ثانيا: الوصية

نصت أغلب القوانين العربية و منها القانون الجزائري على أحكام الوصية في قانون الاسرة الجزائري ، كمجلة الأحوال الشخصية التونسية و مدونة الأحوال الشخصية المغربية، وقانون الأحوال الشخصية السوري، في حين خصها القانون المصري بقانون خاص هو قانون الوصية رقم **71** :**لسنة 1946.**

وقد نظم المشرع الوصية في قانون الاسرة الجزائري في الفصل الأول من الكتاب الرابع المتعلق" **بالتبرعات"**

في مواده من المادة **184** :إلى **201** و عرفها بأنها **" :تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع."**

و نص القانون المدني الجزائري على أن الوصية سبب من أسباب كسب الملكية، وذلك من خلال الفصل الثاني من الكتاب الثالث في مواده **775** :إلى **777** و أحال على قانون الأسرة باعتباره النص الخاص.

هذا التعريف الوارد في قانون الأسرة جاء جامع مانع يشمل كل شيء يوصي به الشخص بعد وفاته، أي كل صور الوصية التي يقرها القانون.

وللإحاطة بموضوع الوصية كنموذج عن التصرفات التبرعية التي نظمها المشرع الجزائري لابد من محاولة ابراز ماهيتها، إنعقادها ثم أثارها القانونية.

أولا: ماهية الوصية.

1/ تعريف الوصية.

تتعد التعاريف الفقهية التي أطلقت على مصطلح الوصية، غير أنها تكاد تجمع أن المقصود به أنها:" تمليك مضاف إلى ما بعد الموت عن طريق التبرع" و هو نفس التعريف الذي تبناه المشرع الجزائري في المادة 184 ق أسرة سالفة الذكر.

ويعد هذا التعريف الفقهي و القانوني جامعا مانعا لجميع أنواع الوصايا سواء كانت مندوبة أو واجبة، بالمال أو بالمنافع و غيرها، فالتمليك يشمل كل ذلك، كالوصية بالأعيان منقولات كانت أو عقارات، الوصية بالمنفعة بتلك الأعيان جميع أنواع الوصايا بالمال أو بغيره، و يستثنى من ذلك – كما ذهب إليه بعض الفقهاء- الوصية على الأولاد الصغار بعد الوفاة، بإعتبار أنها مسألة تختص بها أحكام الولاية على المال (م 87 وما بعدها ق أسرة).

كما أن عبارة "مضاف إلى ما بعد الموت" ترسم الحدود بين الهبة و الوصية باعتبارهما من التصرفات التبرعية فتخص الأولى التبرعات حال الحياة، بينما تشمل الثانية التبرعات المضافة إلى ما بعد الوفاة.

*تشبه الوصية الميراث من حيث أن سبب انتقال الملكية في كلاهما واحد هو انتقال الأموال عن طريق الخلافة، و أنه بعد وفاة الموصي المورث ينتقل الملك فيهما بغير عوض للوارث و الموصى له، كما أن القتل مانع شرعي و قانوني من موانع الميراث (م135 ق أسرة) ومانع من موانع الوصية كذلك (م 188 ق أسرة).

* غير أن الوصية تختلف عن الميراث في كون الملكية تنتقل بالميراث إلى الوارث بشكل إجباري لأن الميراث من النظام العام، أما في الوصية فتنتقل الملكية فيها بشكل اختياري وبإرادة الموصي و تصرفه التام في حدود ثلث ماله (المواد 180/184،3إلى 186، 190 ق أسرة)، و للموصى له مطلق الحرية في قبول الوصية أو ردها، كما أن اختلاف الدين إن كان مانعا من موانع الميراث (128، 138 ق أسرة)، فإن ذلك غير مشترط في الوصية (م200ق أسرة).

2/ أنواع الوصايا:

تتعدد أنواع الوصايا و أقسامها، وتنقسم بالنظر إلى أحكامها إلى خمسة أقسام شائعة نذكرها فيما يلي:

أ/ الوصية الواجبة: تتمثل في الإيصاء بما يشغل ذمة الموصي من حقوق وواجبات سواء تجاه الله كالزكاة و الكفارات و النذور، أو تجاه العباد كأداء الديون ورد الودائع، و من أمثلتها في قانون الأسرة الجزائري التنزيل (م169-172 ق أسرة) .

ب/ الوصية المحرمة: تأخذ الوصية هذا الحكم إذا صدرت إضرارا بالورثة، **لقوله صل الله عليه و سلم: ((الإضرار في الوصية من الكبائر))**، و تكون محرمة كذلك إذا كانت في معصية.

جـ/ الوصية المندوبة: تأخذ هذا الحكم متى كانت في وجه من أوجه الخير عامة.

د/ الوصية المباحة: هي الوصية لغير المحتاج المستقيم التي لا يقصد بها معصية فعلها و تركها سواء لاثواب و لا عقاب عليهما.

ه/ الوصية المكروهة: هي الوصية بما كره الشارع الحكيم كالوصي لفاسق، أو وصية صاحب المال القليل الذي له ورثة كثيرون محتاجون، لقوله صل اله عليه و سلم:**((إنك إن تدع ورثتك أغنياء خيرا من أن تدعهم عالة يتكففون الناس)).**

ثانيا: إنعقاد الوصية.

لإنعقاد الوصية صحيحة مستوفية أركانها و شروط صحتها لا بد أن تستجمع جملة من الشروط منها ما يتعلق بطرفي الوصية الموصي و الوصى له، ومنها ما يتعلق بمحل الوصية الموصي به، وبعض الشروط الشكلية التي يتطلبها القانون في بعض الأحوال وسنفصل ذلك فيما يلي:

1/ الشروط المتعلقة بالموصي:

يشترط في الموصي أن يكون متمتعا بأهلية التبرع، أي كامل الأهلية بالغا سن الرشد (م40 ق م ج، م 186 ق أسرة)، ويشترط أيضا أن يكون سليم العقل (م 186ق أسرة)، غير أن المشرع الجزائري في هذه المادة لم يفرق بين وصية المجنون و المعتوه و لا السفيه و لا ذي الغفلة ولا الصبي المميز مما يستوجب بحثها في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية (م 222ق أسرة)، كما يشترط في الموصي أن تكون إرادته سليمة خالية من كل العيوب (م79 ق م ج وما بعدها).

2/ الشروط المتعلقة بالموصى له:

يشترط في الموصى له أن يكون موجودا، معلوما، أهلا للتملك و الإستحقاق، وأن لا يكون جهة معصية ولا قاتلا للموصي و لا وارثا له.

أ/ وجود الموصى له: يختلف الأمر هنا في حالة ما إذا كان الموصى له معينا أو غير معين ، فإذا كان معينا فنشرط وجوده وقت الوصية، أي إنشاءها و من ثمة يجب أن يكون هذا – الموصى له – حيا حقيقة أو تقديرا وقت الوصية، و مثل الحياة التقديرية أن يكون الموصي له جنينا، أو شخصا اعتباريا يحق له قبول التبرعات.

أما إذا كان غير معين كالفقراء و الأيتام مثلا، دون تعيين آخر فلا يشترط وجوده عند الوصية بإجماع الفقهاء المسلمين.

لقد تناول المشرع الجزائري مسألة الوصية للحمل المعين، مشترطا ضرورة إثبات وجود الحمل الموصى له وقت إنشاء الوصية وذلك من خلال المادة 187 ق أسرة بقولها:**" تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا، وإذا ولد توأم يستحقونها بالتساوي و إن إختلف الجنس"**، و يوافق هذا الحكم ما قرره المشرع الجزائري في المادة 134 ق أسرة بنصها على أنه**: " لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا، و يعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة"** ، و الحكمان المتقدمان ينسجمان مع المبدأ العام المقرر في المادة 25 /02ق مدني التي تقضي بأنه: **" ...على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يقررها القانون بشرط أن يولد حيا".**

كما تجدر الإشارة إلى ضرورة وجود الموصى له وقت وفاة الموصي ذلك انه اذا مات الموصى له قبل موت الموصي تبطل الوصية (م 201 ق أسرة).

ب/ أن يكون الموصى له معلوما: يقصد بذلك معرفة الموصى له، بالتعيين أو الوصف و إن لا يكون مجهولا جهالة فاحشة لا يمكن استدراكها أو إزالتها، ذلك انه إذا لم يعرف الموصى له وبقي مجهولا بصورة مطلقة بطلت الوصية، وهذا ما قرره جمهور الفقهاء، وهو ما يمكن من تنفيذها بتسليم الموصى به إلى الموصى له، ذلك أن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت و لا تلزم إلى بقبول الموصى له (م 184، 197 ق أسرة)، الأمر الذي يستلزم أن يكون الموصى له معلوما في ذلك الوقت حتى يقع الملك له و يمكن تسليم الموصى به له.

جـ/ أن يكون الموصى له أهلا للتملك: أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على ضرورة أن يكون الموصى له أهلا للتملك، فلا تصح الوصية للحيوان مثلا، غير أن المشرع الجزائري لم يتعرض لهذا الشرط، وإن كان مانص عليه من اشتراط وجود الموصى له المعين وقت الوصية (187 وما بعدها ق أسرة)، تقضي ببطلانها للميت (م 201 ق أسرة).

د/ أن لا تكون الموصى له جهة معصية: فالوصية لجهة معصية محرمة شرعا و مخالفة للنظام العام و الآداب العامة قانونا، باطلة شرعا لأن العبرة في العقود بالمقاصد، فيجب أن لا تكون مخالفة لمقاصد الشريعة فلا يكون الباعث عليها محظورا شرعا، وهو نفس موقف المشرع الجزائري، فإذا كان إلتزام الموصي لسبب غير مشروع أو مخالف للنظام العام و الأداب كانت الوصية باطلة (م 97و98 ق مدني).

ه/ أن لا يكون الموصى له قاتلا للموصي: أخذ المشرع الجزائري في المادة 188 ق أسرة بما استقر عليه فقه المذهب المالكي فقرر أنه:**" لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا"** وهو ما يتوافق مع الأحكام المقررة في الميراث في هذه الحالة (م 135 ق أسرة).

و/ أن لا يكون الموصى له وارثا للموصي: أقر المشرع الجزائري مبدأ عام من خلا المادة 187 ق أسرة مفاده أن لا وصية لوارث، وسمح به إستثناء إذا أجازها ورثة الموصي بعد وفاته.

3/ الشروط المتعلقة بالموصى به (محل الوصية):

الموصى به هو محل الوصية التي يظهر حكمها فيه، اشترط الفقهاء فيه شروطا لصحة الوصية و أخرى لنفاذها، وتفصيل ذلك فيما يلي:

أ/ شروط الصحة:

1- ان يكون الموصى به مما يجري فيه الارث أو يصلح ان يكون محلا للتعاقد حال حياة الموصى :

لا خلاف بين الفقهاء في ان كل ما يصلح أن يكون تركة يصلح ان يكون محلا للإيصاء كالأموال و الحقوق التي تتعلق بأعيان الأموال، و يدخل في ذلك الأموال النقدية و العينية كالعقارات وحق الارتفاق و نحوه كالمحلات التجارية و المنقولات و الديون التي في ذمه الغير ، وهذا ما أقره المشرع الجزائري في المادة 190 ق أسرة:" **للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها و التي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة"** ، ويقصد بالأموال في هذه المادة كل الأموال القابلة للتمليك والتي تكون مما يجري فيه الإرث و يكون محلا للتعاقد.

كما أجاز المشرع الوصية بالمنفعة لمدة محددة او غير محددة، غير أن الوصية بمنفعة لمدة غير محددة ينتهي بوفاة الموصى له (م 196 ق أسرة).

2- **أن يكون الموصى به متقوما بالمال و قابلا للتمليك:**

الوصية تمليك وما لا يقبل التمليك لا يصح الإيصاء به، وعلى ذلك تصح الوصية بكل ما يمكن أن يقوم بالمال، ومما يجوز تملكه بعقد من العقود كالبيع و الهبة والإيجار و سائر الحقوق المالية، و ما لا يقبل التمليك لا تصح به الوصية كالوظائف العامة و الأموال العمومية و سائر الحقوق اللصيقة بالشخصية .

3- **أن يكون الموصى به موجودا عند الوصية:**

إذا كان الموصى به معينا بالذات يشترط شرعا و قانونا أن يكون موجودا في ملك الموصي وقت إنشاء الوصية، فلا تصح الوصية بملك الغير، وهو ما أكده المشرع الجزائري من خلال نص المادة 190 ق أسرة بقولها: **" للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها و التي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة"**، و المقصود هنا هي الأشياء المعينة بالذات، ذلك أنه إذا تعلقت الوصية بجزء شائع من مال الموصي فيشترط وجوده عند وفاة الموصي.

ب/ شروط النفاذ: لنفاذ الوصية يجب أن يتوفر في محل الوصية شرطين يتمثلان في ما يلي:

1- أن لا يكون الموصى به مستغرقا بالدين:

لنفاذ الوصية لابد أن لا يكون الموصى به مستغرقا بالدين، أي أن لا يكون الموصي مدينا بدين مستغرق لجميع امواله، أي أن لا تكون ديونه تتجاوز قيمتها ما يملك، ذلك أن الديون الثابتة في ذمة الموصي مقدمة في التعلق بالتركة على كل حق بعد مصاريف التجهيز و الدفن بالقدر المشروع (م 180 ق أسرة)، هذه القاعدة العامة يرد عليها استثناءان من الناحية القانونية تصح معهما الوصية و تكون نافذة يتمثلان في:

* إبراء الدائنين للمدين الموصي و إسقاط ديونهم.

* إذا أجاز الدائنون إنفاذ الوصية قبل الدين جازت الوصية أيضا و نفذت.

2- أن لا يزيد الموصى به عن الثلث:

يشترط لنفاذ الوصية ألا يزيد الموصى به عن ثلث التركة ، و هذا باجماع الفقهاء المسلمين ، عملا بالحديث النبوي الشريف الذي رواه أصحاب السنن **عن " سعد بن أبي وقاص " أنه كان مريضا فعاده رسول الله صل الله عليه وسلم فقال : " يا رسول الله أوصي بجميع مالي ؟ فقال : لا ، فقال ، فبثلثي مالي ، قال : لا : قال : فبنصف مالي ؟ قال : لا ، قال: فبثلث مالي ، فقال : عليه الصلاة والسلام : الثلث و الثلث كثير ، انك ان تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم فقراء يتكففون الناس" .**

اذا كانت الوصية بأكثر من الثلث توقف نفاذ الزيادة على اجازة الورثة فان أجازه البعض و رفض البعض نفذت في حق من أجاز ولا تنفذ في حق من لم يجز ها.

وقد أكد قانون الأسرة الجزائري على هذا الشرط في المادة: 185 التي نصت**: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة و ما زاد عن الثلث توقف على إجازة الورثة."**، هذا في فرض وجود ورثة للموصي أما في حالة انعدامهم فلم ينص المشرع الجزائري على هذه الحالة، وبذلك لا مناص من الرجوع إلى احكام الشريعة الإسلامية في هذه المسألة، و الراجح لدى فقهاء المذهب المالكي أن الزيادة عن الثلث في هذه الحالة باطلة و تكون من حق الخزينة العمومية..

*أما عن وقت تقدير الثلث المسموح به شرعا فهو وقت القسمة وقبض كل من الورثة و الموصى لهم حقوقهم، لأنه الوقت الذي تنفذ فيه الوصايا و يستقر فيه مال التركة بعد سداد ديون العباد و حقوقهم، وقد نص المشرع الجزائري في المادة 185 ق أسرة على أن : **"تمون الوصية في حدود ثلث التركة"** و تشمل التركة بهذا المعنى الأموال الخاصة بالوصايا و المواريث بعد مصاريف الدفن و سداد الديون الثابتة في ذمة المتوفى، وعليه فإن الزيادة أو النقصان في العين الموصى بها بعد موت الموصي و قبل القسمة هي ملك للموصى له.