهما يصح الرد في الجميع، ولا فرق بين المكيل والموزون وغيرهما، والوجه الثاني لا يصح الرد لأن الملك يحصل بالقبول من غير قبض.

موت الموصي له بعد وفاة الموصي وقبل أن يصدر منه قبول أو رد:

إذا مات الموصي له بعد موت الموصي ولم يحصل منه قبول ولا رد، فقد اختلف الفقهاء في حكم وصيته على قولين (2):

القول الأول

أن الوصية تصح وينتقل الموصي به إلى ورثة الموصي له، وإلى ذلك ذهب الحنفية وبعض المالكية، الشافعية وبعض الحنابلة واحتجوا على ذلك بأن موت الموصي له من غير رد يعتبر كالقبول دلالة ولأن الشرط هو عدم الرد عند "زفر" رحمه الله.

القول الثاني

إن الموصي له إذا مات بعد موت الموصي، وقبل القبول أو الرد فإن الوصية تبطل وإلى ذلك ذهب بعض المالكية وبعض الحنابلة وإن لم يأخذوا به واحتجوا على ذلك بأن الوصية عقد يحتاج إلى القبول من الموصي له، فإذا مات من له القبول قبل الموصي بطل العقد.

(1) د. محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، مرجع سابق، ص ص (24، 25).

(2) محمد علي محمود يحيى، أحكام الوصية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2010، ص 169.

القول الراجح:

الرأي الراجح هو القول الأول وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء بأن ملكية الموصى به تنتقل الى ورثة الموصى له إذا مات بعد الموصى وقبل قبوله أو رده، وذلك لقوة ما استدلوا به ولأن الوصية كالميراث تنتقل الى الورثة والله أعلم.

وافق المشرع الجزائري الرأي الأول حيث تنص المادة 198 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: " إذا مات الموصى له قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الرد ".

أما إذا مات الموصى له قبل القبول أو الرد وقبل موت الموصى فإن الوصية تعتبر باطلة طبقا للمادة 201 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص على ما يلي: "تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصى أو بردها".

هذا وإن تعدد الموصى لهم في الوصية فيقبل البعض دون البعض الآخر فمن المفروض أن الوصية تنفذ في حق من قبل فقط (1).

الفرع الثاني: شروط الوصية

الشرط لغة (2) يطلق على عدة معاني:

- 1-إلتزام الشيء والتزامه.
- 2-ما توقف صحة الأركان عليه.
- 3-ما لا يتم الشيء إلا به ولا يكون داخلا في ماهيته.

الشرط اصطلاحا (3) عرفه علماء الأصول بمعان عدة منها:

ما يتوقف وجود الحكم وجودا شرعيا على وجوده، ويكون خارجا على حقيقته ويلزم من عدمه عدم الحكم، فالشرط وصف يتوقف عليه وجود الحكم وحقيقته، أن عدمه يستلزم عدم الحكم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم، ولا يتحقق الحكم بشكل شرعي إلا بوجود الشرط الذي وضعه الشارع له كالوضوء شرط للصلاة.

وشروط الوصية كثيرة ومتنوعة (4)، فمنها ما يكون **شرطا لصحتها** ومنها ما يكون **شرطا لنفاذها**، وما يكون شرطا للصحة أو النفاذ بعضها يتعلق بالموصى وبعضها يتعلق بالموصى له، وبعضها يتعلق بالموصى به، وبيان هذه الشروط نذكره فيما يأتي:

(1) د. بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، ط 1 دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 12.

(2) الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ج2، (مادة شرط).

(3) د. محمد مصطفى الزحيلي، كتاب الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، ج1، ط2، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، 1427 هـ-2006م، ص 403.

(4) د. زكي الدين شعبان، د. أحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 61.

أولاً: شروط الموصي

يشترط في الموصي أمور، بعضها يشترط لصحة الوصية بحيث إذا فقد شرط منها ترتب على ذلك بطلان الوصية وبعضها يشترط لنفاذ الوصية بحيث إذا فقد شرط منها توقف نفاذ الوصية على إجازة من له الحق في إجازتها.

1- شروط الصحة

أ- العقل والتمييز

وعلى هذا لاتصح الوصية (1) من: المجنون، المعتوه والصبي غير المميز وهذا باتفاق الفقهاء، لأن عبارة هؤلاء ملغاة لا اعتبار لها، وذلك لانتفاء القصد والإرادة من كل واحد منهم، فلا يعتد بالعبارة التي تصدر من واحد منهم فلا ينعقد بها تصرف ولا ينشأ بها التزام.

ويلحق بالمجنون السكران (2) إذا كان عاصيا بسكره، حيث الضرر الذي يترتب على الحكم بصحة الوصية من السكران لا يلحقه وإنما يلحق غيره وهم ورثته.

اتفق المشرع الجزائري مع الفقهاء في شرط العقل والتمييز فمتى أبرم المجنون أو المعتوه أو الصبي وصية كانت باطلة بطلانا مطلقا وذلك من خلال المادة 186 من قانون الأسرة التي تنص على: "يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل...." ولم يترتب عنها أي أثر قانوني بحيث يبقى الموصى به بعد وفاة الموصي في ملك الورثة باعتباره جزء من التركة ولا ينتقل إلى الموصى له والعبرة في قيام هذا الشرط تكون بوقت إنشاء الوصية لا بوقت وفاة الموصي (3).

استقرت على ذلك المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 22 أكتوبر 1984 (4):

متى كان من المقرر شرعا وقانونا - وعلى ما جرى به قضاء المجلس الأعلى - أنه يجب على القضاء الفصل في الطلبات والدفع المقدمة من أطراف النزاع حتى لا يحرم المجلس الأعلى من ممارسة رقابة الأحكام الشرعية والقانونية، فإن القضاء بما يخالف هذه المبادئ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية والقانون.

إذا كان من الثابت أن النزاع - في قضية الحال - يتعلق بعقد هبة، وأن الطاعنات دفعن بأن والدهن (الواهب) كان أثناء تصرفه لا يتمتع بقواه العقلية، ولقد كان على قضاة الاستئناف التصدي لهذا الادعاء والعمل على إثباته أو نفيه، فإنهم بالاعتماد على المدة الفاصلة بين يوم الهبة وموت المورث في صحة التصرف وإهمالهم الجواب على البنت في

(1) أ. شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 199.

(2) د. زكي الدين شعبان، د. أحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 62.

(3) د. زهدور محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991، ص 70.

(4) قرار م ع، غ أ ش، رقم 31833 مؤرخ في 1984/10/22، م ق، 1989، ع 3، ص 65.

هذا الدفع والقضاء بصحة الهبة، عرضوا ما قضاوا به للنقض بسبب نقض البيان والتعليل بما فيه الكفاية، الأمر الذي لا يتحقق معه للمجلس الأعلى مراقبة تطبيق أحكام الشريعة والقانون. ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على هذا الوجه.

وأكدته في قرارها المؤرخ في 1986/05/05⁽¹⁾:

أنه من المقرر شرعا وقانونا بأنه يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، وإن صدر تبرعه أثناء مرض الموت، وتعتبر الهبة وصية ويجب على الورثة أن يثبتوا أن الهبة قد صدرت من مورثهم وهو في مرض موته، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق.

والقرار المؤرخ في 1984/07/09⁽²⁾ أن مرض الموت الذي يبطل التصرف، هو المرض الأخير ويجر إلى الموت، ويفقد المتصرف وعيه وتمييزه.

ب- الرشد والبلوغ

فلا تصح الوصية من الصبي غير المميز، وهو من بلغ السابعة من عمره، ولم يصل إلى درجة البلوغ، وهذا عند الحنفية والشافعية في القول المعتمد عندهم حجتهم في ذلك أن الوصية تبرع، لأنها لا يقابلها عوض دنيوي والصبي ليس من أهل التبرع، لما فيه من الضرر المحض.

وقال المالكية، البلوغ ليس شرطا لصحة الوصية بل الشرط هو التمييز، وعلى هذا تصح الوصية عندهم من الصبي المميز متى كانت موافقة لوصايا البالغين، لأن ذلك أمانة على نضج عقله⁽³⁾.

وما أكد عليه المشرع الجزائري في المادة 186 من قانون الأسرة باشتراطه أن يكون الموصي بالغاً من العمر تسعة عشرة (19) سنة على الأقل جاء ليوافق فقه الحنفية في ذلك.

ج- الرضا وإرادة الاختيار

الرضا هو الرغبة في الشيء والارتياح إليه، وبناءا على هذا الشرط لا تصح الوصية من المكره، الهازل والمخطئ، والوصية تصرف يفيد الملك فيكون الرضا شرطا لصحتها⁽⁴⁾.

وبالرجوع إلى نص المادة 79 من القانون المدني التي تنص على: " تسري على القصر وعلى المحجور عليهم وعلى غيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة " وبالتالي نجد أن انعدام الرضا يبطل الوصية فلا بد

(1) قرار م ع، غ أ ش، رقم 41111، مؤرخ في 1986/05/05 (غير منشور)، أشار إليه د. بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات، ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة 1966-2010، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 544.

(2) قرار م ع، غ أ ش، رقم 33719، مؤرخ في 1984/07/09، م ق، 1989، ع 3، ص 51.

(3) د. الشحات إبراهيم محمد منصور، أحكام الوصية والوقف في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص 25.

(4) أ. شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 201.

لصحة الوصية من توافر شرط الرضا إلى جانب توافر شرطي العقل والبلوغ، فبموجب هذه المادة يحيل القانون العام (القانون المدني) عديمي الأهلية أو ناقصيها إلى القانون الخاص (قانون الأسرة) فيما يخص قواعد الأهلية.

شروط نفاذ الوصية

يشترط لنفاذ الوصية ألا يكون الموصي مدينا بدين يستغرق التركة كلها فإن كان مدينا بدين مستغرق لكل التركة، فإن الوصية تكون صحيحة لأنها صدرت ممن توافرت فيه شروط الصحة، والمال الذي تعلقت به قابل لها غير أن هذا المال قد تعلق به حق للغير وهو الدائن لأن الوصية لا تنفذ إلا بعد موت الموصي وهو قبل موته يتعلق حق الدائن بماله وحقه مقدم في الوفاء على الموصى له بالإجماع، فتكون الوصية موقوفة على إجازة الدائن فإن أجازها بعد الموصي نفذت، لأن عدم النفاذ كان بسبب حقه، فإذا أجاز الوصية زال المانع، وكذلك تنفذ الوصية لو أبرأ الدائن الموصي من الدين، وإن لم يبرأه سدد الدين، وما بقي تنفذ منه الوصية في دائرة الثلث، أي ثلث الباقي بحيث لو تجاوزته لا ينفذ في الزائد إلا بإجازة الورثة (1).

هذه الأحكام هي المقررة في مذاهب الفقهاء، ومبادئ الشريعة الإسلامية والمتبعة من طرف المشرع الجزائري.

الإسلام ليس شرطاً من شروط صحة الوصية أو نفاذها

تصح الوصية من غير المسلم، كما تصح من المسلم، لأن الكفر لا ينافي أهلية التملك ولهذا صح بيع الكافر وهبته وكذلك وصيته، ولأن الوصية نوع من البر والمعروف وهو جائز في كل الأديان (2).

نص على ذلك المشرع الجزائري في المادة 200 من قانون الأسرة التي جاء في نصها: "تصح الوصية مع اختلاف الدين" بمعنى متى استوفت الوصية كل الشروط القانونية فهي وصية صحيحة.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2013/05/09 (3) أنه: "تصح الوصية، مع اختلاف الدين".

ثانياً: شروط الموصى له

الموصى له هو الذي جرى التملك له مضافاً إلى ما بعد الموت، ويشترط فيه حتى تكون الوصية صحيحة الأمور الآتية:

(1) د. محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، مرجع سابق، ص 62.

(2) المرجع نفسه: ص 64.

(3) قرار م ع، غ أش، رقم 0725847 المؤرخ في 2013/05/09، م م ع، 2014، ع 2، ص 247.

أ- أن يكون الموصى له معلوما (1)

بمعنى معيناً عند إنشاء الوصية أو عند موت الموصي، علماً يمكن معه تنفيذ الوصية وتسليم الموصى به والعلم بالموصى له (1) يكون بذكر اسمه كفلان ابن فلان أو بالإشارة إليه كأن يقول الموصي أوصيت لهذا الشخص أو لحمل هذه المرأة، أو يكون بصفته الدالة عليه المميزة له عن غيره كأن يقول الموصي أوصيت لمستشفى كذا أو لطلبة كلية الحقوق بجامعة كذا أو لفقراء قرية كذا..، ففي كل هذه الحالات يكون الموصى له معلوما ومتعيناً ومن ثم تكون الوصية صحيحة.

العبارة بتعيين الموصى له تكون بوقت وفاة الموصي لا بوقت إبرام الوصية لأن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت والقاضي له سلطة تقديرية مطلقة في تقدير ما إذا كان الموصى له معلوماً أو لا؟ وفيما إذا كانت الجهة الموصى لها مستحقة للإيصاء من عدمه.

ب- أن يكون الموصى له موجوداً

أن يكون الموصى له موجوداً عند إنشاء الوصية إذا كان معيناً بالإسم، أو الإشارة أو بالوصف كما سبق ذكره سواء أكان هذا الموجود حقيقياً أم تقديرياً كالحمل في بطن أمه وهذا لاخلاف فيه بين الفقهاء، إذ لا يتصور أن يكون الموصى له معيناً بالإسم أو بالإشارة، وهو غير موجود وقت الوصية، فإذا لم يكن الموصى له موجوداً عند إنشاء الوصية ولا وقت وفاة الموصي كانت الوصية باطلة قانوناً وشرعاً باتفاق جمهور الفقهاء عكس المالكية لم يتشروطوا وجود الموصى له لا وقت إنشاء الوصية ولا وقت موت الموصي، بل المدار عندهم على إمكان وجوده في المستقبل، فأجازوا الوصية للمعدوم الذي سيوجد في المستقبل، ولو بعد وفاة الموصى بمدة طويلة كالوصية للحمل الذي سيحدث مستقبلاً أو مؤسسة علمية ستبنى وفي هذه الحال لو مات الموصى قبل وجود الولد الموصى له، أو قبل بناء المؤسسة العلمية أجل الموصى به حتى يوجد الولد أو المؤسسة فإن تعذر وجود الولد أو المؤسسة بطلت الوصية (2).

تناول المشرع الجزائري مسألة جواز الوصية للحمل وهذا ما جاء به في المادة 187 من قانون الأسرة "تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حياً....." وعليه تصح الوصية للحمل وتنفذ بشرط ولادة الجنين الموصى له حياً، فوافق بذلك المشرع الجزائري رأي جمهور الفقهاء ووجد وفقاً لذلك بين نصوص القانون المدني (3) ونصوص قانون الأسرة المنظمة للميراث (4) والوصية.

دقق المشرع الجزائري في أغلب مسائل الوصية فسوى فيما يخص استحقاق الوصية بين الذكر والأنثى في المادة 187 بنصه على ما يلي: "...وإذا ولد توأم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس.....".

(1) أ. شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 203.

(2) د. الشحات إبراهيم محمد منصور، أحكام الوصية والوقف في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص 36.

(3) تنص المادة 25 ق.م على مايلي: "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً وتنتهي بموته".

(4) تنص المادة 134 ق.أ على مايلي: "لا يرث الحمل إلا إذا ولد حياً، إذا استهل صارخاً أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة".

في حالة ولادة التوائم أحدهما حي والآخر ميت، تكون الوصية كلها للحي أما إذا مات أحدهما أو كلاهما بعد الولادة حيا كان نصيب المتوفي منهما في الوصية لورثته ميراثا.

ج- أن يكون الموصى له أهلا للتمليك

ذكر الفقهاء أنه يشترط في الموصى له أن يكون عند الإيصاء أهلا للملك أو أهلا للاستحقاق على حساب اختلافهم في التعبير وإن كان معنى العبارتين واحدا واكتفى المالكية في ذلك بأن يكون أهلا للملك وبنوا جميعا على هذا الشرط: أن الوصية لا تصح لحجر ولا لدابة فلان ونحوها، أما الوصية للمسجد وغيره من جهات البر فقد ذهب بعض الفقهاء إلى صحتها وتصرف على مصالحها كالبناء والترميم والفراش، بل وقال المالكية بصحة تمليك المسجد وغيره من جهات البر بالوصية، قياسا على صحة الوقف عليه والهبة له، وذهب إلى ذلك أيضا فقهاء الشافعية (1).

لم يتعرض المشرع الجزائري لهذا الشرط في قانون الأسرة، وليس يفهم من عدم تعرضه له في هذا الموضع إجازة الإيصاء لحجر من الأحجار، كالإيصاء للحجر الأسود، أو لجدار من جدار بيت المقدس أو لميت من الأموات أي الإيصاء لمن ليس أهلا للتمليك والاستحقاق وبما أن الوصية عقد من العقود التي تكون سبب من أسباب الملك فمن أوصى لمن ليس أهلا للتمليك بطلت وصيته.

د- ألا يكون الموصى له جهة معصية

إذا كان الموصى مسلما، وكان الموصى له جهة معصية بطلت الوصية باتفاق الفقهاء كالوصية لأندية القمار والمراقص الليلية والملاهي وإقامة القباب فوق القبور وبناء الكنائس وكتب السحر وسائر العلوم المحرمة أي ألا يكون جهة من الجهات المحرمة شرعا وقانونا لأن الوصية شرعت أصلا لتكون قرينة من قربات البر والإحسان والخير ويتدارك بها الإنسان ما فاتته في حياته من واجبات اتجاه الأقارب والفقراء والمساكين (2).

وقد اختلف الفقهاء فيما لو كانت الوصية مباحة شرعا وكان الباعث إليها محرما شرعا وفاضل خلافهم رأيين:

الرأي الأول: ذهب الحنفية والشافعية إلى أن الوصية صحيحة، عملاً بظاهر العقد، لأن لفظ الوصية يشتمل على محرم ويترك أمر النية والعقد لله تعالى.

(1) أ. شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 205.

(2) د. زهدور محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 73.

الرأي الثاني: ذهب المالكية والحنابلة ومنهم ابن تيمية إلى أن هذا الوصية باطلة، لأن العبرة في العقود بالقصد والنية، والباعث فيها مخالف لمقاصد الشرع، فتكون حينئذ باطلة.

لم يرد نص في قانون الأسرة أن كل باعث على إبرام الوصية غير شرعي يؤدي إلى إبطال الوصية إلا أنه وبتطبيق نص المادة 222 من نفس القانون التي تحيلنا في هذه الحالة إلى تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية، فإننا نستخلص مما سبق أن الوصية تتعقد صحيحة بشرط ألا يكون الموصى له جهة معصية في الشريعة الإسلامية وألا يكون الباعث على إبرام الوصية منافيا لمقاصد الشارع ومخالف للقانون.

هـ- ألا يكون الموصى له قاتلا للموصي

قد يقتل الموصى له الموصي بعد الوصية أو قبلها كأن يضرب شخص آخر ضربة جارحة ثم يوصي هذا الأخير للضارب لأي سبب وبعد إنشاء الوصية يموت الموصي بسبب الجرح السابق (1).

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول صحة الوصية للقاتل عمدا أو خطأ، على أقوال:

قال الحنفية ببطلان وصية الموصى له القاتل ولو أجازها الورثة سواء وقع القتل قبل صدور الوصية أو بعدها وسواء وقع القتل عمدا أو خطأ مصداقاً لقوله (ص): " لا وصية لقاتل " (2).

أما الشافعية فقالوا بجواز الوصية للقاتل حتى لو وقع القتل عدوانا، ومن ثم لو قتل الموصى له الموصي بعد إبرام الوصية عن عمد استحق الوصية لأن هذه الأخيرة تملك يفتقر إلى القبول فلم يمنع القتل منه.

في حين يرى المالكية والحنابلة أن الوصية للقاتل صحيحة بشرط أن يعلم الموصي أن الموصى له هو الذي قتله ورغم ذلك لم يغير وصيته سواء وقع القتل (3) مباشرة أو بالتسبيب.

نص المشرع الجزائري في المادة 188 من قانون الأسرة على أنه: " لا يستحق الوصية من قتل عمدا "، فوافق بذلك المذهب المالكي حيث اشترط قتل الموصى له للموصي عمدا مما يترتب عليه وجوب القصاص والكفارة (4) وعليه كل من قتل عمدا سواء كان فاعلا أصليا أو شريكا أو شاهدا زور أدت شهادته إلى الحكم على الموصي بالإعدام وتنفيذه أو كان عالما بالقتل وتدبيره ولم يخبر السلطات المعنية بذلك فهو لا يستحق الوصية، أما إذا قتل الموصى له الموصي خطأ أو كان في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عرضه فإن فعل القتل هنا لا يبطل الوصية فتبقى صحيحة وناظفة في حق الموصى له.

(1) د. زهدور محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 73.

(2) أخرجه الدار قطني، سنن دار القطني، تحقيق حسن عبد المنعم شلبي، كتاب الوصايا، ج5، ط1، مؤسسة الرسالة للنشر بيروت، لبنان، 1424 هـ - 2004 م، ص 268.

(3) أ. شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 208.

(4) المرجع نفسه: ص 209.

ويكون الموصى له القاتل مستحقا للوصية إذا كان مجنونا أو معتوها أو نحوهما، أو صبي غير مميز أو فاقدا للوعي لانتفاء المسؤولية الجنائية عنه حسب المواد 47، 48، 49 من قانون العقوبات الجزائري (1).

و- ألا يكون الموصى له وارثا

يشترط لنفاذ الوصية ألا يكون الموصى له وارثا للموصي عند موته، إذا كان هناك وارث آخر لم يجر الوصية، فإن أجاز بقية الورثة الوصية لوارث نفذت الوصية، فتكون الوصية للوارث موقوفة على إجازة بقية الورثة (2)، لقوله (ص): " لا وصية لوارث " (3) ولأن في إثارة بعض الورثة من غير رضا الآخرين ما يؤدي إلى الشقاق والنزاع وقطع الرحم وإثارة البغضاء، والحسد بين الورثة.

ومعنى الأحاديث أن الوصية للوارث لا تنفذ مطلقا (4)، مهما كان مقدار الموصى به، إلا بإجازة الورثة، فإن أجازوها نفذت، وإلا بطلت وإن أجازها بعضهم دون بعض، جازت في حصة المجيز، وبطلت في حق من لم يجر لولاية المجيز على نفسه دون غيره، وهذا شرط لنفاذ الوصية عند الجمهور، فإنهم قرروا أن الوصية صحيحة لكن لا تجوز الوصية لوارث ولا تنفذ إذا لم يجرها الورثة، وقال المالكية الوصية باطلة لحديث: " لا وصية لوارث " فإن أجاز الورثة ما أوصى به للوارث أو الزائد عن الثلث فعطية مبتدأه منهم، لا تنفيذ لوصية الموصي.

ويشترط لصحة الإجازة (5) أن يكون المجيز أهلا للتبرع بأن كان بالغاً رشيداً وعاقلاً عالماً بما يجيزه، وأن تحصل الإجازة بعد موت الموصي لأن الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت ولا تنفذ إلا بعد الوفاة فلا عبرة بالإجازة التي قد تحصل حال حياة الموصي لأنه يمكن للورثة الرجوع عن إجازتهم بعد وفاة مورثهم الموصي.

هذا ما أقرته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2015/09/10 (6) بأن: " الإجازة المعتبرة شرعا وقانونا، هي التي تصدر بعد وفاة الموصي ".

ف طالما أن المادة 189 من قانون الأسرة تشترط إجازة الورثة للوصية بعد وفاة الموصي فإنه لا عبرة شرعا وقانونا لحضور الورثة لمجلس عقد الوصية أو إجازتهم لها حال انعقادها وحال حياة الموصي، لأن الإجازة المعتبرة شرعا وقانونا وفقا لنص المادة المذكورة هي التي تصدر بعد وفاة الموصي لأن ذلك الوقت الذي يتعلق به حق الوارث في التركة ويكون من حقه بصفته وارثا إجازة الوصية للوارث أو عدم إجازة ذلك.

(1) أمر رقم 66-156 مؤرخ في 18 صفر سنة 1386 هـ الموافق لـ 08 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات المعدل.

(2) د. زكي الدين شعبان، الدكتور أحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق ص 80.

(3) أخرجه البيهقي، السنن الكبرى للبيهقي، تحقيق محمد عبد القادر عطا، كتاب الوصايا، باب الوصية للوالدين والأقربين ج6، ط3، دار الكتب العلمية للنشر، بيروت، لبنان، 1424 هـ — 2003 م، ص 433.

(4) لحسين بن الشيخ اث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج 1، دار هومه للطباعة، الجزائر، 2005، ص 704.

(5) الإجازة عمل قانوني يصدر بإرادة منفردة من المجيز، وتصنف من بين التصرفات الضارة بالشخص ضررا محضا.

انظر أ. شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 210.

(6) قرار م ع، غ أش، رقم 0940782، المؤرخ في 2015/09/10، م ق، 2015، ع 2، ص 174.

أخذ المشرع الجزائري بمذهب جمهور الفقهاء الذي يقضي باعتبار الوصية لوarith صحيحة موقوفة على إجازة باقي الورثة مهما كان مقدار الشيء الموصى به فجاء في نص المادة 189 من قانون الاسرة ما يلي: " لا وصية لوarith إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي".

خالف المشرع الجزائري معظم القوانين العربية التي عمت الحكم وأجازت الوصية للوارث إذا كانت في حدود الثلث دون إجازة باقي الورثة منها المشرع المصري في نص المادة 37 من قانون الوصية المصري والمادة 477 من قانون المدني المصري والمادة 478 من القانون المدني السوري والمادة 479 من قانون المدني الليبي.

وهذا ما أقرته المحكمة العليا واستقرت عليه في قراراتها المؤرخة في:

1987/04/20⁽¹⁾ - 1990/03/05⁽²⁾ - 1992/11/24⁽³⁾ - 1998/03/13⁽⁴⁾.

فمن المقرر شرعا وقانونا أنه لا وصية لوarith إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة المورث، وأن التصرفات التي تسري عليها أحكام الوصية لا تنفذ ويقضى ببطلانها باعتبارها وصية لوarith كالقضية التي موضوع النزاع فيها هبة مسكن الزوجية للزوجة فالحبة تعتبر وصية والشريعة الإسلامية لا تسمح بالوصية للوارث والمحكمة العليا بقبولها النقض طبقت القانون السليم.

وحسب المادة 777 ق.م فإن أي تصرف يقع من أي شخص في حالة صحته لا في مرضه يعتبر دائما وصية أيا كانت التسمية لشيء أطلقت عليه طالما احتفظ المتصرف لنفسه بشيئين هما: حيازة الشيء المتصرف فيه من جهة، والإنتفاع به مدة حياته من جهة أخرى.

ثالثا: شروط الموصى به

الموصى به هو محل الوصية التي يظهر حكمها فيه وتتحقق مقاصدها به حيال الموصى له، فهو المال الذي يتبرع به الموصي إلى غيره، وهو كل ما يقبل النقل بشروط معينة، قد يكون مالا حقيقة كالأعيان أو حكما كالمنافع أو حقا من الحقوق.

وحتى تصح الوصية يشترط في الموصى به أن يكون مما يجري فيه الإرث أو يصح أن يكون محلا للتعاقد، وأن يكون موجودا عند الوصية في ملك الموصي، وأن يكون مالا متقوما وقابلا للتملك، غير مستغرق بالدين وألا يزيد عن ثلث التركة⁽⁵⁾.

(1) قرار م ع، غ أش، رقم 45371، المؤرخ في 1987 /04/20 "غير منشور"، أشار إليه حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا ومحكمة التنازع، طبعة جديدة مزودة بأحدث القرارات إلى غاية 2015، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص 362.

(2) قرار م ع، غ أش، رقم 59240، مؤرخ في 1990/03/05، م ق، 1992، ع 3، ص 57.

(3) قرار م ع، غ أش، رقم 86039، مؤرخ في 1992/11/24، إ ق، غ أش، ع خ، 2001، ص 292.

(4) قرار م ع، غ أش، رقم 179724، مؤرخ في 1998/03/13، إ ق، غ أش، ع خ، 2001، ص 277.

(5) د. زهدور محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ص (74، 75).

1- شروط الصحة

يشترط لصحة الوصية في الموصى به ثلاث شروط نذكرها فيما يلي:

- أن يكون الموصى به مالا قابلا للتوارث والتملك

لتنعقد الوصية صحيحة يجب أن يكون الموصى به مما يجري فيه الإرث أو يصح أن يكون محلا للتعاقد بعقد من العقود الناقلة للملكية كالبيع والهبة وغيرها حال حياة الموصي لأن الوصية تملك وما لا يقبل التملك لا تنشأ به الوصية وعليه فإن لم يجر فيه الإرث ومالم يصلح للتعاقد عليه قيد حياة الموصي لا تصح الوصية به كالوصية بالوظائف العامة أو بالأموال العامة الخاصة بالدولة أو بالأموال المباحة الغير مملوكة لأحد من الأشخاص بأي عقد من العقود المنظمة في القانون وغيرها من الحقوق الشخصية والمهنية المحضة (1).

نص المشرع الجزائري على هذا الشرط من خلال المادة 190 من قانون الأسرة كالآتي: " للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة".

يتضح لنا من نص هذه المادة القانونية أن جميع ما يصح تملكه من الأموال المباحة عينا أو منفعة يصح أن يكون محلا للوصية، فتصح الوصية (2) بكل ما يدخل في ملك الموصي من أموال وحقوق قابلة للتداول والانتقال بالطرق المقررة قانونا مع استيفاء الإجراءات اللازمة لنقل ملكيتها سواء كانت هذه الأموال منقولات مثلية أو قيمية أو عقارات يحوزها الموصي حقيقة أو حكما كأن يكون المال الموصى به في يد أخرى غير يد الموصي كالمال الموجود عند المستأجر أو المودع أو المستعير أو المرتهن وغيرهم، أو كانت حقوقا مالية وهي تلك الحقوق التي تؤول إلى أموال عند فرزها وقبضها كحق الشخص في الدين الذي هو في ذمة الغير، أو عينية وهي تلك التي ليست في ذاتها أموالا، لكنها تقوم بالمال أو تزيد في قيمة العين كحقوق الارتفاق من الشرب والمجرى والمرور أو حقوقا أدبية كالملكية الفكرية القابلة للمنفعة أو كانت منافع لمدة معينة أو مؤبدة كسكنى الدار وزراعة الأرض والإبراء من الدين وغيرها.

والملاحظ في هذا الصدد أن المنافع مما لا يجري فيه الإرث كون العقود الواردة عليها تنتهي بموت أحد المتعاقدين ومع ذلك يجوز أن تكون محلا للوصية، وهذا ما أكد عليه المشرع الجزائري في نص المادة 196 من قانون الأسرة فيما يلي: " الوصية بمنفعة لمدة غير محددة تنتهي بوفاة الموصي له وتعتبر عمري" (3).

(1) أ. شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 213.

(2) المرجع نفسه: ص 214.

(3) المرجع نفسه: ص 214.

هذا النص ما هو إلا تطبيق للقواعد العامة (1) التي تقضي بانتهاء حق الانتفاع بموت المنتفع حتى قبل انقضاء أجل الانتفاع المحدد، وبالنتيجة يترتب علة وفاة الموصي له المنتفع عودة حق الانتفاع المنتهي بالوفاة إلى الشخص الذي له حق الملكية.

ب- أن يكون الموصى به موجودا ومملوكا للموصي عند الوصية

أن يكون الموصى به موجودا وقت الوصية في ملك الموصي إن كان معيناً بالذات كأن يوصي بدار يشير إليها، فيشترط وجودها في ملكه حين إنشاء الوصية لأنه لا تتصور الوصية بشيء معين غير موجود (2).

ومن أوصى بأمواله المودعة في أحد المصارف أو بهذه الدار فإنه يشترط لصحة الوصية بهذه الأمور أن تكون موجودة عند إنشاء الوصية ومملوكة للموصي في ذلك الوقت، فلو كانت غير موجودة عند إنشاء الوصية أو غير مملوكة للموصي فإن الوصية تكون باطلة ولو ملكها بعد ذلك ثم مات.

أما إذا كان الموصى به من الأعيان، ولم يكن معيناً بالذات فلا يشترط وجوده عند إنشاء بل الشرط وجوده في ملك الموصي عند الوفاة سواء أكان جزءاً شائعاً في بعض أنواع المال كالوصية بربع سيارته أم جزءاً شائعاً في كل المال كالوصية بخمس ماله.

أما إذا كان الموصى به من المنافع فلا يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصى به موجوداً لا عند الوصية ولا عند وفاة الموصي، لأن المنافع معدومة وقت التكلم، وتوجد شيئاً فشيئاً فلا يمكن اشتراط وجودها بل يكفي لصحة الوصية بها أن تكون مما يصح للموصي التعاقد عليها حال حياته، والمنفعة التي تكون موجودة عند الموصي والتي توجد بعد موته يصح أن تكون محلاً لتعاقد الموصي عليها حال حياته بطريق الإجارة والإعارة والوقف، وعلى هذا تصح الوصية بالمنفعة (3) التي توجد بعد وفاة الموصي، فلو أوصى شخص بسكنى داره أو ركوب سيارته بعد سنة من موته كانت الوصية صحيحة.

نص المشرع الجزائري على هذا الشرط في المادة 190 من قانون الأسرة المذكورة سابقاً فأوجب أن يكون الموصى به موجوداً في ملك الموصي وقت إبرام الوصية إذا كان عيناً معينة بالذات وإلا فلا يشترط ذلك.

(1) تنص المادة 852 ق.م: "ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين، فإن لم يعين أجل، عد مقرر الحياة المنتفع، وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين..".

(2) القاضي الشيخ عبد اللطيف دريان، رئيس المحكمة الشرعية السنية، فقه الوصية في المذاهب الإسلامية والقوانين العربية، المجلد الأول، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ص 119.

(3) د. زكي الدين شعبان، الدكتور أحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ص (115، 116).

ولا تصح الوصية التي يكون فيها الموصى به غير موجود أو مستحيل التحقق.
أكدت المحكمة العليا ذلك في قرارها المؤرخ في 1968/02/28 (1) حيث أن الوصية يسوغ أن تكون إما شيء أو أعيان معينة، وإما بسهم وارث من التركة.

ج- أن يكون الموصى به مالا مقوما وقابلا للتملك

أن يكون الموصى به مالا مقوما في حق الموصي والموصى له والمراد بالمال المتقوم، المال الذي أباح الشرع الانتفاع به في حال السعة والاختيار، فكان له حرمة تقتضي إلزام من يعتدي عليه بالضمان (2).

فالخمر والخنزير لم يباح الشرع الإنتفاع بهما في حال السعة والاختيار فلا يكونان مالا مقوما بالنسبة للمسلم، باتفاق الفقهاء وبالتالي لا تصلح أن تكون موضوعا للوصية شرعا بين المسلمين، غير أنه يصح أن تكون كذلك بالنسبة لغير المسلمين لبعضهم البعض لأنها متقومة في شريعتهم وهذا ما ذهب إليه الحنفية والمالكية عكس ما ذهب إليه الحنابلة والشافعية.

2- شروط النفاذ

يشترط لنفاذ الوصية في الموصى به شرطان:

أ- ألا يزيد الموصى به عن ثلث التركة

الثلث المعتبر هو مما يكون تركة خالصة من كل دين، لأن سداد الدين أولا وبعد الدين تقدر الوصية بثلث الباقي، لأن الورثة يجب أن يخلص لهم ثلثا الباقي بعد سداد الديون ولا يخلص لهم الثلثان كاملين، إلا إذا كان تقدير الوصية مضافا إلى التركة الخالصة من الدين (3).

إن التركة إذا كانت خالية من الدين ولا وارث للموصي بل سيذهب المال إلى بيت المال، أي إلى الخزينة العامة-نفذت الوصية كلها- وذلك لأن بيت المال آخر المستحقين للتركة، إذ أن الموصى له بأكثر من الثلث مقدم عليه.

اختلف الفقهاء (4) في مسألة زيادة الموصى به عن ثلث التركة وكان للموصي ورثة فمنهم من يرى أن الوصية باطلة بطلان مطلق، ومنهم من ذهب إلى صحتها ولكن نفاذها موقوف على إجازة الورثة، فليس لإجازة الوصية بأكثر من الثلث من غير إجازة الورثة كمن مات وترك وصية بنصف تركته وله ابنان الأخيرين أجازا الوصية فقسمت التركة بينهم للموصي له النصف ولكل ابن ربع التركة.

(1) قرار م ع، غ ق خ، المؤرخ في 1968/02/28، ن س، 1968، ص 98.
(2) د. أحمد محمود الشافعي، الوصية والوقف في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، سنة 2000، ص 78.
(3) د. محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، مرجع سابق، ص 192.
(4) د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 8، ط 1، دار الفكر للطباعة، دمشق، سوريا، سنة 1405 هـ الموافق لـ 1985م، ص 52.

وافق على ذلك المشرع الجزائري بنص المادة 185 من قانون الأسرة كما يلي:
" تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد عن الثلث التركة تتوقف على إجازة الورثة".
أكدت واستقرت المحكمة العليا على ذلك في قراراتها المؤرخة في:

1991/02/24⁽¹⁾ - 1997/07/29⁽²⁾ - 1968/02/28⁽³⁾ - 1968/03/20⁽⁴⁾ -
1969/04/30⁽⁵⁾ - 1986/02/24⁽⁶⁾ - 2001/03/14⁽⁷⁾.

فمن المقرر قانونا وبمفهوم أحكام المادة 185 من قانون الأسرة، التي تجعل من الوصية التي توصي بأكثر من ثلث التركة تتوقف على إجازة الوارث، وبالتالي فإن هذه الإجازة يجب ألا يساورها أدنى شك أنه تكون الوصية في حدود ثلث التركة ومازدا عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة، كما أن موافقة الورثة ليس شرطا لصحة الوصية لغير وارث (كمن أوصى لمطلقة) إلا فيما زاد على ثلث التركة، وإن الوصية ترد إلى الثلث عند انعدام الموافقة، لم تخالف المحكمة العليا بقراراتها القانون بل طبقته على الوجه اللائق فالوصية المتنازع عليها يجب ردها طبقا لقواعد الشريعة الإسلامية إلى الثلث الجائز من تركة الموصي.

ومن خلال الأدلة القانونية والشرعية يتضح لنا عدم جواز زيادة الوصية عن ثلث التركة، فإذا تجاوز الموصي به لغير الوارث ثلث التركة كانت الوصية صحيحة لكنها لا تنفذ في حق الورثة الذين تعلق حقهم بمال الموصي بعد وفاته فيما يتجاوز الثلث، فإن أظهروا معارضتهم لها نفذت الوصية في حدود ثلثها فقط وليس للقاضي أن ينفذ الزيادة جبرا عليهم.

إذا أجاز بعض الورثة الزيادة ورفضها البعض الآخر فإن الوصية تنفذ في حق من أجازها مادام من أهل الإجازة وتبطل في حق من لم يجزها، مع العلم أن وقت تقدير الثلث هو وقت قسمة التركة وقبض كل من الورثة والموصي لهم حقوقهم لأن هذا الوقت يعتبر وقت استقرار الملك وتنفيذ الوصية بعد سداد ديون العباد وحقوقهم⁽⁸⁾.

ب- ألا يكون الموصي به مستغرقا بدين

الديون مقدمة في وجوب الوفاء بها على الوصية بعد تجهيز الميت وتكفينه⁽⁹⁾، ومن ثم إذا كان الموصي به مستغرقا بالدين لتركه الموصي لم تنفذ الوصية رغم نشوئها صحيحة في

(1) قرار م ع، غ أش، رقم 75598 مؤرخ في 1991/02/24، م ق، 1993، ع 2، ص 62.

(2) قرار م ع، غ أش، رقم 166090 المؤرخ في 1997/07/29، إ ق غ أش، ع خ، 2001، ص 298.

(3) قرار م ع، غ أش، المؤرخ في 1968/02/28، ن س، 1968، ص 98.

(4) قرار م ع، غ أش، المؤرخ في 1968/03/20، ن س، 1968، ص 104.

(5) قرار م ع، غ أش، المؤرخ في 1969/04/30، ن س، 1969، ص 293.

(6) قرار م ع، غ أش، رقم 40651، المؤرخ في 1986/02/24، غير منشور، أشار إليه د. بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات، مرجع سابق، ص 541.

(7) قرار م ع، غ م، رقم 241885، المؤرخ في 2001/03/14، م ق، 2002، ع 1، ص ص 136، 137.

(8) د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص ص (41، 42).

(9) أ.د. أحمد زكي عويس، أحكام المواريث والوصية في الفقه والقانون، مكتبة جامعة طنطا، القاهرة، 2000، ص 70.

حق الموصى له ما لم يجزها الدائنون بأن أبرؤوا ذمة المدين بإسقاط ديونهم عنه، أو أنهم أجازوا للموصى له أن يستوفي حقه من تركة مدينهم قبل استحقاق ديونهم من التركة.

فإن كان الدين غير مستغرق لتركة الموصي نفذت الوصية في حدود الثلث بعد سداد الديون وهذا تنفيذا لحكم الله في قوله تعالى: "من بعد وصية يوصي بها أو دين.. " (1).

استقر المشرع الجزائري على ما سبق ذكره فأورد من خلال المادة 180 قانون الأسرة الجزائري الحقوق المتعلقة بالتركة أربعة هي: مؤن تجهيزه، ديونه، وصاياه وحقوق الورثة في الميراث، نفس الأمر استقرت عليه المحكمة العليا في قراراتها.

المبحث الثاني: شكل الوصية وإثباتها

من خلال هذا المبحث سوف ندرس شكل الوصية (المطلب الأول) ثم إثبات الوصية وإجراءات تنفيذها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: شكل الوصية

الجدير بالذكر أن الوصية كانت تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية قبل صدور الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ذلك أنه وإن كان يطبق آنذاك القانون الفرنسي طبقا للقانون 157/62 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962 إلا أنه نظرا للطابع الخاص للأحوال الشخصية فإن المشرع الفرنسي حتى خلال فترة احتلال فرنسا للجزائر ترك الجزائريين يخضعون لأحكام الشريعة الإسلامية في مجال الزواج، الطلاق، الوصية والميراث والوقف (2).

وبمراجعة نصوص القانون المدني يتضح لنا أن المشرع الجزائري (3) لم ينص على الشكل الواجب توافره في الوصية باعتبارها تصرفا رضائيا صادرا من جانب واحد لا كشكل إنعقاد ولا كشكل إثبات ولا كشكل متعلق بالشهر، وإنما أحال إلى قانون الأحوال الشخصية بموجب المادة 775 منه شأن هذه المسألة وبما أن قانون الأسرة لم يكن قد صدر بعد فإنه يجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة الأولى الفقرة الثانية من نفس القانون والتي تنص على أنه: "وإذا لم يوجد نص، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف...".

وعليه طبقت أحكام الشريعة الإسلامية بهذا الخصوص قبل صدور القانون المدني وفي ظله وقبل صدور قانون الأسرة، وسوف نتعرض في هذا المطلب إلى شكل الوصية قبل صدور قانون الأسرة (الفرع الأول) وشكلها بعد صدور قانون الأسرة (الفرع الثاني).

(1) النساء: 12.

(2) أ. شيخ سناء، شكل الوصية في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مجلة الدراسات الإسلامية، ع 2، جوان 2013 ص 176.

(3) أ. شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص ص (219، 220).

الفرع الأول: الشكل في الوصية قبل صدور قانون الأسرة

فيما يخص تحديد شكل الوصية قبل صدور قانون الأسرة لابد من دراسة موقف الشريعة الإسلامية من هذا الشكل (أولا) ثم بيان موقف القضاء الجزائري من ذلك (ثانيا).

أولا: موقف الشريعة الإسلامية من الشكل في الوصية قبل صدور قانون الأسرة

بالرجوع إلى ما سبق ذكره من آراء المذاهب الإسلامية نجد أنها تعتمد الرضائية أصلا في العقود والتصرفات بالإرادة المنفردة، ومن ثم يكفي لقيام الوصية توافر الإرادة الحرة لدى الطرف الذي صدرت منه، وهذا الرأي السائد فقها من أن الوصية تصرف بالإرادة المنفردة والإيجاب هو ركن الوصية الوحيد الذي تنعقد به.

هكذا فإن الشكل في الوصية كركن انعقاد لا مجال له في الشريعة الإسلامية ذلك أن الوصية قادرة على إنتاج آثارها دون حاجة إلى إتباع إجراءات شكلية فهي تنعقد بمجرد صدور الإيجاب من طرف الموصي.

ويتحقق الإيجاب في الوصية بكل لفظ أو كتابة أو إشارة تنطوي على قصد التملك بعد الموت، فينعقد الإيجاب بكل لفظ يدل على قصد الموصي، فيتم إما باللفظ الصريح الذي يدل عليه كقول الموصي "أوصيت لفلان بشيء معين" أو بكل لفظ يفيد الوصية ضمنا⁽¹⁾.

وإذا كان الكلام هو الوسيلة المثلى للتعبير عن إرادة الشخص فإنه يمكن التعبير عنها بالكتابة إذا كان الموصي عاجزا عن الكلام.

أما إذا كان الشخص قادرا على الكلام فقد انقسم الفقه إلى اتجاهين: ذهب أولهما⁽²⁾ إلى منح الموصي الحق في إنشاء وصيته إما باللفظ أو بالكتابة بينما ذهب ثانيهما⁽³⁾ إلى أن الوصية تنشأ بالعبرة إذا كان الموصي قادرا عليها، ولا تحل الكتابة محلها إلا إذا كان التصرف بالمراسلة أين تكون المشافهة حينئذ غير ممكنة هذا لأن الأصل في الدلالات كلها أن تكون بالألفاظ فلا تنتقل عنها إلى غيرها إلا عند العجز.

اختلف الفقهاء أيضا حول أن الكتابة كافية وحدها لإثبات الوصية أم لابد من الإشهاد عليها، فرأى البعض أن الوصية المكتوبة تثبت ويحكم بمقتضاها دون الحاجة إلى شهادة بصدورها من الموصي طالما كان خطه معروفا، تصلح لإنعقاد الوصية وإثباتها في نفس الوقت⁽⁴⁾.

وبالعوض الآخر رأى أن الكتابة غير كافية لإثباتها عند إنكارها من طرف الورثة بل لابد من الشهادة على الخط⁽⁵⁾، وبعض هؤلاء الفقهاء يستلزمون في الشهادة أن تكون على مضمون الوصية وذلك بأن يقرأ الشهود الوصية⁽⁶⁾ أو تقرأ عليهم ثم يقرها الموصي أو يوقع

(1) د. محمد زهدور، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ص (64، 65).

(2) أخذ به المذهب المالكي.

(3) أخذ به المذهب الحنفي.

(4) قال به الحنفية.

(5) رأي جمهور الفقهاء.

(6) أخذ به المذهب الشافعي. مشار للمذاهب، انظر محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، مرجع سابق، ص ص (11، 12).

عليها أمامهم لأنه لو لم يشهد على ما كتب أو أشهد ولكن لم يطلع الشهود عليها لم تنعقد الوصية، ومنهم من يكتفي بالشهادة على الوصية المختومة بأن يكتب الموصي وصيته ويختتمها ثم يطلع عليها الشهود.

كما يجوز أن ينعقد الإيجاب بالإشارة المفهومة التي تدل على قصد الموصي حينما يكون هذا الأخير عاجزا عن النطق وغير قادر على الكتابة⁽¹⁾.

مما سبق ذكره يتوضح لنا أن الوصية في الشريعة الإسلامية هي تصرف رضائي، لا يشترط لإنعقادها شكلا معينا سواء وردت على عقار أو منقول، فتنعقد بمجرد صدورها من الموصي سواء لفظا أو كتابة أو بالإشارة، وفي ذلك تيسير على الناس في استكمال أعمال الخير حتى ولو كانت في اللحظات الأخيرة من حياة الإنسان.

وإذا كان الشكل كركن انعقاد في الوصية غير مطلوب إلا أن أحكام الشريعة الإسلامية تقتضيه للإثبات لقوله (ص): "ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي به يبيت ليلتين إلا وصيته مكتوبة عنده"⁽²⁾ والكتابة هنا حرصا وحفاظا من الشارع على حقوق المسلمين فيما بينهم.

وعليه فإن كتابة الوصية (الشكل) حسب فقهاء الشريعة الإسلامية هي وسيلة إثبات وليس لقيامها، ومن ثم يمكن إثبات الوصية بشهادة الشهود أو بإقرار الورثة لأن الرضائية هي الأصل فيها، فالشكل كركن انعقاد غير مطلوب في الوصية قبل صدور قانون الأسرة الجزائري ولا يرتب غيابه بطلانه.

ثانيا: موقف القضاء الجزائري من الشكل في الوصية قبل صدور قانون الأسرة

الوصية قبل صدور قانون الأسرة كانت خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية وهذا ما استقر عليه القضاء حيث قضى المجلس الأعلى سابقا (المحكمة العليا حاليا) في قرار عنه صادر مؤرخ في 1968/03/20⁽³⁾ برفض الطعن على أساس أن خيار التشريع الفرنسي المنصوص عليه في الوصية المؤرخة في 1941/10/30 ما هو إلا محض تطبيق للمبدأ العام لسلطان الإرادة ولا يجوز إلا في العقود متعددة الجوانب التي يتفق فيها جميع أطرافها على الخضوع لتشريع يختارونه، وإنه لا يسوغ مد آثاره إلى عقد أحادي الجانب يمس بحقوق الغير المثبتة بالقانون المطبق طبيعيا، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذا قرر أن الوضعية المتنازع عليها يجب ردها طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية إلى الثلث الجائز من تركة الموصية لم يخالف القانون بل طبقه على الوجه اللائق.

ونفس الحكم كرسه في قرار لاحق صادر عنه بتاريخ 1971/12/01⁽⁴⁾ قضى فيه بمايلي: " حيث أنه لا مجال لتطبيق نظرية حرية الاختيار بين الشريعة الإسلامية و القانون الفرنسي إلا بالنسبة للعقود متعددة الأطراف التي يتفق أصحابها على التنصل من شريعة

(1) د. محمد زهدور، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 65.

(2) ابن بطال، شرح صحيح البخاري، كتاب الوصايا، تحقيق أبو تميم ياسر بن إبراهيم، ج 8، ط 2، دار النشر: مكتبة الرشد/السعودية، الرياض، 1423 هـ 2003 م.

(3) قرار م أ، غ م، المؤرخ في 1968/03/20، مج أ، مج 1، ج 1، مديرية التشريع، ص 64.

(4) قرار م أ، غ ق خ، المؤرخ في 1971/12/01، ن ق، ص 100.

الإسلام، ولكن القضية الحالية هي بخلاف ذلك فهي وصية وتصرف قانوني مضاف إلى المستقبل وقد تعلق بها حق الغير وهم الوارثون الذين يتلقون حقهم من نصوص قرآنية أمرة، وإن تطبيق أحكام القانون الفرنسي يمس بهذه الحقوق مسا أكيدا، وعليه فلا مجال للقول بوجود حقوق مكتسبة وإن تطبيق قواعد الفقه الإسلامي على النزاع الحالي ليس هتكا لقانون نافذ في الجزائر".

حيث جاء في قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 1969/04/30⁽¹⁾ مايلي:
" من المقرر في الشريعة الإسلامية لا تخضع الوصية لأي صيغة شكلية وأنه يمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات".

وفي قرار آخر له مؤرخ في 1969/04/30⁽²⁾، ورد ما يلي:
" من المقرر شرعا أن الوصية لا تحتاج إلى شكل خاص، كما أنه يجوز إثباتها بجميع وسائل الإثبات، غير أنه يشترط لصحتها أن تكون في حدود ثلث التركة".

وفي قرار آخر لاحق مؤرخ في 1971/12/15⁽³⁾ جاء فيه: " حيث أنه خلافا لما يزعمه الطاعنون، فإن قضاة الإستئناف قد أجابوا عن هذا الإقتراح ورفضوه بقولهم: " حيث أنه من حق المقرر أن يجري ما يراه صالحا من التحقيقات في الخطوط و أن يبدي نظره في ذلك الشأن"، وأضافوا قائلين: " أنه لا يمكن أن يعتمد على الخط الموجود برسم الزواج المحرر عشر سنين قبل الوصية، وهو أي الموصي في حالة صحة إذ ربما يكون هناك فرق بين خطه في ذلك الوقت وخطه يوم الوصية، مع أن التحقيق المجري قد يبين بوضوح أن التوقيع على الوصية صادر منه دون مساعدة أي شخص، وفي هذا تسبب كاف مما يتعين معه رد الوجه".

وفي قرار آخر لاحق مؤرخ في 1990/05/19⁽⁴⁾ جاء فيه: "حيث أن الوصية المحررة بيد الموصي المؤرخة في 1960/03/25، تدخل في نطاق القانون المدني الفرنسي الذي كان ساريا آنذاك".

وحسب المادة 978 من هذا القانون فإن الوصية المحررة بيد الموصي تخضع لثلاث شكليات: أن تحرر كاملة وتؤرخ وتوقع من طرف الموصي وهذه الشروط الثلاثة متوافرة.

وبالتالي إذا كانت الوصية من الجانب الفقهي هي عبارة عن تصرف رضائي كما تم التطرق إليه آنفا فلا يتطلب قيامها أي شكل معين سواء كانت واردة على عقار أو منقول فبمجرد صدورهما من الموصي تنعقد دون الحاجة إلى إفراغها في ورقة رسمية، كذلك **القضاء الجزائري استقر على مبدأ الرضائية في الوصايا المبرمة قبل صدور قانون**

(1) قرار م أ، غ م، المؤرخ في 1969/04/30، مج أ، مج 1، ج 1، مديرية التشريع، وزارة العدل، ص 211.

(2) قرار م أ، غ م، المؤرخ في 1969/04/30، ن س، 1969، ص 293.

(3) قرار م أ، غ م، المؤرخ في 1971/12/15، ن ق، ع 2، 1972، ص 79.

(4) قرار م ع، غ أ ش، رقم 66151، المؤرخ في 1990/05/19، م ق، 1993، ع 3، ص 211.

الأسرة، وجاء موافقا لآراء فقهاء الشريعة الإسلامية ولم يرتب بطلان الوصية الواردة على عقار إذا تخلف الشكل الرسمي فيها.

الفرع الثاني: الشكل في الوصية بعد صدور قانون الأسرة

من خلال هذا الفرع نتطرق الى موقف المشرع الجزائري من شكل الوصية (أولا) ثم نبين بعد ذلك موقف القضاء الجزائري (ثانيا).

أولا: موقف المشرع الجزائري من الشكل في الوصية بعد صدور قانون الأسرة

يسري قانون الأسرة الجزائري على الوصايا المبرمة بعد تاريخ صدوره (1) بمراجعة أحكام قانون الأسرة الجزائري نجد المشرع الجزائري من خلال نص المادة 191 منه ينص على ما يلي: " تثبت الوصية:

1-بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك.

2-وفي حالة وجود مانع قاهر، تثبت الوصية بحكم، ويؤشر به على هامش أصل الملكية "

يتبين لنا من نص المادة أن قانون الأسرة الجزائري حسم مسألة إثبات الوصية فاعتبر أنها تثبت أصلا بموجب عقد رسمي يحرره الموثق واستثناءا تثبت الوصية بموجب حكم قضائي يؤشر به على هامش أصل الملكية.

وسوف نتناول كل حالة على حدى بالتفصيل في الفرع الثاني (إثبات الوصية).

ثانيا: موقف القضاء من الشكل في الوصية بعد صدور قانون الأسرة

يتضح لنا من خلال نص المادة 191 من قانون الأسرة أن الوصية تثبت بإحدى الطريقتين المنصوص عليها والمذكورتين آنفا، وبالتالي فهي ليست تصرف شكليا وإنما تصرف رضائيا لأن الكتابة المتطلبة فيها هي وسيلة لإثبات وجود الوصية فقط وليست ركنا لانعقادها، وإن المشرع لم يرتب جزاء البطلان على تخلف الشكل الرسمي إذ يمكن إثباتها بالإقرار أو البيعة.

استقرت المحكمة العليا على نفس الموقف على اعتبار الشكل المطلوب في الوصية هو لمجرد إثباتها كأصل عام فحسب وليس ركنا فيها ذلك أن الوصية قد تكون بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك، وإثباتها حالة وجود مانع قاهر بجميع طرق الإثبات، ذلك من خلال قراراتها الآتية الذكر:

القرار المؤرخ في 1997/12/23 (2) والقرار المؤرخ في 2008/01/16 (3).

(1) أ. شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 222.

(1) قرار م ع، غ أش، رقم 160350، مؤرخ في 1997/12/23، م إ ق غ أش، ع خ، 2001، ص 295.

(3) قرار م ع، غ أش، رقم: 413209، مؤرخ في 2008/01/16، م م ع، 2008، ع 2، ص 303.

من خلال اجتهادات المحكمة العليا يتضح لنا استمرار المحكمة العليا في قراراتها على تطبيق أحكام المادة 191 من قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الثاني: إثبات الوصية وإجراءات تنفيذها

من خلال هذا المطلب نبين طرق إثبات الوصية (الفرع الأول) ثم الإجراءات المتبعة لتنفيذ الوصية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إثبات الوصية

إن الوصية في الشرع الإسلامي من العقود الرضائية التي يمكن إثباتها بكل الطرق، فعلى الموصي لهم الحصول على حكم صالح للتنفيذ⁽¹⁾.

قبل صدور قانون الأسرة الجزائري وبتقضي آراء⁽²⁾ المذاهب الإسلامية التي تعتمد الرضائية أصلا في العقود والتصرفات بالإرادة المنفردة فالوصية هي تصرف تنعقد عند صدورها من الموصي باللفظ أو الكتابة أو الإشارة التي تنطوي على قصد التمليك بعد الموت، فالشكل في الوصية هنا للإثبات فقط قصد التيسير على الناس، فقد تكون وقت اشتداد المرض أو في ظروف حرجية، فإذا تخلفت يمكن إثباتها بشهادة الشهود أو بإقرار الورثة أو ببينة واضحة.

يسري قانون الأسرة الجزائري على الوصايا المبرمة⁽³⁾ بعد تاريخ صدوره فأوجب الشكلية في الوصية كما ورد آنفا في نص المادة 191 من قانون الأسرة، وتحليل هذه الأخيرة نستنبط مايلي:

أولا: إثبات الوصية بموجب عقد توثيقي

فالوصية عقد يحرره الموثق بناءا على تصريح الموصي أمامه⁽⁴⁾ بحضور شاهدي عدل، فضلا عن حضور الموصي تحت طائلة البطلان مع مراعاة ما نصت عليه **المادتين (324 مكرر 2 و 324 مكرر 3) من القانون المدني** خاصة أن الوصية من العقود الإحتفائية⁽⁵⁾ التي أخضعها المشرع لإجراءات خاصة ميزها عن باقي العقود التوثيقية الأخرى - خاصة إذا تعلق الأمر بوصية متضمنة نقل ملكية عقار أو حق عيني - فمن بين هذه الإجراءات الواجبة على الموثق احترامها هي مسألة الشهود والذي نقصده هنا هم شهود العدل ويسمون شهود الانعقاد بخلاف شهود الإثبات الذين يجوز لهم أن يكونا من أقارب طرفي العقد، إذ يشترط فيهم الأهلية وأن لا يكون صالح لهما في الوصية وأن لا تربطهما بالموثق أو المتعاقدين صلة قرابة أو مصاهرة وإلا تكون باطلة لعدة أسباب منها⁽⁶⁾:

(1) د. أكرم ياغي، الوجيز في أحكام الوصية والإرث، مرجع سابق، ص 51.
 (2) أ. شيخ سناء، إثبات التصرفات العقارية الصادرة عن الإرادة المنفردة " الوصية والوقف "، م م ع، ع 1، 2009، ص 94.
 (3) المرجع نفسه: ص 96.
 (4) شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 223.
 (5) العقود الإحتفائية هي عقود رسمية نص عليها المشرع الجزائري في المادة 324 مكرر 3 ق.م، وتعتبر الوصية عقدا احتفائيا
 (6) المدونة القانونية " القاعدة الرسمية والشهر العقاري في القانون الجزائري "، 2010/04/12، 2013/08/03، 12 سا و 52 د.

- 1- تنص المادة 16 من القانون 27-88 المتضمنة مهنة الموثق "يستطيع أقارب وأصهار الأطراف المتعاقدين أن يكونوا شهود إثبات" فمفهوم المخالفة لا يمكن لهؤلاء الشهود أن يكونوا شهود عقد أو عدل بل شهود إثبات أو تعريف، لذا نجد بعض الموثقين يلجؤون إلى تحرير الوصية بأربعة شهود، شاهدي إثبات من الأقارب وشاهدي عدل من غيرهم.
- 2- ورد في المادة 324 مكرر 3 من القانون المدني " يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الاحتفائية بحضور شاهدين" وعليه فإن تحرير الوصية دون احترام الشكليات المقررة في المادتين كما سبق الذكر فإنها تنزع الرسمية من العقد.

هذا ما استقرت عليه المحكمة العليا في قرارها رقم 160350 المؤرخ في 1997/12/23 والذي تطرقنا إليه سابقا.

عند تحرير عقد الوصية أمام الموثق يجب تحديد صفة الموصي والموصى له والموصى به وذلك لمنع اللبس عن كل ما يمكن أن يؤدي إلى اشتباه الوصية بغيرها من العقود.

وإذا حررت الوصية بحضور وكيل عن الموصي وجب على الموثق التأكد من صحة تلك الوكالة ثم يحرر العقد بشرط أن تتوفر فيه نفس الشروط الواجب توافرها في الوصية المحررة من طرف الموصي نفسه (1).

وعليه متى تثبت الوصية بموجب عقد توثيقي تكون نافذة مباشرة ودون الحاجة لاستصدار حكم به وهذا تبعا لنص المادتين (324 مكرر 5 و 324 مكرر 6) من القانون المدني ومالم يتم إيقاف تنفيذه بموجب دعوى تزوير أو دعوة بطلان.

ثانيا: إثبات الوصية بموجب حكم قضائي

الأمر الثاني المستنبط من نص المادة المذكورة هو الإستثناء الذي جاء به المشرع في إثبات الوصية، وهذا الإستثناء منوط بوجود مانع قاهر حال دون تمكين الموصي من التصريح أمام الموثق بوصيته فيسار إلى إثبات الوصية باستصدار حكم قضائي يثبت صحة الوصية ويؤشر بهذا الحكم على هامش أصل الملكية وصورة هذا الإستثناء أن توافي المنية شخص ما كان ينوي الوصية لشخص آخر فحضرت منيته وتعذر عليه الانتقال إلى الموثق وعند احتضاره أشهد شهودا على وصيته ومات في هذه الحالة ليس للموصى له إلا طريق العدالة في إثبات وصيته برفع دعوى أمام القضاء المختص بغية استصدار حكم يقضي له بصحة الوصية ويأمر بالتأشير بها على هامش أصل الملكية (2).

(1) أ. شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 224.

(2) أ. شيخ سناء، شكل الوصية في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مرجع سابق، ص 183.

فالأصل في الوصية أن تصب في شكل رسمي أمام الموثق (1) وبحضور شاهدين حيث يحزر عقد بذلك من طرف الموثق لكن رغبة من المشرع في منح فرصة للأشخاص وهم مقبلون على الآخرة في أن يستكثروا من الخيرات ووضع هذا الإستثناء في قبول الوصية غير المصرح بها أمام الموثق لكن اشترط أن يكون ذلك عن طريق القضاء في حق الموصى له.

هذا ما أقرته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2016/09/07 (2) حيث جاء في منطوق القرار: " الأصل في الوصية، وجوب تحريرها بعقد رسمي، ما لم يحل دون تحريرها في الشكل المطلوب قانونا، مانع قاهر كدنو الأجل".

حيث أن الأصل في إنشاء الوصية أن تكون بعقد رسمي يحزره الموثق وفقا لنص المادة 191 من قانون الأسرة وأن هذه المادة أوردت إستثناء يتماشى وطبيعة هذا التصرف الذي قد تؤدي الحاجة إليه في ظروف حرجة تحول دون إمكانية إبرام التصرف أمام الموثق وهو ما وصفه النص بالمانع القاهر، ولما كان البين من الحكم الصادر بتاريخ 2011/12/25 المؤيد بالقرار الصادر بتاريخ 2012/05/02 المطعون فيه بالإعتراض أن قاضي الدرجة الأولى أجرى تحقيقا بشأن التصرف موضوع النزاع ووقف على أن الموصية صدر منها ذلك التصرف قبل وفاتها بخمسة عشر يوما ولم تتمكن من تثبيت الوصية مما يجعل الحالة الحرجة المانعة من توثيق التصرف وهي دنو الأجل قائمة وبالتالي قيام المانع القاهر بمفهوم نص المادة 191 المذكورة وبذلك يكون قضاة المجلس بانتهاهم إلى ما انتهوا إليه من قضاء قد طبقوا صحيح القانون وسببوا قرارهم التسبي الكافي.

والقاضي لا يثبت الوصية إلا إذا قام الدليل على وجودها إما بورقة عرقية موقعة من طرف الموصي قبل وفاته أو بتصريح الشهود بوجود الوصية (3).

تبين لنا بالتمعن في نص المادة 191 من قانون الأسرة الجزائري أن المشرع لم يرتب بطلان الوصية لعدم صحتها في الشكل الرسمي، ومن ثم فالكثابة في الوصية هي شرط لإثبات فقط سواء كان الموصي به عقارا أو منقولا وليس ركنا فيها (4).

(1) تنص المادة 03 من القانون 02.06 المؤرخ في 21 محرم 1427 هـ الموافق لـ 2006/02/20 المتعلق بتنظيم مهنة الموثق، ج ر، ع 14، مؤرخة في 2006/06/08 أنه: " الموثق ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطائها هذه الصبغة ".

(2) قرار م ع، غ أ ش، ملف رقم 1003697، مؤرخ في 2016/09/07، م ق، 2016، ع 2، ص 236.

(3) د. بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 70.

(4) أ. شيخ سناء، إثبات التصرفات العقارية الصادرة عن الإرادة المنفردة، مرجع سابق، ص 97.

العلة في ذلك واضحة وهي أن المشرع الجزائري أراد باشتراطه للشكل الرسمي تفادي المشاكل التي قد تحدث بعد وفاة الموصي بين ورثة هذا الأخير والموصي له، وكذلك قطع الطريق على المزورين الذين يدعون وصايا لا وجود لها ويؤدونها بشهادة مزورة.

استقر القضاء الجزائري على اعتبار الشكل المطلوب في الوصية هو للإثبات فقط وليس ركن فيها، ذلك أن تخلف الشكل لا يترتب عليه بطلان الوصية، فالوصية الشفوية لسبب عدم التصريح بها أمام الموثق يتم استبعادها وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1997/12/23 ⁽¹⁾ والقرار المؤرخ في 2008/01/16 ⁽²⁾ الذي تطرقنا إليه سابقا.

نستنتج مما سبق التطرق إليه أن ما أقرته المحكمة العليا في قراراتها الصادرة بخصوص إثبات الوصية وافق ما نصت عليه **المادة 191 من قانون الأسرة السالفة الذكر.**

الفرع الثاني: إجراءات تنفيذ الوصية

لا يأتي تنفيذ الوصية إلا بعد أن يتم إثباتها كما وضحنا في الفرع الأول من هذا المطلب والتطرق إلى إجراءات تنفيذ الوصية، تسجيل الوصية بمصلحة التسجيل (أولا) وتشهر في المحافظة العقارية بعد وفاة الموصي وقبول الموصى له (ثانيا).

أولا: إجراء التسجيل

يعد التسجيل أول مرحلة من مراحل نقل الملكية بعد ثبوت الوصية عن طريق محرر رسمي، ولقد نظم المشرع الجزائري بموجب الأمر رقم **105/76** المؤرخ في 1976/12/09 المتضمن **قانون التسجيل** ⁽³⁾، والمنشور ب ج ر ج ج، ع 81، س 14 الصادرة بتاريخ 1977/12/18، ذلك لنقل الملكية بالطرق المختلفة سواء كانت عقارات أو منقولات ويعتبر التسجيل إجراء يتم من طرف مفتش التسجيل حيث يقوم بتسجيل التصرفات التي أخضعها القانون لإجراء التسجيل أو التي أراد أصحابها إعطائها تاريخا ثابتا بغض النظر عن طبيعتها عقارات كانت أو منقولات مع خضوع العملية لدفع رسوم التسجيل بمصلحة التسجيل والطابع بمفتشية الضرائب، كذلك مفتش التسجيل يقبض من جراء هذه العملية حقوق التسجيل وهو إجراء ملزم وفي حالة مخالفته يخضع المكلف بالتسجيل لغرامة جبائية ⁽⁴⁾.

(1) قرار م ع، غ أش، رقم 160350، مؤرخ في 1997/12/23، م إ ق غ أش، ع خ، 2001، ص 295.

(2) قرار م ع، غ أش، رقم 413209، المؤرخ في 2008/01/16، م م ع، العدد 2، 2008، ص 303.

(3) د. بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 71.

(4) رمول خالد، المحافظة العقارية كآلية للحفظ العقاري في التشريع الجزائري، د. ط، قصر الكتاب، الجزائر، 2001، ص

هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1990/09/24 ⁽¹⁾ حيث أن تسجيل العقد العرفي لا يكسبه الرسمية، بل أقصى ما يفيد التسجيل هو إثبات التاريخ فقط، أما مضمون العقد فيبقى بعيدا كل البعد عن الرسمية.

منح المشرع الجزائري للموثقين آجالا معينة لتسجيل ما حرروه وأصدوره من عقود ومحركات رسمية حيث نصت المادة 58 فقرة 1 من الأمر 105-76 ⁽²⁾ على ما يلي:

" يجب أن تسجل عقود الموثقين في أجل شهر ابتداء من تاريخها بإستثناء الحالة المنصوص عليها في المادة 64 أدناه ".

ذلك ما أشارت إليه كذلك المادة 10 فقرة 1 من قانون 02.06 المتعلق بتنظيم مهنة الموثق كمايلي: " يتولى الموثق حفظ العقود التي يحوزها أو يستلمها للإيداع ويسهر على تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها قانونا لاسيما تسجيل وإعلان ونشر وشهر العقود في الآجال المحددة قانونا ".

لتضييف المادة 60 من الأمر 105-76 ⁽³⁾ بخصوص الرسم المحصل بشأن تسجيل الوصية بمصلحة التسجيل والطابع بمفتشية الضرائب والتي جاء في طياتها: " يجب أن تسجل عقود الموثقين وأعوان التنفيذ التابعين لكتابات الضبط وكذلك القرارات القضائية خلال الشهر الذي يلي شهر إعدادها.

تقدم العقود والقرارات القضائية الخاضعة لرسم التسجيل القضائي مثل العقود الموثقة الخاصة للرسم الثابت إلى المراقبة القانونية في الآجال المحددة، وتكون مرفقة بجدول يعد في نسختين تودع إحداها لدى مفتشية الضرائب والأخرى ترجع للمودع الذي يلزم عند انقضاء كل ثلاثة أشهر أن يقدم إلى تأشيرة رئيس مفتشية الضرائب الفهرس الذي سجلت فيه بصفة منتظمة كل العقود والقرارات الموجودة في جداول الأشهر السابقة والشهر الجاري ".

وتضيف المادة 208 من الأمر 105-76 ⁽⁴⁾ أنه: " تخضع للرسم الثابت المقدّر بـ 500 دج كل العقود التي لم تحدد تعريفاتها بأي مادة من هذا القانون والتي يمكن أن يترتب عنها رسم نسبي ".

الجهة المختصة بالتسجيل نصت عليها المادة 75 فقرة 1 من الأمر 105-76 التي تنص:

" لا يمكن للموثقين أن يسجلوا عقودهم إلا في مكتب التسجيل التابع للدائرة أو عند الاقتضاء في مكتب الولاية الذي يوجد بها مكتبهم ".

(1) قرار م ع، غ ع، رقم 62624، مؤرخ في 1990/09/24، م ق، ع 2، 2001، ص 24.

(2) أمر رقم 105-76 المؤرخ في 17 ذي الحجة سنة 1396 الموافق لـ 09 ديسمبر 1976، يتضمن قانون التسجيل، معدل ومتمم.

(3) المادة 60 معدلة بموجب المادتان 120 ق.م لسنة 1994 و 40 من ق.م لسنة 1996، انظر المرجع نفسه: ص 22.

(4) المادة 208 معدلة بموجب المواد 124 ق.م لسنة 1984، 22 من ق.م لسنة 1990، 33 من ق.م لسنة 1994 و 49 من ق.م لسنة 1996، انظر المرجع نفسه: ص 52.

ثانيا: إجراء الشهر العقاري

يعد الشهر العقاري الإجراء النهائي لنقل حق الملكية العقارية يقوم به المحافظ العقاري المكلف بعملية الإشهار العقاري على مستوى المحافظة العقارية وبعد القيام بهذا الإجراء تكتسب الملكية عن طريقه بصورة نهائية في العقارات مع خضوع العملية لرسم الإشهار العقاري (1) وذلك ما أشارت إليه المادة 793 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: " لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير، إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار"، ويتم الشهر بعد وفاة الموصي وقبول الموصى له لها لتأكيد لها لأن برفضه لها ترد وتعد من مبطلات الوصية وذلك ما نصت عليه المادة 201 من قانون الأسرة الجزائري (2).

أولى المشرع الجزائري أهمية كبيرة لإجراء الشهر العقاري في نقل الملكية العقارية فأعطاه مساحة تشريعية خاصة من خلال المرسوم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري (3)، والأمر 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي (4).

1- مدى خضوع الوصية لإجراء الشهر العقاري

إن نطاق الشهر العقاري في التشريع الجزائري محدد بنصوص قانونية، وقرر الاحتجاج به في مواجهة الغير إلا بقيدها في البطاقات العقارية، كلما تعلق الأمر بحق عقاري، ومن هذه القوانين والنصوص التشريعية العقارية هو ما نصت عليه المادة 165 من القانون المدني على: " الإلتزام بنقل الملكية، أو أي حق عيني آخر من شأنه ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني، إذا كان محل الإلتزام شيئا معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري".

وكذا نص المادة 793 من القانون المدني المذكورة آنفاً، وقد أكد ذلك أيضاً الأمر رقم 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري من خلال أحكام المادتين 15 و 16 منه حيث لا يمكن قيد الحق في السجل العيني مجرداً عن التصرف أو السند الذي أنشأه إلا بموجب سند سواء كان ورقة رسمية أو عقداً رسمياً أو حكماً قضائياً نهائياً أو واقعة قانونية.

ولما كانت الوصية من التصرفات القانونية الغير تعاقدية التي تقوم على الإرادة المنفردة فقد تناولها المشرع الجزائري في نصوص القانون المدني في المواد من 775 إلى 777

(1) د. بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 72.

(2) تنص المادة 201 ق.أ على: " تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي أو بردها".

(3) مرسوم رقم 63-76، المؤرخ في 1976/03/25، المتضمن تأسيس السجل العقاري، ج ر، ع 3، المؤرخة في 1976/04/13، المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 210-80، المؤرخ في 1993/05/19، ج ر، ع 34، المؤرخة في 1993/05/23.

(4) أمر رقم 74-75، المؤرخ في 1975/11/12، المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج ر، ع 92، المؤرخة في 1975/11/18.

وأغفل الإشارة إلى شكل الوصية فيه ما عدا نص المادة 191 من قانون الأسرة الجزائري السابقة الذكر التي تعرضت إلى طرق إثبات الوصية.

ويتضح لنا من خلال هذا النص أن الوصية تكون بموجب سند رسمي سواء كان سندا توثيقيا أو حكما قضائيا، والسؤال المطروح: هل يجب شهر الوصية لترتيب الأثر العيني؟

بالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة نجد أن المشرع ⁽¹⁾ لا يشير إلى وجوب قيد الوصية متى كانت متعلقة بعقار أما نصوص قانون الشهر العقاري سواء الأمر رقم 74-75 وكذا المراسيم التنفيذية له لا تشير صراحة إلى ذلك، كما أن نص المادة 16 من الأمر 75-74 يشير إلى العقود والاتفاقيات ولا تتناول الوصية حيث أن الوصية تعتبر من التصرفات وليس من العقود، كما أضاف المشرع الجزائري حكما آخر في نص المادة 15 من نفس القانون وهو أن نقل الملكية يكون بالوفاة وهذا استثناء من قاعدة نظام الشهر العقاري العيني، ومادام كذلك فإن الملكية تنتقل بالوفاة ولا حاجة للشهر، كون الشهر يحرم الموصي من حق الرجوع على وصيته ولكن في حالة وفاة الموصي وأراد الموصي له التصرف في العقار الذي انتقلت إليه ملكيته توجب عليه إجراء القيد بعد الحصول على الشهادة التوثيقية وفقا للمادتين 39 و62 من المرسوم رقم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

كما نصت الفقرة الأولى من المادة 91 من ذات المرسوم على أنه: " كل انتقال أو إنشاء أو انقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة ضمن الآجال المحددة في المادة 99 يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة "، فنص المادة يشير إلى شروط القيد في البطاقات العقارية حيث يشترط الشهادة الموثقة، أما الحقوق الموصى بها تنتقل أو تنشأ أو تنقضي بمناسبة الوفاة لا بسببها، فالوفاة هي الواقعة القانونية التي تنشأ الحق في الميراث، أما الحقوق الموصى بها تنشأ بموجب تصرف قانوني ينشأ صحيحا ولا يكون نافذا إلا بعد الوفاة.

وهو ما أكدته نص المادة 39 من المرسوم 76-63 المتضمن تأسيس السجل العقاري حيث تنص على أنه: " عندما يتم إشهار شهادة موثقة بعد الوفاة تثبت الانتقال المشاع للأموال باسم مختلف الورثة أو الموصى لهم، فإنه يؤشر على بطاقة العقار بأسماء جميع المالكين على الشياخ وبالحصص التي تعود لكل واحد منهم عندما يكون ذلك مبينا في الشهادة ".

وعليه فإن الإجراءات اللاحقة لعقد إيداع الوصية لا تعد ناقلة للملكية، لأن الملكية تثبت للموصى له منذ وفاة الموصي، باعتبار الوصية من طرق انتقال الملكية بسبب الوفاة كما سبق الذكر، فيما يتعلق بآجال شهر الوصية ⁽²⁾ ولما كانت الأخيرة توجب المادة 39 من المرسوم 76-63 شهرها في الشهادة التوثيقية فإن الآجال التي تحكم شهر الوصية هي نفسها التي تحكم الشهادة التوثيقية التي نصت عليها المادة 99 من نفس المرسوم حيث تفرض المادة

(1) نوال بن نوي، موثقة، مسجلة لنيل شهادة الدكتوراه، إجراءات تثبيت الملكية بالوصية في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للقانون والعدالة، ص 46.

(2) زازون أكلي، التوثيق وإجراءات كتابة العقد بين الشريعة والقانون الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق (القانون الخاص)، جامعة الجزائر-1، كلية الحقوق، 2015، ص 270.

بعد تعديلها بموجب المادة 31 من قانون المالية لسنة 1999 وجوب شهر الشهادة التوثيقية في ظرف ثلاثة (03) أشهر من تاريخ إصدارها من طرف الموثق وتمتد هذه المدة في حق من كان مقيما خارج الجزائر إلى خمسة (05) أشهر ويتحمل الموصي لهم المسؤولية المدنية في حالة تصرفهم في العقارات المنتقلة إليهم بالوصية ما أحدثت هذه التصرفات ضررا للغير وذلك مالم يشهر الموصي لهم حقه الجديد لأكثر من ستة (06) أشهر فإن تقاعس الورثة والموصي لهم عن شهر الحقوق العقارية المنتقلة إليهم لأكثر من ستة أشهر من تاريخ الوفاة، وصدرت منهم تصرفات على هذه العقارات فإن مسؤوليتهم المدنية تكون قائمة ما أضرت هذه التصرفات بالغير.

ونشير إلى أن الوصية تشهر في مكتب المحافظة العقارية المتواجد ضمن اختصاصها الإقليمي العقاري المعني.

2- موقف القضاء من الوصايا غير المشهرة

لقد أصدرت المحكمة العليا عدة قرارات تتعلق بعدم وجوب شهر الوصية في حياة الموصي فالوصية ولو كانت غير مشهرة تحقق أثرها بالنسبة للإلتزامات الشخصية بين ذوي الشأن وإمكانية إستغلال الموصي له للجزء الذي يحوزه بموجب الوصية مادامت ثابتة أي بمجرد تحريرها أمام الموثق وفقا لنص المادة 191 من قانون الأسرة الجزائري فالوصية بمجرد تحريرها أمام الموثق تكون صحيحة دون أن تتعرض للإشهار فذلك لأنها تصرف يضاف إلى ما بعد الموت والقول بخلاف ذلك يتنافى مع طبيعة الوصية وبالتالي فإن الشهر يكون واجبا لنقل الملكية بعد الوفاة وهذا طبقا للمادة 16 من الأمر 74/75 المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، لأنه يمكن للموصي الرجوع عنه قبل وفاته.

القرار: المؤرخ في 2010/12/09 ⁽¹⁾، المؤرخ في 2011/07/14 ⁽²⁾، المؤرخ في 2017/01/04 ⁽³⁾.

(1) قرار م ع، غ أ ش، رقم 581896، المؤرخ في 2010/12/09، م ق 2012، ع 1، ص ص (276، 279).
(2) قرار م ع، غ أ ش، رقم 665688، المؤرخ في 2011/07/14، م م ع، ع 2، 2011، ص ص (172، 174).
(3) قرار م ع غ أ ش، رقم 1043542، مؤرخ في 2017/01/04، م م ع، ع 1، 2017، ص 175.

الفصل الثاني

أحكام الوصية

الوصية تشريع قديم قضى على العديد من حالات الاعتداء على الأموال بعد موت أصحابها.

فالوصية متعارف عليها فقها وشرعا منذ القدم لكن ظهر أمر جديد متفرع عن الوصية وهي الوصية الواجبة وما يصطلح عليها في قانون الأسرة الجزائري بتنزيل وذلك لأنه قد يموت شخص في حياة أبيه أو أمه فيحرم ذريته من الميراث الذي كان سيستحقه لو عاش إلى وفاة والده بسبب وجود من يحجبهم من الميراث، وبذلك يصيروا أولاده في فقر مدقع مع أن أعمامهم يكونوا في سعة من العيش، وقد يكون المال الذي خلفه الجد من صنع الولد المتوفي أو قد يكون ساهم في تنميته بنصيب ملحوظ، ولا ذنب لأولاده في الحرمان من هذا المال إلا موت أبيهم المبكر فيجتمع عليهم ذل الحاجة وفقد الوالد.

وفي هذا الفصل سنتناول في المبحث الأول التصرفات الملحقة بالوصية، أما في المبحث الثاني سنتطرق إلى الوصية الواجبة (التنزيل).

المبحث الأول: التصرفات الواردة على المريض مرض الموت

من خلال هذا المبحث نبين التصرفات الواردة في التقنين المدني (المطلب الأول) التصرفات الواردة في تقنين الأسرة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التصرفات الواردة في التقنين المدني

للتفصيل أكثر قسمنا هذا المطلب إلى فرعين الهبة في مرض الموت (الفرع الأول) تصرفات المورث لأحد ورثته مع الاحتفاظ بالحياة والانتفاع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الهبة في مرض الموت

1-تعريف مرض الموت

ورد في القانون المدني الجزائري المادة 1/776 التي نصت على أن: " التصرف يصدر من شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع، يعتبر مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف ".

حسب بعض الفقهاء فإن مرض الموت هو مرض يتصل به الموت مع غلبة الهلاك فيه (1).

وبهذا فإنه يشترط لتكون بصدد حالة مرض الموت مايلي:

*أن يكون المرض بحسب طبيعته من الأمراض التي يغلب فيه الظن بتحقيق الهلاك لامحالة (2)

يتم تشخيص هذا عن طريق أهل الاختصاص والخبرة في مجال الطب.

* أن يتصل به الموت

يعني هذا أن تكون الوفاة بسبب مرض الموت أي أنه في حالة ما شفي المريض من الأمراض التي تصنف على أنها مرض الموت ثم أصيب بمرض ثاني اعقبته الوفاة وكان قد أبرم تصرفا قانونيا أثناء مرضه الثاني، أي أنه لم يكن في الوقت الذي كان مصابا فيه بمرض الموت ومن ثم مات فهذا التصرف لا يكون ملحقا بالوصية ولا يسري عليه حكمها (3).

*أن يقعد المريض عن التماس مصالحه المألوفة وقضائها كما يقوم بها الأصحاء

فحسب فقهاء الشريعة الإسلامية يشترط أن يقعد المريض عن صلاته ويحول بينه وبين المشي، بحيث يبقى ملازما فراشه فلا يقدر على قضاء حاجاته مثل الأصحاء.

(1) نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 8.

(2) د. محمد أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، دار الفكر العربي للنشر والتوزيع، مصر، 1963، ص 7.

(3) خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001 ص 246.

2-موقف القانون المدني من الهبة في مرض الموت

نصت المادة 776 من القانون المدني على أن: " كل تصرف قانوني يصدر عن الشخص في مرض موته بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا الى ما بعد الموت وتسري عليه احكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف "

نستنبط من المادة السابقة أن التصرفات التي تكون متزامنة لمرض الموت تأخذ حكم الوصية فالهبة في مرض الموت ليست هبة بل تأخذ حكم الوصية.

3-موقف القضاء من الهبة في مرض الموت

حسب القرار الذي جاءت به المحكمة العليا الذي يحمل الرقم 229397 المؤرخ في 2002/04/24 حيث نص مبدأه على ما يلي: "أن القضاء بإبطال عقد هبة في مرض الموت دون مراعاة المبدأ القانوني الذي يقرر بأن الهبة في مرض الموت تعتبر وصية ويستفيد منها الموهوب له في حدود ما يسمح بذلك " (1).

وبالتالي فإن الهبة في مرض الموت تأخذ حكم الوصية مضافة إلى ما بعد الموت، فهي تنفذ في حدود الثلث وما فوق ذلك يكون موقوف بإجازة الورثة. ومن هذا القرار فإننا نستنتج أن المحكمة العليا ايدت ولم تخالف ما جاء في المادة 776 من القانون المدني.

الفرع الثاني: تصرفات المورث لأحد ورثته مع الاحتفاظ بالحياة والانتفاع

نص المشرع الجزائري في المادة 777 من القانون المدني على أنه: " يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص للأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حياة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته مالم يكن هناك دليل يخالف ذلك". من خلال هاته المادة وضح المشرع أن تصرف المورث لأحد ورثته واحتفاظه بالحياة والانتفاع يأخذ حكم الوصية وبين أيضا شروطه لكي يأخذ حكم الوصية.

ويعتبر هذا التصرف الذي يكون من طرف المورث لفائدة أحد ورثته وصية مستترة وهذا يجعل الوارث في كنزلة الموصى له لا في منزلة المشتري باعتباره لم يحز العين الموصى بها ولم ينتفع إلا عند وفاة المورث.

هذا التصرف له ثلاث شروط تتمثل في:

1-أن يكون التصرف صادرا لأحد الورثة

يصدر هذا التصرف من طرف المورث لفائدة شخص يحمل صفة الوارث والتي تحدد هذه الأخيرة بوقت وفاة المورث لا بوقت انعقاد التصرف ولو لم يكن وقت التصرف وارثا ولا يعتبر وارثا من لم يعد كذلك وقت الوفاة ولو كان وارثا وقت التصرف.

(1) قرار م ع، غ أ ش، رقم 229397، مؤرخ في 2002/04/24، م ق، ع 2، 2002، ص 387.

2- أن يحتفظ المتصرف بحيازة العين التي تم التصرف فيها

لتحقيق هذا الشرط يكفي وضع اليد على الشيء المتصرف فيه من قبل المورث المتصرف

3- أن يحتفظ المتصرف بحيازة العين التي تم التصرف فيها

يجب أن يحتفظ المورث بحقه في الانتفاع بالعين المتصرف فيها لورثة مدى حياته حتى يأخذ التصرف حكم الوصية سواء كان حق الانتفاع حقا عينيا أو حقا شخصيا.

موقف القضاء

أصدرت المحكمة العليا قرار بتاريخ 1990/03/05 جاء فيه ما يلي: "من المقرر قانونا أنه يعتبر التصرف وصية ويجري عليها أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريق ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته مالم يكن هناك دليل يخالف ذلك " (1).

نستنتج من هذا القرار فإن المحكمة العليا أخذت بقرينة المادة 777 من القانون المدني، وكتأكيد لمبدأ القرار السابق فإن المحكمة العليا أصدرت قرار آخر بتاريخ 1991/05/28 (2).

وقد قضت المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1990/03/05: "... واشترط الواهب على الموهوب لها بأن تبقى الأموال الموهوبة بحيازته وتحت إدارته وتصرفه إلى ما بعد مماته، وبما أن الطاعنة لم تثبت عكس ما جاء في العقد لا من حيث علاقتها بالواهب، أو من حيث التدليل على حيازتها الفعلية والمادية للشيء الموهوب إبان حياة الواهب وعلى ذلك لا يعتبر ما قضى به المجلس خرقا للقانون ... وإن قضاة المجلس لما قضوا ببطلان وعدم تنفيذ التصرف طبقوا الشريعة الإسلامية أحسن تطبيق " (3).

و عليه فإذا أثبت من تصرف له المورث عكس القرينة القانونية على النحو الذي سبق بيانه فإن التصرف لا يعتبر وصية ولا تسري عليه أحكامها، بل يبقى تصرفا منجزا بيعا أو هبة أو غيرهما، وتسري عليه الأحكام الخاصة بكل تصرف، أما إذا لم يتمكن المتصرف إليه من إثبات العكس تسري على التصرف أحكام الوصية ومن ثم لا تنفذ في حق الورثة إلا بإجازتها - باعتبارها وصية لو ارث - و يمكن للموصي هنا (المتصرف) أن يرجع عنها في حال حياته و بالتالي تسقط بالعدول عنها، كما أنها تسقط بموت الموصي له قبل موت الموصي (4) وهذا طبقا للمادتين 192 و 201 من قانون الأسرة.

(1) قرار م ع، غ أ ش، رقم 59240، المؤرخ في 1990/03/05، م ق، 1992، ع 3، ص 57.

(2) قرار م ع، غ أ ش، المؤرخ في 1991/05/28، رقم 59240، م ق، 1993، ع 2، ص 28.

(3) قرار م ع، غ أ ش، رقم 59240، المؤرخ في 1990/03/05، م ق، 1993، ع 3، ص 62.

(4) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، المجلد التاسع، لبنان، 1986، ص

المطلب الثاني: التصرفات الواردة في تقنين الأسرة

للتفصيل أكثر قسمنا هذا المطلب إلى فرعين الهبة للولد المكفول في قانون الأسرة الجزائري (الفرع الأول) الهبة في مرض الموت حسب قانون الأسرة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الهبة للولد المكفول في قانون الأسرة الجزائري

1-تعريف الولد المكفول

أورد المشرع الجزائري تعريفا للكفالة دون أن يعطي تعريفا للولد المكفول وذلك من خلال المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على ما يلي: " الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر، من نفقة وتربية ورعاية، قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي " ولا يفرق في الكفالة بين الرجل والمرأة (1).

أما المادة 119 من قانون الأسرة فقد تناولت ونصت على أن الولد المكفول إما يكون معلوم النسب أو مجهول النسب.

2-الهبة للولد المكفول

نصت المادة 123 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث، وأن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك، بطل ما زاد عن الثلث إلا إذا أجازته الورثة".

نستنبط من هذه المادة أن الهبة للولد المكفول تأخذ حكم الوصية وبالتالي فهي صحيحة في حدود الثلث، أما ما يزيد عن الثلث فيتوقف على إجازة الورثة (2).

فالمشرع في هذه المادة نص على أن التبرع والايصاء كلاهما يأخذان حكم الوصية، إضافة إلى ذلك، يمكن للكافل أن يتبرع للمكفول بماله، غير أنه أخضع ذلك التبرع لحكم الوصية، ومع أن عقد التبرع من العقود المدنية التي تتضمن إلى جانبه عقد الوصية والهبة والوقف لكن كان على المشرع إيضاح المعنى أكثر، لأن معنى التبرع الوارد في القانون المدني يختلف عن معناه في قانون الأسرة، كون التبرع فيها في مايفيد الهبة والوصية يشتركان في فكرة إخراج المال أو حق عيني أو منفعة من ذمة المكفول دون عوض، وقد تم إخضاع الهبة لأحكام الوصية. ويستخلص مما سبق، أن الكافل يمكنه أن يتبرع للمكفول حسب ما تضمنته المادة 123 السالفة الذكر.

(1) الغوثي بن مالحه، القانون على ضوء الفقه والقضاء، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ص 169.

(2) علال آمال، التبني والكفالة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2009، ص 31.

الفرع الثاني: الهبة في مرض الموت حسب قانون الأسرة

نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة في المادة 204 من قانون الأسرة التي نصت على أن: "الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية" نستنتج منها أن الواهب إذا تصرف في أمواله بأن وهب جزءا منها أو كلها وهو في مرض الموت أو في حالة من الحالات المخيفة فإن تصرفه يأخذ حكم الوصية، بالتالي يطبق عليه أحكام المادة 185 من نفس القانون حيث يكون في حدود الثلث وما زاد عن الثلث يكون تحت إجازة الورثة.

فأي تبرع يصدر في مرض الموت يتقيد بقيود الوصية، وعليه إذا جاوز تبرعه الثلث لا يكون باطلا ولا يكون قابلا للإبطال، بل يكون فيما تجاوز ثلث التركة غير نافذ في حق الورثة (1).

(1) محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائرية مقارنة بأحكام الشريعة والقانون المقارن، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2003، ص 124.

الفرع الثالث: موقف القضاء

تعتبر الوصية تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت وتحكمه أحكام الوصية مهما كانت التسمية التي يطلقها المتعاقدان على التصرف، فغاية المشرع ردع التحايل على أحكام الوصية بأن يعتمد المورث في ستر هبته في شكل تصرف منجز، فالمادة 204 من قانون الأسرة الجزائري إعتبرت أن الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية، فهذا التصرف يأخذ حكم الوصية، وأن الهبة لما بعد الموت تكون باطلة لأنها لا تنفذ إلا بموت الواهب، وتأخذ حكم الوصية⁽¹⁾.

وبالرجوع الى قرارات المحكمة العليا من بين القرارات قرار م ع ، غ أ ش، رقم 96675 ، المؤرخ في 1993/11/23 ، قرار م ع ، غ أ ش، رقم 197335 ، المؤرخ في 1998/06/16 ، قرار م ع ، غ أ ش، رقم 219901 المنشورين بمجلة الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص⁽²⁾ . المتعلقة بالتصرفات في مرض الموت فإن العديد منها يشير الى وقوع التصرف في مرض الموت دون اعطاء تعريف دقيق له باستثناء بعض القرارات كالقرار الصادر بتاريخ 09/07/1984 حيث قضت أنه: " من المقرر فقها و قضاء أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا و يجر إلى الموت و به يفقد المتصرف وعيه و تمييزه " يأخذ على هذا التعريف أنه يخرج عن الإيطار الذي رسمه فقهاء الشريعة الاسلامية لمرض الموت بكونه لا يآثر على أهلية المريض و تمييزه ، لكن المحكمة العليا بقيت متمسكة في قرارها السابق ذكره من خلال اصدارها لقرار آخر بتاريخ 27/10/1992⁽³⁾ و التي اعتبرت فيه أن مريض مرض الموت غير سليم العقل حيث جاء فيه: " تعتبر الهبة في مرض الموت و الحالات المخيفة وصية لأنه يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل وقت إبرام أو تحرير الهبة. وأن إبطال الهبة المحررة بواسطة الوكيل في مرض الموت هو تطبيق سليم للقانون لعدم تحقيق ما تقتضيه أحكام المادتين 203 و 204 من قانون الأسرة ". وأكدت المحكمة العليا مضمون قرارها هذا من خلال قرارها المؤرخ في 21/02/2001⁽⁴⁾.

(1) زروق عبد الرؤوف، حموش محمد، حماية الورثة من الوصية المستترة في القانون الجزائري، المرجع الإلكتروني للمعلوماتي، 2019/04/21، 12:02.

(2) المرجع نفسه.

(3) قرار م ع ، غ أ ش، رقم 33719، المؤرخ في 1984/07/09، م ق، 1989، ع3، ص 52.

(4) قرار م ع ، غ أ ش، رقم 256869، المؤرخ في 2001/02/21، م ق، 2002، ع2، ص 428.

المطلب الثالث: انقضاء الوصية

حتى تنقضي الوصية لابد أن تنقضي بسبب من الأسباب يتعلق أحد أطرافها وعليه نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع انقضاء الوصية من طرف الموصي (الفرع الأول) انقضاء الوصية من طرف الموصى له (الفرع الثاني) انقضاء الوصية من طرف الموصى به (الفرع الثالث).

الفرع الأول: انقضاء الوصية من طرف الموصي

الموصي هو من أنشأ الوصية فهي نتاج إرادته يصدرها اختيارا في الوصية المعتادة وتصدر عنه.

لهذا تتوفر شروط معينة في الموصي نصت عليها المادة 186 من قانون الأسرة الجزائري.

1- البلوغ والأهلية

اجتمع الفقهاء على اشتراط البلوغ في الوصية فقد أجاز المالكية والحنابلة وصية الصبي المميز لأنهم اتخذوا سيدنا عمر رضي الله عنه كحجة عندما أجاز وصية الصبي الذي كان في عمره عشر سنوات وكانت الوصية لأخواله ولا ضرر على الصبي وجوازها لأن المال يبقى تحت تصرفه وملكه مدى حياته وله الرجوع فيها⁽¹⁾.

أما المشرع الجزائري فقد اشترط أن يكون الموصي بالغاً ويتمتع بالأهلية وسلامة العقل عند انشاء الوصية وذلك من خلال المادة 186 من قانون الأسرة التي نصت على أنه: "يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل بالغاً من العمر تسعة عشر سنة 19 على الأقل". وباختلال هاته الشروط فإن الوصية تنقضي من طرف الموصي بقوة القانون.

1- رجوع الموصي عن وصيته

الرجوع عن الوصية يكون إما بالقول الصريح أو بالفعل، وبكل تصرف يدل على الرجوع أو يثبت عنه⁽²⁾.

أ- الرجوع الصريح

هو قول الموصي مثلاً رجعت في وصيتي أو قد أبطلتها فالوصي له الحق في العدول عن وصيته وقت ما أراد.

نص المشرع الجزائري عن الرجوع الصريح كطريق سلكه الموصي للرجوع في وصيته قيد حياته في المادة 192 من قانون الأسرة والتي نصت على أنه: "يجوز الرجوع في الوصية صراحة.... فالرجوع الصريح يكون بوسائل اثباتها".

(1) د. وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الاسلامي والقضايا المعاصرة، ط2، دار الفقه الإسلامي، ج9، 1985، ص 34.
(2) أحمد فرج حسين، أحكام الوصية والأوقاف في الشريعة الإسلامية، دار الجمعة للنشر والتوزيع، مصر، 2005، ص 238.

نستنبط من مضمون هذه المادة أن المشرع الجزائري خول الموصى ممارسة حقه في الرجوع مطلقا لكنه قيده في حالة ما إذا رجع بإتباع الإجراءات الواجب إتباعها أثناء إبرام الوصية والمتعلقة بشكلها (1).

ب-الرجوع الضمني

يتحقق هذا الرجوع بكل تصرف مادي في محل الوصية أي الشيء الموصى به الذي يصدر عن الموصى بعد إبرامه للوصية وهذا يعتبر رجوعا وعدولا للموصى عن وصيته وهذا حسب المادة 192 من قانون الأسرة التي نصت على أنه: "يجوز الرجوع عن الوصية صراحة أو ضمناوالضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها " (2).

(1) أ. شيخ نسيم، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص ص (228-229).

(2) أ. شيخ نسيم، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ص (228-230).

الفرع الثاني: انقضاء الوصية من طرف الموصى له

الموصى له هو من يستحق للوصية، سواء استفادة ملكية رقبة أو ملكية منفعة أو هما معا.

والموصى له قد يكون موجودا كالإنسان الحي، وقد يكون على الوجود كالوصية، وكذلك الموصى له هو من صدرت الوصية لصالحه، سواء كان الموصى له شخصا طبيعيا أو شخصية معنوية.

1-موت الموصى له قبل الموصي

نصت المادة 201 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " الوصية تبطل بموت الموصى له قبل الموصي..."، فالوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت وبوفاة الموصى له قبل الموصى فالوصية تصبح باطلة (1).

بهذا فإن وفاة الموصى له من أسباب انقضاء الوصية، فموت الموصى له قبل الموصى يجعل الأول بموته غير قابل للتمليك فلا يصح صرفه لغيره وكذلك إذا مات بعد موت الموصي وقبل ابتداء الانتفاع في الوصية بالمنفعة (2).

2-رد الوصية

نص المشرع الجزائري في المادة 201 من قانون الأسرة على أنه: " تبطل الوصية.....بردها" فرد الموصى له للوصية يعتبر مبطلا لها لكن بشرط أن يكون الرد بعد وفاة الموصي (3).

أما رد الموصى له الوصية قبل موت الموصي فيعتبر الرد لم يكن ولا عبرة به وهذا ما اتفق جمهور الفقهاء، هذا لأن الوصية لم تقع بعد ولا حق للموصى له في حياة الموصي فلا يصح ردها وبالتالي يجوز للموصى له أن يقبل الوصية مجددا بعد وفاة الموصي (4).

أما عند تعدد الموصى لهم في وصية واحدة وقبل بعضهم الوصية وردها البعض الآخر نفدت الوصية في حق من قبلها فقط، حسب المادة 198 من قانون الأسرة التي نصت على أن: " إذا مات الموصى له قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الرد" بمعنى أنه إذا توفي الموصى له قبل رد الوصية انتقل حقه في الرد إلى ورثته.

(1) حمدي باشا عمر، عقود التبرعات: الهبة، الوصية، الوقف، مرجع سابق، ص 47.

(2) محمد كمال الدين إمام، الوصية والوقف في الاسلام (مقاصد وقواعد)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999، ص 122.

(3) محمد علي محمود يحي، أحكام الوصية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 164.

(4) أ.شيخ نسيم، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 241.

والقانون الجزائري مما سبق نجد أنه خول للموصي له حق القبول والرد شريطة أن يكون بعد وفاة الموصي حتى يصبح هذا القبول أو الرد له أثر قانوني لما بعد الموت وتبقى صحيحة يجب بقاء الملك للموصي كما أوصى به فإن زال بملكه قبل موته بطلت الوصية لعدم صلاحية محلها في هذه الحالة (1).

وبهذا نجد أن بقاء الوصية مرتبط بعدم زوال ملك لموصي فمن يرى أن ملك المقدم بالردة يحكم ببطلان الوصية ومن يرى أنه لا يزول بها بعدم بطلانها (2).

والمشرع الجزائري لم يتطرق لموضوع الردة ولكن تركها على اختلاف الدين فالمادة 200 من قانون الاسرة نصت على أنه " تصح الوصية مع اختلاف الدين".

3- قتل الموصي له للموصي

نص المشرع الجزائري في المادة 182 من قانون الأسرة التي مفادها أنه لا يستحق الوصية كل من قتل عمداً، وهذا ما اشترطه في المادة 283 من نفس القانون ألا يكون الموصي له قاتلاً عمداً للموصي إلا أوصى من جديد (3).

بهذا استنبطنا أن القتل من مبطلات الوصية فالقاتل يحرم من الوصية قياساً على أحكام الميراث لكن يشترط أن يكون القتل عمداً (4) ولا يفرق بين الفاعل الأصلي للجريمة أو الشريك فكلاهما يحرم من الوصية.

4- تعذر وجود جهة الموصي له (5)

إذا تعذر وجود الجهة الموصي لها فإنها تبطل الوصية.

5- أن يكون الموصي له أهلاً للملك

لا تصح الوصية لمن ليس أهلاً للملك فمن أوصى لحيوان مثلاً، بطلت وصيته على أساس أن الموصي له غير قابل للملك.

المشرع الجزائري لم يتعرض لهذا الشرط في قانون الأسرة لكن هذا لا يعني إجازة الوصية لمن ليس أهلاً للملك والاستحقاق، ذلك أنه وباتفاق الفقهاء يشترط لصحة الوصية.

(1) أ.شيخ نسيم، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 244.
(2) محمد كمال الدين إمام، الوصية والوقف في الإسلام (مقاصد وقواعد)، مرجع سابق، ص 124.
(3) أ.شيخ نسيم، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 35.
(4) حمدي باشا عمر، عقود التبرعات: الهبة، الوصية، الوقف، مرجع سابق، ص 53.
(5) محمد كمال الدين إمام، الوصية والوقف في الإسلام (مقاصد وقواعد)، مرجع سابق، ص 122.

أن يكون الموصى له أهلا للتملك والاستحقاق ومن ثم لا تصح الوصية لمن ليس أهلا للتمليك (1).

6. أن يكون الموصى له جهة معصية

قد تكون الجهة الموصى لها غير محرمة في ذاتها لكن الباعث على الوصية محرم ومنافي لمقاصد الشريعة الإسلامية ومثال ذلك: أن يوصي شخص لعشيقة بمال حتى تبقى على علاقتها المحرمة بها، ففي هذه الحالة تكون الوصية تمليكها لمن هو أهلا للتملك ولكن الباعث عليها غير مشروع ومن ثم لا تنقضي هاته الوصية وفقا للمادتين 98/97 من القانون المدني الجزائري (2).

الفرع الثالث: انقضاء الوصية من طرف الموصى به

الموصى به هو محل الوصية، يظهر حكما فيه، وتحقق مقاصدها به حيال الموصى له، وقد يعبر عنه بمتعلق الوصية، والموصى به قد يكون مالا دعما كالمنافع (3).
لنفاذ الوصية في الموصى به أربعة شروط:

1- أن يكون الموصى به مالا قابلا للتمليك وللتوارث

يشترط لنفاذ الوصية أن يكون الموصى به الناقلة للملكية كالبيع والهبة وغيرها حال الحياة الموصى لان الوصية تمليك وما لا يقبل التمليك لا تنشأ به الوصية، بهذا فإننا نستنبط من هذا مالم يجز فيه الإرث ومالم يصلح للتعاقد عليه قيد حياة الموصي لا تصح الوصية به بالوظائف العامة أو بالأموال العامة والخاصة بالدولة أو بالأموال المباحة لأحد من الأشخاص بأي عقد من العقود المنظمة في القانون، وغيرها من الحقوق الشخصية والمهنية المحضة (4).

فالمشرع الجزائري نص على هذا الشرط في المادة 190 من قانون الأسرة التي نصت على ما يلي: " أن يوصى بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكية قبل موته عينا أو منفعة".

من خلال هذه المادة نجد أن كل ما يصح تملكه من الأموال المباحة عينا كانت أو منفعة محلا للوصية فالوصية تصح بكل ما يدخل في ملك الموصي من حقوق وأموال قابلة للتداول والانتقال بالطرق المحددة حسب المشرع وذلك باستثناء كامل الاجراءات اللازمة لنقل ملكيتها سواء كانت الاموال منقولة أم عقارات أم غيرها، يحوزها الموصي حقيقة أو حكما، او حتى حقوق أدبية كالملكية الفكرية أو كانت منافع لمدة محددة أم دائمة كزراعة الارض والابراء من الدين وغيرها (5).

(1) د. وهبة الزحيلي، الوصايا والوقف في الفقه الاسلامي، ط2، دار الفكر، سوريا، 1993، ص 35.

(2) أ. شيخ نسيم، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص (206 ، 207).

(3) محمد كمال الدين إمام، الوصية والوقف في الاسلام مقاصد وقواعد، مرجع سابق، ص 55.

(4) أ. شيخ نسيم، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 213.

(5) المرجع نفسه: ص ص (213-214).

لكن المنافع تعد مما لا يجري فيه الارث كون العقود الواردة عليها تنتهي بموت أحد المتعاقدين، ومع ذلك يجوز أن تكون محلا للوصية وهذا حسب ما جاء به المشرع في المادة 196 من قانون الأسرة التي نصت على أنه: " الوصية بالمنفعة لمدة غير محددة تنتهي بوفاة الموصى له " .

2- أن يكون المال متقوما وقابل للتمليك

معنى قابل للتمليك هو أن يكون الموصى به مما يجوز تملكه بعقد من عقود الملكية مثل عقد بيع أو هبة، لأن الوصية تمليك وما لا تمليك عليه لا تنعقد الوصية به، لذا لا تصح الوصية بالوظائف العامة أو بالاموال العامة وغيرها من الحقوق الشخصية والمهنية لأنها لا تورث ولا تصح لأن تكون محلا لتعاقد الموصي حال حياته (1).

لا تصح الوصية أيضا بمال غير متقوم كالخمر فإنها وإن كانت مالا حتى تورث، لكنها غير متقومة في حق المسلم وبناء على هذا الشرط لا يصح لمسلم أن يوصي بخمر ولو لمسيحي أو يهودي فوصيته بها تكون باطلة، لأنها لمال غير متقوم ويصح لغير المسلم أن يوصي بالخمر لمثله، لأنها مال متقوم في حقه ولا يصح له أن يوصي بها لمسلم، إذ لا يجوز أن يملك الخمر عن قصد (2).

3- ألا يزيد الموصى به عن ثلث التركة

نصت المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: " تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد يتوقف على إجازة الورثة " وهناك عدة شروط يجب أن تتوفر في الورثة الذين يقومون بهاته الإجازة وهي: العقل، البلوغ والأهلية، فإذا كان كل الورثة أو بعضهم مجنونين أو قاصرين أو محجور عليهم لسفه أو غفلة، كانت هاته الإجازة باطلة والجزء الزائد عن الثلث باطلا، أما وقت الإجازة فيكون بعد وفاة الموصي لأن به يستحق الورثة التركة.

4- ألا يكون مستغرق بدين

يعتبر هذا الشرط من شروط نفاذ الوصية فان كان الوصي مدينا بدين مستغرقا لكل تركته، منع الوصية حفظا لحق الدائنين لأن الدين مقدم عن الوصية فإذا أسقط الدائنون دينهم عنه أو أجازوا الوصية نفذت الوصية فان كان الدين غير مستغرق التركة منع من الوصية في حدود دينهم وأبيح لهم الوصية فيما ردا عن دينهم (3).

(1) حمدي باشا عمر، عقود التبرعات: الهبة، الوصية، الوقف، مرجع سابق، ص 55.

(2) أحمد فرج حسين، أحكام الوصية والأوقاف في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 212.

(3) أحمد الحجي الكردي، الأحوال الشخصية، النيابة الشرعية، الوصية والوقف والتركات، منشورات حلب، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، ط 10، ص 147.

5- أن يكون الموصى به موجودا ومملوكا للموصي عند الوصية

حسب المادة 190 من قانون الأسرة الجزائري فإن المشرع أوجب أن يكون الموصى به موجودا وقت إبرام الوصية إذا كان عينا معينة بالذات وإلا فلا يشترط ذلك.

إذا كان محل الوصية شيئا معيناً بالذات كمن يوصي شخص بسيارته فيجب أن تكون في ملكه عند انشاء الوصية إذا لا تصح الوصية بملك الغير حتى لو تملك الموصي السيارة. أما إذا كان الشيء الموصى به غير معين بذاته كمن أوصى بجزء شائع من المال بعضه أو كله فيشترط وجوده عند الوفاة لا وقت انشاء الوصية.

هذا ولا تصح الوصية التي يكون فيها الموصى به مستحيل التحقق أو غير موجود لانعدام المحل كمن يوصي بداره الموجودة في مدينة كذا ليتضح فيما بعد عدم وجود هذه الدار⁽¹⁾.

(1) أ.شيخ نسيم، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 215.

المبحث الثاني: الوصية الواجبة التنزيل

أخذ بها المشرع الجزائري لكن تحت مصطلح " التنزيل " وخصص له الفصل السابع من الكتاب الثالث في قانون الأسرة الجزائري وفي هذا المبحث سنقسم العمل إلى مطلبين تعريف التنزيل وأحكامه وضوابطه (المطلب الأول) ثم الجانب التطبيقي للتنزيل (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف التنزيل وأحكامه وضوابطه

الوصية الواجبة " التنزيل " لها معاني وتعريفات عديدة سنتناول في هذا المطلب تعريفها على ضوء القانون والفقه وموقف القضاء وأصحابها.

الفرع الأول: تعريف التنزيل

1-تعريفه لغويا

من نزل، النزل: الحلول، وقد نزل عليهم بهم ينزل نزولا ومنزلا: حل ونزله تنزيلا، وأنزله إنزالا ومنزلا، كمجمل واستنزله.
والمنزلة: موضع النزول والدرجة ولا تجمع (1).
وأنزله غيره واستنزله بمعنى، ونزله تنزيلا، والتنزيل أيضا: الترتيب.
والنزل: النزول في مهلة.
ونزل من علو إلى سفلى: انحدر (2).
والتنزيل: الضيف والنزل، ما هيئ للضيف إذا نزل عليه، ويقال: أن فلانا لحسن النزل والنزل أي الضيافة، والجمع والانزال.
والمنزل: الإنزال، تقول: أنزلني منزلا مباركا.
والمنزلة: الرتبة، لا تجمع، واستنزل فلانا أي حط عن مرتبته والمنزل: الدرجة.
والنزل: المكان الصلب السريع السيل، وأرض نزلة: تسيل من أدنى مطر.
والنزل: المطر، ومكان النزل: صلب شديد وقال عمرو: مكان نزل واسع بعيد (3).

2-حسب الفقه

عرف المالكية الوصية الواجبة أو ما يصطلح عليها بالتنزيل بأنها " عقد يوجب حقا في ثلث المال ...أو يوجب نيابة عنه بعد موته " (4)، أما حسب يوسف غزال فهي إثبات حق بالإرث لمن مات من الأولاد في حياة أبيه أو أمه ونقل حصته إلى أولاده من بعده (5).

(1) مجد الدين بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2004، مادة نزل.
(2) أبي نصر اسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح، تاج اللغة وصحاح العربية، دار الحديث، القاهرة، 2009، مادة نزل.
(3) ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، مادة نزل.
(4) د. محمد الزحيلي، الفرائض والمواريث والوصايا، ط1، دار الكلم الطيب، دمشق، 2001، ص41.
(5) حسين يوسف غزال، الميراث في المذاهب الأربعة دراسة وتطبيقا، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط3، 2008، ص253.

فالتنزيل هو وصية وليس إرثا لقوله تعالى: " كُتِبَ عَلَيْكُم إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ * فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَمَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ * ".

فإن الله عز وجل جعل مسألة الميراث من أهم المواضيع و هذا لحساسية موضوع الميراث و تأثيره على الأشخاص فقد خصص آيات للميراث في القرآن الكريم لقوله تعالى: " يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ ۖ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ۖ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ ۖ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ ۚ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ ۚ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ ۚ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ۚ آبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفَعًا ۖ فَرِيضَةٌ مِنَ اللَّهِ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا " (1)، فهاته الآية فرضت الميراث (2) وعرف عن طريقها من يرث ومن لا يرث.

بحيث لم يضع التصرف فيه لأحد غيره فحدد الانصبه الخاصة بالورثة وجعلها واضحة وضوح لا يحتاج لأي تأويل أو اجتهاد التنزيل يكون لغير الورثة، وهم الحفدة عند اجتماعهم مع من يحجبهم من الورثة فالجمهور الفقهاء للمذاهب الاربعة اجتمعوا على أنه تصح الوصية لغير الوارث ونفاذها في حدود الثلث، وإن تجاوزت الثلث فلا تنفذ إلا بإجازة الورثة لأنه يكون من مالهم لا من التركة (3).

3-حسب القانون

نصت المادة 169 من قانون الأسرة على أنه: " من توفي وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة.....".

بمعنى أن التنزيل هو جعل الحفدة غير الوارثين والذين توفي آبائهم في حياة جدهم أو جدتهم أو معهم في منزلة أصلهم كما لو كان حيا (4)، وذلك لوجود من يحجبهم بحكم من القانون وفق شروط معينة.

ويمكن شرح المادة السابقة بطريقة أخرى في ثلاث نقاط:

من توفي وله أحفاد

هنا المشرع يقصد تركة الجد أو الجدة بالنسبة للأحفاد، وعبارة "أحفاد" بمعناها فرع الفرع من الأولاد أي أولاد البنات أو أولاد الذكور على حد السواء.

(1) النساء: 11

(2) دغيس أحمد، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه، الجزائر، ط2، 2010، ص 29.

(3) د. محمد الزحيلي، الفرائض والمواريث والوصايا، مرجع سابق، ص401.

(4) د. بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 61.

قد مات مورثهم قبله

هنا تاريخ وفاة الاب يكون سابق لتاريخ وفاة الجد او معه.

وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة

هنا أوجب المشرع وألزم التنزيل حيث نجد ان التنزيل هو نوع جديد من الوصايا وتأخذ صفة الوجوب لكونها موجبة من طرف القانون في مال المتوفي للفئات التي نص القانون على اعطائهم سواء أوصى لهم الميت أم لم يوصي (1).

3- حسب القضاء

أصدرت المحكمة قرارا برقم 99186 مؤرخ في 1995/05/02 نص على مايلي: ".... أنه يجب تنزيل الأحفاد صراحة من طرف الجد بإرادته واختياره، حيث أن مورث الطاعنين قد توفي قبل والده وأن الطاعنين لم يقع تنزيلهم من طرف جدهم فإن قضاة الموضوع بقضائهم بعدم احقيتهم في إرث جدهم صحيح" (2).

من خلال هذا القرار نستنتج أن التنزيل قبل صدور قانون الأسرة كان اختياريًا بحيث أنهم أن لم يتم وقوعه من طرف جدهم فلا يمكن لهم أن يحلو محل والدهم الذي توفي قبله وهذا على عكس ما هو معمول به في الوقت الحالي.

وحسب قرار آخر حامل للرقم 94685 المؤرخ في 1993/05/25 الذي جاء بما يلي: "عقد التنزيل صحيح لا يجوز مخالفته" وأنه من المستقر عليه فقها وقضاء أن التنزيل جائز شرعا وقانونا ولا يجوز مخالفته (3).

ومن جميع هاته القرارات الواردة عن المحكمة العليا فإن التنزيل حق يستفيد منه من استوفت فيه الشروط الذي وضعها المشرع ويكون بصورة تلقائية أي دون الحاجة إلى التنزيل من طرف الجد وهذا ما هو معمول به في الوقت الحالي.

(1) هشام قبلان، الوصية الواجبة في الإسلام – ما إتصل بها من أبحاث في التركات والمواريث- منشورات البحر المتوسط عويدان، ط1 بيروت، 1981، ص 64.

(2) قرار م ع، غ أش، رقم 99186، المؤرخ في 1995/05/02، م ق، 2001، ع خ، ص 321.

(3) قرار م ع، غ أش، رقم 94685، المؤرخ في 1993/05/25، م ق، ع، 1994، ص 82.

الفرع الثاني: أصحاب الوصية الواجبة

نصت المادة 169 من قانون الأسرة الجزائري على أن: " من توفي وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة بالشرائط التالية ".

حسب هذه المادة فإن أصحاب الوصية الواجبة هم الاحفاد لكن هذه الفئة بحد ذاتها كانت محل تباين واختلاف وتغيرات وذلك للاجتهادات القضائية لتفسير ونزع الغموض حول من هم هؤلاء الاحفاد؟ هل هم أبناء الظهور فقط؟ أم معهم أبناء البطون؟ بمعنى آخر هل التنزيل يشمل أولاد أبناء الذكور فقط أم أبناء البنات أيضا؟؟

1- حسب القانون

مرحلة ما قبل صدور قانون الأسرة قبل 1984

كان أهل الاختصاص السابقين في القضاء وأحوال الأسرة قبل صدور قانون الأسرة 1984 يحكمون بالشريعة الإسلامية حسب ما جاءت به المذاهب الأربعة⁽¹⁾، وكما يطلق عليهم سابقا " الغرس " بمعنى أن الجد يغرس أولاد ابنه في مكان ابنه الذي توفي فهم ينوبون عن آبائهم مع أعمامهم عند وفاة الجد في الميراث وبالتالي لا يحرمون من التركة. في هذه المرحلة لم يميز بين أبناء البطون وأبناء الظهور أي أن المشرع ساوى بين أبناء الابن وأبناء البنت في التنزيل.

لكن بشرط أن يقوم الجد بإنزالهم عن طريق هاته الوصية الواجبة قبل وفاته بحيث ينزل أحفاده لكيلا يحجبون بالأبناء اللذين يقفون في مركز أقوى وذلك لان المورث أباهم⁽²⁾. وهذا بحسب ما جاءت به آيات المواريث وتطبيقا لقواعد الحجب فالأعمام يحجبون أولاد الابن وأولاد البنت على حد السواء.

بالتالي فإن أصحاب الوصية الواجبة في هذه المرحلة هم الأحفاد بالمطلق أبناء البطون وأبناء الظهور⁽³⁾.

مرحلة ما بعد قانون الأسرة 1984

جاءت المحكمة العليا بقرار رقم 95385 بتاريخ 1994/03/22 الذي نص على أن: "... من المقرر شرعا أن التنزيل لا يتم إلا بين الأصول والفروع ويكون بتنزيل الفرع منزلة الابن المتوفي من قبل الأصل ليأخذ المنزلون نصيب المتوفي في حدود ما قرره الشرع وقننه المشرع ولا يجوز الحكم بغير ذلك"⁽⁴⁾.

(1) نسرين شويقي وكمال بوفورة ، قانون الأسرة الجزائري دار بلقيس ، الجزائر ، ط 1 ، 2013 ، ص 4

(2) صالح بجيك الورثاني، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، مقالة منشورة بمجلة الموثق الصادرة في نوفمبر 1997، ع 1، ص 91.

(3) د. محمد الزحيلي، الفرائض والمواريث والوصايا، مرجع سابق، ص 585.

(4) قرار م ع، غ أش، رقم 95385، المؤرخ في 1994/03/22، م ق، 1992، ع 2، ص 134.

من هذا القرار يمكن ان نستنتج أن أصحاب التنزيل هم فقط أبناء الابن الذي توفي أبوه قبل أو مع الجد، أي أن التنزيل اقتصر فقط على أبناء الظهور دون أبناء البطون وباعتبار أن المحكمة العليا هي محكمة قانون فالقاضي يستند الى قراراتها باعتبارها مبدأ قضائي وهو ملزم بتطبيق قانون مشرعه في أحكامه.

بعدها جاء قرار آخر بتاريخ 2002/12/25 اعتبر فيه التنزيل شامل لأبناء الظهور وأبناء البطون وهذا القرار جاء بعد أن قام قاضي أول درجة في محكمة تلمسان بتطبيق المادة 172 من قانون الأسرة التي جاء في نصها ما يلي: " ألا يكون الأحفاد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم مالا يقل عن مناب مورثهم من أبيه أو أمه ويكون هذا التنزيل للذكر مثل حظ الأنثيين ". فقد اعتبرت المحكمة أن التنزيل يشمل أبناء البطون وأبناء الظهور في حكمه، لكن جهة الاستئناف ألغت هذا الحكم استنادا على أن لفظ الحفدة يشمل فقط على أولاد الابناء.

أما المحكمة العليا فقد أيدت محكمة أول درجة وذلك لأنها نقضت القرار الصادر عن مجلس قضاء تلمسان وبدون إحالة.

بعدها جاء القرار رقم 33503 الصادر بتاريخ 2005/12/14 الذي نص على أن التنزيل يشمل ابن البنت أيضا، فهو يحل محل والدته المتوفية قبل والدها⁽¹⁾. هذا القرار جاء ليؤكد لنا القرار الصادر بـ 2002/12/25 الذي نص على أن التنزيل يشمل أبناء الظهور وأبناء البطون على حد سواء.

وبهذا فإن المحكمة العليا قد تراجعت عن قرارها الصادر بتاريخ 1994/12/25 رقم 95385 الذي كان يخص النزول لأبناء الظهور فقط.

من خلال القرارات السابقة الصادرة في فإن المستحقون للوصية الواجبة هم: فرع الولد الذكر الذي مات موتا حقيقيا في حياة أبيه وأمه وهذا منطقي لأنه لا يمكن أن يرث الأب من أبيه وهو على قيد الحياة⁽²⁾ وفرع ولد الذكر الذي مات في حياة المورث حكما باعتبار أنهم أولاد شخص حكم القضاء بموته في حياة أصله ولا يرث له، فتكون لهم وصية واجبة تعويضا لهم، عما كان يمكن أن يؤول إليهم ميراث أصلهم لو كان حيا عند وفاة المورث⁽³⁾، وفرع الولد الذكر الذي توفي مع أبيه وأمه في وقت واحد، ولم يعرف من مات أولا وبذلك كانت الوصية تعويضا للأحفاد عما فاتهم من إرث أبيهم لو كان حيا⁽⁴⁾.

فالمستحقون للوصية الواجبة هم أحفاد الهالك أولاد الابن في الفترة التي كانت قبل إصدار القرارات التي نصت على أن التنزيل يشمل أولاد الإبن وأولاد البنت وهذا ما هو معمول به إلى غاية يومنا هذا، إذن أصحاب الوصية الواجبة هم أحفاد الهالك أي أبنا الابن وأبناء البنت على حد سواء.

(1) المجلة الشاملة للحقوق مارس 2021، ص 14.

(2) أحمد محمد المومني، أحكام التركات والموارث، دار المسيرة للنشر والتوزيع، ط 1، عمان، الأردن، 2009، ص 30.

(3) نصر فريد محمد واصل، فقه الموارث والوصية في الشريعة الإسلامية: دراسة مقارنة، المكتبة التوفيقية للنشر، مصر، د س ن، ص 126.

(4) أحمد محمود الشافعي، أحكام الموارث والوصايا والوقف في الشريعة الإسلامية، مؤسس الثقافة الجامعية للنشر والتوزيع مصر، 2009، ص 386.

الفرع الثالث: شروط الوصية الواجبة

نظم المشرع الجزائري موضوع التنزيل الذي يعتبر من الموضوعات الحساسة وخصه بمجموعة من الشروط التي يلزم توفرها في الأحفاد من أجل استحقاق النزول الى منزلة مورثهم.

ذلك من خلال عدة مواد من قانون الأسرة الجزائري التي سنتعرف منها على شروط التنزيل.

من خلال المادة 169 من قانون الأسرة الجزائري نصت على: " من توفي وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة بالشرائط التالية: "

والمادة 170 من قانون الأسرة الجزائري نصت على: " أسهم الحفدة تكون بمقدار أصلهم لو بقي حيا على ألا تتجاوز ثلث التركة "

من المادتين السابقتين يمكن إستخراج الشرط الأول الذي مفاده ما يلي:

الشرط الأول: أسهم الحفدة تكون مقدار أصلهم ولا تتجاوز الثلث

وذلك لأن الأحفاد ينزلون منزلة آباهم المتوفي قبل أو مع جدهم الهالك في أخذ حصة في التركة المقدرة شرعا كما لو بقي حيا وهذا لتعويض الحفدة عما فاتهم من نصيب أصلهم في الميراث.

فالتنزيل يعتبر كنوع من العدل بين أفراد الأسرة الواحدة في توزيع التركة.

ونلاحظ أن المادة 170 من قانون الأسرة الجزائري السابقة الذكر اختصت بتحديد المقدار الذي يشمل التنزيل فالمشرع قدره بحدود الثلث (1)، أي أنه لا يتجاوز الثلث وذلك راجع لطبيعة التنزيل القانونية فهو عبارة عن وصية لا ميراث.

فمثلا: لو أوصى صاحب التركة قبل موته بمثل حصة المنزلين وكان في حدود الثلث أو ما يساوي له أو أقل.

ينفذ التنزيل في حدود ما يكمل نصيبهم دون الرجوع إلى إجازة الورثة، أما لو تجاوز الثلث مقدار أهم أو أبيهم فيرجع نصيبهم بالتنزيل إلى الثلث حتى وإن كانت الوصية تنص على مايفوق الثلث، فهذه الأخيرة تتوقف على إجازة الورثة ، فالمقدار الذي يكون فوق الثلث يكون من مالهم لا من التركة (2).

(1) أحمد دغيس، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 164.

(2) عزة عبد العزيز، أحكام التركات، دار هومة الجزائر، ط1، 2009، ص 198.

أما المادة 171 من قانون الأسرة الجزائري فقد احتوت على شرطين آخرين هما:

الشرط الثاني: أن يكون الحفدة غير وارثين من أصولهم

1- ألا يكون فرع الولد مستحقا للتركة بطريق الإرث بمعنى ألا يكون الحفدة من ورثة الجد الهالك.

2- باعتبار أن التنزيل هو تعويض عما يفوت الفرع من ميراث بسبب حجب عنه.

3- لا يجب التنزيل في حالة الأعمام من أولاد الإبن فمن الممكن ألا يكون هناك أعمام موجودين أصلا وقد يكونوا موجودين لكن محرومين من الميراث وبالتالي يرث الحفدة دون تنزيل.

فاستحقاق الحفدة للتنزيل يجب أن يكونوا غير ورثة لا بالفرض ولا بالتعصيب سواء كان الإرث قليلا أو كثيرا (1).

الشرط الثالث: عدم منح الأصل لهم هبة أو وصية أثناء حياته

أي ألا يكون الأصل قد أعطى في حياته للفرع بلا عوض مقدار ما يستحقه، عن طريق تعريف آخر كالهبة مثلا وهنا نتعرف على حالتين.

الحالة الأولى:

إذا كانت العطايا أقل من نصيب المورث فهذا يكون التنزيل بما فاتته من النصيب فقط (2).

الحالة الثانية:

إذا كانت العطايا أو الهبة التي أعطاهما الأصل لأصحاب الوصية الواجبة مقدار نصيب مورثهم فلا يكون لهم التنزيل (3).

من خلال ما سبق من الشروط الثلاثة نضيف أيضا أنه لا يشترط في التنزيل، أن يتم في شكل رسمي لأنه ليس عقدا رسميا وذلك استنادا على القرار القضائي الصادر من المحكمة العليا بملف رقم 160350 المؤرخ في 1997/11/23، وأيضا ألا يكون للفرع مانع من موانع الإرث سواء التي أوردتها المادة 135 من قانون الأسرة الجزائري أو ما تنص عليه الشريعة الإسلامية حسب المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

(1) محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية - دراسة فقهية - دار البازوري العلمية، عمان، 2010، ص 359.

(2) محمد محدة، التركات والموارث، دار الفجر، القاهرة، ط1، 2004، ص 302.

(3) أحمد دغيس، مرجع سابق، ص 169.

موقف القضاء

أيدت المحكمة العليا هاته الشروط المذكورة سابقا من خلال قرارات متعددة كقرارها رقم 33550 الصادر بتاريخ 2005/12/14 الذي تناول في مبدأه، أنه لا يحق للحفيد المستحق جزءا من تركة الجدة بواسطة التنزيل أخذ جزء من خلفاتها بواسطة الوصية (1).

وأیضا قرارها رقم 403828 الصادر بتاريخ 2007/11/14 الذي كان مضمونه أنه من حق الأحفاد المنزلين منزلة أبيهم مشروط بأن لا يكونوا قد ورثوا من أبيهم ما لا يقل عن مناب مورثهم من أبيه وقرارها الآخر رقم 526179 الصادر بتاريخ 2009/12/10 التي نصت على أنه يعد تنزيل منزلة الابن من الصلب طبقا للشريعة الإسلامية، وصية بمثل نصيب وارث.

ومما سبق نستنتج أنه لوجوب تنزيل الأحفاد يجب أن يكون الهالك قد أعطى الفرع في حياته بغير عوض، مقدار ما يستحقه بتنزيل على وجه التبرع، كأن يهب له بدون عوض مقدار معين من المال يساوي المقدار المحدد له عن طريق التنزيل أو كان بيعه بيعا صوريا عن طريق الوقف، حيث يقوم الجد بوقف عين معينة لأحفاده ينتفعون بها على وجه التبرع إذ أنه في حالة ما إذا أعطى الجد وصايا أو هبات في حياته لحفدته وبغير عوض (2).

(1) قرار م ع، غ أش، رقم 335503، المؤرخ في 2005/12/14، م ق، ع 2، 2005، ص 387.
(2) لحسين بن شيخ آث ملويا، التنزيل: دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة، دار هومه للطباعة والنشر، الجزائر 2011، ص 44.

المطلب الثاني: الجانب التطبيقي للتنزيل

فيما يخص الجانب التطبيقي للتنزيل لابد من التطرق إلى قيود وكيفية استخراج الوصية الواجبة (المطلب الأول) وتطبيقات التنزيل (الفرع الثاني).

الفرع الأول: قيود وكيفية استخراج الوصية الواجبة

أولاً: قيود استخراج الوصية الواجبة

- لا تزيد الوصية الواجبة عن الثلث؛
- أن تنفذ على أنها وصية بمعنى أن يتم خصمها من كل التركة لكي يكون الضرر اللاحق بالتركة يصيب كل الورثة؛
- أن تكون بمقدار نصيب الولد المتوفي في حياة أحد أبويه، لأن الهدف أن يأخذ الفرع نصيب أصله دون زيادة أو نقصان (1)؛
- تقديمها على غيرها من الوصايا؛
- حيث أن لها الأولوية على كل أنواع الوصايا الأخرى، فإن لم يتسع الثلث للوصية الواجبة استحقها المنزل وما بقي بعد الثلث فهو للوصايا الأخرى.

ثانياً: تطبيقات التنزيل (طرق استخراج الوصية الواجبة)

تختلف طرق حل المسائل الخاصة بالوصية الواجبة فقد جاءت آراء مختلفة فسلوك كل فريق طريقة معينة لمعرفة مقدار هذه الوصية لكن على قدر تعدد الطرق فإنها لا تخلو من العيوب.

الطريقة الأولى: نصيب المنزل مثل نصيب أصله

يفرض الفرع المتوفي حيا تقسيم التركة على فرض وجوده، يعطى لأولاده نصيب على أساس ذلك (2)، يفرض الفرع الذي توفي في حياة أبيه وأمه حيا، وذلك يعني أن المنزل يحل محل أصله في التركة ويأخذ نصيبه (3).

الانتقادات الموجهة لهذه الطريقة:

تؤدي إلى الإخلال بأنصبة الوارثين لأنها لا تنقص من نصيب جميع الورثة، وإنما تنقص من نصيب الأولاد فقط، بينما أصحاب الفروض أنصبتهم لا تتغير إذ أنه وباعتبار الوصية الواجبة من باب الوصايا والأصل فيها أن ضررها يلحق جميع الورثة لأنها تخرج أصلاً من أصل التركة (4).

(1) محمد أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، ص 248.

(2) ريم عادل الأزعر، الوصية الواجبة – دراسة فقهية مقارنة – رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية الشريعة والقانون الجامعية الإسلامية غزة، 2008، ص 75.

(3) محمد أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، مرجع سابق، ص 248.

(4) محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، مرجع سابق، ص 185.

إن هذا الحل مفروض على أساس أن الابن الذي يعطي ميراثه على أنه موجود، فيطرح الإشكال إذا كان وجوده يحجب بعض الورثة المستحقين، إذ يؤدي إلى حجب وارث أعطاه الشرع الإسلامي حقه بفرض هذا الابن حياً (1).

لو اعتبرنا المستحق للوصية الواجبة في محل مورثه، واكتفينا بذلك وقسمنا الأموال على أساس هذه الطريقة فقط، فإننا نخالف بذلك الشرع ونناقضه تماماً ذلك أن القرآن الكريم قد قدم الوصايا على الميراث، وعند إحلاله محل مورثه يكون الميراث والوصايا في مرتبة واحدة وهذا مخالفة للنص (2).

الطريقة الثانية: الوصية بمثل نصيب وارث

يرى هذا الفريق أنه لم يحدد طريقة لمعرفة مقدار الوصية الواجبة، ومن ثم وجب عليهم التطبيق أحكام الشريعة.

إن هذه المسألة تشبه إلى حد كبير ما إذا أوصى بمثل نصيب وارث معين، ابناً كان أو بنتاً ومن ثم إذا كان الموجود فرع ابن توفي في حياة أحد أبويه، تكون وصية بمثل نصيب ابن وإذا كان موجود فرع بنت توفيت في حياة أبويها، تكون الوصية الواجبة بمثل نصيب البنت، وبناءً على ذلك فإن التركة تقسم على الورثة الموجودين، وبعد تحديث مقدراً كل وارث يزداد على أصل الفريضة مثل سهام الموصى بمثل نصيبه، ثم توزع على مجموع السهام (3).

الطريقة الثالثة: حساب التنزيل في القانون الجزائري

حدد المشرع الجزائري مقدار الوصية الواجبة بالثلث وذلك حسب المادة 170 من قانون الأسرة، والطريقة المتبعة في حساب التنزيل تتمثل في إعطاء الحفيد ما كان يستحقه أصله في حدود الثلث وشروطها هي:

- أن يكون التنزيل للفرع مساوياً لنصيب أصله المتوفي في حياة أبويه
- أن يكون محل الثلث ولا يتعداه.
- أن ينفذ التنزيل على أنعه وصية.

(1) الحجب: هو منع وارث معين من كل الميراث أو بعضه، لوجود من هو أو لا منه من الإرث، يسمى الأول حجب حرمان والثاني حجب نقصان.

(2) محمد محدة، التركات والموارث، مرجع سابق، ص 306.

(3) محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، مرجع سابق، ص 185.

الخطوات المتبعة في هذه الطريقة

يفترض أن يكون الولد الذي توفي في حياة أبيه حيا، ويقدر نصيبهم كما لو كان موجودا حتى يتم معرفة مقدار نصيبه في تركة الجد أو الجدة (1).

تطبيق الموثق للتنزيل

يكون تطبيق الموثق للتنزيل عبر مراحل متتالية وهي:

1- تلقي ومراجعة الملف

- الذي يثبت صحة هوية أطراف التنزيل.
- المثبت لوفاة الابن قبل أمه أو أبيه.
- المثبت لوفاة المورث جدا أو جدة.

- المثبت لحياة الورثة الحفدة المنزليين عند تاريخ استحقاقهم له.

2- التأكد من توافر شروط المواد 170-172 من قانون الأسرة الجزائري.

3- التأكد من وجود تركة بتقديم ما يثبت ذلك: كسندات الملكية إلخ.

4- تحرير عقد تنزيل في شكل فريضة وهي عبارة عن عقد يتم فيه حساب المسألة وما ينوب كل وارث أو منزل من أصل تلك المسألة، حتى يتمكن منفذ عقد التنزيل مناب كل وارث أو منزل من خلال الطرق الشرعية المتبعة قانونا، وهذا للتأكيد من أن ما استحقه المنزلون مجموعه لا يتعدى نصيب من أدلوا به إلى الجد ومن عدم تجاوزه للثلث.

ذلك أمر شاق وصعب وعلى هذا فإن الرأي الثاني أسهل للتطبيق بالمقارنة مع الموقف الثالث، وهو كذلك أفضل نظريا من الموقف الأول.

(1) العربي بلحاج، أحكام التركات والموارث، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009، ص 328.

- تطبيق القاضي للتنزيل

القاضي ليس مختصا للنظر في أحقية العقد بالتنزيل أم لا، ومع ذلك فإن مسألة التنزيل لا تطرح على القاضي إلا في حالة نزاع ومثال ذلك: تقسيم الورثة للتركة دون أن يتحصل المنزلون على الوصية الواجبة سواء تعدد الورثة ذلك أم لم يتعدوا.

ففي هذه الحالة يمكن للمنزلين شخصا أو من ينوب عنهم رفع دعوى لتصحيح الفريضة وإخراج نصيب المنزلين من التركة.

- كعدم التصريح بوجود ابن المتوفى قبل أبيه.

- أو عدم التصريح بأحفاد يستحقون التنزيل.

وعلى العموم فهي قضايا قليلة ومحصورة جدا.

وهكذا يتبين لنا أن اختصاص القاضي ليس في حل مشكل التنزيل، بل اختصاصه في حل مشاكل التنازع المتعلقة بشأن التنزيل، وكما هو معلوم عندنا فإن للقاضي دور في النظر في كل المشاكل القانونية المخولة له قانونا.

واختصاصه في حل مشكل تنازع التنزيل ناتج عن اختصاصه العام بحل مشاكل التنازع القانونية مطلقا، وليس نتيجة اختصاص خاص وحصري بذلك.

المطلب الثاني: تطبيقات للتنزيل

في قانون الأسرة لم ترد مواد تنص على طريقة حل مسائل الوصية الواجبة لكن التشريعات العربية الأخرى قامت بذلك، لكن المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري والتي نصت على: "كل مالم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، وبالتالي لحل مسائل الوصية الواجبة نرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي عالجت هذا الموضوع بكل دقة، فقد أشارت إلى طرق حل مسائلها (1).

لقد راعت الترتيب التالي في التقسيم التالي:

يفرض الولد الذي توفي في حياة أبيه حيا ويبين مقداره بالسهم، ثم يخرج ذلك المقدار من التركة وبعدها يقسم الباقي على الورثة الموجودين بتوزيع جديد من غير النظر إلى الولد الذي فرض حيا (2).

(1) أ، فشار عطاء الله، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 79.

(2) د. أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، مرجع سابق، ص 176-177.

مثال 1:

مات عن زوجة وبنت أخ شقيق، لهذه المسألة عدة طرق لحلها:

1- أن تعطي الزوجة من كامل التركة وما تبقى يقسم على ذوي الأرحام باعتبار أن من أدلوا به أي لو كان المبلغ: 24000 دج.

للزوجة $\frac{1}{4}$ أي 6000 دج فتبقى 18000 دج نقسم بين بنت البنت $\frac{1}{2}$ أي 9000 دج والأخ الشقيق ع أي 9000 دج. وهذا هو المشهور في مذهب أهل التنزيل.

2- أن نعطي الثمن $\frac{1}{8}$ للزوجة بفرض الفرع الوارث "بنت البنت" تدلي بالبنت ومنه للزوجة:

$$1 \times 3000 \text{ دج} = 3000 \text{ دج، وأصل المسألة هو: 8.}$$

$$\text{البنت: } \frac{1}{2}، 4 \times 3000 = 12000 \text{ دج.}$$

$$\text{الأخ الشقيق: ع، } 3 \times 3000 = 9000 \text{ دج.}$$

وهنا نرى أن الزوجة في الحل الأول تنال نصيبا أكبر مما هو عليه في الحل الثاني، هو الأقرب لروح التشريع.

ولو طبقنا طريقة أهل الرحم لكان:

- للزوجة: 6000 دج.

- لبنت البنت: 9000 دج.

- لبنت الأخ الشقيق: 9000 دج.

ولو كانت على طريقة أهل القرابة لكان:

للزوجة: 6000 دج.

- لبنت البنت: 9000 دج + 9000 دج ردا.

- لبنت الأخ الشقيق: 9000 دج.

- ولو كانت على طريقة أهل القرابة لكان:

- للزوجة: 6000 دج.

- لبنت البنت: 9000 دج + 9000 دج ردا.

- لبنت الأخ الشقيق: محجوبة لأنها من الصنف الثالث أما بنت البنت فمن الصنف الأول.

مثال 2:

توفي شخص عن ابن، ابن ابن (هلك أبوه قبل جده) والتركه 48000 دينار جزائري
- تقسم التركه على فرض وجود الابن.

أصل المسألة		تصحيح المسألة	
8		16	
1		2	
7		14	
7		7	
ع		ع	
ع		ع	

إذن: $16/48000 = 3000$ دج
نصيب الزوجة: $2 \times 3000 = 6000$ دج
نصيب الابن الحي: $7 \times 3000 = 21000$ دج
نصيب الابن الميت: $7 \times 3000 = 21000$ دج (وهي تتجاوز الثلث).
وثلث التركه: $3/48000 = 16000$ (وهو قيمة التنزيل).
- يحل الابن محل أبيه ويأخذ حصته، شريطة ألا تتجاوز الثلث.
 $16000 - 21000 = 5000$ دج وهو الباقي.
يضاف إلى الابن الحي فنعطي إلى ابن الابن 16000 دج
يصبح نصيب الابن الحي 16000 دج

مثال 3:

توفي عن زوجة، بنت، أم، ابن ابن (هلك أبوه قبل جده) والتركة 360 هكتار

أصل المسألة		تصحيح المسألة	
24		72	
3		9	
4		12	
17		51	
17		34	

إذن: $5 = 72/360$

نصيب الزوجة $5 \times 9 = 45$ هكتار

نصيب الأم $5 \times 12 = 60$ هكتار

نصيب البنت $5 \times 17 = 85$ هكتار

نصيب الابن الميت $5 \times 34 = 170$ هكتار

ثلث التركة: $3/360 = 120$ ، وهو قيمة التنزيل

$170 - 120 = 50$ ، تضاف إلى البنت فيصبح نصيبها: $85 + 50 = 135$ هكتار.

ويعطى إلى ابن الابن 120 هكتار.

مثال 4:

توفي رجل عن:
زوجته، وأمه وأبيه، وبنت وابن، وبنت ابن (توفي أبوها في حياة جدها) وترك ذلك المورث
تركة قدرها 360 هكتار من الأراضي غير المبنية، فإننا إنفردنا الابن المتوفي حيا وقسمنا ذلك
سيكون بعد استخراج السهام:

الزوجة: 45 هكتار

الأم: 60 هكتار

الأب: 60 هكتار

باقي الأولاد: للذكر مثل حظ الأنثيين

أما نصيب ابنته المنزلة مقامه وهذا وفق الحل التالي (1):

24		
33		الزوجة
4		الأم
4		الأب
13	ع	بنت ابن بنت غبن (منزلة)

عن طريق ضرب كل سهم من سهام الورثة في 3

الزوجة: 15×3 ، 45 هكتار

الأم: 60 هكتار

الأب: 60 هكتار

البنت: 39 هكتار

الابن: 78 هكتار

بنت الابن المنزلة: 78 هكتار

من خلال هذا الحل نلاحظ أننا الحقنا الضرر ببعض الورثة وهم العصابة فقط دون أصحاب
الفروض، والأصل أن الوصايا وما تابعها أن الضرر يلحق كل الورثة لأنها تخرج من أصل
التركة وعليه كان لزاما خصم نصيب المنزل أولا ثم تقسيم الباقي بين الورثة.

وعليه فهذا الحل لا يتوافق مع الطبيعة القانونية للتنزيل، كما أننا بهذا العمل قد نحجب أشخاصا
ثبت ميراثهم بنص الكتاب والسنة.

وهذه الطريقة غير معمول بها لأنها تخالف نقطة مهمة في التنزيل وهو ألا يتجاوز ثلث
التركة.

مثال 5:

هلك عن:

زوجة، بنت، أم، ابن ابن هلك ابوه قبل جده والتركة مقدرة بـ: 360 هكتار

أصل المسألة من 22 وتصحح الى 72

السهم المالي: 360 هـ / 5 — 72

الزوجة: $45 = 9 \times 5 = 1/8$ هـ

الأم: $60 = 12 \times 5 = 1/6$ هـ

البنت: $85 = 17 \times 5$ هـ

للأبن المتوفي: $170 = 5 \times 35$ هـ

بتطبيق قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين.

ثلث التركة: $120 = 360/3$ هـ

بتطبيق نظام التنزيل يحل ابن الابن محل أبيه الإبن المتوفي، لكن حصة الابن المتوفي تفوق

الثلث وهي تساوي 170 هـ، نطرح الزائد منها لتبقى متساوي لقمة الثلث

$120 - 170 = 50$ هـ

يأخذ ابن الابن: 120 هـ، والباقي = 50 هـ

يضاف الى البنت فتصبح حصتها: 85 هـ + 50 هـ = 135 هـ، وهي أقل من نصف التركة

بكثير لأنها لو كانت وحدها لأخذت النصف

$180 = 360/2 = 1/2$ هـ

وفي الأخير يمكن القول بأن قانون الأسرة الجزائري قد أوجب ما سماه بالتنزيل وتبريره في ذلك هو مراعاة حالات الأحماد الصغار الذي من الممكن أن يكونوا قد فقدوا من يعينهم خاصة إذا كان من يحجبهم لا يبالون بفقرهم.

وبهذا فإننا نجد أن القانون تعاطف مع هؤلاء اليتامى وفرض لهم قدرا يغنيهم عن حاجتهم وعوزهم لكن هذا القدر على نصيب الورثة.

الخاتمة

تلعب الوصية دورا هاما في الحياة العملية، وهي وسيلة من وسائل تمتين الروابط الأسرية جعلها الله حقا إراديا للإنسان في زيادة حسناته قبل مماته واستدراك ما فاتته في حياته من أعمال الخير، تطرق إلى دراسة أحكامها العديد من علماء الفقه الإسلامي وبقي الاجتهاد فيها متواصلا إلى يومنا هذا بعد حقب زمنية عديدة.

من خلال ماسبق التطرق إليه في دراستنا يمكن استخلاص النقاط التالية:

1- القاضي الجزائري القضايا المعروضة عليه في مواد الوصية في حالة غياب النص القانوني يطبق عليها أحكام الشريعة الإسلامية بدون التقيد بمذهب إسلامي معين ذلك بإحالة من المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري؛

2- تعددت تعريفات الوصية فقها واتفقت على أنها تصرفا قانونيا صادرا من جانب واحد تنفذ بعد موت الموصي، عرفها المشرع الجزائري في نص المادة 184 من قانون الأسرة بأنها: "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"، استقر القضاء في قراراته على نفس التعريف الوارد في المادة 184 المذكورة آنفا؛

3- أحكام قانون الأسرة الجزائري تؤكد على أن الركن الوحيد لانعقاد الوصية هو إيجاب الموصي حسب نص المادة 184 من قانون الأسرة، غير أنه لا بد من أن يقبلها الموصي له صراحة أو ضمناً بعد الوفاة، وبما أن ركن الإيجاب في الوصية تطبق عليه أحكام الشريعة الإسلامية لعدم معالجته بنص خاص في قانون الأسرة والمشهور أن الإيجاب يكون بلفظ يدل على الوصية أو بلفظ غير صريح، كما تجوز بالكتابة والذي أخذ به المشرع الجزائري في المادة 191 من قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بالإثبات مع وجوب الإشهاد على الوصية واستقرت المحكمة العليا في قراراتها على ذلك؛

4- إذا كانت الوصية مقترنة بشرط غير صحيح فهي وصية صحيحة والشرط باطل وهذا ما استقر عليه المشرع الجزائري للاشتراط في عقد الوصية من خلال المادة 199 قانون الأسرة الجزائري واستقرت عليه المحكمة العليا في قراراتها،

5- لم يحدد الفقهاء وقتا محددا للقبول فالثابت أنه بعد الوفاة وهذا ما استقر عليه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 197 من قانون الأسرة فأجاز التراخي في القبول إلى حين تقسيم التركة، لأن الوصية مسبقة في الإستحقاق على التركة، وهذا ما استقرت المحكمة العليا.

6- فيما يخص تجزئة القبول لم يرد نص خاص به في مواد قانون الأسرة الجزائري وبالرجوع إلى المادة 222 من نفس القانون فالمستقر عليه شرعا هو من يملك رد الكل يملك رد البعض،

7- وجوب توفر شرطي العقل والتمييز في الموصي ألا يكون مجنونا، معنوها ولا صبييا غير مميز حسب نص المادة 186 من قانون الأسرة الجزائري واستقرت على ذلك المحكمة العليا في قراراتها، كذلك الرشد والبلوغ أن يكون الموصي بالغاً من العمر تسعة عشرة (19) سنة على الأقل، الرضا وإرادة الاختيار، وألا يكون الموصي مدينا بدين يستغرق التركة كلها،

8-الإسلام ليس شرطا من شروط صحة الوصية أو نفاذها هذا ما جاء في نص المادة 200 من قانون الأسرة وأكدته المحكمة العليا في قراراتها،

9-شروط الموصى له أن يكون معلوما أي معيناً وقت وفاة الموصي لا وقت إبرام الوصية، موجوداً أي معيناً بالإسم أو الإشارة أو بالوصف سواء كان هذا الموجود حقيقياً أو تقديرياً كالحمل في بطن أمه، أن يكون الموصى له أهلاً للتمليك، وألا يكون جهة معصية؛

10-ألا يكون الموصى له وارثاً إلا إذا أجاز باقي الورثة الوصية بعد وفاة الموصي وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 189 من قانون الأسرة الجزائري ليوافق رأي جمهور الفقهاء واستقرت عليه المحكمة العليا في قراراتها؛

11-لتنعقد الوصية صحيحة يجب أن يكون الموصى به مما يجري فيه الإرث، أن يكون موجوداً ومملوكاً للموصي عند الوصية، فلا تصح الوصية التي يكون فيها الموصى به غير موجود أو مستحيل التحقق، نص المشرع الجزائري على هذا الشرط في المادة 190 المذكورة سابقاً فأوجب أن يكون الموصى به موجوداً في ملك الموصي وقت إبرام الوصية إذا كان عينا معينة بالذات وإلا فلا يشترط ذلك، استقرت المحكمة العليا على ذلك في قراراتها؛

12-أن يكون الموصى به مالا متقوماً بأباح الشرع الانتفاع وقابلاً للتمليك، ألا يكون مستغرقاً بدين، وألا يزيد عن ثلث التركة الباقي من الدين، والورثة يجب أن يخلص لهم ثلثا الباقي بعد سداد الديون وافق على ذلك المشرع الجزائري بنص المادة 185 من قانون الأسرة واستقرت المحكمة العليا عليه في قراراتها؛

13-طبقت أحكام الشريعة الإسلامية بشأن الوصية والشكل الواجب توافره فيها قبل صدور القانون المدني، وفي ظله وقبل صدور قانون الأسرة، وبما أن الوصية تصرف رضائي لا يشترط لإنعقادها شكلاً معيناً سواء وردت على عقار أو منقول، فتتعدد بمجرد صدورها من الموصي، فالشكل كركن إنعقاد غير مطلوب في الوصية هنا إلا أن أحكام الشريعة الإسلامية تقتضيه للإثبات حفاظاً على استقرار المعاملات، كذلك القضاء الجزائري إستقر على مبدأ الرضائية في الوصايا المبرمة قبل صدور قانون الأسرة لأن الكتابة المتطلبة فيها هي وسيلة للإثبات استقرت المحكمة العليا على نفس الموقف في قراراتها؛

14-يعد التسجيل أول مرحلة من مراحل نقل الملكية بعد ثبوت الوصية، والشهر العقاري الإجراء النهائي لنقل حق الملكية العقارية؛

-بالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة نجد أن المشرع لا يشير إلى وجوب قيد الوصية متى كانت متعلقة بعقار، ومادام كذلك فإن الملكية تنتقل بالوفاة ولا حاجة للشهر، لقد أصدرت المحكمة العليا عدة قرارات تتعلق بعدم وجوب شهر الوصية في حياة الموصي.

- 15- الهبة تأخذ حكم الوصية في كل من الحالات التالية:
- الهبة في مرض الموت، تصرفات المورث لأحد ورثته مع الإحتفاظ بالحيازة والانتفاع التي تكون فيها التصرفات صادرة من طرف المورث لأحد ورثته والهبة للولد المكفول شريطة عدم تجاوزها الثلث فتجاوزها الثلث يقف على إجازة الورثة؛
- 16- إنقضاء الوصية قد يكون من أي طرف في الوصية لكن أسباب الإنقضاء تختلف من طرف لآخر، تنقضي الوصية أيضا بالرجوع الصريح والرجوع الضمني؛
- 17- لتنزيل هو وصية وليس بميراث بالتالي فهو يأخذ حكم الوصية ويطبق على تركة الجد الهالك الذي توفي ابنه في حياته ويستحقه أحفاده الذي توفي أباهم في حياة جدهم؛
- 18- من شروط التنزيل ألا يتجاوز الثلث، وألا يكون الأحفاد من ورثة الجد الهالك فالتنزيل يكون للأحفاد الغير وارثين لا بالفرض ولا بالتعصيب، عدم منح الأصل لهم هبة أو وصية أثناء حياته فإذا كانت العطايا المقدمة من طرف الأصل للفرع مقدار نصيب مورثهم فلا يكون لهم تنزيل، أما إذا كانت العطايا أقل من نصيب المورث فالتنزيل هنا يكون لما فاتهم فقط، لا يشترط في التنزيل شكل رسمي لأنه يطبق تلقائيا، يستخرج مقدار الوصية الواجبة بمقدار الثلث.
- مما سبق ذكره ارتأينا أنه بالرغم من اهتمام واجتهاد الفقهاء على اختلاف آرائهم بتوضيح أحكام الوصية وإعطاء المشرع كذلك مساحة واسعة من التشريع للوصية وتزاحم القضايا المتعلقة بها يوميا في المحاكم إلا أن هذا لم يمنع وجود نقائص وإشكالات عديدة تثار في الحياة العملية في هذا المجال، خاصة مع تصاعد المنازعات الأسرية بين أفراد الأسرة الواحدة فيرى البعض أن حقه مسلوب، كذلك قاضي المحكمة العليا من خلال قراراته القضائية استقر على ما جاء في النصوص القانونية فقط أو الإحالة على مبادئ الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.
- وعليه ارتأينا تقديم اقتراحات حسب وجهة نظرنا:
- أن يتدخل المشرع ويفرض نصوص جديدة مفصلة وواضحة تعالج مشاكل مواد الوصية في عصرنا الحالي على حسب تغير فكر الإنسان وتغير نمط حياته؛
- تغير نص المادة 197 من قانون الأسرة فيكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا قبل وفاة الموصي لا بعد وفاته، وبذلك نتفاد أي نزاع مع الورثة؛
- وضع نص قانوني يوجب شهر الوصية ويحمي بموجبه الموصى له حسن النية من الورثة الذين قد يتحايلون على الموصى له؛
- نقترح توسيع دائرة عمل القاضي (عمله مقيد) بإعطائه سلطة تقديرية أوسع حسب ما يراه تطبيقا سليما بشرط أن يكون القاضي من ذوي الكفاءات المهنية ومعروف بأخلاقه العالية فلا يقيد بنص قانوني كما هو الحال (لا اجتهاد مع نص قانوني).

المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

المصادر:

*القرآن الكريم برواية ورش.

*كتب الحديث:

- (1) -ابن بطل، شرح صحيح البخاري، تحقيق أبو تميم ياسر بن إبراهيم، ج8، الطبعة 2 دار النشر: مكتبة الرشد-السعودية، الرياض، 2003.
- (2) -ابن ماجة، سنن ابن ماجة، تحقيق شعيب الأرنؤوط -عادل مرشد - محمد كامل قره بللي- عبد اللطيف حرز الله، ج4، الطبعة 1، دار الرسالة العالمية، 1430هـ - 2009م.
- (3) -البيهقي، السنن الكبرى للبيهقي، تحقيق محمد عبد القادر عطا، كتاب الوصايا، ج6 الطبعة 3، دار الكتب العلمية للنشر، بيروت، لبنان، 2003.
- (4) -الدار قطني، سنن دار القطني، تحقيق حسن عبد المنعم شلبي، ج5، الطبعة 1 مؤسسة الرسالة للنشر، بيروت، لبنان، 2004.

المراجع:

الكتب:

- (1) -أحمد محمد المومني، أحكام التركات والمواريث، دار المسيرة للنشر والتوزيع، الطبعة 1، عمان، الأردن، 2009.
- (2) -الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ج2، الطبعة 1، دار الكتب العلمية، لبنان، 2004.
- (3) -عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، المجلد التاسع، لبنان، 1986.
- (4) -القاضي الشيخ عبد اللطيف دريان، رئيس المحكمة الشرعية السنية، فقه الوصية في المذاهب الإسلامية والقوانين العربية، المجلد الأول، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان.
- (5) -ابن منظور، لسان العرب، ج15، الطبعة 1، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1990.
- (6) -ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة.
- (7) -أبي نصر اسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح، تاج اللغة وصحاح العربية، دار الحديث، القاهرة، 2009.
- (8) -أحمد الحجي الكردي، الأحوال الشخصية، النيابة الشرعية، الوصية والوقف والتركات، منشورات حلب، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، الطبعة 10.
- (9) -أحمد زكي عويس، أحكام المواريث والوصية في الفقه والقانون، مكتبة جامعة طنطا، القاهرة، 2000.
- (10) -أحمد فراج حسين، أحكام الوصية والأوقاف في الشريعة الإسلامية، دار الجمعة للنشر والتوزيع، مصر، 2005.
- (11) -أحمد محمود الشافعي، أحكام المواريث والوصايا والوقف في الشريعة الإسلامية، مؤسس الثقافة الجامعية للنشر والتوزيع مصر، 2009.

- (12)- أحمد محمود الشافعي، الوصية والوقف في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 2000.
- (13)- أكرم ياغي، الوجيز في أحكام الوصية والإرث (دراسة فقهية وقانونية)، ط1، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، لبنان، 2013.
- (14)- الزبيدي، تاج العروس، ج20، الطبعة 1، دار الفكر، بيروت، لبنان، 2005.
- (15)- الشحات إبراهيم محمد منصور، عميد كلية الحقوق ببنها جامعة الزقازيق، أحكام الوصية والوقف في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، القاهرة، مصر.
- (16)- الشيخ أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة من الفقه والقانون (التجهيز والديون والوصايا والمواريث وتقسيماتها)، ط1، دار الثقافة، الإصدار الثالث، عمان، الأردن، 2007.
- (17)- الشيخ علي الخفيف، أحكام الوصية، بحوث مقارنة، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، سنة 1431 هـ الموافق لـ 2010.
- (18)- الغوثي بن مالحة، القانون على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة 2، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر.
- (19)- بلحاج العربي، أحكام التركات والمواريث، الطبعة 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009.
- (20)- بلحاج العربي، أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري الجديد مع تعديلات الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، الطبعة 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
- (21)- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الميراث والوصية)، ج 2، الطبعة 5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
- (22)- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 2، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2004.
- (23)- بلحاج العربي، قانون الأسرة، وفقا لأحدث التعديلات، ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة 1966-2010، ط 4، ديوان المطبوعات الجامعية، 2012.
- (24)- بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، الطبعة 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
- (25)- حسين يوسف غزال، الميراث في المذاهب الأربعة دراسة وتطبيقا، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة 3، 2008.
- (26)- حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا ومحكمة التنازع، طبعة جديدة مزودة بأحدث القرارات إلى غاية 2015، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015.
- (27)- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات: الهبة، الوصية، الوقف، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
- (28)- خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.

- (29) -خير الدين موسى فنتازي، أستاذ كلية الحقوق بالجزائر، عقود التبرع الواردة على الملكية العقارية، الوقف، ج1.
- (30) -دغيس أحمد، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة 2، دار هومه، الجزائر، 2010.
- (31) -رمول خالد، المحافظة العقارية كآلية للحفظ العقاري في التشريع الجزائري، دون طبعة، قصر الكتاب، الجزائر، 2001.
- (32) -زكي الدين شعبان، د. أحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، الطبعة 1، مكتبة الفلاح، الكويت، سنة 1404 هـ الموافق لـ 1984.
- (33) -زهود محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991.
- (34) -سرين شويقي وكمال بوفوره، قانون الأسرة الجزائري دار بلقيس، الجزائر، الطبعة 1، 2013.
- (35) -شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهيئة - الوصية - الوقف) دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
- (36) -شيخ نسيم، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997.
- (37) -عزة عبد العزيز، أحكام التركات، دار هومة الجزائر، ط1، 2009، ص 198.
- (38) -فشار عطاء الله، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة 2، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
- (39) -لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج1، دار هومه للطباعة، الجزائر، 2005.
- (40) -لحسين بن شيخ آث ملويا، التنزيل: دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة، دار هومه للطباعة والنشر، الجزائر، 2011.
- (41) -محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، دار الفكر العربي للنشر والتوزيع، مصر، 1963.
- (42) -محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، دراسة مقارنة بين القانون والمصادر الفقهية، الناشر مكتبة الأنجلو المصرية، مصر، القاهرة، سنة 1369 هـ الموافق لـ 1950 م.
- (43) -محمد الزحيلي، الفرائض والمواريث والوصايا، ط1، دار الكلم الطيب، دمشق، 2001.
- (44) -محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية -دراسة فقهية - دار البازوري العلمية، عمان، 2010.
- (45) -محمد كمال الدين إمام، الوصية والوقف في الإسلام (مقاصد وقواعد)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999.
- (46) -محمد محدة، التركات والمواريث، دار الفجر، القاهرة، الطبعة 1، 2004.
- (47) -محمد مصطفى الزحيلي، كتاب الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، ج1، الطبعة 2، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، 1427 هـ-2006.

- (48) -نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- (49) -نصر فريد محمد واصل، فقه المواريث والوصية في الشريعة الإسلامية: دراسة مقارنة، المكتبة التوفيقية للنشر، مصر، د س ن.
- (50) -هشام قبلان، الوصية الواجبة في الإسلام – ما إتصل بها من أبحاث في التركات والمواريث- منشورات البحر المتوسط عويدان، الطبعة 1 بيروت، لبنان، 1981.
- (51) -وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 8، الطبعة 1، دار الفكر للطباعة، دمشق، سوريا، سنة 1405 هـ الموافق لـ 1985م.
- (52) -وهبة الزحيلي، الوصايا والوقف في الفقه الاسلامي، الطبعة 2، دار الفكر، سوريا، 1993.
- (53) -وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج9، الطبعة 2، دار الفقه الإسلامي، 1985.

المقالات:

- (1) -المجلة الشاملة للحقوق، مارس 2021.
- (2) -شيخ سناء، إثبات التصرفات العقارية الصادرة عن الإرادة المنفردة "الوصية والوقف" مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2009
- (3) -شيخ سناء، شكل الوصية في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مجلة الدراسات الإسلامية، العدد 2، جوان 2013.
- (4) -صالح بجيك الورثاني، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الموثق، نوفمبر 1997 العدد 1.
- (5) -خوال بن نوي، إجراءات تثبيت الملكية بالوصية في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للقانون والعدالة.

الرسائل:

- (1) -ريم عادل الأزعر، الوصية الواجبة – دراسة فقهية مقارنة – أطروحة ماجستير، كلية الشريعة والقانون الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2008.
- (2) -زازون أكلي، التوثيق وإجراءات كتابة العقد بين الشريعة والقانون الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق (القانون الخاص)، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015.
- (3) -علال آمال، التبني والكفالة، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، أطروحة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2009.
- (4) -محمد علي محمود يحي، أحكام الوصية في الفقه الإسلامي، أطروحة ماجستير، في الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2010.

النصوص القانونية:

القوانين:

- (1) -القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان سنة 1404 هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة (ج ر ج ج، العدد 24، السنة 21 الصادرة في 12 يونيو 1984).
- (2) -القانون رقم 14/88 المؤرخ في 16 رمضان سنة 1408 هـ الموافق لـ 03 مايو 1988 يعدل ويتمم الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، (ج ر ج ج، العدد 18، السنة 25، الصادرة في 04 مايو 1988).
- (3) -القانون 02.06 المؤرخ في 21 محرم 1427 هـ الموافق لـ 20/02/2006 المتعلق بتنظيم مهنة الموثق (ج ر ج ج، العدد 14، السنة 43 مؤرخة في 08/03/2006).
- (4) -المدونة القانونية، القاعدة الرسمية والشهر العقاري في القانون الجزائري، 2010/04/12 وتم كتابتها في 2013/08/03 على 12 ساو 52 د.

الأوامر:

- (1) -الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق لـ 27/02/2005، يعدل ويتمم القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان سنة 1404 هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة (ج ر ج ج، العدد 15، السنة 42، الصادرة في 27/02/2005).
- (2) -الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان سنة 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني (ج ر ج ج، العدد 78، السنة 12، الصادرة في 24 رمضان سنة 1395 هـ الموافق لـ 30 سبتمبر 1975م).
- (3) -الأمر رقم 156-66 مؤرخ في 18 صفر سنة 1386 هـ الموافق لـ 08 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات المعدل (ج ر ج ج، العدد 49، السنة الثالثة، الصادرة في 11 يونيو 1966).
- (4) -الأمر رقم 105-76 المؤرخ في 17 ذي الحجة سنة 1396 هـ الموافق لـ 09 ديسمبر 1976 يتضمن قانون التسجيل، معدل ومتمم (ج ر ج ج، العدد 81، السنة 14، الصادرة في 18 ديسمبر 1977).
- (5) -الأمر رقم 74-75، المؤرخ في 8 ذي القعدة عام 1395 هـ الموافق لـ 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، (ج ر ج ج، العدد 92، السنة 12 المؤرخة في 18/11/1975).

المراسيم:

- (1) -مرسوم رقم 63-76، المؤرخ في 25/03/1976، المتضمن تأسيس السجل العقاري (ج ر ج ج، العدد 30، السنة 13، المؤرخة في 13/04/1976، المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 80-210، المؤرخ في 19/05/1993، ج ر، العدد 34، المؤرخة في 23/05/1993).

القرارات القضائية:

- (1) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 116375، مؤرخ في 1995/05/02، المجلة القضائية، 1999، العدد 1.
- (2) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 75598، مؤرخ في 1991/02/24، المجلة القضائية، 1993، العدد 2.
- (3) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم 74249، مؤرخ في 1991/05/28 المجلة القضائية، 1993، العدد 2.
- (4) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم 186058، مؤرخ في 1998/03/17 المجلة القضائية، 1999، العدد 1.
- (5) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم 375 116، مؤرخ في 1995/05/20 المجلة القضائية، 1996، العدد 1.
- (6) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم 33719، مؤرخ في 1984/07/09 المجلة القضائية، 1989، العدد 3.
- (7) قرار المجلة القضائية رقم 0725847 المؤرخ في 2013/05/09، مجلة المحكمة العليا 2014، العدد 2.
- (8) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم 31833 مؤرخ في 1984/10/22 المجلة القضائية، 1989، العدد 3.
- (9) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم 41111، مؤرخ في 1986/05/05 (غير منشور).
- (10) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم 0940782، المؤرخ في 2015/09/10، المجلة القضائية، 2015، العدد 2.
- (11) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم 45371، المؤرخ في 1987/04/20 "غير منشور".
- (12) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم 59240، مؤرخ في 1990/03/05 مجلة قضائية، 1992، العدد 3.
- (13) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم 86039، مؤرخ في 1992/11/24 إجتهد قضائي، غرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص.
- (14) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم 179724، مؤرخ في 1998/03/13، إجتهد قضائي، غرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص.
- (15) قرار المحكمة العليا، غرفة القضاء الخاص، المؤرخ في 1968/02/28، نشرة سنوية، 1968.
- (16) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم 75598 مؤرخ في 1991/02/24 المجلة القضائية، 1993، العدد 2.
- (17) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم 166090 المؤرخ في 1997/07/29، إجتهد قضائي، غرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد خاص.
- (18) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المؤرخ في 1968/02/28، نشرة سنوية 1968.

- (19) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المؤرخ في 1968/03/20،
نشرة سنوية 1968.
- (20) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المؤرخ في 1969/04/30،
نشرة سنوية 1969.
- (21) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم 40651، المؤرخ في
1986/02/24، غير منشور.
- (22) قرار المحكمة العليا، غرفة مدنية، رقم 241885، المؤرخ في 2001/03/14،
المجلة القضائية، 2002، العدد 1.
- (23) قرار مجلس الأعلى، غرفة مدنية، المؤرخ في 1968/03/20، مجموعة
الأحكام المجموعة الأولى، الجزء الأول، مديرية التشريع.
- (24) قرار مجلس الأعلى، غرفة القضاء الخاص، المؤرخ في 1971/12/01، نشرة
قضائية.
- (25) قرار مجلس الأعلى، غرفة مدنية، المؤرخ في 1969/04/30، مجموعة
الأحكام المجموعة الأولى، الجزء الأول، مديرية التشريع، وزارة العدل.
- (26) قرار مجلس الأعلى، غرفة مدنية، المؤرخ في 1969/04/30، نشرة سنوية،
1969.
- (27) قرار مجلس الأعلى، غرفة القضاء الخاص، المؤرخ في 1971/12/15، نشرة
قضائية 1972، العدد 2.
- (28) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم 66151، المؤرخ في
1990/05/19، المجلة القضائية، 1993، العدد 3.
- (29) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم 278004، المؤرخ في
2002/01/16 المجلة القضائية، 2003، العدد 1.
- (30) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم 160350، مؤرخ في
1997/12/23، مجلة الإجتهد القضائي، غرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد
خاص.
- (31) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم: 413209، مؤرخ في
2008/01/16، مجلة المحكمة العليا، 2008، العدد 2.
- (32) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 1003697، مؤرخ
في 2016/09/07، المجلة القضائية، 2016، العدد 2.
- (33) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم 160350، مؤرخ في
1997/12/23، مجلة الإجتهد القضائي، غرفة الأحوال الشخصية، 2001، عدد
خاص.
- (34) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم 413209، المؤرخ في
2008/01/16، مجلة المحكمة العليا، 2008، العدد 2.
- (35) قرار المحكمة العليا، غرفة عقارية، رقم 62624، مؤرخ في 1990/09/24،
المجلة القضائية، 2001، العدد 2.

- (36) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم 581896، المؤرخ في 2010/12/09، المجلة القضائية، 2012، العدد 1.
- (37) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم 665688، المؤرخ في 2011/07/14، مجلة المحكمة العليا، 2011، العدد 2.
- (38) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم 1043542، مؤرخ في 2017/01/04، مجلة المحكمة العليا، 2017، العدد 1.
- (39) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم 229397، مؤرخ في 2002/04/24، المجلة القضائية، 2002، العدد 2.
- (40) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم 59240، المؤرخ في 1990/03/05، المجلة القضائية، 1992، العدد 3.
- (41) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المؤرخ في 1991/05/28، رقم 59240 المجلة القضائية، 1993، العدد 2.
- (42) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم 59240، المؤرخ في 1990/03/05، المجلة القضائية، 1993، العدد 3.
- (43) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم 99186، المؤرخ في 1995/05/02، المجلة القضائية، 2001، عدد خاص.
- (44) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم 94685، المؤرخ في 1993/05/25، المجلة القضائية، 1994، العدد 3.
- (45) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم 95385، المؤرخ في 1994/03/22، المجلة القضائية، 1992، العدد 2.
- (46) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، رقم 335503، المؤرخ في 2005/12/14، المجلة القضائية، 2005، العدد

الفهرس

01	مقدمة
06	الفصل الأول: ماهية الوصية
07	المبحث الأول: مفهوم الوصية
07	المطلب الأول: تعريف الوصية
07	الفرع الأول: تعريف الوصية لغة
07	الفرع الثاني: تعريف الوصية اصطلاحا
07	أولا: الاصطلاح الفقهي
08	ثانيا: الاصطلاح القانوني
09	الفرع الثالث: موقف القضاء الجزائري
09	الفرع الرابع: التمييز بين الوصية وما شابها من عقود التبرع
09	أولا: ما يميز الوقف عن الوصية
10	ثانيا: ما يميز الهبة عن الوصية
11	المطلب الثاني: انعقاد الوصية
11	الفرع الأول: أركان الوصية
11	أولا: من الجانب الفقهي
12	ثانيا: من الجانب القانوني
13	1-الإيجاب
16	2-القبول
19	الفرع الثاني: شروط الوصية
20	أولا: شروط الموصي
20	1-شروط الصحة
22	2-شروط النفاذ
22	ثانيا: شروط الموصى له
27	ثالثا: شروط الموصى به
28	1-شروط الصحة
30	2-شروط النفاذ
32	المبحث الثاني: شكل الوصية واثباتها
32	المطلب الأول: شكل الوصية
32	الفرع الأول: الشكل في الوصية قبل صدور قانون الأسرة
33	أولا: موقف الشريعة الإسلامية من الشكل في الوصية قبل صدور قانون الأسرة

34	ثانيا: موقف القضاء من الشكل في الوصية قبل صدور قانون الأسرة
36	الفرع الثاني: الشكل في الوصية بعد صدور قانون الأسرة
36	أولا: موقف المشرع الجزائي من الشكل في الوصية بعد صدور قانون الأسرة
36	ثانيا: موقف القضاء من الشكل في الوصية بعد صدور قانون الأسرة
37	المطلب الثاني: إثبات الوصية وإجراءات تنفيذها
37	الفرع الأول: إثبات الوصية
37	أولا: إثبات الوصية بموجب عقد توثيقي
38	ثانيا: إثبات الوصية بموجب حكم قضائي
40	الفرع الثاني: إجراءات تنفيذ الوصية
40	أولا: إجراء التسجيل
42	ثانيا: إجراء الشهر العقاري
42	1-مدى خضوع الوصية لإجراء الشهر العقاري
44	2-موقف القضاء من الوصايا المشهورة
46	الفصل الثاني: أحكام الوصية
47	المبحث الأول: التصرفات الواردة على المريض مرض الموت
47	المطلب الأول: التصرفات الواردة في التقنين المدني
47	الفرع الأول: الهبة في مرض الموت
47	1-تعريف مرض الموت
47	2-موقف القانون المدني من الهبة في مرض الموت
48	3-موقف القضاء من الهبة في مرض الموت
48	الفرع الثاني: تصرفات المورث لأحد ورثته مع الإحتفاظ بالحياة والإنتفاع
50	المطلب الثاني: التصرفات الواردة في تقنين الأسرة
50	الفرع الأول: الهبة للولد المكفول
51	الفرع الثاني: الهبة في مرض الموت حسب قانون الأسرة
52	الفرع الثالث: موقف القضاء
53	المطلب الثالث: إنقضاء الوصية
53	الفرع الأول: إنقضاء الوصية من طرف الموصي
55	الفرع الثاني: إنقضاء الوصية من طرف الموصى له
57	الفرع الثالث: إنقضاء الوصية من طرف الموصى به
60	المبحث الثاني: الوصية الواجبة " التنزيل "
60	المطلب الأول: تعريف التنزيل وأحكامه وضوابطه

60	الفرع الأول: تعريف التنزيل
63	الفرع الثاني: أصحاب الوصية الواجبة
65	الفرع الثالث: شروط الوصية الواجبة
68	المطلب الثاني: الجانب التطبيقي للتنزيل
68	الفرع الأول: قيود وكيفية إستخراج الوصية الواجبة
68	أولاً: قيود إستخراج الوصية الواجبة
68	ثانياً: طرق إستخراج الوصية الواجبة
71	الفرع الثاني: تطبيقات التنزيل
79	الخاتمة
83	قائمة المصادر والمراجع
91	الفهرس