

زهذور محمد



للمزيد من الحصريات زورونا على مدونة الكتب الحصرية
<http://koutoub-hasria.blogspot.com/>
<https://www.facebook.com/koutoubhasria>

الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية

مدونة الكتب الحصرية <https://www.facebook.com/koutoubhasria> <http://koutoub-hasria.blogspot.com/>

المؤسسة الوطنية للكتاب
ENTREPRISE NATIONALE DU LIVRE

الدكتور : زهدور محمد

الموسومة

في القانون المدنى الجزائرى والشرعة الاسلامية

المؤسسة الوطنية للكتاب
3 ، شارع زيفود يوسف
الجزائر

الرقم التسلسلي : 29.88.01.03
المؤسسة الوطنية للكتاب
الجزائر 1991

مقدمة

تعتبر الملكية الفردية غير المستغلة دعامة لبناء المجتمعات الحديثة .
فرغم تغلغل المبادئ الاشتراكية في كثير من الدول منعاً للاستغلال
وتحقيقاً للعدالة ، فإن الفرد لا زال قادراً على التملك والتملك . ومجتمعنا
الجزائري الاشتراكي برهن في قانونه المدني على صدق ذلك حين نظم
حق الملكية بقواعد محددة تبين ماهيته وضوابطه وطرق اكتسابه . ومن
بين طرق كسب الملكية في الجزائر طريق الوصية .

والوصية تصرف في التركة يضاف الى ما بعد الموت ، وهي بذلك
تنطوي على جانبين : جانب ديني بحث ، وجانب قانوني صرف ، ويعرض
قانون الاحوال الشخصية لاولهما بينما يضبط القانون المدني ثانيهما .
فالقانون المدني يعد الوصية سبباً من أسباب كسب الملكية ، ولكنه
في نفس الوقت يحيل بشأنها الى قانون الاحوال الشخصية . وحين يبحث
الفقه الوضعي الوصية فإنه لا يعرض لمسائلها المتعلقة بالاحوال الشخصية
الا بطريقة عابرة . كما أن فقهاء الشريعة الاسلامية حين يعرضون للوصية
فانهم لا يهتمون كثيراً بالمسائل القانونية البحتة التي تعالج كثيراً من
الشكالات العملية . ولقد بحثت عن أي مؤلف يتناول الناحيتين مما فلم
أجد شيئاً من ذلك . ولما ظهر قانوننا المدني آليت على نفسي أن أبدأ
بوضع لبنة في صرحه الشامخ عن طريق التعرض للوصية في القانون المدني
وفي الشريعة الاسلامية ، وأرجو أن أكون قد ونقت في اعداد هذا
البحث .

وقد قسمت هذا البحث الى قسمين أساسيين ، أولها في فكرة الوصية،

وثانيهما في أحكامها ، ومهدت لهذا البحث بفصل تمهيدى عن الوصية وأسباب كسب الملكية .

فالفصل التمهيدى جعلته في مبحثين ، أعطيت في أولهما فكرة عن أسباب كسب الملكية ، وعالجت في ثانيهما مكانة الوصية من تلك الأسباب .
والقسم الأول: عرضت فيه لفكرة الوصية جاعلا نصب عيني ضرورة التأصيل في اطار نظرية عامة لهذه الفكرة بجعلها أصلا جامعا يدور في فلكه الباب الاول الذى يتناول ماهية الوصية ، والباب الثانى الذى يعرض ركن الوصية وشروطها . فالباب الاول قسمته الى فصلين : الاول في تعريف الوصية والثانى فى الاثر الذى يترتب على بيان ماهية الوصية والباب الثانى قسمته الى فصلين: أولهما فى ركن الوصية ، وثانيهما فى شروطها . ومن خلال المباحث والمطالب التى ينقسم إليها فصلا كان من البابين الاول والثانى ، حاولت أن أبلور النظرية العامة لفكرة الوصية .

وأما القسم الثانى ، فبحثت فيه أحكام الوصية ، وبينت حكم الوصية الشرعية فى باب أول ، وأوضحت حكم التصرفات الملحقه بالوصية فى باب ثان ، ثم ختمت ذلك بباب ثالث عرضت فيه لمسألتى تنفيذ الوصايا وتزاحمها . فأما بالنسبة الى الباب الاول فقد حاولت أن أعرض لمسائله فى فصول ثلاثة تتناول : علاقة الموصى بالموصى له ، وعلاقة الموصى والموصى له بأئال الموصى به ، ثم أحكام الوصية الواجبة . وفى الفصل الاول تعرضت فى مبحثين لفكرتى نفاذ الوصية وانعدام أثرها ، وفى الفصل الثانى تناولت فى مبحثين حكم تصرف الموصى فى المال وحكم تصرف الموصى له فى المال أيضا . ثم تناولت فى مبحث ثالث مدى تطبيق القانون الجديد على حق الايصاء ، أما فى الفصل الثالث فقد تعرضت لأحكام الوصية الواجبة فى مصر والمغرب جاعلا غايتى عرض هذه المسائل فى اطار نظرية عامة وبطريقة غير مسبوقه . وأما الباب الثانى فقد تعرضت لمسائله فى فصلين ، أولهما فى حماية الوارث من التصرفات الملحقه بالوصية

أى لحكم تصرفات المريض مرض الموت ، وحكم التصرف لو ارث مع الاحتفاظ بالحيازة والانتفاع ، وثانيهما فى علاقة الشهر بالوصايا سواء فى القانون الجزائى أ والقانون المقارن • وأما الباب الثالث فقد قسمته الى فصلين تعرضت فى أولهما لتنفيذ الوصايا وبينت ماهيته وحالاته ، وخصصت ثانيهما لتزاحم الوصايا فبينت أيضا ماهيته وحكمه •

وفى كل الاحوال ، ومن خلال المباحث التى تنقسم اليها تلك الفصول، جعلت النظريات العامة بمثابة الاصل الجامع الذى ترد اليه الحلول الجزئية حتى يسهل تفهم الموضوع ومن ثم تطبيق ما جاء به خير تطبيق ، فلا خير فى علم لا يخدم العمل - كما أن النظريات المجردة كما يقال عادة اذا لم تكن قابلة للتطبيق فهى والعدم سواء بسواء ، وهذا ما عملت على تجنبه اذ جعلت كل غايتى خدمة المقتضيات العملية من خلال الاصول النظرية • ولا يسعنى - فى هذا الصدد - الا أن أتوجه بالشكر الى أستاذنا

الدكتور على على سليمان الذى كان له الفضل الاعظم فى متابعة هذا البحث وتنقيحه من بداية وضع أول خطة الى أن خرج على هذه الصورة التى يقدم بها الى المناقشة وخاصة بما أبداه من انتقادات بشأنه وتوجيهات صائبة بغية تقويم الاخطاء التى وقع فيها المشرع الجزائى فى قانوننا المدنى الوليد والتى كانت خير موجه لى فى اعداد هذا البحث • كما يرجع الى سيادته الفضل فى تبيان المراجع التى أفادتنى فى اعداد هذه الرسالة • ان أستاذنا الدكتور على على سليمان قد ترك معالم عظيمة على طريق القانون والقانونيين فى الجزائر ولا نملك الا التوجه اليه بالشكر عرفانا بفضلله ، سائلين الله جل شأنه أن يمد فى عمره وأن يمتعه بالصحة والعافية حتى يغرف من حياض علمه طلاب العلم فى المجال القانونى •

كما لا يفوتنى أن أتوجه بالشكر سلفا للإساتذة الافاضل الذين سيتحملون عناء مناقشة هذه الرسالة ، وللتوجيهات التى سيقدمونها لى حتى تكون خطوة أهتدى بها فى حياتى القانونية بحول الله وحسن عونه •

فصل تمهيدي

في

الوصية وأسباب كسب الملكية

المبحث الأول: فكرة عن أسباب كسب الملكية ،

المبحث الثاني: مكانة الوصية من أسباب كسب الملكية •

القسم الأول

فكرة الوصية

الباب الأول

ماهية الوصية

الفصل الأول

تعريف الوصية

المبحث الأول: الوصية الشرعية •

المبحث الثاني: الوصية الحكمية •

لمطلب الأول: تصرفات المريض مرض الموت •

المطلب الثاني: التصرف لو ارث مع الاحتفاظ بالحيازة •

المبحث الثالث: الوصية الواجبة •

الفصل الثاني

اثر بيان ماهية الوصية

المبحث الاول: تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية •

المطلب الاول: المقصود بأحكام الشريعة الاسلامية •

المطلب الثاني: حرية الموصى في التصرف في ثلث ماله •

المطلب الثالث: موقف الورثة من الوصية طبقا للشريعة الاسلامية •

المبحث الثاني: أوصاف الوصية •

المطلب الاول: الوصية وشروط التعليق •

المطلب الثاني: الوصية وشروط التقيد •

الباب الثاني

ركن الوصية وشروطها

الفصل الاول

ركن الوصية

المبحث الاول: الصيغة •

المبحث الثاني: قيمة القبول •

الفصل الثاني

شروط الصحة

- بحث الاول: الوصى
- بحث الثانى: الموصى له
- بحث الثالث: الموصى به
- بحث الرابع: شكل الوصية طبقا للقانون المدنى الجزائرى والقوانين
عربية الاخرى

القسم الثانى

أحكام الوصية

الباب الاول

الاحكام بالنسبة الى الوصية الشرعية

الفصل الاول

علاقة الموصى بالموصى له

المبحث الاول: نفاذ الوصية •

المبحث الثانى : انعدام أثر الوصية •

الفصل الثانى

علاقة الموصى والموصى له بالمال الموصى به

المبحث الاول: حكم تصرف الموصى فى المال •

المبحث الثانى: حكم تصرف الموصى له فى المال •

المبحث الثالث: مدى تطبيق القانون الجديد على حق الايصال قبل وبعد
موت الموصى •

الفصل الثالث

أحكام الوصية الواجبة - دراسة مقارنة -

المبحث الأول: التشريع المصرى والوصية الواجبة •

المبحث الثانى: هل يساند الفقه الإسلامى التشريع المصرى ؟

المبحث الثالث: الرأى الخاص فى الوصية الواجبة •

الباب الثانى

أحكام التصرفات الملاحقة بالوصية

الفصل الاول

حماية الوارث من الوصية الحكمية

المبحث الاول: حكم تصرفات المريض مرض الموت •

المطلب الاول: ما هو مرض الموت فى الشريعة الاسلامية ؟

المطلب الثانى: موقف الورثة من الوصية طبقا لاحكام القانون

المدنى •

المطلب الثالث: التعارض بين نصوص الاثبات والوصية •

المبحث الثانى: حكم التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحيازة •

المطلب الاول: ماهية المشكلة •

المطلب الثانى: خضوعها لقواعد الاثبات •

الفصل الثاني

علاقة الشهر الوصايا

المبحث الأول: في القانون الجزائى •

المبحث الثانى: في القانون المقارن •

أبواب الثالث

تنفيذ الوصايا وتزاحمها

الفصل الأول

تنفيذ الوصايا

المبحث الأول: ماهيته •

المبحث الثانى: حالاته •

الفصل الثانى

تتزامن الوصايا

المبحث الأول: ماهيته •

المبحث الثانى: حكمه •

خاتمة نتيجة البحث والرأى الخاص •

فصل تمهيدي

فى

الوصية وأسباب كسب الملكية

حدد القانون المدنى الجزائرى طرقا معينة لكسب الملكية ، ولما كنت دراستى تنصب على بحث الوصية كسب من أسباب كسب الملكية، لاحت أقدم لهذه الدراسة بفصل تمهيدي أتعرض فيه لتلك الاسباب في مجموعها من جهة ، ولمكانة الوصية من تلك الاسباب من جهة أخرى . ونقتل كل مسألة - مما ذكرت - بمبحث خاص .

المبحث الأول

فكرة عن أسباب كسب الملكية

إن أى محاولة لاعطاء فكرة عن أسباب كسب الملكية لا تكون كاملة إلا إذا تطرق الباحث فيها الى الناحيتين : الفقهية والتشريعية . لذلك أعرض لهذه الفكرة في هذين المجالين .

أولا : الفكرة فى الفقه :

هناك محاولات فقهية مختلفة فى الفقه فيما يتعلق بأسباب كسب الملكية ، منها ما يعرض للموضوع دون محاولة تأصيل ، ومنها ما يحاول تحصيل الفكرة وردها الى أصل جامع . وأجتزئ فيما يلى ببعض الآراء الفقهية فى هذا الموضوع ، وهى آراء عربية مصرية وذلك لعدم وجود آراء فقهية جزائرية خاصة فيما يتعلق بالقانون المدنى الجديد .

م - الفكرة عند الدكتور عبد المنعم فرج الصدة :

لا يرد الدكتور عبد المنعم فرج الصدة أسباب كسب الملكية الى أصل جامع ، بل يكتفى بالقول أن المشرع (المصري) قد رتب تلك الأسباب ترقيباً منطقياً حين ذكر أنها : الاستيلاء ، والميراث ، والوصية ، والالتصاق ، والعقد ، والشفعة ، والحيازة . وعند تقسيمه لتلك الأسباب ، قال ان المعيار الذي اعتد به القانون يتلخص في : هل كان للمالك سابق أولاً ؟ فالملكية تكتسب ابتداء بالاستيلاء ولكنها قد تنتقل من مالك سابق أما بسبب الوفاة سواء تم ذلك عن طريق الميراث أو الوصية وأما بسبب الالتصاق أو العقد أو الشفعة أو الحيازة ، اذا كان ذلك قد تم فيما بين الأحياء . (1)

ب - الفكرة عند الدكتور شفيق شحاتة :

حاول الدكتور شفيق شحاتة تأصيل أسباب كسب الملكية ، وقال بأنها ترجع الى المصادر الثلاثة الآتية :

أولاً : التصرف القانوني : وهو يتمثل في العقد من جهة ، والوصية من جهة أخرى في هذا الصدد .

ثانياً : الواقعة الاختيارية : وتنطوي على الاستيلاء وحيازة المنقول .

ثالثاً : الواقعة الطبيعية : ويندرج فيها مسائل ثلاث هي : الالتصاق ، والشفعة ، والتقادم (2) .

وهذا رأى منتقد ، لأن الشفعة كسب من أسباب كسب الملكية هي

(1) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة - حق الملكية - ط : 3 - مصر 1967 -
بند 242 - ص . 359 وهو إذ عرض فكرته ، فانما مهد لها بانتقاد خطة المشرع
المصري غير المنطقية في القانون الملى - المادة 66/44 .
(2) الدكتور شفيق شحاتة - النظرية العامة للتأمين العيني - القاهرة 1951 -
ص . 197 - 199 .

نصرف ارادى من جانب الشفيع وان كان المبرر لها سببا ماديا أى واقعة ضيعة ، غير أن هذه الواقعة الطبيعية لا تكسب الملكية بذاتها كما هى محل فى الالتصاق وانما الذى يكسب الملكية فى الشفعة هو اعلان رغبته فى الأخذ بالشفعة والحكم له بها وتسجيله ، وكل هذه أمور قانونية •

وخلاصة ما تقدم أن مصادر الحق العيني عامة وأسباب كسب ملكية خاصة هى ذاتها المصادر السبعة المعروفة فقها وتشريعا ، ومن سبب النوصية التى تدخل فى مفهوم التصرف القانونى •

د - الفكرة عند المرحوم الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى :

لا يكاد باحث فى الفقه العربى يجد محاولة أكثر كمالا من تلك التى أحراها الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى فى تأصيله لأسباب كسب الملكية والتى خرج فيها برأى مستقل بعد أن عرض للفقهين : العربى وفرنسى • فعنده أن القانون برمته يمكن تلخيصه فى أمرين :

الأول : هو الحق •

والثانى : وهو مصدر الحق •

ومصدر الحق لا يعد وأن يكون اما : التصرف القانونى ، أو
واقعة القانونية •

ولقد ظهر من التطور التاريخى للفكر القانونى الفرنسى أنه فصل مصدر الحق العيني عن مصادر الحق الشخصى ، وذلك بسبب التأثير بقانون الرومانى ، رغم أن أسباب كسب الحق العيني هى بعينها مصادر كسب الحق الشخصى ، وهى جميعا ترد الى أمرين :

الأول : هو التصرف القانونى •

والثانى : هو الواقعة القانونية (1) •

واجتزاء ببعض آراء الفقه الفرنسى — التى عرض لها — يمكن القول ان الفقيه الفرنسى «تولييه» هو أول من رد مصادر الالتزام الى مصدرين :

أولهما : ارادة الانسان ، وسماه التصرف القانونى •

وثانيهما : القانون ، وسماه الواقعة القانونية •

ولكنه لم يسلم من الانتقاد ، من حيث انه قصر المصادر على الحق الشخصى دون الحق العيى (2) • وهذا المنتقد الأساسى هو الذى يتعلق بموضوع بحثى ، لذلك أجتزئ به عن غيره •

ولكن الفقيه الفرنسى «ديموج» هو الذى عرض لموضوع الوصية على وجه الخصوص ، وصنفها بين التصرفات التى تصدر بالارادة المنفردة • وهو يعرف التصرف القانونى تعريفا يختلف عن تعريفات الفقهاء الألمان والايطاليين اذ يبرز — على خلافهم — أن التصرف القانونى هو ما تتوافق فيه الغاية الاجتماعية المقصودة مع الارادة الخاصة للشخص ، ويقسم التصرف القانونى الى قسمين :

الأول : التصرف بارادات متعددة •

والثانى : التصرف بالارادة المنفردة •

وبالنسبة الى القسم الثانى ، أى التصرف بالارادة المنفردة فهو يصنفه على النسق التالى :

(1) الدكتور عبد الرزاق أهيد السهنورى — التصرف القانونى والوانعة القانونية

— دروس للدكتوراه بجامعة القاهرة — دبلوم القانون الخاص — سنة 1954/53

— ص. 1 — 13 وعلى وجه الخصوص الصفحة الأخيرة •

(2) الدكتور عبد الرزاق أهيد السهنورى — المرجع السابق — ص 15 وما بعدها.

أولاً : الوصية •

ثانياً : الإثبات •

ثالثاً : التنازل عن الحق •

رابعاً : استعمال حق الخيار •

وهكذا أدخل «ديموج» الوصية في التصرفات القانونية لا في الواقعة القانونية (1) •

وأما الأستاذ «بيير هيبرو Pierre Hébraux» فقد عرف التصرف القانوني بأنه : مظهر للتعبير عن ارادة ، تستهدف احداث أثر قانوني ومن أمثلة: العقود ، والاجازة ، والتبني ، وكذلك الوصية وغيرها (2) • ولكن الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري يرى أن هؤلاء الفقهاء وغيرهم ممن تعرض لهم ، قد زادوا الأمر تعقيدا ، ويعرض نظريته الخاصة بهذا الصدد ، ويقول ان أسباب كسب الملكية سبعة هي : الاستيلاء والميراث ، والوصية ، والالتصاق ، والعقد ، والشفعة ، والحيازة (3) • وهذه الأسباب تقابل مصادر الالتزام وهذه المصادر وتلك الأسباب لها أساس واحد «ذلك أن جميع مصادر الحقوق — عينية كانت أم شخصية — بل جميع مصادر الروابط القانونية ترجع أما الى الواقعة المادية أو الى التصرف القانوني (4) • ورد أسباب كسب الملكية الى أصلى علمى جامع هو أمر يسير ، اذ تدخل الوصية والعقد في مجال

(1) الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري — المرجع السابق — ص. 39 — 41.

(2) بيير هيبرو — موسوعة دالوز — سنة 1951 تحت كلمة «تصرف» acte « مشار اليه في المرجع الاخير — ص. 113 — 119 .

(3) الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري — الوسيط في شرح القانون المدني «المصري» الجزء الاول : مصادر الالتزام — ط : 2 — مصر 1964 بند 33 — ص. 144 .

(4) الدكتور عبد الرزاق السنهوري — الوسيط ج : 9 — أسباب كسب الملكية — مصر 1968 — بند 1 — ص. 6 .

- التصرف القانونى ، وتندرج الأسباب الأخرى فى الواقعة المادية (1) •
- وسنرى مدى تبنى المشرع لهذا التقسيم العلمى •

وخلاصة القول : ان الوصية تصرف قانونى من جانب واحد
يفضى الى كسب الملكية ، اذا تصرف الشخص فى ماله بمقتضاها تصرفا
مضافا الى ما بعد وفاته •

ثانيا : الفكرة من الناحية التشريعية :

حتى يمكن معرفة مدى توفيق المشرع الجزائى فى عرضه لأسباب
كسب الملكية من حيث الصياغة العلمية ومجاراة الأصول المنطقية ، فانه
يجدر التعرض لهذه الفكرة فى القانون المصرى ثم فى القانون الجزائى •

1 - الفكرة فى القانون المصرى :

أولا : فى القانون المدنى المصرى القديم :

كانت المادة 66/44 من القانون المدنى المصرى القديم تنص على
أسباب كسب الملكية بقولها : «تكتسب الملكية ، وانحقوق العينية ،
بالأسباب التالية : العقود ، الهبة ، الميراث والوصية ، وضع اليد ،
إضافة الملحقات للملك ، الشفعة ، ومضى المدة الطويلة » •

ويمكن أن أوجه الى هذا النص المعيب انتقادات من بينها :

م - انتقاد منطقى : فالقانون المدنى المصرى القديم ، حسبما

(1) الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى - الوسيط - ج : 9 - المرجع
السابق - 1 - ص. 6. وقد أفصح المرحوم الدكتور عبد الرزاق السنهورى
فى الجزء الاول من الوسيط - بند 3 - ص 144 عن أن أسباب كسب الملكية
سبعة من بينها الوصية ، والرغبة فى الاخذ بالشفعة ، وهذان تصرفان قانونيان
صادران عن جانب واحد ، والعقد وهو تصرف قانونى صادر عن الجانبين ،
وأما الميراث وأسباب الاخذ بالشفعة فقد أدخلهما فى الوقائع الطبيعية فى
حين أنه أدخل الاستيلاء والالتصاق فى الاعمال المادية .

يبين من النص المتقدم ، لم يكن منطقيا حين عرض للأسباب التي بمقتضاها تكتسب الملكية • ويكفى القاء نظرة على الترتيب الذي أخذ به لاستظهار ذلك • ولاشك أن كل كلمة تصدر عن أى مشرع يجب أن يكون لها وضعها المنطقي ، سواء بالنسبة الى ما قبلها أو بالنسبة الى ما بعدها ، وهذا ما لا يفهم من ترتيبه لوضع اليد (ويقصد به الاستيلاء) بين الميراث والوصية من جهة ، وازضافة الملحقات للملك والشفعة من جهة أخرى •

ب -- انتقاد غنى : لم يتوخ المشرع المصرى ، فى النص المتقدم ، أصول الصياغة الفنية ، ولذا كالمظاهر عديدة منها :

1 - لقد نص المشرع على الهبة كسبب من أسباب كسب الملكية مع أنها فى الواقع نوع من أنواع العقود التى نص عليها كسبب مستقل ، لذلك لم يكن شمة داع لذكر الهبة وتخصيص كلمة العقد بحيث تخرج منه الهبة طالما ليست هناك ضرورة فنية تلجئ الى هذا التخصيص ، فالتكرار أمر مجوج تشريعيا •

2 - لقد استخدم المشرع اصطلاحات غير دالة تماما على المقصود منها ، فقد استخدم تعبير «وضع اليد» قاصدا منه الاستيلاء وسمى الحيازة اسما لا يتسع لمعناها ألا وهو «مضى المدة الطويلة» ، كما عبر عن الالتصاق بتعبير آخر هو «اضافة الملحقات الى الملك» •

ثانيا : فى القانون المدنى المصرى الحالى :

تجنب القانون المدنى المصرى الحالى ما وقع فيه القانون القديم من تناقض وغموض ، فعدد أسباب كسب الملكية بطريقة منطقية فى المواد 870 الى 984 وهى : الاستيلاء ، والميراث ، والوصية ، والالتصاق ، والعقد ، والشفعة ، والحيازة (1) •

(1) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة - المرجع السابق - بند 242 ص 359 .

2 - الفكرة في القانون المدنى الجزائرى :

نهج القانون المدنى الجزائرى نهجا قريبا من مسلك شقيقه المصرى فيما يتعلق بأسباب كسب الملكية •

فلقد تناول تلك الأسباب فى الفصل الثانى من الباب الأول من الكتاب الثالث الخاص بالحقوق العينية الأصلية ، حيث عرض لها فى المواد من 773 الى 843 وذلك فى ستة أقسام •

القسم الأول : فى الاستيلاء والتركة (أى الاستيلاء والميراث) •

القسم الثانى : فى الوصية •

القسم الثالث : فى الالتصاق بالعقار •

القسم الرابع : فى عقد الملكية •

القسم الخامس : فى الشفعة •

القسم السادس : فى الحيازة •

وهكذا يكون القانون المدنى الجزائرى قد قسم أسباب كسب الملكية تقسيما منطقيا ، ذلك أنه صدر تلك الأسباب بالاستيلاء وهو سبب يفضى الى كسب الملكية ابتداء ، ثم ذكر التركة قاصدا بها الميراث ، وأعقبه بالوصية ، وهذان سببان من أسباب كسب الملكية بالوفاء وكان الأفضل وضعهما فى قسم واحد • ثم عرض لانتقال الملكية بين الأحياء وهى : الالتصاق بالعقار ، والعقد (وان سماه عقد الملكية)، والشفعة ، والحيازة • ولم يفرد للهبه نصا خاصا كما كان يفعل النص المصرى فى القانون القديم «المعيب» • فضلا عن أنه استحدث الشفعة أخذا من

مبادئ الشريعة الإسلامية على خلاف القانون المدني الجزائري
الملغى (1) •

المبحث الثاني

مكانة الوصية من أسباب كسب الملكية

عرضت — فيما تقدم — لأسباب كسب الملكية بوجه عام ، سواء
في الفقه أو في التشريعات — وهناك محاولة فقهية للدكتور محمد على
عرفة قد تكشف عن مكانة الوصية من أسباب كسب الملكية أعرض لها
كفكرة ثم أبين الانتقادات التي وجهت إليها وذلك قبل التعرض لمكانة
الوصية من أسباب كسب الملكية حسبما انتهت إليه •

فلقد قسم الدكتور محمد على عرفة أسباب كسب الملكية الى أنواع
ثلاثة :

النوع الأول : أسباب منشئة للملكية ، وحصرها في ثلاثة هي :
لاستيلاء ، والالتصاق ، والحيازة •

النوع الثاني : أسباب ناقلة للملكية ، وقرر أنها تتمثل في : العقد
من جهة ، والشفعة من جهة أخرى •

النوع الثالث : أسباب خلافة في الملكية ، وحددها في الميراث ثم
في الوصية (2) •

ويقرر الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري أن هذا التقسيم غير
واضح لأن الميراث والوصية ليسا من أسباب الخلافة العامة الا اذا

(1) أستاذنا الدكتور على سليمان — محاضرة عن القانون المدني الجزائري الجديد
— بند 8 — ص. 3 .

(2) الدكتور محمد على عرفة — أسباب كسب الملكية — ج : 2 — القاهرة 1955
— ص 2 وما بعدها — مشار الى ذلك في : الدكتور عبد الرزاق أحمد
السنهوري — الوسيط — ج : 9 — ص 8 هامش (1) وذلك ص 9 .

فهمت الخلافة العامة بمعنى عام ، وفي هذا الصدد ومع التسليم جدلا به ، فإن الوصية ليست سبب خلافة عامة ، بل قد تعتبر سبب خلافة خاصة كما هو الحال غالبا (1) .

ومفاد ما تقدم أن بعض الفقه كان يريد جعل الوصية سببا من أسباب الخلافة في الملكية وذلك دون أن يحدد ماهية هذه الخلافة والمقصود بها ، ورأى الفقه أن الوصية تكون أوضح لو جعلت من بين الأسباب الناقلة للملكية بسبب الوفاة (2) .

والواقع أنه يمكن القول بلا خلاف أن الوصية سبب من أسباب كسب الملكية بسبب الوفاة ، لأنها بهذه المثابة هي «تصرف في التركة يضاف الى ما بعد الموت» (3) ، ومن ثم لا يتصور نفاذها غالبا — رغم انعقادها — الا بموت الموصى وقبول من صدرت لصالحه (4) ، ويشارك الميراث الوصية في هذا المنأط .

وتقاسم الوصية بعض أسباب كسب الملكية صفة التصرف القانوني كالعقد . ولكن الوصية تختلف من حيث ماهيتها عن أسباب أخرى لكسب الملكية ، فهناك أسباب ليست بتصرفات وانما هي وقائع مادية كالاستيلاء أو وقائع طبيعية كالميراث والتقادم . فالوصية تتسم بأنها تصرف قانوني من جانب واحد يفضى الى اكتساب الملكية بسبب الوفاة .

وتحتل الوصية مكانة هامة بين أسباب كسب الملكية أكدتها مكانتها من أسباب كسب الملكية على النحو السالف ، ويتضح ذلك في الآتى :

-
- 1 الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى — الوسيط — ج : 9 — المرجع السابق — الهامش التابع للصحيفة الثامنة بالصفحة 9 .
 - 2 الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى — الوسيط — ج : 9 — المرجع السابق — ص 9 . بالهامش التابع للصحيفة الثامنة .
 - 3 4 استاذنا الدكتور على سليمان — شرح القانون الدولى الخاص الليبى — تنازع القوانين من حيث المكان — منشورات جامعة بنغازى — سنة 1969 — ص. 111 .

أولاً : ان الوصية على ارادى منحها الله سبحانه وتعالى للإنسان،
 كى يتخذ منها وسيلة لمنح الغير حقاً مشروعاً ، برا بذوى القربى أو
 لأحب الحاجات ، ما دام له فضل مال يتسنى له منه الايضاء ، وما
 دامت الوصية تنتم فى حدود المعروف (1) . يتضح ذلك من قوله تعالى :
 « كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيراً الوصية للوالدين
 والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين فمن بدله بعد ما سمعه فانما أثمه
 من الذين يبدلون » ان الله سميع عليم ، فمن خاف من موص جنفاً أو
 فاصح بينهم فلا اثم عليه ، ان الله غفور رحيم » (2) .

ثانياً : ان الوصية لا يتحقق فيها معنى الاضرار كما يحدث فى
 بعض أسباب كسب الملكية الأخرى ، اذ قد يتم الاستيلاء على ما يظن
 له مباح وغير مملوك لأحد . ويتضح عكس ذلك ، حين يكون القانون قد
 حمى من قام بالاستيلاء ، وليس ذلك مما قد يتحقق فى الوصية اذ
 المعلوم أنها وان كانت من أسباب كسب الملكية الا أنها مقيدة بعدم
 الاضرار ، فوصية الضرار لا يجوز تنفيذها سواء كانت فى حدود الثلث
 أو غير ذلك لأنها من الكبائر المحظورة شرعاً كما يذهب اليه بعض
 الفقهاء ، (3) . وقد أورد الطبرى فى صدد قوله تعالى « من بعد وصية
 يوصى بها أو دين غير مضار ، وصية من الله والله عليم حكيم »
 ان الحيف فى الوصية من الكبائر ، وأورد عن ابن عباس من طريق آخر
 ان الضرار والحيف فى الوصية من الكبائر (4) .

(1) الشيخ عيسوى أحمد عيسوى — نظرية التعسف فى استعمال الحق — مقال
 منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية — العدد الاول — السنة الخامسة —
 يناير 1963 — ص 60 .

(2) سورة البقرة .

(3) الشوكانى (محمد بن على بن محمد) — نيل الاوطار شرح منتقى الاخبار من
 أحاديث سيد الاخيار — ط : 1 — مصر 1357 هـ — الجزء السادس — ص 2 .

(4) أبو جعفر محمد بن جرير الطبرى — جامع البيان عن تأويل آى القرآن — الجزء
 الثامن — حققه وعلق حواشيه محمود محمد شاكر وراجعته وخرج أحاديثه أحمد
 محمد شاكر — مصر — تاريخ الطبع غير مذكور — ص 65 .

ثالثا : ان الوصية دون غيرها تستقل بأنها تفضى الى تدارك ما فات الانسان القيام به من واجبات في حياته ، قال صلى الله عليه وسلم « ان الله تبارك وتعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم ، فضعوه حيث شئتم » •

وهكذا تتضح مكانة الوصية (1) من أسباب كسب الملكية ، وبين تلك الاسباب وتتجلى حقيقتها وتتأكد أهميتها •

(1) لم يغفل الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري أمر مكانة الوصية حين عرض لمصادر الحق في الفقه الاسلامي - الجزء الاول « في المقدمة وصيغة العقد » - القاهرة 1967 - فقرر انه وان كان من مصادر الحق العيني بالنسبة الى أسباب الملك : العقد والوصية ، فانه بالنسبة الى حقوق الارتفاق يعتبر العقد والوصية أيضا مصدرًا لها - ص 69 ، كما أن الاستاذ محمد سلام مذكور قد حاول بيان هذه المكانة بقوله : ان الاسباب الناقلة للملكية ... « أما أن تكون نتيجة عقد من عقود التملك تبرعا كان أو معاوضة كعقد الشراء والوصية ... » - مؤلفه في المدخل للفقه الاسلامي : تاريخه ومصادره ونظرياته العامة - ط : 4 - مصر 1969 - ص . 485 .

القسم الاول

فكرة الوصية

يقتضى التعريف بفكرة الوصية بيان ماهيتها من جهة ، وركنها
وشروطها من جهة أخرى • لذلك أعالج هاتين المسألتين في بابين متتابعين •

الباب الاول

ماهية الوصية

ان بيان ماهية الوصية ، يستلزم التعرض لتعريفها ، وما يترتب
على هذا من أثر خاص •

وسأعرض لكل مسألة من هاتين المسألتين في فصل مستقل •

الفصل الاول

تعريف الوصية

للوصية مفهوم قانونى وشرعى محدد ، يجعل لها نطاقا خاصا بها ،
ومن ثم فالاصل هو أن تكون الوصية نوعا واحدا ، هو ما يعرف بالوصية
الشرعية ، واليه ينصرف المعنى اذا أطلقت كلمة الوصية من غير وصف •
ولكن لقانون — لعل معينة — رأى أسباغ أحكام الوصية على بعض
التصرفات التى ألحقها بها ، وهناك فى النهاية ما يعرف فقها وقانونا
بالوصية الواجبة • فهذه اذن مسائل ثلاث تفضى الى كسب الملكية ،
وتخرج فى مفهوم الوصية وهى :

الاولى : الوصية الشرعية •

الثانية : ما يخلق بالوصية •

الثالثة : الوصية الواجبة •

وحتى يتحدد مفهوم الوصية ، فاننى أعرض لتعريف هذه المسائل
الثلاث في مباحث ثلاثة •

المبحث الاول

تعريف الوصية الشرعية

نص المشرع الجزائري على الوصية — باعتبارها سببا من أسباب
كسب الملكية في القانون المدنى — في المواد 775 الى 777 ، ولكنه نص في
أولى هذه المواد على أنه « يسرى على الوصية قانون الاحوال الشخصية،
والنصوص القانونية المتعلقة بها » • ويقصد المشرع من ذلك تطبيق
أحكام الوصية التى افترض وجودها في قانون الاحوال الشخصية وذلك
كما تجرى عليه عادة التشريعات ، فمثلا نص المشرع في المغرب على
الوصية في الكتاب الخامس من مدونة الاحوال الشخصية وعلى الوصية
الواجبة في الكتاب السادس لدى تناوله للميراث ، ولكنه اذا علم أنه لم
يصدر في الجزائر قانون يضبط أحكام الوصية سواء مستقلا أو في نطاق
مدونة الاحوال الشخصية لبات من الضروري جلاء بعض أحكام الشريعة
الاسلامية في اطار هذه الدراسة بقدر ما تلجىء اليه طبيعة موضوع بحثى
عن الوصية كسبب من أسباب كسب الملكية •

فماذا يقصد بالوصية « الشرعية » ؟

لقد اختلف الفقهاء اختلافا بينا بصدد تعريف الوصية ، فمنهم من
سماها عهدا خاصا ، ومنهم من جعلها تمليكا تبرعيا ، لكن بعضهم اعتبرها
هبة ، والبعض الآخر قال أنها تبرع • هذا من حيث التعريف في حد
ذاته ، ومدى دلالة على ماهية الوصية • وازاء هذه الاختلافات ، يجدر

لتعرض للتعريفات من الناحيتين : التشريعية والفقهية وتحليلها ، بغية
المقابلة بينها واختيار التعريف الانسب منها . ويمكن عرض هذه
التعريفات فيما يلي :

أولاً : التعريف من الناحية التشريعية :

(أ) في قانون الوصية المصري رقم 71 لسنة 1946 :

نصت المادة الأولى من ذلك القانون على أن « الوصية تصرف في
التركة مضاف الى ما بعد الموت » ، فالقانون قد جعل معنى الوصية
تصرفاً . وسماها تصرفاً ، ولم يجعله منجزاً بل مضافاً الى أجل غايته
موت الموصى .

(ب) في مدونة الاحوال الشخصية المغربية :

ورد في الفصل 173 من الكتاب الخامس أن « الوصية عقد يوجب
هذا في ثلث مال عاقده يلزم بموته » .

وهذا الاتجاه غير صحيح من حيث التكييف ، لان الوصية لا تنعقد
بمجرد الإيجاب والقبول حتى تسمى عقداً ، بل تنعقد بإرادة الموصى
وهذه . والتعريف مأخوذ عن الفقه المالكي الشائع في المغرب .

ثانياً : التعريف من الناحية الفقهية :

1 - يعرف ابن عابدين الوصية بأنها « تملك مضاف الى ما بعد
موت بغريق التبرع » (1) .

وهذا التعريف قاصر من وجوه منها أنه يحصر الوصية في كل ما

(1) ابن عابدين (محمد امين بن عبد العزيز) - رد المحتار على الدر المختار -
شرح تنوير الابصار - ط : 3 - القاهرة 1325 هـ - ج : 5 ص 427 .

يعتبر تمليكا فقط ، ولا يضيف التملك الى التركة أو الى جزء منها ، وأن كان موفقا في الاتى :

— أنه قيد الوصية بضرورة أن تكون مضافة الى ما بعد الموت فأخرج من مفهومها كل تبرع بطريق الهبة •

— أنه قيد الوصية بقيد آخر يفهم من عبارة « بطريق التبرع » التى وردت في نهايته مفاده أن الاقرار بالدين لاجنبى لا يدخل في معناها •

2 — وعرفها البعض بأنها « هبة الرجل ماله لشخص آخر أو لأشخاص بعد موته أو عتق غلامه ، سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح » (1) •

وهذا التعريف منتقد ذلك أنه سمي الوصية « هبة » رغم اختلاف ماهيتها ، فضلا عن أن الهبة تختلف عن الوصية من وجوه أهمها :

أولا : من حيث الاثر :

ان أثر الوصية ينعدم في الفترة ما بين صدورها عن الموصى ووفاته ، أما الهبة فانها تنتج آثارها في الحال ، ولا يتراخى أثرها لحين موت الواهب فهي عقد تمليك في الحال دائما ما لم يقترن بشرط أو بأجل ككل العقود الاخرى •

ثانيا : من حيث الاركان :

ان الركن الاوحد للوصية هو الايجاب ، وبصدوره تنبرم الوصية •

(1) أورد هذا التعريف من بين تعريفات عديدة الاستاذ محمد مصطفى شلبى في مؤلفه أحكام الوصايا والاقواق — ط : 3 — 1967 — ص 23 .

أما الهبة فلا بد لها من ايجاب وقبول حتى يتحقق وجودها : أى أن الوصية تصرف من جانب واحد ، أما الهبة فتصرف من الجانبين •

فالهبة لا تتحقق عند «زفر» الا بايجاب وقبول متطابقين ولا تصح عند الحنابلة والشافعية الا بهما (1) ، ولئن كان مالك وأبو حنيفة وصاحباهما يقولون بكفاية الايجاب لتحقق وجود الهبة من الناحية الشرعية فان هذا القول لا يريد الا التيسير فقال بالوجود الشرعى لا الوجود المادى حتى يتحقق للموهب له حظه من الخير الذى تمنحه له الهبة • وبناء على ما تقدم من أوجه الاختلاف بين الهبة والوصية ، فانه لا يمكن المساواة بينهما عن طريق تعريف الوصية بأنها هبة • ورغم ذلك ، فان التعريف من ناحية أخرى وقد جاء موسعا لدرجة أنه لم يقصر الوصية على المال بل جعلها ممكنة ولو بعنق غلام سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح •

وثم فريق ثالث من الفقهاء يعرف الوصية بأنها « تبرع بحق مضاف ولو تقدير لما بعد الموت » وذلك هو مذهب الشافعية (2) •

وهذا التعريف سمي الموصى به « حقا » ، ومن ثم يدخل فى مفهومه مسائل منها : الوصية بالابراء من الدين ، والوصية بالابراء من الكفالة ، والوصية بتأجيل الدين ، وان كنت أرى أن التعبير عن ماهية الوصية بكلمة «تبرع» هو تعبير مفضل والافضل منه القول بأن الوصية « تصرف » •

وتعرف الوصية كذلك من بين ما تعرف به بأنها « عهد خاص مضاف

(1) الدكتور بدران أبو العنين بدران — المواريث والوصية والهبة فى الشريعة الإسلامية — والقانون — الاسكندرية 1395 هـ / 1975 م — ص 214 .
(2) الاستاذ احمد الحصرى — التركات والوصايا فى الفقه الإسلامى — الأردن — 1972 — ص 533 . وورد التعريف دون ذكر انه للشافعية لدى الاستاذ محمد مصطفى شلبى — المرجع السابق — ص 23 .

الى بعد الموت » (1) • ويقرر البعض أن هذا التعريف يشمل كل الاشياء التى يستطيع الشخص الايصاء بها حتى لو تمثل ذلك فى اقامة الوصى على أولاد المتصرف ، كما أنه تعريف قريب من تعريف المادة الاولى من القانون الصادر برقم 71 لسنة 1946 والخاص بالوصية (2) ومع ذلك فان كلمة « عهد » قد تفيد أن الوصية تنطوى على معنى الالتزام أى انشاء الحق الشخصى فى حين أنها تنشئ حقاً عينياً على الشئ الموصى به •

وفى النهاية ، فانه اذا كان القانون المغربى — كما تقدم — قد جعل الوصية عقداً ، فانما قد استمد ذلك من الفقه المالكى الذى يرى أن الوصية « عقد يوجب حقاً فى ثلث مال عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده » (3) • وذلك هو التعريف الذى يقول به الفقهاء وهو تعريف يؤخذ عليه ما سبق ابداءه بالنسبة الى تعريف الوصية فى قانون الاحوال الشخصية المغربى •

والترجيح بين التعريفات المتقدمة ميسور لما تقدم ابداءه من ملاحظات ، ويمكن القول بأن تعريف القانون المصرى للوصية هو تعريف يؤدى الغرض ، ولهذا تبنى الثقة من الفقهاء تعريفات قريبة منه ، وان كانت تفضله فى أنها استخدمت فعل « يضاف » بدلا من كلمة « مضاف » فى هذا التعريف ، لان الفعل فى هذا الصدد أكثر دلالة على المطلوب فضلا عن أنه يمكن البحث فى ثنايا الجملة التى ورد فيها عن دلالة • من

(1) الدكتور بدران أبو العينين بدران — المرجع السابق — ص 128 .

(2) الدكتور بدران أبو العينين بدران — المرجع السابق — ص 128 .

(3) ورد ذلك فى حاشية الدسوقي على الشرح الكبير — ج : 4 — ص 422 (والحاشية للعالم شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي ، وهى على الشرح الكبير لأبى البركات سبى أحمد الدردير) وقد نشر بمصر دون ذكر تاريخ الطبع . وقد ورد أيضا تعريف مقارب لما تقدم فى مؤلف الأستاذ محمد مصطفى شلبى — المرجع السابق — ص 22 . هامش .

ذلك ما فرره أستاذنا الدكتور على على سليمان في تعريفه للوصية من أنها « تصرف في التركة يضاف الى ما بعدت الموت » (1) •

وهذا التعريف هو تعريف شامل ، ويتأتى شموله من أنه يندرج في مفهومه الشيء الموصى به أيا كان مالا أو منفعه ، والموصى له سواء تعين بالصفة أو بالاسم حتى ولو لم يكن أهلا للملك كالوصية لمسجد أو جهة بر أو ما الى ذلك • كما أنه يشمل الوصية بالاسقاطات التي فيها معنى « التملك » كالإبراء من دين ، والاسقاطات المحضة كمن يوصى بإبراء كفيل من الكفالة « وما اذا كان الموصى به حقا من الحقوق التي ليست مالا ولا منفعة ولا اسقاطا ، ولكنه حق مالى لتعلقه بالمال كالوصية بتأجيل الدين الحال • • والوصية بتقسيم التركة • • » (2) وهكذا

ومع ذلك ، يقال أن هذا التعريف غير شامل أحيانا • والرد على ذلك أنه لا ضرر من قصور التعريف عن شمول التبرعات المنجزة في مرض الموت ، لأنها وان أخذت حكم الوصية انتهاء فانها تأخذ حكم الهبة ابتداء لاسيما في انشائها حيث « يشترط في صحتها ما يشترط لصحة التبرعات من كون محلها معلوما عند المالكية وأنه لا يصح تعليقها بالشرط ، كما يشترط في ثبوت الملك بها القبض من الممتلك فلو مات المتبرع قبل أن يقبضها المتبرع له كان الخيار للورثة ان شاؤوا نفذوا العقد وان شاؤوا ضعه بخلاف الوصية في كل ذلك » (3) •

وهناك من الفقهاء من يذهب الى القول بأن المأخذ الحقيقي على هذا التحريف هو أنه « لا يحدد مضمون الوصية من حيث الحقوق التي يكسبها الشخص بمقتضاه • • • كما هو المؤلف في التعريفات الوضعية

-
- (1) حيث قال أنه نقله عن النفراوى في شرح الرسالة - ج : 3 ص 2 .
(2) أستاذنا الدكتور على على سليمان - شرح القانون الدولى الخاص الليبى -
(2) الأستاذ محمد مصطفى شلبى - المرجع السابق - ص 24 .
ص 111 .
(3) الاساذ محمد مه طفى شلبى - المرجع السابق - ص 24 .

للتصرفات القانونية المختلفة » (1) ، ولذلك يقترح تعريفا للوصية يتلافى ما تقدم وهو أن الوصية « تصرف مضاف الى ما بعد الموت يكون للموصى بمقتضاه أن ينقل كل ماله أو بعضه الى الموصى له أو يخوله حقا يتعلق بهذا المال » (2) .

وكل ما يقصده صاحب هذا التعريف هو أن يشمل كل صور الوصية سواء كانت وصية بالملكية أو بحق عيني آخر أو وصية بإبراء من الدين أو الكفالة ، والوصية بمنفعة أو بمرتب أو بأى حق آخر ليس فيه كسب مال ولكنه يتعلق بأموال التركة . ومثال الوصية المتعلقة بأموال التركة وصية المورث بتقسيم التركة بين الورثة (3) .

والواقع أن تعريف الدكتور عبد المنعم فرج المعدة قد جاء شاملا ولكنه كان متزيدا في القول وما جاء في قانون الوصية من تعريف انما هو كاف خاصة اذا ما أخذنا في الاعتبار بما ورد بالملزمة التفسيرية لقانون الوصية من أن المراد بلفظ « التركة » هو كل ما يتركه المورث للمورث من مال أو منفعة أو حـ ق من الحقوق الأخرى (4) .

وعلى ذلك فاننى أقترح على ذوى الشأن ممن يضعون قانون الوصية تعريفها بأنها « تصرف في التركة يضاف الى ما بعد الموت » (5) .

والوصية بهذا المعنى لا يمكن أن تختلط بالبيع لان الصفة الرئيسية فيها هي انعدام العوض ، فهي وان كانت تنتقل الملكية تماما كالبيع الا أنها تختلف عنه في أن البيع لا بد فيه من مقابل وهي ليست كذلك لانها تبرعية،

(1) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة - حق الملكية - ط : 3 - 1967 - ص 794

هامش (2) .

(2) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة - المرجع السابق - بند 527 - ص 794 .

(3) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة - المرجع السابق - بند 527 - ص 795 .

(4) الدكتور بدران أبو العينين بدران - المرجع السابق - ص 129 .

(5) وهذا هو تعريف استاذنا الدكتور على علي سليمان ، استقاه من الفقه الاسلامي - شرح القانون الدولي الخاص الليبي - المرجع السابق - ص 111 .

وحين أقول أن البيع له مقابل فأننى لا أقصد كلمة المقابل الشائعة في القوانين والسوابق القضائية الانجلوسكسونية (1) والتي تقوم مقام نظرية السبب في التشريعات اللاتينية ، ولكننى أعنى أن البيع عقد معاوضة وليست الوصية كذلك • وإذا كانت هناك فوارق محضة بين الهبة والبيع (2) فإنه لا يجب من باب أولى الخلط بين الوصية وأى تصرف قانونى آخر كالبيع وما اليه •

وخلاصة ما تقدم أن الوصية تعتبر تصرفا قانونيا صادرا من جانب واحد ، وتختلف عن غيرها من التصرفات القانونية من نواح عديدة وهى تعرف بأنها « تصرف فى التركة يضاف الى ما بعد الموت » •

المبحث الثانى

ما يلحق بالوصية

ألحق القانون المدنى الجزائرى بالوصية تصرفين قانونيين أعطاهما حكمها ، وهما : تصرفات المريض مرض الموت ، والتصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحيازة • وهاتان مسألتان لم تردا فى القانون الفرنسى (3) • وسأتناول تعريف هذين الامرين فى مطلبين متواليين •

-
- (1) آلان فارنسورث — المدخل للنظام القضائى فى الولايات المتحدة الامريكية — ترجمة الدكتور محمد لبيب شنب — القاهرة 1970 — ص 162 وما بعدها ، رينيه دافيد — دروس فى القانون العام الانجليزى بحقوق القاهرة سنة 1972 — لقسم الدكتوراه — ترجمة الدكتور محمد عبد الخالق عمر — ص 26 وما بعدها .
(2) الدكتور عبد المنعم البدر اوى — عقد البيع فى القانون المدنى — 1961 — بند 37 — ص 57 وهامش (1) ، الدكتوران محمد لبيب شنب ومجدى صبحى خليل — شرح احكام عقد البيع — القاهرة 1968 — بند 11 — ص 25 .
(3) استاذنا الدكتور على على سليمان — المحاضرة المشار اليها — بند 8 — ص 3 .

المطلب الاول

تعريف تصرفات المريض مرض الموت

تنص المادة 1/776 مدنى جزائرى على أن « كل تصرف قانونى يصدر من شخص فى حال مرض الموت ، بقصد التبرع ، يعتبر تبرعا مضافا الى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف » •

ولا يكاد الفقه يختلف حول تحديد معنى مرض الموت أو المقصود به ، لكنه يختلف فى بيان الشروط اللازمة للقول بوجوده •

فبعض الفقه يعرف مرض الموت تعريفا يفهم من سياق حديثه عن حالة المريض حين يقول : « ان المريض مرض الموت هو الذى يكون فى حالة يغلب عليه فيها الهلاك لا محالة بسبب ما هو فيه وأن يتصل الموت به سواء أكان الموت بسببه أم نتيجة سبب آخر » (1) •

والبعض يوجز فيقول : ان مرض الموت هو مرض يتصل به الموت مع غلبة الهلاك فيه (2) •

وواضح من هذا التعريف أنه يشترط شرطان لابد من توافرها معا حتى نكون بصد ما يعرف بمرض الموت :

أولهما : أن يكون المرض بحسب طبيعته من الامراض التى يغلب على الظن فيها تحقق الهلاك لا محالة ، والفيصل فى القول بذلك من عدمه هو الرجوع الى أهل الخبرة أى الاطباء الاختصاصيين •

(1) الاستاذ محمد سلام مذكور - المدخل للفقه الاسلامى : تاريخه ومصادره ونظرياته العامة - ط : 4 - مصر 1969 - ص 462 .
(2) الدكتور عبد المنعم البدرأوى - المرجع السابق - بند 417 - ص 611 ، ونص تعريفه كالتالى : « مرض الموت هو المرض الذى اتصل به الموت وكان من الامراض التى يغلب فيها الهلاك » •

ثانيهما : أن ينتهي المرض بالموت فعلا ، ومفاد ذلك أنه إذا برىء المريض من أحد الأمراض ثم أصيب بمرض ثان أعقبته الوفاة ، وكان قد أبرم تصرفا قانونيا أثناء مرضه الاول ، لم يكن ذلك التصرف مبرما أثناء مرض الموت ومن ثم لا يكون تصرفا ملحقا بالوصية ، فلا يسرى عليه حكمها (1) ، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الموت إذا اتصل بالمرض كان التصرف الذى أبرم خلاله قد تم في مرض الموت حتى لو نشأ الموت عن سبب آخر كالقتل أو الموت حرقا أو غرقا • وهكذا يمكن القول بعبارة وجيزة أنه إذا تخلف أحد الشرطين المتقدمين كانت تصرفات الشخص سليمة وسارية لان المرض لم يكن بمرض موت •

ويسير مع الاتجاه السابق فريق آخر من فقهاء القانون المدنى ويعرف مرض الموت أيضا تعريفا مستمدا من الشريعة الاسلامية إذ يرى فيه مرضا يغلب فيه الهلاك وتصل به الموت (2) • ومفاد هذا أيضا أن الشرطين المتقدمين لابد من توافرها حسب هذا الرأى حتى تكون بصدد ما يعرف بمرض الموت •

ولكن هناك من الفقهاء من يقترب من هذا التعريف ، ولكنه يضيف شرطا ثالثا الى الشرطين المتقدمين فحواه أنه يجب أن يقعد المريض المريض عن التماس مصالحه المألوفة وقضائها كما يقوم الاصحاء بها (3) •

(1) جاء في المغنى لموفق الدين أبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة أنه « يعتبر في المريض ... شرطان (أحدهما) أن يتصل بمرض الموت ولو صح في مرضه الذى أعطى فيه ثم مات بعد ذلك فحكم عطيقته حكم عطية الصحيح لانه ليس بمرض الموت » - المغنى (ومعه الشرح الكبير) - ج : 6 - بيروت 1972 - ص 505 .

(2) الدكتور سليمان مرقس - شرح القانون المدنى - 3 - العقود المسماة - المجلد الاول - عقد البيع - مصر 1968 - بند 325 - ص 583 .

(3) الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى - الوسيط - ج : 4 « البيع والمضايقة » ص 314 وما بعدها .

والواقع أن هذا الشرط لم يأت هباء ، لأن هناك من فقهاء الشريعة الإسلامية من يذهب هذا المذهب مشترطا من بين ما يشترط^٤ ، يقعد المريض المريض عن صلاته ويحول بينه وبين المشى ، بحيث يسيئ لازما فرائشه فلا يقدر على قضاء حاجاته مثلما يفعل الاصحاء (1) .

وقد ألحق الفقهاء بمرض الموت حالات ينعدم فيها المرض ، ولكن الموت يتصل بها « كمن يقتل قصاصا أو كمن يكون في سفينة تلاطمت عليها الأمواج وخيف غرقها والاسير عند من يعرف عنهم قتل الاسرى » (2) . وسبب ذلك هو اتحاد العلة في كل من مرض الموت وفي ذلك فانه في الحالات التي لا تغلب فيها خشية الهلاك لا يمكن القول بأن التصرف يلحق بالوصية حتى لو اتصل واحد منها بالموت .

ولكن يلاحظ أن هذا المعيار اذا لم يبق على بعض الامراض كمن اعتراه السل فانه سيكون مرنا ، لأن هذا المرض قد يستمر لبضع سنوات بل انه قد يستغرق باقى عمر الشخص وقد يطول ذلك ، لذا رأى الفقهاء وضع حد تقديرى للفترة التي يمكن القول بأن المريض أثناءها في حالة مرض الموت ، فقليل بأن العلة اذا امتدت عاما من غير أن تتبدل أو تتغير فان التصرفات بعد مضي هذا العام تعتبر كتصرفات الاصحاء « فان تغير حالهم كان حكم تصرفاتهم كحكم المريض الغالب هلاكه ابتداء من وقت

(1) أشار الى هذا الدكتور محمد يوسف موسى - الفقه الإسلامى - مدخل لدراسة نظام المعاملات فيه - ط : 3 - مصر 1958 - حيث قال أنه لا عبرة بما يراه الفقهاء من ضرورة توافر الامارات السابقة - بند 345 - ص 241 ، وعبر عن ذلك أيضا في مؤلفه : الاموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامى - القاهرة 1951 - ص 318 بنفس التعبير ، وقد التفت عن هذا الشرط الدكتور عبد المنعم البدرأوى في مؤلفه السالف الإشارة اليه - بند 417 - ص 611 .

(2) الدكتور عبد المنعم البدرأوى - المرجع السابق - بند 417 - ص 611 . وليس هذا فقط ، بل ان ابن قدامة في المغنى - المرجع السابق - من ص 509 الى ص 511 بين حالات أخرى للخوف تقوم مقام المرض كما في النصارى الحرب ... والجرح ... وركوب البحر ... والسير ... والمحبوس ... ووقوع الطاعون في بلدة ، وقد فصل حكم كل حالة وشروطها .

التغيير بشرط اتصال المرنح « (1) . وهذا قول أرى أنه أقرب إلى تحقيق العدالة ، فإذا ما رأى المريض من سقمه فان تصرفاته وقت لمرض أو خشية الهلاك تعد تصرفات سارية كتصرفات الأصحاء سواء سواء .

المطلب الثاني

معنى التصرف لو ارث مع الاحتفاظ بالحياة

تثار في هذا الصدد أيضا مسألة التصرف لو ارث مع الاحتفاظ بالانتفاع وبالحياة . فلقد نصت المادة 777 على أنه « يعتبر التصرف وصية ، وتجرى عليه أحكامها ، اذا تصرف شخص لآخر ورثته ، واستثنى نفسه بطريقة ما حياة الشيء المتصرف فيه ، والانتفاع به مدة حياته ، ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك » (2) .

وبصدد هذا النص ، بات من الجلى أن أى تصرف يقع من أى شخص في حالة صحته لا في مرضه يعتبر دائما وصية أيا كانت التسمية التي أضقت عليه طالما احتفظ المتصرف لنفسه بشيئين هما : حياة الشيء المتصرف فيه من جهة ، والانتفاع به مدة حياته من جهة أخرى .

واذن فيمكن القول بأن ذلك النص قد أتى بقريضة قانونية بسيطة **تعد أنه يعتبر وصية تصرف الشخص لورثته تصرفا مقترنا بشروط معينة . وهذه القريضة ما كانت لتقوم بشكل ملزم عند انعدام مثل هذا النص ،**

(1) الدكتور عبد المنعم البدرأوى - المرجع السابق - بند 417 - ص 612 .
(2) وقريب من صياغة هذا النص وفي نفس المعنى : المادة 927 مدنى مصرى ،
والمادة 878 مدنى سورى ، والمادة 921 مدنى لىبى . ولا مقابل لهذا النص في العراق أو في قانون الملكية العقارية اللبناى .

ذلك أن القضاء لو أمكنه أن يستشف وجود هذه القرينة التى قد يثبتها صاحب المصلحة الا أنه كان سيقضى حرا فى الاخذ بها أو عدم الاخذ بها (1) •

ولعل العلة فى النص فى هذه المادة فى القانون المدنى الجزائرى هى تدارك حالة كانت قائمة فى مصر قبل صدور نص قانونى هناك اذ أن الناس كانوا يتحايلون على حكم منع الوصية للوارث ويقومون بأبـرام وصاياهم فى شكل بيوع يحتفظ فيها البائع بشيئين هما : حيازة العين من جهة ، وحق الانتفاع بها مدى حياته من جهة أخرى • وكانت الأحكام القضائية — فى هذا الصدد — قد تضاربت حول تكييف مثل هذا التصرف، وجاء البيان الأكيد لما آلت اليه الأمور فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى بما نصه « كثيرا ما يلجأ المورث ، وهو عاجز عن الايصاء لوارثه الى وصية يسترها فى شكل تصرف آخر كبيع أو هبة ويحتفظ فى هذا التصرف بحيازة العين • وبحقه فى الانتفاع بها اما من طريق اشتراط حق المنفعة وعدم جواز التصرف فى العين ، واما من طريق الايجار مدى الحياة ، أو من أى طريق آخر • وقد تضاربت الأحكام فى ذلك تضاربا كبيرا حتى أصبحت الأقضية فى هذا الشأن أدخل فى باب الحظ منها فى باب الحقوق الثابتة • فحسم المشروع الخلاف بأن قرر أن مثل هذا التصرف يعتبر وصية ما لم يقيم دليل على غير ذلك • وقد فرض المشروع ما هو أكثر انطباقا على الواقع ، وترك الباب مفتوحا لاثبات العكس فى الحالات الأخرى النادرة • ويلاحظ أنه اذا فتح باب

(2) فى هذا المعنى : حكم محكمة النقض المصرية الصادر فى 14 مايو سنة 1964 — مجموعة أحكام النقض 15 — رقم 107 — ص 673 — مشار اليه فى مؤلف الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى — الوسيط — ج : 9 — ص 226 هامش (2) •

الوصية للوارث قلت المنازعات كثيرا في هذا الشأن ولم يعد الناحس في حاجة الى الاحتياال ، وتسمية الوصية الصادر للوارث باسم آخر « (1) .

واذا كانت المذكرة الايضاحية السالف سرد جزء منها قد انتهت الى القول بأن الناس لن تصبح في حاجة الى الاحتياال ، الا أن بعض الفقهاء يقول بغير ذلك اذ يرى أنه بعد أن أجاز قانون الوصية المصري الوصية لوارث فان مجال الوصية المستترة لا يزال قائما لأنه قد يتوفى شخص دون أن يكون له ابن يرثه فيمنح لزوجته كل ماله ولا يكتفى بوصية لا تسرى الا في حدود الثلث (2) .

ولا يعنينا — مما تقدم — في هذا المجال سوى القاء الضوء على معنى التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحيازة ، والفقهاء لم يعط تعريفًا لمصطلح وان كان قد أعطى تعريفا بها . وفي هذا الصدد ، يمكن القول أنه يخبر وصية كل تصرف لوارث مع الاحتفاظ بالعين وبحق الانتفاع بها مدى حياة المتصرف .

وما دمتنا بصدد بيان ماهية هذا التصرف الملحق بالوصية ، وحتى لا يخطئ الأمر بالبيع فانه يمكن ابراز فروق جوهرية بينهما من بينها :

أولا : ان البيع يتم فيه نقل الملكية حال حياة البائع ، والحال هنا عكس ذلك .

ثانيا : ان البيع لا بد فيه من مقابل نقدي ، وهنا قد لا يكون للثمن وجود في الواقع .

ثالثا : واذا وجد المقابل كان البيع باطلا اذا كان نقل الملكية قد

(1) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري — ج : 6 — ص 301 والنص مثبت بمؤلف الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري — الوسيط — ج : 9 — ص 227 — 228 .

(2) الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري — الوسيط — ج : 9 — ص 228 هامش (2) .

أضيف الى ما بعد موت المتصرف ، لأنه قد يكون من قبيل التعامل في تركة مستقبلية لشخص ما زال على قيد الحياة (المادة 92/مدنى جزائرى) ، في حين أنه اذا انعدم المقابل وأضيف نقل الملكية الى ما بعد موت المتصرف اعتبر التصرف وصية (1) •

وحتى لا يختلط هذا التصرف بالهبة من جهة أخرى ، يمكن أن أفرق بينهما في الآتى :

أولا : ان نقل الملكية في الهبة يتم في حياة المتصرف ، أما في هذا الفرض فان نقل الملكية مضاف الى ما بعد موت المتصرف •

ثانيا : ان التصرف الذى نحن بصددده يعتبر هبة ولا يعد وصية اذا كانت ملكية الرقبة تنتقل عند ابرام التصرف مع بقاء حق الانتفاع فقط حتى وفاة المتصرف (2) •

ومتى ثبت ما تقدم ، فانه يمكن القول بأن ثمة شروطا ثلاثة ينبغى توافرها في التصرف مع الاحتفاظ بالحيازة والانتفاع حتى يعتبر وصية • وهذه الشروط هي :

أولا : أن يتم التصرف لوارث ، أى أن يكون الشخص الذى قام المتصرف بالتصرف اليه ممن يرثون المتصرف ، وينظر في ثبوت هذه الصفة الى وقت وفاة المورث كما هو الشأن بالنسبة الى الوصية •

ثانيا : أن يحتفظ المتصرف لنفسه بحيازة العين التى تصرف فيها ، وليس بذى بال المظهر الذى يدل على غير ذلك كأن ينص على أن البائع يقوم باستئجار العين التى باعها •

(1) الدكتور محمد لبيب شنب والدكتور مجدى صبحى خليل - شرح احكام عهد البيع - دنة 1968 - بند 11 - ص 25 .
(2) الدكتور محمد لبيب شنب والدكتور مجدى صبحى خليل - المرجع السابق - بند 11 ص 26 .

ثالثا : أن يحتفظ المتصرف بحقه في الانتفاع بالعين طوال حياته •
وقد قررت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد أنه يجب أن يستند
الاحتفاظ بالعين الى مركز قانوني يفيد حق الانتفاع، فلا يكفي اذن مجرد
الانتفاع الفعلي (1) •

فاذا توافرت هذه الشروط ، عد المتصرف في حكم الوصية ،
ويسرى عليه ما يسرى عليها من أحكام • وسيلي بيان هذا في موضعه •

المبحث الثالث

الوصية الواجبة

معنى الوصية الواجبة :

ان تعريف الوصية الواجبة أمر ضروري، وذلك لأنها أصبحت بحكم
القانون — على الأقل — سببا من أسباب كسب الملكية — ومن ثم فإنها
تدخل في مفهوم الوصية • ويطلق فريق من الفقه عليها وصية القانون ،
وذلك بجانب وصية الله ألا وهي الميراث : « يوصيكم الله في أولادكم
ذكرا مثل حظ الانثيين » ، ووصية العبد « من بعد وصية يوصون بها أو
مين ... » • والعلة في هذه التسمية أن هناك تشريعات عربية ضبطت
بأحكام قانونية شرعية هذه الوصية من ذلك ما نصت عليه مدونة الاحوال
شخصية المغربية في الباب الثامن من الكتاب السادس (الخاص بالميراث)
وذلك في الفصل 266 وما بعده من أنه « من توفى وله أولاد ابن وقد مات
ذلك الابن قبله أو معه وجب لأحفاده هؤلاء في ثلث تركته وصية بالمقدار
والشروط الآتية » وقد فصلت ذلك الشروط التالية لذلك الفصل ،
وكذلك ما نصت عليه المادة 76 من قانون الوصية المصري رقم 71 لسنة

(1) نقض مصرى 24 جوان 1965 — مجموعة أحكام النقض 16 — 808 — 128 —
مشار الى ذلك في مؤلف الدكتور سليمان مرقس — المرجع السابق — ص 39
هـامشه (1) •

1946 من أنه « اذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى مات فى حياته أو مات معه ولو حكما ، بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثا فى تركته لو كان حيا عند موته وجبت للفرع فى التركة وصية بقدر هذا النصيب فى حدود الثلث بشرط أن يكون غير وارث ، وألا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض عن طريق تصرف آخر قدر ما يجب له ، وان كان ما أعطاه أقل منه وجبت له وصية بقدر ما يكمله •

« وتكون هذه الوصية لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات ، ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور وان نزلوا على أن يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره ، وأن يقسم نصيب كل أصل على فرعه وان نزل قسمته الميراث كما لو كان أصله أو أصوله الذين يدلى بهم الى الميت ، ماتوا بعده وكان موتهم مرتبا كترتيب الطبقات » •

فهذه الوصية تعطى بعض الحفدة حقا واجبا فى حدود ثلث التركة التى يتركها الأجداد • وسند هذه الوصية يظهر باجمال فى الآتى :

أولا : سند أصل الوجوب : يقرر الفقيه أن سند أصل الوجوب يفصح عنه قوله تعالى « كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين » ، وهو أيضا سند وجوب الوصية للأقارب الذين لا يرثون لأى سبب لأن الذين يرثون خرجوا من النص كما يقول ابن حزم •

ثانيا : سند وجوب الوصية : يمكن تلخيص سند وجوب الوصية فيما يلى :

1 — أقوال جمع كبير من الفقهاء صريحة فى وجوب الوصية للاقرب غير الوارثين من هؤلاء : طاووس بن كيسان ، والحسن البصرى ، وابن حزم • فابن حزم يقول : ان السنة تفيد الوجوب لما روى عن ابن عمر

رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «ما حق امرىء مسلم له شيء يوصى فيه يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عنده» ، وقال ابن عمر : «ما مرت على ليلة منذ سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ... الا وعندي وصيتي» • ويستدل ابن حزم ما رواه من وجوب الوصية بقوله أن ذلك مروى من طريق ابن المبارك عن عبد الله بن عون بن نافع عن ابن عمر مما قال ، ومن طريق آخر يفيد أن طلحة والزبير كانا يشددان في الوصية •

وتعرض ابن حزم لمن نفوا الوجوب وقالوا بنسخ فرضية الوصية
مفل :

ا - ن النافين قالوا ان الحديث الشريف وردت فيه عبارة «له شيء يريد أن يوصى فيه» والحق أن مالك بن أنس قد روى الحديث بحون كلمة «يريد» •

ب - وقالوا ان الرسول (صلى الله عليه وسلم) لم يوص ، ونقول له صلى الله عليه وسلم قد تقدمت وصيته بجميع ما ترك بقوله «انا مضر الانبياء لا خورث ما تركناه صدقة» لقد أوصى بصدقة وصية صحيحة •

ج - وقالوا ان ابن عمر لم يوص • وهذا باطل ، لانه لم يبيت ليلة هذا أن سمع الخبر الا وصيته مكتوبة عند هـ كما سبق - •

ولكل هذا أكد ابن حزم (1) أن الوصية فرض واجب ولا بد منها لمن لا يرث •

2 - ان وجوب الوصية هو أيضا من مقتضى أقوال من قالوا بالرد

(1) ابن حزم (أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد) - المحلى - مصر 1350 هـ -
الجزء التاسع - المسألة رقم 751 - ص . 314 •

وهم طاووس بن كيسان والضحاك وقتادة وجابر والحسن البصري
وسعيد ابن المسيب •

3 — ان هناك فقهاء وان كانوا لم يصرحوا بالوجوب ، الا أنه
يؤخذ من أقوالهم مثل « أبى مجلز لاحق بن حميد » (1) •

وخلاصة ما تقدم أن الوصية الواجبة هي نوع من الوصية نص عليها
القانون : المصرى والمغربى ، فى حالات معينة ، ولأشخاص معينين ،
وبشروط محددة — ما سيلي — وهى لذلك تعتبر سببا من أسباب كسب
الملكية ، ولذا يجرى عليها ما يجرى على الوصية — فى هذا المقام — من
أحكام • ومما يؤسف له أن التشريع الجزائى لم يتعرض لهذا النوع
من الوصية حتى الآن •

وأثير انتباه القارئ الكريم الى أن المشرع
الجزائى تدارك هذا لنقص وهذا الكتاب جاهز للطبع ونص على الوصية
الواجبة فى المادة 169 من قانون الاسرة الصادر بتاريخ 9 يونيو 1984 •

(1) الشيخ محمد أحمد فرج السنهورى — فى تفصيلات كل ما تقدم — مذكراته
فى الوصية الواجبة سنة 1973 لقسم الدكتوراه (دبلوم القانون الخاص ودبلوم
الشريعة الاسلامية) من ص . 14 الى ص . 74 • وقد أشار فى ص . 100 الى
نص المذكرة التفسيرية التى جاء بها ان الوصية الواجبة قد «وضعت لتلافي
حالة كثر منها الشكوى وهى حالة الحفدة الذين يموت آباؤهم فى حياة
أبيهم وأمههم ، أو يموتون معهم ولو حكما كالفرقى والحرقي والهدمي فإن هؤلاء
قلما يرثون بعد موت جددهم أو جدتهم لوجود من يحجبهم من الميراث
مع أن آباءهم قد يكونون ممن شاركوا فى بناء الثروة التى تركها الميت ، وقد
يكونون فى عياله بموتهم وأحب شيء الى نفسه أن يوصى لهم بشيء من ماله ،
ولكن المنية عاجلته فلم يفعل شيئا ...» •

الفصل الثانى

الأثر الذى يترتب على بيان ماهية الوصية

ان تحديد معنى الوصية على نحو ما سلف ، يستوجب تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية كما سبق القول ، أعمالا لما نص عليه القانون المدنى فى المادة الأولى والمادة 775 منه ، على أن تراعى الأوصاف التى تحققها . وهذا يقتضى عرض هاتين المسألتين فى بحثين : أولهما فى تطبيق الشريعة الاسلامية ، وثانيهما فى أوصاف الوصية .

المبحث الأول

تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية

عند عدم وجود قواعد محددة تتعلق بأحكام الوصية فى قانون خاص بها أو فى نطاق قانون الأحوال الشخصية ، وعند وجود مثل هذا النص مع عدم كفايته يتعين اللجوء الى الشريعة الاسلامية وتطبيق أحكامها . وهذا يقتضى التعرض لمسائل ثلاث وهى : أولا المقصود بأحكام الشريعة الاسلامية ، وثانيا توضيح مدى حرية الموصى فى التصرف فى ثلث ماله ، وثالثا بيان موقف الورثة من الوصية طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية . وهذا ما أعرض له فى مطالب ثلاثة .

المطلب الأول

المقصود بأحكام الشريعة الاسلامية

لقد كان القانون المدنى الجزائى سابقا — بحق — حين نص فى

أولى مواده على اعتماد الشريعة الإسلامية كمصدر أصيل يجب على القاضى الرجوع اليه اذا لم يجد نصا تشريعيا فى نطاق القانون المدنى .
والوصية — كسبب من أسباب كسب الملكية — هى فى أمس الحاجة الى أن تضبط أحكامها بمبادئ الشريعة الإسلامية خاصة وأن المادة 775 تنص على أنه «يسرى على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها» ذلك أن القانون ليس كافيا وحده لحسم كل المشكلات ، ولذا لا مناص من اللجوء الى الشريعة الإسلامية . فماذا يقصد بها ؟ • توجد آراء عديدة فى هذا المجال أكتفى منها بالآتى :

الرأى الأول : الشريعة الإسلامية هى مرادف للقرآن والسنة :

يقال فى رأى أول أن الشريعة الإسلامية تقتصر على الأحكام التى أنزلها الله سبحانه وتعالى على نبيه محمد بن عبد الله عليه السلام • فتكون الشريعة الإسلامية فى هذا الصدد شاملة لجميع الأحكام التى تتعلق بالعقيدة أو الأخلاق فضلا عن الأحكام العملية (1) •

وهذا التعريف هو على خلاف ما يظن تعريف ضيق لدرجة أنه يحصر الشريعة الإسلامية فى الأحكام والقواعد المتمثلة فى القرآن والسنة النبوية والتى تمت بموت النبى صلى الله عليه وسلم ، فهو يجعل الشريعة مرادفة لها •

وهذا المفهوم هو الذى قرره صراحة صاحب هذا الرأى (2) حين فرق بينه وبين الفقه الإسلامى قائلًا أن هذا الأخير يشتمل على ادراك الأحكام العملية من الكتاب والسنة وما يتبعها من الأدلة لافرعية • ولم يكتف صاحب هذا الرأى بذلك ، بل قد انتقد ما شاع — على وجه

(1) الدكتور حسن صبحى أحمد — فكرة عامة عن تاريخ الفقه الإسلامى وبعض النظريات فيه — الإسكندرية — 1970/1969 — (مذكرات غير مطبوعة) — ص .

4 .

(2) الدكتور حسن صبحى أحمد — المرجع السابق — ص . 4 .

الخصوص — بكليات لاحقوق بجامعة العالم — من اطلاق الشريعة
الاسلامية على الفقه الاسلامى ، وقال أنه أمر يخلو من الدقة ولا خير
فيه ، وان تراجع فى النهاية عما قال به حين قرر أن هذا مجرد اصطلاح
و «لا مشاحة فى الاصطلاحات» كما يقول الفقهاء (1) .

وهذا رأى منتقد للأسباب التالية :

أولا : الاجماع مصدر من أهم المصادر فى الشريعة الاسلامية بعد
الكتاب والسنة .

ثانيا : الاجتهاد أصل من أصول الشريعة الغراء ، وآراء الفقهاء
فى الواقع ان هى الا اجتهادات ، لكن يبقى شىء واحد هو تفنيدها والأخذ
بصالحها وترك طالحها .

ثالثا : ان القرآن والسنة لم يتناولوا كافة الأمور بالتفصيل والتحديد
خاصة المعاملات وما يجرى مجراها ، الأمر الذى يستلزم الرجوع الى
الاجماع والى اعتماد آراء الفقهاء لتكون واحدا من الأسس الجوهرية
للشريعة الاسلامية .

وتأسيسا على ما تقدم ، فان الحاجات العملية تستلزم الاجتهاد
لأنه كما قرر الشهر ستانى فى عبارة شهيرة مفادها أنه اذا كانت الوقائع
لا تتناهى والقوانين تتناهى وكان مالا يتناهى لا يضبطه ما يتناهى لوجب
حتم الاجتهاد . وهذا ما يظهر أن هذا رأى لا يسوغ القول به .

الرأى الثانى : الشريعة الاسلامية أعم من الفقه وان كانت قد
تطلق على الفقه .

هناك رأى ثان يقول بأن الشريعة الاسلامية تشمل كل ما شرعه
لأنه لعباده بالقرآن أو السنة ، فتشمل أصول الدين وعلم الأخلاق فضلا

(1) الدكتور حسن صبحى احمد — المرجع السابق — ص . 42 .

عن أحكام الله المتصلة بأعمالنا من بيان ما هو حلال أو حرام أو مكروه أو مندوب أو مباح وهو ما يعرف اليوم بالفقه في لغة المحدثين ، فكان الشريعة أعم من الفقه • ولكن هناك محققين يذكرون في نهاية أبحاثهم أن الشريعة قد يراد بها الفقه في بعض الأحيان من باب إطلاق العام على أن يراد به الخاص (1) •

وأيا ما كان الرأيان السابقان ، فإن الشريعة الإسلامية تتطوى على الفقه الإسلامي • فإذا ما انتهينا الى ذلك تبقى مشكلة التقليد بأى مذهب نأخذ اذ المعلوم أن الشريعة الإسلامية غنية بمذاهبها ففيها مذاهب أربعة لها الانتشار الكبير وهى : المذهب المالكي الشائع في بلادنا ، والمذهب الحنفى ، والمذهب الشافعى ، والمذهب الحنبلى ، وفيها مذاهب أخرى يتبعها الكثير والقليل ممن يؤمنون بها ، وفيها مذاهب انقرضت بصفة نهائية • فأى مذهب من هذه المذاهب ينصرف اليه لفظ الشريعة الإسلامية من بين ما ينصرف ؟ هذا ما نجده في رأى الثالث •

الرأى الثالث : الشريعة الإسلامية تشمل الفقه الإسلامى دون التقيد بمذهب إلا عند النص :

يذهب أستاذنا الدكتور على على سليمان — بحق — الى أن المقصود بالشريعة الإسلامية التى يلجأ اليها القاضى عند عدم وجود نص في القانون المدنى «الشريعة الإسلامية في مجموعها ، في اطار الأحوال الشخصية • فالنص على الرجوع الى مبادئ الشريعة الإسلامية في المادة الأولى عام مطلق • ومن القواعد المقررة في التفسير أن النص انعلم لا يخص بغير مخصص ، واذن فعلى القاضى في الجزائر أن يرجع الى أى رأى في الشريعة الإسلامية ينتهى الى حل المشكلة المعروضة

(1) محمد على التهانوى — كشف اصطلاحات الفنون — مادة شريعة — المجلد الاول — ص . 835 — 836 من طبعة الاستانة عام 1317 هـ ، وهو مشار اليه في مؤلف الدكتور يوسف موسى — المرجع السابق — ص . 8 .

عليه دون أن يتقيد بمذهب مالك إلا إذا وجد نص يقيده بذلك في نطاق الأحوال الشخصية» (1) والحق أن الفقه في مصر يشايح هذا المفهوم كما أن القضاء قد تبناه (2) • وعلى ذلك ، فإن المقصود بالشرعية الإسلامية هو كافة مصادرها دون تخصيص بغير مخصص •

المطلب الثاني

حرية الموصى في التصرف في ثلث ماله

يذهب الفقه الإسلامي في الغالب الى أن قوله جل شأنه «من بعد وصية يوصى بها أو دين» هي آية مقيدة بحديث مشهور روى فيه سعد بن أبي وقاص أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «•• الثلث والثلث كثير انك ان تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس» • ومن ثم رمى هذا الفقه بعض الشيعة الإمامية والاباضية بالشذوذ حين قالوا بجواز الوصية باطلاق سواء كانت في حدود الثلث أو أكثر حتى لو كان للموصى وارث (3) ، ذلك أن هذا الفريق من الفقه لم يعرض للسنة المشهورة التي من المقرر أنها تقيد ما أطلقه القرآن الكريم (4) •

وعلى ذلك ، فطبقا لما عدا الآراء الشاذة التي تريد أن تجعل الوصية سببا من أسباب كسب الملكية لا في حدود الثلث فقط بل في كل المال ان أراد الموصى ذلك ، فإنه يصبح وفقا للمراجع أن من حق الموصى أن يوصى بماله في حدود ثلث التركة لأنه في هذه الحدود لا يكون متصرفا

(1) استاذنا الدكتور على سليمان - المحاضرة المشار اليها - بند 7 -

ص 2 •

(2) استاذنا الدكتور على سليمان - المحاضرة المشار اليها - بند 7 - ص •

2 •

(3) الاستاذ محيد مصطفى شلبي - احكام الاوقاف والوصايا - المرجع السابق -

ص 136 •

(4) الاستاذ عباس متولى حمادة - اصول الفقه - سنة 1966 - ص • 178 وقد

اشار هناك الى رسالته عن السنة ومكانتها في الشريعة الإسلامية •

في شيء يتعلق به أى حق للورثة ، ويكون مؤتمرا بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم الذى يقول : «ان الله تدمق عليك بثلاث أموالكم في آخر أعماركم ، زيادة في أعمالكم فضعوه حيث شئتم» •

المطلب الثالث

موقف الورثة من الوصية طبقا للأثر الإسلامية

يمكن التعرض لموقف الورثة من الوصية ، وذلك ببحث ما يلي :

أولاً: الوصية للوارث :

اختلفت آراء الفقه في شأنها اختلافا بينا ، وليس اختلافهم نظريا بحثا بل انه تترتب عليه نتائج عملية تؤثر في مقدار ما يجوز الايصاء به • وفي هذا الصدد نجد الآراء الآتية :

الرأى الاول : الوصية للوارث باطلة وذلك على تفصيل :

فقد قال بعض الفقهاء ان الوصية لوارث باطلة • ويتضح هذا الرأى بجلاء لدى المالكية والظاهرية •

فالمالكية يقولون في أحد قولهم أن الوصية للوارث باطلة، والوصية لغير وارث باطلة فيما زاد عن الثلث (1) •

والظاهرية يقولون بأنه لا تحل الوصية لمن يكون وارثا أصلا ، فان تم الايصاء لغير وارث وبات وارثا وقت موت الموصى فان الوصية تكون

(1) هاشية الدسوقي على الشرح الكبير لشمس الدين محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي - ج : 4 - مصر - تاريخ الطبع غير مذكور - ص 427 . فلقد ورد في ذلك المرجع في الموضع المشار اليه (قوله وبطل الايصاء لوارث) أى ولو بقليل زيادة على حقه فان أوصى للوارث ولغيره بطلت حصة الوارث فقط (قوله كقولنا بزائد الثلث) أى كما تبطل الوصية لغير الوارث بزائد الثلث فإذا أوصى لأجنبي بنصف ماله أو بقدر معين يبلغ نصف ماله نفقت الوصية بالثلث ورد ما زاد عليه ...) •

باطلة • وقد ردوا حديث «لا تجوز الوصية لوارث الا أن يشاء الورثة» بقولهم أن هذا الحديث مرسل (1) • وإلى هذا الرأي يجنح الحنابلة والشافعية أيضا في أحد أقوالهم (2) •

الرأى الثانى: الوصية للوارث موقوفة على اجازة باقى الورثة : يقول بهذا الرأى الاحناف من جهة ويسانداهم قول آخر للمالكية والحنابلة والشافعية فيرون أن تصرف الموصى بالوصية للوارث هو تصرف صحيح ولكنه يبقى موقوفا على اجازة باقى الورثة ، فان أجازت صحت والا بطلت مصداقا لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم : « لا وصية لوارث الا أن يشاء الورثة » • فلقد جاء فى موطأ الامام مالك وشرح الزرقانى عليه أن « مالكا يقول السنة الثابتة عندنا التى لا اختلاف فيها أنه لا تجوز وصية لوارث الا أن يجيز له ذلك ورثة الميت وأنه ان أجاز له بعضهم وأبى بعض ، جاز له حق من أجاز منهم ومن أبى أخه حقه » (3) •

الرأى الثالث: يقول بنفاذ الوصية فى حدود الثلث :

يذهب رأى ثالث يقول به الشيعة الزيدية فى احدى الروايتين وكذلك الشيعة الامامية الى القول بأن الوصية تكون نافذة فى حدود الثلث دون حاجة الى اجازة الورثة لذلك (4) •

ويرجح بعض الفقهاء المحدثين الرأى القائل بالوقف لانه يحقق حمايتهم ويحول دون الاضرار بهم ، فاذا قاموا باجازة التصرف كانوا يستعملون حقا لهم لا ضرر فيه (5) •

(1) ابن حزم (أبو محمد بن احمد بن سعيد) — اخطى — مصر سنة 1350

هـ — المرجع السابق — الجزء التاسع — ص. 316 •

(3) شرح الزرقانى على موطأ الامام مالك — ج : 4 — تاريخ الطبع غير مذكور — ص. 68 — 69 •

(4) و (5) الدكتور عبد الرزاق حسن فـ ج — نظرية العقد الموقوف فى الفقه الاسلامى

— دراسة مقارنة — مصر 1969 — ص. 339 — 340 •

ثانيا : الوصية لغير الوارث :

يذهب جمهور الفقهاء في المذاهب الاربعة الى القوا .سحة الوصية لغير الوارث ونفاذا في حدود الثلث بلا حاجة الى اجازة الورثة . أما ما يزيد عن الثلث فهناك رأى يقول بأن الوصية تكون فيه متوقفة على اجازة الورثة ورأى آخر يقول بالبطلان (1) .

ومتى ثبت ما تقدم فانه بمقارنة ذلك بما قررته الفقرة الاولى من المادة 408 مدنى جزائرى التى تقول : « اذا باع المريض مرض الموت لوارث فان البيع لا يكون ناجزا الا اذا أقره باقى الورثة » فانه يتضح أن النص الجزائرى قد وقع في أخطاء لا يمكن اغتفارها ويجب من ثم تعديل النص كما سيلي ذلك في موضعه فيما بعد .

المبحث الثانى

أوصاف الوصية

في هذا الصدد يجدر التعرض للوصية وشروط التعليق من جهة ، والوصية وشروط التقييد من جهة أخرى . فهاتان مسألتان هما أهم وصفين أثيرا بالنسبة الى الوصية ، لذا أعرض لهما في مطلبين متواليين .

المطلب الاول

الوصية وشروط التعليق

الوصية هي « تصرف في التركة يضاف الى ما بعد الموت » (2) .

(1) الدكتور عبد الرزاق حسن فرج - المرجع السابق - ص 341 - 343 .
(2) استاذنا الدكتور على على سليمان - شرح القانون الدولى الخاص باليى - المرجع السابق - ص 111 .

وإذا كان الأصل في التصرفات أن تكون منجزة (1) فإن هناك تصرفات تأبى طبيعتها أن تكون كذلك فالوصية بحسب تعريفها السابق لا يمكن أن ينبت حكمها إلا بموت الموصى (2) أى لا يمكن أن تكون إلا مضافة إلى أجل وهو وقت وفاة الموصى . وهذا أمر لاخلاف عليه ، وقد يبدو بديها لاول وهلة ، ولكن امعان النظر في الاراء الفقهية يفصح عن عكس ذلك : فلقد ذهب فريق من الفقه — كما يقرر المرحوم الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى — الى القول بأن الوصية هى تصرف قانونى معلن على شرط (3) وحين يواجهون بأن صدر الشرط يكمن دائما فى الارادة (4) على خلاف الاجل الذى قد يكون مصدره الانفاق أو القضاء أو القانون (5) فانهم يقررون أن الوصية فى هذه الحالة هى تصرف معلق مصدره القانون شأنها شأن بعض الاوضاع القانونية الاخرى ، أى هى «تصرف قانونى معلق بحكم القانون ذاته على شرط واقف هو أن يعيش الموصى له بعد موت الموصى» (6) .

وتقرير مدى صحة هذا الرأى الذى أشار اليه الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى — كما تقدم — يقتضى التعريف بمعنى الشرط . من الناحية الفقهية، فالشرط هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع يترتب

-
- (1) الشيخ أحمد اباهيم — العقود والشروط الخيارات — مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد — السنة الرابعة — العدد السادس — رجب 1353 هـ / نوفمبر 1934 — ص 663 .
 - (2) الشيخ أحمد ابراهيم — المقال السابق — ص 663 .
 - (3) الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى — الوسيط — ج : 3 — بند 24 — ص 34 .
 - (4) الدكتور عبد المتعم البدرأوى — النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى — الجزء الثانى — احكام الالتزام — مصر — تا يخ الطبع غير مذكور — بند 30 — ص 230 .
 - (5) الدكتور اسماعيل غانم — النظرية العامة للالتزام — الجزء الثانى — احكام الالتزام — سنة 1971 — بند 125 — ص 271 .
 - (6) الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى — الوسيط — ج : 3 — بند 24 — ص 34 .

على وقوعه اما وجود الالتزام أو زواله (1) • والشرط بهذا المفهوم له صفات محددة يهمنها الان أنه أمر عارض •

فالشرط أمر عارض وخارجي تقوم الارادة باضافته الى التزام توافرت له كافة عناصره المكونة له (2) ، ولذا يمكن تصور وجود الحق دون وجود الوصف الذي هو الشرط • وهكذا فبمقتضى هذه الحقيقة يمكن التفرقة بين الشرط وبين أوصاف كثيرة كالحق الاحتمالي (3) ذلك أن الحق الاحتمالي هو حق ينقصه أحد عناصره كحق الوصى له قبل وفاة الموصى — كما سيلي — ، ولذا لا يمكن تصور قيام الحق الاحتمالي بغير وجود هذا العنصر • ومن ذلك يتضح تغاير الوصفين •

وعلى ذلك ، فان القول باعتبار الوصية تصرفا معلقا على شرط هو قول محل نظر للآتي :

أولا: أن مصدر الشرط يكمن دائما في الارادة • وواضح أن مصدر الشرط في الحالة موضوع البحث هو القانون لا الارادة •

(1) وفي هذا المعنى لوران — مبادئ القانون المدني الفرنسي — ط : 2 — ج : 17 — بروكسيل 1876 — بند 35 — ص. 54 وما بعدها وهو يحدد هذا المفهوم بعد ...

أن يعرض لآراء بوتيه ثم ديولومب ودي انتون ونص المادة 1168 منى فرنسي •

(2) الدكتور أنور سلطان — النظرية العامة للالتزام — الجزء الثاني — أحكام الالتزام — الاسكندرية — 1957 — مصر — بند 228 — ص 232 — 233 •

(3) ومع ذلك فان جان مورييس فرييه في رسالته عن الحقوق الاحتمالية في خاتمة القسم الثالث (البند 366) يقرر كما يتضح من محاولته التي أجراها لتأمين الشرط والاحتمال أن ثمة وحدة في الطبيعة بين هذين السببين من أسباب وقت نشوء الحق

« Au terme de cet essai de synthèse théorique de la condition et de l'éventualité, il est permis de conclure à l'identité de nature entre ces deux causes de suspension du droit »

الرسالة المشار اليها — باريس 1945 — يد 366 . وهذا الرأي يهتم به هذا الجزء المتد من ص. 187 حتى 291. وقد أورد هذا بالصحيفة الأخيرة

Les droits éventuels - contribution à l'étude de la formation successive des droits.

ثانيا : ان الشرط الذى يفرضه القانون بالمعنى المتقدم لا يعد أمرا عارضا لان الشرط فى هذه الحالة يعتبر عنصرا من « عناصر الحق ذاته ولا يتصور قيام الحق بدونه » (1) •

ثالثا : ان الشرط بالمعنى المتقدم ليس وصفا modalité لانه لا يعنى أن يكون وصفا قانونيا قرره القانون ورتب عليه نتائج معينة وليس لتحقيقه أثر رجعى (2) •

وخلاصة ما تقدم أن الشرط سواء اعتبر وصفا للارادة (3) أو لفراضى (4)، فإنه لا يمكن اعتباره وصفا للوصية بالمعنى الذى أشار اليه الاستاذ الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى ، أى لا يتصور اعتبار الوصية بمثابة « تصرف قانونى معلق بحكم القانون ذاته على شرط واقف هو أن يعيش الموصى له بعد موت الموصى » لان الصحيح هو أن الوصية فى هذه الحالة تكون مضافة الى أجل بصفة أساسية هو وفاة الموصى ، وفتحام مسألة استمرار الموصى له فى الحياة بعد موت الموصى على الموضوع باعتبارها وصفا للوصية هو أمر غير سليم والاحرى أن يقال انها ليست بشرط condition بمعنى الوصف وانما هى شرط clause قانونى ، وهو ما سأعرض له عند الحديث عن الصيغة •

(1) - و (2) الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى - الوسيط - ج : 3 - ص

34 - 35 •

(3) الدكتور المرحوم محمود أبو عافية - التصرف القانونى المجرد - رسالة القاهرة

سنة 1947 - ص. 300 - 301 - مشار اليه فى مؤلف الدكتور عبد الرزاق

أحمد السنهورى - التصرف القانونى والواقعة القانونية - المرجع السابق -

ص. 137، ومن يشيرون الى فكرة ان الشرط وصف لفراضى

Jean Maurice Verdier : les droits éventuels.

حيث يقرر انه يستنتج من الاعتبارات المختلفة - التى ذكرت - أن الشرط

وصف للتصرف القانونى Il résulte de ces diverses considérations

que la condition, modalité de l'acte...

(4) الدكتور جميل الشرقاوى - النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام -

القاهرة 1974 - ص. 293 هامش (1) •

المطلب الثانى

الوصية وشروط التقييد

المقصود بشروط التقييد تلك الشروط التى تضاف الى العقد لتحقيق مصلحة معينة ، فهى أمور زائدة على مقتضيات العقد (1) : وفى مجال الوصية فان هذه الشروط لا تعنى أكثر من تقييدها بشرط يؤثر فى أحكام العقد دون أن يؤثر على وجودها مثلما يحدث فى شروط التعليق •

وحتى يمكن الاستظهار مدى صحة الشروط المقترنة بالوصية، يجدر التعرض لآراء الفقهاء المسلمين فى ذلك • ويبين من استقرار تلك الآراء أنها لا تخلو من واحد من ثلاث :

الاول : يرى أن الشروط المقترنة بالعقود محظورة أصلا :

فالظاهرية يقولون أنه من المحذور اقتراح شرط من شروط التقييد بالعقود ، الا اذا كان هناك نص خاص يقيد ذلك ، ومفاد اطلاق هذا القول أن الشروط التى تقترن بالوصية هى شروط محظورة فى الاصل الا اذا وجد نص خاص يبيحها • وسند ذلك هو حديث « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو رد » •

الثانى : يرى أن الشروط المقترنة بالعقود هى شروط مباحة أصلا:

فالحنابلة وابن القيم وابن تيمية على أن الاصل فى مسألة اقتران

(1) الشيخ أحمد إبراهيم - المقال السابق - ص 667 وفى نفس المعنى الدكتور زكى الدين شعبان - مقال فى الشروط الشائعة فى المعاملات وأحكامها فى الشريعة الإسلامية - منشور بمجلة القانون والاقتصاد (حقوق القاهرة) - سبتمبر ديسمبر - المعدادان الثالث والرابع - السنة 25 - ص 1 حيث يفصل ذلك التعريف بقوله : يطلق شرط التقييد على «التزام المتصرف فى تصرفه بامر من الامور زائد على أصل التصرف سواء كان هذا الالتزام الزائد من مقتضى التصرف أو أم يكن من مقتضاه وسواء كان فيه منفعة للملتزم أو لغيره أو لم يكن فيه منفعة لاحد» •

شروط التقييد بالعقود هو الاباحة ما لم يرد نص خاص يقيد الحظر .
وسند ذلك هو حديث « المسلمون عند شروطهم الا شرطا أحل حراما
او حرم حلالا » .

وبأعمال ذلك بالنسبة الى الوصية، يكون الاصل هو صحة اقتران
الوصية بالشروط طالما أنه ليس هناك نص خاص يقيد هذا الاطلاق .

الثالث : يرى أن الاصل هو الحظر مع استثناء حالات يكون فيها
التقييد بالشروط صحيحا :

وبين المذهبين الاولين ، يتوسط جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية
والشافعية « فلا يشترطون في الاباحة ورود نص خاص كما ذهب الفريق
الاول ولا يجعلون الاصل فيها الاباحة كما ذهب الفريق الثانى ، بل
يعملون الى أن الاصل ... هو الحظر واستثنوا بعضها ولكنهم توسعوا
في الاستثناء » (1) .

ومقتضى ذلك أن الشرط المشروع هو شرط معتبر شرعا بينما يعد
باطلا كل شرط غير مشروع . بيد أن عدم مشروعية الشروط تفضى عند
البعض الى فساد الشرط وحده فيصح العقد ويلغى الشرط ، وتفضى عند
اللبعض الاخر الى فساد كل من العقد والشرط » (2) . ويتفق القانون
المحنى مع الشريعة الاسلامية في الرأى الاول (المادة 204 مدنى جزائرى) .

وبتطبيق ما تقدم على الوصية ، فان الشرط الصحيح أن الذى يحقق
مصلحة دون أن يتنافى مع مقاصد الشريعة يجوز أن يلحق بالوصية ،
وأما الشرط الباطل فاذا أخذنا بالرأى الاول وكان هو الباعث الدافع
على الوصية فان الوصية تكون باطلة كلها ، واذا لم يكن هو الباعث الدافع

(1) الأستاذ محمد مصطفى شلبى - المدخل في التعريف بالفقه الاسلامى وقواعد
الملكية والعقود فيه - بيروت 1388 هـ/ 1969 م - ص. 477 وما بعدها .
(2) الأستاذ محمد مصطفى شلبى - المراجع السابق - ص. 477 وما بعدها .

فانه هو الذى يبطل وحده وتكون الوصية صحيحة • أما اذا أخذنا
بالرأى الثانى ، فان اقتران الوصية بشرط غير مشروع يبطلها فى الحالتين •
والشرط الصحيح فى الوصية هو الذى تتحقق فيه احدى المصالح
الآتية :

أولا : مصلحة الموصى له :

ومثاله أن تسدد من الوصية ديون الموصى له •

ثانيا : مصلحة الموصى :

كأن يشترط الموصى على الموصى اليه سداد دين عليه أو رعاية أحد
أطفاله •

ثالثا : مصلحة الغير :

كأن يوصى شخص بمنزل لجهة بر ، ويشترط أن يستفيد منه من
يوجد من اليتامى •

وعلى ذلك ، يمكن القول بأن الشرط الباطل أى المنهى عنه كالاىصاء
لولد على ألا يبر بأخوته ، أو الشرط الذى يتنافى ومقاصد الشريعة
الاسلامية كمن يوصى لزوجته على ألا تتزوج من بعده هو شرط باطل
لعدم المشروعية •

الباب الثانى

ركن الوصية وشروطها

يختلف الفقه فى بيان ما يعد ركنا فى الوصية ، وما يعتبر من شروطها (1) • وهذا الاختلاف ناجم عن اختلاف نظرة كل منهم الى مدى امكان قيام الوصية بالصيغة وحدها من عدمه •

فمن رأى أن الوصية يمكن أن تنشأ بالصيغة وحدها جعلها الركن الوحيد لها ، ومن رأى أن الصيغة لا تكفى وحدها لنشوء الوصية قرر أن الوصية لها أركان أربعة وليس ركنا واحدا •

فالأحناف : يرون أن ركن الوصية هو الصيغة ، وأن قال بعضهم أن الصيغة تتمثل فى الإيجاب من الموصى والقبول من الوصى له ، وقال "بعض الآخر أن الصيغة هى الإيجاب فقط (2) •

والشافعية : يقولون بأن للوصية أركاناً أربعة هى : الصيغة والموصى ، والموصى له ، والموصى به •

وأياً ما كان الأمر ، فإن الصيغة هى الحد الأدنى المتفق عليه بين الفقهاء • لذلك أعرض لركن الوصية فى فصل أول ، ثم أعرض لشروط صحة الوصية فى فصل ثان •

(1) يعرف الركن عند الأصوليين بأنه ما كان جزءاً من طبيعة الشيء، بينما يعرف الشرط بأنه ما كان خارجاً عن تلك الماهية — الأستاذ عباس متولى همادة — أصول الفقه — المرجع السابق — ص. 406 •
(2) الدكتور بدران أبو العينين بدران — الموارث والوصية والهبة — المرجع السابق — ص. 130 •

الفصل الاول

ركن الوصية

أعرض في هذا الصدد لتعريف الصيغة ، ثم أبين قيمة القبول ،
وذلك في مبحثين متتاليين •

المبحث الاول

الصيغة

يرى الفقه الوضعي مع أستاذنا الدكتور على سليمان أن الوصية
« تتعقد عند صدورها من الموصي ... » (1) ، وقال زفر من الاحناف أن
ركن الوصية هو الايجاب فقط وبهذا الرأي أخذ قانون الوصية المصري
حين جعل الوصية تصرفاً ينشأ بإرادة منفردة وان كان يرى في قبول
الموصى له بعد وفاة الموصي شرطاً للزوم الوصية •

ويقصد بالايجاب في العقود بوجه عام التعبير البات النهائي الذي
يقصد به صاحبه أثراً قانونياً طالما صادفه قبول (2) •

وفي مجال الوصية ، لا يحتاج الايجاب الى قبول حتى يتحقق ابرامها
والا كانت عقداً ، ولكن الايجاب يحتاج للقبول لمجرد لزوم الوصية •
وعلى ذلك يمكن القول بأن المقصود بالايجاب في نطاق الوصية هو

(1) أستاذنا الدكتور على سليمان — شرح القانون الدولي الخاص الليبي —
ص 111 ، وقد سبقت الإشارة الى آراء بعض الفقهاء في ذلك .
(2) في معنى الايجاب : الدكتور أنور سلطان — الموجز في مصادر الالتزام —
الاسكندرية 1970 — بند 66 — ص 69 وما بعدها .

أى لفظ أو إشارة أو كتابة تنطوى على قصد التملك بعد الموت . وهذا المفهوم يلتقى مع ما قال به قانون الوصية المصرى الذى سوى فيما يتعلق بانعقاد الوصية بين العبارة لمن يقدر عليها والكتابة لمن يشاؤها أو الإشارة المفهمة لمن لا يقدر عليها (1) .

فبالنسبة الى القول أو الى اللفظ ، فانه يمكن أن يكون صريحا كأن يقول شخص أوصيت لآخر بمنزل أو بعين من الاعيان أو بمنفعة من المنافع .

كما يمكن أن يكون اللفظ يفيد الوصية ضمنا ، فلو قال شخص اعطوا أو هبوا أو امنحوا كذا بعد موتى كان ذلك وصية ضمنية .

والكلام فى الواقع هو الوسيلة المثلى للتعبير عن ارادة الشخص ، الا أنه اذا فقد قدرته على التعبير عن ارادته جاز له أن يعبر عن ارادته بالكتابة ، فاذا كان قادرا على الكلام وعبر عن ارادته بالكتابة فان ذلك يصح عند الملكية . أما الاحناف فعندهم تفصيلات فى ذلك الامر . ويستوى عند الملكية أن يعبر الشخص عن ارادته بعبارة أو بإشارته حتى لو كان الذى استخدم الإشارة قادرا على النطق ، أما غيرهم فلم يقبلوا الإشارة من غير الاخرس (2) .

وبمذهب الملكية أخذ القانون المدنى الجزائرى حيث نص فى المادة 60/1 عن أن «التعبير عن الارادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا ، كما يكون باتخاذ أى موقف لا يدع أى شك فى دلالته على

(1) المادة الثانية من قانون الوصية المصرى .

(2) الأستاذ محمد مصطفى شلبى - المرجع السابق - ص. 33 - 36 .

ويقول ابن قدامة فى المعنى على مختصر الخرقى - ج : 6 - بيروت 1972 - ص. 529 أنه « تصح وصية الاخرس اذا فهمت اشارته ... فان لم تفهم اشارته فلا حكم لها ، وهذا قول أبى حنيفة والشافعى وغيرهما ، فاما الناطق اذا اعتقل لسانه فعرضت عليه وصيته فأشار بها وفهمت اشارته لم تصح وصيته - فكره القاضى وابن عطل ، وبه قال الثورى والاوزاعى وأبو حنيفة ، وقال الشافعى وابن المنذر تصح وصيته » .

المقصود» وجاء بفقرتها الثانية «ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة
ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا» .

وهذا النص يتفق مع معنى نص المادة 90 مدنى مصرى وإن اختلفا
فى بعض الالفاظ ويلتقى مع قوانين أخرى حديثة كالمادة 863 من التقنين
النمساوى (1) .

وخلاصة ما تقدم أنه يجوز للموصى أن ينشئ وصيته بالقول أو
بالكتابة أو بالإشارة أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً فى دلالة
على المقصود .

وإذا كانت التصرفات عموما يجب أن تكون فى الأصل منجزة إلا أن
طبيعة الوصية تستلزم أن تكون مضافة الى أجل . والأجل هنا هو موت
الموصى ، بيد أنه يجوز أن تكون صيغة الوصية معلقة على شرط (2) ،
فإذا تحقق الشرط عدت الوصية قائمة . بيد أنها تظل رغم ذلك مضافة
الى أجل تحقق وفاة الموصى . ويمكننى أن أضرب لهذا الفرض المثال
الآتى : يقول زيد إذا نجحت فى الامتحان ووهب لى والدى المنزل الذى
اشترطه على نفسه فاننى أوصى به لفقراء البلدة ليكون مأوى لهم .
فالوصية هنا معلقة على شرط واقف وهو تحقق النجاح . والنجاح أمر
مستقبل — أو كما يسمى فى بعض القوانين عارضا مستقبلا — غير مؤكد
وممكنا (3) قد يتحقق وقد لا يتحقق ، فان تحقق وأعطى الوالد ابنه المنزل
الذى وعد به فان الابن يصبح مالكا له ملكية كاملة بأثر رجعى فتكون
الوصية أثناء صدور صيغتها قائمة على شيء يملكه الموصى ولكن الوصية

(1) الدكتور محمد كامل مرسى — الالتزامات — ج : 1 — 1954 — ص 73
هامش 2 .

(2) فى الإيجاب المعلن : الدكتور أنور سلطان — المراجع السابق — بد 67 —
ص 170 .

(3) الدكتور صبحى المحمصانى — النظرية العامة للموجبات والمقود فى الشريعة
الإسلامية — الجزء الثانى — طبعة بيروت 1948 — ص 203 .

تبقى رغم ذلك مضافة الى أجل وهو موت الموصى لانها « تصرف في التركة
بضاف الى ما بعد الموت » (1) •

المبحث الثانى

قيمة القبول

يعرف القبول بأنه تعبير بالموافقة على الايجاب ، وبه يتم ابرام
العقد (2) • ويلزم أن يكون ذلك القبول باتا من جهة ومتطابقا مع الايجاب
تطابقا تاما من جهة أخرى (3) •

ولما كانت الوصية تصرفا من جانب واحد ، فانه لا يتصور أن يحتاج
انعقادها لغير الايجاب ، وأما القبول فان استلزامه يكون لمجرد لزوم
الوصية فهو ليس ركنا فيها أو بعبارة أوجز تنعقد الوصية عند صدورهما
من الموصى «ولكن يتوقف نفاذها على موته وعلى قبول الموصى له» (4) •

ورغم كل ذلك ، فان بعض فقهاء الشريعة الاسلامية قد ذهب الى
القول بأن القبول جزء من الصيغة واعتبره ركنا كالايجاب وان كان المفهوم
انهما معا يكونان ركن الصيغة •

والخلاف بين الرأيين السابقين ليس خلافا بحثا مجردا من كل قيمة
عملية ، بل ان أثره يظهر في مدى القول باشتراط موافقة الايجاب للقبول
موافقة تامة أو عدمه ، لان من يجعل القبول ركنا يشترط بالضرورة أن
يتوافق القبول مع الايجاب توافقا تاما • ومن لم يشترط القبول كركن

(1) استاذنا الدكتور على غنى سليمان — شرح القانون الدولى الخاص الليبي —

المرجع السابق — ص 111 •

(2) و (3) استاذنا الدكتور محمود جمال الدين زكى — دروس في النظرية العامة
للالترامات — القاهرة 1965/64 — بند 37 — ص 86 وما بعدها •

المرجع السابق — ص 111 •

(4) استاذنا الدكتور على غنى سليمان — شرح القانون الدولى الخاص الليبي —

لا يرى ضرورة لتوافقهما • ولقد كان اختلاف صاحب المبسوط مع صاحب البدائع في نقلهما عن أئمة الاحناف سبباً في اتخاذ الفقهاء المحدثين موقفاً من ذلك :

فلقد قال صاحب المبسوط « ولو أوصى رجل لرجلين بثلث ماله فرد أحدهما الوصية بعد موت كان للآخر حصته في الوصية اذا قبل » •

وقال صاحب البدائع « أما الذى يرجع الى نفس الركن فهو أن يكون القبول موافقاً للايجاب ، فان خالف الايجاب لم يصح القبول لانه اذا خالفه لم يرتبطا فبقى الايجاب بلا قبول فلا يتم الركن » •

وقد وقف الاستاذ أبو زهرة بين هذين النقلين موقفاً يغاير موقف الاستاذ محمد مصطفى شلبى اذ يقول الاستاذ أبو زهرة ان الاختلاف في النقل سببه اختلاف المثال وليس اختلافهما في ركنية القبول ، بينما يقول الاستاذ محمد مصطفى شلبى أن اختلاف هذين الفقيهين في النقل عن أئمة الاحناف راجع الى الاختلاف في مدى ركنية القبول • وهذا القول الاخير تسانده نصوص العبارات السابقة (1) •

واذا انتقلنا الى نطاق التشريعات ، نجد أن قانون الوصية المصرى سالف الإشارة قد أخذ بالرأى الاول معتبراً الوصية محققة بمجرد الايجاب حيث قال فى الفقرة الاولى من المادة الثانية « تتعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة ، فاذا كان الموصى عاجزاً عنها انعقدت الوصية بإشارته المفهمة » ، فمفاد ذلك النص أنه وان كان لا يعتد بالإشارة الا عند العجز عن القول أو الكتابة ، الا أنه فى كل الاحوال يجعل الوصية منعقدة بمجرد الايجاب فاذا ما أضيف الى ذلك أن المادة العشرين قد بينت قيمة القبول مؤكدة أنه يكون لمجرد اللزوم ولا لزوم الا بعد وجود شئ قائم ، كما أنه أتى

(1) الاستاذ محمد مصطفى شلبى - المدخل - ص 29 وما بعدها فى عرض ذلك .

بحالات تكون فيها الوصية لازمة حتى لو لم يقع القبول كما في جهات البر
الموصى لها دون أن يكون لها من يمثلها قانونا (1) لبان لنا أن القبول
ليس ركنا وانما هو شرط لزوم •

ولا أرى مانعا من الاخذ بنصوص القانون المصرى فى الوصية فى
قانون جزائرى يتناول أحكام الوصية ، لان أحكام القانون المصرى لا
تتعارض مع الفقه الاسلامى أو مع القانون المدنى الجزائرى الجديد •

الفصل الثانى

شروط الصحة

أعرض — فى هذا الصدد — للموصى وللموصى له وللموصى به ثم
أتبع ذلك بالحديث عن شكل الوصية وذلك فى مباحث أربعة متتالية •

المبحث الاول

الموصى

يجب فى الموصى حتى تصح وصيته شروط معينة ، اذا تخلفت أو
تخلف أحدها لم تصح الوصية • وهذه الشروط هى :

(1) والمادة المشروحة من قانون الوصية المصرى يجرى نصها كالتالى : « تلزم الوصية
بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الماوصى ، فإذا كان الموصى
له جنينا أو قاصرا أو محجورا عليه يكون قبول الماوصية أو ردها ومن له الولاية
على الماوصى بعد إذن المجلس العسبى ، ويكون القبول بين الجهات والمؤسسات
والمنشآت ممن يمثلها قانونا فان لم يكن لها من يمثلها لزم الوصية بدون توقف
على القبول » •

أولا : أهلية التبرع :

يجب أن يكون الموصى أهلا للتبرع (1) أو بالأدق « يجب أن تتوافر لدى الموصى أهلية التبرع » (2) عند صدور الوصية • ويتشقق الفقهاء جميعا على أنه يشترط في الموصى أن يكون عاقلا مميزا (3) ، وعدم التمييز يفضى الى القول بعدم وجود الوصية • ولكن يلاحظ أن التشريعات تختلف فيما بينها من حيث سن التمييز :

فالقانون المدني الجزائري يعتبر الشخص عديم التمييز طالما أنه لم يبلغ السادسة عشرة من عمره • وهذه سن متأخرة ، وقد أدتقدها — بحق — أستاذنا الدكتور على علي سليمان من هذه الناحية خاصة وأنه لا يفصل بين سن التمييز وبين سن الرشد سوى ثلاث سنوات فحسب (4) •

أما في القانون المصري ، فإن سن التمييز هو سبع سنوات •

وعلى ذلك ، فإذا أبرم جزائري وصيته قبل بلوغه السادسة عشرة عدت الوصية غير قائمة لصدورها من عديم التمييز ، كذلك إذا انعدم العقل فإن الوصية لا تقوم لان وصية المجنون غير جائزة (5) •

والعبرة دائما في ذلك هي بوقت انشاء الوصية • وقد سلك القانون

(1) الدكتور عبد الرزاق أحمد السهوري — الوسيط — ج: 9 — المرجع السابق —

بند 74 — ص: 208 •

(2) أستاذنا الدكتور على علي سليمان — المحاضرة المتعار اليها — بند 8 —

ص: 3 •

(3) الأستاذ محمد مصطفى شلبي •

(4) الدكتور على علي سليمان — المحاضرة المشار اليها — بند 8 — ص: 3 •

(5) وقد جاء في المغني لابن قدامة — ج: 6 — المرجع السابق — ص: 528 ،

أن «الطفل وهو من دون السابعة والمجنون ... فلا وصية لهم وهذا قول

أكثر أهل العلم منهم حميد بن عبد الرحمن ومالك والأوزاعي والشافعي رضي

الله عنهم وأصحاب الرأي ومن تبعهم ولا نعلم أحدا خالفهم إلا إياس بن معاوية

قال في الصبي والمجنون إذا وفقت وصيتهم (هكذا في المرجع) الحق جازت وليس

بصحيح فإنه لا حكم لكل منهما ولا تصح عبارتهما ولا شيء من تصرفاتهما فكذا

الوصية » •

المصرى مسلکا وسطا حيث نص في المادة الرابعة عشرة على أن الوصية تبطل بجنون الموصى جنونا مطبقا اذا اتصل بالموت ، فشرطا بطلان الوصية هما : أن يكون الجنون غير متقطع ، وأن يتصل الجنون بالموت .

أهمية البلوغ :

قد يكون الشخص مميزا ، ومع ذلك تبطل وصيته عند البعض لكونه غير بالغ ولكن البعض الآخر وبالأخص المالكية ومعهم الحنابلة في الرأي الراجح لديهم أن البلوغ ليس شرطا فتصح وصية المميز اذا كانت متفقة مع الحق أيا كانت كوصايا البالغين استنادا الى ما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه أجاز وصية غلام يفاع لم يحتلم لابنة عم له بمال يسمى « بئر جشم » بلغت قيمته ثلاثين ألف درهم (1) .

ومع ذلك ، فقد نصت المادة الخامسة من قانون الوصية المصرى على أنه يشترط في الموصى أن يكون أهلا للتبرع قانونا ، على أنه اذا كان محجورا عليه لصفه أو غفلة وبلغ من العمر ثمانى عشرة سنة شمسية جازت وصيته باذن من المجلس الحسبى .

وأنا أتقدم الى المشرع الجزائرى بضرورة الأخذ برأى المالكية لأنه يتفق والمصلحة .

الرضا :

يجب أن يتوافر رضا الموصى بالايضاء ، فاذا كان مكرها أو هازلا أو مخطئا فلا تصح الوصية ، وكذلك لا تصح وصية السكران لأنها تضر ورثته « ولا ضرر ولا ضرار » في الشريعة الاسلامية .

(1) شرح الزرقانى على موطا الامام مالك - سالف الاشارة - ص. 61/60 ، وكذلك الاسناد حمد مصطفى شلبى - أحكام الوصايا ... - المرجع السابق - ص. 67 ، وقد أشار الى الاراء الفقهية السالفة معتمدا في رأى المالكية على المنتقى الموطا - ج : 5 - ص 154 .

وفي النهاية ، فإنه لا يشترط أن يكون الموصى مسلماً (1) وإن كان القانون المصرى يشترط ألا تكون وصية غير المسلم محرمة ، شريعته (المادة 2/3) ، كما أن وصية المرتد جائزة وقد أخذ بها مشروع قانون الأحوال الشخصية المصرى الجديد (2) .

المبحث الثانى

الموصى له

يجب حتى تصح الوصية أن تتوافر فى الموصى له شروط معينة
وهى :

أولاً : يجب ألا يكون الموصى له جهة معصية ، لأن هذا يحول دون تحقق الغاية من الوصية وهى صلة الرحم وإعانة ذوى القربى أو اليتامى أو جهات البر . ولذا لا تصح وصية المسلم المراد بها حراماً كالوصية لدور اللهو ولأندية القمار أو للكنائس أو للمعابد التى لاتخص المسلمين . وإذا كانت الجهة الموصى لها ليست محرمة فى ذاتها وكان الباعث على

(1) الدكتور بدران أبو العنين بدران - الموارث والوصية - المرجع السابق - ص 132 . وقد جاء فى المفتى لابن قدامة - المرجع السابق - ص 530 أنه تصح وصية المسلم للذمى ووجه ذلك هو عن طريق القياس من باب أولى وهو ما يتضح من عجز العبارة الآتية عن نفس المرجع والمرجع اذ جاء هنا : « روى إجازة المسلم للذمى عن شريح والشعبي والثوري والشافعي رضى الله عنه وإسحاق وأصحاب الراى ولا نعلم عن غيرهم خلافهم . وقال محمد بن الحنفية وغطاء وقنادة فى قوله تعالى « الا أن تفعلوا الى أوليائكم معروفاً » هو وصية المسلم لليهودى والنصرانى . وقال سعيد حدثنا سفيان عن أيوب عن كريمة أن صفية بنت حبيى باعت حجرتها من معاوية بمائة ألف وكان لها أخ يهودى فعرضت عليه أن يسلم فبرث فابى فأوصت له بثلاث المائة ألف ولأنه تصح له الهبة فصحت الوصية له كالمسلم وأنه اذا صحت وصية المسلم (هكذا فى المرجع) للذمى فوصية الذمى للمسلم والذمى للذمى أولى 6 ولا تصح الا بما تصح به وصية المسلم للمسلم » .

(2) عجز المادة 330 من مشروع الاحوال الشخصية المصرى الجديد .

النومية محرما فان الوصية 'لا تصح' ، ومثال ذلك الايصاء لخليلة لتبقى
على علاقتها المحرمة مع الموصى (1) •

ثانيا : يجب أن يكون الموصى له معلوما ، فان كان مجهولا جهالة
فاحشة لا يمكن رفعها فان الوصية لا تصح ، انما تصح الوصية لمن
لا يحصون كمن يوصى بشيء ما للطلبة المحتاجين في معهد علمي معين (2)
وقد أقر القانون المصري «مبدأ جواز الوصية للمعدوم وهو مذهب
المالكية» (3) •

ثالثا : ألا يكون الموصى له قاتلا للموصى :

فقد يقتل الموصى له الموصى بعد الوصية أو قبلها • والقتل بعد
الايصاء مفهوم ، وأما مثال القتل قبل الايصاء فمثاله أن يجرح الموصى
نه الموصى جرحا يعقبه أن يقوم الموصى لاي سبب بالايصاء للموصى له
(الذي قام بجرحه) ثم يفضى الجرح بعد ذلك الى موت الموصى •

والراجع عند الحنفية والحنابلة أن القتل بعد الوصية مبطل لها ،
وأما اذا حدث سبب القتل قبلها فلا يحول دون صحتها (4) • والقتل
المقصود هو القتل العمد وهو عند المالكية أعم في معناه « من أن يكون
مباشرة أو تسببا » (5) • ويتفق الفقهاء على أن قتل نفس بحق لا يؤثر
في صحة الوصية كالقتل للقصاص •

رابعا : اذا كان الموصى له وارثا فانه تجب اجازة الوصية من
الورثة : فمذهب الجمهور من الأحناف والمالكية وظاهر مذهب أحمد بن

(1) الأستاذ محمد مصطفى شلبي - المرجع السابق - ص . 77 - 80 .

(2) الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط - ج : - المرجع السابق -
ص . 211 •

(3) الدكتور بدران أبو العيين بدران - المرجع السابق - ص . 134 •

(4) الأستاذ محمد مصطفى شلبي - المرجع السابق - ص . 84 - 85 •

(5) الأستاذ محمد مصطفى شلبي - المرجع السابق - ص . 89 وثمة تفاصيل
لابن قدامة - المرجع السابق - ص . 566 - 567 •

حنبل والشافعية أن الوصية للوارث صحيحة ولكنها تتوقف على اجازة الورثة (1) •

وأثير التساؤل حول الوصية للمعدوم • ويرى المالكية صحتها يستوى في ذلك وجود الموصى له وقت وفاة الموصى أو عدم وجوده • وهذا الرأي يرى بقاء الوصية ما بقى الأمل في وجود الموصى له قائما وظاهرا ما فيه من حماية مصلحة الموصى له (2) •

والوصية للحمل في القانون المصري جائزة في حالتين :

(1) أن يقر الموصى وقت الايضاء بوجود الحمل الذي يولد حيا خلال ثلاثمائة وخمسة وستين يوما من وقت ابرام الوصية •

(2) ألا يقر الموصى بالحمل ويولد الحمل حيا خلال مائتين وسبعين يوما من وقت ابرام الوصية « ما لم تكن الحامل وقت الوصية معتدة لوفاة أو فرقة بائنة فتصح الوصية اذا ولد الحمل حيا لثلاثمائة وخمسة وستين يوما فأقل من وقت الموت أو الفرقة البائنة » (3) •

وأحبذ مذهب القانون المصري — في هذا الصدد — الذي أخذه عن الأحناف ، فهو ظاهر العدالة ومتفق ومقاصد الشريعة الاسلامية •

المبحث الثالث

الموصى به

يشترط في الموصى به حتى تصح الوصية ما يلي :

أولا : أن يكون الموصى به مما يمكن توارثه : ويندرج في ذلك كافة

(1) الأستاذ محمد مصطفى شلبي — المرجع السابق — ص . 88 وما بعدها وخاصة ص . 89 •

(2) الأستاذ محمد مصطفى شلبي — المرجع السابق — ص . 99 وما بعدها •

(3) الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري — الوسيط — ج : 5 — المرجع السابق — بند 71 — ص . 212 — 213 •

أموال الإنسان بأنواعها المختلفة والتي يحوزها حقيقة أو حكما ، وكذا الحقوق المالية أو الملحققة بالمال ، والحقوق المعينة على خلاف الحقوق الشخصية المحضة ، كما تتدرج في ذلك أيضا المنافع .

ثانيا : إذا كان الموصى به مالا ، فيجب أن يكون مقوما .

ثالثا : أن يكون الموصى به موجودا في ملك الموصى وقت إبرام الوصية إذا كان عينا معينة بالذات والا فلا يشترط ذلك .

« والشرط في صحة الوصية بالمنفعة هو كونها من المنافع المباحة باتفاق الفقهاء » (1) .

المبحث الرابع

شكل الوصية طبقا للقانون المدني الجزائري والقوانين العربية الأخرى

أعرض في هذا الصدد للآتي :

أ - فكرة شكل الوصية في القانون المدني الجزائري .

ب - شكل الوصية في القانون المقارن .

أ - شكل الوصية في القانون المدني الجزائري (1) :

نصت المادة 775 مدني جزائري على أنه « يسرى على الوصيصة قانون الأحوال الشخصية والنصوص المتعلقة بها » ، وألحقت المادتان

(1) الأستاذ محمد مصطفى شلبي - المرجع السابق - ص 133 وما بعدها .
والشروط المذكورة تتفق مع القانون المصري الذي أخذ في الغالب عن الإحناف
- عدا النذر اليسير - ولا مانع من تبنيها في قانون الوصية الجزائري ، وأيضا
للدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط - ج : 9 - بند 78 - ص 212 - 216

(1) أستاذنا الدكتور على سليمان - محاضرات في القانون الدولي الخاص
الجزائري الجزائر - 1976/75 - ص 57 .

776 و 777 بالوصية تصرفين اولهما : تصرف المريض مرض الموت ،
وثانيهما : البيع لو ارث مع الاحتفاظ بالحيازة وبالاقتناع طيلة الحياة .

ويثار التساؤل حول ماهية الشكل في القانون الجزائري فيما يتعلق
بالوصية . والواقع أن القانون المدني الجزائري (1) لم ينص بصدد
الوصية على الشكل ، لا كشكل انعقاد ولا كشكل اثبات ولا كشكل متعلق
بالشهر ، لذلك يجدر أن نتقصى المسألة في الشريعة الاسلامية وفي قانون
التوثيق .

ففيما يتعلق بالشريعة الاسلامية وموقفها من الشكل في الوصية :

أحال القانون المدني الجزائري الى قانون الأحوال الشخصية فيما
يتعلق بالوصية، بيد أن الوصية لم يجر تنظيمها بعد في اطار هذا القانون،
ومن ثم يجدر الرجوع الى مبادئ الشريعة الاسلامية « في مجموعها
وبتقصي آراء المذاهب الاسلامية ، نجد أنها تعتمد الرضائية أصلا
من أصول التعاقد والتصرفات القولية الصادرة عن جانب واحد ، ولذلك
فالوصية « تنعقد عند صدورها من الموصي ولكن يتوقف نفاذها على موته
وعلى قبول الموصى له » (2) وليس ذلك سوى أخذ بالسائد فقها من أن
الايجاب هو ركن الوصية الوحيد الذي ينعقد به (3) .

(1) الصادر في 26 سبتمبر 1975 . وفي الانتقادات الموجهة الى مخالفة هذا القانون
لبدا عدم الرجعية استاذنا الدكتور على علي سليمان - المحاضرة المشار اليها
- ص 2 .

(2) استاذنا الدكتور على علي سليمان - المحاضرة المشار اليها - ص 2 .

(3) استاذنا الدكتور على علي سليمان - شرح القانون الدولي الخاص الليبي -

ص 111 ، والاستاذ أحمد المصري - المرجع السابق - ص 544 .

وما يكتفى به

(3) الدكتور حسن الشاذلي - النظريات العامة في المعاملات في الفقه الاسلامي -

أبحاث في نظرية العقد - دروس للدراسات العليا بجامعة الزهراء - تاريخ

الطبع في مذكور - ص 36 وما بعدها .

وهكذا فإن الشكل لأمجال له في الشريعة الإسلامية فيما يتعلق
بالوصية .

وفيما يتعلق بالأمر رقم 70 - 91 الصادر في 15 ديسمبر 1970
بشأن تنظيم التوثيق، فإن المادة 12 منه تنص على أنه « زيادة على العقود
التي يأمر القانون باخضاعها الى شكل رسمي ، فإن العقود التي تتضمن
نقل العقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر
من عناصرها أو التخلي عن سهم من شركة و جزء منها أو عقود ايجار
زراعية أو تجارية أو عقود تسيير المحلات التجارية أو المؤسسات
الصناعية يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود في شكل رسمي
مع دفع الثمن الى الموثق » .

والسؤال الذي يطرح نفسه يتعلق بالعلاقة بين تكييف الوصية
والنص السابق . وفي هذا الصدد ، فإن الوصية قد سبق تكييفها بأنها
تصرف من جانب واحد وهي بهذا المعنى ليست عقدا (1) بالمعنى الحقيقي
لهذا الاصطلاح . ومقتضى ذلك التكييف أن الوصية لا تدخل في مفهوم
النص القانوني السابق إذ أن نطاقه محدود من حيث نوع التصرف
بالعقود والوصية ليست عقدا . ولا يقدح في ذلك وجود رأى في الفقه
الإسلامي يسمى الوصية « عقدا » بالمعنى العام (2) ، لأنه يعود في نفس
الموضع ويقرر أن هذا العقد يتم فور صدوره من الموصي (3) ومن ثم
يكون الاطلاق العام هو اطلاق مجازي محض قصد به حث المؤمن على
البر بما عقد عليه العزم .

(1) بالإضافة الى ما سبق من مراجع، فإن الدكتور محمد يوسف موسى في مؤلفه
الفقه الإسلامي - مدخل لدراسته ونظام المعاملات فيه - ط : 3 - 1958 -
ص . 339 يؤكد المعنى السابق بمبارات مختلفة نسبيا فيقول « والوصية هي
كذلك التزام من الموصي بالنزول من كذا من ماله بعد وفاته ، فلان من الناس،
أو لجهة من جهات الخير » .
(2) و (3) الدكتور محمد يوسف موسى - المرجع والموضع السابقان .

وما دام الأمر كذلك ، فإن نص المادة 12 من قانون التوثيق سالف الإشارة سوف لا يكون له سند لأعماله في الوصية، إلا اذا عدل واستبدلت كلمة «التصرفات» بكلمة «العقود» الواردة فيه ، حتى يصبح النص عاما وشاملا للتصرفات الصادرة من جانبين والتصرفات الصادرة عن جانب واحد (1) .

والخلاصة أن الشكل كركن انعقاد غير مطلوب، بالنسبة الى الوصية، فهي تصرف رضائي . أما شكل الاثبات فلم يرد بشأنه نص قانوني خاص وإن كانت الشريعة الاسلامية تقتضيه من جهة ، والقواعد العامة تستلزمه من جهة أخرى .

فأما أن الشريعة الاسلامية تقتضيه ، فلأن ذلك هو مفهوم الحديث الشريف الذي روى فيه ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: « ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي به يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عنده » (2) .

وأما أن القواعد العامة تستلزمه ، فلأن الوصية تصرف مدني، وقد نربو قيمتها على ألف دينار ، ويحدث بشأنها نزاع ولذا يسرى بشأن اثباتها نصوص المواد 333 وما بعدها مدني جزائري ، ولكن هذا لا يحول دون إبرام الوصية في الجزائر في أي شكل سواء بالعبارة أو بالكتابة (3) إذ الرضائية هي الأصل ولكن اذا شاء الأفراد كتابة وصاياهم فلهم ذلك « سواء كانت الكتابة رسمية أو عرفية » (4) . وعلى ذلك فلا خلاف على أن الشكل في الجزائر يقصد به الشكل العرفي (5) .

(1) وسأعرض لاحقا لمسألة الشهر في القانون الجزائري والقوانين العربية الأخرى .

(2) الأستاذ أحمد الحمري - المرجع السابق - ص . 535 .

(3) أستاذنا الدكتور علي علي سليمان - محاضرات في القانون الدولي الخاص

الجزائري - سنة 1976/75 - ص . 59 .

(4) (5) أستاذنا الدكتور علي علي سليمان - محاضرات في القانون الدولي الخاص الجزائري - المرجع السابق - ص . 59 .

شكل الوصية في القانون الدولي الخاص الجزائري

يقرر أستاذنا الدكتور على على سليمان أن القانون الجزائري
كانقوانين العربية الأخرى قد أدخل « الوصية ضمن الأحوال الشخصية،
وفرق فيما يتعلق بها وبالتصرفات المضافة الى ما بعد الموت بين الشروط
الموضوعية والشروط الشكلية فأخضع الأولى لقانون جنسية الموصي وقت
وفاته » (1) وأخضع الثانية « لقانون جنسية الموصي وقت الايضاء أو
لقانون المحل الذي تنتم فيه الوصية (2) » *

هذا ويثور التساؤل حول ما يعد شرطاً شكلياً وما يعتبر شرطاً
موضوعياً ، ويقول الفقه أن هذه المسألة « مسألة تكييف تخضع لقانون
القاضي طبقاً للقاعدة العامة » (3) فني هولندا يعتبر عدم ابرام الوصية
غير الشكل الرسمي ولو خارج البلاد « شرطاً موضوعياً يتعلق بأهلية
الموصي ، بينما هو شرط شكلي عندنا » (4) *

وبخلاصة القول أن الوصية في الجزائر « تتم في أي شكل سواء
بالعبارة أو بالكتابة وسواء كانت الكتابة رسمية أو عرفية ، بل ويجوز أن
تتم الوصية بالإشارة المفهمة اذا كان الموصي عاجزاً عن التعبير وعن
الكتابة » (5) كما سبق القول *

الشكل بالنسبة الى الاجانب في الجزائر

يقيم في الجزائر كثير من الأجانب * وتثار بالنسبة اليهم مسألة

-
- (1) أستاذنا الدكتور على على سليمان - محاضرات في القانون الدولي الخاص
الجزائري - ص 57 . وقد نصت المادة 2/16 مدني جزائري على انه
« يسري على كل الوصية قانون الموصي وقت الايضاء أو قانون البلد الذي تمت
فيه الوصية وكذلك الحكم في شكل سائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت » *
 - (2) أستاذنا الدكتور على على سليمان - محاضرات عن القانون الدولي الخاص
الجزائري - المرجع السابق - ص 39 .
 - (3) أستاذنا الدكتور على على سليمان - المرجع والموضع السابق .
 - (4) أستاذنا الدكتور على على سليمان - المرجع والموضع السابق .
 - (5) أستاذنا الدكتور على على سليمان - المرجع والموضع السابق .

الشكل الذي يحررون فيه وصاياهم ، والصحيح أن لهم « أن يحرروا وصاياهم في الشكل المعمول به في الجزائر وهو الشكل العرفي السابق الذكر ، كما أن لهم أن يحرروها في الشكل الذي يقضى به قانون جنسيتهم وإذا كان هذا القانون يقضى بوجوب تحريرها في الشكل الرسمي فإن لهم أن يحرروها أمام مكاتب التوثيق في الجزائر (1) » .

الشكل بالنسبة الى الجزائريين في الخارج :

ان من حق رعايا الجزائر في الدول الاجنبية « أن يقوموا بعمل وصاياهم سواء طبقا لشكل المحل الذي تتم فيه الوصية أو للشكل العرفي الذي يسير عليه العمل في الجزائر أو في شكل رسمي اذا شاءوا .. » (2) .

(ب) شكل الوصية في القانون المقارن :

عرض أستاذنا الدكتور على على سليمان لشكل الوصية ، ولم يقصر ذلك البحث على القانون الدولي الخاص في دولة معينة ، بل ناقش ذلك في نطاق القانون الدولي الخاص المقارن . وهذا الاسلوب هو الذي يبين أوجه الاختلاف والائتلاف بين كافة التشريعات بغية اتخاذ محاولات جديدة لتوحيد قواعد تنازع القوانين في المجال الدولي Unification des règles de conflit sur le plan international وفيما يلي خلاصة ما قاله الفقه بشأن شكل الوصايا سواء في نطاق القانون الدولي الخاص أو في القانون المدني .

(1) أستاذنا الدكتور على على سليمان - المرجع والموضع السابق .
(2) أستاذنا الدكتور على على سليمان - محاضرات في القانون الدولي الخاص الجزائري - المرجع السابق - ص. 59 .

(ب) شكل الوصية في القانون المدني الفرنسي :

تنقسم الوصايا في هذا القانون الى ثلاثة أقسام ، ولكل منها شروط خاصة بالشكل وذلك على النحو التالي (1) :

أولا : الوصية المحررة بخط الموصى :

يجب أن تتوافر لهذه الوصية المكتوبة الشروط الشكلية الآتية :

أولا : يجب أن تكون هذه الوصايا قد كتبت بخط يد الموصى ، وتختلف هذا الشرط يخرجها عن نطاق الوصية بهذا المعنى •

ثانيا : يجب أن تكون مؤرخة : فالتاريخ شرط شكلي رئيسي اذ به تتضح حقوق ذوى الشأن • فالتاريخ يفيد معرفة أهلية الموصى وتقديم الوصية الاسبق في التاريخ عند تعدد الوصايا • والشك في التاريخ يبطلها (2) •

ثالثا : يجب أن يوقع الموصى على الوصية • وهذا شرط شكلي ثالث بغيره تصبح الوصية مجردة عن كل قيمتها فلا يمكن للموصى له أن يحتج بها •

ثانيا : الوصايا الرسمية :

وهي الوصية التي تبرم أمام اثنين من مسجلي العقود (3) وبحضور شاهدين ، أو أمام مسجل عقود واحد بشرط أن يحضرها أربعة شهود طوال تحريرها • وشروط الشكل تتلخص فيما يلي :

(1) سيد عبد الله حسن - المقارنات التشريعية - ط : 1 - 1949 - ص. 243

- 244 •

(2) سيد عبد الله حسين - المرجع السابق - ص. 243 •

(3) سيد عبد الله حسين - المرجع السابق - ص. 244 •

1 - القدرة على املاء الوصية : يجب أن يكون الموصى قادرا على املاء الوصية على مسجل العقود ، فاذا كان الموصى أخرس فان وصيته الرسمية تكون غير جائزة •

2 - كتابة الوصية حسب ما أملت : يجب على مسجل العقود أن يقوم بكتابة الوصية طبقا لما أملت عليه ، ويتم التجاوز عن اصلاحه للغة ان كان قد شاب لغة الموصى خطأ •

3 - قراءة الوصية من واقع كتابتها : يجب على مسجل العقود قراءة الوصية بنفس النصوص والعبارات التي كتبت بها وعلى مسمع من الشهود ، حتى لا يكون هناك شك في كتابتها على خلاف « ارادة الموصى » أو رغبته •

4 - يجب كتابة ما أملاه صاحب الشأن في ختام وصيته •

5 - توقيع الوصية : يجب أن توقع الوصية من الموصى ومن انشهود دون مسجل العقود ، ويحدث عملا ألا يعرف الموصى القراءة وهناك يجب أن يذكر ذلك في الوصية ، كذلك الامر لو حال مانع دون توقيعه ، واذا أبرمت الوصية في الارياف ، فيمكن الاكتفاء بتوقيع شاهد من الشاهدين مع المسجلين، وعند حضور مسجل واحد يجب أن يوقع شاهدان من الشهود الاربعة •

6 - ذكر المكان : يجب أن يذكر المكان الذي أبرمت فيه الوصية حتى يمكن معرفة مدى اختصاص المسجل من حيث المكان (1) •

(1) سيد عبد الله حسين - المرجع السابق - ص. 244، وهو يضيف انه: يشترط في الشهود البلوغ والرشد وكونهم فرنسيين ، ويجوز أن يكونوا ذكورا فقط أو اناثا فقط، أو منهما، لا يجتمع زوج وامراته في شهادة وصية واحدة ... المرجع السابق - ص. 245 •

ثالثا : الوصية السرية :

وهي الوصية التي يحررها الموصى أو يقوم باملائها الى شخص آخر غير مسجل العقود دون حضور أى موظف عام وهي التي تسلم « مطوية مختومة مربوطة الى مسجل العقود لحفظها » (1) •

فشروط الشكل في الوصية السرية شرطان :

الاول : أن يهرم الموصى الوصية بنفسه ولا تجوز وصية الاعمى السرية •

الثانى : أن تسلم الوصية الى مسجل العقود مقفلة ومربوطة • ويجب حضور ستة شهود وقت التسليم ، أو سبعة شهود اذا لم تكن ممضاة •

وعلى أية حال ، فانه يجب في كافة الوصايا وجود مكتوب يفيدها وأن تفتح الوصية بواسطة رئيس المحكمة التي تفتح فيها التركة (2) •

(ب) شكل الوصية في القانون الدولى الخاص ألفرنسى :

يقرر أستاذنا الدكتور على على سليمان أن شكل الوصية في فرنسا يخضع لقانون المحل (3) ، ولكن اخضاع الشكل لهذا القانون اختياري (4) كما أن القضاء يجرى هناك على أن شكل الوصية يجوز أن يخضع

(1) و (2) سيد عبد الله حسين — المرجع السابق — ص. 245 •
(3) أستاذنا الدكتور على على سليمان — محاضرات في القانون الدولى الخاص الجزائى — المرجع السابق — ص. 59 •
(4) أستاذنا الدكتور على على سليمان — المرجع والموضع السابقان •

لقانون جنسية الموصى وقت الايضاء (1) أو لقانون موضوع الوصية •

شكل الوصية في اتفاقية لاهاي :

« وقد أضافت اتفاقية لاهاي المنعقدة في أكتوبر سنة 1961 أن شكل الوصية يجوز أن يخضع لقانون موطن الموصى أو لقانون محل إقامته العادي ، وإذا وقعت الوصية على عقار فيجوز أن يخضع الشكل لقانون موقع العقار (2) •

شكل الوصية في القانون المصري :

تنص المادة 2/2، 3 من قانون الوصية المصري على أنه « لا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الرجوع القولى عنها بعد وفاة الموصى في الحوادث السابقة على سنة ألف وتسعمائة وأحدى عشرة الأفرنجية إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى • أما الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة وأحدى عشرة الأفرنجية فلا تسمع فيها دعوى ما ذكر بعد وفاة الموصى إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعا بخط المتوفى وعليها امضاءه وكذلك تدل على ما ذكره أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقا على توقيع الموصى عليها» •

وعلى ذلك ، فإنه ابتداء من سنة 1911 ، يجب أن تتخذ الوصية واحدا من الأشكال الآتية :

الاول : تحرير ورقة رسمية بها •

الثانى : تحرير ورقة عرفية بها بشرط أن يصدق فيها على توقيع الموصى أو على خاتمه •

(1) (2) استاذنا الدكتور على على سليمان — المرجع والموضع السابقان •

الثالث : تحرير ورقة عرفية بها مكتوبة كلها بخط يد الموصي ومصدق عليها بامضائه •

ويثار التساؤل الان : هل الشكل المنصوص عليه آنفا هو ركن في الوصية؟

بالنسبة الى القانون المصرى الذى جعل الوصية تنعقد بمجرد العبارة أو الكتابة ، لا يمكن القول بأن الشكل ركن في الوصية • ولذا يقرر الفقه بأن « شكل الوصية المنصوص عليه في القانون مطلوب لجواز سماع الدعوى بالوصية عند الانكار وليس ركنا ••• وعلى ذلك لا تكون الوصية تصرفا شكليا والكتابة المطلوبة على مختلف أنواعها ليست إلا لجواز سماع الدعوى لا لانعقاد الوصية ، فهي وحدها الدليل الذى لا يقبل غيره في الاثبات » (1) •

ولما كان الاصل في الشريعة الاسلامية هو الرضائية ، وتسهيلا لاجراءات البر والتعاطف ، فانه يجدر بالقانون الجزائى أن يتبنى موقفا مثل موقف القانون المصرى فيما يتعلق بالنص المتقدم ، وبالنسبة الى ما جاء في القانون الفرنسى فظاهر التعقيد ولا ضرورة لتبنى أى حكم منه •

وأما شكل الوصية في القانون الدولى الخاص المصرى ، فيسرى اليه ما قيل بالنسبة الى الجزائر (2) •

شكل الوصية في المغرب :

في الباب الخامس من الكتاب الخامس من مدونة الأحوال الشخصية المغربية ، ورد النص على شكل الوصية • فقد نص الفصل

(1) الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى - الوسيط - ج : 9 - المرجع السابق -

ص. 208 هامش (1) •

(2) استاذنا الدكتور على على سليمان - محاضرات في القانون الدولى الخاص الجزائى - ص : 59 .

191 على أنه «تتعدد الوصية بما يدل عليها من عبارة أو كتابة وكذلك الإشارة المفهمة إذا كان الموصى عاجزا عنهما • ونصر، الفصل 192 على أنه «يشترط في صحة الوصية أن يصدر بها اشهاد عدلى أو يحرر بها عقد يوقع عليه الموصى بامضائه فان عرضت ضرورة قاهرة لوقوع وصية لفظية أمام من اتفق حضورهم لها ممن تقبل شهادتهم ، وهم غير منتصبين ، وحال ذلك دون كتابتها ولم تسفر عملية البحث والتحقيق عن رغبة في شهادتهم بها صحت أن اديت من يوم التمكن من الأداء وعمل بها مطلقة أو مقيدة بما وجد وبطوات ان قيدت بما فقد» • ونص الفصل 193 على أنه «يجب أن يصرح في عقد الوصية بالمنعقدة بخط يد الموصى أو بتلاوته لنصها ما يؤذن بالأمر بتنفيذها» • ونص الفصل 194 على أن «كل اشهاد بوصية أو رجوع عنها تم بعدلين يجب أن يحرر ويسجل بكناش المحكمة المختصة بأجل ثلاثة أيام تبتدىء من وقت تلقى الاشهاد» •

ومن تحليل النصوص السابقة (1) يتضح ما يأتى :

أولا : الشكل ليس ركن انعقاد للوصية في القانون المغربى :

: ودليل ذلك أن المادة 191 لم تستأزم للانعقاد سوى ما يدل عليها من عبارة أو كتابة وكذلك الإشارة المفهمة عند عجز الموصى عن التعبير أو الكتابة •

ثانيا : ان كتابة الوصية في مدونة الأحوال الشخصية المغربية هي مسألة تخيرية ، للموصى أن يلجأ إليها أو الى الألفاظ (العبارة) بل يجوز أن تتعدد الوصية بالإشارة عند عجز الموصى عن التعبير أو الكتابة (الفصل 191) •

1 - لم تقع يدى على أى مرجع مغربى أو غير مغربى بصدد شرح هذه النصوص. لذلك أعرض لتحليل النصوص ذاتها •

ثالثا : الاشهاد العدلى أو تحرير الوصية في عقد عرفى هو شرط
صحة ما لم تعرض قوة قاهرة : استحدث الفصل 192 أمرا سماه شرط
صحة الوصية وحصره في أحد أمرين :

الأول : صدور اشهاد عدلى بالوصية •

الثانى : أن يوقع صاحب الشأن عقدا أى ورقة عرفية بالوصية •
ويشترط فى هذا الصدد أن يوقع صاحب الشأن بامضائه على العقد ولا
ينزىم أن يحرره هو بنفسه • وهذه الورقة تكون عرفية لأنها لا يشترط
صدورها من موظف عام الى غير ذلك من شروط الورقة الرسمية •

استثناء : يجوز أن تكون الوصية لفظية عند الضرورة القاهرة •
ويشترط لأعمال هذا الاستثناء ما يلى :

م — وجود ضرورة قاهرة : ومثال ذلك أن يكون الشخص فى مكان
لا يتسنى له فيه صدور اشهاد عدلى بالوصية أو فى وضع لا يتمكن معه
من التوقيع كمن بتر ساعده فى حادث وأراد الايصاء تحسبا من تفاقم
نضر •

ب — أن يكون هناك شهود يشهدون بوقوع الوصية اللفظية •

ويشترط فيهم أن يكونوا ممن تقبل شهادتهم وألا يوجد ما يدفع الى
تريية فى شهادتهم • وقد ورد إلحكم فى نهاية الفصل 192 ومفاده ان
الوصية اللفظية اذا لم تسفر عملية البحث والتحقيق عن ربية فى شهادة
من شهدوا «صحت ان أديت من يوم التمكن من الأداء وعمل بها مطلقة
أو مقيدة بما وجدت وبطلت ان قيدت بما فقد» •

رابعا : وثمة شرط شكلى يتمثل فى أنه «يجب أن يصرح فى عقد
الوصية المنعقدة بخط يد الموصى أو بتلاوته لنصها ما يؤذن بالامر
بتنفيذها (الفصل 193) ، وهذا حكم غريب قد يكون المقصود به هو بيان

الاصرار على الوصية ولكن لنا أن نسأل عن قيمة ذلك اذا كان من حق الموصى قبل موته أن يرجع عن وصيته — كما سبق القول — أيا ما كان الامر ، فهذا شرط قائم في ذلك القانون •

خامسا : المواعيد :

«يشترط في كل اشهاد بوصية أو رجوع عنها تم بعدلين ، أن يحرر ويسجل بكناش المحكمة المختصة داخل ثلاثة أيام تبتدىء من وقت تلقى الاشهاد» •

القسم الثانى

أحكام الوصية

ان تناول أحكام الوصية يقتضى التعرض لها بالنسبة الى الوصية الشرعية والتصرفات الملحقة بالوصية ، وتنفيذ الوصايا وتزاحمها .
فهذه مسائل ثلاث أجعل لكل منها بابا مستقلا .

الباب الأول

أحكام الوصية الشرعية

تقدم القول بأن لفظ الوصية اذا أطلق من غير وصف ، فإنه ينصرف الى الوصية الشرعية . وبحث أحكامها يقتضى التعرض لعلاقة موصى بالموصى له ، وعلاقة الموصى والموصى له بالمال الموصى به ، فهاتان مسألتان أعالجهما فى فصلين . كما أنه — فى هذا المقام — يجدر إضافة فصل ثالث أعرض فيه لأحكام الوصية الواجبة لأنها من جهة وصية لها سند شرعى وان سماها البعض وصية القانون ، ومن جهة أخرى فان عرضها — فى هذا المقام — يعطى أحكام الوصية بمعنى الكلمة نوعا من التماسك ، وهذا ما أتناوله فى الآتى :

الفصل الأول

علاقة الموصى بالموصى له

ان علاقة الموصى بالموصى له تتحدد فى مسألتين :

الأولى : نفاذ الوصية من جهة ، وبه يخلص المال نهائيا للموصى له بعد أن يكون قد خرج نهائيا من مال الموصى .

والثانية : انعدام أثر الوصية ، وفيه يكون المال للموصى من دون الموصى له ولذلك أبحث هاتين المسألتين في مبحثين متعاقبين •

المبحث الأول

نفاذ الوصية

يتناول الفقهاء مسألة نفاذ الوصية تحت عنوان «مبطلات الوصية» والبطلان الذى يقصدونه ليس هو الجزاء على تخلف ركن فى التصرف الصادر من جانب واحد وهو الوصية كما يرى الفقه القانونى (1) ، بل يجعلون للبطلان معنى أعم يشمل ما يعرف بالغاء التصرف فى تعبيرات فقهاء الشريعة الاسلامية (2) وهو صيرورة التصرف لغواً ولا يقصدون أبداً معنى الالغاء القانونى الذى هو تعبير عن ارادة منفردة بها تحل الرابطة بالنسبة الى المستقبل فقط دون أن ينسحب أثرها الى الماضى (3)

وهم يصلون الى المعنى المتقدم بقولهم أنه قد يحدث ما يحول دون نفاذ الوصية «فيلغيها ويسمى مبطلاً ، ومبطلاتها كثيرة ...» ويمكن القول اذن بأن عدم النفاذ سببه ما يلحق الوصية من أحد الأسباب المبطله لها • وهذه الأسباب يمكن تلخيصها فى الآتى :

أولاً : أسباب تتعلق بالموصى له : وأهمها :

1 — موت الموصى له قبل موت الموصى فى الوصية بالأعيان من جهة أو بالمنافع من جهة أخرى، اذ بالموت يصبح غير أهل للتملك «وكذلك

1 — الدكتور جميل الشرقاوى — مصادر الالتزام — المرجع السابق ص 409 — 410 وقد هصر حالات الالتزام بالارادة المنفردة بارادة واحدة من خمسة منها الوصية .

2 — الاستاذ محمد مصطفى شلبى — المرجع السابق — ص 270.

3 — الدكتور انور سلطان — الموجز فى مصادر الالتزام — مصر 1970 — بند 304 — ص. 267 .

إذا مات بعد موت الموصي وقبل ابتداء مدة الانتفاع» بصدد الوصايا بالمنافع (1) •

2 - استحالة وجود الجهة الموصى لها عندما تكون جهة خيـر أوصى لها قبل أن توجد •

3 - قتل الموصى له الموصى (2) ، يستوى أن يكون ذلك قبل الوصية أو بعدها طالما أنه كان قتيلا عمدا •

4 - رد الموصى له كل الوصية أو بعضها بشرط أن يتم ذلك قبل قبوله وبعد موت الموصى على اتفاق بين الفقهاء •

ثانيا : أسباب تتعلق بالموصى به ، وهي تتلخص في أمرين :

1 - هلاك الموصى به سواء كان معيناً بالذات أو بالنوع وسواء كنت الوصية بكل الجزء الهالك أو ببعضه •

2 - إذا استحق الشيء الموصى به لشخص آخر خلاف الموصى ، لأن الوصية هنا ترد على مال ليس مملوكا للموصى •

ثالثا : أسباب تتعلق بالموصى ، ويمكن تلخيصها في التالي :

1 - جنون الموصى جنونا مطبقا ، وفيه تزول الوصية لأن الجنون يحول دون حقه المشروع في الرجوع

1 - الاستاذ محمد مصطفى شلبي - المرجع السابق ص. 270.
2 - هاشية الدسوقي على الشرح الكبير - المرجع السابق. ص 426.

عنها ، وانما يشترط أن يستمر الجنوح المطبق حتى موت الموصى وذلك أخذا بما يراه بعض الفقه (1) .

2 - وهناك سبب فيه خلاف قوامه أنه «إذا ارتد الرجل عن الاسلام بعد الوصية ومات وهو على ردة أو قتل أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه فان وصيته تبطل عند أبى حنيفة وعند صاحبيه لا تبطل» (2)

3 - الرجوع عن الوصية : اذا رجع الموصى عن وصيته رجوعا صريحا بطلت الوصية (3) وفي الرجوع الصريح تفصيل (4) .

المبحث الثانى

انعدام أثر الوصية

في هذا الصدد ، أجد أنه من الضروري التعرض لبيان الوقت الذى تكون فيه الوصية عديمة الأثر ، لأنه يتأسس على هذا وعلى ما سبقه التعرض لأحكام تصرف الموصى والموصى له فى المال وهو موضوع الفصل التالى .

وانعدام أثر الوصية له علاقة بالفترة التى تسبق وفاة الموصى والفترة التى تعقب وفاته فى حالات معينة :

فبالنسبة الى الفترة التى تسبق وفاة الموصى ، فالواضح أنه لا أثر للوصية خلال هذه الفترة . وانعدام الأثر هنا له معنى نسبي، اذ يقصد به أن الموصى له فى علاقته بالموصى لا يملك أى حق على الشيء

1 و 2 و 3 الأستاذ محمد مصطفى شلبى - المرجع السابق ص. 272 - 283 ،
والعبارة المقتبسة من ص 273 وهو يناول جحود الوصية ص. 281 وما
بعدها .

4 - وجاء فى هاشية الدسوقي على الشرح الكبير - المرجع السابق ص. 420
أن الوصية «لا تبطل برهن ... لان الملك لم ينتقل» .

الموصى به لان للموصى الحق في الرجوع عن وصيته حتى موته بغير خلاف .

وعلى ذلك ، فان حق الموصى له قبل الموصى يمكن التعبير عنه قانونيا بأنه حق احتمالي وليس حقا مشروطا وهذا ما يبين حقيقة المركز الثانوي للموصى له قبل الموصى .

فالحق الاحتمالي هو حق تنقصه أحد عناصره ، بمعنى أن العنصر الباقي له يعتبر ركنا فيه فلا يتحقق وجوده الا به . وحق الموصى له هو حق احتمالي ، لانه ينقصه عنصر من عناصره وهو موت الموصى مصرا على وصيته (1) .

أما الحق المشروط فهو حق كامل الاركان ، وغاية ما هنالك أن وجوده مطلق على واقعة مستقبله قد تتحقق وقد لا تتحقق ، فالشروط بهذا المفهوم أمر خارجي تضيفه الارادة الى التزام استكمل عناصر تكوينه (2) وهذه التفرقة بين هذين النوعين من الحقوق تجد حقيقتها في أمرين جوهريين :

أولهما : أنه يمكن تصور وجود الحق المشروط دون أن يوجد الشرط وليس الحال كذلك بالنسبة الى الحق الاحتمالي .

ثانيهما : أن لتحقيق الشرط أثرا رجعيا والحال ليس كذلك بالنسبة الى الحق الاحتمالي (3) .

وليس هذا القول نظريا محضا ، لانه تترتب عليه نتائج عملية منها :

-
- (1) الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري - الوسيط - ج : 3 - المرجع السابق - ص . 25 ، الدكتور جميل الشرقاوي - مصادر الالتزام - المرجع السابق - بند 55 - ص . 298 - 293 .
(2) الدكتور أنور سلطان - النظرية العامة للالتزام - ج : 2 : - أحكام الالتزام مصر 1957 - بند 230 - ص . 235 .
(3) الدكتور السنهوري - الوسيط - ج : 3 - المرجع السابق - ص . 25 .

أن الحق المعلق على شرط واقف (1) ينتقل بالميراث ولصاحبه المحافظة عليه واتخاذ الاجراءات التحفظية اللازمة لذلك • وما ذلك وغيره الا لان الحق المشروط هو حق موجود وان كان وجوده غير كامل وما دام العكس صحيحا بالنسبة الى الحق الاحتمالى وكان حق الموصى له قبل موت الموصى انما هو حق احتمالى فانه من اللازم القول بأنه ليس للموصى له اتخاذ أى اجراء مما تقدم ولا حق له فى أى شىء منها لانه صاحب حق احتمالى (2) •

هذا هو التأصيل الذى أقدمه لهذه الفكرة ، وخلصته ان المركز القانونى للموصى له قبل موت الموصى يتلخص فى أنه صاحب حق احتمالى بما يترتب على ذلك من آثار •

أما انعدام أثر الوصية بعد موت الموصى ، فانه يتجلى فى أنه — كما سبق القول — اذا كان الموصى قد أصيب بالجنون المطبق واستمر ذلك قائما حتى وفاته فانه يمكن القول — وهذا ما أرجحه — أن هذه حالة أخرى من حالات انعدام أثر الوصية بعد موت الموصى وان كان سببها قائما قبل الموت •

هذه هى أهم الحالات القانونية التى ينعدم فيها أثر الوصية فيما أرى • وأما مركزه بعد موت الموصى مصرا على وصيته فهو مركز المالك للشىء •

(1) اما حال الشرط الفاسخ فان الالتزام يكون كما لو كان التزاما بسيطا ، ومن ثم يخلو كافة الحقوق لصاحبه رغم أن حقه قد يزول بسبب تحقق الواقعة المشروطة الفاسخة ولذا يقول الدكتور عبد الهى حجازى بعدم وجود غير الشرط الواقف فى الواقع (مقالته ضمان الهلاك فى القانون المدنى المصرى — منشورة بمجلة القانون والاقتصاد — السنة 15 — ص 515 وما بعدها) •

(2) الدكتور صبحى المحمصانى — محاضرات فى القانون المدنى اللبناني — الاوصاف المعدلة لآثار الالتزام — 1958 — ص 75 وما بعدها •

علاقة الموصى والموصى له بالمال الموصى به

يترتب على تكييف المركز القانونى للموصى له فيما تقدم - سواء قبل وفاة الموصى أو بعدها ، ضرورة بحث علاقة الموصى والموصى له بالمال الموصى به * وأتناول ذلك في بحثين : الأول أعرض فيه لحكم تصرف الموصى في المال ، والثانى لحكم تصرف الموصى له فيه ، وأختم الفصل بمبحث ثالث عن مدى تطبيق القانون الجديد على حق الايصاء قبل وبعد موت الموصى *

المبحث الأول

حكم تصرف الموصى في المال

الوصية تصرف في التركة يضاف الى ما بعد الموت (1) : ومن ثم منه يجوز بحسب القاعدة العامة للموصى الرجوع في وصيته ومن ثم ان يتصرف في ماله ، فيكون تصرفه صحيحا لأنه مالك * وتطبيقا لذلك فانه :

أولا : بما أن الوصية لا تخرج المال الموصى به من ذمة الموصى ، فبطل داخل في الضمان العام لدائنيه ، فيجوز لهؤلاء الدائنين أن يباشروا إجراءات التنفيذ الجبرى على ذلك المال ، لانه اذا كان من حق الموصى أن يتصرف في ماله اختيارا ، فمن حق دائنيه بما لهم من حق الضمان العام أن يقتضوا حقوقهم منه وإلزاما جبرا (2) ، ولا يستطيع الموصى له أن يحول دون ذلك لأنه صاحب حق احتمالى *

(1) استاذنا الدكتور على على سليمان - شرح القانون الدولى الخاص بالنبيى - ص 111

(2) الدكتور عبد الرزاق أحمد السنبورى - الموجز في شرح القانون المالى (1) - نظرية الالتزام بوجه عام - مصر 1966 - بند 778 - ص 751 .

ثانيا : ليس للموصى له الحق في اتخاذ اجراءات التنفيذ الجبرى
على أموال الموصى ، ويتعين الحكيم بعدم جواز مثل هذه الاجراءات (1)
وذلك للآتى :

1 - ان الدين المضاف الى أجل دين غير نافذ أو هو حق غير نافذ
ومن ثم « لايجوز للدائن أن يجبر المدين على أداء الدين المؤجل » (2) •

2 - اذا كان ما تقدم هو الحكم بالنسبة الى الدائن صاحب الدين
المضاف الى أجل ، فان الحكم يكون كذلك من باب أولى بالنسبة الى
الموصى له وهو ليس الا صاحب حق احتمالى •

ثالثا : ليس للموصى له الحق في رفع الدعوى البولصية للوصول
الى عدم نفاذ تصرفات الموصى في حقه يستوى أن يكون الموصى قد
تصرف بطريق المعاوضة أو على سبيل التبرع ، توافر في جانبه الغش
والتواطؤ أو لم يتوافر ، فهذا الحق مقصور على الدائن الذى حل أجل
دينه وليس الموصى له دائئا بهذا المعنى ، كما أن الموصى قد يتصرف فى
ماله مستخدما حقا مشروعاً له ، كما أنه يبرم عقدا صوريا هادفا « الى
الاحتتيال على أحكام القانون » (3) فانه ليس من حق الموصى له أن يطعن
بالصورية على ذلك التصرف لأنه لم يزل مجرد صاحب حق احتمالى فقط
وليس دائئا •

رابعا : لايجوز للموصى له أن يدفع بالمقاصة بين «حقه الاحتمالى»
وبين حق الدائن قبله ، « فالمقاصة القانونية نوع من الوفاء القهرى » (4)

(1) الدكتور اسماعيل غانم - النظرية العامة للالتزام - ج : 2 - أحكام الالتزام
- مصر 1967 - بند 137 - ص . 282 - 283 .

(2) الدكتور السنهوري - الوجيز - المرجع السابق - بند 972 - ص . 973 .

(3) الدكتور محمد وحيد الدين سوار - شرح القانون المدني - نظرية الالتزام
العامة - سنة 1971/70 - منكرات طبعت لحقوق الجزائر - بند 244 - ص
152 .

(4) الدكتور اسماعيل غانم - المرجع السابق - بند 137 - ص . 283 .

وهي لاتقع الا بين دينين متحدين في النوع والجودة ، ثابتين ، خاليتين من النزاع ، مستحقي الأداء وصالحين للمطالبة بهما قضاء ، وحق الموصي له الاحتمالي ليس كذلك .

خامسا : اذا سلم الموصي الى الموصي له الشيء الموصى به ، فان له الحق في استرداده لانه قام بدفع غير المستحق (1) ، فلو اعتقد الموصي انه يتعين عليه أن يسلم الموصى به الى 'الموصي له وفاء بالوصية فانه يسترد حقه لأنه :

أ - وفي بدين غير واجب الأداء . وقد ضرب له الدكتور جمال زكي مثلا بوارث يعتقد أن التركة مدينة فيقوم بسداد الدين عن تلك التركة ومثلا آخر بوارث ينفذ وصية ثم يتضح أن الموصي قد عدل عنها قبل وفاته (2) ومن باب أولى فان ذلك يسرى بالنسبة الى الموصي الذي يوفى بالوصية في أثناء حياته .

ب - وفي نتيجة غلط ولو تم الوفاء حتى عن غير غلط فانه من حق الموصي استرداد حقه لأنه هذا هو منطق كون الموصي له مجرد صاحب حق احتمالي لا صاحب دين فالموصي له ليس صاحب دين مؤجل حتى يقال أن الموصي قد تنازل عن حقه في الاجل (3) .

سادسا : ليس للموصي له اتخاذ أى اجراء تحفظي ، لأنه ليس دينا وانما هو صاحب حق احتمالي فقط .

وأكتفى بهذا القدر من بيان النتائج التي تترتب على كون الموصي صاحب حق في ماله ، له أن يتصرف فيه كيف يشاء ولا سلطان للموصي

(1) الدكتور حسن الذنون - شرح القانون المدني - أصول الالتزام - بغداد 1970 - ص 324 وما بعدها ، الدكتور محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق - بند 274 - ص . 487 - 488 .
(2) الدكتور محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق - بند 274 - ص . 487 .
(3) الدكتور اسماعيل غانم - المرجع السابق - بند 137 - ص . 283 .

له عليه في ذلك ، لان هذا الاخير صاحب حق احتمالي وليس دائنا . وعلى ذلك فان تصرف الموصى في أمواله كلها أو بعضها تصرف صحيح لأنه مالك ، ولا سلطان للموصى له عليه في ذلك ، لأنه مجرد صاحب حق احتمالي ومن ثم لا يملك الحقوق التي يملكها صاحب الدين المؤجل ولا يستطيع أن يحول دون اتخاذ دائني الموصى أي إجراء قبل هذا الأخير . وهذا المعنى ينبني على التأصيل الذي قدمته والذي مفاده أن حق الموصى له حق احتمالي (1) .

المبحث الثاني

حكم تصرف الموصى له في المال

يتعين التفرقة -- في هذا الصدد -- بين فرضين :

أولهما : اذا تصرف الموصى له في المال بعد وفاة الموصى مصرا على وصيته وقبول الاول لها وعدم رده اياها فانه يكون متصرفا في حق من حقوقه التي منحه اياها الشرع والقانون ، وهناك تتجلى في الوصية سمتها الحقيقية كسبب من أسباب كسب الملكية .

ثانيهما : اذا تصرف الموصى له في المال الموصى به قبل وفاة الموصى مصرا على الوصية ، ففي هذا الفرض نلاحظ أن الموصى من حقه التصرف في المال الموصى به من جديد وله أن يوفى به ديناً أو يتعامل عليه بأيّة صورة تصرفاً حقيقياً أو صورياً .

وكل المظاهر المتقدمة تفصح بجلاء على أن الموصى له ليس له أي حق على المال الموصى به قبل وفاة الموصى لأنه صاحب حق احتمالي . ولهذا فانه اذا تصرف في المال الموصى به في هذا الفرض ، كأن يباعه أو

(1) الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري - الموجز - المرجع السابق - بند 943 - ص . 947 .

رهنه أو ما الى ذلك وافترض فيه حسن النية كان تصرفه تصرفا في ملك الغير . واكتفى بالتعرض لحكم بيع الموصى له مال الغير (الموصى) وهو ما تسرى بشأنه القواعد العامة في بيع ملك الغير ، من الناحية التشريعية ولكن لبعض الفقه رأيا آخر في الموضوع . لذا أعرض للناحيتين :
تشريعية والفقهية .

أولا : من الناحية التشريعية :

تنص المادة 1/397 مدنى جزائرى على أنه « اذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه ، فللمشتري الحق في طلب ابطال البيع . ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن بيعه «وجاء بفترتها الثانية » وفي كل حالة ، لا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء ولو أجازة المشتري » .

ومفاد هذه المادة أن بيع ملك الغير هو بيع قابل للإبطال وليس بيعا باطلا بطلانا مطلقا .

واستنادا الى أن حق الموصى له هو حق احتمالى والى أنه ليس ملكا ، فإن الموصى له يعتبر بائعا لملك الغير اذا باع الشيء الموصى به قبل أن يموت الموصى مصرا على وصيته . وهكذا فإن حكم تصرف الموصى له في المسأل في هذا الفرض هو السقابلية للإبطال من الناحية التشريعية .

ثانيا : من الناحية الفقهية :

يتعين — في هذا الصدد — التعرض للحكم في الفقه الوضعى والحكم في الفقه الاسلامى . وفي هاتين الحالتين ، يتعين التعريف ببيع ملك الغير وهل يندرج تصرف الموصى له في هذا المفهوم من جهة ، ثم حكم بيع ملك الغير من جهة أخرى .

أولا : ان بيع الموصى له مال الموصى قبل وفاته هو بيع ملك الغير في الشريعة الاسلامية :

يطلق بيع ملك الغير في الشريعة الاسلامية على « مبادلة مال بمال تمليكا وتملكا من غير مالك أى من فضولى (1) » والفضولى — بهذا الصدد — هو من يجرى تصرفا شرعيا دون أن تكون له ولاية عليه . ومثال ذلك البيع بغير اذن من المالك . فهل يدخل — في الموصى له في المال الموصى به في هذا المفهوم ؟

حكم بيع الموصى له ملك الغير (الموصى) في الشريعة الاسلامية :

اختلف الفقهاء المسلمون حول حكم بيع ملك الغير في الشريعة الاسلامية الى رأيين :

الأول : يقول بأن بيع ملك الغير صحيح وموقوف ، ومن ثم فبيع الموصى له مال الموصى قبل وفاته مصرا على الوصية هو بيع صحيح وموقوف .

الرأى الاول : بيع الموصى له مال الموصى صحيح وموقوف :

يذهب الأحناف والمالكية والحنابلة في احدى الروايتين والشافعية في القديم والشيعة الزيدية والامامية والاباضية كل في احدى الروايتين الى القول بأن بيع ملك الغير صحيح ولكنه موقوف فلا أثر له الا اذا أجاز له من له الحق في ذلك كالموصى (2) أو المالك — ولذا فبيع الموصى له مال الموصى قبل وفاته مصرا على الوصية هو بيع صحيح وموقوف .

(1) الدكتور عبد الرزاق حسن فرج — المرجع السابق — ص . 116 — 117 .

(2) الدكتور عبد الرزاق حسن فرج — المرجع السابق — ص . 119 .

الرأى الثانى : بيع الموصى له ملك الموصى باطل :

يذهب الشافعية في الجديد والحنابلة في رواية أخرى والشيعية الامامية والزيدية والاباضية كل في رواية أخرى ، الى أن بيع ملك الغير باطل لأن بيع الفضولى بيع باطل ، ومن ثم فان بيع الموصى له مال الموصى قبل موته مصرا على الوصية بيع باطل حسب هذا الرأى •

هذان هما الرأيان اللذان قيل بهما في الفقه الاسلامى •

ثانيا : حكم بيع الموصى له مال الموصى قبل وفاته مصرا على الوصية في الفقه القانونى :

ان حكم بيع ملك الغير في الفقه القانونى ينطبق على بيع الموصى له مال الموصى • وأعرض لذلك فيما يلى :

لولا : كان بيع ملك الغير صحيحا في القانون الرومانى :

كان البيع في القانون الرومانى لا ينتج سوى تعهدات بمقتضاها يلتزم البائع بتمكين المشتري من حيازة العين ، أما انتقال الملكية فكانت له طرق محددة كالأشهاد والتنازل القضائى والتسليم رغم أن البيع كان عقدا رضائيا • ولهذا كان البائع يحرم من أن يتعرض للمشتري ويجب عليه أن يدافع عنه اذا تعرض له غيره ولذلك فان بيع ملك الغير صحيحا عند الرومان (1) •

ثانيا : الفقه الحديث مختلف حول التأصيل :

اختلف الفقه القانونى الحديث حول تأصيل بيع ملك الغير ويسرى

(1) الدكتور محمد عبد المنعم بدر — القانون الرومانى — طبعة 1946 — ص . 310 ،
الدكتور عبد المنعم البدر اوى — أصول القانون المدنى المقارن — القاهرة 1973
— ص . 260 ، الدكتور عبد الرزاق حسن فرج — المرجع السابق — ص . 123 .

القول على بيع الموصى له مال الموصى لانه غير مالك ، فمن قائل مع القانون أنه باطل بطلانا نسبيا الى قائل أنه باطل بطلانا مطلقا ومن قائل بأنه بيع موقوف على الاجازة الى قائل بنظرية الفسخ - أعرض لهذه الآراء •

الرأى الاول: بيع الموصى له ملك الغير (الموصى) هو بيع قابل للإبطال :

يرى فريق كبير من الفقه أن بيع ملك الغير باطل بطلانا نسبيا ، واذن فبيع الموصى له مال الموصى بيع باطل بطلانا نسبيا • ويبرز ذلك الدكتور محمد لبيب شنب والدكتور مجدى صبحى خليل بأن المشتري قد وقع فى غلط يبيح له طلب الإبطال وان كان لا يشترط فيه وقوع البائع فى غلط مثله أى لا يشترط أن « يكون البائع ... معتقدا أنه المالك للمبيع أو من السهل عليه أن يتبينه (1) » •

وبناء على ذلك ، فان الموصى له اذا باع العين الموصى له بها كان من حق المشتري طلب الإبطال ولا ينفذ البيع فى حق الموصى ، ويكون للمشتري حق طلب الإبطال لغلط فى شخص البائع أو فى ملكيته للشيء المبيع •

وعندى أن هذا الرأى لا يتفق مع نص القانون لا الفرنسى الذى يقضى فى المادة 1599 بأن بيع ملك الغير باطل بطلانا مطلقا ، ولا مع نص القوانين العربية ومنها القانون الجزائرى الذى يقضى فى المادة 397* مدنى بأن للمشتري الحق فى طلب إبطال البيع سواء كان حسن النية

(1) الدكتور محمد لبيب شنب والدكتور مجدى صبحى خليل - شرح احكام «ق» المبيع - القاهرة 1968 - بند 55 - ص . 94 . وقد ذهب الدكتور عبد المنعم البداروى الى مثل هذا الرأى قائلا أن أساس بيع ملك الغير لا يمكن تلمسه فى القواعد العامة بل فى النصوص القانونية التى أنشأتها - مؤلفه عقد البيع - مصر 1961 - بند 394 - ص . 583 .

أو سيئها أو سواء كان قد وقع في غلط أو لم يقع ، ثم يقضى في المادة 399 بأنه إذا أبطأ البيع في صالح المشتري بمقتضى حكم وكان المشتري يجهل أن البائع كان لا يملك المبيع فله أن يطالب بالتعويض مما يشهد منه بمفهوم المخالفة أن المشتري ليس له الحق في المطالبة بالتعويض إذا كان سيء النية أى عالما بأن الشيء غير مملوك للبائع ، ولكن له الحق في المطالبة بالابطال في حالتى حسن النية أو سوءها .

الرأى الثانى: بيع الموصى له المال الموصى به بيع باطل :

يذهب فريق آخر من الفقه وبالاخص الدكتور سليمان مرقس الى أن بيع ملك الغير بيع باطل بطلانا مطلقا ، ومن ثم يمكن القول -- حسب هذا الرأى -- بأن بيع الموصى له المال الموصى به قبل موت الموصى مصرا على الوصية بيع باطل بطلانا مطلقا لانه بمثابة البائع لملك الغير اذ سبق قول أنه صاحب حق احتمالى فقط .

ولقد رأى الدكتور سليمان مرقس أن أساس ما ذهب اليه هو استحالة المحل اذ يعتبر « محل التزام بائع ملك الغير بنقل ملكية البيع نور العقد مستحيلا استحالة مطلقة بالنسبة الى بائع ملك الغير في ظروفه وبالتالي يترتب عليه بطلان العقد بطلانا مطلقا » (1) . ولما كان هذا المعنى متوافرا في الموصى له فان هذا الحكم يسرى عليه حسب هذا الرأى ، ولكنه يرى ضرورة نكاملة نظرية البطلان المطلق بنظرية تحول العقد باطل (2) وبهذا القول ... يمكن تفسير جميع أحكام بيع ملك الغير ... وبه يمكن الاستغناء عن الالتجاء الى فكرة بطلان هذا البيع بطلانا من نوع خاص ، تلك الفكرة التى تعتبر بمثابة تسليم بالعجز والتى لا

(1) الدكتور سليمان مرقس - شرح القانون المدنى - العقود المسماة - المجلد

الاول - عقد البيع - 1968 - بند 395 - ص . 546 .

(2) المنصوص عليها بالمادة 144 مدنى مصرى و 105 مدنى جزائرى .

ينبغي الالتجاء اليها الا عند عدم كفاية القواعد العامة لتفسير أحكام
معينة « (1) •

ويعترض على هذا الرأي بما يلي :

- 1 - في قوله بالبطلان المطلق مخالفة لنص القوانين العربية •
- 2 - في قوله بالاستحالة المطلقة ، مع أن الاستحالة المطلقة هي
التي يستحيل على أى انسان أن يتغلب عليها • والاستحالة هنا نسبية
للبيئ ، بينما يستطيع المالك الحقيقي أن يجيز البيع •
- 3 - بأن في القول بنظرية التحول مخالفة لنص المادة 144 مدنى
مصرى والمادة 105 مدنى جزائرى لان هذه النظرية تفترض لتحول العقد
الباطل الى عقد صحيح أن تنصرف نية المتعاقدين من بدء التعاقد الى
العقد الذى يتحول اليه العقد الباطل ، وفي بيع ملك الغير قد لا تنصرف
نية المتعاقدين الى عقد آخر اذا كانا يعلمان بأنهما يتعاقدان على ملك
الغير •

الرأى الثالث: بيع الموصى له المال الموصى به قبل وفاة الموصى
بيع موقوف على الاجازة :

يذهب الدكتور شفيق شحاتة مذهباً استمدته من بعض الفقهاء
المسلمين، وهو أن بيع ملك الغير بيع « غير نافذ في حق المالك وعدم نفاذ
العقد الناقل للملكية يجعله كذلك عديم الاثر فيما بين المتعاقدين • وليس
معنى ذلك أن العقد باطل بطلانا مطلقا أو نسبيا فالعقد يعتبر في هذه
الصورة عقدا موقوفا ... فاذا أقره المالك أنتج أثره فيما بين المتعاقدين
وبالنسبة الى المالك » (2) • وعلى ذلك فان بيع الموصى له المال الموصى

(1) الدكتور سليمان مرقس - عقد البيع - المرجع السابق - بند 305 - ص .
548 - 549 .

(2) الدكتور شفيق شحاتة - المرجع السابق - بند 92 - ص . 79 .

به قبل وفاة الموصى مصرأ على الوصية ببيع موقوف على الأجازة اعمالا
لهذا الرأى .

ويعترض على هذا الرأى بما يلى :

1 — ان القول بعقد موقوف غير معروف فى القانون المدنى وأن كان
معروفا فى الشريعة الاسلامية ، فالاول لا يعرف الا البطلان المطلق أو
البطلان النسبى، ولم يأخذ القانون الوضعى بفكرة العقد الموقوف من
الشريعة الاسلامية، ولا يجوز الرجوع الى الشريعة الاسلامية الا عند
عدم وجود نص تشريعى طبقا لما تقتضى به المادة الاولى من القانون
المدنى الجزائى .

2 — بأن العقد الموقوف فى الشريعة الاسلامية لا ينتج أى أثر
قانونى قبل اجازته ممن له حق الاجازة ، فى حين أن بيع ملك الغير يترتب
آثارا قانونية هى التزام كل من المتعاقدين بالتزامات شخصية .

3 — بأن العقد الموقوف فى الشريعة الاسلامية تتوقف اجازته
على شخص من غير المتعاقدين ، أما فى بيع ملك الغير فقد يصير البائع
مالكا وهو أحد المتعاقدين فيصبح البيع صحيحا .

الرأى الرابع: نظرية الفسخ :

يشايح الدكتور جميل الشرقاوى كلا من كولىه دى سانتير وجود
ميه فى رأيهما (1) ويقرر أن الاستحالة فى فرض بيع ملك الغير (2) مى
سبب للفسخ يؤدى الى أن يكون للمشتري طلب للفسخ والتعويض
إذا تعذر على البائع تنفيذ تعهده» (3) . وخلاصة ذلك أن بيع ملك الغير

(1) أشار الى ذلك الدكتور سليمان مرقس فى مؤلفه عقد البيع — المرجع السابق —
ص 541 هامش (1) .

(2) و (3) الدكتور جميل الشرقاوى — نظرية بطلان التصرف القانونى — القاهرة
1956 — بند 103 — ص . 293 (وهى رسالة قدمت الى جامعة القاهرة سنة
1953) .

قابل للفسخ . وحسب هذا الرأي فإن بيع الموصى له الشيء الموصى به قبل وفاة الموصى مصرأ على وصيته قابل للفسخ .

ويعترض على هذا الرأي بما يلي :

1 — أن القول بالفسخ مخالف لنص القانون الفرنسي الذي يقضى بالبطلان والقوانين العربية التي تقضى بالإبطال لا بالفسخ .

2 — بأن الحكم بالفسخ جوازي للقاضي بينما يقضى القانون بأن للمشتري في بيع ملك الغير الحق في طلب الإبطال ويجب على القاضي أن يقضى به إذا طلبه المشتري .

وهناك رأى يرى أن بيع ملك الغير باطل بطلانا من نوع خاص أنشأه النص (1) .

والواقع هو أن هذا الرأي هو الأقرب إلى الصواب وذلك لأن قواعد البطلان المطلق وقواعد القابلية للإبطال المعروفة في القانون المدني لا تستقيم في بيع ملك الغير . وهكذا يمكن القول بأن بيع الموصى له المال الموصى به قبل موت الموصى بيع باطل بطلانا من نوع خاص .

المبحث الثالث

مدى تطبيق القانون الجديد على حق الإيصاء

نص القانون المدني الجزائري « بالمادة الثانية على المبدأ العام المقرر دوليا والذي يقضى بأن القانون لا يسرى إلا على ما يقع في المستقبل من أحداث ولا يكون له أثر رجعي ، ثم نص في المادة الرابعة على أن تطبيق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية

(1) الدكتور عبد الرزاق أحمد السهنوري — الوسيط — ج : 4 — بند 158 — ص 282 .

تشهنية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية ... الخ » (1) •
ومفاد ذلك أنه « لا يكون للقانون أثر رجعي » (2) وذلك تجاوبا مع ما
هو سائد في كافة التشريعات الحديثة في العالم ، والذي « اعتبره القضاء
أغرنسي من النظام العام بحيث لو وجب تطبيق قانون أجنبي يتضمن
أثرا رجعيا وجب استبعاده لمخالفته للنظام العام » (3) •

ومفاد ذلك أن القانون المدني الجزائري — بحسب هذا الأصل —
يجب أن يسرى بأثر فوري بكافة أحكامه على التصرفات التي أحدثها
الوصية •

ولما كانت المادة 775 مدني قد قررت أنه يسرى على الوصية قانون
أحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها ، وكان قانون
وصية — كما تقدم — لم ينظم قانونيا بعد ومن ثم تسرى بالنسبة إلى
وصية قواعد الشريعة الإسلامية وهذه لا تسرى بالنسبة إليها مشكلة
فيما يتعلق بحق الأيضاء سواء قبل موت الموصي أو بعده إذ ستسرى
أحكام الشريعة الإسلامية إلى أن يصدر قانون للوصية يلحق بقانون
أحوال الشخصية ، ويتعين في ذلك القانون أن ينص على سريانه بأثر
فوري لئلا المتقدمة ولهذا فإن هذا الأمر لا يثير إشكالا قانونيا •

ولكن الذي سيثير جدلا ونقاشا كبيرين على المجال العملي والقانوني
هو ما يتعلق بالقرينة القانونية التي أتت بها المادتان 776 ، 777 من
قانون المدني الجزائري وتطبيقها من حيث الزمان خاصة إذا ما أخذت
بعين الاعتبار الانتقادات التي وجهها أستاذنا الدكتور علي سليمان
إلى قانوننا بصدد مسلكه في خصوص الرجعية (4) •

-
- (1) أستاذنا الدكتور علي سليمان — المحاضرة المشار إليها — ص . 2 .
 - (2) أستاذنا الدكتور علي سليمان — المحاضرة المشار إليها — ص . 2 .
 - (3) أستاذنا الدكتور علي سليمان — المحاضرة المشار إليها — ص . 2 .
 - (4) أستاذنا الدكتور علي سليمان — المحاضرة المشار إليها — ص . 2 .

فلقد نصت المادة 776 مدنى على أن « كل تصرف قانونى يصدر عن شخص فى حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر مضافا الى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التى تعطى الى هذا التصرف . وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت ولهم اثبات ذلك بجميع الطرق ، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد اذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا . واذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم فى مرض الموت ، اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك . كل هذا ، ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه » .

ونصت المادة 777 على أنه « يعتبر التصرف وصية وتجربى عليه أحكامها اذا تصرف شخص لاحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشئ المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك » .

ويقرر أستاذنا الدكتور على سى سليمان أن القانون الجزائرى الجديد قد اعتبر « بيع المريض مرض الموت وصية (المادة 408 مدنى) وهو حكم مستمد من الشريعة الاسلامية ولا يعرفه القانون الفرنسى » (1) وذلك فضلا عن النصين السالفى الذكر والذين يقضيان بسريان « حكم الوصية على كل تصرف بقصد التبرع يصدر من المريض مرض الموت (المادة 776 مدنى) وسريان حكم الوصية أيضا على كل تصرف يصدر من مورث لوارثه ويحتفظ فيه المورث بحيازة الشئ المتصرف فيه وبالانتفاع به فترة حياته (المادة 777 مدنى) وهما حكمان لا يعرفهما القانون الفرنسى » (2) ، أى أن هذه الاحكام لم تكن قائمة

(1) و (2) أستاذنا على سى سليمان - المحاضرة المشار اليها - ص . 2 .

في القانون الجزائري الملغى واستنهما القانون الجديد كقرينة على أن التصرف يعتبر وصية •

ولما كانت هذه الأحكام مستحدثة فإن الفقه يقرر مع أستاذنا الدكتور على سليمان أنها « لا يكون لها أثر رجعي » (1) أي لا تطبق على التصرفات التي أبرمت قبل نفاذ ذلك القانون ، والفرض أنه يكون نافذا في الجزائر ابتداء من يوم نشره في الجريدة الرسمية •

ذلك هو الأصل ، والاستثناء المباح هو أن من حق أي مشرع « أن يجعل للقانون أثرا رجعيا ولكن هذا الاستثناء مقيّد بشروط منها أن يكون القانون قصيرا يشتمل على حكم تقتضيه الضرورة الملحة أو أن يخفف من عقوبة كانت شديدة فعندئذ يجوز أن يكون للقانون أثر رجعي ولكن القانون المدني كقانون بأكمله لا يمكن أن يتصور سريانه جميعه بأثر رجعي فهذا أمر غير معقول ، ولكن المشرع فعل ذلك إذ نص في المادة 1003 مدني على أن يسري فعوله ابتداء من تاريخ 5 يوليوز (جويلية) 1975 ، ويقرر أستاذنا الدكتور على سليمان أنه « مهما قيل من اذار لتبرير هذه المخالفة ، فاني لا أبررها » وقد كان من المصور أن يصدر المشرع قرارا بامتداد العمل بالقانون الفرنسي حتى ينشر القانون الجديد أو كان من الواجب أن يصدر القانون الجديد قبل 5 يوليوز ما دام قد صدر قرار بإبطال العمل بالقانون الفرنسي في هذا

(1) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة - حق الملكية - المرجع السابق - بلد 541 - ص . 827 .

التاريخ » (1) • ويقرر أستاذنا الدكتور على على سليمان علة منطقية فحواها أنه « لا يسرغ بتاتا أن نطالب الافراد بتنظيم علاقاتهم القانونية طبقا لاحكام قانون لم يصدر بعد ، كما أن من الظلم ومما لا يتفق مع العدالة أن نطبق على علاقات الافراد أحكاما جديدة لم يكونوا يتوقعون صدورها يوم أن قاموا بإنشاء هذه العلاقات و إلا تزعزعت الامور وساد عدم الاستقرار بين الناس » (2) • وهكذا يخلص أستاذنا الدكتور على على سليمان الى أن جعل قانوننا الذي نشر في 30 سبتمبر سنة 1975 ذا أثر رجعي يعود الى 5 يوليوز هو أمر لا يستساغ لا سيما وقد أحدث القانون الجديد أوضاعا قانونية جديدة لا عهد للجزائريين بها (3) ومنها القرينة التي أتت بها المواد السالفة من اعتبار التصرف وصية إذا صدر في حالات معينة وبشروط معينة •

ولا مناص ازاء هذه الانتقادات التي أصابت الحقيقة من القول بعدم عدالة الرجعية — كما يقرر أستاذنا الدكتور على على سليمان — خلال الفترة التي قضى فيها برجعية القانون ، وأرى أن التصرفات التي أبرمت خلال الفترة التي كان للقانون فيها أثر رجعي يجب أن تكون محل اعتبار خاص من القضاء طالما أنه حدث خطأ تشريعي •

وعلى أية حال ، فما دامت تلك الاحكام مستحدثة فانها لا تعتبر قائمة الا اذا كانت قد وقعت من وقت نفاذ هذا القانون • أما ما سبق نفاذه من تصرفات فيمرض الموت أو التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحيازة وبالانتفاع لحين الموت تخضع للقانون القديم أي لا يسرى عليها القانون الجديد ومن ثم لا تعد في حكم الوصية « ذلك أن القرينة القانونية تكون على صلة بالناحية الموضوعية للحق شأنها في ذلك شأن الادلة التي تعد مقدما وهي الادلة الكتابية فتأخذ حكمها » (4) •

(1) و (2) أستاذنا على على سليمان — المحاضرة المشار اليها — ص 2 .
(3) أستاذنا الدكتور على على سليمان — المحاضرة المشار اليها — ص 2 .
(4) الدكتور عبد القم صراج الصدة — المرجع السابق — بند 541 — ص 827 .

أحكام الوصية الواجبة

الوصية الواجبة سبب من أسباب كسب الملكية • وقد أكدت ذلك نصوص تشريعية كما في قانون الوصية المصري ومدونة الأحوال الشخصية المغربية • وبحث هذا الموضوع يقتضى التعرض للتشريع المصرى وأحكام الوصية الواجبة فيه ، ثم استظهار مدى مساندة الفقه الإسلامى للتشريع المصرى ، وفى النهاية إبداء الرأى الخاص فى الموضوع • وسأبحث هذه المسائل الثلاث فى ثلاثة مباحث •

المبحث الأول

التشريع المصرى والوصية الواجبة

نص قانون الوصية المصرى الصادر فى 24 جوان 1946 على الوصية الواجبة وأحكامها فى المواد من 76 الى 79 •

فالمادة 76 نصت على أنه « اذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى مات فى حياته أو مات معه ولو حكما بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثا فى تركته لم كان حيا عند مرته وجبت للفرع فى التركة وصية بقدر هذا النصيب فى حدود الثلث بشرط أن يكون غير وارث ، وألا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض عن طريق تصرف آخر ، قدر ما يجب له وان كان قد أعطاه أقل منه وجبت له وصية بقدر ما يكمله »

وتكون هذه الوصية لاهل الطبقة الاولى من أولاد البنات ولأولاد الابناء من أولاد الظهور وان نزلوا على أن يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره وأن يقسم نصيب كل أصل على فرعه وان نزل قسمة الميراث

كما لو كان أصله أو أصوله الذين يدلى بهم الى الميت ماتوا بعده وكان موتهم مرتبا كترتيب الطبقات •

والمادة 77 تنص على أنه « اذا أوصى الميت لمن وجبت له الوصية بأكثر من نصيبه كانت الزيادة وصية اختيارية وان أوصى له بأقل من نصيبه وجب له ما يكمله •

وان أوصى لبعض من وجبت لهم الوصية دون البعض الآخر وجب لمن لم يوص له قدر نصيبه •

ويؤخذ له قدر نصيب من لم يوص له ويوفى نصيب من أوصى له بأقل مما وجب من باقى الثلث ، فان ضاق عن ذلك فممنه ومما هو مشغول بالوصية الاختيارية » •

والمادة 78 تنص على أن « الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا فاذا لم يوص الميت لمن وجبت لهم الوصية وأوصى لغيرهم استحق كل من وجبت له الوصية قدر نصيبه من باقى ثلث التركة ان وفى والا فممنه ومما أوصى به لغيرهم » •

والمادة 79 تنص على أنه « فى جميع الأحوال المبينة فى المادتين السابقتين يقسم ما يبقى من الوصية الاختيارية بين مستحقيها بالمحاصة مع مراعاة أحكام الوصية الاختيارية » •

والنصوص المتقدمة تقتضى تناول المسائل الآتية :

- 1 — من تجب له هذه الوصية •
- 2 — شروط الوصية الواجبة •
- 3 — مقدار الوصية الواجبة وطريقة استخراجها •

أولا : من تجب له هذه الوصية :

الوصية الواجبة بحسب نص المادة 76 من القانون المصرى تجب في تركة المتوفى لفرع ولده الذى مات في حياته في الصور الآتية :

الصورة الأولى : حالة الموت الحقيقى :

إذا مات شخص موتا حقيقيا في حياة أبيه أو أمه (1) عن أولاد ذكورا كانوا أو اناثا ، فانهم يستحقون وصية واجبة في التركة التى خلفها جدهم و جدتهم ، ومثال ذلك أن يموت قدور عن سعيد وسعاد يوم 1/1/1975 أثناء حياة والده أحمد ، فان القانون المصرى يمنح سعيدا وسعاد وصية واجبة في تركة جدهم أحمد لأن والدهم قد توفى في حياة جدهم موتا حقيقيا •

الصورة الثانية : حالة الموت الحكمى :

إذا حكم القاضى بموت شخص في حياة أحد أبويه (2) ، فانه يكون قد مات حكما ولو كان في الواقع حيا وجبت لأولاده وصية في التركة التى خلفها جدهم • ففى المثال السابق لو لم يكن قدور قد مات حقيقة وانما كان قد فقد في الحرب مدة أربع سنوات وقضى القاضى بموته استحق ولداه وصية واجبة في تركة جدهم أحمد •

الصورة الثالثة : الموت مع الأصل في وقت واحد ولو لم يعلم أيهما مات أولاً :

إذا مات شخص مع أصله في وقت واحد كأن تهدم عليهما بناء أو احترقا معا في حادث أو غرقا معا ، وجبت الاوصية لأولاد الشخص الذى

(1) الأستاذ محمد أحمد فرج السنهورى - الوصية الواجبة - ص . 70 وما بعدها .
(2) الأستاذ محمد أحمد فرج السنهورى - الوصية الواجبة - المرجع السابق - ص . 70 وما بعدها .

مات مع أصله حتى ولو لم يعلم هل ذلك الشخص هو الذى مات أولا أو الأصل • ففى المثال السابق لو كان قدور مع أصله (أحمد) مستقلان سفينة غرقت بهما فماتا استحق ولدا قدور وصية واجبة فى التركة التى خلفها جدهما •

وعلى ذلك ، ففى الصور المتقدمة اذا كان الأصل قد أوصى لأحفاده (أولاد ابنه الذى مات فى حياته على نحو ما سلف) فقد برئت ذمته بأداء ما هو واجب عليه ، والا كان على القاضى أن يمنحهم ما يستحقونه فى الوصية الواجبة وذلك بشرطين أوضحتهما المادة 76 من قانون الوصية المصرى •

ثانيا : شروط استحقاق الوصية الواجبة :

وحسب النص السالف الإشارة ، فإنه يشترط لايجاب هذه الوصية شرطان :

الاول : عدم الارث ، والثانى : عدم أخذ مقدار الوصية بغير عوض (2) •

— فبالنسبة الى الشرط الأول : يجب ألا يكون الفرع وارثا لجده ، اذا العلة فى وجوب الوصية هى تعويض الشخص عما كان سيرثه من أصله لو كان حيا ، وأى قدر من الارث يفضى الى انتفاء وجوب الوصية •

— وأما بالنسبة الى الشرط الثانى : فيجب ألا يكون الميت (الجدة) قد أعطى ذلك الفرع بدون عوض أى شىء يعادل مقدار الوصية الواجبة كهبة والا فان الوصية لا تكون واجبة له ، وان كان قد أعطاه شيئا تقل

(1) و (2) الأستاذ محمد أحمد فرج السهنورى — الوصية الواجبة ، المرجع السابق ص 80 وما بعدها .

قيمته عن مقدار الوصية الواجبة وجب عليه تكملة المقدار ألواجب الايصاء به .

والى جانب هذين الشرطين ، يشترط ألا يكون الموصى له قاتلاً جده على نحو ما سبق ذكره فى الوصية الشرعية ، وأرى الأخذ بتصوير المالكية فى هذا الصدد والذى سبق التعرض له .

ثالثاً : مقدار الوصية الواجبة :

قبل بيان مقدار الوصية الواجبة ، يجدر القول ان «هذه الوصية تجب وان لم ينشئها الشخص الذى وجبت عليه لأنها واجبة بحكم القانون» (1) . وفى هذا الصدد يلاحظ الفقه ما يلى :

(1) ان الفرع الذى تجب له الوصية يستحقها مهما نزل اذا كان من أبناء الظهور ولكنه يستحقها من الطبقة الأولى فقط اذا كان من أبناء البطون (وهم الذين ينتسبون الى الميت بأثني لا بذكر) .

(2) اذا كان الفروع متعددين ، فان الوصية الواجبة تقسم بينهم كاليراث بحيث يكون للذكر مثل حظ الانثيين .

(3) اذا كان الفروع متعددين واختلفوا قربا وبعدا عن الميت ، حجب الأقرب الأبعد منهم طالما أنه كان فرعاً له دون أن يحجب فرع غيره «لأن الوصية تجب لمستحقها فى الطبقة الأولى ثم تنتقل منه الى أولاده ماداموا أهلاً لها» (2) .

لقد بين قانون الوصية المصرى مقدار الوصية الواجبة بمثل ما كان يستحقه الولد الذى توفى ميراثاً فى تركة أصله لو كان أصله قد توفى أثناء حياته (أى فى حياة الولد) طبقاً للمادة 76 ، واشترط القانون

(1) الأستاذ محمد مصطفى شلبى - المرجع السابق - ص . 245 .
(2) . الأستاذ محمد مصطفى شلبى - المرجع السابق - ص 270 .

ألا يزيد ذلك النصيب عن ثلث التركة ، فإذا كان زائدا توقف على اجازة الورثة في القدر الزائد عن الثلث ، فالقدر الذى يزيد عن الثلث يصبح وصية اختيارية وهذه علة حاجته الى الاجازة بخلاف الوصية بالثلث فإنه ينفذ بلا حاجة الى اجازة •

ويثار التساؤل عن الحالة التى يكون فيها الايصاء بأقل من النصيب . وهنا تجيب نفس المادة بأنه تجب للفرع وصية بقدر ما يكمل الثلث •

ويضرب الفقه (1) أمثلة شائعة توضح ما تقدم ، منها :

1 — لو توفى شخص عن ثلاثة أبناء وابن توفى في حيلة أبيه ، وكانت تركته تتكون من 360 هكتارا ، وكان الجد قد أوصى لابن الابن بمائة وعشرين هكتارا كان لابن الابن أخذ وصية واجبة مقدارها 90 هكتارا ، وباقي ما أوصى له به الجد وقدره 30 هكتارا يكون وصية اختيارية • وليس للحفيد في حاجة الى اجازة الورثة في هذا الفرض لأن مجموع الوصيتين الواجبة والاختيارية ينفذ في ثلث التركة •

واذا توفى سعيد عن سعد وسعيدة وسعد وعن خمسة أولاد من ابنه مسعود الذى مات في حياة أبيه وكانت تركته 150 هكتارا وكان مقدار الوصية التى أوصى بها الجد لأبناء ابنه مسعود هي ثلاثين هكتارا ، فإن هؤلاء الحفدة الخمسة يأخذون الثلاثين هكتارا الموصى بها لهم ولكنهم يستحقون أيضا عشرين هكتارا أخرى لكى يصبح نصيبهم قدر نصيب أبيهم الذى كان يستحقه ميراثا لو ظل حيا عند موت جدهم •

واذا كان مستحقو الوصية متعددين ، وأوصى لبعضهم وترك البعض الآخر ، فإن الذين لم يوص لهم يأخذون حقهم من باقى ثلث

(1) على سبيل المثال : الدكتور بدران أبو العنين بدران — المرجع السابق — ص 171 وما بعدها .

التركة ان كان يتسع ذلك والا فان نصيب المستحق يكمل مما يكون زائدا في نصيب من أعطى الوصية وحده . فلو مات محمد عن أحمد ومحمود وبنتي حمدي الذي توفي في حياة أبيه (محمد) وهما فاطمة وخديجة ، فأوصى الجد (محمد) لفاطمة (حفيدته) بثلاثين هكتارا وكانت تركته 150 هكتارا ، فان الوصية الواجبة مقدارها خمسون (50) هكتارا أى الثلث من المفروض أن تأخذه بالتساوى فاطمة وخديجة أى لكل منهما 25 هكتارا . ولكن لما كانت فاطمة قد أوصى لها جدها بثلاثين هكتارا وكانت خديجة ستستحق من ثم عشرين هكتارا فقط ، فانه يجب تكملة نصيبها مما أخذته فاطمة التى يؤخذ منها خمسة هكتارات تعطى لخديجة ومن ثم يتساويان ولا دخل هنا للورثة ، ولكن يبقى لفاطمة أن تأخذ من التركة خمسة هكتارات من التركة الباقية (100 هكتار) بشرط أن يجيز ذلك باقى الورثة لأن الوصية هنا (في الخمسة هكتارات) تكون اختيارية اذ أنها زائدة عن الثلث . ولو أوصى لكل بنت في المثال السابق بعشرة هكتارات وجب تكملة نصيب كل منهما الى 25 هكتارا هكتارا ليصبح نصيبهما معا ثلث التركة (1) .

طريقة استخراج الوصية الواجبة :

لم يبين القانون المصرى كيفية استخراج الوصية الواجبة من التركة بنصوص صريحة ومع ذلك فان نص المادة 75 يفيد الآتى :

1 — ان المقدار الذى يستحقه الأحماد هو نفس المقدار الذى كان يستحقه والدهم الذى توفي في حياة جدهم لأنه كان سيرثه لو كان حيا .

1 — الدكتور بدران أبو العنين بدران — المرجع السابق — ص 172 . وقد اشار ايضا الى انه لو أوصى لبعض المستحقين بقل من نصيبه كمن له من باقى الثلث فان شاق منه يصرف منه ومما يكون من زيادة لى نصيب من أوصى له دون غيره ، وكذا الى أن الوصية الواجبة مقدمة على غيرها أيا كانت — ص. 172 .

2 — لا يجب أن يزيد هذا المقدار عن ثلث التركة فلو كان الولد المتوفى يستحق النصف ومات عن أولاد (في حياة أ...) فانهم لا يأخذون سوى الثلث فقط أي أن أقل المقدارين هو الوصية الواجبة ، أما مقدار الميراث أو الثلث .

3 — أن التنفيذ يتم على اعتبار أن الجزء الذي يخرج المقدار من جميع التركة حتى لا يتأثر نصيب بعض الورثة من دون البعض الآخر . ولعل الحل الوحيد — فيما يرى الدكتور بدران أبو العينين بدران — والذي يتفق مع الأمور الثلاثة هو «أن نفرض الولد الذي مات في حياة أصله حيا ، ثم نقسم التركة على هذا الفرض لنعرف مقدار ما كان يستحقه ، ثم نوازن بين هذا النصيب وثلث التركة ، ونجعل أقلها هو مقدار الوصية فنعطيه لأولاده ، ثم نقسم باقى التركة على أنه كل التركة بين الورثة الحقيقيين على حسب الفريضة الشرعية » (1) فهنا نفرض حياة أهل أصحاب الوصية الواجبة ولذا لا يدخل في قسمة التركة أولاد الميت الذين ماتوا في حياته ولم ينجبوا أو كان من أنجبوا أحفادا لا يستحقون الوصية ، كذلك فإن «من مات أبوه وجده في حياة صاحب التركة وكان مستحقا للوصية يأخذ ما كان يستحقه جده لو كان حيا عند وفاة صاحب التركة لا ما كان يأخذه أبوه لو كان حيا » (2) .

وما تقدم هو الحل الذي يراه البعض متفقا مع النص ، ولكن هناك طريقة أخرى هي طريقة الإضافة حيث نفرض المسألة بين الورثة الحقيقيين فقط ونصرف النظر عن الوصية مؤقتا ، وبعد معرفة السهام

(1) الدكتور بدران أبو العينين بدران — المرجع السابق — ص 174 .
(2) الدكتور بدران أبو العينين بدران — المرجع السابق — ص 175 — ونسب
الكتاب بصرى التركة والأمثلة متعددة بهذا المرجع وغيره كعولف الاستدلال
محمد أحمد فرج السنهوري — ص 90 وما بعدها في الوصية الواجبة .

يزاد على سهام الفريضة مثل سهام الوارث وبعد ذلك تقسم التركة على هذا الاساس (1) .

واكتفى بهذا القدر عندما يهمنى الآن وهو أن الوصية الواجبة في القانون المصري هي سبب من أسباب كسب الملكية ، ولكن هل يقبل نفقه ذلك ؟ ماذا ما أنتقل اليه .

المبحث الثاني

هل يساند الفقه الاسلامي التشريع المصري ؟

لا أعرض بهذا الصدد لادلة القول بوجوب الوصية ، فقد تقدم بين ذلك ، ولكنني أسأل الفقه الحديث عن رأيه فيها ، وأختار أكثر معارضين لتشريع الوصية الواجبة الحالي في مصر وأعرض لحججه على مدى وجاهتها وما تأثيرها على تشريع الوصية الواجبة ، ذلك أن الاستاذ محمد مصطفى شلبي قد عرض للسند الفقهي للوصية الواجبة وأبدى ملاحظات في ثنايا عرضه ، وأعرض ذلك في الاتي :

يقول الاستاذ محمد مصطفى شلبي أن الوصية الواجبة تضمنت أحكاما معينة هي :

- 1 — ان الوصية الواجبة تجب للاقربين غير الوارثين .
- 2 — عندما لا يقوم الميت بالايضاء ، فيجب أخذ جزء من ماله بعد وفاته باعتباره وصية .
- 3 — تقتصر من وجبت لهم الوصية على الحفدة من الاقربين .

(1) الدكتور بدران أبو العنين بدران — المرجع السابق — ص 183 وما بعدها
الاستاذ محمد أحمد فرج السنهوري في تفاصيل وتقريرات — المرجع والموضع السابقان .

4 - يعطى الحفدة قدر ما كان يستحقه أصلهم ميراثا في حدود الثالث .

5 - يقسم هذا القدر بين الحفدة قسمة الميراث .

6 - تقدم الوصية الواجبة على الوصية الاختيارية .

ثم يمضى الى القول بأن واضعى مشروع القانون قد وجدوا الحاجة ماسة لكى يحفظ لهؤلاء الحفدة حقهم فى تركة المتوفى ثم أسندوا أو نسبوا كل حكم من أحكام الوصية الى رأى فقيه حتى لا ينفر الناس من هذا التشريع الذى لم يسبق له مثيل فى مصر ، وقال ان واضعى المشروع تكلفوا كثيرا فى هذا الاسناد . وعرض ما قرره المذكرة التفسيرية وخلص الى الاتى :

أولا : ان الآية القرآنية - فى رأيه - توجب الوصية للوالدين والاقربين غير الوارثين ، فلماذا قصر الوصية الواجبة على الاقربين فقط ، وتركيز ذلك فى الحفدة فقط ، فاذا كانت الآية محكمة من ايجاب الوصية لغير الوارثين فلا معنى لقصرها على فريق دون آخر ما دامت حالة العوز واحدة .

ثانيا : ان الوصية الواجبة تتنافى مع المنطق حين تأخذ بمقتضاها بنت ابن الابن أكثر مما تأخذه بنت الابن وهى أقرب كما فى بعض الامثلة ، بل أغرب من هذا أن بنت الابن تأخذ أكثر من البنت فى المثال التالى : توفى شخص عن بنتين وبنت ابن وأخت شقيقة وترك 180 سهما فهنا مقدار الوصية هو 60 سهما تأخذها بنت الابن : ثم يقسم الباقي على البنتين والاخت فتأخذ كل بنت ثلثه وهو 40 سهما . لذلك يرى وجوب تقييد مقدار الوصية ، بحيث لا يأخذ صاحبها أكثر مما يرثه من هو أقرب منه الى الميت ، فيصبح التشريع مثالثا مع تشريع الميراث .

ثالثا : لا يستند واضعو مشروع قانون الوصية الواجبة الى سند فقهي بين، لماذا قدروا الوصية الواجبة بالثلث مع أن الوصية الواجبة عند من يقول بها موكولة لما تطيب به نفس الموصى في حدود المعروف (1) .

وبمناقشة الحجج السابقة ، يتضح لنا أن صاحب هذا الرأي ذو غير دينية ولا يرى إلغاء قانون الوصية الواجبة بل يريد لهذا التشريع لمقط أن يصل الى ما يجعله قريبا من الكمال .

ويمكن الرد على هذه الانتقادات بما يأتي :

أولا : بالنسبة الى قصر الوصية على الاقربين من دون الوالدين ، فاننى أرد على ذلك بما ورد في شرح الزرقاني على موطأ مالك حيث قال ابن عباس (2) : « كان المال للولد وكانت الوصية للاقربين فنسخ الله من ذلك ما أحب ، فجعل للذكر مثل حظ الانثيين ، وجعل للابوين لكل واحد منهما السدس ، وجعل للمرأة الثمن والربع ، وثلزوج الشطر والربع ... » وقد قال جمهور العلماء كانت الوصية للوالدين والاقربين على ما يراه الموصى من المساواة والتفضيل ، ثم نسخ ذلك بآية الفرائض وقيل بحديث لا وصية لوارث وقيل بالاجماع على ذلك « (3) .

فما تقدم يفيد أن الوالدين كانا من بين الذين يستحقون الوصية . فلما نزلت آية الموارث وأعطتهما انصباها المفروضة (السدس) نسخ وجوب الوصية للوالدين وبقي الاقربون فيجب أن يتم الايصاء لهم .

والنسخ وهو رفع حكم لعل معينة يراها الشارع واثبات غيره بدلا

(1) الاستاذ محمد مصطفى شلبي - المرجع السابق - ص 263 وما بعدها .
(2) و (3) شرح الزرقاني على موطأ الامام مالك - الجزء الرابع - المرجع السابق - ص 68 .

منه (1) هو أمر قائم في الشريعة اذ قال تعالى « ما ننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلها » . وقد أفادت العبارات المقدمة أن نسخ الوصية للموالدين جاء بآية الميراث في رأي وبحديث « لا وصية لوارث » في رأي ثان وبالإجماع في رأي ثالث .

وان لم يكن النسخ في هذه الحدود قد وقع ، فهناك من الفقهاء كطاووس من وصل الى نفس النتيجة بطريقة أخرى نثبتها هذا عن شرح الزرقاني على موطأ مالك (2) أيضا اذ جاء به : « وقال طاووس وغيره وليس منسوخة بل مخصصة لان الاقربين أعم من الوارث فكانت الوصية واجبة لجميعهم فخص منها من ليس بوارث لاية الفرائض والحديث ، وبقي من لا يرث من الاقربين على حاله » (3) .

ثانيا : بالنسبة الى ما قيل من أنه في بعض حالات الوصية الواجبة قد يحدث أن يأخذ الموصى له أكثر من نصيب وارث كان يستحق أكثر من نصيب الموصى له — كما في الفروض التي ذكرها الاستاذ محمد مصطفى شلبي وتعرضت لبعضها — فهذه حقيقة لا تنكر ولكنها نادرة والنادر لا حكم له ، ومع ذلك يجب أن يتم تلافيها حتى تتحقق العدالة بأسمى معانيها في الوصية الواجبة وحتى تتسق مع قانون الوارث .

ثالثا : بالنسبة الى عدم وجود سند فقهي لتحديد قدر الوصية الواجبة ، فالواقع أن ولى الامر من حقه أن يحدد الشيء بما يراه طالما أن كان محققا للمصلحة ، وفي حدود المؤلف وليس في أدنى عيب كما يقرر الاستاذ محمد أحمد فرج السنهوري اذ أن طاعة ولى الامر مفروضة طالما أنه لا يأمر بمعصية (4) . واذن فهذه حجة مردودة .

(1) الدكتور مصطفى زيد — النسخ في القرآن الكريم — رسالة كلية دار العلوم بجامعة القاهرة — طبعة 1965 — ص . 40 وما بعدها .
(2) و (3) شرح الزرقاني على موطأ الامام مالك — المرجع السابق — ص . 68 .
(4) الاستاذ محمد أحمد فرج السنهوري — الوصية الواجبة — المرجع السابق — ص . 78 وما بعدها .

ولكل ما تقدم ، فإن مشروع قانون الوصية الجديد في مصر قد رأى تدارك معظم الانتقادات الوجيهة التي وجهت لهذا القانون ، لذلك رأى في المادة 401 التي قيل بشأنها ستحل محل المادة 76 من قانون الوصية الحالي رؤى الاتي :

أ - النص صراحة على الموت الاعتباري أو الحكمي .

ب - جعل الوصية لذرية الفرع وان نزل ذكورا واناثا بعد أن كانت قاصرة على أهل الطبقة الاولى من أولاد البنات ولأولاد الابناء مهما نزلوا بشرط أن يكونوا من أولاد الظهور .

ج - منما للمسائل الخيرية التي ظهرت عند تطبيق القانون ، فقد زيدت فقرة جعلت الفرع لا يستحق الا مقدار ما يستحقه ميراثا في تركة أصله بشرط أن يكون في حدود الثلث .

وهذا هو ما استظهره الاستاذ محمد مصطفى شامى ورجا أن يتم القضاء على كافة الانتقادات حتى يصبح النص سالما ، ومن هذا يتضح أنه لا يعارض الوصية الواجبة بل يرى ضرورة النص عليها بطريقة تجعلها أقرب الى الكمال .

المبحث الثالث

الرأى الخاص في الوصية الواجبة

من الردود التي قدمتها فيما تقدم ، يتضح رأىي الخاص في الوصية الواجبة وهي أنها تشريع ضرورى له سنده الفقهي والدينى ، ويحقق مصلحة المباد بالقضاء على الظلم الذى قد يحل بأبناء الابناء وغيرهم ممن قد لا يرثون لموت أبيهم في حياة جدهم ، فيجدون في القانون يد العون والمساعدة حتى لا تمتد أيديهم الى الحرام أو ينصرف بعضهم عن

جادة الصواب والوقوع في الخطيئة بسبب العوز والحاجة ، لذلك أرى ضرورة تبني القانون الجزائري لتشريع الوصية الواجبة ليكون له المعنى المتقدم وليعد سببا من أسباب كسب الملكية دأخلا في الوصية بمعناها العام . وليست هناك أية مظنة للقول بعدم شرعية الوصية الواجبة ففيما قدمت الكثير من آراء الدليل الكبير . ويمكن أن أقول في النهاية أن عدم وجود تشريع للوصية الواجبة في الجزائر يعتبر نقصا خطيرا في التشريع ولذا يجب النص على أحكامها وبصورة سريعة .

والنص المصري الذي يعدل المادة 76 من قانون الوصية وهو نص المادة 401 من مشروع قانون الاحوال الشخصية الجديد يتلافى ما وجه للتشريع المصري من انتقاد لذلك أقدمه هنا ليكون أول مواد قانون الوصية الواجبة وليكمل بالمواد 77 و78 و79 من قانون الوصية المصري الحالي التي سبقت الإشارة إليها . وذلك النص يقول « اذا لم يوصى الميت لفرع ولده الذي مات في حياته أو اعتبر ميتا أو مات معه ولو حكما بما كان يستحقه هذا الولد ميراثا في تركته لو كان حيا عند موته وجبت للفرع في التركة وصية بقدر هذا النصيب في حدود الثلث بشرط أن يكون غير وارث وألا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض من طريق تصرف آخر ما يجب له ، وان كان ما أعطاه أقل منه وجبت له وصية بقدر ما يكمله » وجاء بفقرتها الثانية « وتكون هذه الوصية لذرية الفرع وان نزل ذكورا واناثا على أن يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره وأن يقسم نصيب كل أصل وارث على فرعه وأن نزل قسمة الميراث كما لو كان أصله أو أصوله الوارثون الذين يدلى بهم الى الميت ماتوا بعده وكان موتهم مترتبا كترتيب الطبقات » وجاء بفقرتها الثالثة « ولا يستحق أحد من ذرية هذا الفرع أكثر من سهمه الذي كان يستحقه في تركة أصله » .

وفي النهاية ، فان مدونة الاحوال الشخصية المغربية قد تبنت

الوصية الواجبة في الباب الثامن من الكتاب السادس الخاص بالميراث
وأثبتت هذه النصوص ما يلي :

الفصل (أى المادة) 266 : من توفى وله أولاد ابن وقد مات ذلك
الابن قبله أو معه ، وجب لاهفاده هؤلاء في ثلث تركته وصية بالمقدار
والشروط الآتية :

الفصل 267 : الوصية الواجبة لهؤلاء الالهفاد تكون بمقدار حصتهم
مما يرثه أبوهم عن أصله المتوفى على فرض موت أبيهم اثر وفاة أصله
المذكور على ألا يتجاوز ذلك ثلث التركة .

الفصل 268 : لا يستحق هؤلاء الالهفاد وصية ان كانوا وارثين لأصل
أبيهم جدا كان أو جدة أو كان قد أوصى لهم أو أعطاهم في حياته بلا عوض
مقدار ما يستحقون بهذه الوصية الواجبة ، فان أوصى لهم بأقل من ذلك
وجب تكملة الوصية للبعض الآخر بقدر نصيبه على نهج ما ذكر .

الفصل 269 : تكون هذه الوصية لأولاد الابن ولأولاد ابن الابن
وان نزل واحدا كانوا أو أكثر للذكر مثل حظ الانثيين يحجب فيها كل أصل
فرعه دون فرع غيره ويأخذ كل فرع نصيب أصله فقط (1) .

ولما كنت لم أحصل على مراجع مغربية في الوصية ، فاننى أعتمد
على النصوص في بيان ما أثبتته تلك المواد من أحكام ومقارنتها بالتشريع
المصرى الحالى والمقترح . ومن ذلك ما يلي :

أولا : نص القانون المصرى على الوصية الواجبة في صدد قانون
للوصية ، أما القانون المغربى فنص في صدد الميراث والأولى أن تكون
منصوصا في الوصية (وصية العباد) .

(1) مدونة الاحوال الشخصية المغربية — الرباط — سنة 1958 .

ثانيا : ينص قانون الوصية المصرى الحالى على أن الوصية الواجبة تكون لاهل الطبقة الاولى من أولاد البنات ولابناء الابناء من أولاد الظهور وان نزلوا . وهذا عيب كما قيل تلافاه المشروع حين أوجب الوصية لذرية الفرع وان نزل ذكورا أو اناثا .

أما التشريع المغربى فيجعل الوصية لأولاد الابن فقط ، وبذلك فهو أكثر امعانا في البعد عن القانون المصرى الحالى ، فلا أرى الاخذ بمثل نص المادة 266 مغربى ولا بالنص المصرى الحالى ، بل بنص المادة 401 المقترح وهو أكثر تحقيقا للعدالة .

ثالثا : نص الفصل 266 مغربى معيب لانه لم ينص على الموت الاعتبارى أو الحكمى ، فيجب أن يكون ذلك واضحا أمام المشرع حتى يأخذ بمثل النص المصرى دون المغربى .

رابعا : لم ينص القانون المغربى بعكس المصرى — على أن الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا . وهذا حكم لأبد من النص عليه ونقصه يجعل الوصية الواجبة غير ذات معنى .

خامسا : نص المادة 267 موفق في الحكم دون الصياغة لانها قصرت ما يستحقه الفرع على ما كان يأخذه ميراثا في تركة أصله بشرط أن يكون ذلك في حدود الثلث .

وعلى أية حال ، فاننى أتوجه الى المشرع الجزائرى بضرورة النص على الوصية الواجبة في قانون خاص أو باعتبارها سببا من أسباب كسب الملكية بين نصوص الوصية .

الباب الثانى

أحكام التصرفات الملحقة بالوصية

أعرض لأحكام التصرفات الملحقة بالوصية فى فصلين : الاول فى حماية الوارث من التصرفات الملحقة بالوصية ، والثانى فى علاقة الشهر بالوصايا •

الفصل الاول

حماية الوارث من التصرفات الملحقة بالوصية

أعالج مسألة حماية الوارث من التصرفات الملحقة بالوصية فى
مبحثين :

الاول : فى حكم تصرفات المريض مرض الموت •

والثانى : فى حكم التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحياة •

المبحث الاول

حكم تصرفات المريض مرض الموت

ان بيان حكم تصرفات المريض مرض الموت يقتضى التعريف بمرض الموت عند فقهاء الشريعة الاسلامية ، ثم بيان موقف الورثة من الوصية طبقا لأحكام القانون المدنى ، ثم التعارض بين نصوص الاثبات والوصية • وأتناول هذه المسائل الثلاث فى مطالب ثلاثة •

المطلب الاول

ماهو مرض الموت في الشريعة الاسلامية ؟

سبق أن قدمت تعريف مرض الموت في الشريعة • وفي صدد الوصية في مرض الموت ، تعرض ابن قدامة للعطية في مرض الموت (1) • وقال ان حكمها هو حكم الوصية وذلك في خمسة أمور عددها تفصيلا (2) وذكر أحكاما عديدة وقرر :

الاول : ان «نفوذها» يقف على خروجها من ثلث التركة أو اجازة الورثة •

الثاني : انها لا تصح لو ارث الا باجازة بقية الورثة •

الثالث : انها أقل فضيلة من الصدقة •

الرابع : انها تراحم الوصايا في الثلث •

الخامس : ان العبرة بخروجها من الثلث هو بوقت الموت لا قبله ولا بعده •

ولكنها تختلف عن الوصية في ستة أمور :

الاول : لزومها فلا يمكن الرجوع فيها •

الثاني : ان قبولها فوري لا يتراخى •

الثالث : يجب أن تتوافر للعطية شروط صحتها •

الرابع : انها مقدمة على الوصية • وهذا قول الشافعية وجمهور العلماء وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف وزفر الا في العتق •

1 - المغنى - المرجع السابق - ص 491 .

2 - المغنى - المرجع السابق - ص 492 - 493 .

الخامس : ان العطايا اذا عجز العتق عن جميعها بدئى بالاول
فالاول •

السادس : اذا مات الواهب قبل تقبيلضه الهبة المنجزة ، كانت
الخيرة للورثة •

وانه يشترط فى المريض الذى تقدمت أحكامه شرطان :

الشرط الاول : أن يتصل الموت بذلك المرض ، فاذا صح من مرضه
الذى تصرف فيه ثم مات بعد ذلك فحكم تصرفه هو حكم التصرف
الصحيح ، لانه لم يكن قد تصرف فى مرض الموت (1) •

الشرط الثانى : أن يكون المرض مخوفا •

والامراض من حيث تعلقها بهذه الناحية تنقسم الى أربعة أقسام :

القسم الاول : المرض غير المخوف مثل وجع الضرس والصداع •

القسم الثانى : المرض الممتد كالجذام والفالج والسل فى ابتدائه •

القسم الثالث : (2) المرض الذى يتحقق معه تعجيل الموت ، فان
كن متصلا بالعقل كأن يكون قد اختل فهذا لا حكم لتصرفه ، أما ان كان
منبت العقل واشتد مرضه فان تصرفه يكون صحيحا وكذا يصح تبرعه •

القسم الرابع : المرض المخوف الذى لا يتعجل معه موت المريض
على وجه اليقين كالرعاف الدائم ووجع القلب • وهنا تصح التصرفات
لما روى من قصة عمر بن الخطاب رضى الله عنه فانه لما جرح سقاء

1 - ابن قدامة فى المغنى - المرجع السابق - ص 505 وفى هذا المضمون يقول
الدكتور محمد يوسف موسى فى الاموال ونظرية العقد - المرجع السابق -
بند 476 - ص 338 يجب (موت الموت فعلا متصلا به) وكذلك الاستبلا
مصطفى أحمد الزرقاء - الفقه الإسلامى فى نوبه الجديد - ج : 2 سنة
1968 حيث يقول (فلو لم يتصل به الموت بل شفى منه ثم مات لا يكون
المرض السابق مرض موت بل يحكمه كحكم الصحة) - بند 462 ص 803 .
2 - ابن قدامة - المغنى - المرجع السابق - ص 506 .

الطبيب لبنا فخرج من جرحه ، فقال له الطبيب : اعهد الى الناس ،
فعهد اليهم ووصى فاتفق الصحابة على قبول عهده ووصيته وكذلك الامر
بالنسبة لابي بكر فحينما اشتد مرضه عهد الى عمر بن الخطاب فنفذ
ما عهد اليه به (1) •

وأضاف ابن قدامة خمس حالات تقوم مقام المرض أى الحقها به
لإتحاد العلة :

الاول : التحام الحرب ، فهذه تلحق بما تقدم لتوقع التلف •

الثانى : ان قدم للقتل فجرح فهو مخوف والا فلا لأنه صحيح
البدن (2) • ويرى ابن قدامة أن التهديد بالقتل جعل اكراما يمنع صحة
البيع (3) •

الثالث : ركوب البحر المضطرب •

الرابع : الاسر والحبس •

الخامس : وقوع الطاعون في بلد ، فعن الامام أحمد بن حنبل أنه
مخوف (4) •

ومما تقدم ، يمكن القول أن مرض الموت هو مرض يعجز معه
الانسان عن عمله العادى بسبب الخوف الناجم عن غلبة الهلاك فيه ،
واتصال الموت به فعلا • كما أنه يلحق بمرض الموت كافة الحالات التى
تتحد معه فى العلة •

(1) ابن قدامة - المفنى - المرجع السابق - ص 507 .
(2) و - ابن قدامة - المرجع السابق ص 510 .
(3) ابن قدامة - المرجع السابق - ص 511 .
(4) ابن قدامة - نفس المرجع والصفحة .

المطلب الثانى

موقف الورثة من الوصية طبقا لاحكام القانون الجزائرى

يتضح موقف الورثة من الوصية طبقا لاحكام القانون المدنى من عرض حكم تصرفات المريض مرض الموت • وأعرض لذلك فيما يلى :

نصت المادة 1/776 مدنى جزائرى على أن «كل تصرف قانونى يصدر عن شخص فى مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا الى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف» • وهذا النص يكاد يطابق نص المادة 1/916 مدنى مصرى • ومفاد ذلك ما يلى :

م — ان التصرف اذا انطوى صراحة على معنى التبرع ، فلا صعوبة فى الامر وتسرى عليه أحكام الوصية ومثال ذلك الهبة •

ب — ان التصرف اذا كان فى ظاهره معاوضة وادعى الورثة أنه تبرع ، فلذلك حكم خاص من حيث الاثبات كما سيلى فى حينه ، فان تم اثبات أنه تبرع سرت أحكام الوصية ولا تسرى أحكام المعاوضات التى تبرم فى مرض الموت وهو ما سيلى :

ونصت المادة 408 مدنى جزائرى على حكم المعاوضات (البيع) التى تتم فى مرض الموت ، ولما كان تشريعنا الجديد فى صدد هذا النص قد وجهت اليه انتقادات حاسمة من أستاذنا الدكتور على سليمان — سبقت الإشارة اليها — فاننى أثبت هذه الانتقادات لتكون محل اعتبار فى ذهن المشرع الجزائرى لتعديل النص على مقتضاها • ان أستاذنا الدكتور على سليمان يقول فى هذا الصدد ما نصه : «أخطأت النسختان العربية والفرنسية فى بيع مرض الموت ، فنصت الفقرة الاولى من المادة 408 على أنه اذا كان البيع لو ارث فانه لا ينفذ

في حق الورثة الآخرين الا اذا أقروه ، ثم أضافت الفقرة الثانية «أما اذا تم البيع للغير في نفس الظروف فانه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال» .

«والأحظ أولا على هذا النص أن النسخة الفرنسية أتت فيه بشرط لم يرد في النص العربي فاشتترطت أن يتم البيع في فترة حدة المرض واشتداده ... في حين أن أحدا من فقهاء الشريعة الإسلامية التي كانت مصدرا لهذا الحكم لم يقل بهذا الشرط . كما أن النسخة الفرنسية أضافت في الفقرة الثانية عبارة لم ترد في النص العربي فقالت «يعتبر البيع صحيحا دون رضا صحيح» (1) .

ويمضى أستاذنا الدكتور على على سليمان في بيان انتقاداته والتي تتلخص ثانيتهما في التفرقة في النص بين البيع لوأرث وجعله معلقا على اقرار بقية الورثة والبيع لأجنبى وجعله قابلا للإبطال أما لعيب في الرضا كما يقول النص الفرنسى أو لكونه غير مصادق عليه كما يقول النص العربى ، وثالثها في أن البيع — في النص — يعتبر وصية وتجربى عليه أحكام الوصية ، واذا كان المشرع الجزائرى قد أخذ بحكم أنه « لا وصية لوأرث » مع أنه غير متفق عليه ولم يأخذ به لا القانون المصرى ولا القانون الليبى ، فلماذا لم يعتبر البيع لأجنبى وصية أيضا ويعلق نفاذها على اقرار الورثة فيما يجاوز الثلث ؟ ولماذا كانت العلة في قابلية التصرف للغير لأبطاله ترجع الى عيب في الرضا ولم يكن البيع قابلا للإبطال في حالة التصرف لوأرث لنفس العلة ؟ واذا كان التصرف قابلا للإبطال في الحالة الثانية فلن يكون حق الإبطال ؟ المعروف قانونا أن الإبطال يكون اما لقصر أو لغلط أو لاكره ، أو لاستغلال ، ولم يصرح النص الجزائرى عن السبب في قابلية العقد للإبطال : فهل هو لأحد

1 - أستاذنا الدكتور على على سليمان - المحاضرة المشار إليها - بند 25 - ص 11 .

العيوب المذكورة ؟ يقول النص الفرنسي انه يعتبر قد تم بدون رضا صحيح ، ولكن أسباب عدم صحة الرضاء محصورة في العيوب التي ذكرها القانون وهي العيوب السابقة الذكر ، ولم يقل أحد من علماء الشريعة الاسلامية أن تصرف المريض مرض الموت يتوقف على اجازة الورثة لاحد هذه العيوب وانما قالوا أنه يتوقف على اجازتهم لان حقوقهم قد تعلق بثلثي التركة فليس له أن يمس هذه الحقوق ولذلك اعتبرهم القانون المدني من الغير بالنسبة الى مورثهم (1) . وفي هذه الحالة لا يعتبرون خلفا عاما له وأجيز لهم الطعن في هذا التصرف بناء على اعتبارهم من الغير ، ولو فرضنا جدلا أن رضا المريض كان غير صحيح كما تقول النسخة الفرنسية ، فان رضاه يكون مشوبا بنفس العيب حين يتصرف لاحد ورثته ، ولا تصححه اجازة الورثة الاخرين لان من شرع الابطال لمصلحته هو وحده الذي يستطيع أن يتنازل عنه أو يطلب أعماله أو يجيز التصرف القابل للابطال . والمفروض هنا أن التصرف لا ينفذ الا بعد موت المورث ، واذن فليس الابطال ممكنا بالنسبة اليه ، فهل يكون الابطال للورثة ؟ اذا رجعنا الى رأى مالك الذي يعمل بمذهبه رسميا بالجزائر وجدناه يقول : « اذا مات الموصي لزمته الوصية وليس لغيره أن يغير شيئا من ذلك ولا يبطله ولا يبدله بغيره (المنقح في شرح موطأ مالك - ج : 6 - ص 148) (2) » وعلى ذلك فليس للورثة الحق في طلب ابطال تصرف ما ، له الحق أيضا في أن يجيز التصرف أو يتنازل عن طلب الابطال فيصح التصرف وينتج كل آثاره القانونية . فاذا صح هذا الفرض فيكون تصرف المريض مرض الموت مطلقا على اجازة الورثة سواء كان التصرف لو ارث أو للغير ، فلماذا اذن فرق القانون بين التصرفين (3) . وأما رابعهما فيتعلق بمخالفة « نص

(1) و (2) و (3) أساتذنا الدكتور على سليمان - المحاضرة المشار اليها - بند 25
- ص . 11 .

المادة 408 ••• ما أجمع عليه فقهاء الشريعة الاسلامية من أن للشخص حرية التصرف بالوصية في ثلث أمواله دون أن يتوقف تصرفه في الثلث على اجازة الورثة • ويقول المنتقى في شرح موطأ مالك « ان الوصية تنفذ في الثلث في كل المذاهب طبقا لحديث النبي صلى الله عليه وسلم لسعد بن أبي وقاص « الثلث والثلث » (1) •

وأما خامسها في أنه « اذا صح طبقا لنص المادة الاولى من المادة 408 أن الوصية لو ارث تتوقف على اجازة بقية الورثة ، فيترتب على ذلك أنهم اذا لم يجيزوها لم تنفذ دون أن يكون لهم الحق في طلب ابطالها طبقا لما تقدم ذكره أي أن موقفهم في حالة عدم الاجازة سلبي » (2) •

والاستخلاص الذي يقدمه أستاذنا الدكتور على سليمان من كل ما تقدم هو أنه « ليس للورثة الحق في ابطال الوصية بأي حال ، وكل ما لهم من حق هو اقرار الوصية للوارث فتنفذ أو عدم اقرارها فلا تنفذ، واذن فيسوغ لنا أن نتساءل عما هو معنى قابلية التصرف لابطال في الفترة الثانية من المادة 408 » (3) •

وقد عرضت لهذه الانتقادات لتكون الامور واضحة • ومفاد ذلك أنه يجب تعديل النص ليتفق مع النصوص العربية الاخرى كالتشريع المصري والليبي • فالمادة 1/477 مدني مصري المقابلة للنص الجزائري (4) تقول : « اذا باع المريض مرض الموت لو ارث أو لغير وارث بثمن

(1) استاذنا الدكتور على سليمان - المحاضرة المشار اليها - بند 25 - ص 11 •

(2) استاذنا الدكتور على سليمان - المحاضرة المشار اليها - بند 25 - ص 11 •

(3) استاذنا الدكتور على سليمان - المحاضرة المشار اليها - بند 25 - ص 11 •

(4) نصت المادة 1/408 مدني جزائري على أنه : « اذا باع المريض مرض الموت لو ارث ، فان البيع لا يكون ناجزا الا اذا اقره باقي الورثة » كما جاء في فقرتها الثانية : « اما اذا تم البيع للغير في نفس الظروف فانه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للابطال . »

يقول عن قيمة المبيع وقت الموت ، فان البيع يسرى في حق الورثة اذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تجاوز ثلث التركة داخلا فيها المبيع ذاته «وجاء بفقرتها الثانية» أما اذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة، فان البيع فيما يجاوز الثلث لا يسرى في حق الورثة الا اذا أقروه أو رد المشتري للتركة ما يفي بالثلثين» •

فالنص المصرى — ومثله الليبي — يفيدان أن المشتري لو أثبت أن العقد كان مقصودا به البيع فعلا وثبت أن الثمن معادل للمبيع نفذ البيع بلا طعن واذا كان الثمن أقل فينظر «ان كانت زيادة القيمة على الثمن لا تجاوز ثلث التركة داخلا فيها المبيع ذاته سرى البيع في حق وارث لان المحاباة في الحدود الجائز الايضاء بها ، أما اذا كانت زيادة قيمة على الثمن تجاوز ثلث التركة فان البيع فيما يجاوز الثلث لا يسرى في حق الورثة الا اذا أقروه أو قبل المشتري أن يرد للتركة ما يكمل ثمنها» (1) •

وأما القانون المدنى الجزائرى ، فقد جعل :

أولا : بيع المريض مرض الموت لو ارث لا يكون ناجزا كما يقول النصى الا اذا أقره باقى الورثة •

ثانيا : البيع للغير ، ويعتبر غير مصادق عليه ، ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال (2) •

(1) الدكتور عبد المنعم البدرأوى — عقد البيع — المرجع السابق — بند 421 — ص . 616 — 617 .

(2) نصت المادة 409 مدنى جزائرى على أن احكام المادة 408 لا تسرى على الغير حسن النية اذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء الباع .

المطلب الثالث

التعارض بين نصوص الاثبات والوصية

يظهر التعارض بين القواعد العامة في الاثبات وقواعد اثبات التصرفات الملحقة بالوصية بصورة واضحة في تصرفات المريض مرض الموت (1) . فاذا تصرف المريض مرض الموت تصرفا تبرعيا - أثناء المرض الذى أعقبه الموت - سواء كان تصرفه لوارث أو لغير وارث فان ذلك التصرف يعتبر وصية فلا يسرى في حق الورثة الا في حدود ثلث التركة (2) ، وأما ما يجاوز ذلك فانه لا يسرى في مواجهتهم الا بعد اجازتهم له .

وحتى يسرى حكم الوصية وفق المادة 776 مدنى جزائرى ، فانه يجب أن يتوافر شرطان :

أولهما : أن يتم التصرف في مرض الموت .

ثانيهما : أن يكون التصرف تبرعيا .

فبصدد اثبات الشرط الاول : فانه من الجلى أن كلمة التصرف تتسع للتبرعات والمعاوضات لانها كلمة عامة ولذلك فالنص بدوره يتصف بالعمومية ولذا فان هذا النص يسرى على البيع المنطوى على تبرع (3)،

(1) نظمت تصرفات المريض مرض الموت بوجه عام ايا كان التصرف المادة 776

مدنى سائلة الإشارة . كما ورد تطبيق لهذا النص بصدد بيع المريض مرض الموت في المادة 408 مدنى سائلة الإشارة أيضا .

(2) الدكتور السنهورى - الوسيط - ج : 9 بند 81 - 221.8 ، الدكتور سليمان

مرقس - عقد البيع - المرجع السابق - بند 329 - ص 590 ، الدكتور عبد المنعم البدرأوى - عقد البيع - المرجع السابق - بند 418 - ص 612 وما بعدها .

(3) الدكتور السنهورى - الوسيط - ج : 9 - بند 82 - ص 222 .

فاذا كان البيع بثمن أقل من القيمة الحقيقية للمبيع فإن حكم الوصية يسرى بالنسبة الى الفرق بين الثمن المدفوع والقيمة الحقيقية (1) ، كما يسرى النص على الاقرار والابراء والهبة ، فمن يقر بدين أو يسرى مدينا من دين عد تصرفه وصية فلا يسرى في مواجهة الورثة الا في حدود ثلث التركة ويتوقف على اجازتهم فيما يجاوز ذلك (2) .

ويتضح مما تقدم ، أن من مصلحة الورثة أن يثبتوا أن التصرف صدر من مورثهم وهو في مرض الموت حتى يسرى عليه حكم الوصية السالف ، ولهذا فإن عبء الاثبات ذلك يقع على الوارث الذي يطعن في تصرف مورثه (3) .

فالورثة يعتبرون من الغير بصدد سريان التصرف الذي يصدر من مورثهم في مرض الموت ، فهو لا يسرى في حقهم اذا كان تبرعا فيمما يجوز ثلث التركة الا باجازتهم وذلك نظرا الى تعلق حقهم بأموال المورث من وقت نزول هذا المرض .

ولكن الورثة لا يعتبرون من الغير بالنسبة الى مسألة ثبوت تاريخ التحرر العرفي الذي يصدره مورثهم في مفهوم المادة 1/328 مدنى جزائري والذي ينص على أنه « لا يكون العقد العرفي (4) (المقصود بورقة العرفية) حجة على الغير في تاريخه الا منذ أن يكون له تاريخ

(1) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة - حق الملكية - المرجع السابق - بند 539 - ص 816 .

(2) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة - المرجع السابق - بند 539 - ص 816 ، الدكتور السنهوري - الوسيط - ج : 9 - المرجع السابق - بند 92 - ص 222 .

(3) الدكتور السنهوري - الوسيط - ج : 9 المرجع السابق - بند 82 - ص 222 .

(4) أطلق النص كلمة العقد (العرفي) قاصدا بها الورقة العرفية . ويجب تعديل ذلك النص حتى يرتفع منه الخلط واللبس .

ثابت» (1) • والعلة في ذلك هي أن الورثة يعتبرون خلفا عاما لمورثهم ولذا يسرى عليهم ما كان يسرى في حقه « ومن ثم يكون تاريخ الورقة العرفية المثبتة للتصرف الصادر فيه حجة عليهم كما كان حجة عليه ، الى أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ» (2) •

وإذا ادعى الورثة أن الورقة العرفية التي تحمل تاريخا معيناً هي ورقة لا تحمل التاريخ الحقيقي ، لأنها صدرت في مرض موت مورثهم ولكن تاريخها قد جرى تقديمه لتفطت من الطعن عليها فهذا يجب عليهم أن يقيموا الدليل على صدق أقوالهم ، أى يجب على الورثة اثبات أن التصرف قد صدر في مرض الموت ، وهم في ذلك لا يتقيدون بطرق اثبات معينة إذ الباب مفتوح أمامهم لاثبات ذلك بكافة الطرق بما في ذلك البينة والقرائن لأنهم إنما يثبتون واقعة مادية (3) هي الغش والتحايل على القانون (4) والمتمثل في تقديم تاريخ المحرر العرفي •

ويلاحظ الفقه أن النص الذي تضمن هذا الحكم هو نص معيب إذ جاء في نهاية الفقرة الثانية من المادة 776 مدنى جزائرى (المقابل لعجز الفقرة الثانية من المادة 916 مدنى مصرى) أنه لا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً ووجه عدم الدقة يكمن في أن النص يقضى بأنه لا يحتج على الورثة بتاريخ العقد (المقصود المحرر

(1) وبغاد ذلك أن تاريخ الورقة العرفية من اللازم أن يثبت بواقعة من الوقائع التي تؤكد صحتها كما جاء في نص المادة المذكورة وذلك حتى يمكن الاحتجاج بها على الغير ، والا انتفت حجية الورقة العرفية قبل الغير «بمعنى أن الغير الذى الذى يحتج ضده بهذه الورقة لا يكون في حاجة الى أن ينافع في صحة تاريخها وإنما حسبه أن يتمسك بعدم ثوبته حتى تعتبر الورقة بالنسبة اليه بدون تاريخ ويترتب على ذلك أن التصرف الوارد في الورقة لا يكون نافذاً في حق الغير» الدكتور عبد المنعم فرج الصدة - المرجع السابق - ص . 818 هامش (1) بند 539 - ص . 818

(2) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة - المرجع السابق - بند 539 - ص . 818
(3) الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى - الوسيط - ج : 9 - المرجع السابق - 818 .
(4) الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى - الوسيط - ج : 9 - بند 539 - ص .

العرفي) اذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا ، مع أن ذلك التاريخ يحتاج به على انورثة حتى لو لم يكن ثابتا ، انما يكون لهم اثبات العكس بكافة الطرق لانهم يثبتون واقعة مادية هي الغش المتمثل في تقديم التاريخ (1) .
وتنصيل ذلك أن نص تلك الفقرة يفيد أن تاريخ المحرر العرفي ليس حجة ضد الورثة « فيعتبر غير موجود وبالتالي يعتبر التصرف صادرا في مرض الموت ، ولا يكون على الورثة أن يثبتوا عدم صحة هذا التاريخ : أي أنهم يعتبرون من الغير في مفهوم المادة 1/328 مدنى جزائرى . ولكن صدر نص المادة 2/776 يلزم الورثة باثبات عدم صحة التاريخ أى ان الورثة لا يعتبرون من الغير بالمعنى الوارد في نهاية النص ، وهذا هو الصحيح ، واذن فعيب الصياغة يتلخص في أن صدر النص صحيح وهو ما قصده المشرع ولكن نهايته جاءت مناقضة له فهي غير سليمة أو أنها على الاقل تجاوزت قصد المشرع كما يقول الدكتور سليمان مرقس ولذا ينمى عدم اعتبارها والالتفات عنها (2) .

وبصدد اثبات الشرط الثانى : فان الدكتور عبد المنعم فرج الصدة بقرر أن الامر لو ترك للقواعد العامة لوجب على الورثة اثبات أمرين :

الاول : صدور التصرف في مرض الموت .

الثانى : ان التصرف صدر على سبيل التبرع .

ولكن المشرع وقوفا في وجه التحايل خفف العبء بأن أقام قرينة قانونية لصالح الورثة في الفقرة الثالثة من المادة 775 مدنى بحيث أنه اذا اثبت الورثة أن التصرف قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت اعتبر تصرفه صادرا على سبيل التبرع (كما يقول النص وما يقابله في مصر) فخفف المشرع بذلك عبء الاثبات عن الورثة «بنقل محله الى

(1) الدكتور السنهورى ، التوسيط ، ج 9 ، المرجع السابق ، ص 223 .

(2) الدكتور سليمان مرقس ، المرجع السابق ، بند 329 ، ص 592 هامش 2 .

واقعة أخرى متصلة يسهل عليهم اثباتها» (1) ، فلا يكون عليهم اثبات أن المتصرف صدر على سبيل التبرع كما يدعون وإنما حسبهم أن يقيموا الدليل على صدور التصرف في مرض الموت ، وبذا يكون للمتصرف إليه نقض هذه القرينة بأن يثبت عكس ما يدعيه الورثة ، فإذا لم ينجح — أى المتصرف إليه — في ذلك صار الورثة من الغير فلا يسرى في مواجهتهم تصرف مورثهم إلا في حدود الثلث ، وإذا لم يقوموا بأجازة ما زاد عن الثلث كان لهم تتبع العين تحت يد المتصرف إليه لاستيفاء استكمال نصيبهم وهو الثلثان منها ، بيد أنه إذا تصرف المتصرف إليه في تلك العين فإن المادة 409 مدنى جزائرى تقرر أنه « لا تسرى أحكام المادة 408 على الغير حسن النية إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع » ، أى أنه يجب التفرقة في هذا الصدد بين حالتين :

الحالة الاولى : أن يكون المتصرف إليه (من الوارث) قد تصرف في العين تبرعا ، فيكون للورثة تتبع العين في يد المتبرع إليه لاستيفاء حقوقهم منها ، ما لم تكن العين منقولا حازه المتبرع له بحسن نية إذ يصبح مالكا بمقتضى الحياة في هذه الحالة .

الحالة الثانية : أن يكون المتصرف إليه (من الوارث) قد تصرف في العين معاوضة ، فإن الورثة لا يمكنهم تتبع العين في يد الغير حسن النية وإنما يرجعون على من تصرف إليه من المورث ولكن إذا كان الغير سىء النية فإنه يمكن للورثة تتبع العين تحت يده (2) .

ويحدث أن يتصرف المورث على سبيل المعاوضة ، فإن كل التصرف بثمن لا محاباة فيه نفذ البيع في حق الورثة لأنه يكون تصرفا خاضعا لأحكام عقد البيع لا لأحكام التبرع ، أما إذا كانت هناك محاباة في ثمن

(1) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص 819 .
(2) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، بند 539 ، ص 820 — 821 .

المبيع اعتبرت المحاباة وحدها وصية فلا تنفذ في حق الورثة الا في حدود الثلث من غير تفرقة بين التصرف لوارث أو لغير وارث في القانون المصري . أما في القانون الجزائري ، فنص المادة 408 يفرق بين التصرف لوارث والتصرف لغير وارث :

فبالنسبة الى البيع لوارث : فانه لا يكون ناجزا الا اذا أقره باقى الورثة .

وأما البيع لغير الوارث : فانه يعتبر غير مصادق عليه ، ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال ، وقد تقدمت بهذا الصدد انتقادات أستاذنا الدكتور على على سليمان لهذا النص (1) والتي سبق أن نوهت بها والتي كشفت عن ضرورة تعديل النص بحيث لا تكون هناك تفرقة بين جميع لوارث والبيع لغير وارث الى آخر ما تقدم عرضه .

المبحث الثانى

حكم التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحياة

أخذ التصرف لوارث في قانوننا حكم الوصية بشروط معينة . وسأعرض لهذه المسألة في مطلب ، ثم أعرض لخضوعها لقواعد الاثبات في مطلب ثان .

المطلب الاول

ماهية المشكلة في

التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحياة

قد يعتمد المتصرف الى اخفاء وصيته في شكل تصرف منجز كبير

(1) استأنا الدكتور على على سليمان ، المحاضرة المشار اليها ، بند 25 ، ص 11 - 12 .

أو هبة لأحد الورثة ، وفي هذا تنص المادة 777 مدنى جزائرى على أنه « يعتبر المتصرف وصية وتجرى عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك » . ويشترط هذا النص فى التصرف لى يعد وصية فتجرى عليه أحكامها الشروط الثلاثة الآتية:

أولا : يجب أن يتم التصرف من المورث الى وارث . والعبرة فى هذه الصفة هى بوقت وفاة المتصرف .

ثانيا : أن يحتفظ المورث (المتصرف) بحيازة العين التى تم التصرف فيها طوال حياته . ويكفى مجرد وضع اليد . وهذه واقعة مادية يجوز اثباتها بكافة طرق الاثبات .

ثالثا : أن يحتفظ المورث بحقه فى الانتفاع بالعين مدى حياته بأى وجه من الوجوه ، طالما أنه احتفظ لنفسه هو (أى المتصرف) بذلك ، وطالما أنه كان مستندا فى الانتفاع الى مركز قانونى يخوله الحق فى الانتفاع كما تقرر محكمة النقض المصرية (1) وفريق من الفقه المصرى منهم الدكتور عبد المنعم فرج الصدة (2) وإن كان بعض الفقه المصرى كالـدكتور عبد المنعم البدرأوى (3) يرى أنه يكفى لقيام القرينة أن يظل المتصرف منتفعا بالعين مدى حياته بطريقة فعلية فحسب . وأعتقد أن الرأى الأول هو الذى يحقق ثبات المراكز القانونية وعدم زعزعة الثقة فى المعاملات .

-
- (1) نقض مدنى مصرى فى 24 جوان 1965 مجموعة أحكام النقض 16 — 808 — 128 مشار إليه فى مؤلف الدكتور عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، ص 825 هامش (1) من الصحيفة السابقة وقد جاء فى الحكم أنه «... لا يمكن لقيام القرينة القانونية أن يحتفظ المتصرف بالحيازة والانتفاع لصالح الغير ولو كان ذلك لدى حياة المتصرف إذ يكون الحق فى الانتفاع فى هذه الحالة مقررا لهذا الغير ، كما لا يكفى أن ينتفع المتصرف بالعين انتفاعا فعليا حتى وفاته دون أن يكون مستندا فى هذا الانتفاع الى مركز قانونى يخوله حقا فى الانتفاع » .
- (2) الدكتور عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق ، بند 541 ، ص 825 .
- (3) الدكتور عبد المنعم البدرأوى ، المرجع السابق ، بند 47 ، ص 68 .

فاذا ما ثبت ذلك ، اعتبر التصرف وصية وسرت عليه أحكامها ،
واذن فالمسألة لا تعدو أن تكون مسألة اثبات • فكيف يتم ذلك ؟ هذا
ما أعرض له في المطلب الثانى •

المطلب الثانى

خضوع المسألة لقواعد الاثبات

أقام النص القانون المتقدم « قرينة قانونية على نية الايصاء » (1)
متى توافرت الاركان الثلاثة السابقة ولذا فان من يدعى أن التصرف
وصية لا يطالب باثبات ادعائه بل يعفى من ذلك العبء طالما أنه أثبت
الشروط الثلاثة المتقدمة لانه بتوافرها تقوم قرينة على أن التصرف
لمتازع عليه هو تصرف تبرعى من جهة وعلى أن التصرف مضاف الى ما
بعد الموت من جهة أخرى (2) •

ومع ذلك ، فان للمتصرف اليه الحق في نقض هذه القرينة حسب
لتقواعد العامة ، بأن يقيم الدليل على عكسها بكافة طرق الاثبات « كأن
يثبت أن التصرف في حقيقته بيع وذلك باقامة الدليل على واقعة دفع
الغنم أو يثبت أن التصرف قصد به انتقال الملكية حال حياة المتصرف » (3) •

ومن الأمور الهامة التى يلفت الفقه النظر اليها أنه لا يستلزم لاعتبار
تصرف وصية أن يكون قد صدر من مرض الموت اذ أنه يعتبر وصية متى
توافرت له الشروط الثلاثة المتقدمة وليس من بينها شرط يتعلق بوقت
إبرام التصرف وحالة المتصرف الصحية •

-
- (1) الدكتور محمد لبيب شنب والدكتور مجدى صبحى خليل ، شرح احكام عقد
البيع ، المرجع السابق ، بند 11 ، ص 28 .
(2) الدكتور محمد لبيب شنب والدكتور مجدى صبحى خليل ، المرجع السابق ، بند
11 ، ص 30 .
(3) الدكتور عبد المتعم فرج الصدة - المرجع السابق - بند 540 - ص 826 .

ولما كانت أحكام القضاء المصرى قد قدمت بعض القرائن التى يستفاد منها انصرافه نية المتصرف فاننى أعرض بعض ما جاء فيها عن محكمة النقض المصرية وهى :

أولاً : بيع الوالد الى ولده عينا بثمن بخس ، على أن يحتفظ بحق الانتفاع طوال حياته (1) .

ثانياً : ايداع الام مبالغ نقدية في صندوق التوفير باسم ابنتها التى تعيش في رعايتها والتى لا مورد لها (2) .

ثالثاً : ثبوت عدم حاجة المورث الى بيع أملاكه لأحد ورثته وأنه لم يتقاضى ثمناً وظل واضعاً يده على أملاكه التى تصرف فيها حتى وفاته ، كما احتفظ بالعقد ولم يعطه للمتصرف اليه حتى لا يتخذ اجراءات تسجيله (3) .

رابعاً : عدم دفع ثمن المبيع ومنع المشتريين من التصرف فيه طوال حياة المتصرف وكذا منع المشتريين من وضع أيديهما عليه ومنعهما من سداد الاموال الاميرية المقررة على الاطيان الا بعد وفاة المتصرف (4) .

الفصل الثانى

علاقة الشهر بالوصايا

أعرض لعلاقة الشهر بالوصايا فى بحثين :

-
- (1) نقض مدنى مصرى 22 مايو 1952 - مجموعة احكام النقض - 3 - 1120 - 172 - مشار الى ذلك في مؤلف الدكتور عبد المنعم فرج الصدة - المرجع السابق - ص . 824 .
 - (2) نقض مدنى مصرى في 26 مايو 1956 - المجموعة المشار اليها - 7 - 125 - 15 - عن المرجع السابق .
 - (3) نقض مدنى مصرى في 28 أكتوبر 1954 - مجموعة احكام النقض المصرية - 6 - 32 - 1 - مشار الى ذلك في مؤلف الدكتور عبد المنعم فرج الصدة - المرجع السابق - ص . 824 .
 - (4) نقض مدنى مصرى في 10 أبريل 1952 - المجموعة المشار اليها - 3 - 897 - 130 - عن المرجع السابق .

- أولهما : عن هذه العلاقة في القانون الجزائري
- وثانيهما : عن هذه العلاقة في القانون المقارن

المبحث الأول

علاقة الشهر بالوصايا في القانون الجزائري

أولا : في نصوص القانون المدني :

تنص المادة 793 مدنى جزائرى على أنه « لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتساقلين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التى ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التى تدير مصلحة الشهر العقارى » • وهذا النص يفيد بعض الأمور التى يمكننى — اعتمادا عليه — اظهارها فى الآتى :

أولا : من حيث الحكم الذى أتى به النص وسببه :

من الجلى أن النص المتقدم قد قنن قاعدة عامة أو بالأحرى حكما مميّنا متبوعا بسببه ، ومفاده عدم انتقال الملكية اذا لم تتخذ الإجراءات القانونية المنصوص عليها وخاصة إجراءات الشهر العقارى • ومفهوم المخالفة يفيد أن الملكية تنتقل اذا اتخذت إجراءات الشهر •

ثانيا : من حيث نطاق تطبيق النص :

يتحدد نطاق تطبيق النص المتقدم ، من حيث الموضوع ، ومن حيث الأشخاص ، ومن حيث التصرفات محل الشهر •

1 — فمن حيث الموضوع : يسرى الحكم بالنسبة الى :

أ — حق الملكية : وقد أخصه النص بالحكم حين قدمه على كافة

الحقوق العينية الأخرى رغم أنه داخل في مفهومها ، وذلك لأنه أوسع الحقوق العينية اذ يخول صاحبه كل السلطات الممكنة على الشيء المملوك من استعمال الى استغلال الى تصرف (1) •

ب - الحقوق العينية الأخرى: يسرى النص أيضا على كافة الحقوق العينية الأخرى بالإضافة الى حق الملكية ، فيسرى على الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية كحق الانتفاع وحق الارتفاق وما الى ذلك • كما أن الشهر بطريق القيد يسرى على الحقوق العينية التبعية أيضا وهي التي تضمن الوفاء بالحق ، ويطلق عليها لهذه العلة التأمينات العينية ، وهي في قانوننا : الرهن الرسمي ، والرهن الحيازي ، وحق الترخيص ، وحقوق الامتياز ، ولكن شهر هذه الحقوق انما شرع لاعلام الغير فقط بخلاف شهر الحقوق العينية الأصلية •

وبديهي أن كل ما تقدم خاص بشهر الحقوق العينية الواردة على العقار فقط •

2 - ومن حيث الأشخاص :

فيما يتعلق بالحقوق العينية الأصلية ، يسرى حكم النص المتقدم بالنسبة الى المتعاقدين وبالنسبة الى الغير •

وخلاصة القول أنه ما لم تتخذ اجراءات الشهر وكافة الاجراءات القانونية الأخرى ، فان الملكية أو الحقوق العينية الأصلية الأخرى لا تنتقل لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة الى الغير •

وحتى تتضح الأمور ، فان هناك سؤالاً جوهرياً يفرض نفسه الآن فحواه : ان الوصية سبب من أسباب كسب الملكية فهي تنتقل الملكية من الموصى الى الموصى له : فهل تخضع الوصية لاجراءات الشهر المنصوص

1 - الدكتور عبد المقيم فرج الصدة - حق الملكية - المرجع السابق - بند 2 - 2 ص 6 •

عليها في هذا النص ؟ الواقع أن الإجابة على هذا السؤال تقتضي معرفة نطاق تطبيق النص من حيث التصرفات ، وهو ما أعرض له الآن .

3 — وأما نطاق تطبيق النص من حيث التصرفات محل الشهر :

فان النص يسرى على حق الملكية أو على الحق العيني الناشئ عن العقد دون الوصية . ويتضح ذلك من :

أ — أنه يتناول العقد ويجعله وحده دون غيره من التصرفات هو الذى يجب شهره لتنتقل الملكية بمقتضاه ، ويؤكد ذلك ما ورد في النص من قوله « ان الملكية لا تنتقل » بين المتعاقدين « أو في حق الغير الا باتخاذ اجراءات الشهر ، فقوله « بين المتعاقدين » يفيد انصراف قصد المشرع الى العقود .

ب — ان النص ورد تحت عنوان عقد الملكية وهذا يؤكد ما انتهيت اليه .

ج — ان النص لو جعل التصرفات كلها هي جوهر نطاق تطبيقه — تتلافى جزئيا ما استنتجته سالفا ، وبما أنه لم يفعل ذلك وتعرض للعقود وهي تبرم بين الأشخاص حال الحياة ولم يعرض للتصرفات المضافة الى ما بعد الموت فانه يكون قد أكد انصراف قصد المشرع الى شهر حق الملكية أو أى حق عيني آخر متى نشأ عن عقد لا عن وصية .

ومع ذلك فانه لما كان النص المتقدم تكمله نصوص أخرى ، فمن الواجب تتبعها لمعرفة هل يجب شهر الوصية بمقتضاها أولا .

ثانيا : في النصوص الخاصة :

لما كانت الجزائر تمضى قدما في سبيل تعميم تطبيق الشهر العيني ، فانه يجب أن نتقصى النصوص الخاصة بذلك في قانوننا :

فلقد نصت المادة 16 من قانون اعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري (1) على أن « العقود الارادية أو الاتفاقات التي ترمى الى انشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني ، لا يكون لها أثر بين الأطراف الا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية » وهذا النص يقتصر على العقود والاتفاقات التي تنشأ حقا عينيا أيا كان فلا يشمل الوصية باعتبارها « تصرفا في التركة » يضاف الى ما بعد الموت » (2) ولو كان النص قد جاء عاما فاستبدل بكلمة العقود كلمة التصرفات ، لكان من الممكن ادراج الوصية باعتبارها تصرفا من جانب واحد في مفهوم النص ، ومع ذلك فان هذا التخريج لا يخلو من نقاش أو بعبارة أخرى أنه سيكون تخريجا محل نظر ، لأن الوصية شأنها شأن الارث تحتاج الى أن تنفرد بالتخصيص . ولقد كان قانون التسجيل المصري الصادر سنة 1923 محل نقاش طويل لأنه لم يفرد نصا خاصا بالوصية أو الارث اذ كان يخضع التصرفات فيما بين الأحياء فقط للتسجيل . لذلك يسهل استنتاج أن النص لا يتناول بحال من الأحوال مسألة الوصية .

ويمكن الوصول الى ذات النتيجة من طريق آخر ، ذلك أن المادة 15 من القانون الاخير تجعل حق الملكية أو أي حق آخر متصل بالعقار « لا وجود له بالنسبة الى الغير الا من تاريخ يوم اشهارها في مجموعة البطاقات العقارية ولكنها تستثنى نقل الملكية بسبب الوفاة فتجعله ساري المفعول » من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية » ، فمفاد هذه المادة :

أولا : ان الملكية والحقوق العينية الأخرى تنتقل بالنسبة الى

1 - الصادر في 12 نوفمبر 1975 - منشور بالجريدة الرسمية - العدد 92 - السنة 12 - الصادر بتاريخ 18 نوفمبر 1975 والذي يسرى مفعوله اعتبارا من 5 يونيو 1975 حسبما جاء بالمادة 28 منه .
2 - استاذنا الدكتور على سليمان - شرح القانون الدولي الخاص الليبي - ص 111 .

الوارث من يوم وفاة المورث • ويستفاد ذلك من مفهوم المخالفة لعبارة « لا وجود لها بالنسبة للغير إلا من تاريخ اشهارها » اذ معنى ذلك أن الملكية والحقوق العينية الأخرى تنتقل للوارث قبل تاريخ الاشهار أى منذ وفاة المورث • هذا فضلا عن أن عجز المادة السابقة يؤكد هذا المفهوم ونعتقد أنه غير مرغوب فيه مع وجود المفهوم المخالف ، والخلاصة أن ملكية طالما أنها انتقلت الى الوارث فلا ضرورة للشهر •

ثانيا : ان الملكية والحقوق العينية الأخرى لا تنتقل بالنسبة الى الغير — عند التصرف فيها مثلا — الا من تاريخ اشهارها • وهنا تتجلى نقيمة الحقيقية للشهر • ولكن لو كان هناك شخص لا يريد شهر حق الارث فان له كامل الحرية في عدم اتخاذ اجراءات الشهر طالما أن الملكية تنتقل اليه فور وفاة المورث •

فاذا كان الأمر كذلك بالنسبة الى الارث ، فانه من باب أولى يكون تحكم واحدا بالنسبة الى الوصية أيضا لأنها تصرف في التركة مشروع كالمراث ، فالأخير وصية الله والأولى وصية العباد وكلاهما مما أمر الله سبحانه وتعالى به ، غاية الأمر أنه جل شأنه قد حدد الأنصبة بالنسبة الى الورثة •

هذا بالنسبة الى المادتين 16 و 15 من القانون السالف ، وقد صدر المرسوم رقم 76 — 62 في 25 مارس 1976 يتعلق باعداد مسح الأراضي العام والمرسوم رقم 76 — 63 المؤرخ في 25 مارس 1876 يتعلق بتأسيس سجل العقارى (1) ولم ينص على أى جديد بشأن الشهر العقارى فيما ينطق بالوصية •

وخلاصة القول أن حق الملكية أو الحقوق العينية الأخرى التى تكسب عن طريق الوصية لا يجب شهرها حسب القانون الجزائى وذلك

1 — نشر بالجريدة الرسمية — العدد 30 — السنة 13 — بتاريخ 13 افريل 1976 .

لانعدام النص الخاص ولعدم امكان استخلاص عكس هذا لمعنى من النصوص سواء في القانون المدنى أو في القوانين الخاصة بالشهر العقارى ويبقى السؤال الجوهرى : هل هذا الوضع مقبول ؟ أم أن الحقوق العينية التى تكتسب بمقتضى الوصية يجب شهرها ؟

والواقع أن الاجابة على هذا السؤال يجب أن تراعى مسألتين : المصلحة ، وتحقيق استقرار التعامل •

— فمن مصلحة الموصى له أن يتم شهر الوصية •

— وتحقيق استقرار التعامل يستلزم أن يكون التعامل مع الموصى له على بينة من مدى صيرورة الشيء الموصى به خالصا له من عدمه ، والشهر يفيد ذلك • وهذا يقضى على أية مظنة للتلاعب فيتحقق استقرار التعامل •

لهذا أرى أن يصدر نص خاص يعلق انتقال الملكية الى الموصى له على اتخاذ اجراءات الشهر العقارى ، ويمكن أن يجرى على النحو الآتى « مع عدم الاخلال بحق الموصى له فى الشيء الموصى به أيا كان ، فان الملكية أو الحقوق العينية الأخرى لا يحتج بها لا بالنسبة الى ذوى الشأن ولا بالنسبة الى الغير الا اذا تم شهرها ، ويكون للشهر فى هذا الصدد أثر رجعى من يوم نفاذها » •

كما أرجو أن يشمل النص حق الارث للأسباب التى ذكرتها •

فهذا النص يتفق وقواعد الشريعة الاسلامية فى أن الشيء الموصى به يصبح حقا للموصى له بمجرد موت الموصى مصر على وصيته • ولكن لما كانت المصلحة وأصول التعامل تتطلبان أن يكون الكافة على بينة من أمرهم وهم يتعاملون مع الموصى لهم ، فلا بد من تعليق حق الموصى لهم فى نقل الملكية والحقوق العينية الأخرى الى الغير على اتخاذ اجراءات

شهر العقارى من قبل الموصى له • وهنا يكون للشهر أثر رجعى بحيث تصبح التصرفات السابقة على الشهر اعمالا لمقتضى فكرة الأثر الرجعى، ولما كانت الرجعية هنا مفروضة بنص ، فانه لن يعود هناك مجال للجدل الفقهى الذى أثير حول ما اذا كان للتسجيل أثر رجعى من عدمه (1) •

المبحث الثانى

علاقة الشهر بالوصايا فى القانون المقارن

أولا : فى القانون المصرى :

كانت الوصية غير خاضعة للتسجيل بمقتضى قانون تنظيم الشهر العقارى الصادر بمصر سنة 1923 حيث كان القانون خاصا بشهر تصرفات التى تبرم بين الاحياء دون تلك التى تضاف الى ما بعد الموت، ويقرر المرحوم الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى أن عدم اخضاع الوصية للشهر كان « نقصا واضحا فى قانون التسجيل اذ أن ذلك كان يقطع حلقات تشكل الملكية العقارية » (2) •

ولقد صدر فى مصر قانون ينظم الشهر العقارى رقم 114 لسنة 1946 ، وأخضع الوصية بالعقار من جهة وحقق الارث من جهة أخرى لأجراءات الشهر المقررة • ولكن سريان ذلك مقصور على الفترة اللاحقة لأول يناير سنة 1947 وقبل ذلك كانت تنتقل الملكية الى الموصى له دون اشتراط التسجيل •

1 - الدكتور سليمان مرقس - عقد البيع - المرجع السابق - بند 170 - ص 303 وما بعدها فى عرض آراء الاستاذ عبد السلام ذهنى من أن التسجيل ليس له أثر رجعى وكذا غيره من الفقهاء وفى تبنيه هو وغيره لفكرة أن التسجيل ليس له أثر رجعى .
(2) الدكتور السنهورى - الوسيط - ج : 9 - المرجع السابق - بند 85 - ص . 245 .

ولقد بينت المادة التاسعة من القانون المذكور كيفية اتمام شهر الوصية فقالت « جميع التصرفات التي من شأنها انشاء حق من الحقوق العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله، وكذلك الاحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك ، يجب شهرها بطريق التسجيل ، ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية ، ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار اليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تزول بين ذوى الشأن ولا بالنسبة الى غيرهم * ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن » * وهذا النص قد خص الوصية بالذكر حتى يؤكد ضرورة شهرها *

وقد ذكر النص أن الوصية تشهر عن طريق تسجيلها ويتم شهرها « بعد وفاة الموصى وقبول الموصى له اياها اذ في ذلك الوقت يتحقق أن الوصية تصرف نهائى من شأنه أن ينقل الملكية للموصى له » (1) *

والعلة في شهر الوصية بعد وفاة الموصى لا قبل وفاته هو أن الشهر في الحالة الاخيرة يمكن أن يؤدي الى نقص عملية التسجيل اذا عن للموصى الرجوع عن وصيته ومن ثم يجب التأشير على هامش تسجيل الوصية برجوع الموصى عنها * كما أن العلة في جعل الشهر بعد قبول الموصى له هو التأكد من أن الموصى له لن يزد الوصية وهي — كما هو معلوم — ترتد بالرد فلا تنفذ في حق الموصى له رغما عنه *

وفي مصر يقوم الموصى له بتسجيل الوصية ، فان كانت مثبتة فى ورقة رسمية سجلت هذه الورقة وان كانت مثبتة فى ورقة عرفية مصدق فيها على توقيع الموصى أو على ورقة عرفية كتبت كلها بخط الموصى ووقع عليها سجلت هذه الورقة أيضا ما لم يقيم نزاع في شأن الورقة فحينئذ

(1) — الدكتور السنهوري — الوسيط — ج : 9 — المرجع السابق — بند 86 — ص . 236 .

يستصدر صاحب الشأن حكماً من القضاء بصحتها ويقوم بتسجيل الحكم بدلاً من تسجيل وثيقتها ، وكل ذلك لقاء مبلغ من المال •

وعدم تسجيل الوصية يفرض الى عدم انتقال ملكية العقار بين أصحاب الشأن — كما يقرر النص المتقدم — فتبقى الوصية داخلة فى التركة عند الورثة ، كما لا تنتقل الملكية بالنسبة الى الغير طالما أن الوصية لم تشهر •

وتنص المادة التاسعة (9) من قانون الشهر العقارى أن الوصية التى يتم تسجيلها لا ترتب سوى التزامات شخصية بين أصحاب الشأن « وعلى ذلك يكون هناك التزام شخصى على التركة بنقل ملكية العقار الموصى به الى الموصى له ، ويجوز لهذا الأخير أن يرفع دعوى بصحة الوصية ونفاذها على الورثة اذ هم الذين يمثلون التركة ويسجل صحيفة دعوى ، ومتى صدر الحكم بصحة الوصية ونفاذها أشر بهذا الحكم على هامش تسجيل صحيفة الدعوى » (1) •

هذا ومن الواضح أن العرض المتقدم خاص بالنظام السائد فى مصر حتى الآن وهو نظام الشهر الشخصى والذى من خصائصه الاساسية أن الشهر لا يظهر العقد مما فيه من عيوب فلا يبطل عقداً صحيحاً ولا يصح عقداً باطلاً ، وبالتالي فإنه اذا ما حكم بعد تسجيل العقد ببطلانه فإن بطلان العقد ينسحب الى التسجيل فيبطل معه • وهذا النوع من شهر الشخصى له مساوئه ، ولذلك فقد انتشر فى العالم الغربى نظام شهر العينى وبمقتضاه متى تم تسجيل العقد أصبح نقل الملكية نهائياً ولا يجوز بأية حال الطعن فى العقد لان الشهر العينى يظهره من كل العيوب • كما أن من عيوب الشهر الشخصى أن التسجيل اذ يتم على

1 — الدكتور عبد الرزاق احمد السهنورى — الوسيط — ج : 9 المرجع السابق —
بند 86 — ص . 238 .

أساس أسماء الأشخاص فإن من يرغب في الكشف عن أسماء الملاك الحاليين والسابقين عليه أن يبحث في أسمائهم جميعاً رغم ما في ذلك من مشقة وعناء وتعرض مؤكداً للوقوع في الخطأ (1) .

ولقد صدر في مصر القانون رقم 142 لسنة 1964 منشأ السجل العيني بيد أنه حدد نطاق تطبيقه مكانياً بالاقسام المساحية التي يصدر من وزير العدل قرار بتعيينها ، ولم يصدر حتى الآن قرار من وزير العدل المصري يحدد هذه المساحات حسبما يظهر . والمادة 26 من قانون السجل العيني المصري الذي لم يدخل حيز التنفيذ تنص على أن « جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب قيدها في السجل العيني ، ويدخل في هذه التصرفات : الوقف والوصية ، ويترتب على عدم القيد أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم ، ولا يكون للتصرفات غير المقيدة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن » (2) . وهكذا نص القانون صراحة على وجوب شهر الوصية ، ويتم شهر الوصية طبقاً لقانون السجل العيني بأسلوب يماثل لما كان يجري به التسجيل في قانون الشهر العقاري « من حيث الوقت ... ومن يقوم بالقيد ، والمحرر الذي يقيد ، وجزاء عدم القيد » (3) على نحو ما تقدم .

-
- (1) المستشار محمد عبد العزيز يوسف والاستاذ محمد كمال المرصفي - بحث في تشريعات البلاد العربية التي تتبع نظام الشهر الشخصي - مقال منشور بمجلة أعمال الحلقة الدراسية لقوانين الشهر العقاري في البلاد العربية - منشورات جامعة الدول العربية - معهد البحوث والدراسات العربية - 1973 - ص . 58 - 59 .
- (2) عن مشروع قانون الشهر العقاري والتوثيق - منشور في المرجع السابق - ص . 97 وما بعدها .
- (3) الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط - ج : 9 - بند 88 - ص . 242 .

ثانيا : في القانون الكويتي :

اتبع القانون الكويتي نظام الشهر الشخصي ، ومن ذلك فانه يسرى بالنسبة اليه ما سبق قوله بالنسبة الى القانون المصري خاصة وأن المادة السابعة من القانون الكويتي رقم 5 لسنة 1959 قد جاءت مطابقة لنص المادة التاسعة من القانون المصري رقم 114 لسنة 1946 الخاص بالشهر الشخصي وجاء بالفقرة الاولى منها « ان جميع التصرفات التي من شأنها انشاء حق من حقوق العينية العقارية الاصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك الاحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب تسجيلها بطريق التسجيل بما في ذلك الوقف والوصية » • وأضاف النص في الفقرة الثانية أنه « يترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المذكورة لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تترول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة الى غيرهم ، ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الاثار سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن » (1) •

ثالثا : في القانونين السوري واللبناني :

بالنسبة لمدى الالتزام بقيد حق الارث في السجل العيني ، فان القانون المدني السوري جعل ذلك اختياريا (المادة 85) وكل من اكتسب عقارا بالارث يكون مالكا له قبل تسجيله • ولكنه لا يكون للاكتساب أثر الا بعد التسجيل بمقتضى حكم المادة 3/825 مدنى سوري والتي تعادلها المادة 2/204 من قانون الموجبات والعقود اللبناني (2) •

وما دام الامر كذلك ، فان الامر يكون من باب أولى بالنسبة الى الوصية •

(1) مشار الى النص في مجموعة أعمال الحلقة الدراسية لقوانين الشهر العقارى

في البلاد العربية - المرجع السابق - ص . 79 .

(2) الجدول الثالث الملحق بالمرجع السابق - البند 5 منه .

وعلى أية حال ، فان مصر والكويت والأردن لازال معمولاً في كل منها بنظام الشهر الشخصي ، أما سوريا فتأخذ بنظام الشهر العيني المادة 1/1 والمادة 1/5 من القانون رقم 188 لسنة 1926 ، وليبيا تأخذ بنظام الشهر العيني كذلك (المادة 36 من المرسوم الصادر في 28.9.65)، والعراق تتبنى نظام الشهر العيني (المادة 79 من القانون رقم 43 لسنة 1971) ، أما تونس والمغرب والسودان فان كلا منها يتبنى نظام السجل العيني (1) ، وكل هذه الدول تحتاج الى نص خاص بشهر الوصية على وجه خاص كما طلبنا ذلك بالنسبة الى الجزائر فيما تقدم .

وهكذا يتضح من المقارنة أنه سواء أكانت الدول تأخذ بنظام الشهر الشخصي أو العيني فان الامر الاساسى هو وجوب النص على شهر الوصية . والحقيقة أن نظام الشهر العيني هو الادعى الى استقرار التعامل والاقترب الى تحقيق العدالة ، لذلك يجب الاخذ به .

رابعا : في الشريعة الاسلامية :

أشير في النهاية بايجاز الى موقف الشريعة الاسلامية من الشهر .
يقرر الدكتور محمد عبد الجواد محمد (2) أن الفقه الاسلامى وأن كان لا يفرق بين نقل ملكية الاموال المنقولة والعقارية الا أن قواعده العامة تقر قواعد التسجيل العقارى الحديثة ، وقد انتقد رأى الدكتور منصور محمود وجيه الذى قرر في رسالته عن نظام السجل العيني

(1) ورد كل ما تقدم بالمرجع السابق وخاصة جدول رقم 201 - ص . 645 - 646 . وكل هذه القوانين تحتاج الى نص خاص بالوصية حتى يتم شهرها .
(2) الدكتور محمد عبد الجواد محمد - نظام التسجيل العقارى في الجمهورية العربية الليبية - مقال بالمرجع السابق - بند 4 - ص . 263 .

وادخاله في الاقليم المصرى (1) أن « قريحة رجال الفقه الاسلامى لم تسعفهم لاستنباط وسيلة لشهر التصرفات العقارية » (2) انتقد ذلك قائلاً ما يفيد بأنه حكم عام قام على نظرة سطحية عابرة دون بحث عميق (3) وقدم بحوثاً أفضت الى صدق ما قرره من أن القواعد العامة في الشريعة الاسلامية تقر قواعد التسجيل العقارى •

ويقرر الاستاذ الشيخ الخفيف (4) أن نظام التوثيق والتسجيل وما انتهى اليه في الوقت الحاضر هو في الواقع أثر وتطور لما أمرت به آية المداينات (5) « سورة البقرة » من وجوب توثيق العقود خاصة ما يتعلق منها بالعقار حيث قال جل شأنه « يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه ... الى قوله تعالى والله بما تعملون خبير » وينتهى الى القول بأنه « ليس في نظم التسجيل وما ترتب عليه مخالفة للشريعة الاسلامية ، بل ... انها نظم دعت اليها المصلحة التي اعتبرها الشارع كما دلت على ذلك آية المداينة » (6) •

وهكذا يتضح موقف الشريعة الاسلامية الجلى من أنها لا تمنع من اتخاذ اجراءات الشهر لانها تحقق مصالح العباد وتستجيب لمقتضيات التعامل •

(1) (2) الدكتور منصور محمود وجيه - رسالة القاهرة المشار اليها - ص 164 - عن المرجع والموضع السابقين •

(3) الدكتور محمد عبد الجواد محمد - المرجع والموضع السابق - ،
(4) الاستاذ الشيخ على الخفيف - بحث في الفقه الاسلامى وتطبيقه في البلاد العربية : شهر العقار وتسجيل التصرف وموقف الشريعة الاسلامية من ذلك - بحث منشور بمجموعة اعمال الحلقة الدراسية لقوانين الشهر العقارى في البلاد العربية - ص 54 - 55 •

(5) الاستاذ الشيخ على الخفيف - المرجع السابق - ص 560 •
(6) الاستاذ الشيخ على الخفيف - المرجع السابق - ص 560 •

الباب الثالث

تنفيذ الوصايا وتزاحمها

ان تنفيذ الوصايا مسألة وثيقة الصلة ببحث الوصية كسبب من أسباب كسب الملكية ، اذ أن كسب الملكية لا يخلص الا بتنفيذ مصدر هذه الملكية ألا وهى الوصية ، وقد يقوم مانع يحول دون كسب الحق رغم صيرورته قريب المال ، ويتمثل في حالة حدوث تراحم الوصايا فأياها ينفذ ومن ثم أيها يكون مصدرا للحق العيني بصفة نهائية ، من هذه الزاوية بالذات تبدو هاتان المسألتان وثيقتى الصلة بالقانون المدنى على وجه الخصوص • لذلك أعرض لهما في فصلين متواليين •

الفصل الاول

تنفيذ الوصايا

ان تنفيذ الوصية يستلزم بيان ماهية هذا التنفيذ ، ثم التعرض لحالاته • وأعرض لهاتين المسألتين في مبحثين متعاقبين •

المبحث الاول

ماهية تنفيذ الوصايا

لم يبين أحد من الفقهاء ، فيما أطلعت ، ماهية تنفيذ الوصايا (1) • لذلك أحاول وضع تعريف وجيز لذلك •

(1) في تنفيذ الوصية دون تعريف ذلك : سيد عبد الله حسين - المرجع السابق - ج : 4 - في القانون الفرنسى - بند 55 - ص . 256 - 258 و في التشريع الاسلامى - بند 56 - ص . 259 - 266 .

وبدأة يجدر ابداء بعض الملاحظات التى أعقب عليها بالتعريف •

أولا : ان تنفيذ الوصايا يجب أن ينظر اليه من حيث القائم عليه ، ولا شك أنه لا الموصى ولا الموصى له لهما دخل فى اجراء هذا التنفيذ فلا دخل للموصى لانه يكون قد توفى ولا دخل للموصى له لانه صاحب حق فقط ، وليس للانسان أن يقتضى حقه بنفسه • واذن فالقائم على تنفيذ الوصايا هو اما وصى القرعة اذا عين المورث وصيا لها ، واما القضاء الذى تكون له الكلمة النهائية فى الموضوع ، فكلا الجهتين صاحب شأن فى الموضوع •

ثانيا : ان تنفيذ الوصايا لا يجب أن ينظر اليه من حيث القائم عليه فحسب ، بل أيضا من حيث السبب فى ذلك ، فقد يجيز الورثة الوصية أيا كانت وهذا يحول دون أى نزاع حول التنفيذ • وقد يحدث العكس فيصبح التنفيذ ذا وضع خاص •

ثالثا : ان تنفيذ الوصايا ليس مسألة مطلقة بل هو اجراء مقيد باقرار الشرع له ، والمظهر الاول لذلك هو البدء بأنواع محددة له الاولوية ، فالوصية الواجبة مقدمة على غيرها • واذن فان التعريف يجب أن يتضح فيه تقييد التنفيذ باقرار الشرع له •

رابعا : ان أثر التنفيذ ليس جزءا من مامية التعريف ، لذلك ليس ثمة ضرورة لتضمينه أيا •

ومن جميع الاعتبارات المتقدمة ، يمكن القول بأن تنفيذ الوصايا يعنى قيام صاحب الشأن عند عدم اتفاق الورثة باعطاء كل ذى حق حقه الموصى به حسب اقرار الشرع له (1) •

(1) وفى هذا الصدد ينص الفصل 195 من الباب السادس من الكتاب الخامس من مدونة الاحوال الشخصية المغربى على انه «ينفذ الوصية من أسند اليه الموصى تنفيذها فان لم يوجد فمن بينه القاضى لذلك» .

حالات تنفيذ الوصايا

فيما يتعلق بالوصية الواجبة ، فانها مقدمة على الوصية الاختيارية ، لذلك فانها تنفذ أولا باعتبارها مقدمة على غيرها من الوصايا . واكن المسألة التي تحتاج الى شيء من التفصيل هي تنفيذ الوصية الاختيارية لانها تختلف بحسب ما اذا كانت في حدود ثلث التركة أو أكثر ، كما أنه في هذه الحالة قد يجيز الورثة ما زاد على الثلث أولا يجيزونه ، كما أنه قد تكون الوصية بمثل نصيب وارث معين أو غير معين . فهذه حالات مختلفة أعرض لها فيما يلي (1) :

الحالة الاولى :

الوصية بالثلث :

اذا كانت بالثلث أو أقل منه فانها لا تثير أى اشكال اذ يجب في هذه الحالة اخراج مقدار الوصية من التركة وتقسيم الباقي على باقى الورثة .

فاذا كان قد أوصى بـ $\frac{1}{3}$ الثروة التي مات عنها ، وهى منزل مثلا نفترض أن قيمته 600 000 دينار ، ومات عن ولد وبنتين .

كان للموصى له ما قيمته : 200 000 دينار ، فهنا الوصية سبب من أسباب كسب الملكية .

وللولد ما قيمته : 200 000 دينار .

(1) عبد السلام بن سيدى محمد الهوارى في شرح وثائق المفتى سيدى محمد بن أحمد بن حمدون بنائى - فاس (المغرب) - 1949 - ص . 288 - 292 ، الدكتور بدران أبو العنين بدران - المرجع السابق - ص . 184 - 188 .

واكل بنت : 100 000 دينار •

الحالة الثانية : الوصية بأكثر من الثلث ولتكن بالنصف مثلاً

وأجازها الورثة ، فان تنفيذ الوصية يكون كالتالى مع بقاء المثال الاول •

للموصى له : 300 000 دينار ، فهنا الوصية سبب من أسباب
كسب $1/2$ ملكية المنزل •

وللولد ما قيمته : 150 000 •

ولكل بنت ما قيمته : 075 000 دينار •

الحالة الثالثة : الوصية بأكثر من الثلث ولم يجز الورثة الزيادة •

فهنا لا يأخذ الموصى اليه سوى الثلث ويجرى تنفيذ الوصية كما في
المثال الاول •

الحالة الرابعة : الوصية بأكثر من الثلث وأجاز الزيادة البعض دون

البعض الآخر • فهنا تقسم التركة مرتين : في الاولى يفترض عدم
اجازة كل الورثة للوصية ، وفي الثانية يفترض اجازتهم جميعا للوصية ،
فمن أجاز يعطى له نصيبه على أساس الاجازة مع ضم الفرق بين نصيبه
على فرض الاجازة و عدمها الى الوصية ، ومن لم يجز الزيادة من الورثة
فانه يعطى نصيبه على أساس عدم الاجازة • ويضرب بعض الفقه مثالا
يوضح ذلك بقوله : اذا توفيت زوجة عن : زوج ، وأخوين لأم ، وأم ،
وأوصت لجهة بر مقدار 12 هكتار من تركتها التى تبلغ 18 هكتارا ، وكانت
الام وحدها هى التى أجازت الوصية ، فان حل المسألة يكون كالتالى :

الورثة هم : زوج	واخوان لام	وأم
والفروض هى : $1/2$	$1/3$	$1/6$
والسهام هى : 3	2	1

نخرج من التركة ثلثها (اذ نفترض هنا عدم الاجازة من الجميع)
ونعطيه للموصى له ، فيأخذ 6 هكتارات ، ويأخذ الزوج : 6 هكتارات ،
والاخوان لام : 4 هكتارات ، وتأخذ الام (على افتراض عدم اجازتها
كما ذكرنا) : هكتارين •

أما لو افترضنا اجازة الوصية فيما زاد على الثلث ، فان الجهة
الخيرية كانت تأخذ الموصى به وقدره 12 هكتارا فتبقى للورثة 6 هكتارات
للام منها هكتار واحد وهو ما تأخذه الام فقط ، وأما الهكتار الاخر الذي
كان من حقها في الفرض الاول فيضاف الى مقدار الوصية النافذ بغير
اجازة وهو 6 هكتارات ليصبح نصيب الجهة الخيرية هو 7 هكتارات •

وهكذا تتضح أهمية التنفيذ في مدى كسب الحقوق العينية (1) •

الحالة الخامسة : الوصية بمثل نصيب وارث معين :

هنا تقسم التركة على الورثة لمعرفة نصيب كل وارث ومنهم من
قدرت الوصية بمثل نصيبه ، ويضاف الى سهام الورثة سهام قدر سهام
ذلك الوارث (فهذا هو قدر الوصية) ، ثم تقسم التركة على مجموع
السهام فينتج ما يخص كل سهم ويضربه في أسهم كل وارث والموصى
له يخرج نصيب الجميع •

الحالة السادسة : الوصية بمثل نصيب وارث غير معين :

فهنا اذا كان الورثة متساوين في الانصبة (كمن يموت عن بنتين
وأخت شقيقة) ، فهنا يزداد على السهام مثل سهم وارثه ، فنكون ازاء
أربعة (4) سهام وهنالك يأخذ كل من الورثة والموصى له الربع •

(1) الدكتور بدران ابو العنين بدران - المرجع السابق - ص . 185 - 186 .

أما إذا كان الورثة غير متساوين في الأنصبة ، كأن « يوصى شخص لابن أخيه بمثل نصيب وارث غير معين ويموت عن زوجة بنتين وأخت شقيقه ، تنقسم المسألة أولا بين الورثة بالسهام « » ويضاف عليها مثل نصيب أقلهم وهم ثلاثة (3) أسهم فيكون مجموع السهام 27 وتنقسم التركة على هذا المجموع « (1) »

الفصل الأول

تراحم الوصايا

يقتضى بحث تراحم الوصايا التعرض لماهيته من جهة ، وإحكامه من جهة أخرى . وأعرض لهاتين المسألتين في بحثين متتاليين .

المبحث الأول

ماهية تراحم الوصايا

تمهيد : سبق القول أن الوصية التي تزيد عن ثلث تركة الموصى هي وصية تتوقف على اجازة الورثة للقدر الزائد ، ولا يخلو الأمر في هذه الحالة من واحد من الافتراضات الآتية :

الأول : أن يجيز الجميع هذا القدر فتنفذ الوصية .

الثاني : أن يرد الجميع هذا القدر فتبطل الوصية .

(1) الدكتور بدران أبو العنين بدران - المرجع السابق - ص 188 . وتنص على ذلك المادة 41 من قانون الوصية المصري بقولها « إذا كانت الوصية بنصيب وارث غير معين من ورثة الموصى أو بمثل نصيبه استحق الموصى له نصيب أحدهم زائدا على الفريضة أن كان الورثة متساوين في الميراث وقدر نصيب أقلهم ميراثا زائدا على الفريضة ان كانوا متفاضلين » .

الثالث : أن يجيز البعض هذا القدر والآخر يرد فتتخذ الوصية في حق من أجاز وتبطل في حق من رد (1) .

هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإنه يجب النص على الوصية الواجبة في قانوننا وحينذاك تكون تلك الوصية مقدمة على الوصايا الاختيارية أي كانت الجهة أو الأشخاص الموصى لهم بها .

هذا في الفرض الذي نكون فيه إزاء وصية واحدة في إحدى الحالات المتقدمة ، ولكن قد تتعدد وصايا الموصى فيضيق الثلث أو كل مال الموصى عن الوفاء بها ، فهنا نصبح أمام ما يعرف فقها بالتراحم (2) . فماذا يقصد به ؟

يعرف بعض الفقه تراحم الوصايا بقوله أنه يكون « عند تعددها — أي الوصايا — وضيق المال المخصص لتنفيذها من الوفاء بها (3) » .

واعتقد أن التعريف يكون أكثر وضوحا لو جرى كالتالي « تراحم الوصايا هو حالة فعلية وقانونية تقوم عند تعدد الوصايا مع عدم كفاية المال المخصص للوفاء بها جميعا » .

(1) محمد جواد مغنية — الوصايا والميراث على المذاهب الخمسة : الجعفرى ، الحنفى المالكي ، الشافعي ، الحنبلي — بيروت — ص 22 وما بعدها .
(2) يعرف ابن حزم تراحم الوصايا فيما ذكره من أن : من أوصى بما يزيد على الثلث بدء بما بدا به الموصى في الذكر ... حتى يتم الثلث . فان فلم يبدأ الموصى بشيء ، لكن قال : فلان وفلان يعطى كل واحد منهم كذا وكذا فلم يجعل الثلث فهنا يتخاصمون ، ولا بد لأنه ليس لهم إلا الثلث ... ابن حزم — المحى — المرجع السابق — الجزء التاسع — المسألة رقم 17/64 — ص 334 — 337 .

وجاء في تلمة الترويض للنشر شرح المجموع الفقهي الكبير شرحها مسألة عرضت : هذه المسألة هي المعروفة بمسألة تراحم الوصايا وفيها يكون الثلث بين ذوى الوصايا على قدر وصاياهم — كما — في الفرائض — ورد ذلك في مؤلف الاستاذ الحصري — التركات والوصايا في الفقه الاسلامي — عمان — ص 594 .

(3) هذا تعريف الاستاذ محمد مصطفى شبلى في مؤلفه سالف الإشارة — ص 290 .

وعلى ذلك ، يلزم لتوافر التزامهم أمور منها :

أولا : تعدد الوصايا : ومثال ذلك أن يوصى لشخصين بربع تركته ،
ولآخر بثلاثها مثلا ، فهنا أكثر من وصية •

ثانيا : أن يضيق ثلث المال عن الوفاء بالوصايا كما في المثال المتقدم ،
أو أن يضيق كل المال عن تنفيذ الوصايا كما في المثال الآتي : يوصى — ولا
مانع لديه — بربع ماله لجهة بر وبنصفه لجهة أخرى وبثلثه لجهة ثالثة
وبربعه لجهة رابعة • فهنا يضيق كل المال — بافتراض جواز ذلك ولاعائق
عن الوفاء للموصى لهم جميعا ، ومن ثم نكون بصدد التزامهم • وهكذا
يتضح معنى التزام الوصايا •

المبحث الثانى

حكم التزام الوصايا

يختلف الحكم بحسب ما اذا كانت هناك وصية واجبة — وعلى
افتراض أن المشرع قد يسنها بضرب مثلا لها — ولذا أتناول هاتين
الحالتين •

أولا : التزام مع وجود وصية واجبة :

ينص قانون الوصية المصرى (1) فى الفقرة الأولى من المادة 1/78
على أن « الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا » • ومثل هذه
النص فى قانوننا هو مسألة جوهرية •

(1) وهو القانون رقم 71 لسنة 1946 الصادر فى 24 جوان 1946 على أن يعمل
به بعد شهر من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية الذى تم فى أول جويلية
1946 •

وسند تقديم الوصية الواجبة على غيرها أخذه القانون المذكور من أقوال طاووس بن كيسان ومما نقله ابن مفلح عن الامام أحمد (1) • وعلى ذلك ، لو كانت الوصايا المتزاحمة تشتمل على وصية واجبة ، فان الأخيرة تنفذ أولا ، ولا يخلو الأمر في هذه الحالة من فرضين :

الأول : أن تستغرق الوصية الواجبة كل الثلث • وهذا يكون حكم الوصايا الاختيارية الباقية هو البطلان •

الثاني : ألا تستغرق الوصية الواجبة كل الثلث وانما يتبقى منه أى شئ ، فان الوصايا الاختيارية تتزاحم فيما بينها بصدد هذا الجزء المتبقى •

ثانيا : التزاحم مع عدم وجود وصية واجبة :

بصدد تزاحم الوصايا ، يمكن عرض آراء فريقين من الفقه :

الفريق الأول : يعرض للآراء الفقهية بطريقة اجمالية • وفي هذا الصدد يقال انه لو تم الايصاء لزيد بألف والفقراء بألفين وللمسجد بثلاثة وكان الثلث خمسة ، فان التزاحم قوم ويحل كالتالى :

يقول المالكية والحنابلة والشافعية أنه يجب تقسيم الثلث بينهم كل بنسبة نصيبه

ويقول الامامية يعمل بالملاحق دون السابق اذا لم يجمع الموصى

(1) الأستاذ محمد فرج السنهورى - المرجع والمبني السابقان ، والمنكسرة الايضاحية لقانون الوصية ، وكذلك المصدر الاخير لدى الدكتور عبد الرزاق احمد السنهورى - الوسيط - ج : 9 - المرجع السابق ص . 217 هامش (1) وتتمته بالسحيفة التالية .

بين الموصى بهم وإذا كان هناك واجب يقدم ، وان جمع الموصى بين الموصى لهم قسم المبلغ بينهم (1) •

الفريق الثانى : يعرض للآراء الفقهية بتفصيل • وبهذا الصدد يقال:

— لو كانت الوصية كلها للعباد ، كان التقسيم بالمحاصة بنسبة سهام الوصايا ، سواء أكانت الوصية فى حدود الثلث أم فى كل التركة وذلك على تفصيل لا اختلاف فيه إلا بالنسبة الى حالة التزاحم فى الثلث وكان احدى الوصايا بأكثر من الثلث دون أن تكون بشىء معين ولم تجز فيؤخذ برأى الصحابين وجمهور الفقهاء دون أبى حنيفة، أى تتم المفاضلة بين الموصى لهم • فهذا يحقق العدالة •

أما لو كانت الوصية الواجبة كلها للقربات :

فاذا كانت كلها من نوع واحد تقسم التركة بين الوصايا بالمحاصة عند تقدير المقادير •

وإذا لم تعين السهام ولا المقادير ، فهناك آراء :

أولاً : المشهور عند المالكية كما جاء فى المنتقى شرح الموطأ البدء بالأوكد ، أى الأقوى فى القرابة أو الثبوت اذ « قال ابن القاسم وأشهب فى المجموعة وغيرها لا ينظر الى ما قدمه الميت بالذكر فى كتاب وصيته وإنما يبدأ بالأوكد فالأوكد » • وهذا رأى هو رواية ثانية فى المذهب الحنفى كما ورد فى البدائع •

ثانياً : هناك رواية عن الامام أبى حنيفة وصاحبيه تقول يجب أن

(1) محمد جواد مغنية — الوصايا والموارث على المذاهب الخمسة (الجعفرى والحنفى والمالكي والشافعى والحنبل) — بيروت — تاريخ الطبع غير مذكور — ص . 22 . وهو يضى على هذا النهج فى عرض مسائل أخرى مختلفة — ص . 23 — 24 .

يقدم تنفيذ ما بدأ به الموصى كلامه ، فان تبقى شئ يعطى لمن بعده
وهكذا •

ثالثا : يرى زفر أن يكون التقسيم بالتساوى ، وهو ما أخذ به
القانون المصرى للوصية •

« واذا كانت الوصايا خليطا من الوصايا بالقربات والوصايا للعباد،
فان عين سهام هذه الوصايا أو مقاديرها قسم المال المخصص لتنفيذها
بالمحاصة بنسبة هذه السهام • واذا لم يعين لها سهام قسم بينها
بالتساوى ، وبعد التقسيم يصرف ما يخص وصايا العباد من المعينين لهم
واحدا كان أو أكثر » (1) •

(1) الاستاذ محمد مصطفى شلبى - المرجع السابق - ص . 297 وفى عرض
آرائه كلها وذكر أسانيدها من ص . 293 إلى ص . 298 من المرجع
المذكور .

لقد بلور البحث المتقدم عدة مفاهيم يمكن اجمالها في الآتي :

أولا : ان الوصية سبب من أسباب كسب الملكية في القانون المدني الجزائري ، وهي فيما يستشف من أقوال الدكتور عبد المنعم فرج الصدة والدكتور شفيق شحاتة وما يتأكد من أقول المرحوم عبد الرزاق أحمد السنهوري ومن أقوال ديموج وبير هير وغيرهم : أن الوصية تصرف قانوني من جانب واحد يفضي الى كسب الملكية اذا تصرف شخص بمقتضاها تصرفا مضافا الى ما بعد الموت . ولذا تناولها قانوننا المدني في القسم الثاني من الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الثالث من القانون المدني الجزائري الجديد ، باعتبارها كما يقرر أستاذنا الدكتور على على سليمان تصرفا في التركة يضاف الى ما بعد الموت . كما أن الوصية تحتل مكانة هامة من بين تلك الأسباب باعتبارها عملا اراديا منحها الله سبحانه وتعالى للانسان كي يتخذ منها وسيلة لمنح الغير حقا مشروعا وباعتبارها أمرا لا يتحقق فيه معنى الاضرار الذي قد يوجد في بعض الأسباب الأخرى لكسب الملكية ، وفي النهاية لأنها دون غيرها تستقل بكونها أداة لتدارك ما فات الانسان القيام به من واجبات في حياته .

ثانيا : ان الوصية بالمعنى المتقدم تختلف عن الهبة من حيث أثر كل منهما ، ومن حيث أركانها على النحو الذي قدمته في البحث ، كما أنها لا يمكن أن تختلط بالبيع لأن الصفة الرئيسية فيها هي انعدام العوض .

واذن فالوصية تختلف عن غيرها من التصرفات القانونية لما لها من ذاتية خاصة •

ثالثا : ان تصرفات المريض مرض الموت والتصرف لو ارث مع الاحتفاظ بالحياة وبالمنفعة طوال حياة المتصرف هما مسألتان ملحقتان بالوصية فتأخذان حكمها وتخضعان لما يسرى عليها ويضبطها من قواعد شرعية وقانونية •

رابعا : ان الوصية الواجبة نوع من الوصية نص عليها القانونون المصرى والمغربى فى حالات معينة ولاشخاص معينين بشروط محددة فهى لذلك تعتبر سببا من أسباب كسب الملكية ولذا يجرى عليها ما يجرى على الوصية • وأدعو المشرع الجزائى الى ضرورة النص على هذه الوصية حسب التعديلات الأخيرة المقترح ورودها على نص المادة 76 من قانون الوصية المصرى •

خامسا : ان المقصود بالشرعية الاسلامية فى هذا الصدد ليس القرآن والسنة وحدهما ، بل ان الشريعة الاسلامية تشمل أيضا الفقه الاسلامى كله دون التقيد بمذهب معين الا عند النص •

سادسا : ان الموصى له الحق فى التصرف فى ثلث ماله لو ارث أو غير وارث ، وكذلك بيع هذا الثلث فى مرض الموت لو ارث أو غير وارث • وهنا يسرى على تصرفه حكم الوصية وهو مايجب تعديل النص الجزائى على مقتضاه حسب ما عرضت له فى هذا البحث • وأما التصرف فى أكثر من الثلث ، فهو موقوف على اجازة الورثة •

سابعا : ان الوصية تصرف فى التركة يضاف الى ما بعد الموت • ولكن ذلك لا يمنع من تعليق الوصية على شرط صحيح غير مخالف للنظام العام أو الآداب ، فيجوز اقتران الوصية بالشروط الصحيحة التى تحقق مصلحة الموصى له أو مصلحة الموصى أو مصلحة الغير •

ثامنا : ان الوصية تنعقد بمجرد صدور الصيغة أى ايجاب الموصى .
وأما القبول فليس سوى شرط لنفاذ الوصية اذا مات الموصى مصرا
عليها ولم يعدل عنها .

تاسعا : ان الموصى يجب أن يكون أهلا للتبرع ، وأن يتوفر له
الرضا ولكن لا يشترط أن يكون مسلما . كما أن الموصى نه يجب ألا يكون
جهة معصية ولا مجهولا جهالة فاحشة لايمكن رفعها ، كما يجب ألا يكون
الموصى له قاتلا للموصى ، واذا كان الموصى له وارثا فتجب اجازة الوصية
من الورثة . أما الموصى به فيجب أن يكون مما يمكن توارثه وان كان مالا
فيجب أن يكون مقبوما ، كما يجب أن يكون الموصى به موجودا في ملك
الموصى وقت ابرام الوصية اذا كان عينا معينة بالذات والا فلا يشترط
ذلك .

عاشرا : بالنسبة الى شكل الوصية في القانون الجزائى ، فان
شكل الانعقاد غير مطلوب لأنها تصرف رضائى . أما شكل الاثبات ، فان
الشريعة الاسلامية لا تتنافى مبادئها مع الآخذ به ، كما أن القواعد
العامة في الاثبات في القانون المدنى تقتضيه اذا زادت قيمة التصرف على
ألف دينار . وقد قارنت ذلك بما عليه الحال في القانون المقارن والقانون
الدولى الخاص .

خاددى عشر : ان الوصية لا تنفذ لاسباب تتعلق بالموصى له
وأهمها :

1 — موته قبل موت الموصى في الوصية بالأعيان من جهة أو بالمنافع
من جهة أخرى . وكذلك اذا مات بعد موت الموصى وقبل ابتداء مدة
الانتفاع بصدد الوصايا بالمنافع .

2 — استحالة وجود الجهة الموصى لها .

3 - قتل الموصى له الموصى ورد الموصى له كل الوصية أو بعضها .
وكذلك لا تنفذ الوصية لأسباب تتعلق بالموصى به كهلاكه أو استحقاقه
لآخر غير الموصى . وكذلك لا تنفذ الوصية بسبب جنون الموصى جنونا
مطبقا وبسبب رجوع الموصى عن الوصية .

كما أن الوصية ينعدم أثرها في الفترة التي تسبق وفاة الموصى وهي
في هذه الحالة تكيف - كما توصلت الى ذلك - بأنها حق احتمالي وليست
حقا مشروطا لأسباب ذكرتها وفصلت النتائج الكثيرة والقيمة التي تبني
عليها .

ثاني عشر : ان للموصى حق العدول عن وصيته ، فله أن يتصرف
فيما أوصى به . ولذا فالمال الموصى به لا يخرج من ضمانه العام حتى
وفاته ، وليس للموصى له اتخاذ اجراءات التنفيذ الجبرى على أموال
الموصى قبل وفاته أو رفع الدعوى البولصية أو الدفع بالمقاصة بين حقه
الاحتمالي وبين حق دائن له ، واذا سلم الموصى الى الموصى له الشيء
الموصى به فله حق استرداده لأنه دفع غير المستحق ، كما أنه ليس
للموصى له اتخاذ أى اجراء تحفظي لليلة السابقة .

وأما تصرف الموصى له في المال قبل وفاة الموصى مصرا على الوصية
فلا يجوز ، لأنه تصرف في ملك الغير . وقد أصلت هذه المسألة ولم أجعل
من هذا التصرف تصرفا صحيحا وموقوفا كما يذهب الى ذلك الأحناف
والمالكية والحنابلة في إحدى الروايتين . كما أنى لم أكيفه بأنه باطل كما
يرى الشافعية في الجديد والحنابلة في رواية ثانية وشيعة الامامية والزيدية
والاباضة ومن شايهم من الفقهاء الوضعيين بمقولة استحالة المحل . كما
أنى لم أقبل القول بأن هذا التصرف يكون موقوفا على الاجازة فقط كما
قال به الدكتور شفيق شحاتة . ولم آخذ بنظرية الفسخ التي شايح فيها
الدكتور جميل الشرقاوى كولييه دى سانيتير وجودميه وغيرهما . بل قلت،

ان تصرف الموصى له في المال الموصى به قبل وفاة الموصى مصرا على وصيته تصرف قابل للإبطال •

ثالث عشر : وبعد أن تعرضت لمدى تطبيق القانون الجديد على حق الايصاء ، ذكرت أحكام الوصية الواجبة في القانون المصري وفي القانون المغربي ، وفصلت ذلك جاعلا غايتي الاشارة دائما في كل الفروض الى أن الوصية الواجبة سبب من أسباب كسب الملكية ، وفندت آراء الفقه التي قد يستشف منها انكاره للوصية الواجبة ، وانتهيت الى أن هذه الوصية مبررة تشريعيا ودينيا ولا بد للمشرع الجزائري من النص عليها والأخذ بها •

رابع عشر : وقد حددت مفهوم مرض الموت في الشريعة الاسلامية، وبينت موقف الورثة من الوصية طبقا لأحكام القانون المدني الجزائري ، وبينت حكم التعارض بين نصوص الاثبات ونصوص الوصية ، وبينت أن الورثة يعتبرون من الغير بصدد سريان التصرف الذي يصدر من مورثهم في مرض الموت ولكنهم لايعتبرون من الغير بالنسبة الى مسألة ثبوت تاريخ المحرر العرفي الذي يصدره مورثهم في مفهوم المادة 1/328 مدني جزائري ، ثم عرضت لأحكام التصرف لوأرث مع الاحتفاظ بالحياة وبالانتفاع بالعين مدى حياة الموصى فبينت شروط ذلك وخضوع المسألة لقواعد الاثبات ، ثم بحثت بحثا لم يسبق في قانوننا هو علاقة الشهر بالوصايا وتعرضت للمسألة في القانون المقارن •

وحللت نص المادة 793 مدني جزائري من حيث الحكم الذي أتى به وسببه ، ومن حيث نطاقه • وفي هذا الصدد ، تعرضت لنطاق التطبيق من حيث الموضوع وحصرته في حق الملكية والحقوق العينية الأخرى ، ثم نطاق التطبيق من حيث الأشخاص ، وخلصت الى أنه ما لم تتخذ اجراءات الشهر وكافة الاجراءات القانونية الأخرى فان الملكية أو الحقوق

العينية الأصلية الأخرى لا تنتقل لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة الى الغير . ثم ذكرت نطاق التطبيق من حيث التصرفات محل الشهر ، وأكملت البحث بنص المادة 16 من قانون اعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري وغيرها . ولقد ناديت بضرورة صدور نص يعلق انتقال الملكية الى الموصى له على اتخاذ اجراءات الشهر العقاري يكون نصه « مع عدم الاخلال بحق الموصى له في الشيء الموصى به أيا كان ، فان الملكية أو الحقوق العينية الأخرى لا يحتج بها لا بالنسبة الى ذوى الشأن ولا بالنسبة الى الغير الا اذا تم شهرها . ويكون للشهر في هذا الصدد أثر رجعى ابتداء من يوم نفاذها » .

وقد عرضت في النهاية لماهية تعدد الوصايا وحالاته ، وحددت معنى تراحم الوصايا وحكمه .

وأرجو في النهاية أن يكون هذا البحث قد أتى بالنتيجة المرجوة .

— انتهى بحمد الله وحسن عونه —

مراجع البحث مرتبة ترتيبا هجائيا

أولا : باللغة العربية :

ابن حزم الاندلسي (أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد)

1 — المحلى — الجزء التاسع — مصر 1350 هـ .

ابن عابدين (محمد أمين بن عبد العزيز)

2 — رد المحتار على الدر المختار — شرح تنوير الابصار الطبعة الثالثة — الجزء الخامس — القاهرة 1325 هـ .

المغنى (موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة)

3 — المغنى ومعه الشرح الكبير — الجزء السادس — بيروت 1972
الاستاذ الشيخ أحمد إبراهيم

4 — العقود والشروط والخيارات

(مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد — كلية الحقوق —
جامعة القاهرة — السنة الرابعة — العدد السادس —
نوفمبر 1954)

الكتور اسماعيل غانم

5 — النظرية العامة للالتزام — أحكام الالتزام الجزء الثانى —
القاهرة 1967 .

الحصرى : الاستاذ أحمد الحصرى

6 — التركات والوصايا فى الفقه الاسلامى — الاردن 1972 .

الدريوى (الشيخ أحمد بن محمد العدوى المالكى الازهرى المتوفى سنة
1201 هـ)

7 — الشرح الكبير على مختصر خليل الجزء الرابع — القاهرة —
بدون ذكر تاريخ الطبع مع حاشية الدسوقي على الشرح الكبير .

الزرقاء : الاستاذ مصطفى أحمد الزرقاء

8 — الفقه الاسلامى فى نوبه الجديد الجزء الثانى — 1968 .

الزرقانى

9 — شرح موطا الامام مالك الجزء الرابع — مطابع مصر — بدون
تاريخ .

السهنورى : الدكتور عبد الرزاق احمد السهنورى

10 — التصرف القانونى والواقعة القانونية (محاضرات القيت على طلاب الدكتوراه بحقوق القاهرة — سنة 1954/53) — مطبعة البرلمان — مصر .

11 — الوجيز فى شرح القانون المدنى المصرى نظرية الالتزام بوجه عام الجزء الاول — القاهرة 1966 .

12 — الوسيط فى شرح القانون المدنى المصرى نظرية الالتزام بوجه عام — مصادر الالتزام الجزء الاول — القاهرة 1964 .

13 — الوسيط فى شرح القانون المدنى المصرى نظرية الالتزام بوجه عام — الاوصاف — النحوالة — الانقضاء الجزء الثالث — القاهرة 1958 .

14 — الوسيط فى شرح القانون المدنى المصرى نظرية الالتزام بوجه عام — البيع والمقايضة الجزء الرابع — القاهرة 1960 .

15 — الوسيط فى شرح القانون المدنى المصرى نظرية الالتزام بوجه عام — اسباب كسب الملكية الجزء التاسع — القاهرة 1968 .

16 — مصادر الحق فى الفقه الاسلامى الجزء الاول — القاهرة 1967

السهنورى : الشيخ محمد احمد فرج السهنورى

17 — مذكرات فى الوصية الواجبة (محاضرات القاها على طلبة الدكتوراه — قسم القانون الخاص والشريعة الاسلامية — مطبوعة على الاستنسل — 1973) .

الشاذلى : الدكتور حسن الشاذلى

18 — النظريات العامة فى المعاملات فى الفقه الاسلامى (محاضرات القيت على طلبة الدراسات العليا بكلية الشريعة — قسم القانون المقارن — جامعة الازهر بمصر) — تاريخ الطبع غير مذكور .

الشرقاوى : الدكتور جميل الشرقاوى

19 — النظرية العامة للالتزام — مصادر الالتزام — القاهرة 1974 .

20 — نظرية بطلان التصرف القانونى (رسالة دكتوراه نوقشت بجامعة القاهرة سنة 1953) — القاهرة 1956 .

الشوكاتى (محمد بن على بن محمد)

21 — فيل الاوطار — شرح مفتى الاخبار من احاديث سيد الاخبار الجزء السادس — الطبعة الاولى — مصر 1357 هـ .

الطبرى (أبو جعفر محمد بن جرير الطبرى)

22 — جامع البيان عن تأويل آى القرآن — الجزء الثامن حققه
وعلق عليه : محمود محمد شاكر — مصر — تاريخ الطبع غير
مذكور .

المحصانى : الدكتور صبحى المحمصانى

23 — النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الإسلامية
الجزء الثانى — بيروت 1948 .

24 — محاضرات فى القانون المدنى اللبنانى — الاوصاف المعدلة
الاثار الالتزام طبع جامعة الدول العربية — 1958 .

الدكتور أنور سلطان

25 — الموجز فى مصادر الالتزام — الاسكندرية 1970 .

26 — النظرية العامة للالتزام — أحكام الالتزام الجزء الثانى —
الاسكندرية 1957 .

الدكتور بدران أبو العينين بدران

27 — الموارث والوصية والهبة فى الشريعة الإسلامية والقانون
الاسكندرية 1975 .

جواد : الأستاذ محمد جواد مغنية

28 — الوصايا والموارث على المذاهب الخمسة — بيروت — بدون
ذكر تاريخ الطبع .

29 — فكرة عامة عن تاريخ الفقه الإسلامى وبعض النظريات فيه
(مذكرات مطبوعة على الاستفسل — الاسكندرية عام 1970/69)

الدكتور حسن على الذنون

30 — شرح القانون المدنى العراقى أصول الالتزام — بغداد 1970

حسن فرج : الدكتور عبد الرازق حسن فرج

31 — نظرية العقد الموقوف فى الفقه الإسلامى دراسة مقارنة فى
القانون المدنى (رسالة دكتوراه نوقشت بجامعة القاهرة) —
طبع القاهرة 1969 .

الدكتور زكى الدين شعبان

32 — الشروط الشائعة فى المعاملات وأحكامها فى الشريعة

الإسلامية (مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد — العددان الثالث والرابع السنة الخامسة والعشرون) .

سلام : الأستاذ محمد سلام مذكور

33 — المدخل للفقهاء الإسلاميين الطبعة الرابعة — القاهرة 1969 .

سوار : الدكتور محمد وحيد الدين سوار

34 — شرح القانون المدني — نظرية الالتزام العامة محاضرات طبعت على الاستنسل لحقوق الجزائر علم 1971/70 .

الأستاذ سيد عبد الله حسين

35 — المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامى (دراسة مقارنة بين القانون الفرنسى والمذهب المالكي) الجزء الرابع — الطبعة الأولى — القاهرة 1949 .

شحاتة : الدكتور شفيق شحاتة

36 — النظرية العامة للتأمين العيني القاهرة 1951 .

شلبى : الأستاذ محمد مصطفى شلبى

37 — أحكام الوصايا والأوقاف الطبعة الثالثة — القاهرة 1967 .

38 — المدخل في التعريف بالفقهاء الإسلاميين بيروت 1969 .

الأستاذ عباس مقولى حمادة

39 — أصول الفقه — القاهرة 1966 .

الدكتور عبد الحى حجازى

40 — ضمان الهلاك في القانون المدني المصرى (مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد — السنة 15) .

الأستاذ عبد السلام بن سيدى محمد الهوارى

41 — شرح وثائق المفتى محمد بن حمدون التبانى — فاس 1949 .

عبد المنعم : الدكتور عبد المنعم البجراوى

42 — أصول القانون المدني المقارن — القاهرة 1973 .

43 — النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصرى الجزء الثانى — أحكام الالتزام — القاهرة — دون ذكر تاريخ الطبع .

44 — عقد البيع في القانون المدني — القاهرة 1961 .

45 — حق الملكية — الطبعة الثالثة — مصر 1967 .

الشيخ على الخفيف

46 — شهر العقار وتسجيل التصرف وموقف الشريعة من ذلك
(بحث في الفقه الإسلامى — منشور بمجموعة أعمال الحلقة
الدراسية) — القاهرة 1973 .

الدكتور على سليمان

47 — شرح القانون الدولى الخاص الجزائرى مطبوعات حقوق
جامعة الجزائر على الاستنسل فى العام الجامعى : 1976/75 .

48 — شرح القانون الدولى الخاص الليبى منشورات جامعة
بنغازى — ليبيا 1969 .

49 — نظرة عامة حول القانون المدنى الجزائرى (محاضرة عامة
ألقاها سيادته بوهراڤ) .

الشيخ عيسوى أحمد عيسوى

50 — نظرية التعسف فى استعمال الحق مقال منشور بمجلة العلوم
القانونية والاقتصادية — جامعة عين شمس — السنة الخامسة
— العدد الاول — يناير 1963 .

ليلى شنب : الدكتور محمد لبيب شنب والدكتور مجدى صبحى خليل

51 — شرح أحكام عقد البيع — القاهرة 1968 .

الدكتور محمد عبد الجواد محمد

52 — نظام التسجيل العقارى فى الجمهورية العربية الليبية (مقال
منشور بمجموعة أعمال الحلقة الدراسية لقوانين الشهر
العقارى فى البلاد العربية — القاهرة 1973) .

محمد : المستشار محمد عبد العزيز يوسف والاستاذ محمد كمال المرصفى

53 — بحث فى تشريعات البلاد العربية التى تتبع نظام الشهر
الشخصى (مقال منشور بمجموعة أعمال الحلقة الدراسية
لقوانين الشهر العقارى فى البلاد العربية — نشر معهد البحوث
والدراسات العربية سنة 1973) .

عبد المنعم : الدكتور محمد عبد المنعم بدر

54 — القانون الرومانى — القاهرة 1946 .

الدكتور محمد يوسف موسى

55 — الفقه الاسلامى (مدخل لدراسته — نظام الـ 11 — لـ 11 — لـ 11 —
الطبعة الثالثة — مصر 1958 .

56 — الاموال نظرية العقد فى الفقه الاسلامى — القاهرة 1952 .

الدكتور محمود جمال الدين زكى

57 — دروس فى النظرية العامة للالتزام — القاهرة 1965/64

مرسى : الدكتور محمد كامل مرسى

58 — الالتزامات — الجزء الاول — 1954 .

مرقس : الدكتور سليمان مرقس

59 — العقود المسماة — الجزء الاول — عقد البيع — القاهرة 1968

الدكتور مصطفى زيد

60 — النسخ فى القرآن الكريم (رسالة دكتوراه من كلية دار العلوم
— جامعة القاهرة — 1965 .

نانيا : المراجع المترجمة الى اللغة العربية :

1 — المدخل للنظام القضائى فى الولايات المتحدة الامريكية ترجمة :
الدكتور محمد لبيب شنب — القاهرة 1970 .

رينيه دافيد

2 — دروس فى القانون العام الانجليزى « Common law »
محاضرات القاها على طلبة الدكتوراه بحقوق القاهرة 1972
ترجمها : الدكتور محمد عبد الخالق عمر — مطبوعة على
الاستنسل .

التصوص القانونية :

1 — القانون المدنى الجزائرى — امر رقم 75 — 58 مؤرخ فى 26
سبتمبر 1975 — منشور بالجريدة الرسمية — السنة 12 —
العدد 78 — الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975 .

2 — قانون التوثيق — مؤرخ فى 15 ديسمبر 1970 — منشور
بالجريدة الرسمية — السنة 7 — العدد 107 الصادر بتاريخ
25 ديسمبر 1970 .

- 3 — قانون اعداد مسح الاراضى العام وتسجيل السجل العقارى الصادر فى 12 نوفمبر 1975 — منشور بالجريدة الرسمية — السنة 12 — العدد 92 — الصادر بتاريخ 18 نوفمبر 1975 .
- 4 — قانون السجل العقارى — الصادر فى 25 مارس 1976 — المنشور بالجريدة الرسمية — السنة 13 — العدد 30 الصادر فى : 13 أبريل 1976 .

5 — مجموعة القانون المدنى المصرى الجديد .

6 — قانون الوصية المصرى .

7 — مدونة الاحوال الشخصية السورية .

8 — مدونة الاحوال الشخصية المغربية .

ثالثاً : المراجع الفرنسية :

Hébreux (Pierre) :

1 - Dalloz encyclopédie juridique 1951 (condition).

Laurent (F) :

2 - Principes de droit français - Tome 17 - 2ème édition
Bruxelles 1876.

Verdier (Jean Maurice) :

3 - Les droits éventuels

Contribution à l'étude de la formation successive des
droits - Paris 1955.

صفحة

5	مقدمة
9	خطة البحث
15	فصل تمهيدى فى الوصية واسباب كسب الملكية
15	المبحث الاول — فكرة عن اسباب كسب الملكية
15	أولا — الفكرة فى الفقه
20	ثانيا — الفكرة من الفاحية التشريعية
20	1 — الفكرة فى القانون المصرى
22	2 — الفكرة فى القانون المدنى الجزائى
23	المبحث الثانى : مكانة الوصية من أسباب كسب الملكية
27	القسم الاول — فكرة الوصية
29	الباب الاول — ماهية الوصية
29	الفصل الاول — تعريف الوصية
30	المبحث الاول — تعريف الوصية الشرعية
37	المبحث الثانى : ما يلحق بالوصية
38	المطلب الاول — تعريف تصرفات المريض مرض الموت
41	المطلب الثانى — معنى التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحياة
45	المبحث الثالث : الوصية الواجبة
49	الفصل الثانى — الاثر الذى يترتب على بيان ماهية الوصية
49	المبحث الاول — تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية
49	المطلب الاول — المقصود بأحكام الشريعة الاسلامية
53	المطلب الثانى — حرية الوصى فى التصرف فى ثلث ماله

54	المطلب الثالث — موقف الورثة من الوصية طبقا للشريعة الإسلامية
56	المبحث الثانى — أوصاف الوصية
56	المطلب الاول — الوصية وشروط التعليق
60	المطلب الثانى — الوصية وشروط التقيد
63	الباب الثانى — ركن الوصية وشروطها
64	الفصل الاول — ركن الوصية
64	المبحث الاول — الصيغة
67	المبحث الثانى — قيمة القبول
69	الفصل الثانى — شروط الصحة
69	المبحث الاول — الموصى
72	المبحث الثانى — الموصى له
74	المبحث الثالث — الموصى به
	المبحث الرابع — شكل الوصية طبقا للقانون المدنى الجزائرى
75	والقوانين العربية الاخرى
89	القسم الثانى — أحكام الوصية
91	الباب الاول — أحكام الوصية الشرعية
91	الفصل الاول — علاقة الموصى بالموصى له
92	المبحث الاول — نفاذ الوصية
94	المبحث الثانى — انعدام اثر الوصية
97	الفصل الثانى — علاقة الموصى والموصى له بالمال الموصى به
97	المبحث الاول — حكم تصرف الموصى فى المال
100	المبحث الثانى — حكم تصرف الموصى له فى المال
108	المبحث الثالث — مدى تطبيق القانون الجديد على حق الايصاد
113	الفصل الثالث — أحكام الوصية الواجبة
113	المبحث الاول — التشريع المصرى والوصية الواجبة

121	المبحث الثانى — هل يساند الفقه الإسلامى التشريع المصرى ؟
125	المبحث الثالث — الرأى الخاص فى الوصية الواجبة
129	الباب الثانى — أحكام التصرفات الملحقه بالوصية
129	افصل الاول — حماية الوارث من التصرفات الملحقه بالوصية
129	المبحث الاول — حكم تصرفات المريض مرض الموت
130	المطلب الاول — ما هو مرض الموت فى الشريعة الإسلامية
133	المطلب الثانى — موقف الورثة من الوصية طبقا لاحكام القانون الجزائرى
138	المطلب الثالث — التطرف بين نصوص الاثبات والوصية
143	المبحث الثانى — حكم التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحياة
143	المطلب الاول — ماهية المشكلة فى التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحياة
145	المطلب الثانى — خضوع المسألة لقواعد الاثبات
146	الفصل الثانى — علاقة الشهر بالوصايا
147	المبحث الاول — علاقة الشهر بالوصايا فى القانون الجزائرى
153	المبحث الثانى — علاقة الشهر بالوصايا فى القانون المقارن
161	الباب الثالث — تنفيذ الوصايا وتزاحمها
161	الفصل الاول — تنفيذ الوصايا
161	المبحث الاول — ماهية تنفيذ الوصايا
163	المبحث الثانى — حالات تنفيذ الوصايا
166	الفصل الاول — تزاحم الوصايا
166	المبحث الاول — ماهية تزاحم الوصايا
168	المبحث الثانى — حكم تزاحم الوصايا
173	خاتمة البحث —
179	مراجع البحث —
187	الفهرس