جـــامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة

جامعة الجيلالي بونعامة

كلية الحقوق

قسم: الحقوق

دروس في الوصية

المحور الأول: مفهوم الوصية

الأستاذة الدكتورة جميلة جبار

السنة الجامعية 2023/2022

المحور الأول

مفهـــــــــــــوم الوصيـــــــــــة

لقد شرع الله الوصية ليصل الإنسان بها من يجب و تكون قربة إلى الله فيمتد أثرها بعد الوفاة من خير و بر و حسنات لا يعلمها إلا الله و هذا من محاسن الشريعة و رقيها .

لدراسة مفهوم الوصية يقتضي منا الوقوف عند تعريفها و دليل مشروعيتها في المبحث الأول ،أما في المبحث الثاني نتناول بالدراسة تمييز الوصية عن غيرها من التصرفات التبرعية ، على أن نخصص المبحث الثالث للتصرفات التي تأخذ حكم الوصية في التشريع الجزائري .

المبحث الأول : تعريف الوصية و دليل مشروعيتها

تطلق الوصية على فعل الموصى ، و على ما يوصى به من مال أو تصرف ، و قد اصطلح على إطلاق لفظ الوصية أو التوصية على التمليك ، و لفظ الإيصاء على إقامة الشخص غيره وصيا على ماله و أولاده بعد موته .

و قد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريف الوصية ، غير أن معناها في الإصطلاح عندهم أنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ، سواء كان الموصى به عينا أو منفعة ، كما تعد الوصية استثناء من الحكم القاضي ببطلان التعامل في التركة مستقبلة ، إذ هي تعامل من الموصى في تركته المستقبلية بإرادته المنفردة ، و قد أجيزت استثناء بموجب أحكام الشريعة الإسلامية [1] ، كما هو مبين من خلال القرءان الكريم و السنة النبوية الشريفة و بالإجماع .

هذا ما سنحاول التطرق إليه من خلال المطلبين المواليين .

المطلب الأول : تعريف الوصية

تعريف الوصية لغة : الوصية تعني الإيصاء ، يقال أوصيت له أو إليه ، أي جعلته وصيا يقوم على من بعده ، و هذا المعنى اشتهر فيه لفظ الوصاية .

و لقد اختلف الفقهاء في تعريف الوصية شرعا ، بالرغم من ان مدلولها في الإصطلاح هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ، سواء كان الموصى به عينا أو منفعة .

[1] ـ كمال حمدي ـ المواريث و الهبة و الوصية ـ منشأة المعارف بالأسكندرية ، طبعة 1998 ، ص 190 و ما بعدها .

فتعريف الوصية عند جمهور فقهاء الحنفية بأنها : تمليك مضاف إلى ما بعد الموت على سبيل التبرع .

و هو التعريف الذي يقترب منه هذا المعنى عند المالكية و الشافعية و الحنابلة [2].

المطلب الثاني : دليل مشروعية الوصية

تثبت مشروعية الوصية بالكتاب و السنة و الإجماع .

أولا ـ في الكتاب : يقول الله سبحانه و تعالى في محكم تنزيله : " كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين و الأقربين بالمعروف حقا على المتقين " [3] . من خلال الآية الكريمة نستشف أن الوصية للوالدين و الأقربين ، فتكون الوصية

للقرابة أحسن و أكثر أجرا ، فينبغي للموصي أن يبدأ بهم لأن الله تعالى بدأ بهم [4] .

يضاف إلى هذه الآية الكريمة الآية 177 من سورة البقرة و الآية 12 من سورة النساء و لعل الآية الأخيرة دليل قاطع على أن الوصية مشروعة و جائزة ، و لو لم تكن كذلك لما جعل استحقاق الميراث و ثبوته للورثة بعد إخراجها من التركة .

ثانيا ـ في السنة : تطرقت السنة النبوية الشريفة إلى الوصية : ففي البخاري ، حدثنا عبد الله بن يوسف ،

أخبرنا مالك بن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله قال : ما حق امرئ مسلم له شيء

يوصي فيه يبيت ليلتين إلا و وصيته مكتوبة عنده[5] .

و عن سعد بن أبي وقاص قال : قلت " **يا رسول الله أوصي بمالي كله ؟ قال : لا قلت فالشطر ؟ قال لا ، قلت الثلث ؟ قال الثلث و الثلث كثير ، إنك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس أيديهم** "[6] . فلو لم تكن الوصية مشروعة لما أجازها الرسول صلى الله عليه و سلم .

---

[2] ـ و هبة الزحيلي ـ الفقه الإسلامي و أدلته ـ الجزء الخامس ، دار الفكر ، الطبعة الرابعة ، سنة 1997 ، ص 08

[3] ـ الآية رقم 180 سورة البقرة

[4] ـ الصادق بن عبد الرحمان الغرياني ـ مدونة الفقه المالكي و أدلته ـ الجزء الرابع ، دار ابن الحزم ، بيروت ، طبعة سنة 2008 ، ص 688

[5] ـ أحمد بن أحمد المختار ـ مواهب الجليل من أدلة الخليل ـ الجزء الرابع ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، طبعة سنة 2005 ، ص 425 .

[6] ـ رواه البخاري

ثالثا ـ في الإجماع : علماء الشريعة الإسلامية أجمعوا على استحباب الوصية في حدود الثلث ،و استقروا على منع الوصية إذا زادت عن الثلث ، و بقي الإختلاف قائما فيمن ليس له وارث ، فذهب الجمهور إلى منعه من الزيادة عن الثلث ، بينما الحنفية أجازوا الزيادة[7].

و يروي تاريخ الصحابة نماذج من وصاياهم ، فقد أوصى أنس بن مالك و اوصى عبد الله بن مسعود ، و أوصى أبو الدرداء ، و أوصى غيرهم دون معارض أو مخالف .

و لقد انتقل النبي إلى الرفيق الأعلى و لم يوص ، لأنه لم يترك مالا يوصي به ، أما الصحابة فقد كانوا يوصون ببعض أموالهم تقربا إلى الله ، و كانت لهم وصية مكتوبة لمن بعدهم من الورثة ، و هكذا تواتر نقل الإجماع عن الصحابة بصحة الوصية و مشروعيتها .[8]

المبحث الثاني : تمييز الوصية عن غيرها من التصرفات التبرعية

الوصية تعد تصرف من التصرفات التبرعية ، لها اوجه و تشابه مع باقي التصرفات التبرعية ، نحاول من خلال مجال الدراسة التركيز على التمييز بين الوصية و الهبة من خلال المطلب الأول ، على أن نخصص المطلب الثاني للتمييز بين الوصية و الوقف ، دون التطرق إلى باقي التصرفات .

المطلب الأول : التمييز بين الوصية و الهبة

لعل خاصية التشابه التي يتقاطع فيها كل من الوصية و الهبة تتمثل في نية التبرع ، لكن و على الرغم من \لك نجدهما يختلفان في الكثير من المسائل .

1 ـ تعد الوصية تصرف إنفرادي يعتمد على إرادة الموصي دون إرادة الموصى له ، لذا تعد الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت و لا تنتقل ملكية الشيئ الموصى به إلا بعد الوفاة ، بينما الهبة عقد يتطلب إنشاؤه إرادة كل من الواهب و الموهوب له تؤدي إلى انتقال ملكية الشيئ الموهوب إلى الواهب حال حياة هذا الأخير .

2 ـ يصح الرجوع في الوصية متى شاء الموصي ما دام على قيد الحياة حسب ما تشير إليه المادة 192 من قانون الأسرة ، في حين الأصل في الهبة عدم الرجوع إلا استثناء .

---

[7] ـ محمد بن علي الشوكاني ـ نيل الاوطار ـ الجزء الخامس ، دار هيثم ، القاهرة ، طبعة سنة 2004 ، ص 429

[8] السيد سابق ـ فقه السنة ـ الجزء الثالث ، دار الفتح للإعلام العربي ، طبعة سنة 1982 ، ص 295

3 ـ تتقيد الوصية دائما بالثلث التركة و ما زاد عن هذا المقدار يتوقف على إجازة الورثة طبقا لحديث الرسول صلى الله عليه و سلم : ((الثلث و الثلث كثير)) ، و إذا أجازها البعض دون البعض الآخر تنفذ في نصيب من أجازها و لا تنفذ في نصيب من لم يجزها ، هذا و لا تكون الإجازة صحيحة إلا بعد موت المورث و إذا لم يكن للموصي ورثة فإن وصيته لأجنبي بكل ماله تكون صحيحة [9].

بينما الهبة غير محددة المقدار سواء كان ذلك من جانب الشرع أو القانون [10] ، ما لم تقع في مرض الموت فتأخذ حكم الوصية .

المطلب الثاني : التمييز بين الوصية و الوقف

يظهر وجه الشبه بين الوصية و الوقف كونهما من التصرفات التبرعية ، بحيث يؤدي كل تصرف إلى إخراج المال من ملك المتصرف ، إلا أنهما يختلفان من عدة أوجه .

1 ـ الوقف بعد لزومه لا يدخل في ملك الموقوف عليه و لا يحق له التصرف في أصل الملك الوقفي ، بينما الوصية بعد قبولها يحق للموصى له التصرف في المال بعد انتقاله إليه .

2 ـ بعد ثبوت الوقف تنفصل عناصر إلى ملكية رقبة و حق انتفاع ، هذا الأخير ينتقل إلى الموقوف عليه أو عليهم ، بينما ملكية الرقبة في الفقه الإسلامي تثبت لله عزوجل ، و يكون هذا الإنفصال على وجه التأبيد ، في حين الوصية تؤدي إلى انتقال ملكية الشيء الموصى به رقبة و انتفاعا و له تبعا لذلك الحق في التصرف فيها [11]

المبحث الثالث : التصرفات التي تأخذ حكم الوصية في التشريع الجزائري

يحمي القانون الوارث من الوصايا المستترة أي التي تصدر في صورة تصرف أو عقد من العقود ، فاعتبر التصرفات التي تصدر من المورث في مرض الموت مقصودا بها التبرع ، و كذا التصرفات التي يحتفظ فيها المورث بملكية الرقبة مع احتفاظ المتصرف بحقه في الانتفاع بها مدى حياته ، من التصرفات التي تأخذ حكم الوصية تطرق إليهما المشرع الجزائري بموجب المادتين 776 و 777 من القانون المدني ، يضاف إليهما نص المادة 123 من قانون الأسرة تخص التبرعات التي تكون لفائدة المكفول .

نتطرق إلى هذه الحالات من خلال المطالب التالية ، بحيث نخصص لكل مطلب حالة .

---

[9] ـ أ / لحسن بن شيخ آث ملويا ـ قانون الأسرة ـ دار الخلدونية ، الجزائر ، الطبعة الأولى ، سنة 2008 ، ص 145

[10] ـ د / محمد تقية ـ دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية و القانون المقارن ، الديوان الوطني لأشغال التربوية ، الطبعة الأولى سنة 2003 ، الجزائر ص 38 ...39

[11] ـ أ / لحسين بن شيخ آث ملويا ـ مرجع سابق ـ ص 146 و ما بعدها ,

المطلب الأول : وصية المريض مرض موت

الوصية في مرض الموت تعتبر جائزة و صحيحة ، لكن إذا تعلق الأمر ببعض التصرفات الأخرى ، فإذا تمت حال مرض الموت يعتبر هذا التصرف مضافا إلى ما بعد الموت و تسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف ، هذا ما كرسته المادة 776 من القانون المدني الجزائري التي تقضي بما يلي :

" كل تصرف قانوني يصدر عن الشخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت ، و تسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف و على ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم و هو في مرض الموت و لهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، و لا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا .

إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك ، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة مخالفة ."

هذا الحكم نجد له تطبيقا في أحكام الهبة في قانون الأسرة في المادة 204 ، حيث نصت على أن الهبة في مرض الموت و الأمراض و الحالات المخيفة تعتبر وصية ، و لا تنطبق عليها أحكام الهبة ، فلو كان مقدار الموهوب يفوق الثلث فمن حق الورثة الاعتراض على القسط الزائد عن الثلث ، و يقع على الورثة عبء إثبات أن التصرف وقع في مرض الموت باعتبار مرض الموت واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات .

أما إذا كانت الهبة لأحد الورثة و تمت في مرض الموت فمن حقهم الاعتراض أيضا على مجرد الهبة للوارث مادامت تنطبق عليهما أحكام الوصية[12].

المطلب الثاني : هبة ملكية الرقبة دون حق الإنتفاع

قد يلجأ بعض الأشخاص إلى الموثق طالبين منه ابرام عقد هبة عقارات معينة ، إلا أنهم يشترطون الاحتفاظ بحق الانتفاع طيلة حياتهم خوفا من خطورة ما قد يلحقه هذا التصرف من ضرر بسبب إقدامهم على التخلي عن أملاكهم ، و عليه فمن باب الإحتراز يضمنون تصرفاتهم هذا الشرط ، و منه نطرح التساؤل التالي ما مدى صحة مثل هذه الهبات التي تنصب على ملكية الرقبة دون حق الانتفاع ؟.

[12] ـ عبد العزيز محمودي ـ رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري ـ قصر الكتاب البليدة ، طبعة 2006 ، ص 14 و ما بعدها .

بالنظر إلى المادة 206 من قانون الاسرة الهبة التي تكون خالية من ركن الحيازة أو غير مستوفاة لركن الحيازة تكون باطلة باستثناء الهبات التي لا تتطلب الحيازة و هي تلك المحددة بموجب المادة 208 من قانون الاسرة ، و عليه فالشخص الذي يبرم عقد هبة عقار و يحتفظ لنفسه بحق الانتفاع طيلة حياته يعد تصرفه باطل لانعدام ركن الحيازة لكونه ركن في الهبة و هبة ملكية الرقبة دون حق الانتفاع يتعذر معها ممارسة الحيازة .

غير أن حكم هذه المسألة بالنظر إلى نص المادة 777 من القانون المدني الذي يسقط حكم البطلان على مثل هذا النوع من الهبات ، بل يعتبرها وصية بعد أن يعاد تكييف التصرف من هبة إلى وصية ، شريطة أن يتم التصرف لفائدة أحد الورثة ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك ، و هنا يخضع التصرف للسلطة التقديرية للقاضي .

المطلب الثالث : الهبة للمكفول

تقضي المادة 123 من قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم على ما يلي : " يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بما له في حدود الثلث ، و إن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك ، بطل ما زاد على الثلث إلا إذا أجازه الورثة " .

بما أن الولد المكفول لا تربطه علاقة نسب بالكافل ، فهو ليس بوارث له ، و بالتالي يكون أجنبيا عنه بموجب قواعد الميراث ، و لهذا يجوز للكافل أن يوصي له بماله أو يهب له لكن في حدود الثلث ، و يبطل ما زاد عن الثلث إلا إذا أجازه الورثة .

و لقد ألحق المشرع هنا الهبة بالوصية ، و هو أمر مخالف للقواعد العامة في الهبة التي تجيز هبة كل المال و ليس الثلث فقط ، و هذا القياس من المشرع لا مبرر له [13]

[13] ـ لحسن شيخ آث ملويا ـ قانون الأسرة مفسرا مادة ، مادة للمبتدئين و الممارسين ـ دار الخلدونية ، الطبعة الأولى سنة 2008 ، ص 105 .