جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية –
كلية الحقوق والعلوم السّياسية
قسم القانون الخاص

عنوان المذكرة:

# الأحكام المتعلقة بإنشاء الوصية الاختيارية بين الفقه الإسلامي و القانون (قانون الأسرة الجزائري و بعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية)

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون

تخصص: القانون الخاص الشامل

من إعداد الطالبتين: تحت إشراف الأستاذ:

* إفيس سارة * د. تريكي فريد

* عبدلي فريدة

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذة: دفوس هند ..... رئيسة

الأستاذ : د. تريكي فريد..... مشرفا ومقررا

الأستاذة: بن مداخن ليلى ..... ممتحنة

السنة الجامعية:2016-2017

بسم الله الرحمن الرحيم
١٤٢٠

كُتِبَ عَلَيۡكُمۡ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ
ٱلۡمَوۡتُ إِن تَرَكَ خَيۡرًا ٱلۡوَصِيَّةُ لِلۡوَٰلِدَيۡنِ وَٱلۡأَقۡرَبِينَ
بِٱلۡمَعۡرُوفِۖ حَقًّا عَلَى ٱلۡمُتَّقِينَ ١٨٠

سورة البقرة ٢ : ١٨٠

***شكر وتقدير***

## بسم الله والصلاة والسلام على رسول الله

الحمد لله أولاً وآخرًا الذي هدانا لهذا وما كنّا لنهتدي لو لا أنّ هدانا الله.

والحمد لله والشكر لله تعالى على نعمه وكمال فضله، الحمد لله الذي ساعدنا على إتمام هذا البحث وأخرجه إلى حيز الوجود على أحسن حال فالفضل وكل الفضل لله سبحانه وتعالى الذي أنعم علينا بالقوة والعزيمة والصبر والصحة إلى غاية إتمام عملنا هذا.

يطيب لنا بعد شكر الله عزّ وجلّ أن نتقدم بجزيل الشكر والعرفان لأستاذنا المشرف الدكتور تريكي فريد على الجهود التي بذلها، وعلى نصائحه وتوجيهاته القيّمة التي طالما كانت مصدر ثقتنا، فجزاه الله خيرًا وجعل جهوده كلّها في ميزان حسناته يوم لا ينفع مال ولا بنون إلاّ من أتى الله بقلب سليم.

كما نتقدم بالشكر الجزيل لكل من ساعدنا في إنجاز هذه المذكرة، ونخص بالذكر المحامية بوعناني نصيرة، وكذا الأخوات: نعيمة، نصيرة، مليكة.

كما نتقدم بفائق الإحترام والتقدير لجميع أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية، وبالأخص الأستاذة إقروفة زوبيدة، والأستاذ لفقيري عبد الله، والأستاذ سلماني فوضيل جزاهم الله حسنًا.

ونشكر كل من علمنا حرفا واحدا عرفانا وتقديرًا.

**شكرًا جزيلاً**

# الإهداء

أهدي هذا البحث العلمي إلى من قال فيهم المولى تبارك وتعالى

بعد بسم الله الرحمان الرحيم:

﴿ وَوَصَّيْنَا ٱلْإِنسَٰنَ بِوَٰلِدَيْهِ حُسْنًا ۖ وَإِن جَٰهَدَاكَ لِتُشْرِكَ بِى مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَآ ۚ إِلَىَّ مَرْجِعُكُمْ فَأُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ ﴿٨﴾ ﴾ سورة العنكبوت- 08-

والدي الغاليين اللذين طالما سهرا على دعمي

وإلى أخواي اللذان طالما كانا يدّ عونٍ لي

وأختاي اللتان كانتا ولزالتا مصدر إرشادي

وإلى كل أفراد عائلتي من جهة الأب ومن جهة الأم .

إلى زميلتي التي شاركتني إنجاز هذا العمل فريدة

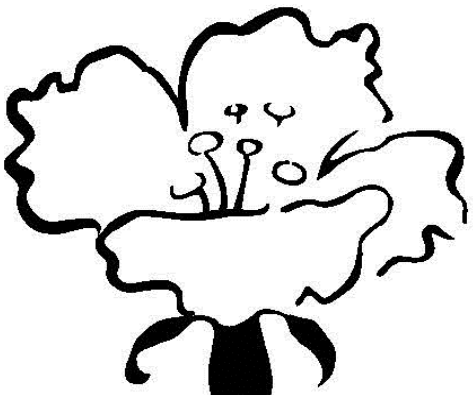
إلى كل من ساهم في تقديم المساعدة لاستكمال هذه المذكرة

أساتذة كانوا أو عمال، وأي كانوا في جامعة عبد رحمان ميرة أو غيرها من الجامعات التي إنتقلنا إليها

كما أهدي هذا العمل الأكاديمي لطلبة العلوم على وجه التخصيص

لزملائي وأصدقائي دون ذكر أسمائهم.

- سارة-



# الإهداء

إلى معلّم الإنسانية وسيّد الخلق محمد عليه الصلاة والسلام.

إلى من قال فيهما الله عزّ وجل بعد بسم الله الرحمان الرحيم:

﴿وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا﴾،

سورة الإسراء الآية "24"

إلى من سهرت الليالي لتربيتي

إلى منبع العطف و الحب والحنان

إلى من أكرمها الله فجعل الجنّة تحت قدميها

أمي حبيبتي

إلى رمز عزتي وكرامتي وفخري

إلى من علّمني أن الحياة جدّ وعمل أبي عزيزي

إلى أختاي حبيباتي سميرة والكتكوتة أمينة.

إلى أخي الوحيد سعيد أتمنى له النجاح في شهادة البكالوريا

إلى مصدر فرحي زوجي الغالي خليل و إلى كل عائلته.

إلى من كانت دعواتهم لي تشجيعا جدي وجدتي حفظهما الله.

إلى كل من شاركت معهن لحظات التعب والفرح زميلاتي في كلية الحقوق،

إلى من تقاسمت معي مشقة إعداد هذه المذكرة زميلتي المخلصة سارة .

إلى كل من يسعهم قلبي ولم يذكرهم قلمي .

إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة جهدي .

- فريدة-

# قائمة المختصرات

**ج:** الجزء.

**ج.ر:** الجريدة الرسمية.

**ج.ر.ج.ج** : الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

**د.ب.ن:** دون بلد النشر.

**د.د.ن:** دون دار النشر.

**د.س.ن:** دون سنة النشر.

**ص.** : صفحة.

**ص. ص.** : من الصفحة إلى الصفحة.

**ط** : الطبعة.

**ق.أ.ج** : قانون الأسرة الجزائري.

**ق.م.ج** : قانون المدني الجزائري.

**ق.و.م:** قانون الوصيّة المصري.

**م.أ.م** : مدونة الأسرة المغربية.

# مقدمة

بني العالم البشري على علاقة إنسان بإنسان، وكذا على صلة هذا الأخير بالمال، هذه الرابطة التي نشأت منذ وجود الإنسان ليسد إحتياجاته: كالمأكل والمشرب والملبس، إلاّ أنّ هذا الأخير محب للتملك بطبعه دون أن يكتفي ويرضى بما لديه، وبفضل ما سخر له الخالق من عقل وملكات ذهنية وذكاء، إستطاع أن يُوجد بين يديه كلّ السبل للحصول على هذه الأموال بمختلف أنواعها (نقدا، منقولا وعقارًا)، وبمرور الزمن تطورت هذه العلاقة لدرجة أنّها لم تعد تنتهي بوفاة المالك؛ فكما له الحق في التصرف فيما يملك في ظلّ حياته بالبيع والإيجار والعطية، له أن ينقلها لغيره بعد موته بطريق الوصيّة.

وتعتبر الوصيّة نظامًا ضاربًا في القدم، إذ عرفت عند اليونان والرومان والبابليين والفراعنة وعرب الجاهلية، إلاّ أنّها كانت تقوم على معالم أقرب إلى الجور والظلم وبعيدة كلّ البعد عن مبادئ الإنصاف والعدالة، فقد كان العرب في جاهليتهم يوصون للأباعد الذين لا تربطهم بهم صلة دم ولا قرابة تاركين أقاربهم وأبناءهم من صلبهم وإخوانهم من دمهم وزوجاتهم معوزين مساكين يشتكون الفقر والبأس، لأنّ غرضهم من هذا النظام هو الافتخار والتباهي، ونيل المدح والثناء على كرمهم المزيف[1].

غير أنّ الوضع لم يظل على حاله، بعد مجيء الإسلام الذي قضى على الفوضى والمفاسد والمظالم وكرّس أسمى القيم ومعاني العدالة والرحمة، إذ جعل في بداية الأمر الوصيّة للوالدين والأقربين لقول الله تعالى:﴿ **كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ**﴾[2]، وبعد نزول آيات الميراث التي حددت الورثة ومنحت لكلّ ذي حق حقه؛ نسخت هذه الآية فأصبحت الوصيّة عبادة مستحبة يتقرب بها الإنسان من

[1]– خالد بن علي بن محمد المشيقح، الجامع لأحكام الوقف والهبات والوصايا، ج6، وزارة الأوقاف الشؤون الإسلامية، قطر، 2013، ص.77.

[2]– سورة البقرة ، الآية 180.

خالقه ليكون عملاً صالحًا يرفع به ميزان حسناته لقول سيدنا محمد ﷺ: «**إنّ الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في أعمالكم، فضعوها حيث شئتم**» [1].

ومن فضل الله جل وعلا، أن لم يترك هذا الحق مطلقًا، إذ أحكم تنظيم شروطه وتحديد مستحقيه فلا وصيّة لوارث وقيّد مقداره الذي لا يمكن أن يتجاوز الثلث فيقول رسول الله ﷺ «...**الثلث، والثلث كثير**» [2].

وإستناد إلى ما جاء في القرآن الكريم وسنّة سيدنا محمد ﷺ إهتم أئمة الفقه الإسلامي بالوصيّة، إذ عمدوا أولا إلى تعريفها، فكثرت وتعددت هذه التعريفات، إلاّ أنّها تعبّر كلها عن الوصيّة " **كتمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع**" مثلما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 184 من قانون الأسرة [3].

ويلاحظ من هذا التعريف أنّه يتلاءم ومفهوم الوصيّة الإختيارية التي ينشئها الإنسان مخيّرًا لا مجبرًا، والتي قد تكون مستحبة إذا كانت للتقرب من الله عزّ وجل وليس فيها إضرار بالورثة، ويمكن أن تكون مباحة فلا تتعلق بطاعة ولا بمعصيّة ولا بثواب، ولكن قد تكون مكروهة إذا كان فيها إضرار بالورثة، لأنّ الوصيّة ليست للإضرار، إذ يقول الله تعالى:﴿ **مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ**﴾[4].

والوصيّة علاوة على أنّها وجه من أوجه الإنفاق لوجه الله تعالى تعتبر بابًا من أبواب التكافل الإجتماعي والإقتصادي شأن الوقف والزكاة، وهذه الأهمية التي أثارت إهتمام التشريعات والقوانين في الدول العربية التي عمدت إلى تقنين أحكامها هي ذاتها الأهمية التي دفعت بنا لإختيار هذا الموضوع خاصة لما له من إرتباط وثيق بعلم الميراث من جهة. وإمكانية تأثيره على

---

[1]– عبد الله القزويني، سنن إبن ماجة، باب الوصية بالثلث، دار المعارف، الرياض، د.س.ن، حديث رقم2709، ص.406

[2]– أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ج3، كتاب الوصايا، دار الهدى، الجزائر، د.س.ن، حديث رقم2591، ص.1006.

[3]–الأمر رقم 84–11، مؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج.ر.ج.ج، عدد 24، الصادرة في 12 يونيو 1984.

[4]– سورة النساء "الآية 12".

حقوق الورثة من جهة أخرى. لذا نرى أنّ دراسة هذا الموضوع أمر مهم لكل معلم ومتعلم من أجل الإبقاء على التعاليم والأسس التي بلغنا الإسلام بها وعلمنا إياها القرآن الكريم، خاصة وأنّ هذا الموضوع في طريق الزوال من الناحية العملية بالرغم من الفوائد الدينية والدنيوية لهذا التصرف.

ومن أجل هذه الأسباب إرتأينا لدراسة جزء بسيط في هذا الموضوع والمتمثل في الأحكام المتعلقة بإنشاء الوصيّة الإختيارية من خلال الإشكالية التالية: **فيما تتمثل الأحكام المتعلّقة بإنشاء الوصيّة الإختيارية؟ وما هي تطبيقاتها في قانون الأسرة الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية؟**

للإجابة على هذه الإشكالية إعتمدنا المنهج المقارن أساسا بإعتباره أنسب منهج لِاستعراض آراء الفقهاء وموقف بعض القانون في نفس الوقت، كما دعمناه بتحليل بعض المواد لإظهار حقيقة الوصيّة الإختيارية ويزيل الغموض الذي يكتنف طبيعتها القانونية، من خلال تقسيم هذا البحث إلى فصلين، فنتطرق في(الفصل الأول) إلى الأحكام العامة في إنشاء الوصيّة وفي (فصل ثاني) للأحكام الخاصة.

# الفصل الأول

## الأحكام المتعلقة في إنشاء الوصيّة الاختيارية

إرتأينا إلى عنونة هذا الفصل بالأحكام العامة في إنشاء الوصية الإختيارية لأنّ ما سنعرضه عبارة عن قواعد عامة في تكوين الوصية دون أن تخص موصي أو موصى به، أو موصى له على وجه التحديد .

وعلى إعتبار أنّ إنشاء أي تصرف قانوني يتوقف على مجموعة من الأركان فعقد البيع مثلا يستلزم توافر الرضا، المحل (الشيء المبيع والثمن) والسبب، وبما أنّ الوصية عبارة عن تصرف قانوني لا شك أنّ إنشاءها يستلزم إقامتها على أركان معينة حسب ما تستلزمه طبيعتها المتميزة.

غير أنّ أئمة الفقه الإسلامي إختلفوا فيما يعتبر ركنًا للوصية، إذ يحصرها المذهب الحنفي في ركن واحد والمتمثل في الصّيغة، ذلك أنّ أصحاب هذا المذهب يرون أنّ الركن هو كلّ ما توقف وجود الشيء على وجوده وكان جزء لا يتجزأ منه[1]، في حين يضيف كلّ من المذهب المالكي، الشافعي والحنبلي ثلاثة أركان أخرى والمتمثلة في الموصي، الموصى له والموصى به بحيث يعرفون الركن أنّه ما توقف وجود الشيء عليه بغض النظر عما إذا كان جزء لا يتجزأ منه أو لم يكن كذلك[2].

وبما أنّنا نرجح موقف المذهب الحنفي، لأنّ الموصي، الموصى له والموصى به عبارة عن لوازم لركن الصّيغة فقط، نتطرق إلى الأحكام المتعلقة بالصّيغة في (مبحث أول) ولشروط صحة الوصّية في (مبحث ثاني).

---

[1]– إبن عابدين، رد المحتار على شرح تنوير الأبصار، ج10، دار عالم الكتب، 2003، ص.339.

[2]– * المذهب المالكي: محمد إبن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ط2، دار الكتب الإسلامية، 1983، ص.408.

* المذهب الشافعي: أبو بكر محمد الشطا الديمياطي، إعانة الطالبين، ج3، دار إحياء الكتب العربية، د.ب.ن، د.س.ن، ص.198.

* المذهب الحنبلي: مصطفى السيوطي، حسن الشطي، مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى،ج4، منشورات المكتب الإسلامي، دمشق، د.س.ن، ص.442.

## المبحث الأول

## الأحكام المتعلقة بصيغة الوصيّة الإختيارية

يطلق لفظ الصّيغة على كلّ ما يعبر به الشخص عن إرادته ونوع التصرف الّذي يقدم عليه وبهذا فهي الإرادة الظاهرة المعبرة عن النيّة المستترة للمتعاقدين"[1]، وهي ما يعرف في الشريعة العامة بركن الرضا الّذي يعرفه ق.م.ج على أنّه تبادل طرفي العقد التعبير عن إرادتهما، وهما الإيجاب والقبول، إذ تنص المادة **59 من ق.م.ج على أنّه:"يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التّعبير عن إرادتهما المتطابقتان دون الإخلال بالنصوص القانونية"** [2].

والصيغة كركن أساسي في إنشاء التصرفات قد تفيد إنتقال الملكية بعوض كالبيع أو بدون عوض كالهبة والوصّية، ولكن هذه الأخيرة تتميز بطبيعة خاصة عن باقي التصرفات، ما يستدعي منا التطرق لبعض التفاصيل في شأن صّيغتها بتقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، فيكون الحديث في أولهم حول مضمون صيغة الوصيّة وفي ثانيهما حول شروطها، بينما نتطرق في الثالث إلى الأوصاف التي قد تلحق بها.

### المطلب الأول

### مضمون صيغة الوصيّة الإختيارية

لم يختلف الفقهاء في إعتبار الصيغة ركنًا للوصّية، إنّما الخلاف الذي ثار فيما بينهم يتمثل في العناصر المكوّنة لها وفي تكييف القبول إذا ما كان ركنًا أو مجرد شرط. وهذا الخلاف لم يقف في المجال الفقهي، بل حتى في الجانب القانوني، وبذلك نتطرق في ( فرع أول) إلى أراء أئمة الفقه الإسلامي، وفي ( فرع ثاني) إلى موقف المشرع الجزائري وبعض القوانين العربية.

---

[1]–عبد اللّطيف محمد عامر، أحكام الوصايا والوقف، مكتبة وهبة، القاهرة، 2006، ص.59.

[2]– أمر رقم 75– 58، مؤرخ في26 سبتمبر1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ر.ج.ج، عدد 78، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر1975، معدل ومتمم.

## الفرع الأول

## مضمون صيغة الوصيّة الإختيارية في الفقه الإسلامي

تباينت مواقف الفقهاء في تحديد مضمون الصّيغة حسب ما إذا كانت الوصية لمعيّن أو لغير معيّن، وهذا ما سنعرضه على النحو التالي:

**أولا: حالة ما إذا كانت الوصيّة لمعين**

يقصد بالتعيين: التعيّين بالذات، بحيث يعرف الموصى له تعريفًا دقيقًا، نافيًا للجهالة فيكون إمّا معرّفًا بالإسم ومن مثل ذلك: أوصيت لزيد أو بالإشارة كالقول: أوصيت لهذا الطالب[1]، وقد إنقسمت الآراء الفقهية حول مضمون الصّيغة في هذا النوع من الوصيّة إلى ما يلي:

**1) موقف الفقه الحنفي:**

تتكون صيغة الوصيّة حسب الأئمة الثلاثة في هذا المذهب– أبو حنيفة، أبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني رحمهم الله– من الإيجاب الّذي يصدر من الموصي والقبول من الموصى له فما لم يوجدا معًا، لا يكتمل ركن الصّيغة؛ ويدعّمون موقفهم هذا بالأدلة التالية:

أ) الوصيّة عقد يفيد التمليك وكسائر العقود الناقلة للملكية– البيع والهبة– لا يثبت الملك للموصى له إلاّ بتطابق القبول مع الإيجاب، وإلاّ فلن ينعقد العقد.

ب)مثلما يترتب على الوصيّة ثبوت الملكية قد ينتج عنها ضرر بالنسبة للموصى له، إذ قد يتحمل تبعات الموصى به التّي تفوق منافعه فيصبح ملزم ممن ليس له أيّ صفة في إلزامه، وهذا على خلاف الإلتزامات الناتجة عن ملك الوارث التي تترتب ممن له ولاية الإلزام وهو: الله عزّ وجلّ؛ لذلك لا يقف هذا الإلتزام على قبول الوارث[2].

---

[1]– كمال حمدي، المواريث والهبة والوصّية، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 1987، ص.199.

[2]– علاء الّدين بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع، ج7، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1982، ص.ص.331–332.

ج) عموم قوله تعالى:﴿ وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾[1] فلو ثبت الملك للموصى له بدون قبوله لكان دخول الملك إلى ذمته دون سعيه، وهذا مخالف لهذه الآية.

ويخالفهم في ذلك الإمام زفر الّذي يرى أنّ الوصيّة تتم بالإرادة المنفردة للموصي بحيث يعتبر الإيجاب وحده ركنًا للوصية سواءً كانت لمعيّن أو لغير معيّن، كما أنّ إنتقال ملكية الموصى به إلى ذمّة الموصى له حسب هذا الفقيه تتحقق بوفاة الموصي ولا تتوقف على إرادته قياسًا بالميراث: إذ يثبت الملك في كلّ من الوصية والميراث عن طريق الوفاة، دون أن يتوقف ذلك على قبول الوارث والموصى له [2].

وعلى أساس هذا الموقف يعتبر الموصى له خلفًا للموصي كالوارث تمامًا ما يمنعه من رد الوصية بالرّغم من أنّ هذا من بين حقوقه، وهذا ما يتنافى مع حرية التملك التي يتمتع بها كلّ إنسان حسب ما هو مباح شرعًا ومسموح قانونًا.

كما أنّ قياس الوصية بالميراث ليس في محله، فهذا الأخير عبارة عن خلافة إجبارية إذ لا يملك الوارث رفض ما أوجبه الله عزّ وجلّ، أمّا الوصّية فخلافة إختيارية، ممّا يعني أنّها تتوقف على الرضا؛ وهذا الأخير لا يتحقق إلاّ بتكريس حق القبول والرفض.

**2) موقف جمهور الفقهاء:**

يتبنى هذا الموقف كلّ من المذهب المالكي، الشافعي والحنبلي الذّين إتفقوا على عدم ركنية القبول وأنّه مجرد شرط، ولكن الخلاف الذي وقع فيما بينهم؛ بل حتى في المذهب الواحد يكمن في طبيعة هذا الشرط:

فذهب المذهب المالكي إلى أنّ القبول شرط لتنفيذ الوصية[3]، إسنادًا على قول سيدنا محمدﷺ حين قدم إلى المدينة المنورة فسأل عن البراء بن معمور، فقالوا له: «**توفي وأوصى بثلثه لك**». قال:

---

[1]– سورة النجم، الآية "39".

[2]– شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج28، دار المعرفة، بيروت، د.س.ن، ص.47.

[3]– الصّادق بن عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه االمالكي وأدلته، ج4، دار ابن حزم، بيروت، 2005، ص.694.

« **قد رددت ثلثه على ولده**»[1]؛ إذ يفسرون هذا الحديث: بأنّه مادام يجوز رد الوصّية على قول رسول الله: « **رددت ثلثه على ولده** » ، فإنّ تنفيذها ولزومها حتما يتوقف على القبول.

أمّا المذهب الشافعي فيرون أنّ القبول شرط لنفاذ الوصيّة[2]، ويجدر بنا في هذا الموقف أن نبيّن الفرق بين التنفيذ والنّفاذ إذ يقصد بالأول: إخراج مقدار الوصية من التركة وتسليمه للموصى له، أمّا النفاذ فيقصد به ثبوت ملك الموصى به للموصى له[3].

ونرى في هذا الشأن أنّ القبول لا يعتبر ركنًا لإنشاء الوصيّة ولا شرطًا لصحتها لأنّها من التصرفات الّتي تتم بالإرادة المنفردة، كما أنّ التعبير عن القبول بعد موت الموصي ليس منشئًا لملكية الموصى له الّتي كانت موجودة قبل ذلك، إنّما يعتبر شرطًا لترتيب الوصيّة لأثارها بأثر رجعي.

**ثانيا: حالة ما إذا كانت الوصيّة الإختيارية لغير معين**

تكون الوصيّة لغير معيّن، إذا كان الموصى له معرفًا بالوصف فقط وليس بالإسم والإشارة: كالوصيّة للفقراء وطلبة العلم أو الوصيّة لبني فلان دون ذكر أسمائهم[4].

إتفق الفقهاء، على أنّ لزوم هذا النوع من الوصايا وثبوت الملك في ذمة الموصى له يتحقق بموت الموصي مصرًّا عليها دون أن يتوقف ذلك على القبول لا كركن ولا كشرط[5]، للأسباب التالية:

---

(1)– أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبير،ج13، مركز هجر للبحوث والدراسات العربية الإسلامية، القاهرة، 2011، ص.49.

(2)– شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج، ج6، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص.66.

(3)– أحمد الغندور، زكي الدين شعبان، أحكام الوصيّة والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، مكتبة الفلاح، الكويت، 1984، ص.27.

(4)– بن النّوي نوال، تنفيذ الوصّية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر1، سنة 2013، ص.77.

(5)– *المالكية: عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني، ج8، دار الكتب العلمية، بيروت، 2002، ص.313.

*الشافعية: شرف الدّين يحي، السراج الوهاج، دار المعرفة، بيروت، د.س.ن، ص.340.

*الحنابلة: شمس الدّين بن قدامة المقدسي، المقنع، ج17: الهبة، العطية، والوصايا، دار هجر للنشر، 1990، ص.239.

*الحنفية: فخر الدّين بن علي الزيلعي، تبيين الحقائق، ج6، المطبعة الأميرية الكبرى، القاهرة، 1315هـ، ص.184.

1) عدم إمكانية الحصول على القبول من الموصى لهم كلّ واحد على حدى لأنّهم غير محصورين[1]، أو لأنّ الوصيّة لجهة عامة من دون أن يكون لها ممثل قانوني.

2) الوصيّة لغير معين لا تفيد التمليك، بل هي صدقة يملكها كلّ واحد ممن أوصي لهم بالقبض[2].

## الفرع الثاني

## مضمون صيغة الوصيّة الإختيارية في بعض القوانين العربية

يحظى مضمون الصيغة بأهمية أكبر من الناحية القانونية، إذ أنّ هذا الموضوع منصب على ركن إنشاء الوصية وهذه المسألة قانونية أكثر مما تكون فقهية، ولذلك دفعنا الفضول بعدما تطرقنا إلى الآراء المختلفة لأئمة الفقه الإسلامي، إلى البحث عن موقف المشرع الجزائري وبعض التشريعات العربية الأخرى.

**أولا: موقف المشرع الجزائري**

نستنتج بعد الرجوع إلى ق.أ.ج بأنّ المشرع يعتبر الإيجاب وحده المنشئ للوصيّة من غير القبول ويظهر ذلك فيما يلي:

1) تعريف الوصيّة في المادة **184 من ق.أ.ج** أنّها "**تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع** "[3]؛ ومصطلح تمليك يعبر عن أيّ تصرف يفيد إنتقال الملكية و إكتسابها سواء كان عقدًا أو إرادة منفردة.

2) تشترط المادة **61 ق.م.ج** لترتيب التعبير عن الإرادة أثاره، أن يصل إلى علم من وجه إليه إذ تنص: "**ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه إلى علم من وجه إليه...** "[4]؛ وبمفهوم المخالفة لهذه المادة، لو افترضنا أنّ الوصيّة عقد ولم يصل القبول إلى علم من وجه إليه – الموصي– لغيبته أو لوفاته فلا تنعقد الوصية.

---

[1]– فريد محمد واصل، فقه المواريث والوصيّة في الشريعة الإسلامية: دراسة مقارنة، المكتبة التوفيقية، د.س.ن، ص.114.

[2]– حسين حامد حسّان، أحكام الوصيّة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973، ص.33.

[3]– قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

[4]–أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

غير أنّ المادة **197** من **ق.أ.ج** التي تنص: "**يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا، بعد وفاة الموصي**"[1]، تشترط أن يصدر القبول بعد وفاة الموجب ما يعني أنّ هذا القبول لا يصل مطلقا إلى علم الموجه إليه، وهذا ما يدل على عدم أهمية علم الموصي بالقبول، ذلك أنّ هذا الأخير ليس ركنًا ولا شرطًا لإنشاء الوصيّة لأنّ إنشاءها متوقف على الإيجاب فقط؛ بينما القبول يعتبر شرطًا لنفاذها وتنفيذها.

**ثانيا: موقف المشرع المغربي:**

تنعقد الوصيّة حسب المشرع المغربي بالإرادة المنفردة للموصي وفقًا للمادة **284** من مدونة الأسرة المغربية التي تنص" **تنعقد الوصّية بإيجاب من جانب واحد وهو الموصي**"[2]، بالرّغم من تعريفه للوصيّة على أنّها عقد في المادة **277** من المدونة التي تنص:"**الوصيّة عقد يوجب حقًا في ثلث مال عاقده يلزم بموته**[3]، أمّا القبول ما هو إلاّ شرط لترتيب الوصيّة لأثارها إذا كان الموصي معيّنًا، أمّا إذا كان غير معيّن فلا حاجة للقبول لا لإنعقادها ولا لنفاذها وتنفيذها حسب المادة **288** التي تنص:"**الوصيّة لغير معيّن لا تحتاج إلى قبول ولا ترتد برد أحد** " [4] .

ونلاحظ أنّ إعتبار المشرع المغربي الوصيّة عقد من جهة، وحصر هذا الإنعقاد في إرادة الموصي من جهة أخرى، حكمان متعارضان، لأنّ إبرام أيّ تصرف عقدي يقتضي تطابق إرادتين على خلاف الإرادة المنفردة، ولذلك فتعريف مدونة الأسرة المغربية للوصيّة لا يتماشى مع مضمون المادة **284** منها.

---

[1]– قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

[2]– قانون رقم 03– 70، مؤرخ في 03 فبراير 2004، يتضمن مدونة الأسرة المغربية، ج. ر، عدد 5184، الصادر في 05 فبراير 2004، معدل ومتمم، المتوفر على الموقع:

http://adala.justice.gov.ma/production/legislation/ar/Nouveautes/%D9%85%D8%AF%D9%88%D9%86%D8%A9%20%D8%A7%D9%84%D8%A3%D8%B3%D8%B1%D8%A9.pdf.

[3]– قانون رقم 03– 70، يتضمن مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

[4]– المرجع نفسه.

**ثالثا: موقف المشرع المصري:**

بالرّغم من أنّ المشرع المصري لم يورد أيّ مادة حول مضمون الصيغة، إذا ما كانت تنشأ بالإيجاب والقبول أو أنّها تنحصر في هذا الأخير فقط، إلاّ أنّه نص في المادة**1** من قانون الوصّية أنّ "**الوصّية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت**"[1]، ومفهوم التصرف يشمل العقود وكذا الإرادة المنفردة، كما جاء في المادة 20" **تلزم الوصيّة بقبولها...بدون توقف على القبول**"[2]، وهذا ما يدل أنّ المشرع المصري أخذ بموقف جمهور الفقهاء، إذ يعتبر الوصيّة إرادة منفردة تنشأ بإيجاب الموصي فقط أما القبول فهو مجرد شرط للزوم الوصيّة ونفاذها.

## المطلب الثاني

## شروط صيغة الوصيّة الإختيارية

لا تستلزم صحة الوصيّة مجرد توفر ركن الصيغة، إنّما لابد لهذا الركن أن يستوفي شروطه أيضا، هذه الأخيرة التّي نتطرق من خلال هذا المطلب إلى عرض أراء الفقهاء بشأنها، في ( فرع أول) ثم ننتقل إلى دراستها من النّاحية القانونية في ( فرع ثاني).

### الفرع الأول

### شروط صيغة الوصيّة الإختيارية في الفقه الإسلامي

يشترط الفقه الإسلامي أن يكون تعبير الموصي عن إيجابه دال على الوصيّة، وقد ربطوا مدى تحقق هذا الشرط بالوسائل المعتمدة للتعبير عن الإرادة سواءً كانت لفظًا، كتابةً أو إشارةً، كما لم يتوان أي مذهب من إضافة صيغة الوصيّة إلى أجل وأن تكون تصرفًا تبرعيًا، ونفصل خلال هذا الفرع في هذه الشروط كما يلي:

---

[1]– قانون رقم 71، مؤرخ في 24 يونيو سنة 1946، يتضمن قانون الوصيّة المصري، المتوفر على الموقع:
http://old.qadaya.net/node/74

[2]– المرجع نفسه .

**أولا: أن تكون الصيغة دالة على الوصيّة**

تكون الصيغة دالّة على الوصيّة إذا تم التعبير عنها بوسائل مناسبة لا تدع أيّ مجال للغموض وليتحقق ذلك لابد أن يتم التعبير عن الإرادة بالوسائل التالية:

**1) التعبير عن الإيجاب باللّفظ:**

يعتبر اللّفظ لدى جمهور الفقهاء، الوسيلة الأصلية للتّعبير عن إيجاب الموصي القادر على الكلام دون أن يشترطوا لفظًا محددًا مادام كان دالًا على الوصيّة صراحةً كالقول:" أوصيت لفلان بكذا، أمنح له من مالي"، أو بلّفظ غير صريح، كالقول:" له كذا، جعلت له كذا ،..."،[1] غير أنّه تنشأ الوصّية عند الشافعية بألفاظ الكناية إن إتجهت نية الموصي إلى ذلك[2].

ويدرج المذهب الحنفي الألفاظ المعبرة على العطيّة والمنح ضمن الألفاظ المعبرة عن الإيجاب كنايةً، على أن ترتبط بقرينة لا تدع أيّ شك في الدلالة على الوصيّة والمتمثلة في وفاة الموصي، كالقول:" أعطوا له كذا بعد موتي"، أمّا لو إقتصرت على العَطاء فقط فلن يكون هذا اللّفظ دال على الوصيّة بالقدر الّذي يدلّ فيه على الهبة، وهذا ما يجيز قبضها قبل واقعة الوفاة على عكس ما تستلزمه الوصيّة[3].

**2) التعبير عن الإرادة بالكتابة:**

بالرّغم من أنّ اللّفظ في نظر الفقهاء هو الوسيلة الأصلية في التعبير عن الإرادة إلاّ أنّهم لم يختلفوا في جواز تضمين الوصية في شكل كتابي، سواءً كان الموصي قادرًا أو عاجزًا على الكلام،

---

(1)– *المالكية: شهاب الدين بن أحمد القرافي، الذخيرة، ج7، دار المغرب الإسلامي، بيروت، 1994، ص.54.

*الحنابلة: محمد بن أحمد البهوتي، حاشية الخولتي على منتهى الإرادات،ج3، دار النوادر، قطر،2011، ص.547.

*الشافعية: زكريا محمد الأنصاري، منهج الطلاب، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، ص.ص.101–102.

(2)– مصطفى الخن، مصطفى البغا، علي الشربجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ج5: الوقف والوصية والفرائض، ط3، دار القلم للنشر، 1996، ص.53.

(3)– الهمام شيخ نظام، الفتاوى الهندية، ج6، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000، ص.ص.113–114.

مادامت هذه الكتابة مستبينة، مرسومة [1] ودالة على الوصيّة، لكنّهم إختلفوا في مدى كفاءة هذه الكتابة في إنشاء الوصيّة وإثباتها من دون أن يسبقها التّعبير عن الإرادة باللّفظ وبدون أن يصاحبها الإشهاد عليها؛ ويمكن أن نقسم أرائهم إلى موقفين:

**أ) موقف المذهب المالكي:**

ذهب أغلبية فقهاء المذهب المالكي إلى إجازته تعبير الموصي عن إيجابه بالكتابة، ولو لم يسبقه التصريح لفظًا بهذه الوصيّة ولا الإشهاد عليها[2]؛ وهو الموقف الّذي دعمه فريق من المذهب الحنبلي إذا كان خط الموصي مشهورًا[3]؛ واستدلوا في ذلك:

❖ **من الكتاب**: قول الله تعالى:﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ...**﴾[4].

❖ **من السنة**: قول رسول الله ﷺ:« **ماحق إمرئ مسلم، له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلاّ ووصيّته مكتوبة عنده**»[5].

ويظهر من الآية الكريمة وقول رسول الله ﷺ، أنّ الله ورسوله أرشدا عباد الرحمان بأن يكتبوا دَينهم ووصيتهم؛ ولم يذكروا أي شيء عن الإشهاد على هذه الكتابة .

---

[1]– الكتابة المستبينة:« **هي الكتابة الظاهرة التي يكون لها بقاء بعد الفراغ منها ويمكن قراءتها وفهم معناها ومرسومة أي معنونة بإسم كاتبها ،أما غير المرسومة هي الكتابة التي تكون عادة على اللّوح أو الجدران وهي غير معنونة بإسم كاتبها**»، انظر إلى:محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، ج1، ج2، مكتبة دار البيان، بيروت، 1986، ص.418.

[2]– الصّادق بن عبد الرّحمان الغرياني، المرجع السابق، ص.694.

[3]– منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع سابق، ص.337.

[4]– سورة البقرة، الآية "282".

[5]– أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ج3، كتاب الوصايا، باب الوصايا، دار الكتب العلمية، بيروت، د.س.ن، حديث رقم 2738، ص.253.

**ب) موقف جمهور الفقهاء:**

يشترط جمهور الفقهاء أن تتأيد الكتابة كوسيلة للتعبير عن الإرادة بما يدلّ على الوصيّة لفظًا، كالإشهاد عليها، إن كان الموصي قادرًا على الكلام[1]، وعلاوة على ذلك يشترط أصحاب المذهب الشافعي أن تظهر نيّة الموصي في إنشاء الوصيّة لأنّهم يعتبرون هذه الكتابة كناية، لذلك يشترطون أن تكون بعد الإعتراف بالوصيّة لفظًا، وأن يكون الشهود قد إطلعوا على مضمونها[2].

في حين يرى فريق من المذهب المالكي بجواز الإشهاد على كتابة الوصيّة حتى ولو لم تقرأ على الشهود، لأنّ هذا الأمر لا يتنافى وقواعد الشهادة إن كانوا عدلين[3]، لقول الله عزّ وجلّ: ﴿**فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ....**﴾[4]

ويستدل جمهور الفقهاء على قولهم بوجوب الإشهاد على كتابة الوصيّة بقول الله تعالى: ﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آَخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ** .....﴾[5].

غيّر أنّهم ينتقدون في تفسيرهم لهذه الآية الكريمة، لأنّها مقتصرة على الإشهاد وليس فيها ما يدلّ على ضرورة الكتابة، ولا ما يوحي بضرورة ربط الكتابة بالإشهاد. ونضيف إلى ذلك أنّ هذا الفريق يشترط الإشهاد في كتابة الوصية ولا يشترطون ذلك في التعبير عن الإيجاب باللّفظ، بالرغم من أنّ الكتابة تجعله أكثر ثبوتيةً من اللّفظ .

---

(1)–*المذهب الشافعي: شهاب الدّين أحمد الهيثمي، حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج7، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، د.س.ن، ص.36.

*المذهب المالكي: سحنون بن سعيد التنويخي، المدونة الكبرى، المجلد15، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، د.س.ن، ص.13.

*المذهب الحنفي: برهان الدين المعالي، المحيط البرهاني، مجلد22، مكتبة الرشد، الرياض، 2004، ص.244.

(2)– شهاب الدين القيلوبي، حاشيتان على منهاج الطالبين، ج3، ط3، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، 1906، ص.165.

(3)– أبو البركات الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك،ج4، دار المعارف، القاهرة، د.س.ن، ص.601 .

(4)– سورة الطلاق، الآية " 2"

(5)– سورة المائدة، الآية، "106".

**3) التعبير عن الإيجاب بالإشارة:**

أجاز جمهور الفقهاء، إنشاء الوصيّة ممن كان أخرسًا بالإشارة، غير أنّه إن كان قادرًا على الكتابة فلا تصح وصيته إلاّ بهذه الأخيرة، لأنّها أضبط من الإشارة وأكثر دلالة منها[1]، بينما يجيزه المذهب المالكي حتّى لو كان الموصي قادر على الكلام أو/و الكتابة[2]؛ مستدلين بما رواه البخاري عن طريق عبد الله بن كعب بن مالك، أن كعب بن مالك أخبره أنّه: " **تقاضى إبن أبي حدرد دَينا له عليه في عهد رسول الله ﷺ في المسجد، فارتفعت أصواتهما حتى سمعها رسول الله وهو في بيته، فخرج إليهما حتى كشف سجف حجرته، نادى: ( يا كعب إبن مالك يا كعب)، قال: لبيك يا رسول الله، فأشار بيده أي ضع الشطر من دَينك، قال كعب : قد فعلت يا رسول الله**" [3].

أمّا إن كان الموصي معتقل اللسان، فتجوز وصيّته بالإشارة حسب المذهب الشافعي[4]، على خلاف فقهاء المذهب الحنبلي الّذين لا يجيزون ذلك حتى ولو كانت هذه الإشارة مفهومة ما لم يكن ميئوسا من نطقه[5].

**ثانيًا: أن تكون الوصيّة مضافة إلى ما بعد الموت**

من مظاهر خصوصية الوصيّة أنّ صيغتها ليست منجزة بل مضافة: والّذي يقصد بهذه الإضافة، أن يكون ترتيب الوصيّة لأثارها مؤخرًا إلى ما بعد وفاة الموصي[6]. وهو الأجل المضاف

---

(1)–*المذهب الحنبلي: مصطفى السيوطي، حسن الشطي، المرجع السابق، ص.444.

*المذهب الشافعي: شمس الدين الرملي، المرجع السابق، ص.64.

*المذهب الحنفي: عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة،ج3، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت،2003، ص. 208.

(2)– عبد الله الخرشى، الخرشى على مختصر الجليل،ج8، ط2، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، 1318هـ، ص.169.

(3)– أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري،ج1، كتاب الصلاة، باب رفع الصوت في المساجد، دار الهدى للنشر، الجزائر، د.س.ن، حديث رقم459، ص. 179.

(4)– شهاب الدّين أحمد الهيثمي، حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج، المرجع السابق، ص.36.

(5)– منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ص.336.

(6)– صبحي محمصاني، المبادئ الشرعية والقانونية في الحجر والنفقات والمواريث والوصيّة، ط8، دار العلم للملايين، د.ب.ن،1997، ص.108.

إليه، ولم يتجاهل الفقهاء هذه الخاصية في مختلف التعريفات التي قدموها للوصية وهذا دليل على إجماعهم عليها[1].

ويجدر بنا الإشارة إلى أنّه لا يرد على هذه الخاصية أيّ إستثناء، بحيث حتى لو كانت صّيغة الوصية قابلة للإقتران بشرط، أو أن يتعلق وجودها على تحققه، إلاّ أنّ ذلك لا يؤثر في كونها ذات طبيعة مضافة إلى ما بعد الموت.

والهدف من هذه الإضافة منح الموصي وقتًا للتفكير مليّا فيما أقدم عليه إذ يمكن له الرجوع عنه مادام لم يتوفى مصرًا عليها، ولكي ينتفع من الموصى به قبل أن تنتقل ملكيته إلى الموصى له.

**ثالثًا: أن تفيد صيغة الوصيّة التبرع**

تظهر هذه الخاصية بوضوح في تعريف المذهب الحنفي[2]، الّذي يعتبر الوصيّة تصرف مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع وعليه، علاوة على كون الوصيّة تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، لابد أن تكون تصرفًا نافعًا نفعًا محضًا، فلا يلتزم الموصى له بدفع المقابل أو بتسديد قيمة معيّنة ما دامت هذه الوصية إختيارية.

## الفرع الثاني

## شروط صيغة الوصيّة الإختيارية

## في بعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية

مهما كانت الأهمية الّتي منحها الفقه الإسلامي لركن الصيغة، فإنّ أهميته أكبر من الناحية القانونية خاصة في عصرنا هذا، لذلك لا يمكن تجاهل موقف القانون في هذا الموضوع، خاصة وأنّ الدراسة المقارنة تقتضي منا، التعرض لموقف بعض التشريعات العربية.

---

[1]– *المذهب المالكي: شمس الدّين الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج4، دار إحياء الكتب العربية، د.ب.ن، د.س.ن، ص.422.

*المذهب الحنفي: عثمان بن علي الزيلعي، المرجع السابق، ص.182.

*المذهب الشافعي: محمد شطا الديمياطي، إعانة الطالبين، المرجع السابق، ص.198.

*المذهب الحنبلي: إبن قدامة المقدسي، المغنى، ج8، دار عالم الكتب، الرياض، د.س.ن، ص.403.

[2]– الهمام الشيخ نظام، المرجع السابق، ص.109.

**أولا: موقف المشرع الجزائري**

لم يرد في قانون الأسرة الجزائري أيّ نص خاص بالإيجاب في أحكام الوصيّة ولا عن وسائل التعبير عنه، غير أنّ المادة **123 مكرر** من القانون المدني الفقرة **2** تخضع كل تصرف ينشىء بالإرادة المنفردة للأحكام التي يخضع لها العقد إلاّ ما تعلق بالقبول إذ تنص"... **ويسري على التصرف بالإرادة المنفردة ما يسري على العقد من الأحكام بِاستثناء أحكام القبول**"، وبالتالي يمكن تطبيق أحكام المادة **60 من ق.م.ج** التي تنص: "**التعبير عن الإرادة يكون باللّفظ والكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفًا، كما يكون بإتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه**"[1].

وبذلك نصل إلى أنّ الموصي يمكن أن يعبر عن إرادته باللّفظ والكتابة سواء كان قادرًا أو عاجزًا عن الكلام دون ترجيح أحد الوسيلتين عن الأخرى، ثم إن غابت القدرة على الكلام والكتابة يمكن أن يعبر عنها بالإشارة.

أمّا عن كون الوصيّة تصرفًا مضافًا إلى ما بعد الموت، فتنص المادة **184 ق.أ.ج** "**الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع**" [2]. ويلاحظ من خلال هذه المادة أنّ المشرع الجزائري يأخذ بتعريف المذهب الحنفي، إذ أقام هذا التعريف على خاصيتين مهمتين للوصيّة: كونها مضافة إلى ما بعد الموت، وهذا لا يعتبر مجرد أجل يضاف إليه نفاذ الوصية، بل هذه الإضافة شرط لإنشاءها، لأنّ هذه الصيغة هي الّتي تميز الوصية عن باقي التبرعات فإذا لم تكن مضافة لن تعبر على الوصيّة بل على الهبة، والخاصية الثانية: كونها تفيد التبرع، إذ مهما كانت وسيلة التعبير عن الإرادة إلاّ أنّها لابد أن تفيد التبرع.

---

[1]– أمر رقم 75– 58، يتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[2]– قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع سابق.

**ثانيا: موقف المشرع المغربي:**

حسب المادة **295** من مدونة الأسرة المغربية التي تنص: "**تنعقد الوصية بما يدّل عليها من عبارة أو كتابة أو بالإشارة المفهمة إذا كان الموصي عاجزًا عنهما**"[1]؛ نلاحظ الملاحظات التالية:

**1)** أنّ المشرع المغربي على خلاف ق.أ.ج، نص صراحة على وسائل التعبير عن صّيغة الوصيّة دون أيّ إحالة إلى الشريعة العامة والمتمثلة في القانون المدني.

**2)** أجازت هذه المادة تعبير الموصي عن إرادته بالإشارة، بشرط أن يكون الموصي عاجزا على النطق والكتابة.

**3)** لم يشترط لفظًا معينًا للتعبير عن الإيجاب، فمصطلح "عبارة" عام وشامل لكلّ لفظ يدلّ على معنى الوصيّة، غير أننا نرى أنّ هذا المصطلح لا يشمل اللّفظ فقط لأنّ العبارة يمكن أن تكون مكتوبة.

**4)** بدأ المشرع المغربي في ترتيب هذه الوسائل بالعبارة ، وهذا ما يدل على إعتماده للّفظ كوسيلة أصلية في التعبير عن إيجاب الموصي، غير أنّه من جهة أخرى تشترط المادة **296** من نفس المدونة لصحة الوصيّة ، ضرورة أن يصدر بها إشهاد عدلي أو إشهاد أي جهة رسمية مكلفة بالتوثيق، أو أن تحرر بخط يد الموصي مع إمضائه وهذا ما ينتج عنه تناقض بين النصين.

**5)** وردت المادة **295** من المدونة في الباب الخامس تحت عنوان " شكل الوصيّة "، بالرّغم من أنّ هذه المادة تتعلق بوسائل التعبير عن الإيجاب، وهذه المسألة في مجال التعاقد شكلية .

**ثالثا: موقف المشرع المصري:**

تطرق المشرع المصري لطرق إنشاء الوصيّة في المادة 2 من قانون الوصية التي تنص: "**تنعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة فإذا كان الموصي عاجزا عنهما إنعقدت الوصية بإشارته**

[1]– قانون رقم 03– 70، يتضمن المدونة الأسرة المغربية، المرجع سابق.

**المفهمة**"[1].

يلاحظ من هذه المادة أنّ المشرع المصري ميّز بين حالتي ما إذا كان الموصي قادرًا على الكلام: فتنعقد وصيته إمّا بالعبارة دون أن يشترط لفظًا معينًا أو كتابةً إذ لهذه الأخيرة نفس دلالة اللّفظ ولا تنعقد بالإشارة، لأنّها أضعف دلالةً من اللّفظ والكتابة[2]، أمّا إذا كان عاجزًا على الكلام، سواء كان أخرسًا بالأصل أو إعتقل لسانه لمرض، فتكفي الإشارة المفهمة لإنشاء الوصية، متى كان الموصي لا يعرف الكتابة، أمّا لو كان يعرف الكتابة فلا يصح أن تنشأ الوصية إلا كتابةً [3].

أمّا عن شرط أن تكون الوصيّة مضافة إلى مابعد الموت، فقد تضمنته المادة1 من نفس القانون والّتي تنص على أنّ " **الوصيّة تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت** " [4].

## المطلب الثالث

## أوصاف صيغة الوصيّة الإختيارية

يعرف الوصف في النظرية العّامة لأحكام الإلتزام بأنّه: " أمر عارض يضاف إلى الإلتزام، ويلحق بأركانه"[5]، ومن أهم مظاهر الوصف: تلك التي تلحق بالعلاقة القانونية بين الأطراف وهما الأجل والشرط، فقد تضاف الصّيغة إلى أجل وهو أمر محقق الوقوع فتكون مضافة وقد ترتبط بشرط ولا نتيقن من وقوعه [6] فتكون الوصية معلقة على شرط أو مقترنة به. وهذه الأحكام نتطرق إليها فقهيًا في (فرع أول) وقانونيًا في (فرع ثاني).

---

[1]– قانون رقم 71، يتضمن قانون الوصيّة المصري، المرجع السابق.

[2]– محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصيّة، ط2، مكتبة النّجا المصرية، القاهرة، د.س.ن، ص.11.

[3]– عبد اللّطيف دريان، فقه الوصيّة في المذاهب الإسلامية والقوانين العربية، مجلد1، دار النهضة العربية، بيروت، 2009، ص.ص.142-143.

[4]– قانون رقم 71، يتضمن قانون الوصيّة المصري، المرجع السابق.

[5]– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج3، نظرية الإلتزام بوجه عام: الأوصاف، الحوالة الانقضاء، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.س.ن، ص.4.

[6]– محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام: دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، 2010 ص.193.

## الفرع الأول

## أوصاف صيغة الوصيّة الإختيارية في الفقه الإسلامي

أولى الفقه الإسلامي إهتمامًا معتبرًا لصيغة الوصيّة، ما جعلهم يبحثون في ثنايا الموضوع وفي كلّ المسائل التي قد تثير إشكالات من الناحية الواقعية. وأكثر الحالات إثارة لهذه الإشكالات حالة ما إذا كانت صيغة الوصيّة موصوفة، سواء بالإضافة أو بتعليقها على شرط وإقترانها به.

**أولا: إضافة صيغة الوصيّة الإختيارية إلى أجل**

تكون الصيغة مضافة عندما يرجئ ترتيب أثارها إلى زمن مستقبلي، والوصيّة مضافة بحكم طبيعتها إلى أجل والمتمثل في موت الموصي،غير أنّها يمكن أيضًا أن تقترن أثارها بزمن مستقبلي متراخي عن زمن وفاة الموصي كقول: أوصيت بثلث مالي لفلان بعد سنة من موتي.

ولا خلاف بين الفقهاء في صحة الوصيّة المضافة،لأنّ الوصيّة أساسًا تصرف مضاف بحكم طبيعتها[1]، إذ يوقف تنفيذها إلى ما بعد موت الموصي وعليه فهذه الإضافة جزء لا يتجزأ من حقيقتها.

وبذلك حتى لو تبيّن أنّ الصيغة منجزة: كأن يقول الموصي: أوصيت لزيد بهذا الحقل، إلّا أنّها تكون مضافة حكمًا وتقديرًا[2].

ومادام لا يشترط تعبير الموصى له عن قبوله حال وفاة الموصي؛ يصح أن تضاف الوصيّة إلى أجل لاحق عن موت الموصي، وإضافة الوصيّة وفق هذا المفهوم يجعل ترتيب أثارها يقف على

---

(1)– * المذهب المالكي: شمس الدين الدسوقي، المرجع سابق، ص.424.

* المذهب الحنفي: شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ص.47.

* المذهب الشافعي: أبو يحي الأنصاري، أسنى المطالب شرح روض الطالب، ج3، المطبعة الميمنية، د.ب.ن، 1113هـ، ص.43-44.

* المذهب الحنبلي: مصطفى السيوطي، حسن الشطي، المرجع السابق، ص.459.

(2)– حسين حامد حسان، المرجع سابق، ص.53.

حلول هذا الأجل الذي أضيفت إليه[1] دون أن يؤثر ذلك في موعد نشوئها وهو وقت تعبير الموصي عن إيجابه.

ومن مثل ذلك أن يقول الموصي:" تعطى هذه الأموال لفلان بعد شهر من موتي"، فتنشأ الوصيّة في هذه الحالة عند صدور هذا الإيجاب، أمّا إنتقال ملكية الموصى به إلى ذمة الموصى له وتسلمه من قبل هذا الأخير لا يتحقق إلاّ بعد مضي شهر من وفاة الموصي.

أمّا عن إضافة الوصيّة إلى أجل سابق عن وفاة الموصي كالقول: أوصي بثلث مالي لفلان بعد شهر، فلا يعدو أن يكون إلاّ تعليقًا لأنّ الإضافة مصطلح مرتبط بآثار الوصّية إذ لا يترتب على الوصيّة أيّ أثر إلاّ بعد موت الموصي[(2)].

**ثانيا: تعليق صيغة الوصيّة على شرط**

يكون تعليق الوصيّة إمّا بشرط أثناء حياة الموصي، وقد يكون بشرط يحتمل تحققه بعد موت الموصي؛ كأن يقول الموصي أوصيت بثلث تركتي لإبراهيم، وإن قدم علي من سفره فهذا الثلث له: أي إن قدم علي من سفره في حياة الموصي فله الثلث، وإن قدم بعد وفاة الموصي فهي لإبراهيم: لأنّ هذا الأخير إستحق الموصى به بوفاة الموصي[(3)].

ويترتب على هذا التعليق إرجاء إنشاء الوصّية إلى زمن تحقق هذا الشرط وبذلك يختلف عن الإضافة التي ترتبط بآثار الوصيّة ولا يتعلق بوجودها.

وقد أجاز جمهور الفقهاء تعليق الوصيّة على شرط سواء كان هذا الأخير محتمل الوقوع في حياة الموصي أو بعد وفاته، لأنّ تعليقها لا يمنع صحتها مادام الشرط صحيحًا ومادامت الوصيّة لا تفيد التمليك إلاّ بعد الموت[(4)]، إنّما الفرق بين الحالتين يتمثل في أنّ تحقق الشرط في حياة الموصي

---

(1)– وهبة الزحيلي، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، ط2، دار الفكر، دمشق، 1996، ص.25.

(2)– عبد اللّطيف دريان، المرجع السابق، ص.132.

(3)– عبد اللطيف محمد عامر، المرجع السابق، ص.173 .

(4)– *المذهب المالكي: أحمد الدردير، الشرح الصغير، المرجع السابق، ص.ص.587-588.

*المذهب الحنفي: الهمام الشيخ نظام، المرجع السابق، ص. 115.

يترتب عنه نشوء الوصيّة من هذا التاريخ، غير أنّ الوصيّة لا ترتب أثارها إلا بعد وفاة الموصي وقبول الموصى له؛ أمّا إن تحقق الشرط بعد وفاة الموصي يكون نشوء الوصّية وترتيب آثارها في آن واحد .

وتقع الوصيّة باطلة إذا لم يتحقق الشرط الذي علقت عليه، لأنّ التعليق كالاشتراط ولا يحصل الاشتراط إلاّ بتحقق الشرط، ويسري هذا البطلان حتى لو حل الأجل الذي أضيفت إليه الوصيّة بحكم طبيعتها، وهو وفاة الموصي. ومن مثله أن يقول: إن مت من مرضي هذا، فقد أوصيت لفلان بثلث مالي، وفي هذه الحالة إن توفي الموصي ولكن ليس من المرض المحدد بطلت الوصيّة، لعدم تحقق الشرط الذي علقت عليه. لأنّ هذا النوع من الوصيّة :وصيّة مقيدة، ولا تنشأ بمجرد صدور إرادة الموصي، ولا ترتب أثارها بمجرد وفاته.

غير أنّ أئمة المذهب المالكي، يستثنون من هذا الحكم حالة ما إذا كتب الموصي وصيته المعلقة، في وثيقة يقدمها للموصى له مبينًا فيها شرط التعليق ولم يسترجعها منه رغم عدم تحقق الشرط، فإنّ عدم استرجاعه لها، دليل على إجازته للوصية وإن لم يتحقق الشرط الذي علقت عليه، أمّا إن استرجعها فيعتبرون ذلك قرينة على بطلان الوصيّة لعدم تحقق الشرط الذي علقت عليه[1].

**ثالثا:إقتران صيغة الوصيّة بشرط**

يقصد من اقتران الصيغة بشرط أن يقترن إيجاب الموصي بشرط يرجئ ترتيب الوصية لأثارها إلى غاية تحققه، بالرّغم من أنه– الإيجاب– منشئ للوصيّة من لحظة التعبير عنه؛ كأن يقول الموصي: " أوصي بثلث مالي لعمر إن لم يظهر إبني سعيد".

غير أنّ هذه الشروط لابد أن تكون صحيحة بحيث لا تنافى ومقتضى العقد[2]، ولا تخالف شروط صحة الوصيّة[3]؛ لكي تكون واجبة الوفاء بها إستنادًا للأدلة الشرعية التالية:

---

[1]– أحمد الدردير، المرجع السابق، ص.ص.587–588.

[2]–علاء الدين الكساني، بدائع الصنائع ،ج5، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986، ص.169.

[3]– شمس الدّين الدسوقي، المرجع السابق،429.

❖ **من الكتاب:** يقول الله عزّ وجل :﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ**﴾[1]. وقوله أيضا:﴿**وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا**﴾[2].

❖ **من السّنة،** قال رسول الله ﷺ: «**الصلح جائز بين المسلمين، إلاّ صلحا حرم حلالاً، أو أحل حرامًا، والمسلمون عند شروطهم، إلاّ شرطًا حرم حلالاً، وأحل حرامًا** »[3] .

## الفرع الثاني

## أوصاف صيغة الوصيّة الإختيارية في بعض

## القوانين العربية

يقع محل إهتمامنا مدى تنظيم التشريعات العربية لمسألة الصيغة الموصوفة في موضوع الوصيّة، الأمر الذي يدفعنا إلى موقف قانون الأسرة الجزائري، ثم موقف كل من المشرع المغربي والمصري.

### أولا: موقف قانون الأسرة الجزائري

### 1) بالنسبة لِاقتران وتعليق صيغة الوصيّة بشرط:

لم ينص قانون الأسرة الجزائري على اقتران الوصيّة بشرط ولكن نص في المادة **199** منه على أنّه" **إذا علقت الوصية على شرط، استحقها الموصى له بعد انجاز الشرط، إذا كان على الشرط غير صحيح، صحت الوصية، وبطل الشرط** "[4]. فيلاحظ من خلال هذه المادة ما يلي:

---

[1]– سورة المائدة، الآية "1".

[2]– سورة الإسراء الآية "34".

[3]– أبو عيسى الترميذي، الجامع الكبير، المجلد3: الأحكام – الوصايا، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين النّاس، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1996، حديث رقم 1352، ص.27.

[4]– قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

أ) أنّ المشرع الجزائري يجيز تعليق الوصية على شرط إن كان صحيحا، بحيث لا يستحق الموصى له الوصيّة إلاّ بعد انجاز الشرط على عبارة المشرع؛ أما إذا كان الشرط غير صحيح فيقع باطلاً، دون أن يؤثر ذلك على صحة الوصية .

ب) بالرّغم من استعمال المشرع عبارة التعليق بشكل صريح إلاّ أن مضمونها يظل غامضا، إذا كان يتعلق بالتعليق أم أنّه يخص اقتران الوصية بشرط ،لأنّ هذه الحالة الأخيرة تعني ربط ترتيب الوصية لأثارها بتحقق الشرط، أمّا التعليق نقصد به ربط وجودية الوصيّة على تحقق الشرط، فإن لم يتحقق لن تنشأ الوصيّة، وإن كان الشرط باطلاً، أخذ حكم الشرط الذي لم يتحقق، فكيف القول ببقاء الوصية صحيحة وهي لم تنشأ بعد.

**2) بالنسبة لإضافة صيغة الوصيّة إلى أجل:**

لا شك أنّ المشرع يعترف بطبيعة الوصيّة المضافة إلى ما بعد موت الموصي في المادة **184** [1]، أمّا عن إضافة الإيجاب بمفهوم إرجاء الوصيّة لأثارها إلى أجل غير أجل وفاة الموصي فلم ينص على ذلك. ونفترض أنّه يجيز ذلك لأنّه لا يغير شيئًا من طبيعة الوصيّة المضافة إلى ما بعد الموت.

**ثانيا: موقف المشرع المغربي**

بالرغم من أنّ الوصيّة عقد مضاف إلى ما بعد الموت حسب المادة **277** من مدونة الأسرة المغربية، إلاّ أنّه حسب المادة **285** التي تنص:"**يصح تعليق الوصيّة بالشرط وتقييدها به إن كان الشرط صحيحًا، والشرط الصحيح ما كان فيه مصلحة للموصي أو للموصى له أو لغيرهما ولم يكن مخالفًا للمقاصد الشرعية**"[2]، يتضح لنا إجازة المشرع المغربي تعليق الوصيّة بشرط وتقييدها به على أن يكون شرطا صحيحًا.

**ثالثا: موقف المشرع المصري:**

تنص المادة **4** من قانون الوصية المصري أنّه: "**مع مراعاة أحكام المادة الثالثة تصح الوصيّة المضافة أو المعلقة بالشرط أو المقترنة به، إن كان الشرط صحيحًا وجبت مراعاته مادامت**

---

[1]– قانون 03– 70، يتضمن مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

[2]– المرجع نفسه.

**المصلحة فيه قائمة ولا يراعى الشرط إن كان غير صحيح، أو زالت المصلحة المقصودة منه. والشرط الصحيح هو ما كان فيه مصلحة للموصي أو الموصى له أو لغيرهما ولم يكن منهيا عنه ولا منافيا لمقاصد الشريعة**"[1].

يتضح من هذه المادة أنّ المشرع المصري أجاز إضافة الوصيّة إلى المستقبل مثلما هو الشأن في التعليق وإقتران الصّيغة بشرط، وبالتالي هذه الصياغة التي إعتمدها المشرع المصري قد توهم بأنّ الوصيّة تصح بصيغة منجزة، مع أنّها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت بحكم طبيعتها ولا يمكن أن تكون منجزة.

ويقترح **الإمام أبو زهرة** في هذا الشأن، إعادة صياغة المادة بما لا يمس بطبيعة الوصيّة كما لو قال«لا تصح الوصية إلاّ مضافة، أو معلقة بشرط، أو مقترنة به.....» [2] . كما أجاز تعليق الوصيّة على شرط وتقييدها به، إذا كانت مما هو معتبر شرعًا وهي الشروط الصحيحة [3].

❖**الشرط الصحيح:**

عرف المشرع المصري الشرط الصحيح في **المادة 4 الفقرة 2** من المدونة:" **أنّه ما كان فيه مصلحة للموصي أو الموصى له أو لغيرهما، ولم يكن منهيا عنه ولا مخالفا لمقاصد الشريعة الإسلامية**"[4]، كإشتراط أن يكون للأرض الموصى بها حقوق الإرتفاق على الأرض الأخرى[5]؛ وقد ألزمت نفس المادة الفقرة**1** الوفاء به، إذا كانت المصلحة المقصودة منه لازالت قائمة.

❖ **الشرط الباطل:**

بمفهوم مخالفة لما نصت عليه المادة **4** أعلاه، يعتبر شرطًا باطلاً: كلّ ما كان منهيًا عنه شرعًا لأنّه منافي لمقاصد الشريعة الإسلامية وليس فيه مصلحة لأيّ أحد، كمن يوصي لزوجته بجزء من ماله على أن لا تتزوج من بعده.

---

[1]– قانون رقم 71، يتضمن قانون الوصية المصري، المرجع السابق.

[2]– محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص37

[3]– محمد مصطفى الشلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، ط2، الدار الجامعية، القاهرة، 1982، ص.57.

[4]– قانون رقم 71، يتضمن قانون الوصية المصري، المرجع السابق.

[5]– محمد مصطفى الشلبي، المرجع السابق، ص.59.

بالربط بين المادة **4** السابقة الذكر والمادة **3** التي تنص: "**يشترط لصحة الوصية ألاّ تكون بمعصية وألاّ يكون الباعث عليها منافيا لمقاصد الشارع**"[1]. نستنتج أنّ القانون المصري يلغى الشرط الباطل دون أن يؤثر على الوصّية، إذا كان ليس من شأنه أن يصرف الوصية للمعصية، أمّا إذا تجسدت الوصيّة في معصية بسبب إقترانها بهذا الشرط، يبطلان معًا .

وعلاوة على هذا يلغي المشرع المصري الشرط ولو كان صحيحًا إن إنقضت المصلحة المقصودة منه، حسب المادة **4** إذ تنص:"...**ولا يراعى الشرط إن كان غير صحيح أو زالت المصلحة المقصودة منه**"[2].

[1]– قانون رقم 71، يتضمن قانون الوصية المصري، المرجع السابق.

[2]– المرجع نفسه.

## المبحث الثاني

## شروط صحة الوصيّة الإختيارية

لإنشاء الوصيّة وترتيب أثارها بصفة صحيحة وكاملة، يقتضي توفر مجموعة من الشروط: الموضوعية وهي تلك المتعلّقة بمستلزمات صيغة الوصيّة ( الموصي، الموصى به والموصى به)، والأخرى شكلية، وتتمثل في إفراغ الوصيّة في قالب شكلي بتحريرها في وثيقة رسمية، وإتباع إجراءات الشهر العقاري إذا ما كانت تنصب على عقار.

على ضوء ما سبق، سنتعرض في هذا المبحث إلى الشروط الموضوعية لصحة الوصيّة في (مطلب أول)، وإلى الشروط الشكلية في (مطلب ثاني)، وذلك على وجه المقارنة بين الفقه الإسلامي وكذا في بعض التشريعات العربية.

### المطلب الأول

### الشروط الموضوعية لصحة الوصيّة الإختيارية

يستلزم صحة الوصيّة مجموعة من الشروط الموضوعية، إذ شأنها شأن كل التصرفات، لابد أن تنشئ بالإيجاب صادر ممن هو أهل للتبرع، فيكون بالغًا، عاقلا ومختارًا، لفائدة شخص طبيعي أو معنوي موجود وقت نشوء الوصيّة، شرط ألاّ يكون جهة معصية، أو قاتلا للموصي عمدًا، ولابد أن تقع هذه الوصيّة على ما هو ملك للموصي، قابلا للتملك ومقوما.

وعلى هذا الأساس نتطرق للشروط المتعلقة بالموصي في( فرع أول) وتلك التي لها صلة بالموصى له في( فرع ثاني)، والأخرى التي يُستلزم توفرها في الموصى به في( فرع ثالث).

#### الفرع الأول

#### شروط صحة الوصيّة الإختيارية المتعلّقة بالموصي

الموصي هو الشخص المنشئ للوصيّة بغية إخراج جزء ممّا يملك بعد وفاته[1]، زيادة في حسناته أو لتدارك خطأ معين في حق شخص، وبناءً على ما بيناه سابقا سنتناول في هذا الفرع شروط صحة الوصيّة المتعلقة به في الجانب الفقهي أولا ثم القانوني ثانيا.

---

[1]– محمد محدة، التركات والمواريث، دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية، دار الفجر للنشر والتوزيع، ط1، القاهرة، 2004، ص.43.

**أولا: شروط صحة الوصيّة الإختيارية المتعلقة بالموصي في الفقه الإسلامي**

**1) أن يكون أهلا للتبرع:**

**أ) العقل:**

اتفق فقهاء الحنابلة، الحنفية، الشافعية، والمالكية، على أنّه يشترط لصحة الوصيّة أن يكون الموصي عاقلا، فلا تصح ممن لا عقل له كالمجنون والمعتوه، وكما لا تصح ممن لهم الولاية عليهم، لأنّ الوصيّة تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع إذ لا يعود عليهم منها نفع لا في الحال ولا في المآل، ذلك لعدم تكليفهم بشيء من الطاعات فلا ثواب ولا عقاب[1]؛ فيقول رسول الله ﷺ : « **رفع القلم عن ثلاث: عن الصبي حتى يبلغ، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ**»[2].

غير أنهم إختلفوا فيما إذا أنشأ الموصي وصيّته وهو في حالة كمال الأهلية ثم فقدها لعته أو لجنون، على الوجه الآتي:[3].

ذهب المذهب الحنفي: إلى بطلان الوصيّة بالجنون الطارئ إذا كان مطبقا، وذلك أن تستمر حالة الجنون عند الموصي لمدة ستة أشهر، أمّا في حالة ما إذا كان الجنون غير مطبق، يعتبر بمنزلة الإغماء فلا يؤثر في تصرفات الموصي، وتبقى الوصية صحيحة[4]، في حين يرى أصحاب

---

[1]–* المذهب الحنبلي: برهان الدين إبراهيم الحنبلي، المبدع شرح المقنع، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، ص.230.

* المذهب الحنفي: شمس الدين أحمد بن قودر، شرح العناية على الهداية، ج8، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، 1318 هـ، ص.417.

* المذهب الشافعي: شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج3، دار المعرفة للنشر، بيروت، 1997، ص.53.

* المذهب المالكي: شمس الدين محمد الدسوقي، المرجع السابق، ص.422.

[2]– محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه "كتاب الطلاق"، ج1، دار احياء الكتب العربية، د.س.ن، د.ب.ن، حديث رقم 2042، ص.ص.658– 659.

[3]– مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الميراث والوصيّة، وحق الإنتقال في الفقه الإسلامي المقارن والقانون، ط1، دار وائل للنشر، الأردن، 2006، ص.179.

[4]– علاء الدين الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج10، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص.484.

المذهب المالكي،عدم تأثير الجنون الطارئ على الوصيّة، فإنّها تظل صحيحة متى أنشأها الموصي حال إفاقته ولا فرق في ذلك بين ما إذا كان الجنون الطارئ مطبقا أو غير مطبق، إذ أنّ المجنون حال إفاقته كالعاقل الّذي لا جنون به، وبذلك تصح وصيته[1].

**ب) البلوغ:**

اتفق فقهاء الحنفية والبعض من الحنابلة والبعض من الشافعية، على أنّه يشترط لصحة الوصيّة أن يكون الموصي بالغًا، فلا تصح من إبن سبع سنوات فما دون ذلك[2]، إلاّ أنّهم في نفس الوقت يختلفون في صحة وصيّة الصبي المميز على قولين:

❖ **القول الأول: عدم صحة الوصيّة من الصبي المميز:**

قال فقهاء الحنفية: بأنّ الوصيّة عقد تبرّع كالهبة والصدقة وسائر عقود التبرّع، لذلك لابد من توفر أهلية التبرع لدى الموصي، ومادام أن الصبي ليس له هذه الأهلية، فلا تصح وصيّته، لكونها من التصرفات الضارة ضررًا محضًا، إذ لا يقابله عوض دنيوي[3].

أمّا البعض من فقهاء الحنابلة، فلا يجيزون وصية الصبي المميّز، ومن بينهم إبن أبي موسى، فقول " لا تصح وصية الغلام لدون عشر، ولا إجازته"[4].

❖**القول الثاني: صحة الوصيّة من الصبي المميز:**

يجيز المذهب المالكي والبعض من فقهاء المذهب الحنبلي ورواد المذهب الشافعي، وصيّة الصبي المميّز، وحجّتهم في هذا الرأي أنّ الوصيّة، وإن كانت تبرعًا إلاّ أنّها تبرع من نوع خاص، لأنّ

---

[1]– محمد عبد الوهاب المالكي، المعونة، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998، ص.514.

[2]– * المذهب الحنفي: علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ج10، ص.484.

* المذهب الحنبلي: برهان الدين إبراهيم الحنبلي، المرجع السابق، ج5، ص.ص.229-228.

* المذهب الشافعي: عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.284.

[3]– علاء الدين الكاساني الحنفي، المرجع السابق،ج10، ص.484.

[4]– علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج7، مطبعة السنة المحمدية، د.ب.ن، 1955، ص.186.

الملكية لا تنتقل من الموصي إلى الموصى له إلاّ بعد موته، فهذه الوصيّة لا تلحق الموصي بأيّ ضرر في حياته؛ وعليه فبعض أصحاب هذا الرأي يشترطون في الصبي المميز الذي تصح منه الوصيّة أن يكون قد بلغ عشر سنوات، وبعضهم إثنتي عشرة سنة، وأن توافق وصيته الحق، بمعنى أن يوصي بوصيّة يصح مثلها من البالغ[1].

واستدلّ أصحاب هذا الموقف بقول **رسول الله**ﷺ « **إنّ الله أعطاكم ثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في أعمالكم** »[2]، حيث لم يفصل **الرّسول**ﷺ بين ما إذا كانت الوصيّة صادرة من بالغ أو صبي مميز.

كما أسندوا موقفهم على ماورواه **الإمام مالك– رضي الله عنه –** في الموطأ عن **عبد الله بن أبي بكر بن** حزم، **عن أبيه أنّ عمرو بن سليم الزّرقي** أخبره: أنّه قيل **لعمر بن الخطّاب:**"إنّ ها هنا غلامًا يافعًا لم يحتلم من غسّان، ووارثه بالشام، وهو ذو مال، وليس ها هنا إلاّ إبنة عم له"، فقال **عمر بن الخطاب:**" فليوصي لها"؛ قال: فأوصى لها بمال يقال له: بئر جشم. قال **عمر و بن سليم:** " فبيع ذلك المال بثلاثين ألف درهم، وابنة عمه التي أوصى لها هي **أم عمر** و**بن سليم الزّرقي** ".قال: أبو بكر:" **وكان الغلام ابن عشر سنين، أو اثنتي عشرة سنة**" قال: " **فأوصى ببئر جشم فباعها أهلها بثلاثين ألف درهم**"[3].

---

(1) * المذهب المالكي: محمد عبد الوهاب المالكي، المرجع السابق، ص.514.

* المذهب الحنبلي: موفق الدين ابن قدامة، شمس الدين ابن قدامى المقدسي، المغني والشرح الكبير، ج6، دار الكتاب العربي، د.ب.ن، د.س.ن، ص.417.

* المذهب الشافعي: شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000، ص.67.

(2)– أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، "كتاب الوصايا"، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، رقم الحديث: 12571، ص.441.

(3)– مالك بن أنس الموطأ، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، د.س.ن، ص.ص. 480–479.

**ج) الرشد:**

يقصد بالرشد أن يحسن الموصي التصرف في ماله، وذلك بأن ينفقه على نحو يتفق مع مقتضى العقل والشرع [1]، أمّا في حالة ما لم يحسن تسيير ماله، يسمى الموصي بالسفيه أو ذي الغفلة[2]، وعليه اختلفت الآراء الفقهية حول صحة الوصيّة الصادرة من الموصي إذا كان محجورًا عليه لسفه أو غفلة إلى رأيين:

❖ **الرأي الأوّل:**

يرى بعض فقهاء الشافعية وفريق من المالكية، أنّ وصيّة المحجور عليه بالسّفه أو الغفلة صحيحة وذلك لأنّ السّفيه عاقل كامل الأهلية ولذلك وجبت عليه العبادة، وتقع عليه العقوبة وإنّما الحجر عليه يكون لمصلحته ومحافظة على ماله، فالوصيّة لا تضرّ بمصلحة السّفيه ولا بماله[3].

❖ **الرأي الثاني:**

يرى الفريق الآخر من فقهاء المذهب الشافعي والبعض من الحنابلة، ببطلان وصيّة السفيه المحجور عليه، كون تصرفات هذا الأخير تقع باطلة، خصوصا إن كانت من التّبرّعات والوصيّة نوع منها[4].

---

[1]– محمد عبد الهادي عبد الستار، أحكام الوصية وموجز أحكام الوقف في الفقه الإسلامي والقانون، د.د.ن، القاهرة، د.س.ن، ص.74.

[2]– مصطفى إبراهيم الزلمي، المرجع السابق، ص.180.

[3] * المذهب الشافعي: شمس الدين الرملي، المرجع السابق، ص.41.

* المذهب المالكي: عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.282.

[4] * المذهب الشافعي: شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق،ج4، ص.67.

* المذهب الحنبلي: منصور بن يونس البهوتي، شرح منتهى الإرادات،ج4، مؤسسة الرسالة للنشر، د.ب.ن، 2000، ص.441.

**2) الرضا والإختيار:**

الرضا وهو الرغبة في الشيء والإرتياح إليه[1]، إذ يشترط لصحة الوصيّة أن يكون الموصي راضيًا بالوصيّة لأنّها إيجاب ملك، كإيجاب الملك لسائر التصرفات من بيع وهبة...وغيرها[2].

**أ) حكم وصيّة المكره:**

اتفق فقهاء الحنفية، والشافعية، على أنّ الوصيّة الصادرة من المكره باطلة بطلانًا مطلقًا، وحجتهم أنّ المكره لا إرادة له وعباراته ملغاة، فلا تصح منه الوصيّة كسائر التصرفات[3].

**ب) حكم وصيّة السكران:**

السكر قد يكون بما يسبب ما حرم الله، كمن يشرب خمرًا أو يتناول مخدرًا فيذهب عقله، وقد يكون غير محرم، كمن يتناول مادة مخدرة لتداوي أو اشتبه عليه الخمر بالحلال فشربه، وللفقهاء في حكم الوصية الصادرة من الموصي حال سكره قولان:

❖ **القول الأول: بطلان وصيّة السكران مطلقا:**

تعتبر الوصيّة الصادرة من السكران باطلة بطلانا مطلقًا، سواء كان سكره محرمًا أو غير محرم، ذلك أنّ مناط أهلية التصرف هو العقل والتمييز، والسكران فاقد العقل عديم التمييز، لذلك فلا فرق بينه وبين المجنون، وهذا هو الرأي الذي إعتمده من كلّ المذهب المالكي والحنبلي[4].

---

(1)– أحمد الغندور، زكي الدين شعبان، المرجع السابق، ص.62.

(2)– أحمد فراج حسنين، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصيّة والوقف في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص.85.

(3)– الهمام الشيخ نظام، المرجع السابق، ص.92.

(4)* المذهب المالكي: شمس الدين محمد الدسوقي، المرجع السابق، ص.422.

* المذهب الحنبلي: منصور بن يونس البهوتي، المرجع السابق، ص.441.

❖ **القول الثاني: صحة وصيّة السكران:**

يرى فقهاء الشافعية، أنّ الوصيّة الصادرة من السكران صحيحة لكن بشرط أن يكون متعدّيًا في سكره، معناه أن يكون سكرانًا بالحرام كمن شرب خمرًا فيتسبب في إذهاب عقله[1]، وهو ما اِعتمده الفقيه الزركشي من الحنابلة ، إذ قال تصح وصيّته عقابًا له لأنّه في رأيهم غير مكلف[2].

**ج) حكم وصيّة الهازل والمخطئ:**

ذهب فقهاء الحنفية بالقول أنّ الوصيّة الصادرة من الهازل والمخطئ باطلة، كون إرادة المخطئ تتجه إلى التلفظ بلفظ معين يقصده، إلاّ أنّه يسبق لسانه فيتلفظ بلفظ آخر لا يقصده ولا تتجه إليه إرادته، أمّا الهازل فهو من قصد التلفظ بالعبارة المنشئة للوصيّة إلاّ أنّه لم تتجه إرادته الباطنة إلى إنشائها، وبالتالي لا تصح وصية كل من الهازل والمخطئ[3].

**ثانيا: شروط صحة الوصيّة الإختيارية المتعلقة بالموصي في بعض التشريعات العربية**

**1) موقف المشرع الجزائري:**

**أ) أن يكون أهلا للتبرع:**

تنص المادة **186 أنّه:**" **يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغًا تسع عشرة (19) سنة على الأقل** "[4]. وعليه نلاحظ من خلال هذه المادة أنّ المشرع الجزائري يشترط لصحة الوصيّة أن يكون الموصي بالغًا، إذ البلوغ مناط التكليف، إلاّ أنّ مفهوم البلوغ في القانون الجزائري يختلف عن المفهوم الّذي رسخ في أحكام الشريعة الإسلامية بوجه عام وفي الفقه الإسلامي بوجه خاص إذ يربطون البلوغ بسن التمييز، بينما يكون الموصي بالغًا في نظر القانون متى بلغ سن الرشد وهو بلوغ سن19 سنة، دون أن يعتريه عارض من عوارض الأهلية، إذ تنص المادة **40** من **ق.م.ج** أنّ:" **كلّ**

---

[1]– المذهب الشافعي: شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق،ج4 ، ص.67.

[2]- المذهب الحنبلي: علي بن سليمان المرداوي ، الإنصاف، المرجع السابق، ص.187.

[3] علاء الدين الكساني الحنفي، المرجع السابق، ج10، ص.285.

[4]– قانون رقم 84– 11، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

**شخص بلغ سن الرشد، متمتع بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسع عشرة (19) سنة كاملة**"[1].

كما يتضح من هذه الأسانيد القانونية، وجوب أن يكون الموصي عاقلاً، فإذا كان مجنونًا أو معتوها وقت إنشاء الوصيّة [2]، كانت وصيته باطلة بطلانًا مطلقًا،لإنعدام إرادته ولعدم إدراكه وتمييزه لمنافع وأضرار التصرفات القانونية التي يباشرونها[3]، فيكون مثل الصبي غير مميز، حسب المادة **42** من ق.م.ج الّتي تنص أنّه:" **لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو العته أو الجنون، يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة**"[4].

وعليه تكون تصرفات هذه الفئة المذكورة في المادة أعلاه باطلة مطلقًا سواء كانت نافعة نفعًا محضا أو ضارة ضررًا محضًا.

**ب) الرضا والإختيار:**

الوصيّة باعتبارها تصرفًا قانونيًا صادرا بالإرادة المنفردة من جانب الموصي يجب أن يتوافر فيها عنصر الإختيار الحقيقي مثلها مثل عقود المعاوضة، وعليه يجب أن تكون إرادة الموصي خالية من العيوب؛ لذلك لا تصح وصية المكره قياسًا على المادة **88** من ق.م.ج التي تنص " **يجوز إبطال العقد لإكراه إذا تعاقد الشخص تحت سلطان رهبة بيّنة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون وجه حق**"[5].

---

[1]– أمر رقم 75–58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05–10، مؤرخ في 20 يونيو 2005، ج.ر.ج.ج، عدد، 44، الصادر في 26 يونيو 2005.

[2]– زهدور محمد، الوصيّة في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991، ص.70.

[3]– شيخ نسيمة، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري: الهبة– الوصيّة– الوقف، دار هومه للنشر، الجزائر، 2012، ص.199.

[4]– أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[5]– المرجع نفسه.

وحسب ما جاء في المادة 123 مكرر من القانون المدني الفقرة 2 التي تنص: "ويسري على التصرف بالإرادة المنفردة ما يسري على الغقد من أحكام بِاستثناء أحكام القبول" وبالتالي يمكن تطبيق أحكام المادة **88 من ق.م.ج** على الإكراه الذي قد يعتري إرادة الموصي. خاصةً وأنّ هذا النوع من العيوب، الأكثر مساسًا بإرادة الموصي؛ كما لا تصح وصيّة المخطئ، لغياب عنصر الإختيار، إذ تنص المادة **81** من ق.م.ج على أنّه:" **يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله**"[1]. وقياسا على ذلك لا تصح وصية الهازل والسكران لإنعدام القصد والنية[2].

**2) موقف المشرع المغربي:**

يشترط لصحة الوصيّة وفقًا لمدونة الأسرة المغربية أن يكون الموصي راشدًا، وذلك طبقا لأحكام المادة **279 الفقرة الأولى (1)** التي تنص على أنّه: "**يشترط في الموصي أن يكون راشدًا**"[3].

فمن خلال هذا النص إذن نلاحظ بأنّ المشرع المغربي قد إشترط بصريح العبارة رشد الموصي لصحة الوصيّة، وذلك بكمال عقله وتمام إدراكه، بإتمامه سن الرشد القانوني والذي حدّده القانون بثمانية عشرة سنة كاملة، ومنه متى كان الشخص راشدًا غير محجور عليه لسفه أو غفلة، صحت كل تصرفاته.

إلاّ أنّ المشرع المغربي لم يقف عند هذا الحد، بل قد أجاز إستثناءً وصية المجنون بعد زوال نوبة الجنون ووصيّة السفيه والمعتوه وهذا ما تضمنته المادة السابقة الذكر في **فقرتها الثانية(2)** والتي تنص: على أنه:" **تصح الوصيّة من المجنون حال إفاقته، ومن السفيه والمعتوه**"[4].

---

[1]– أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[2]–شيخ نسيمة، المرجع السابق، ص.201.

[3]– قانون رقم 03– 70، يتضمن مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

[4]– المرجع نفسه.

**3) موقف المشرع المصري:**

يشترط لصحة الوصيّة الإختيارية وفقا لقانون الوصيّة المصري أن يكون الموصي من أهل التبرع، بأن يكون بالغًا عاقلاً رشيدًا، وقد عبر القانون عن هذه المعاني[1] في المادة **5** منه التي تنص على أنه:" **يشترط في الموصي أن يكون أهلاً للتبرع قانونا....**"[2].

❖ **أن يكون الموصي عاقلاً:**

تنص المادة **14 الفقرة (1)** من قانون الوصيّة أنّه: " **تبطل الوصية بجنون الموصي جنونا مطبقا إذا إتصل بالموت**"[3].

وعليه نستنتج بأنه تكون الوصية باطلة إذا طرأ على الموصي جنونا مطبقا، أي أن يستمر شهرًا فأكثر وأن يكون متصلاً بالموت؛ أمّا إذا لم يتصل جنونه بالموت ففي هذه الحالة تظل الوصية صحيحة[4].

❖ **أن يكون الموصي بالغًا راشدًا:**

يعترف المشرع المصري بإكتمال أهلية الشخص متى بلغ إحدى وعشرون سنة كاملة دون أن يحجر عليه لمانع من موانع الأهلية إذ تنص المادة **44** من القانون المدني المصري: " **كل شخص بلغ سن الرشد، متمتع بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة** "[5]، وبتطبيق هذه المادة على الوصيّة، نتوصل إلى أنّ الموصى له لابد أن يبلغ سن إحدى وعشرون سنة كاملة لكي تكون وصيته صحيحة ومرتبة لأثارها، غير أنّه وفقًا للمادة **5** من **ق.و.م** التي تنص:" **يشترط في الموصي أن يكون أهلاً للتبرع قانونًا، على أنّه إذا كان محجورًا عليه لسفه أو غفلة أو بلغ من العمر ثماني عشرة سنة شمسية**

---

(1)– محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.57.

(2)– قانون رقم 71، يتضمن قانون الوصية المصري، المرجع السابق.

(3)– المرجع نفسه.

(4)– محمد عبد الهادي عبد الستار، المرجع السابق، ص.70.

(5)– قانون رقم 131، المؤرخ 1948/07/29، يتضمن القانون المدني المصري، متوفر على الموقع:
http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/eg/eg026ar.pdf

**جازت وصيته بإذن المجلس الحسبي**"[1]، وكذا المادة 16 من نفس القانون الّتي تنص على أنّه:" **لا تبطل الوصية بالحجر على الموصي للسفه أو الغفلة**"[2]. نتوصل إلى عدم تأثر صحة الوصية بسبب الحجر على الموصي لسفه أو غفلة، إذا تحصل على إذن المجلس الحسبي.

## الفرع الثاني

## شروط صحة الوصيّة المتعلقة بالموصى له

الموصى له هو الشخص أو الجهة المقصودة بالوصيّة وهو الذي يستفيد من الوصيّة بعد وفاة الموصي[3]. وبالتالي فمركزه القانوني لا يقل عن مركز الموصي، لذلك بعض شروط صحة الوصيّة تتعلق به والمتمثلة في:

### أولا: شروط صحّة الوصيّة المتعلّقة بالموصى له في الفقه الإسلامي

### 1) أن يكون الموصى له موجودا:

اتفق كل من أصحاب المذهب الحنفي والشافعي، على أنّه يشترط لصحّة الوصيّة أن يكون الموصى له موجودًا حين إنشاء الوصيّة، إمّا وجودًا حقيقيًا أو تقديريًا كالجنين في بطن أمه، وعليه لا تجوز الوصية للمعدوم أو الميّت بحجة أنّها تمليك فالتمليك للمعدوم غير جائز[4]. غير أنّه، وخلافًا لهذا الرأي لا يشترط أصحاب المذهب المالكي وجود الموصى له لا وقت إنشاء الوصيّة ولا وقت وفاة الموصي، فيجيزون الوصيّة للمعدوم الذي سيوجد في المستقبل ولو بعد وفاة الموصي بزمن طويل، كالوصيّة للمسجد الذي سيبنى، بل حتى أنّهم يجيزون الوصيّة للميت[5].

---

(1)– قانون رقم 71، يتضمن قانون الوصية المصري، المرجع السابق.

(2)– المرجع نفسه.

(3)– عبد اللطيف محمد عامر، المرجع السابق، ص.86.

(4)* المذهب الحنفي:علاء الدين الكاساني الحنفي، المرجع السابق،ج10، ص.488.

*المذهب الشافعي: شمس الدين محمد الشربيني، المرجع السابق،ج4، ص.69.

(5)– شمس الدين الدسوقي، المرجع السابق، ص.423.

**2) أن يكون الموصى له معلوما:**

يشترط لصحة الوصيّة وفقًا للمذهب الحنفي- بإستثناء الوصيّة لله تعالى ولأعمال الخير- أن يكون الموصى له معلومًا علمًا كافيًا ورافعًا للجهالة المطلقة التي لا يمكن إستدراكها أو إزالتها، وإلاّ بطلت الوصيّة[1].

**3) ألاّ يكون الموصى له قاتلا للموصي:**

إختلف أئمة الفقه الإسلام يحول مدى تأثير القتل في الوصيّة إلى آراء مختلفة، فهناك من جعل من قتل الموصى له للموصي شرطا باطلاً لا تقوم به الوصيّة، وهناك من جعله شرطًا لا يمنع من صحة الوصيّة فتكون حينئذ صحيحة [2].

**أ) موقف جمهور الفقهاء:**

يعتبر جمهور الفقهاء، القتل مانعًا لصحة الوصيّة مطلقًا، سواء كان القتل عمدا أو خطأ، وسواء كانت الوصية سابقة على القتل كمن يوصي شخص لآخر ثم يقتل الموصى له الموصي، أو لاحقة له كما لو ضرب شخص آخر ضربة جارحة ثم يوصي المضروب للضارب وبعد الوصيّة يموت بسبب الجرح السابق[3].واستدل هؤولاء الفقهاء بقول **رسول الله ﷺ:**« **ليس لقاتل وصية** »[4]، كما لا ميراث للقاتل، والوصيّة أخت الميراث، ومادامت كذلك فلا وصية للقاتل.

---

[1]- علاء الدين الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ج10، ص.ص.502-503.

[2]- *المالكية: محمد عبد الوهاب، المرجع السابق، ص.ص.517-518.

*الشافعية: شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج4، ص.73.

*الحنابلة: منصور بن يونس البهوتي ، شرح منتهى الإرادات، المرجع السابق، ج.4، ص.465.

*الحنفية: علاء الدين الكاساني، المرجع السابق، ج10، ص.ص.495.494.

[3]- * عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، المرجع السابق، ص.182.

* منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، المرجع السابق، ج4، ص.465.

* عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.186.

[4]- علي بن عمر الدار قطني، سنن الدار قطني، ج1، "كتاب الأقضية"، دار المعرفة، بيروت، 2001، حديث رقم: 115/4491، ص.481.

**ب) موقف المذهب المالكي:**

❖ **القول الأول**

ذهب فقهاء المذهب المالكي، إلى القول بأنّ القتل لا يمنع من صحة الوصيّة مطلقا، سواء كان القتل قبل الوصيّة أو بعدها، وسواء كان قتل الموصى له للموصي عن عمد أو خطأ، وحجتهم في ذلك أنّ الوصيّة تمليك بعقد كالهبة والوصيّة تصح للكافر ولن يكون القتل أشنع من الكفر، وقد أيدهم في ذلك فريق الأخر من المذهب الشافعي وبعض الحنابلة[1].

واستدل القائلون بهذا الرأي **بقول الله تعالى:﴿ فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَمَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾**[2].

❖ **القول الثاني:**

ذهب الفريق الثاني من المذهب المالكي، إلى الفصل بين القتل البعدي والقبلي، فيرون إن وقعت الوصيّة بعد الضرب المميت وعرف المقتول قاتله لا تبطل سواء كان الضرب عمدا أو خطأ، لكن إذا وقعت الوصيّة قبل الضرب، فالوصيّة باطلة حتى ولو لم يعرف القاتل، ولم يغير الموصي الوصيّة[3].

**4) ألاّ يكون الموصى له جهة معصية:**

المقصود بجهة المعصية هي الجهة المحرمة شرعا، كالوصية لدور الفسق وجمعيات الأشرار[4].

---

[1]* المذهب المالكي: محمد عبد الوهاب، المرجع السابق، ص.ص.517-518.

* المذهب الشافعي: شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج4، ص.73.

* المذهب الحنبلي: منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، شرح منتهى الإرادات، المرجع السابق، ج4، ص.465.

[2]- سورة البقرة، الآية "181".

[3]- عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.283.

[4]- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج2: الميراث والوصية، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص.ص.260-259.

وعليه إتفق فقهاء المالكية، الحنفية، الشافعية والحنابلة، على أنّه يشترط لصحة الوصيّة ألاّ يكون الموصى له جهة معصية، سواء كانت محرمة بحد ذاتها كالوصيّة لأندية القمار والمراقص أو ليست محرمة في ذاتها لكن الباعث على الوصيّة محرّمًا، ومثال ذلك أن يوصي شخص لخليلته بمال حتى تبقى على علاقتها المحرّمة به، فإذا كانت كذلك بطلت الوصيّة[1].

**ثانيا: شروط صحة الوصيّة المتعلقة بالموصى له في بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية**

**1) موقف قانون الأسرة الجزائري:**

نظرا لأخذ المشرع الجزائري بموقف المذهب المالكي، لم يورد في قانون الأسرة كلّ الشروط المتعلقة بالموصى له والتي عرضناها فيما سبق في إطار تطرقنا لموقف الفقه الإسلامي، بل إقتصرت هذه الشروط على ما يلي:

**أ) ألاّ يكون الموصى له قاتلا للموصي:**

نص المشرع الجزائري على هذا الشرط في **المادة 188 من ق.أ.ج** والتي جاء فيها:" **لا يستحق الوصيّة من قتل الموصي عمدا** "[2]، وعليه لا يستحق الموصى له الوصيّة إذا قتل الموصي عمدا، سواء كان فاعلاً أصليًا أو شريكًا أو شاهد زور أدّت شهادته إلى الحكم على الموصي بالإعدام و تنفيذه أو كان عالمًا بالقتل و تدبيره ولم يخبر السلطات المعنية بذلك[3].

وأخذ المشرع الجزائري في هذا الشأن بموقف المذهب الفقه المالكي، الذي اشترط أن يكون قتل الموصي المسقط لحق الموصى له في الوصيّة عمديًا والّذي يستلزم القصاص أو الكفارة شرعًا[4]، أمّا

---

[1]*المذهب المالكي: شمس الدين الدسوقي، المرجع السابق، ص.ص.422-423.

* المذهب الحنفي: علاء الدين الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ج10، ص.ص. 501.500.

* المذهب الشافعي: شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج4، ص.68.

* المذهب الحنبلي: منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، المرجع السابق،ج4، ص.442.

[2]- قانون رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

[3]- شيخ نسيمة، المرجع السابق، ص.208.

[4]-العربي بلحاج، المرجع السابق، ج2، ص. 262.

إذا قتل الموصى له الموصي خطأ أو كان في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عرضه، لا تبطل الوصيّة، وترتب كلّ أثارها[1].

**ب) ألاّ يكون الموصى له جهة معصية:**

لم يتطرق المشرع الجزائري صراحةً لحكم الوصيّة إن كانت تنصب على معصية الله تعالى، ولكن بالرجوع إلى أحكام المادة **222** من ق.أ.ج، تنص:" **كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية**"[2]، وبذلك يكون موقف المشرع الجزائري مثل أئمة الفقه الإسلامي الذين لم يختلفوا في بطلان هذه الوصيّة.

**2) موقف المشرع المغربي:**

تطرق المشرع المغربي في مدونة الأسرة المغربية لبعض شروط صحة الوصيّة والمتعلقة بالموصى له، إذ يتبين من المادة 282 من المدونة التي تنص:" **تصح الوصية لمن كان موجودا وقتها أو منتظر الوجود**"[3]؛ أنّ المشرع المغربي يجيز الوصيّة للموصى له سواءً وجد أثناء إنشاء الوصيّة أو أنّه قابل للوجود في المستقبل.

كما اِشترط في المادة في**283 الفقرة 2** من المدونة التي تنص:" **يشترط في الموصى له عدم قتله للموصي عمدا، إلاّ إذا أوصى له من جديد**"[4]، أن لا يكون الموصى له قاتلا للموصي عمدا، ولا يجوز أن تكون الوصيّة لجهة من الجهات العامة، إذ تنص المادة 281 من المدونة: **تصح الوصيّة لكل من صح شرعا تملكه للموصى به حقيقة أو حكمًا**"[5].

---

[1]– دربالي حكيم، الوصيّة في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق، تخصص: أحوال شخصية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015، ص.16.

[2]– قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

[3]– قانون رقم 03– 70، يتضمن مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

[4]– المرجع نفسه.

[5]– قانون رقم 03–70، يتضمن مدونة الأسرة المغربية.

**3) موقف المشرع المصري:**

فصل المشرع المصري في شأن الشروط التي يجب أن تتوفر في الموصى له أكثر من المشرع المغربي، ولا مجال لمقارنته بالمشرع الجزائري.

إذ إشترط بموجب المادة 6 من قانون الوصيّة أن يكون الموصى له معلومًا، وموجودًا وقت إنشاء الوصية، غير أنه يجيز الوصيّة وإن لم يكن الموصى له موجودًا متى لم يكن من المعيّنين، فقد جاء في هذه المادة ما يلي: " **يشترط في الموصى له أن يكون معلومًا، وأن يكون موجودًا وقت الوصيّة، إن كان معينًا، فإن لم يكن معينًا لا يشترط أن يكون موجودًا عند الوصيّة ولا وقت موت الموصي، وذلك مع مراعاة ما نص عليه في المادة20** "[1].

كما لا يجيز الوصيّة، إذا كانت لجهة معصيّة في حد ذاتها، أو كان السبب الدافع لإنشائها منافيًا لأحكام الشرعة الإسلامية[2]؛ فتنص المادة **3/الفقرة 3** من نفس القانون على أنه:" **يشترط في صحة الوصيّة ألاّ تكون بمعصية أو لا يكون الباعث عليها منافيا لمقاصد الشارع**"[3]. كما يتبين من المادة 17 من قانون الوصيّة المصري عدم صحة الوصيّة إن أقدم الموصى له على قتل الموصي عمدًا سواءً كان فاعلا أصليًا أو شريكًا وكيفما كانت طرقة القتل[4].

## الفرع الثالث

## شروط صحة الوصيّة المتعلّقة بالموصى به

الوصيّة تصرف شرعي ولكل تصرف محل يتعلق به ويظهر فيه حكمه وأثره، ومحل الوصيّة هو الشيء الموصى به، والّذي يقصد الموصي نقل ملكيته للموصى له بعد وفاته. وعليه سنتناول في هذا الفرع شروط صحة الوصيّة المتعلّقة بالموصى به، والتي لا تقل أهمية عن سابقتها سواء من الناحية الفقهية أو القانونية.

---

[1]– قانون رقم 71، يتضمن قانون الوصيّة المصري، المرجع السابق.

[2]– أحمد فراج حسنين، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص.94.

[3]– قانون رقم 71، يتضمن قانون الوصيّة المصري، المرجع السابق.

[4]– محمد عبد الهادي عبد الستار، المرجع السابق، ص.ص.117– 116.

**أولا: شروط صحة الوصيّة المتعلقة بالموصى به في الفقه الإسلامي**

**1) أن يكون الموصى به مالا قابلا للتوارث والتمليك:**

يرى جمهور الفقهاء، إلزامية أن يكون الموصى به من الأموال التي تصلح كعنصر من عناصر التركة، بحيث يجوز تملكها وإنتقالها شرعًا بالإرث، فقد يكون أعيانًا مالية، حقوقًا عينيّة أو حقوقًا مالية كالديون الثابتة في ذمة الغير...؛ وإن لم تكن كذلك إشترط فيه أن يكون صالحًا لأن يصبح محلاً للتعاقد في حال حياة الموصي، كالمنفعة، فإن لم يكن ممّا ينطبق عليه أحد الأمرين تكون الوصيّة باطلة[1].

**2) أن يكون الموصى به مالاً متقومًا:**

يلزم فقها لصحة الوصيّة أن يكون الموصى به مالاً مقتومًا، أيّ له قيمة مالية يعتدّ بها شرعًا، في شريعة كلّ من الموصي والموصى له، وبالتالي حتى يكون المال متقوما يجب أن يكون مضمونًا من الإتلاف، حيث أنّه يجوز بيعه وهبته سواء كان عينًا أو منفعةً، ولا يصح أن يكون محلاً للوصيّة بالأموال المباحة قبل حيازتها كالكلأ ، وماء الأنهار والعيون والآبار غير المملوكة لأحد... [2].

أمّا فقهاء الحنابلة، وأقروا بصحة الوصيّة بما هو غير مقدور على تسليمه، كالطير في الهواء أو السمك في الماء أو البعير الشارد[3].

---

[1]* المذهب المالكي:عبد الرحمان زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ج11، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1999، ص.441.

* المذهب الحنفي: علاء الدين الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ج10، ص.ص.522-523.

*المذهب الشافعي: شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج4، ص.75.

* المذهب الحنبلي: ابن مفلح الحنبلي، المبدع شرح المقنع، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، ص.272.

[2]* المذهب المالكي: شمس الدين محمد الدسوقي، المرجع السابق، ص.423.

* المذهب الحنفي: علاء الدين الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ج7، ص.352.

* المذهب الشافعي: شمس الدين الرملي، المرجع السابق، ص.52.

[3]- ابن مفلح الحنبلي، المرجع السابق، ص.265.

**3) أن يكون الموصى به مملوكًا للموصي وقت الوصيّة:**

أقرّ فقهاء الحنفية، على أنّه يشترط لصحة الوصيّة أن يكون الشيء الموصى به موجودًا في ملك الموصي، وهذا الشرط يستلزم فقط بالنسبة للأعيان المالية دون المنافع، وذلك بتحديد الأموال المعيّنة بالذات، كون أنّ الوصيّة بمعيّن إيجاب للملك، فلابد من أن يكون مملوكًا له وقت الوصيّة، لأنّها لا تصح بملك الغير[1].

**ثانيا: شروط صحة الوصيّة المتعلقة بالموصى به في بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية**

**1) موقف قانون الأسرة الجزائري:**

نصّ المشرع الجزائري في **المادة 190** من **ق.أ.ج** على ما يلي:" **للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة**"[2].

وبقراءة هذه المادة يتضح لنا أنّ جميع ما يصح تملكه من الأموال المباحة عينًا كانت أو منفعةً يصح أن يكون موصى به، فتصح الوصيّة بكلّ ما يدخل في ملك الموصي من أموال وحقوق قابلة للتداول أو الإنتقال بالطرق المقررة قانونًا مع إستيفاء الإجراءات اللاّزمة لنقل ملكيته[3]؛ ومادام أنّ الموصى به يدخل في ملكية الموصي، فلابد أن يكون قابلاً للتملك.

أمّا أن يكون الموصى به مقيمًا، فلم يرد في ذلك أيّ نص في قانون الأسرة الجزائري، وبذلك نعود إلى أحكام الفقه الإسلامي نزولاً عند مقتضيات المادة **222 من ق.أ.ج** التي تنص على: " **كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية** "[4]. وبذلك نقترح الأخذ برأي الجمهور من الفقهاء الذين إستلزموا أن يكون الموصى به متقومًا.

---

[1]– شمس الدين أحمد بن قودر، المرجع السابق، ج8، ص.435.

[2]– قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

[3]– دربالي حكيم، المرجع السابق، ص.20.

[4]– قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

**2) موقف المشرع المغربي:**

حتّى تنعقد الوصيّة صحيحة وفقًا لمدونة الأسرة المغربية يجب أن يكون محل الوصية من الأموال التي تكون قابلة لتمليك في نفسه كما وصفها المشرع المغربي في المادة **292** والتي تنص على أنه:" **يجب في الموصى به أن يكون قابلاً للتملك في نفسه**" [1].

وعليه يفهم بأنّ الأموال القابلة للتملك هي تلك الأموال القابلة للتوارث من المورث إلى الورثة بصفة شرعية عن طريق الوفاة.

ويلاحظ كذلك من المادة بأنّ المشرع المغربي منح الحرية للموصي بأن يوصي كما يشاء بأمواله بشرط أن تدخل في ملكه، ذلك سواء أكانت أموالاً عينية منقولات وعقارات، أو حقوقًا عينية كحق الإرتفاق مثلا...إلى غير ذلك من أنواع التمليك.

**3) موقف المشرع المصري:**

تنص المادة **10** من قانون الوصيّة المصري:" يشترط في الموصى به: **أن يكون مما يجري فيه الإرث أو يصح أن يكون محلا للتعاقد حال حياة الموصي، أن يكون متقومًا عند وفاة الموصي إن كان مالاً، وأن يكون موجودًا عند الوصيّة في ملك الموصي إن كان معيّنًا بالذات**"[2]. والتي يتضح لنا من خلال مضمونها ما يلي:

- ❖ إشتراط المشرع المصري قابلية الموصى به للتوارث والتملك، شأنه شأن الفقه الإسلامي والتشريعين السابقين؛ فيكون أعيانًا مالية ( عقارات ومنقولات)، أو منفعةً كسكنى دار معينة.
- ❖ وجوب أن يكون الموصى به مالاً متقومًا، إذا كان من الأعيان المالية، بينما إن كان منفعةً فلا يسري عليه هذا الشرط، كما أنّ المشرع المصري يعتد بوجوب تحقق هذا الشرط عند وفاة الموصي وليس عند إنشاء الوصيّة؛ إلاّ أنّه يعتبر من الشروط التي يستلزمها نشوء الوصيّة إنما يسري فقط بأثر رجعي من تاريخ الوفاة.

---

[1]– القانون رقم 03– 70، يتضمن مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

[2]– قانون رقم 71، يتضمن قانون الوصيّة المصري، المرجع السابق.

❖ يشترط لصحة الوصيّة أن يكون الموصى به موجودًا وقت الوصيّة، وأن يكون مملوكا للموصي إذا كان معينا بالذات، كالوصيّة بفرس معينة فيشترط وجود الفرس حين الوصيّة ومملوكة للموصي في ذلك الوقت، وذلك عملا بأحكام المادة **10** من قانون الوصيّة المصري.

وعليه فلا يصح أن يوصي الموصي بما يدخل في ملك غيره كما لو كان ملكه، وإلاّ تقع وصيّته باطلة، حتى ولو تملكه بعد وقت الوصيّة، لأنّ المادة واضحة بإعتبارها لوقت نشوء الوصّية وليس بوقت لاحق كموعد وفاة الموصي[1].

## المطلب الثاني

## الشروط الشكلية لصحة الوصيّة الإختيارية

تعتبر الشكلية المظهر الخارجي للوصيّة، إذ من خلالها يعبِّر الشخص عن إرادته نحو تصرف معين، ويتحقق ذلك وفقا للقواعد العامة أي بإفراغ ذلك التصرف في قالب رسمي وذلك من خلال عرضه على إجراءات التسجيل والشهر.

وعليه تكتسي هذه الشكلية أهمية بالغة في مجال التعاقد وكذلك في إنشاء التصرفات، بحيث تفرض نفسها بصورة إلزامية نظرًا لأهميتها خاصة في وقتنا الحالي أين إنعدمت الثقة والأمان.

### الفرع الأول

### الشروط الشكلية لصحة الوصيّة الإختيارية في الفقه الإسلامي

" تعتبر الكتابة الخط الّذي يعتمد عليه في توثيق الحقوق وما يتعلق بها والرجوع إليها عند الإثبات"[2]. كما أنّها تمثل الشّق الأهم في شكلية العقود. و في هذا الفرع نتطرق إلى مدى أهمية كتابة الوصية في الفقه الإسلامي .

---

[1]– إلياس ناصيف، الوصيّة للمسلمين في القانون الدولي الخاص، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، د.ب.ن، 2003، ص.129.

[2]– محمد مصطفى الزحيلي، المرجع السابق، ص.417.

لم يتطرق أئمة الفقه الإسلامي في موضوع الوصّية للكتابة إلاّ كوسيلة للتّعبير عن الإرادة فحسب، دون أن يأتي في مؤلفاتهم ما يوحي بضرورته لصحّة الوصيّة، بل حتى أنّهم لا يكتفون بها كوسيلة للإثبات ويرون بضرورة الإشهاد عليها[1] ،لأنّ الخطوط تتشابه ويحتمل تزويرها؛غير أنّه لا يمكن تفسير موقفهم هذا بوجوب أن تكون الوصيّة شفوية عندهم لأنّ هذا يتنافى مع قول **الله عزّ وجل:﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آَمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ ... وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾** [2] .

كما لا يتماشى والمبدأ السّاري في الفقه الإسلامي: المصلحة المرسلة، حيث تمخضت عن التطورات الإجتماعية، إرتفاع نسبة متطلبات الأشخاص وتغيرت أخلقياتهم عما سبق[3]، ما أدى إلى ظهور مصالح وحقوق لم يضع الشارع الحكيم أحكامًا لتحقيقها ولم يدل أي دليل شرعي على إعتبارها أو إلغائها، إذ أنّ الظروف هي التي إستلزمت وضع سبل للحفاظ عليها[4]، فأدّت مصلحة الأولاد بدرجة أولى ومصلحة الزوجين في درجة ثانية إلى إبرام عقد الزواج في شكل رسمي، بالرّغم من أنّه يعتبر عقدًا صحيحًا شرعًا إذا إستوفى ركنه وشروطه .

وحسب هذا المبدأ، تستلزم مصلحة الموصى له توثيق الوصيّة ليكون له سند يواجه به ورثة الموصي، وهذا ما أقر به بعض الفقهاء المعاصرين الذين يرون أنّ الكتابة هي الوسيلة المثلى للتعبير عن الإرادة لأنّها أكثر حجية من اللّفظ[5]، إذ لا تتعرض لجحدها ولا لإتلافها خاصة إن كانت في دعامة إلكترونية.

---

[1]– *المذهب الشافعي: أبو بكر الدمياطي، المرجع السابق، ص.199.

*المذهب الحنفي: برهان الدّين أبو المعالي إبن مارة البخاري ، المحيط البرهاني، مجلد22، مكتبة الرّشد، الرّياض، السعودية، 2004، ص.244.

*المذهب المالكي: سحنون بن سعيد التنويخي، المرجع السابق، ص.13.

[2]– سورة البقرة، الآية "282".

[3]– عبد الله محمد صالح «**المصلحة المرسلة وتطبيقاتها المعاصرة** »،مجلة جامعة دمشق، جامعة اليرموك، دمشق، مجلد16،عدد 1، 2000، ص.358. متوفر على الموقع:

http://www.riyadhalelm.com/researches/4/444.pdf.

[4]– عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، د.س.ن ص.80-81.

[5]– عبد اللّطيف محمد عامر، المرجع السابق، ص 61.

## الفرع الثاني

## الشروط الشكلية لصحة الوصيّة الإختيارية في بعض القوانين العربية

يعتبر موضوع شكلية الوصيّة أساسًا موضوعًا قانونيًا، لأنّ القوانين هي التي نظمت هذه الشروط بما أنّها مسألة معاصرة، وبهذا نتطرق في هذا الفرع إلى موقف المشرع الجزائري وكذا المصري والمغربي إذ تنصب عليها دراستنا المقارنة.

**أولا: موقف المشرع الجزائري**

بالرجوع إلى موقف المشرع الجزائري نجد أنّه قد حسم مسألة شكلية الوصيّة في كلّ من التوثيق والشهر.

**1) توثيق الوصيّة:**

تعتبر الوصيّة تصرفً قانونيًا قد يطرأ على منقول كما يمكن أن يقع على عقار، ولا شك أنه إن إنصب على هذا الأخير يجب أن يفرغ في قالب رسمي، وبل نرى أنّه حتى ولو كان محل الوصيّة منقول إلاّ أنّه يستحسن أن تحرر في وثيقة رسمية، حتى يكون لها حجة بين الأطراف وفي مواجهة الغير، إذ تنص المادة **191** من **ق.أ.ج** على أنه: "**تثبت الوصيّة: بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك، وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم، و يؤشر به على هامش أصل الملكية**"[1].

فنلاحظ من خلال هذه المادة، بأنّ المشرع الجزائري يعتد في إثبات الوصيّة بالمحرر الرسمي، دون أن يميز في ذلك إن كانت تنصب على عقار أو منقول وهذا على عكس ما جاءت به المادة **324 مكرر 1 من ق.م.ج**، التي تفرض الشكلية على التصرفات الواردة على العقارات فقط والتي تنص:" زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات...للعقد" [1].

[1]– قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

وقد كرس المشرع الجزائري في قانون الأسرة طريقتين لإثبات الوصيّة، وكليهما تندرج ضمن الوسائل الرسمية في الإثبات:

**أ) إثبات الوصيّة بموجب سند توثيقي:**

تثبت الوصيّة وفقًا للقاعدة بموجب سند توثيقي تصريحي يحرر من قبل الموثق، بناء على تصريح الموصي أمامه[1]، وذلك وفقا لأحكام المادة **191/ الفقرة 1** من **ق.أ.ج** والتي تنص على أنّه:" **تثبت الوصيّة بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك**"[2]. وعليه يجب على الموثق أن يراعي عند تحرير الوصيّة جميع الشروط الواجب توافرها في العقود الإحتفائية " **Les actes solennels** "، بحيث يتم تحرير الوصيّة في وثيقة رسمية مستوفية لكلّ الشروط التي تضمنها قانون التوثيق، ويكون ذلك أمام الموصي و بحضور شاهدين عدل[3]، وكذلك يجب عليه الإشارة بدقة لصفة الموصي والموصى له والموصى به، والغاية من ذلك منع اللّبس عن كلّ ما يمكن أن يؤدي إلى تشابه الوصيّة بغيرها من العقود[4]. وكذلك في حالة ما إذا حررت الوصية بحضور وكيل عن الموصي وجب على الموثق التأكد من صحة تلك الوكالة، ثم يحرر العقد لكن بشرط أن تتوفر فيه الشروط الواجب توافرها في الوصيّة المحررة من طرف الموصي نفسه[5].

هذا ويسري على الوصيّة وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت في حالة تنازع القوانين من حيث المكان، قانون الموصي أو الهالك أو من صدر منه التصرف وقت موته؛ غير أنّه يسري على شكل الوصيّة قانون الموصي وقت الوصية، أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية، عملاً بأحكام قاعدة الإسناد التي تضمنتها المادة **16/ الفقرة(1)** من القانون المدني الجزائري[6].

---

(1)– شيخ نسيمة، المرجع السابق، ص.223.

(2)– قانون رقم 84– 11، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

(3)– حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص.59.

(4)– محمد محدة، المرجع السابق، ص.48.

(5)– حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص.60.

(6)– العربي بلحاج، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص.158.

**ب) إثبات الوصيّة بموجب حكم قضائي:**

**تنص المادة 191/الفقرة (2)** من **ق.أ.ج** على أنّه:"... **في حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصيّة بحكم، ويؤشر به على هامش أصل الملكية**"[1]، وعليه نستنتج أنّ المشرع الجزائري أورد إستثناء على القاعدة المعتمدة في المادة 191/الفقرة (1) من ق.أ.ج، فرضًا من طرفه إمكانيّة وقوع مانع قاهر يحول دون تمكن الموصي من إتمام عملية التوثيق أمام الموثق، فإذا كانت الوصيّة في شكل عرفي، والموصي أثناء توجهه إلى الموثق تعرض لحادث سير أودى بحياته، يمكن للموصى له بعد إثبات هذا المانع[2]، وتقديم المحرر العرفي أن يلتمس من القضاء إصدار حكم يعترف بصحة ونفاذ الوصيّة، فيكون هذا الحكم سندًا رسميًا للإثبات، شأنه شأن العقد المحرر لدى الموثق[3]، وبعد صيرورة هذا الحكم نهائيًا يتم التأشير به على هامش أصل الملكية وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ2008/01/16، تحت رقم 413209، في قضية(ف.ن) ضد النيابة العامة، والذي جاء فيه أنّه من المقرر قانونًا أنّ الوصية تثبت بتصريح الموصي أمام الموثق أو تحرير عقد بذلك، وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت بحكم ويؤشر على هامش أصل الوصية[4].

هذا وبعد أن يتم توثيق الوصيّة بإحدى الطريقتين السابقتي الذكر، تأتي مرحلة تسجيل الوصيّة، وذلك وفقا للمادة **10** من قانون التوثيق **رقم 02/06** التي أوجبت على الموثقين ضرورة تسجيل ما حرروه من عقود في مصلحة التسجيل والطابع[5].

**2) شهر الوصيّة:**

بما أنّ الوصيّة من التصرفات الناقلة للملكية، والتي قد تكون عقارية فإنّه علاوة على إفراغها في شكل رسمي لابد من استكمال إجراءات الشهر العقاري، وإن لم يوجد أي نص في ق.أ.ج حول

---

(1)– قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

(2)– شيخ نسيمة، المرجع السابق، ص.224.

(3)– محمد محدة، المرجع السابق، ص.48.

(4)– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 413209 مؤرخ في 2008/01/16،( قضية بين" ف. ن" ضد النيابة العامة)، المجلة القضائية، الجزائر، العدد2، 2008، ص.301.

(5)– قانون رقم 06–02، المؤرخ في 20 فبراير 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج.ر، عدد 14، الصادر في 8 مارس 2006.

شهر الوصيّة، إلاّ أنّها إذا تعلقت بالعقار فلا شك أن تخضع للقواعد العامة لانتقال الملكية العقارية، ويظهر ذلك من خلال ما يلي:

❖ **المادة793 من ق.م.ج:** التي تستلزم مراعاة إجراءات الشهر العقاري لانتقال الحقوق العقارية أيًا كانت حقوق ملكية أو حقوق عينية أخرى إذ تنص:" **لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلاّ إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار**" [1].

غير أنّ **المادة 15 من الأمر 74-75** المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، قدمت إستثناء بوجود الحقوق العقارية التي تنتقل من يوم الوفاة إذ تنص: " **كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلاّ من تاريخ يوم إشهارها في مجموعة البطاقات العقارية، غير أنّ نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية**"[2].

ولكن **المادة 91 من المرسوم 63/76** المتعلق بتأسيس السجل العقاري التي تنص:" **كل انتقال أو إنشاء أو انقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة ضمن الآجال المحددة في المادة 99، يجب أن تثبت بموجب شهادة موثقة**"؛ تستلزم إثبات كلّ انتقال للملكية العقارية بفعل الوفاة بموجب شهادة توثيقية، والتي لابد من شهرها لدى المحافظة العقارية حسب المادة**39 من نفس المرسوم** التي تنص:"**عندما يتم إشهار شهادة موثقة بعد وفاة تثبت الإنتقال المشاع للأملاك بإسم مختلف الورثة أو الموصى لهم، فإنّه يؤشر على بطاقة العقار بأسماء جميع المالكين على الشيوع وبالحصة التي تعود لكل واحد منهم عندما يكون ذلك مبينًا في الشهادة**"[3].

---

[1]- أمر رقم 75- 58، يتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

[2]- أمر رقم 75- 74، مؤرخ في 12 نوفمبر 1975، يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج.ر.ج.ج، عدد 92، الصادر في 18 نوفمبر 1975.

[3]- مرسوم رقم 76- 63، مؤرخ في 25 مارس 1976، يتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج.ر.ج.ج، عدد 30، الصادر في13 أفريل 1976، ص.ص.502.506.

❖ كما ألزمت **99 من المرسوم 63/76** الخلف العام للمتوفى أيًا كانوا ورثة أو موصى لهم بتقديم التماساتهم لمباشرة إجراءات نقل ملكية الحقوق العينية خلال 6 أشهر من حدوث واقعة الوفاة، تحت طائلة قيام مسؤوليتهم المدنية عن أي تأخير وتجاوز لهذه الآجال، فإذا إنتهت دون قيام الموصى لهم بإجراءات الشهر يسقط حقهم في المطالبة بملكية الموصى به لأنّ الأثر العيني للتصرفات وفق القانون الجزائري يتم بإتمام إجراءات الشهر والتسجيل[1].

ولا بأس أن ننوه في الأخير أنّه حتى ولو كان الشهر لا يعتبر شرطا لصحة الوصيّة وإنما عبارة عن إجراء لإحداث هذا التصرف لأثره العيني والمتمثل في نقل الملكية، إلاّ أننا نرى بضرورته للحفاظ على تسلسل الملاك للملكية العقارية، من أجل حماية حقوق الموصى له وحقوق الغير حسن النيّة الذي قد يتعرض لإحتيال وغش من قبل ورثة الموصي لو لا شهر الوصيّة، فيقدمون بالتصرف في الموصى به للغير ، بسبب عدم شهر الوصيّة في المحافظة العقارية.

**ثانيا: موقف المشرع المغربي:**

تعرض المشرع المغربي للرسمية وفقا لقانون الإلتزامات والعقود، ويظهر ذلك في أحكام المادة **418/الفقرة(1)** التي تنص على أنه:" **الورقة الرسمية هي التي يتلقاها الموظفون العموميون الذين لهم صلاحية التوثيق في مكان تحرير العقد، وذلك في الشكل الذي يحدده القانون**"[2]

وقد إشترط المشرع المغربي لصحة الوصيّة أن تفرغ في قالب رسمي، بأن تحرر لدى الموثق أو أية جهة رسمية مكلفة بالتوثيق، أو أن يحررها الموصي بخط يده موقعا عليها، وهذا طبقا لأحكام المادة 296/الفقرة(1) من مدونة الأسرة المغربية التي تنص:" يشترط في صحة الوصيّة أن يصدر بها إشهاد عدلي أو إشهاد أي جهة رسمية مكلفة بالتوثيق أو يحررها الموصي بخط يده مع **إمضاءه**"[3]. أمّا إذا تعذر كتابة الوصيّة من قبل الموصي وفقا للأشكال الرسمية لدى الموثق، أقر المشرع في

---

[1]– مرسوم رقم 76– 63، يتعلق بتأسيس السجل العقاري، المرجع السابق.

[2]– قانون رقم 15– 09، المؤرخ في19 فبراير 2015، يتضمن قانون الإلتزامات والعقود، ج.ر، عدد 6344، الصادر بتاريخ 19 مارس 2015، ص.1751.

[3]–قانون رقم 03–70، يتضمن مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

المادة نفسها/الفقرة(2)[1]، بتوثيقها بعد الحصول على إذن من القاضي، وهو ما جاء به في القواعد العامة الواردة في **المادة 35 من القانون09/32**[2].

**ثالثا: موقف المشرع المصري:**

تعرض قانون الوصيّة المصري إلى شكلية الوصيّة، وذلك منها ما يتصل بسماع دعوى الوصية عند إنكارها، ومنها ما يتصل بنقل الملكية.

**1) سماع الدعوى:**

يشترط قانون الوصية المصري لسماع دعوى الوصيّة حسب المادة 2/ الفقرة (3) من قانون الوصيّة، أن تحرر الوصيّة إما رسميًا، أو عرفيًا بشرط أن يصادق على توقيع الموصي الذي لابد أن تتضمنه أو على ختمه أو أن تكون مكتوبة بخط الموصي ومصادق على إمضائه.

ولم يشترط قانون الوصيّة أن تكون الورقة الرسمية مستقلة وخاصة بالوصيّة، بل أيّ وثيقة تضمنت هذا التصرف أو الرجوع عنه ولو لم يكن عقد الوصيّة بحد ذاته، يصلح لسماع دعوى الوصيّة. وهو نفس الحكم الذي يرد على حالة كتابة الوصيّة في وثيقة عرفية مصادق عليها. لأنّ القصد من هذه الأوراق هو إثبات صحة الدعوى من الناحية الشكلية، لا إثبات الوقائع[3].

**2) أثر الشكلية على نقل الملكية:**

أخضع **القانون رقم 114 لسنة 1946** الوصيّة بالعقار للشهر وذلك وفقا لأحكام المادة **9/الفقرة (1)** والتي تنص على أنّه:" **جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية، أو نقله أو تغييره أو زواله، وكذلك الأحكام النهائية المنشئة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية**".

---

[1]–قانون رقم 03– 70، يتضمن مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

[2]– قانون رقم 09– 32، المتعلق بتنظيم مهنة الموثق، المعدل بالقانون رقم 58–11، المتعلق بمحكمة النقض، الصادر في 25 أكتوبر 2011، ج.ر، عدد 5989 مكرر، بتاريخ 26 أكتوبر 2011، ص.5228، متوفر على الموقع:
www.justice.gov.ma/.../13%20مهنة20%القضائية/تنظيم20%المهن

[3]– قانون رقم 71، يتضمن قانون الوصيّة المصري، المرجع السابق.

ويترتب على عدم تسجيل التصرفات المشار إليها في المادة السابقة، بما فيها الوصيّة،عدم إنتقال ملكية الحقوق العينية لا بين أطراف التصرف ولا في مواجهة الغير. إنما يترتب عنه الإلتزامات الشخصية بين ذوي الشأن فقط، عملا بأحكام المادة **9/ الفقرة(2)** من نفس القانون[1].

[1]– قانون رقم 114 لسنة 1946، يتعلق بتنظيم الشهر العقاري، الصادر في 5 يوليه 1976، المنشور في الوقائع المصرية، العدد 181، متوفر على هذا الموقع:

**www.lawyerssouthsinai.com.**

# الفصل الثاني

## الأحكام الخاصة في إنشاء الوصيّة الاختيارية

تعرف الوصيّة الإختياريّة بطبيعتها المتميّزة عن باقي تصرفات التبرع، لذلك تضمنت عدة حالات خاصة في كلّ مواضيعها سواء في نفاذها أو تنفيذها، وخاصة تلك التي تتعلق بإنشائها، فعلاوة على الأحكام العامة التي أدرجنها في الفصل الأول، هناك أحكام تسري في حالات خاصة، وعادة ما تكون إستثنائية عن سابقتها( الأحكام العامة).

وهذه الأحكام الخاصة ذات أهمية لا تقل مطلقًا عن تلك التي تتمتع بها الأحكام العامة، فتبرز ما يسري من أحكام على حالات خاصة سواءً تعلقت بالموصي، وأبرزها أن يكون غير مسلم أو يكون مرتدًا، وتلك المتعلقة بالموصى له الذي قد يكون حملاً أو مجموعة من الموصى لهم أو يكون جمعية من الجمعيات الخيرية أو المؤسسات العامة، كما يندرج ضمن هذه الأحكام ما يحدد أنواع الموصى به والأحكام الخاصة بكل نوع.

وحسب ما قدمناه، إخترنا أن يكون فصلنا تحت عنوان الأحكام الخاصة في إنشاء الوصيّة الإختيارية، فنتعرض لتلك الخاصة بأطراف الوصيّة في( مبحث أول)، وإلى تلك المتعلقة بالموصى به في( مبحث ثاني).

## المبحث الأول

## الأحكام الخاصة بأطراف الوصيّة

وإن كانت الوصيّة تقوم على ما يصدر من الموصي فقط في أحكام الصيغة كركن للوصيّة، إلاّ أنّ للموصى له أيضًا أهمية في شروط صحّة الوصيّة خاصة هذه الأحكام الخاصة؛ إذ لا يخفى أنّ لإختلاف الدين والعقيدة تأثير على عدة تصرفات خاصة تلك التي تتعلق بالأحوال الشخصية ما يدفعنا إلى البحث عن مدى جواز الوصيّة ممن كان كافرًا.

وبما أنّ الوصيّة تنشأ بالإرادة المنفردة للموصي، يمكن له أن يوصي لشخص طبيعي ولو كان حملاً، أو شخصًا معنويًا وبل قد تكون لكلا النوعين أو أكثر.

ولعرض أهم هذه الأحكام، قسمنا هذا المبحث إلى الأحكام الخاصة بالموصي في( المطلب الأول) وإلى الأحكام المتعلقة بالموصى له في( المطلب الثاني).

### المطلب الأول

### الأحكام الخاصة في إنشاء الوصيّة الإختيارية المتعلقة بالموصي

حسب ما هو سائد فقهًا وقانونًا، يعتبر إختلاف الدين من موانع الميراث، فلا يرث المسلم الكافر ولا يوّرثه سواء كان مرتدا، أو أنّه كان كافرًا أصليًا، لقول رسول الله ﷺ: " **لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم**" [1].

وفي هذا المطلب سنرى إذا ما كان هذا السبب يسري على الوصيّة مثلما هو الشأن في الميراث، أم أنّ هذه الأحكام مختلفة بينهما؛ وهذا ما يستدعي منا أن نفصل في هذا الموضوع بتبيان حكم وصيّة المرتد على حدى عن وصيّة الكافر الذي لم يسبق له وأن اعتنق الإسلام دينا .

---

[1]– أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ج6، كتاب الفرائض، باب لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم، دار الهدى للنشر، الجزائر، د.س.ن، حديث رقم 6383، ص.2484.

## الفرع الأول

## حكم وصيّة المرتد

الردّة لغة:" من الرد أي أَرجعَ، ومنه أرجع إليه الجواب، والردّة بكسر الرّاء هي الرجوع عن الدّين الإسلامي، فيقال إرتدّ فلان، أي كفر بعد إسلامه، فيقال خرج عن دينه إلى غير دين أو الخروج عن الديانات السماوية كلها" [1]، ومنه قول الله تعالى:﴿...**وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ** ﴾[2].

**أولا : موقف الفقه الإسلامي من وصيّة المرتد:**

إختلف أئمة الفقه الإسلامي في مدى صحّة وصيّة المرتد، وقد تباينت مواقفهم بين إجازتها ووقفها وبطلانها على النحو التالي:

**1) موقف المذهب الحنفي:**

إتجه الإمام أبو حنيفة في شأن حكم وصيّة المرتد، إلى التمييز بين الرجل والمرأة، فيجيز وصيّة المرتدة، لأنّ ردّتها لا تؤثر على أهليتها إذ لا تُقتل جزاءً لخروجها عن الدّين الإسلامي، وتظلّ ملكيتها لأموالها ملكية تامة وقائمة ولا يوجد أي وجه لإبطالها[3]. أمّا وصيّة المرتد فتكون موقوفة على ما يؤول إليه مصيره فيما بعد[4]، فإن عاد إلى الدين الإسلامي كانت وصيّته صحيحة، لقول الله تعالى:﴿ **كَيْفَ يَهْدِي اللَّهُ قَوْمًا كَفَرُوا ...،إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ** ﴾[5]،وإن قتل لإصراره على كفره أو صار حربيًا ضدّ الدين الإسلامي بطلت هذه الوصيّة، لقول الله تعالى: ﴿ **إِنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا وَمَاتُوا وَهُمْ كُفَّارٌ فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْ أَحَدِهِمْ مِلْءُ الْأَرْضِ ذَهَبًا وَلَوِ افْتَدَى بِهِ أُولَئِكَ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ وَمَا لَهُمْ مِنْ نَاصِرِينَ**﴾[6] .

---

[1]– إبن منظور الأنصاري، لسان العرب، ج4، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، ص.153.

[2]– سورة البقرة، الآية 217.

[3]– شمس الدين أحمد بن قدور، المرجع السابق، ص.ص.487–488.

[4]– محمد أمين إبن عابدين، المرجع السابق، ص.ص.404–405.

[5]– سورة آل عمران، الآية 86–89.

[6]– سورة آل عمران، الآية 90–91.

ونفس هذا الحكم، يطبق على حالة ما إذا تاب المرتد ثم رجع عن توبته، لقول الله تعالى: ﴿**إِنَّ الَّذِينَ آَمَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ آَمَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ ازْدَادُوا كُفْرًا لَمْ يَكُنِ اللَّهُ لِيَغْفِرَ لَهُمْ وَلَا لِيَهْدِيَهُمْ سَبِيلًا**﴾[1].

كما يدعمون موقفهم هذا، بأنّه مادام يحكم على المرتد بالقتل، فيكون طيلة الفترة الممتدة بين ردّته وقتله أو توبته في حكم ناقص الأهلية، فتزول ملكيته لأمواله زوالاً موقوفًا، ويلحق ذلك وقف كلّ تصرفاته بما في ذلك الوصيّة، فيرتبط حكم إجازتها ونفاذها على توبته.

وانتقد هذا الموقف بحجة أنّ كلّ الأدلة الشرعية جاءت بصيغة عامة، تسري على الرجل والمرأة دون أن تخص أحدهما.

وخلافا للرأي الأول ذهب رأي آخر من نفس المذهب ، بأنّ الردّة لا تؤثر في صحّة الوصيّة، سواءً عاد المرتد إلى الإسلام أو ظلّ على جهالته، وسواءً كان الأمر يتعلق برجل أو إمرأة[2]. مدعمًا موقفه بما يلي:

أ) أنّ الردّة لا تزيل الملك، بل يظلّ إلى أن يموت موتًا طبيعيًا أو يقتل جزاء لردته، وبذلك لا تكون مانعًا لصحّة الوصيّة ولا لنفاذها. كما أنّها تعتبر كفرًا وهذا الأخير لا يندرج ضمن موانع الأهلية لا شرعًا ولا قانونًا.

ب)أهلية الشخص لا تتأثر بالردّة، إذا كان أهلاً قبل ذلك، إذ يبقى ما كان على ما كان وفقا لقاعدة الإستصحاب [3].

ج) أكبر دليل على احتفاظ المرتد على أهليته، معاقبته على جريمته هذه شرعًا، وأنّه يورث بعد موته ولو كان قتلاً.

---

[1] – سورة النساء، الآية 137.

[2] – الهمام الشيخ نظام، المرجع السابق، ص.159.

[3]– **قاعدة الإستصحاب تعني: "الحكم على الشيء بما كان ثابتا له مادام لم يقم دليل يغيره. وهذه القاعدة السائدة في الفقه الإسلامي فطر عليها الناس، وساروا عليها في مختلف تصرفاتهم: فأي ملك يثبت للشخص مثلا، يعتبر قائما إلا أن يثبت ما أزاله أو يزيله**"، أنظر إلى: عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص87.

**2) المذهب المالكي:**

يرى أغلبية فقهاء المذهب المالكي ببطلان وصيّة المرتد سواء كان رجلًا أو إمرأة وسواء ظلّ على ردّته أو تراجع عنها[1]، واستدلوا في ذلك بقول الله عزّ وجلّ:﴿ **وَلَقَدْ أُوحِيَ إِلَيْكَ وَإِلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكَ لَئِنْ أَشْرَكْتَ لَيَحْبَطَنَّ عَمَلُكَ وَلَتَكُونَنَّ مِنَ الْخَاسِرِينَ** ﴾[2].

**3) موقف جمهور الفقهاء:**

يبني كلّ من المذهب الشافعي[3] وفريق من المذهب المالكي[4]، رأيهم في هذا الشّأن على **قول الله تعالى:**﴿ **يَسْأَلُونَكَ عَنِ الشَّهْرِ...وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُون**﴾[5]، إذ يفسرون هذه الآية: أنّ الله عزّ وجلّ يشترط لبطلان الأعمال بالردّة، الموت على الكفر، وعلى هذا الأساس يعتبرون وصيّة المرتد رجلاً كان أو إمرأةً، وصيةً صحيحة وجائزة، ما لم يتبيّن عكس ذلك، بموت المرتد على كفره.

**ثانيا: موقف بعض القوانين العربية من وصيّة المرتد:**

**1) موقف القانون الجزائري:**

لم يورد المشرع الجزائري أيّ نص حول حكم وصيّة المرتد، وهذا بخلاف الميراث حيث نص في المادة **138 من ق.أ.ج** على: "**يمنع من الميراث، اللّعان والردّة** "[6] وإن دلّ ذلك على شيء فهو يدل على إجازته لوصيّة المرتد، لأنّه لو كانت نيّة المشرع غير ذلك لنص صراحة عليه.

كما لا يمكن مطلقًا تفسير نية المشرع، بعدم إجازة وصيّة المرتد قياسًا على المادة **138** التي تخص الميراث، لأنّ أحكام هذا الأخير عبارة عن قواعد آمرة لارتباطها بالنظام العام، بينما أحكام الوصيّة فالراجح أنّها مكملة، إلاّ ما تعلق منها بالميراث. وهذا الفرق راجع إلى أنّ مصدر نشوء الوصيّة إرادة الإنسان، أما مصدر نشوء الميراث هي إرادة الله عزّ وجلّ.

---

(1)– الصادق عبد الرحمان الغرياني، المرجع سابق، ص.696

(2)– سورة الزمر، الآية 60.

(3)– شمس الدين الرملي، المرجع السابق، ص.41.

(4)– عبد الله محمد الخرشى، المرجع السابق، ص.171.

(5)– سورة البقرة ، الآية 217.

(6)– قانون 84–11، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

ضف إلى ذلك أنّ المؤسس الدستوري يعترف لكل مواطن بحرية المعتقد، ويلزم كلّ واحد بعدم المساس بحرمة هذه الحرية، إذ تنص **المادة 42 من الدستور:" لا مساس بحرمة حرية المعتقد، وحرمة حرية الرأي.**

**حرية ممارسة العبادة مضمونة في ظلّ احترام القانون"**[1].

**2) موقف المشرع المغربي:**

لم يرد في مدونة الأسرة المغربية أي حكم عن وصيّة المرتد بصفة خاصة ولا عن وصيّة غير المسلم بصفة عامة؛ غير أنّ المادة **400** من هذه المدونة تنص أنّ:" **كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والإجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة، والمعاشرة بالمعروف**" [2]، وعلى هذا الأساس تبطل وصيّة المرتد عن دينه، رجلًا كان أو إمرأةً، على قول أغلبية أئمة المذهب المأخوذ به[3].

**3) موقف المشرع المصري:**

لم يرد في قانون الوصيّة المصري أيّ نص حول أحكام وصيّة المرتد، بالرغم من إجازته وصيّة غير المسلم إلاّ إذا كانت محرمة في شريعته وفي الشريعة الإسلامية حسب ما ورد في المادة **3**/الفقرة **(2)** من قانون الوصيّة التي تنص:" **وإذا كان الموصي غير مسلم، صحت إلاّ إذا كانت محرمة في شريعته وفي الشريعة الإسلامية**" [4]؛ وبما أنّ المرتد يعتبر من غير المسلمين، فنرى أنّ هذه المادة تسري على وصيته أيضًا.

## الفرع الثاني

## حكم وصيّة غير المسلم

إذا كانت الردّة تندرج ضمن مفهوم الكفر؛ إلاّ أنّنا في هذا الفرع نتطرق إلى وصيّة غير المسلم الذي لم يسبق أن اعتنق الإسلام دينًا، من خلال عرض الآراء الفقهية وتحليل المواد القانونية.

---

[1]– مرسوم الرئاسي رقم 96–438، المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر.ج.ج، عدد76، الصادرة في 1996/12/08، معدل ومتمم.

[2]– قانون رقم 03–70، يتضمن مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

[3]– الصّادق عبد الرحمان الغرياني، المرجع السابق، ص.696.

[4]– قانون رقم 71، يتضمن قانون الوصيّة المصري، المرجع السابق.

**أولا: موقف الفقه الإسلامي من وصيّة غير المسلم أصليًا**

حسب ما هو ساري فقها قد يكون الكافر ذميًا، مستأمنًا أو حربيًا وهذا ما سنتعرض إليه فيما يلي:

**1) وصية الذمي:**

الذمي هو الشخص غير المسلم الذي يقيم في دولة إسلامية، ويحمل جنسيتها، ويلزم بدفع الجزية لها، ويعتقد بغير دينها [1].

ولا خلاف بين الفقهاء في جواز وصيّة الذمي[2]، سواء كانت لغير مسلم أو لمسلم إذا كانت قربة في الدين الإسلامي وقربة في دينه، بشرط أن لا تتجاوز الثلث، كأن يوصي بثلث ماله لدار الأيتام أو لجمعية خيرية معينة، كما أجمعوا على بطلان وصيّته إذا لم تكن قربة في الدين الإسلامي ولا في دينه، ويتحقق ذلك إذا كان في الوصيّة ما يعتبر معصية في الدين الإسلامي وعقيدته [3]؛ كأن يوصي لإقامة فندق للدعارة، وقد إختلف الفقهاء في حكم هذه الوصيّة على النحو الآتي:

أ) تقع الوصيّة صحيحة، إن كانت قربة في الإسلام، وإن لم تكن قربة في دين الموصي، إذ يكفي لكي تكون الوصيّة مشروعة، أن تكون قربة لدى المسلمين[4]، غير أنّ لأصحاب المذهب الحنفي رأي آخر، إذ يبطل هذه الوصيّة إلاّ إذا كانت لقوم بأعيانهم، فتكون الوصيّة في هذه الحالة تمليك، لأنّ الموصى لهم معلومين[5].

---

(1) – حسين حامد حسان، المرجع سابق، ص.73.

(2) – *المذهب المالكي :سحنون التنويخي، المرجع السابق، ص.19.
*المذهب الشافعي: أبو الحسن الصبري، الحاوي الكبير، ج8، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ص.190.
* المذهب الحنفي: شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ج27، ص.146-147.
*المذهب الحنبلي: محمد بن قدامة المقدسي، المغنى، المرجع السابق، ص.512.

(3) – *المذهب المالكي: عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.282.
*المذهب الحنفي:علاء الدين الكساني الحنفي، المرجع سابق، ج10، ص.485.
*المذهب الحنبلي: محمد بن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص.512.

(4)– *المذهب المالكي: شهاب الدين القرافي، المرجع السابق، ص.515.
* المذهب الشافعي: النووي، روضة الطالبين، ج6، المكتب الإسلامي، بيروت، 1991، ص.98.
* المذهب الحنبلي: إبن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص.515.

(5)– عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، المرجع السابق، ص.205.

ب) إن كانت الوصيّة قربى عند غير المسلمين فقط، كمن يوصي بذبح خنازير، أو كمن يوصى ببناء كنيسة أو مخمرة:

يرى في هذا الشأن كلّ من المذهب المالكي[1]، الشافعي[2] والحنبلي[3]، ببطلان هذه الوصيّة لقول الله تعالى:﴿ **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ... وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ**﴾[4]. ووجه دلالة هذه الأدلة، أنّ الوصيّة بهذه الأشياء من المعاصي في الدين الإسلامي.

أمّا المذهب الحنفي، فلا يجيز هذه الوصيّة بالنسبة للموصى لهم غير معيّنين، أمّا إن كانت لموصى له واحد أو لمجموعة من المعيّنين فتجوز عند كلا الطرفين، الموصي والموصى له[5].

**2) وصية المستأمن:**

المستأمن هو الأجنبي غير مسلم، الذي يقيم في الدولة الإسلامية لفترة مؤقتة لحاجته للأمان[6].

وتصح هذه الوصيّة، لمسلم كانت أو لغير مسلم، إذ لا يميز المذهب المالكي في جواز وصيّة غير المسلم بين الذمي والحربي والمستأمن، إلاّ ما كان محرمًا في الدين الإسلامي إن كانت لمسلم[7].

وعلاوة على هذا الشرط يوقف المذهب الحنفي نفاذ هذه الوصيّة على إجازة ورثة المستأمن، إن كانوا معه في دولة الإسلام[8].

---

[1]– عبد الله الخرشى، المرجع السابق، ص.168.

[2]– أبو يحي الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ج3، المطبعة الأميرية، د.ب.ن، د.س.ن، ص.30.

[3]– منصور بن يونس البهوتي، المرجع السابق، ج4، ص.ص.364-365.

[4]– سورة المائدة، الآية"2".

[5]– إبن عابدين، المرجع السابق، ص.404.

[6]– خالد بن علي بن محمد المشيقح، المرجع السابق، ص.396.

[7]– أبو عبد الله بن محمد بن عبد الرّحمان المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج8، دار عالم الكتب، د.ب.ن، د.س.ن، ص .515-516.

[8]– علاء الدين الكساني الحنفي، المرجع السابق، ج7، ص 335.

**3) وصيّة الحربي:**

هو الشخص الذي لا يدين بالدين الإسلامي، ويتبع دولة غير مسلمة، وتكون في حالة حرب مع الدولة الإسلامية [1].

أجاز أئمة الفقه الإسلامي وصيّة الكافر للمسلم مادمت لا تنصب على المعصية دون أن يستثنوا في ذلك وصيّة الحربي[2]، عدا فريقٌ من المذهب الشافعي، الذين اشترطوا في إجازة هذه الوصيّة أن يكون مال الحربي في بلد الإسلام بأمان[3]، إذ لا تصح إذا كان في بلد الحرب وبقي فيها، لأنّه يتعذر تنفيذها.

في حين يجيز أبو حنيفة هذه الوصيّة، ولو كانت بما هو محرم في الدين الإسلامي، إن كانت لغير مسلم ولم يكن الحربي في دار الحرب أو صار من أهل الذّمة؛ ويجيزون وصيّة الحربي لمسلم ما لم تكن فيما حرم الشرع الإسلامي [4].

**ثانيا: حكم وصيّة غير المسلم في بعض القوانين العربية:**

**1) موقف المشرع الجزائري:**

أجاز المشرع الجزائري الوصيّة بالرغم من إختلاف الدين بين الموصي والموصى له، إذ تنص المادة **200 من ق.أ.ج أنّه:**" **تصح الوصيّة مع اختلاف الدين**" [5]. والتي نستنتج منها أنّ هذه الإجازة جاءت بصيغة مطلقة فتجوز من المسلم لغير مسلم، ومن غير المسلم لمسلم، دون أن يرد فيها على أيّ قيد إلاّ ما يسري على الوصيّة بصفة عامة حسب المواد 186– 189؛ خاصة أنّه لم يربط هذه الإجازة بأن لا تكون الوصيّة محرمة في الشريعة الإسلامية .

---

[1]– محمد علي محمود يحي، أحكام الوصيّة في الفقه الإسلامي ، رسالة مكملة للحصول على درجة الماجستير ، في الفقه والتشريع ، كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية ، نابلس ، فلسطين ، 2010، ص.104، متوفر على الموقع: http://elibrary.mediu.edu.my/books/2014/MEDIU5031.pdf

[2]– *المذهب المالكي: شهاب الدين القرافي، المرجع السابق، ص.10.
*المذهب الشافعي: أبي يحي زكريا الأنصاري، المرجع السابق، ص.30.
*المذهب الحنبلي: إبن منصور البهوتي، كشاف القناع، المرجع السابق، ص.353.

[3] – شمس الدّين الرملي، المرجع السابق، ص. 41 .

[4] – علاء الدين الكساني الحنفي، المرجع السابق، ج7، ص. 335.

[5] – قانون رقم 84– 11، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

وقد أكدت المحكمة العليا هذه الإجازة في قرارها الصادر في 2013/05/09 في قضية السيدة (ب) ضد (النيابة العامة ).

حيث قدمت السيدة (ب) طلبًا قضائيًا بإضفاء الصيغة التنفيذية على الوصيّة التي أنشأها زوجها لصالحها، غير أنّ هذه المحكمة رفضت الدعوى لعدم التأسيس، وهو الحكم الذي أيده المجلس القضائي بصدد الفصل في الإستئناف المرفوع من السيدة (ب)، ما جعل هذه الأخيرة لم تكتفي بهذا الطعن، حيث رفعت طعناً بالنقض أمام المحكمة العليا، التي قضت بقبول النقض ضدّ القرار الصادر من المجلس القضائي، لأنّ قضاة المجلس أخطأوا في تطبيق القانون، إذ أنّ الطاعنة ليست وارثة لزوجها بسبب إختلاف الدين، كما أنّ المادة **200 من ق.أ.ج** تجيز الوصيّة مع إختلاف الدين[1].

**2) موقف المشرع المغربي:**

يطبق على وصيّة غير المسلم على غرار وصيّة المرتد، ما تبناه المذهب المالكي نزولاً عند مقتضيات المادة **400** من المدونة، التي تحيل إلى الأخذ بالمذهب المالكي في كلّ مسألة لم يرد فيها نص في هذا القانون، وعليه تصح وصيّة الكافر، إلاّ أن تكون بما لا يعتبر قربة لله إن كان الموصى له مسلمًا: كأن تكون وصيةً ببناء مخمرة[2].

**3) موقف المشرع المصري:**

أجاز المشرع المصري وصيّة غير المسلم، إذ تنص المادة **3/الفقرة (2)** من قانون الوصيّة على ما يلي: " **وإذا كان الموصي غير مسلم صحت الوصيّة، إلاّ إذا كانت محرمة في شريعته وفي الشريعة الإسلامية**"[3]؛ وعليه بمفهوم المخالفة لهذا الإستثناء لا تتأثر صحّة وصيّة غير المسلم، إذا كانت الوصيّة محرمة في أحد الشريعتين فقط، ولكننا لا نؤيد هذا الموقف؛ بحيث إذا كان الموصى له غير مسلم، يكفي أن لا تكون هذه الوصيّة محرمة في شريعة الموصي، أما إذا كانت لمسلم، فيكفي أن تكون محرمة وفق أحكام الشريعة الإسلامية لكي تكون باطلة .

---

[1] – المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، القرار المؤرخ في 2013/05/09، ( قضية بين السيدة " ب" ضد النيابة العامة)، ملف رقم 0725847، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 2، سنة 2014، ص.247 – 250.

[2]– عبد الباقي الزرقاني، المرجع السابق، ص.311.

[3]– قانون رقم 71، يتضمن قانون الوصية المصري، المرجع السابق.

كما تصح وصيّة المسلم لغير المسلم، لإجازة المشرع المصري الوصيّة بالرغم من إختلاف الدين بين الموصي والموصى له، بحيث تنص المادة **9** من قانون الوصيّة:" **تصح الوصيّة مع إختلاف الدين والملة...**"[1]، كما تجيز الوصيّة مع إختلاف التابعية( الإختلاف في الجنسية، وفي العقيدة)، بشرط تحقق شرط المعاملة بالمثل، فإذا كان الموصي مسلمًا تابعًا لدولة إسلامية، والموصى له غير مسلم، تابع لدولة غير إسلامية لابد أن تسمح شريعة هذا الأخير الوصيّة لمسلم، لتصح الوصيّة له بالمثل[2].

## المطلب الثاني

## الأحكام الخاصة في إنشاء الوصيّة الإختيارية المتعلقة بالموصى له

نتطرق في هذا المطلب إلى الأحكام الخاصة بالوصيّة المرتبطة بالموصى له، هذا الأخير الذي لا يكون في كلّ الأحوال شخصًا طبيعيًا معينًا ومحددًا، ذو أهلية كاملة للتصرف، إنّما يمكن أن يكون حملاً أو غير معين محصورا كان أو غير محصور، ضف أنّه يمكن أن يكون شخصًا معنويًا كجهةٍ من جهات البر، أو بعض الهيئات العامة. وسنتطرق في هذا المطلب إلى الأحكام المهمة لهذه الحالات .

### الفرع الأول

### أحكام الوصيّة للحمل

الحمل لغةً، بفتح الحاء مصدر حملت حملاً، والحمل هو ما يحمل في بطن أمه قبل أن يولد حيًا ، ويقال للمرأة حامل وحاملة إن كانت حبلى باللسان العربي[3].

وما يقع محل دراستنا في هذا الفرع: مدى جواز الوصية للحمل، والشروط اللازمة لصحتها، وكل ذلك نعرج إل تبيانه من الجانب الفقهي والقانوني .

---

[1]– قانون رقم 71، يتضمن قانون الوصية المصري، المرجع السابق.

[2]– إلياس ناصيف، المرجع الساق، ص.117–118.

[3]– إبن منظور، لسان العرب، ج13، حرف اللام، فصل الحاء، ص.187.

**أولا : أحكام الوصيّة للحمل في الفقه الإسلامي**

**1) الحكم الشرعي لوصيّة الحمل وشروطها:**

اتفق الفقهاء على جواز الوصيّة للحمل، سوءً كان ذلك بأعيانٍ مالية، أو بمنفعة وحجتهم في ذلك أنّ الوصيّة كالميراث ، ينتقل الملك فيها بالخلافة، وبما أنّ الحمل أهل لأن يرث، فهو أهل أن يوصى له، ولأنّهم يعتدون بحياة الحمل التقديرية قبل ولادته بدليل العقاب على جريمة الإجهاض لأنّه إزهاق روح[1]، غير أنهم ربطوا صحة هذه الوصيّة بالشروط التالية:

**أ) وجودية الحمل :**

حسب ما هو سائد فقها، يشترط لصحّة الوصيّة لمعيّن، أن يكون الموصى به موجودًا وقت إنشاء الوصيّة، ولما كان هؤلاء الفقهاء يعتبرون الحمل موصى له معيّن؛ فإنّ جواز الوصيّة له يتطلب وجوده وقت إنشائها[2]؛ وإلاّ فتبطل بحيث يصبح الموصى له معدومًا؛ وقانونيًا ومنطقيًا لا يثبت الملك لشخص معدوم، وقد خالفهم في ذلك المذهب المالكي الذي يجيز الوصيّة للحمل سواء كان موجودا وقت الوصيّة، أو أنّه يفترض وجوده مستقبلاً، كالوصيّة لمن سيولد لفلان[3]. لأنّهم يجيزون حتى الوصيّة للمعدوم وللميت[4]. مستدلين في ذلك أنّه لا فرق في الوصيّة للمعلوم والوصيّة للمجهول مادامت أنّها لا تؤثر سلبا على حق الورثة ومادام تنفيذها مقتصر على ثلث التركة.

ورجوعًا إلى موقف جمهور الفقهاء، يتم التأكد من وجودية الحمل وقت الوصيّة، بإقرار من الموصي، أمّا إن غاب هذا الإقرار فيثبت وجود هذا الحمل إن كانت الأم في ظلّ علاقة زوجية قائمة

---

(1) – *المذهب المالكي: شمس الدين عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ج4، ص.423.

*المذهب الشافعي: شمس الدين النووي، السراج الوهاج، دار المعرفة، بيروت، د.س.ن، ص.336.

* المذهب الحنفي: أبو الحسن البغدادي، مختصر القدوري، مؤسسة الريان، د.س.ن، 2005، ص.604.

* المذهب الحنبلي: منصور بن يونس البهوتي، المرجع السابق:ج4، ص.356.

(2)– *المذهب الحنفي:علاء الدين الكساني، المرجع السابق، ج7، ص.335.

*المذهب الشافعي: شمس الدين الشربيني، المرجع السابق، ج3، ص.52.

* المذهب الحنبلي: مصطفى السيوطي، حسن الشطي، المرجع السابق، ص.471.

(3)– جمال الدين المالكي، جامع الأمهات، دار اليمامة، بيروت، 1998، ص.542.

(4)– شمس الدين عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص.423.

أو حكمية، بأن يولد خلال ستة أشهر من تاريخ الوصيّة[1]، ويقيمون موقفهم هذا على قول الله تعالى:﴿ **وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ أَنِ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرِ**﴾[2]. وقوله أيضا:﴿ **وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا....**﴾[3].

فالآية الأولى دالّة على أنّ فطم الأم لولدها يكون مبدئيا بتمام السنتين، أمّا الآية الثانية فتدل على أنّ مجموع مدة الحمل والرّضاع هو ثلاثون شهرا فإذا طرحنا مدة الإرضاع (24شهرا ) من (30شهرا) تظل ستة أشهر، وهي أقل مدة حمل شرعًا، أي أنّها أقل مدة يمكن أن يولد فيها الحمل واضح الملامح وتام الخلقة[4]. وليس المقصود، المدة التّي يولد الحمل خلالها حيًّا مثلما فسره بعض المؤلفين [5]، إذ أنّ الولادة قبل هذه المدة إن لم نقل خلالها يعتبر إجهاضًا وليس ولادة، فيولد الحمل ميتًا ومن ثم لا تصح له الوصيّة .

أمّا إن كانت الأم في عدة وفاة أو طلاق بائن: فقد إختلف الفقهاء في المدة التي يجب أن يولد خلالها، إذ يثبت وجود الحمل في هذه الحالة إن ولد خلال سنتين من وقت الوفاة أو الطلاق عند الأحناف[6]، أمّا المذهب الشافعي، وأصحاب المذهب الحنبلي، فيشترطون ولادته لأكثر من ستة أشهر إلى أقل من أربع سنوات[7].

---

(1)*المذهب الشافعي: النووي، المرجع السابق، ص.99.

*المذهب الحنفي: شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ج28، ص.ص.86-87.

*المذهب الحنبلي: منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع، المرجع السابق، ص.356.

(2)- سورة لقمان، الآية 14.

(3)- سورة الأحقاف، الآية 15.

(4)- محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص.105-106 .

(5)- وهبه الزحيلي، المرجع السابق، ص.60 .

(6)- علاء الدين الكساني الحنفي، المرجع السابق، ج7، ص.336.

(7)* المذهب الشافعي: شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق،ج3، ص.55.

* المذهب الحنبلي: منصور بن يونس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، المرجع السابق، ص.463.

**ب) ولادة الحمل حيًا:**

علاوةً على ضرورة وجود الحمل وقت الوصيّة، يشترط أئمة الفقه الإسلامي ولادته حيًّا حياةً مستقرة [1]، وأن يستهل صريخا لإستحقاق الوصيّة حسب المذهب المالكي[2]، فلو مات في بطن أمه، بطلت هذه الوصيّة؛ لأنّ ولادة الحمل ميتًا تجعل نسبة حياته وبالتالي وجوده وقت الوصيّة أقل بكثير من إحتمال وفاته. غير أنّ المذهب الشافعي يجيز هذه الوصيّة، إن كان إنفصال الحمل بجناية[3].

**ج) أن يوجد الحمل على الصفة التي أرادها الموصي:**

يسري هذا الشرط إن كان الموصي قد اشترط صفة معينة في الحمل، كثبوت نسبه لشخص معين، فيوصى لحمل زينب من زيد، وإذا نفي نسب الحمل باللّعان بطلت الوصيّة[4]، لأنّها إذا كانت لمعين فهي تفيد تمليك الموصى به ولا تقتصر فقط على القبض[5]. لذلك لابد أن يكون الحمل الموصى له هو الذي حدده الموصي.

**2) حكم تعدد الحمل :**

المقصود بتعدد الحمل أن تحمل المرأة بأكثر من ولد واحد في وقت واحد والصورة الغالبة أن تحمل توأمًا[6]، فيقسم الموصى به بينهما بالتساوي، أيّا كان جنسهما، ما لم يرد في الوصيّة تفضيل أحدهم[7]. وإذا ولد أحدهم حيًا، والأخر ميتًا، فالوصيّة كلها للحي[8]، أما إذا ولدا أحياء ثم توفي أحدهما، يؤول نصيبه لورثته[9].

---

(1)– *المذهب الحنفي: علاء الدين الكساني، المرجع السابق، ج10، ص.490.

*المذهب الشافعي: النووي، المرجع السابق، ص.100.

*المذهب الحنبلي: منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع، ج4، ص.357.

(2)– أبو بركات الدردير، الشرح الصغير، المرجع السابق، ص.ص.582،581.

(3) – شمس الدين الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ج4، ص.75.

(4)– النووي، المرجع السابق، ص.99.

(5)– محمد مصطفى الشلبي، المرجع السابق، ص.104.

(6)– وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.61

(7)– *المذهب المالكي: أبو بركات الدردير، الشرح الصغير، المرجع السابق، ص.582.

*المذهب الحنبلي: منصور بن إدريس البهوتي، كشاف القناع، المرجع السابق، ص.ص.357-358.

(8)– علاء الدين الكساني الحنفي، المرجع السابق، ج10، ص.490.

(9)– وهبة الزحيلي، المرجع السابق،ص.61

**ثانيا: أحكام الوصيّة للحمل في بعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية**

**1) أحكام الوصيّة للحمل وفق موقف المشرع الجزائري:**

يلاحظ من المادة **187 من ق.أ.ج** التي تنص:" **تصح الوصيّة للحمل بشرط أن يولد حيًا، وإذا ولد توأمًا يستحقونها بالتساوي ولو إختلف الجنس**"[1]، أنّ المشرع على غرار أئمة الفقه الإسلامي يجيز الوصيّة للحمل مقيدا هذه الإجازة بضرورة ولادته حيًا، وقياسًا بالمادة **134** من **ق.أ.ج** التي تنص:" **لا يرث الحمل إلاّ إذا ولد حيًا ويعتبر أنّه حي إذا استهل صارخا أو بدرت منه علامة ظاهرة بالحياة** "[2].

ويتبين لنا من خلال هذه الأحكام، أنّ مفهوم حياة الحمل لدى المشرع الجزائري هي الحياة المستقرة وليست حياة الحمل في أكثره مثلما ذهب إليه المذهب الحنفي. وبهذا الشرط يكون قد كرس المادة **25** من **ق.م.ج** التي تنص:" **تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيًا وتنتهي بموته، على أنّ الجنين يتمتع بحقوقه المدنية بشرط أن يولد حيا** "[3].

أمّا عن ثبوت وجودية الحمل، فلم ينص المشرع على هذا الشرط لا في شروط صحّة الوصيّة بصفة عامة ولا في الوصيّة للحمل بصفة خاصة، وهذا ما نستنتج منه أنّ المشرع الجزائري لا يمنح الإعتبار لوجود الموصى له وقت الوصيّة أخذًا برأي المذهب المالكي.

أمّا إن كانت الوصيّة للحمل نسبةً لأبيه، ففي هذه الحال لابد أن يثبت نسبه، وفقا للأحكام التالية:

تنص المادة **42** من **ق.أ.ج** على أنّ أقل مدة للحمل هي ستة أشهر وأقصى مدة هي 10 أشهر، والمادة **43 من ق.أ.ج** تنص " **يثبت الولد لأبيه إن وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة** "[4]، وعليه إن كانت الأم في علاقة زوجية قائمة أو حكمية، يثبت نسبه إن ولد خلال ستة أشهر، وأن يولد خلال عشرة أشهر، إن كانت أمه في عدة طلاق بائن أو وفاة .

---

[1]– قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

[2]– المرجع نفسه.

[3]– أمر رقم 75–58، يتضمن قانون المدني الجزائري، المرجع سابق.

[4]– قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

وإن تعدد الحمل وكان توأمًا تقسم الوصيّة بالتساوي، وإن توفي أحدهما، فالوصيّة للحي دون الميت نزولا عند الشرط الذي جاء به المشرع في المادة **187 من ق.أ.ج** بضرورة أن يولد الحمل حيًا ، أمّا إن ولدا كليهما أحياء، ثم توفي أحدهما فتقسم الوصيّة بين الحي وورثة المتوفى إن كانت الوصيّة بأعيان مالية .

**2) موقف المشرع المغربي:**

يجيز المشرع المغربي إنشاء الوصيّة للحمل، ويظهر ذلك من خلال المادة **282** التي تنص:" **تصح الوصيّة لمن كان موجودًا وقتها، أو منتظر الوجود**"[1]، إذ أنّ هذه المادة تشمل حتى الوصيّة للحمل، وإن لم ينص عليها صراحةً، أمّا غيرها من أحكام هذه الوصيّة فقد تطرق إليها في الباب السادس، تحت عنوان تنفيذ الوصيّة، إذ تنص المّادة **304** من المدونة " **من أوصى لحمل معيّن وتوفي، فلورثته منفعة الموصى به إلى أن ينفصل حيًا، فتكون له**"؛ والتي يتضح لنا من خلالها ما يلي:

أ) إجازة المشرع المغربي إنشاء الوصيّة للحمل على أن يولد حيًا، على غرار المشرع الجزائري، مضيفا على ذلك أن يكون الحمل معينًا. إلاّ أنّه من جهة أخرى لم يشترط وجودية الحمل، إذ أنّه أجاز إنشاء الوصيّة لمن سيولد من ولد لشخص معين حسب المادة **313** من المدونة ، أما إن مات ذلك الشخص دون أن يترك ولدًا، تحولت الوصية إلى ميراث[2].

ب) إرجاء إستحقاق الحمل للموصى به إلى غاية ولادته حيًا، فإذا تحققت وفاة الموصي قبل ولادة الحمل، يظل الموصى به تحت يد ورثة الموصي على سبيل الإنتفاع، فإذا ولد الحمل حيًا، تنتقل ملكية الموصى به إليه، وإن توفي بعد ذلك يدخل في تركته ويكون من حق وثته – ورثة الحمل– حسب المادة **307** من المدونة التي تنص: "**إذا مات الموصى له بعد أن إنفصل حيًّا، إستحق وصيّته، وعدّ ما إستحق من جملة تركته، ويحيا بالذكر بعد الإنحصار**"[3]؛ أمّا إذا ولد الحمل ميتًا، فلا يستحق شيء، وتبطل الوصيّة لوفاته، ويظل الموصى به لورثة الموصي على سبيل التمليك.

---

[1]– قانون رقم 03–70، يتضمن مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

[2]– المرجع نفسه.

[3]– قانون 03–70، يتضمن مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

ونستنتج من خلال هذه الملاحظات، أنّ المشرع المغربي إهتم بأحكام الوصيّة للحمل في تنفيذ الوصيّة أكثر من إنشائها.

**3) موقف المشرع المصري:**

يتبين من المادة **35** من قانون الوصيّة المصري[1]، إجازة المشرع الوصيّة للحمل على غرار ق.أ.ج، وقد أوقف هذه الإجازة على الشروط التالية:

**أ) وجودية الحمل:**

لابد من التحقق من وجود الحمل وقت الوصيّة، وقد ميز المشرع المصري في هذا الشأن بين حالتين:

❖ **حالة إقرار الموصي بوجود الحمل:**

في هذه الحالة يثبت وجود الحمل بإقرار الموصي، ولكن المشرع المصري، علاوة على هذا الإقرار إشترط ولادة الحمل خلال 365 يوم، من وقت الوصيّة فما لم يولد أكثر من ذلك، لا يمكن تكذيب هذا الإقرار .

❖ **حالة عدم إقرار الموصي بوجود الحمل:**

يثبت وجود الحمل إن ولد خلال سبعين ومائتي(270 ) يوم على الأكثر من وقت الوصيّة في ظل الزوجيّة القائمة، أما إذا زالت هذه العلاقة بوفاة الزوج أو الطلاق، يثبت وجوده إن ولدحيًّا خلال خمسة وستين وثلاثمائة(365) يوم من وقت الفرقة أو الوفاة [2].

**ب) ولادة الحمل حيًّا:**

يتبين في كلّ من المادة **35** و**36** من قانون الوصيّة، إشتراط المشرع المصري لصحّة الوصيّة ولادة الحمل حيًّا، فلو ولد ميتًا، بطلت الوصيّة. كما يعتبر هذا الشرط شرط لإستحقاق الوصيّة، إذ تنص المادة **35/ الفقرة(3):** "**وتوقف غلّة الموصى به إلى أن ينفصل حيًّا، فتكون**

---

[1]– قانون رقم71، يتضمن قانون الوصية المصري، سنة 1946، متوفر على الموقع: http://old.qadaya.net/node/74

[2]– محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.85-86-87.

**له"**[1]. وتجدر بنا الإشارة في هذه النقطة، أنّ المشرع المصري على خلاف المشرع المغربي، يوقف الإنتفاع في الموصى به إلى غاية ولادة الحمل حيًّا.

**ج) أن يولد الحمل على الصفة التي حددها الموصي:**

يسري هذا الشرط عندما يكون الحمل معيّنًا منسوبا لشخص معيّن والذي يفترض أنّه والده، ففي هذه الحالة إن نفيّ نسب الحمل إلى أبيه سواء بالوسائل التقليدية: (اللّعان) أو الحديثة: (البصمة الوراثية) تبطل الوصيّة، على أساس أنّ الوصيّة تمليك، ولا يثبت إلا لمن عيّنه المملك[2].

كما يفترض المشرع المصري بموجب المادة **36** من قانون الوصيّة حالة تعدد الحمل، فإذا ولدوا كلهم أحياءً، تقسم الوصيّة فيما بينهم بالتساوي، ما لم يرد في نص الوصيّة ما يخالف ذلك؛ وإذا ولد أحدهما ميتًا، فالوصيّة كلها للحي، أما إذا توفي بعد أن ولد حيًّا، تقسم حصته بين ورثته، في الوصيّة بالأعيان المالية، أمّا إن كانت بالمنافع فهي لورثة الموصي.

## الفرع الثاني

## حكم الوصيّة للجهات العامة

يقصد بالجهات العامة: المؤسسات والهيئات التي لا تسعى لتحقيق الربح بل تهدف لتحقيق المصلحة العامة والقيام بالأعمال الخيرية مثل: المساجد، دور الأيتام....

**أولا: حكم الوصيّة للجهات في الفقه الإسلامي**

اتفق الفقهاء في صحّة الوصيّة لجهات البر، سواء كانت لجهة معينة أو غير معينة، وأيًا كانت بالأعيان أو بالمنافع، بكن بشرط ألاّ تكون بالمعصية، وأن تكون موجودة على الأقل أثناء وفاة الموصي[3]، غير أنّ المذهب المالكي يجيز هذه الوصيّة، إن لم تكن موجودة لا وقت إنشاء الوصيّة، ولا وقت وفاة الموصى[4]، وهذا لما يعرف عن هذا المذهب في توسيعه لدائرة التبرعات.

---

[1]– قانون رقم71، يتضمن قانون الوصيّة المصري، المرجع السابق.

[2]– محمد مصطفى الشلبي، المرجع السابق، ص. ص.109–110.

[3]– *المذهب المالكي: أبو بركات الدردير، المرجع السابق، ص.581.

*المذهب شافعي: شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج3، ص.54.

*المذهب الحنفي: علاء الدين الكساني، المرجع السابق، ج7، ص.341.

*المذهب الحنبلي: مصطفى السيوطي، حسن الشطي، المرجع السابق، ص.ص.476–477.

[4] – إبن عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص.423.

**ثانيا : حكم الوصيّة للجهات في بعض القوانين العربية**

**1) حكم الوصيّة للجهات حسب المشرع الجزائري:**

على خلاف الوصيّة للحمل والوصيّة لغير المسلم، فإنّ المشرع لم ينص على أي مادة تخص الوصيّة للجهات العامة وجهات البر، غير أنّ المادة **18** من المرسوم التنفيذي**91 /82** تنص: "**يتولى مكتب المؤسسة المهام الآتية:...، قبول الهبات والوصايا...**"[1]، وهذا دليل على جواز الوصيّة لهذه الجهات والجمعيات الخيرية، إلاّ أنّنا نرى أنّه كان على المشرع أن ينص في قانون الأسرة على هذه الأحكام، فعلاوة على تنظمه لمسائل الأحوال الشخصية فهو ينظم أيضا مسائل الأحوال العينية (الميراث والوصيّة).

**2) حكم الوصّة للجهات حسب موقف المشرع المغربي:**

نظّم المشرع المغربي أحكام الوصيّة لجهات البّر والمؤسسات العامّة على خلاف المشرع الجزائري؛ بحيث قدم أمثلة على هذا النوع من الوصايا في المادة **309** من المدونة التي تنص:" **الوصيّة لأماكن العبادة والمؤسسات الخيرية والعلمية وسائر المصالح العامة، تصرف على عمارتها ومصالحها، وفقرائها، وغير ذلك من شؤونها**"[2]؛ والتي بين فيها إجازته لهذه الوصيّة، سواء كانت لجهة معينّة، أو غير معينّة.

وتصرف في وجوه الخير من طرف مؤسسة متخصصة، دون أن يؤثر عدم تعيّين هذه الجهة الموصى لها في صحّة الوصيّة حسب ما يدل عليه مضمون المادة **308** من المدونة التي تنص:"**من أوصى لله تعالى ولأعمال البّر بدون تعيّين جهة معيّنة، صرفت وصيّته في وجوه الخير، ويمكن أن تتولى الصرف مؤسسة متخصصة في ذلك قدر الإمكان، مع مراعاة أحكام المادة317 بعده**"[3]؛ كما تجيز المادة **310** من نفس القانون الوصيّة لجهة معينة من جهات البّر، دون إشتراط وجودها وقت الوصيّة، فحتى لو تعذر وجودها صرفت الوصيّة إلى أقرب الجهات الفرعية التابعة لها[4].

---

[1]– مرسوم تنفيذي رقم82/91، المؤرخ في 1991/03/23، يتضمن إحداث مؤسسة المسجد،ج.ر.ج.ج، عدد16، الصادرة في 1991/04/10.

[2]– قانون رقم 03–70، يتضمن مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

[3]– المرجع نفسه.

[4]– قانون رقم 03– 70، يتضمن مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

**3) حكم الوصيّة للجهات العامة حسب المشرع المصري:**

أجاز المشرع المصري حسب المادة **7**و**8** من قانون الوصيّة المصري، الوصيّة للجهات: كالوصيّة لأماكن العبادة أو للمؤسسات الخيرية مثل الملاجئ والدور المكلفة بالمسنين، ويستوي في صحّة هذا النوع من الوصيّة أن تكون لجهة معيّنة أو لجهة من جهات البّر المعيّنة أو غير المعيّنة كالقول:" أوصيت بثلث مالي لله تعالى"، وسواء كانت موجودة وقت الوصيّة، أو أنّها ستوجد مستقبلا حتى ولو بعد وفاة الموصي، أما إن لم يتحقق وجودها تبطل الوصية، إذ تنص المادة **8** من قانون الوصيّة أنّه:" **تصح الوصيّة لجهة معينة من جهات البّر ستوجد مستقبلا، فإنّ تعذر وجودها، بطلت الوصيّة** "[1] .

أما الصرف على الجهات الموصى لها، يكون على حسب ما ورد في نص الوصيّة ما دام النص لا يتعارض مع مقاصد الشريعة، وإن لم يحدد الموصي طريقة الصرف، يتم على حسب ما هو ساري عرفا، وإلاّ تصرف فيما فيه تحقيق للمصلحة العامة [2].

**الفرع الثالث**

**الوصية للمحصورين وغير المحصورين**

ذهب كلّ من المذهب المالكي والشافعي إلى" أن من يحصون هم من أمكن حصرهم، والإحاطة بأفرادهم من غير مشقة، أما غير محصورين من لا يمكن حصرهم و الإحاطة بأفرادهم من غير مشقة"[3].

**أولا : أحكام الوصيّة للمحصورين**

**1) الوصيّة للمحصورين في الفقه الإسلامي:**

يجيز كلّ من المذهب المالكي والحنفي والحنبلي الوصيّة للمحصورين سواء كانت بالاسم أو بالوصف، فيستحق الموصى به وقت الوصيّة، لا وقت وفاة الموصي. لأنّهم يرون أنّ العبرة في

---

[1]– قانون رقم 71، يتضمن قانون الوصيّة المصري، المرجع السابق.

[2]– محمد مصطفى الشلبي، المرجع السابق، 112.

[3] * المذهب المالكي: إبن عرفة الدسوقي، المرجع السابق،ص.434.

* المذهب الشافعي: شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج4، ص86-87.

التبرعات بوقت نشوئها والوصيّة عبارة عن تبرع[1]؛ ويقسم الموصى به فيما بينهم بالتساوي على عدد الرؤوس، ما لم يرد نص مخالف في الوصية [2].

**2) الوصيّة للمحصورين في بعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية:**

على خلاف المشرع الجزائري الذي لم يتطرق لوصيّة المحصورين، تطرق المشرع المغربي لبعض الأحكام، في حين فصل المشرع المصري فيها أكثر، لذلك نقتصر في هذا العنصر على عرض موقف المشرع المغربي والمصري فقط.

**أ) موقف المشرع المغربي:**

لم ينص المشرع المغربي صراحة على الوصيّة للمحصورين مثلما سنأتي لتبيانه في القانون المصري، إلاّ أنّ المادة **305** تنص أنّه:" **إذا وجد أحد من الموصى لهم عند موت الموصي أو بعده، كانت المنفعة له، وكلّ من وجد منهم بعده، شاركه في المنفعة إلى حين اليأس من وجود غيرهم، فتكون العين والمنفعة لمن وجد منهم، ويكون نصيب من مات منهم تركة عنه**"[3].

يتضح لنا من خلال هذه المادة، أنّ المشرع المغربي لم يفصل في أحكام هذا النوع من الوصيّة، بحيث بيّن إجازة الوصيّة لمجموعة من الأشخاص الموصى لهم، وعرض بعض الأحكام: فإذا وجد بعض الموصى لهم عند أو بعد وفاة الموصي، يستفيدون من منفعة الموصى به معًا إلى غاية اليأس من وجود غيرهم، فتكون العين والمنفعة لمن وجد منهم، وإذا توفي أحدهم كان نصيبه لورثته.

**ب) موقف المشرع المصري:**

نظم المشرع المصري أحكام الوصيّة للمحصورين في المواد( 26-27-28-29-31-33) من قانون الوصية كما يلي:

---

[1]- المذهب المالكي: شمس الدين عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص.434.

- المذهب الحنفي: علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، 1984، ص.215.

- المذهب الحنبلي: نصر الدين السامري، المستوعب، ج2، ط2، مكتبة الأسدي، مكة، 2003، ص.204.

[2]- شمس الدين الرملي، المرجع السابق، ص.66.

[3]- قانون 03-70، يتضمن مدونة الأسرة المغربة، المرجع السابق.

❖ تقسم الوصيّة فيما بين المحصورين وفقا لنص الوصيّة، وإلاّ فبالتساوي.

❖إن مات أحد الموصى لهم، بعد استحقاقه للموصى به، ودخول هذا الأخير في ملكه، ينتقل لورثته إن كان بالأعيان المالية حسب المادة **26** من قانون الوصيّة؛ أما إذا كانت بالمنافع، وكان الموصى لهم غير معينين– معينين بالوصف لا بالإسم – يردّ هذا النّصيب لغيره من الموصى لهم لأنّ الوصيّة لمحصورين غير معيّنين وصيّةً واحدة [1]، أمّا إذا تبيّن عدم وجودهم ردّ لورثة الموصي حسب المادة **27**/الفقرة **(1)** من قانون الوصيّة التي تنص:" **إذا كانت الوصيّة لمن ذكروا في المادة السابقة بالمنافع وحدها، ولم يوجد منهم أحد عند وفاة الموصي، كانت لورثة الموصي**"[2].

أما إذا كانوا معينين بالإسم، يرد نصيب المتوفى لورثة الموصي، لأنّ الوصيّة لمعين تنتهي بالوفاة الموصى له حسب المادة **14** من قانون الوصيّة التي تنص:"...، **وكذلك تبطل بالنسبة للموصى له المعين إذا مات قبل موت الموصي**"[3]، كما أنّ المنافع لا تنتقل بالوراثة حيث الملكيّة فيها ناقصة[4].

ونفس هذه الأحكام، تسري في حالة ما إذا كان أحد الموصى لهم غير أهل لأن يوصى له حين الوفاة، إذ تنص المادة **31** من قانون الوصيّة:" **إذا كانت الوصيّة لقوم محصورين بلفظ يتناولهم ولم يعينوا بأسمائهم وكان بعضهم غير أهل للوصيّة وقت وفاة الموصي، كان جميع ما أوصي به مستحقا للآخرين مع مراعاة أحكام المواد 26–27–28–29** "، وتنص المادة **33** على أنّه:" **إذا كانت الوصيّة للمعينين عاد إلى تركة الموصي ما أوصى به لمن كان غير أهل للوصيّة حين الوفاة**"[5].

❖ حسب المادة **33** من قانون الوصيّة، إذا أبطلت الوصيّة لمعيّن أو لجماعة، ردّ الموصى به إلى تركة الموصي، بغض النظر إذا ما كانت وصيّةً بالأعيان أو وصيةً بالمنافع، لأنّها حسب هذا التصنيف تعتبر بمثابة عدة وصايا، وإذا كان الموصى به مال شائع وكانت حصة كلّ واحد جزء لا

---

[1]– محمد كمال الدّين إمام، الوصية والوقف في الإسلام: مقاصد وقواعد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999، ص.ص. 85–86.

[2]– قانون رقم 71، يتضمن قانون الوصية المصري، المرجع السابق.

[3]– المرجع نفسه.

[4]– أحمد فراج حسين، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص. 122.

[5]– قانون رقم 71، يتضمن قانون الوصية المصري، المرجع السابق.

يتجزأ منه، تسترجع حصة كلّ واحد من الموصى لهم الآخرين، فإذا بطلت في حق أحدهم، لا يمكن تصحيحها بالنّسبة لغيرهم[1].

**ثانيا: أحكام الوصية لغير المحصورين**

**1) الوصيّة لغير محصورين في الفقه الإسلامي:**

لا خلاف بين الفقهاء في صحّة الوصيّة لمن لا يحصون، إذا ذكر الموصي فيها باللّفظ ما يدل على حاجتهم، كالفقر والمرض والغربة...، كأن يقول: أوصيت بثلث مالي للفقراء، لليتامى أو للمرضى...ونحو ذلك[2].

وإنّما الخلاف بينهم في حالة ما إذا لم يذكر الموصي في وصيّته ما يشعر بالحاجة إليها، كأن يقول: أوصيت بثلث مالي لأهل مدينة كذا...

وعلى ضوء ما سبق، يمكن أن نقسم الخلاف الواقع بين فقهاء الشريعة إلى رأيين مختلفين:

❖ **موقف المذهب الحنفي:**

يرى فقهاء المذهب الحنفي كأصل بأنّ الوصيّة لمن لا يحصون باطلة، وحجتهم في ذلك أنّ الوصيّة تمليك والتمليك للمجهول جهالة لا يمكن إزالتها غير جائز، إلاّ أنّهم استثنوا الوصيّة للفقراء أو اليتامى باعتبارها صدقة وتمليكًا لوجه الله تعالى، فتقع لله سبحانه أولاً ثم يتملكها المحتاج بتمليك الله، وحينئذ تخلو من المانع وهو جهالة الملك[3] ؛ وقد أسند هؤلاء الفقهاء رأيهم على قول الله عزّ وجل: ﴿ **إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ** ﴾[4].

---

[1]– محمد كمال الدّين إمام، المرجع السابق، ص.86.

[2]– *الحنفية عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص. ص. 299–302.

* الشافعية: المرجع نفسه، ص.299–302.

*المالكية: سحنون بن سعيد التنوخي، المرجع السابق، ص.71.

*الحنابلة: منصور بن يونس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج.4، المرجع السابق، ص.ص.450–451.

[3]– علاء الدين الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ج10، ص.ص.505–506.

[4]– سورة التوبة، الآية "60".

❖ **موقف جمهور الفقهاء:**

يرى جمهور الفقهاء بأنّ الوصيّة لغير المحصورين صحيحة، سواء كانت للفقراء فحينها تكون صدقة حثّ عليها الشارع الحكيم، أو تكون للأغنياء بحيث تعدّ هدية مؤجلة لما بعد الموت[1]؛ وذلك عملاً بقول رسول الله ﷺ: « **تهادوا تحابوا** »[2]؛ وعليه تعتبر كل من الصدقة والهدية وفقا لرأي الفقهاء عملاً من أعمال القربة.

**2) الوصيّة لغير المحصورين في بعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية**

سنتطرق في هذا الفرع إلى أحكام الوصيّة لغير المحصورين فقط بالنسبة لقانون الوصيّة المصري، كون أنّه لا يوجد أي نص يقضي بذلك، في قانون الأسرة الجزائري وفي مدونة الأسرة المغربية.

وعليه قد أخذ قانون الوصيّة المصري بما ذهب إليه جمهور الفقهاء، من خلال تطبيق أحكام المادة **30/ الفقرة (1)** التي تنص على أنّه: "**تصح الوصية لمن لا يحصون، ويختص بها المحتاجون منهم ويترك أمر توزيعها بينهم لإجتهاد من له تنفيذ الوصيّة دون التقيد بالتعميم أو المساواة** "[3].

ومن خلال هذا النص نستنتج أنّه تصح الوصيّة لمن لا يحصون، وبالأخص المحتاجين كالفقراء والمساكين، بحيث جعل القانون تقدير توزيع الوصيّة متروكًا لإجتهاد من له تنفيذ الوصيّة[4].

---

[1]– *المالكية: عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص.300.

*الحنابلة: منصور بن يونس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، المرجع السابق، ص.ص.450–451.

*الشافعية: شمس الدين بن الخطيب الشربيني، ج3، المرجع السابق، ص.82.

[2] – أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، المرجع السابق، كتاب الهبات، باب شرط القبض في الهبة، حديث رقم 11947، ص.280.

[3]– قانون 71، يتضمن قانون الوصيّة المصري، مرجع سابق.

[4] – المرجع نفسه.

## الفرع الرابع

## الأحكام الخاصة بالوصيّة المشتركة

الوصيّة المشتركة هي التي يشترك فيها أكثر من نوع واحد من الموصى لهم، فتكون الوصيّة لمعينين وجماعة من الموصى لهم المحصورين وأخرى من غير محصورين ولجهة من جهات البر[1].

مثال: الوصيّة لعمر(معيّن) ولأبناء زيد( جماعة من الموصى لهم المحصورين) وفقراء المدينة (جماعة غير محصورة) و لجمعية ذوي الاحتياجات الخاصة( جهة من جهات البر).

**أولا : الوصيّة المشتركة في الفقه الإسلامي**

ما يثار في شأن الوصيّة المشتركة لا يتعلق بمدى جوازها والأخذ بهذا النظام، إنّما يتعلق بكيفية تقسيم الوصيّة على كلّ من تتضمنهم، وهم متعددين وعلى أنواع مختلفة. وبذلك نبيّن في هذا العنصر كيفية تقسيمها وفق الآراء الفقهية التالية:

**1) موقف المذهب المالكي:**

يميز المذهب المالكي في تحديد كيفية تقسيم الوصيّة المشتركة بين حالتين:

**أ) إذا كانت الوصيّة المشتركة تضم موصى له معين وجماعة غير معينة، وغير محصورة:**

في هذه الحالة تقسم الوصيّة عن طريق الاجتهاد فيحدد ما يعطى للمعيّن والذي يكون زيد مثلا. حسب القرائن والأحوال والظروف ثم يقدم ما تبقى للموصى لهم غير المحصورين[2].

**ب) إذا كانت الوصية المشتركة تضم موصى له معينا وجماعة غير معينة، محصورة:**

إذا كانت الوصيّة تشمل شخصًا معيّنًا بالذات، وجماعة محصورة غير معينة، فلهذا المذهب قولين: أولهما يقضي بتقسيم الوصيّة وفقا لأحكام القسمة بن معيّن وجماعة غير محصورة، أمّا حسب القول الثاني: تقسم الوصيّة بالتساوي بين المعيّن وغير المعيّن المحصورين، فلو أوصي لزيد وأولاد زيد دون تعيّينهم بالإسم، يأخذ زيد ككلّ واحد من المحصورين، إذ يكون له سهم و لكل واحد من المحصورين سهم فإن كانوا أربعة كان مجموع السهام خمسة (5).

---

[1]– جغبوب محمد ، الوصية بين الشريعة والقانون، مذكرة لنيل إجازة، المعهد الوطني للقضاء، المعهد الوطني للقضاء، الدفعة12، سنة 2004، ص.15.

[2]– سحنون بن السعيد التنويخي، المرجع السابق، ص.40.

وإذا توفي أحد الموصى لهم بعد موت الموصي، وقبل القسمة، يحظى ورثته بهذا النصيب[1].

**2) موقف المذهب الشافعي:**

يختلف موقف المذهب الشافعي في تحديد كيفية تقسيم الوصيّة المشتركة حسب الحالات التالية:

**أ) إذا كانت الوصيّة المشتركة تضم "موصى له معين و جماعة غير محصورة** ": كأن تكون الوصيّة لزيد و لفقراء المدينة، فللمذهب الشافعي، في هذه الحالة ثلاثة آراء مختلفة تتمثل في:[2]

❖ أن يعتبر زيد" المعين" ككل فرد من الجماعة غير محصورة: فتقسم الوصيّة بينهم بالتساوي فلو كان هؤلاء الفقراء خمسة (5) يضاف إليهم زيد فيكون له 6/1 و هو نصيب كل واحد من الجماعة.

و ينتقد هذا الرأي أنّه لم يأخذ بالمفهوم الصحيح لجماعة غير محصورين، إذ أن الموصى لهم لا يمكن حصرهم وعدهم، وبالتالي لا يمكن أن يحدد نصيب المعلوم: "المعين" قياسًا على ما يؤول إلى المجهول " الجماعة غير محصورة ".

❖ أن يعطى المعيّن ربع الموصى به (4/1) و ثلاثة أرباعه للفقراء على أساس أن أقل عدد يمثل جماعة هو ثلاثة.

❖ أن يعطى المعين النصف: فتقسم الوصيّة على أساس أن الجماعة غير محصورة أيضا موصى به فرد، ولهم النصف مثلما للمعين النصف. مثلاً: لزيد 2/1 و للفقراء 2/1.

**ب) الوصيّة لجماعتين غير محصورتين:**

يقسم الموصى به فيما بينهم مناصفةً بدون الاعتداد بعدد الرؤوس في كلّ جماعة، بل يأخذ بعين الاعتبار عند التوزيع ، نوع الموصى به.

**ج) الوصيّة لجماعة محصورة:**

يقسم الموصى به على عدد الرؤوس ولا يقسم مناصفةً، فلو كانت الجماعة الأولى تمثل: أولاد علي مثلاً وهم (4) والثانية: أولاد عمر وهم (3). تقسم الوصيّة على عدد الرؤوس ويكون عدد الأسهم في هذه الحالة (7) [3].

---

[1] – شمس الدين الدسوقي، المرجع السابق، ص.434.

[2] – زكريا محمد الأنصاري الشافعي، المرجع السابق، ص.103.

[3]– شمس الدين الرملي، المرجع السابق، ص 79.

**3) موقف المذهب الحنبلي:**

**أ) إذا كانت الوصيّة بين معيّن وجماعة من الموصى لهم غير محصورين:**

يكون الاعتبار في القسمة لعدد الأنواع وليس لعدد الرؤوس، وتقسم فيما بينهم مناصفةً، فلو أوصي لزيد وللفقراء، يكون لزيد النصف، وللفقراء النصف باعتبارهم شخصًا واحدًا[1].

**ب) إذا أوصي لمعيّن وجماعة محصورة:**

تقسم الوصيّة بالأخذ بعين الاعتبار عدد الرؤوس: فلو أوصي لزيد ولإخوته وهم(4)، فيكون لكل واحد منهم ومن بينهم زيد سهم واحد من خمسة سهام [2].

**ثانيا: الأحكام الخاصة بالوصيّة المشتركة في بعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية**

**1) موقف قانون الأسرة الجزائري:**

تنص المادة 194 من ق.أ.ج:" **إذا أوصى لشخص ثم أوصي لثانٍ يكون الموصى به مشتركًا بينهما**"[3]؛ ويلاحظ من خلال هذا النص أنّ المشرع الجزائري ركز في تعريفه للوصيّة المشتركة على عدد الموصى له وليس على أنواعه مثلما ذهب إليه أئمة الفقه الإسلامي، مما يعني أنّ الوصيّة لشخصين طبيعيين تعتبر أنّها مشتركة ولا يشترط أن تضم أكثر من نوع واحد بل يكفي أن تضم أكثر من موصى لهم واحد.

ويتبين لنا أيضًا من خلال المادة **195 من ق.أ.ج** [4] أنّ المشرع ميّز بين حالتين، فإذا حدد الموصي نصيب كلّ واحد من الموصى لهم تقسم الوصيّة حسب نص الوصيّة، وإن توفي أحدهم فالحي منهم لا يستحق سوى نصيبه المحدد من قبل الموصي، أما إن لم يحدد في نص الوصيّة نصيب كلّ واحد، تقسم بالتساوي، وإن توفي أحدهم قبل وفاة الموصي تكون الوصيّة كلها للحي إن كان فردا أو لباقي الموصى لهم إن كانوا جماعة [5].

---

[1]– شرف الدين المقدسي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ج.3، دار المعرفة، بيروت، د.س.ن، ص.63.

[2]– إبن قدامة المقدسي، علاء الدين المرداوي، المقنع والشرح الكبير والإنصاف، ج.17: الهبة، العطية والوصايا، دار هجر، د.ب.ن، 1995م، ص.340.

[3]– قانون رقم 84–11، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع سابق.

[4]– قانون رقم 84– 11، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

[5]– العربي بلحاج، ج2، المرجع السابق، 29–294.

**2) موقف المشرع المغربي:**

تنص المادة **306** من مدونة الأسرة المغربية على أنّه:" **من أوصى بشيء معيّن لشخص ثم أوصى به لآخر، إعتبرت الوصيّة الثانية إلغاء للوصيّة الأولى**"[1]، وبالتالي يتضح لنا من خلال هذه المادة أنّ المشرع المغربي على خلاف المشرع الجزائري، لا يشرك الموصى لهم بوصايا مختلفة في الشيء الموصى به، إذ يعتبر الوصيّة الثانية إلغاء للأولى، وعليه فهو لا يأخذ بالوصيّة المشتركة، وفق المفهوم الذي حدده المشرع الجزائري، ولم يرد أي نص آخر يدل على أخذه بهذا النظام حسب مفهوم أئمة الفقه الإسلامي.

**3) موقف المشرع المصري:**

تنص المادة **32** من قانون الوصيّة المصري على أنّه:" **إذا كانت الوصيّة مشتركة بين معيّنين وجماعة وجهة أو بينهم جميعًا كان لكل معين ولكلّ فرد من أفراد الجماعة المحصورة ولكل جماعة غير محصورة، ولكلّ جهة سهم من الموصى به**"[2].

فيتضح من خلال هذه المادة أنّ المشرع المصري علاوة على أخذه بنظام الوصيّة المشتركة، يعتبر كلّ من الجهة والجماعة غير محصورة، شخصًا من الموصى لهم، وكلّ واحد من المعيّنين بأسمائهم شخصًا، ومثله كلّ واحد من الجماعة المحصورة شخصًا؛ إذ المعيّنين يعتبرون بأشخاصهم، كما يمكن معرفة عدد المحصورين، فتقسم الوصيّة بمنح سهم واحد لكل شخص فعليا: ككلّ واحد من المعيّنين، أو إعتباريًا: كالسهم لجهة من جهات البّر، أو لجماعة غير محصورة .

مثال: إذا كانت الوصية لزيد وعمر، وفقراء مدينة الإسكندرية، ومأوى العناية بالمسنين، تقسم الوصيّة على النحو التالي: زيد: سهم واحد، عمر: سهم واحد، فقراء المدينة: سهم، مأوى المسنين سهم، والمجموع: 4 سهام من تركة الموصي[3].

وإذا أبطلت الوصيّة لأحد هؤلاء المشتركين، إتبع الحكم المقررعلى كلّ نوع من هذه الأنواع، فإذا أبطلت في حق المعين، أو الجهة أو جماعة غير محصورة، يعاد نصيبهم لورثة الموصي[4].

---

[1]– قانون رقم03–70، يتضمن مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

[2]– قانون رقم 71، يتضمن قانون الوصيّة المصري، المرجع السابق.

[3]– أحمد فراج حسين، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص.ص.126–127.

[4]– محمد مصطفى الشلبي، المرجع السابق، ص.ص.120–121.

## المبحث الثاني

## الأحكام الخاصة في إنشاء الوصيّة الإختيارية المتعلقة بالموصى به

تتنوع الوصيّة باعتبار الموصى به إلى أنواع متعدّدة، فقد تكون بالأعيان المالية بمختلف أنواعها، وقد تكون بالمنافع أو بالحقوق أو بالإقراض، كما يمكن أن تكون الوصيّة بالتصرف في عين أو بتقسيم التركة[1]، إلاّ أنّ أكثر هذه الأنواع شيوعًا تلك المتعلقة بالأعيان المالية وبالمنافع؛ لذلك نقتصر دراستنا على هاذين النوعين فقط، فنتعرض للأحكام الخاصة في الوصيّة بالأعيان المالية في(مطلب أول) وإلى الأحكام الخاصة بالوصيّة بالمنافع في( مطلب ثاني).

### المطلب الأول

### أنواع الأعيان المالية محل الوصيّة الإختيارية

تعدّ الأعيان المالية تلك الأموال التي يجري فيها الإرث، أيا كان نوعها: عقارات أو منقولات مثلية كانت أو قيمية؛ وسواء كانت في يد الموصي أم تحت يد نائبه كالوكيل والمستأجر أو المدين...، أم ليست تحت يده كالدين الذي يكون في ذمة الغير.

كما يمكن أن تكون الأعيان المالية عبارة عن حقوق عينية تبعية لحق الملكية، والتي تقوّم كذلك بالمال، كحقوق الإرتفاق الواقعة على عقار، كحق الشرب، أو حق المسيل....[2].

#### الفرع الأول

#### أنواع الأعيان المالية محل الوصيّة الإختيارية في الفقه الإسلامي

لقد أقر فقهاء المذهب الحنفي بأنّ الأعيان المالية إمّا أن تكون بعين معيّنة بالذّات، أو بجزء شائع منها، أو بعين معيّنة بالنّوع أو بجزء شائع منها، أو أن تكون الوصيّة بسهم شائع في كلّ المال أو بعضه[3]؛ وهذه الحالات نعرضها كما يلي:

---

(1) – محمد عبد الهادي عبد الستار، المرجع السابق، ص.179.

(2)– محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص.445.

(3)– أحمد بن قاسم الصنعاني، التاج المذهب لأحكام المذهب، ج4، دار الحكمة اليمانية، اليمن، 1993، ص.379.

**أولا: الموصى به عين معيّنة بالذّات أو جزءا منها**

إذا كانت العين المالية الموصى بها عيّنًا معيّنة بالذّات أو جزءا منها، كما لو أوصى بمنزل أو قطعة أرض أو بالبعض منهما أو جزءا شائعًا في تلك العين، فإنّه يلزم لصحّة الوصيّة، أن تكون العين الموصى بها موجودة في ملك الموصي من وقت إنشاء الوصيّة إلى وقت وفاته، وهو نفس الحكم الذي يسري على الموصى به إن كان حقاً ماليًا: كحق الإرتفاق وغيره من الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية، فلابد أن يثبت وجود هذه الحقوق في ملك الموصي وقت الوصيّة وتستمر كذلك إلى غاية موته.

**ثانيا: الموصى به المعيّن بالنوع**

إذا كان الموصى به معيّنًا بالنوع كالسيارات والعقارات، فلفقهاء المذهب **الحنفي** قولين:

**1) القول الأول:**

ذهب بعض أئمة المذهب الحنفي إلى عدم إشتراط وجود الموصى به المعيّن بالنوع عند إنشاء الوصيّة ويكتفي بوجوده عند الوفاة فقط، فلو قال الموصي: أوصيت بربع عقاراتي، وليس له عقارات حين الوصيّة. فتصح وصيّته بشرط أن تكون هذه العقارات ضمن أملاكه عند وفاته، وإن لم توجد في ذمته خلال هذا الموعد؛ بطلت الوصيّة.

**2) القول الثاني:**

يرى إتجاه أخر من هذا المذهب بضرورة وجود الموصى به المعيّن بالنوع في ملك الموصي وقت إنشاء الوصيّة، وأن يستمر ذلك إلى غاية وفاته، ففي المثال السابق، لو قال: أوصيت لزيد بربع عقاراتي ولا عقارات له حين إنشاء الوصيّة، تكون وصيّته باطلة، لأنّ كلّ ما يوصي به الموصي لابد أن يكون موجودا في ملكه وقت الوصيّة، فإن لم تكن موجودة بطلت حينئذ، ولو وجدت له عند الوفاة[1].

[1]– شمس الدين أحمد بن قودر، المرجع السابق، ص.ص.435–436.

## الفرع الثاني

## أنواع الأعيان المالية محل الوصيّة

## في بعض تشريعات الأحوال الشخصيّة العربية

نتطرق في هذا الفرع إلى الأحكام المتعلّقة بالأعيان المالية وذلك في بعض التشريعات العربية.

**أولا: موقف قانون الأسرة الجزائري**

حسب المادة **190** من **ق.أ.ج** التي تنص أنّ:" **للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا**....."[1]؛ نلاحظ أنّ المشرع الجزائري قد منح الحق للموصي في أن يوصي بالأعيان المالية التي تدخل في ملكه سواء كانت الأموال نقودًا وعقارات أو منقولات مثلية كانت أو قيمية[2].

وعليه فإذا كان الموصى به شيئًا معيّنًا بالذات كمن يوصي لشخص بسيارته فيجب أن تكون في ملكه عند إنشاء الوصيّة، إذ لا تصح الوصيّة بملك الغير، حتى لو تملك الموصي الموصى به (السيارة) بعد صدور الوصيّة ومات الموصي على هذه الحال[3].

أمّا إذا كان الشيء الموصى به غير معيّن بذاته كمن أوصى بجزء شائع من المال، بعضه أو كله، فيشترط وجوده عند الوفاة لا وقت إنشاء الوصية [4].

**ثانيا: موقف المشرع المغربي:**

منح المشرع المغربي الحرية للموصي بأن يوصي بما هو من الأعيان المالية، سواءً كان معيّنًا بالذات كلّه أو بعضه أو معيّنًا بالنوع، بشرط أن تندرج ضمن أملاكه؛ ويظهر ذلك جليًا من خلال أحكام المادة **294** من مدونة الأسرة المغربية والتي جاء فيها ما يلي: "**يصح أن يكون الموصى به عينا**...."[5].

---

[1] – قانون 84-11، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

[2] – شيخ نسيمة، المرجع السابق، ص.214.

[3] – حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص.ص.55-56.

[4]– شيخ نسيمة، المرجع السابق، ص.215.

[5] – القانون 03-70، يتضمن مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

**ثالثا: موقف المشرع المصري:**

يفهم من خلال أحكام المادة **1/10** من قانون الوصيّة المصري، أنّه يدخل في ملك الموصي جميع الأموال التي تكون عنصرا من عناصر التركة، وبالتالي يمكن أن يكون الموصى به من الأعيان المالية، أيًا كان نوعها:عقارًا أو منقولاً، أو كان الشيء الموصى به مالاً معيّنًا بالذات، أو معيّنًا بالنوع [1].

## المطلب الثاني

## الأحكام الخاصة بالوصيّة بالمنافع

تعرّف المنفعة في باب الوصيّة بأنّها: كل فائدة يقصد تحصيلها من الأعيان كسكنى الدار وغلتها، ومن زراعة الأرض وغلتها، وكذا بالنسبة لثمر الشجر، إذ يجوز لمن ملك عينًا أن يوصي بمنافعها لمدة معينة، أو لمدة غير معينة [2].

وعليه تعتبر المنافع ممّا يجري فيها الإرث، لذلك يمكن أن تكون محلاً للوصيّة إلى جانب الأعيان المالية التي سبق دراستها. وبذلك نتطرق في هذا المطلب إلى الأحكام المختلفة لهذه الوصيّة، بدايةً من مدى مشروعيتها إلى غاية انتهائها.

### الفرع الأول

### مشروعية الوصيّة بالمنافع

**أولا: مشروعية الوصيّة بالمنافع في الفقه الإسلامي**

إختلف أئمة الفقه الإسلامي، حول مشروعية الوصيّة بالمنافع، فالبعض منهم يقرّ بصحتها والبعض الآخر ينفي فكرة هذه الوصيّة[3].

---

[1] – قانون رقم 71، يتضمن قانون الوصيّة المصري، المرجع السابق.

[2] – محمد عبد الهادي عبد الستار، المرجع السابق، ص.199.

[3] *الحنابلة: منصور بن يونس البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج4، المرجع السابق، ص.486.

*الشافعية: شمس الدين الرملي، المرجع السابق، ص.83.

*المالكية: محمد عبد الوهاب المالكي، المرجع السابق، ص.519.

*الحنفية: عبد الغني الميداني الحنفي، اللّباب في شرح الكتاب، ج4، المكتبة العلمية، بيروت، د.س.ن، ص.183.

**1) صحة الوصيّة بالمنفعة:**

يرى جمهور الفقهاء، بصحة الوصيّة بالمنفعة كسكنى الدار، وزراعة الأرض وغلتها، استنادا للأدلة التالية[1]:

**أ)** جواز التصرف في المنافع بعوض كالإجارة، وبغير عوض كالعارية في حياة المتصرف، كما يجوز تمليكها بعد الوفاة بطريق الوصيّة.

**ب)** تملك الموصي لمنفعة العين مثلما يملك العين نفسها، ما يجيز له أن يوصي بهما معًا، أو بأحدهما، لأنّ من يملك الكل يملك البعض.

**ج)** إنّ الوصيّة عقد تبرع، فينبغي التوسع والتسامح فيها لتحقيق الخير والنفع لذوي الحاجة من الفقراء والمساكين وغيرهم.

**2) عدم صحة الوصيّة بالمنفعة:**

ذهب الفقيه **ابن أبي ليلى**، إلى القول بعدم صحّة الوصيّة بالمنفعة، مدعمًا رأيه بالحجج التالية:

**أ)** أنّ الوصيّة بالمنافع وصيّة بمال الوارث، ولأنّ تنفيذها يكون بعد موت الموصي وعندئذ تكون الرقبة ملك الورثة، وملك المنافع تابع لملك الرقبة، وفي ذلك الوقت ينتقل ملك العين الموصى بمنافعها إلى الورثة، وعلى هذا فالوصيّة بالمنافع وصيّةً بمال مملوك للغير، وهذا غير جائز.

ب) تعتبر الوصيّة بالمنافع في معنى الإعارة، تمليك المنفعة بغير عوض، وموت المعير مبطل للإعارة، إذ للموت أثر في بطلان العقد على المنفعة بعد صحته، لذلك يمنع من صحّة إنشائها لأن

---

(1) *المالكية: محمد عبد الوهاب المالكي، المرجع السابق، ص.519.

*الحنابلة: ابن مفلح الحنبلي: المرجع السابق، ص.272.

*الحنفية: شمس الدين أحمد بن قودر، نتائج الأفكار تكملة شرح فتح القدير، ج10، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص.ص.518-520-521.

*الشافعية: يحي بن سالم العمراني الشافعي، البيان في مذهب الإمام الشافعي، المجلد8، دار المنهاج للنشر، د.س.ن، ص.170.

المنع أسهل من الرفع كما يقول الفقهاء في قواعدهم[1].

**ثانيا: مشروعية الوصيّة بالمنافع في بعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية**

**1) موقف قانون الأسرة الجزائري:**

أخذ المشرع الجزائري برأي جمهور الفقهاء، فأجاز الوصيّة بالمنفعة، وفقا لمقتضيات **المادة 190 من ق.أ.ج** التي تنص أن:" **للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة**"[1]؛ إذ يلاحظ من خلال نص هذه المادة أنّ المشرع منح للموصي أن يوصي بالأموال المملوكة له بما فيها المنافع، والتي لم يحددها بأنواع معيّنة تاركًا الحرية للموصي فيما إختيار ما يوصي به.

**2) موقف المشرع المغربي:**

عملا بأحكام المادة **294** من مدونة الأسرة المغربية التي تنص بأنّه:" **يصح أن يكون الموصى به منفعة....**"[2]. نلاحظ بأنّ المشرع المغربي قد أجاز كذلك الوصيّة بالمنافع، سواءً كانت مؤبدة أو مؤقتة، كما بيّن فيها أيضًا الالتزام الذي يقع على عاتق الموصى له، وهو أن يتحمل نفقات صيانة الشيء المنتفع به (الموصى به).

**3) موقف المشرع المصري:**

نظم قانون الوصيّة المصري أحكام الوصيّة بالمنفعة في الفصل الثالث من الباب الثاني، في المواد (50-62)، ما يعني أخذه بما ذهب إليه جمهور الفقهاء، حيث أجاز الوصيّة بالمنفعة، سواءً كانت صادرة من الموصي مالك الرقبة والمنفعة معًا، أو كان مالكًا للمنفعة فقط كالمستأجر والمستعير[3].

---

[1] – قانون رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

[2]– قانون رقم 03-70، يتضمن مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

[3]– محمد عبد الهادي عبد الستار، المرجع السابق، ص.201.

## الفرع الثاني

## أنواع الوصيّة بالمنافع

### أولا: أنواع الوصيّة بالمنافع في الفقه الإسلامي

المنفعة الموصى بها قد تكون مؤبدة أو مؤقتة بمدة معينة، أو تكون مطلقة عن التوقيت والتأبيد، وهذه هي الأنواع التي تطرق إليها جمهور الفقهاء[1].

**1) الوصية بالمنفعة المؤقتة:**

وهي الوصيّة بمنفعة لوقت معين، والتي تسري عادةً خلال سنة أو شهر أو نحو ذلك...، كما إذا أوصى بسكنى دار لشخص لمدة سنة، فللموصى له حق الإنتفاع بسكنى الدار في ذلك الوقت، ثم تعود العين مع المنفعة إلى ورثة الموصي.

**2) الوصية بالمنفعة غير مؤقتة:**

وهي الوصيّة التي تكون غير محددة بمدّة معينة، بأن تكون مؤبدة كأن يقول الموصي: أوصيّت بهذه الدار لزيد أبدًا؛ فلا تحدد مدة المنفعة، إذ للموصى له الحق في الدار طول حياته؛ ويندرج ضمن هذا النوع: الوصيّة بالمنفعة التي لا يظهر في صيغتها إن كانت مؤقتة أو مؤبدة، كما لو قال الموصي: أوصيت بمنفعة هذه الأرض، ففي هذه الحالة استحق الموصى له غلة الوصية بالمنفعة مدّة حياته.

### ثانيا: أنواع الوصيّة بالمنافع في بعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية

**1) موقف قانون الأسرة الجزائري:**

رغم إجازة المشرع الجزائري الوصيّة بالمنفعة، إلاّ أنّه لم يفصل في أنواعها و اكتفى بذكر نوع واحد وهي الوصيّة المطلقة غير المقيدة التي نص عليها في المادة **196** من **ق.أ.ج**، والتي بين فيها

---

(1) *الحنفية: علاء الدين الكاساني الحنفي، ج7، المرجع السابق، ص.352.

*الحنابلة: منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج4، المرجع السابق، ص.ص.453-454.

*الشافعية: علاء الدين المرداوي، المرجع السابق، ص.ص.109-110.

نهاية هذا النوع من الوصيّة بوفاة الموصي، إذ تنص على ما يلي:"**الوصيّة، بمنفعة غير محدودة تنتهي بوفاة الموصى له وتعتبر عمرى**"[1].

**2) موقف المشرع المغربي:**

نستنتج من نص المادة **294** من مدونة الأسرة المغربية، التي تنص على أنه:" **يصح أن يكون الموصى به منفعة لمدة محددة أو مؤبدة، ويتحمل المنتفع نفقات الصيانة**"[2]، بأنّ المشرع المغربي بيّن أنواع الوصيّة بمنفعة، إذ قد تكون مؤبدة كأن يوصى بمنفعة أرض إلى الأبد، فيكون للموصى له الحق في الإنتفاع طوال حياته، وقد تكون لمدة محددة، كأن يُوصى بسكنى دار لشخص لمدة 3 سنوات، فيكون للموصى له حق الإنتفاع خلال هذه المدة .

**3) موقف المشرع المصري:**

قسم المشرع المصري الوصيّة بالمنفعة إلى نوعين على غرار الفقه الإسلامي، ونظم أحكام هذه الأنواع بأكثر تفصيل مقارنةً بالمشرع الجزائري والمغربي، معتمدًا التقسيم التالي:

❖ **الوصيّة بالمنفعة المحددة المدة:**

إذا كانت الوصيّة بالمنفعة، محددة المدة، فإنّ الموصي قد يحدد بداية ونهاية هذه المدة، وقد يسكت عن ذلك، فتكون الوصيّة محددة المدة لكن تاريخ بدايتها ونهايتها غير معلومين.

**الصورة الأولى:الوصيّة المحددة بمدة معلومة الإبتداء والإنتهاء**

يتضح لنا من خلال نص المادة **50** من قانون الوصيّة المصري، أنّ الوصيّة بمنفعة إذا كانت لمدة معلومة يمكن أن يحدد تاريخ بدايتها ونهايتها، كما لو قال الموصي: أوصيّت بسكنى داري لزيد لمدّة عشرة سنوات ابتداء من **2000/01/01 م**، وتنتهي في**2010/01/01 م**. فيستحق الموصى له المنفعة خلال هذه المدة، لا قبلها ولا بعدها؛ غير أنّه في كلّ الأحوال لا يمكن الانتفاع من الموصى به قبل وفاة الموصي، فإذا مات قبل بداية مدّة الوصيّة، يكون حق الانتفاع لورثته، إلى غاية بداية مدة الوصيّة التي تمكن الموصى له من استحقاق المنفعة.

---

[1]– قانون 84–11، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

[2]– قانون 03–70، يتضمن مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

أما إن مات الموصي عند بداية مدة الوصيّة، تسلم المنفعة للموصى له بعد وفاة الموصي، ويستفيد من الموصى به طيلة المدة المحددة للانتفاع[1]، وقد يحدث أن يموت الموصي، وقد مضت من مدة الوصيّة بعضها، فيستحق الموصى له المنفعة فيما تبقى من المدة، كما لو مات الموصي في المثال السابق سنة 2005، أي بعد بداية مدة الوصيّة بخمس سنوات، فإنّه لا ينتفع إلاّ بمقدار المدة الباقية فقط، وهي الخمس سنوات الأخرى[2]، وتبطل الوصيّة في حالة ما إذا مات الموصي، بعد إنتهاء مدة الوصيّة بالمنفعة[3].

**الصورة الثانية:الوصيّة المحددة بمدة غير معلومة الإبتداء والإنتهاء:**

إذا كانت الوصيّة بالمنفعة لمدّة معيّنة، دون أن يحدد تاريخ بدايتها ونهايتها، كما لو أوصى شخص لآخر بسكنى داره لمدّة خمس سنوات من غير تعيّين تاريخ بدء الانتفاع وانتهائه، فتبدأ هذه المدة عقب وفاة الموصي مباشرة، عملا بأحكام المادة **50/ الفقرة(3)** من قانون الوصيّة المصري إذ تنص:" **وإذا كانت المدة معينة القدر غير معلومة المبدأ، بدأت من وقت وفاة الموصي**"[4].

❖ **الوصية بالمنفعة غير محددة المدة:**

تكون الوصيّة بالمنفعة غير محددة بمدة معيّنة، إذا كانت مؤبّدة: كأوصيت بهذه الدار لزيد أبدا، أو أنها مؤقتة دون أن تحدد بمدة معينة: كأوصيت لزيد بهذه الأرض مدّة حياته، أو كانت مطلقة عن التأقيت والتأبيد، كأوصيت له بهذه الدّار.

والأحكام التي تسري في هذا النوع من الوصيّة بالمنافع تختلف باختلاف أنواع الموصى له، وفق الحالات التالية:

**الحالة الأولى:أن يكون الموصى له معيّنا:**

إذا كان الموصى له معينًا، وكانت الوصيّة بالمنفعة مؤبدة أو لمدّة حياة الموصي أو مطلقة، استحق الموصى له المنفعة مدّة حياته وتنتهي الوصيّة بموته فتسلّم الرقبة بمنافعها إلى ورثة الموصي.

---

[1]– أحمد الغندور، زكي الدين شعبان، المرجع السابق، ص.145.

[2]– محمد عبد الهادي عبد الستار، المرجع السابق، ص.203.

[3]– قانون رقم 71، يتضمن قانون الوصيّة المصري، المرجع السابق.

[4]– المرجع نفسه.

ويشترط لإستحقاق الموصى له للمنفعة مدّة حياته أن ينشأ حقه هذا خلال 33 سنة من وفاة الموصي، فإن تأخر الإستحقاق عن هذه المدة بطلت الوصيّة، وهذا تطبيقا لأحكام **61** من قانون الوصية المصري[1].

**الحالة الثانية: أن تكون الوصيّة لغير المحصورين:**

نفهم من نص المادة **52 من قانون الوصيّة المصري**[2]، أنّه إذا كانت الوصيّة بالمنفعة، لقومٍ غير محصورين يرجى إنقطاعهم، يستحق الموصى لهم المنفعة إلى إنقراضهم، سواء كانت هذه المنفعة مؤبدة أو مطلقة، فإذا إنتهوا تعود العين الموصى بمنفعتها إلى ورثة الموصي.

أما إذا كانت لقوم غير محصورين لا يرجى إنقطاعهم، فيستحق الموصى لهم المنفعة على وجه التأبيد.

**الحالة الثالثة: أن تكون الوصيّة لمعين أو للمحصورين لمدة معينة، ثم تكون من بعدهم لغير المحصورين لا يظن انقطاعهم أو لجهة بر عامة:**

تتحقق هذه الصورة من الوصيّة بالمنفعة حسب المادة **53** من قانون الوصيّة[3]، بأن يوصي الموصي بغلّة أرضه لفلان لمدة معيّنة(5 سنوات مثلا)، ثم من بعده للفقراء أو لإحدى الجهات الخيرية. فتكون المنفعة لمن يوجد من الموصى لهم المحصورين وقت وفاة الموصي أولا فردا كان أو جماعة، فإذا انقضت المدة المعيّنة للانتفاع ولم يوجد أي واحد من الموصى لهم المحصورين، إنتقل الحق إلى الموصى لهم غير المحصورين أو لجهة من جهات البر، أما إن ظل أمل وجود الموصى لهم المحصورين قائما، تُصرف المنفعة لأعم جهة بر نفعًا [4].

---

[1]– قانون رقم 71، يتضمن قانون الوصيّة المصري، المرجع السابق.

[2]– المرجع نفسه.

[3]– قانون رقم 71، يتضمن قانون الوصيّة المصري، المرجع السابق.

[4]– محمد مصطفى الشلبي، المرجع السابق، ص.180.

## الفرع الثالث

## كيفية تقدير المنفعة الموصى بها

### أولا: كيفية تقدير المنفعة الموصى بها في الفقه الإسلامي

لا خلاف بين الفقهاء في أن الوصيّة بالأعيان تقدر بقيمة العين الموصى بها، فإذا كانت قيمتها في حدود ثلث التركة نفذت دون حاجة إلى إجازة من الورثة، وإن زادت قيمتها عن الثلث توقف نفاذها في حق الورثة على إجازتهم.

أمّا إذا كانت الوصيّة بالمنفعة، فقد إختلف فقهاء الشريعة في تقدير المنفعة الموصى بها تبعًا لإختلافهم في مالية المنافع واختلاف قيمة المنفعة الموصى بها بالتأبيد والتأقيت، وذلك إلى قولين:

**1) العبرة بتقدير العين الموصى بمنفعتها:**

يعتد فقهاء الحنفية، والمالكية، في تقدير المنفعة الموصى بها بمقدار الأعيان التي أوصي بمنفعتها أيّا كانت مدة الإنتفاع، فإن كانت قيمة العين في حدود الثلث، جازت الوصيّة ونفذت وإن زادت قيمة العين عن الثلث، نفذ منها مقدار الثلث فقط، وتوقف الزائد على إجازة الورثة؛ سواء كانت المنفعة مؤبدة أم مؤقتة، لأنّ المعتبر عندهم هو قيمة العين الموصى بمنفعتها، وليست قيمة المنفعة مستقلةً، فإذا أوصى شخص بمنفعة داره، وكان ثلث التركة لا يخرج عن نصف الدار، كان للموصى له الإنتفاع من النصف فقط، وذلك لأنّ الوصيّة بالمنافع تمنع ورثة الموصي من الإنتفاع من العين طيلة مدّة سريان الوصيّة بالمنفعة، لذلك لا يجوز أن تتجاوز الوصيّة مقدارها الشرعي ولو كانت على سبيل الإنتفاع لا على سبيل التملك[1].

**2) العبرة بقيمة المنفعة:**

يفرق فقهاء الحنابلة، والشافعية في كيفية تقويم المنفعة بين ما إذا كانت الوصيّة بالمنفعة محددة المدة أو غير محددة المدة.

أ) إذا كانت الوصيّة مقيدة بمدة معينة، كان التقدير بالمنفعة فقط، وذلك بأن تُقَوّم العين الموصى بها بمنفعتها في تلك المدة، ثمّ تقوم محل العين مسلوبة المنفعة، ويكون التفاوت بين القيمتين هو القدر الذي يكون منه الثلث، ومثال ذلك: إذا كانت قيمة الموصى به بالمنفعة مائة، ومسلوبة المنفعة عشرة،

---

[1]* المذهب الحنفي: علاء الدين الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ج10، ص.523.

*المذهب المالكي: شمس الدين محمد الدسوقي، المرجع السابق، ص.446.

فيكون التسعون هو قيمة المنفعة، فتكون العشرة لصاحب الرقبة، وهو الوارث، وما زاد عليها– قيمة المنفعة– هو القدر الذي يكون منه الثلث الّذي يوصى به لصاحب المنفعة.

ب) أمّا إذا كانت الوصية غير مقيدة بأن كانت مطلقة في الزمان كلّه، وأن تكون مؤبدة أو مقيدة بمدّة مجهولة، ففي هذه الحالة للمذهب الحنبلي، والشافعي موقفان:

❖ **الموقف الأول**

يرى فريق من الفقهاء في المذهبين الساقين، أنّ المنفعة تقوم مع الرقبة، فتكون المنفعة في جميع الثلث، وحجتهم أنّ الرقبة بدون منفعة لا قيمة لها غالبًا، كما لو أوصى الموصي بسكنى داره سنةً، فَتُقَوّم الدار مستحقة المنفعة سنةً، فإذا قيل: قيمتها عشرة مثلاً، إذن قُومت بمنفعتها.

❖ **الموقف الثاني**

يرى الفريق الثاني أن تقدر قيمة المنفعة فقط، وذلك بأن تقوم الرقبة على الورثة، والمنفعة على الموصى له، فتعبر هذه الحالة عن خروج العين من الثلث، ومثال ذلك: أن يقال: يتم تقدير قيمة الدار بمنفعتها، فإن قيل: مائة ألف، قيل: كم قيمتها بدون السكنى؟ فإن قيل: سبعين ألف، كانت قيمة المنفعة ثلاثين ألفًا[1].

**ثانيا: كيفية تقدير المنفعة الموصى بها في تشريعات الأحوال الشخصية العربية**

**1) موقف المشرع المغربي:**

أخذ المشرع المغربي بالنسبة لكيفية تقدير المنفعة الموصى بها بقول كلّ من المذهب الحنفي والمالكي، فيعتد بقيمة العين الموصى بمنفعتها لتحديد نسبة المنفعة الموصى بها ، فإن كانت قيمة العين في حدود الثلث، جازت الوصيّة ونفذت، وإن زادت قيمة العين عن الثلث، نفذت الوصيّة بالمنفعة في حدود الثلث فقط من هذه القيمة، وتُوقف الزيادة على إجازة الورثة، سواء كانت المنفعة

[1] *المذهب الحنبلي: محفوظ بن أحمد الكلوناني، الهداية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، غراس للنشر، د.س.ن، ص.353.

* المذهب الشافعي: النووي، المرجع السابق، ص.190.

مؤبدة أو مؤقتة، وذلك عملا بأحكام المادة **311** من مدونة الأسرة المغربية، والتي تنص على أنه:" **في الوصيّة بالمنافع، تعتبر قيمة العين في تحديد نسبة الموصى به إلى التركة**"[1].

**2) موقف المشرع المصري:**

يبيّن المشرع المصري كيفية تقدير المنفعة الموصى بها في المادة **62** من قانون الوصيّة والتي يتضح لنا من خلالها أنّه يميز بين حالتين[2]:

أ) إذا كانت الوصيّة بكل منافع العين أو ببعضها، وكانت الوصيّة مؤبدة أو مطلقة أو لمدة حياة الموصى له أو لمدة تزيد على عشر سنين، قدرت المنفعة بإعتبار قيمة العين.

ب) إذا كانت الوصيّة بالمنافع مؤقتة لمدة لا تزيد على عشر سنين، فالعبرة بقيمة المنفعة الموصى بها في هذه المدة.

## الفرع الرابع

## كيفية استيفاء المنفعة

### أولا: كيفية إستفاء المنفعة الموصى بها في الفقه الإسلامي

الموصى له بالمنفعة، قد يكون فردًا كأن يوصي الموصي بسكنى داره لزيد، وقد يكون متعددًا كما لو أوصى بسكنى داره لزيد وعمر.

**1) إذا كانت المنفعة لواحد:**

لا خلاف بين جمهور الفقهاء حول كيفية إستيفاء المنفعة، في حالة ما إذا كان الموصى له واحدًا وذكر الموصي في وصيّته ما يدل على وضع جميع أنواع الإنتفاع تحت يد الموصى له، كما لو قال الموصي: أوصيّت لفلان بمنافع داري ينتفع بها كيفما شاء، فكان للموصى له أن ينتفع بالدار على الوجه الذي يختاره، فله أن ينتفع بها عن طريق الإستغلال، بأن يؤجرها، وينتفع بالأجرة[3].

---

[1]– قانون 03-70، يتضمن مدونة الأسرة المغربية، المرجع السابق.

[2]– قانون رقم 71، يتضمن قانون الوصيّة، المرجع السابق.

[3]– *الحنفية: عبد الغني الميداني الحنفي، المرجع السابق، ص.183.

*الشافعية: علاء الدين المرداوي، المرجع السابق، ص.ص.109-110.

*الحنابلة: ابن مفلح الحنبلي، المرجع السابق، ص.ص.272-273.

أمّا إذا لم يرد في الوصيّة ما يدل على منح الحرية للموصى له في الإنتفاع كأن يقول: أوصيّت لفلان بمنفعة هذه الدار، ولم يقل: ليسكنها أو ليستغلها، فللفقهاء أراء مختلفة فيما يملكه الموصى له وفق الآراء التالية:

**أ) موقف المذهب الحنفي:**

يرى فقهاء المذهب الحنفي: أنّ الإنتفاع المطلق ينصرف فقط إلى الإستعمال، وحجتهم أنّ مصطلح المطلق لا يفيد ما هو عام وشامل، وإنّما يراد به الفرد الكامل، والإنتفاع بطريق الإستعمال هو أكمل وجوه حق الإنتفاع؛ إذ هو وسيلة للحصول على المال الذي يقضي به كثير من الحاجيات، وعليه للموصى له بالمنفعة حق الإستعمال فقط[1].

**ب) موقف المذهب الشافعي والحنبلي:**

ذهب فقهاء الشافعية والحنابلة: إلى أنّ الإنتفاع في الوصيّة حقٌ مطلق إذ يمنح للموصى له إستعمال وإستغلال المنفعة من غير تقييد بنوع معين، فيكون للموصى له الحق في الإنتفاع على الوجه الذي يراه، فإن شاء إنتفع بنفسه وهو الحق في الإستعمال الشخصي، وإن شاء إنتفع بطريق الإستغلال[2].

**2) إذا كانت المنفعة المشتركة:**

أقر فقهاء المذهب الحنفي بأنّ الوصيّة بالمنفعة المشتركة قد تكون بين الموصى له وبين ورثة الموصي، كالوصيّة بنصف منفعة داره، أو مشتركة بين عدد من الموصى لهم كالوصيّة بالإنتفاع بدار معينة لثلاثة أشخاص؛ ففي هذه الحالة إذا إتفق الشركاء على طريقة معينة لتنظيم إنتفاعهم كانت المنفعة مشتركةً فيما بينهم حسب إتفاقهم، ووجب عليهم مراعاة عدم الخروج عنه.

---

[1]– شمس الدين أحمد بن قودر، المرجع السابق، ج10، ص.518.

[2]* المذهب الشافعي: شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج3، ص.85.

* المذهب الحنبلي: منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ج4، ص.453.

أمّا إذا إختلفوا وتنازعوا فيما بينهم بشأن كيفية الإنتفاع بأن أرادها البعض أن تكون المنفعة، إستعمالا والبعض الآخر أرادها إستغلالا، وقد يطلب أحدهم القيام بقسمة المهايأة زمانًا أو مكانًا، ففي هذه الحالة تستوفى المنفعة عن طريق القسمة بإحدى الوسائل الثلاثة[1]:

**أ) قسمة العين بين الشركاء:**

إذا كانت العين المشتركة في منفعتها قابلة للقسمة بدون الإضرار بالورثة، كما لو كانت العين أرضًا زراعية مساحتها كبيرة بحيث يمكن قسمتها، تقسم بين المُنتفعين فيعطى لكل واحد جزء ينتفع به بنسبة نصيبه في المنفعة.

**ب) قسمة الغلة بين الشركاء:**

يجب على شركاء المنفعة أن يقوموا إمّا باستغلال العين بأنفسهم كزراعة الأرض، وقسمة المحصول، أو تأجيرها للغير وقسمة الأجرة، على أن يتم توزيع المحصول أو الأجرة بنسبة حصتهم في الإنتفاع.

**ج) قسمة المهايأة بين الشركاء:**

تكون قسمة المهايأة بين الشركاء إمّا زمنية: بحيث تعطى لأحدهم كلّ العين مدة من الزمن لينتفع بها، ثم يأخذها الشريك الآخر بقدر تلك المدة، أو مهايأة مكانية: بحيث يأخذ كل شريك جزءًا من العين في وقت واحد ينتفع به، ثم يتبادل الشريكان كل جزء مرة أخرى، فيحل كل واحد محل الآخر فيما كان ينتفع به.

**ثانيا: كيفية تقدير المنفعة الموصى بها في بعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية**

سنتناول الأحكام المتعلقة بكيفية إستيفاء المنفعة الموصى بها في قانون الوصيّة المصري فقط، كون أنّ باقي التشريعات العربية(قانون الأسرة الجزائري–مدونة الأسرة المغربية) لم يتطرقوا إلى هذا العنصر، وقد وضح قانون الوصيّة المصري كيفية إستيفاء المنفعة بالتمييز بين حالتين:

[1]– عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، المرجع السابق، ص.203.

**1) حالة ما إذا كانت المنفعة لموصى واحد:**

حسب المادة **54** من قانون الوصيّة المصري التي تنص أنّه:" **إذا كانت العين الموصى بمنفعتها تحتمل الإِنتفاع أو الإِستغلال على وجه غير الذي أوصى به جاز للموصى له أن ينتفع بها أو يستغلها على الوجه الذي يراه بشرط عدم الإضرار بالعين الموصى بمنفعتها**"[1]، نستنتج أنّ المشرع المصري منح للموصى له بالمنفعة الحرية في الإِنتفاع بالعين الموصى بمنفعتها له إذ له أن يستغلها على الوجه الذي يراه مناسبا، لكن لم يترك المشرع هذه الحرية تمارس بصفة مطلقة بل قيدها بشرطين وهما:

**أ)** أن تكون العين الموصى بمنفعتها تحتمل الإِنتفاع أو الإِستغلال على وجه غير الذي أُوصي به.

**ب)** ألا يُحدث إِنتفاع الموصى له حسب إرادته، أيّ ضرر بالعين الموصى بمنفعتها[2].

**2) حالة ما إذا كانت المنفعة المشتركة:**

تكون المنفعة مشتركة حسب المادة **57** من قانون الوصيّة المصري، إذا كان للموصي ورثة، إذ تستوفى المنفعة من قبل الموصى له بقسمتها مع ورثة الموصي إذ يخص كل فريق بنسبة ما، أو بقسمتها مهايأةً زمنيةً كانت أو مكانية إذا كانت العين تقبل القسمة من دون الإضرار بها. وقد جاء في نص المادة أعلاه ما يلي: " **تستوفى المنفعة بقسمة الغلة أو الثمرة بين الموصى له وورثة الموصي بنسبة ما يخص كل فريق أو بالتهايؤ زمانًا أو مكانا أو بقسمة العين إذا كانت تحتمل القسمة من غير ضرر**"[3].

---

[1]– قانون رقم 71، يتضمن قانون الوصيّة المصري، المرجع السابق.

[2]– المرجع نفسه.

[3]– قانون رقم 71، يتضمن قانون الوصيّة المصري، المرجع السابق.

## الفرع الخامس

## إنتهاء الوصيّة بالمنفعة

**أولا: موقف الفقه الإسلامي من إنتهاء الوصيّة بالمنافع**

تنتهي الوصيّة بالمنفعة بالنسبة لجمهور الفقهاء، وفقا لإحدى الحالات التالية:

❖ وفاة الموصى له المعين قبل بدء المدة المحددة للاِنتفاع، وذلك لعدم وجود المستحق عند وقت الاِستحقاق، وإذا مات الموصى له المعيّن أثناء المدة المحددة للاِنتفاع، بطلت الوصيّة في المدة الباقية.

❖ إنقضاء مدة الاِنتفاع في الوصيّة المعينة المدة قبل موت الموصي لأنّ فوات المدة قبل الإستيفاء أشبه بهلاك العين فتبطل الوصيّة.

❖ إذا حكم باِستحقاق العين الموصى بمنفعتها لغير الموصي، بأن ثبت أنّها لم تكن مملوكة للموصي، لأنّ الوصيّة بملك الغير لا تجوز.

❖ إذا تنازل الموصى له بالمنفعة عن حقه في الإنتفاع لورثة الموصي، سواء كان هذا التنازل بعوض أو بدون عوض، لأنّ الحق لا يبقى بعد إسقاطه.

❖ شراء الموصى له العين التي أوصى له بمنفعتها، فإن كان شراءه قبل بداية اِستحقاقه للمنفعة بطلت الوصيّة، وإن كان أثناء اِستحقاقه بطلت فيما بقي[1].

**ثانيا: موقف بعض القوانين العربية من إنتهاء الوصيّة بالمنافع**

**1) موقف المشرع الجزائري:**

تنتهي الوصيّة بالمنفعة وفقا لقانون الأسرة الجزائري بوفاة الموصى له، وذلك عملا بأحكام **المادة 196 من ق.أ.ج** التي تنص أنّه: "**الوصيّة، بمنفعة لمدة غير محدودة تنتهي بوفاة الموصى له وتعتبر عمرى**" [2]، وما هذا النص إلاّ تطبيقًا للقواعد العامّة، التي تقضي بانتهاء حق الاِنتفاع

---

[1]– *الشافعية: شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج4، ص.105.

*الحنفية: علاء الدين الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ج7، ص.353.

*الحنابلة: منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، كشاف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ج.4، ص.455.

[2]– قانون84–11، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

بموت المنتفع حتى قبل إنقضاء أجل الإنتفاع المحدد[1]، وذلك وفقا لنص **المادة 852 من ق.م.ج** التي جاء فيها ما يلي:"**ينتهي حق الإنتفاع بإنقضاء الأجل المعين، فإن لم يعين أجل عد مقررا لحياة المنتفع، وهو ينتفع على أي حال بموت المنتفع حتى قبل إنقضاء الأجل المعين...**"[2].

كما بيّن لنا المشرع الجزائري كيفية إنتهاء الوصيّة بالمنفعة إذ تتحول إلى عمرى، هذه العبارة الأخيرة التي استنبطها المشرع من الفقه الإسلامي، فهذا المصطلح يعبر عن نوع من التبرعات المقيدة بحياة الشخص، كأن يقول الموصي: أعمرك داري أو أهب لك مسكنًا، وبذلك تكون المنفعة تحت يدّ الموصى له طيلة مدة حياته، فإن مات عادت المنفعة إلى ورثة الموصي" [3].

بناء على ما ورد في المادة 196 ق.أ.ج، نلاحظ أنّ هذه المادة جاءت ناقصة من الناحية الموضوعية، إذ من المستحسن على المشرع الجزائري لو نص على إمكانية إستمرار الوصيّة مع ورثة الموصى له بعد وفاته لتحقيق المصلحة التي يكون الموصي قصدها، وربما كانت الوصيّة له بسبب حاجته كأن تكون الوصيّة بالمنفعة لأرملة لها أولاد ضعفاء، فالمصلحة تقتضي اِستمرار الوصيّة لهم، ولا تنتهي بوفاة الموصى له[4]؛ إلاّ إذا ورد في الوصيّة بصورة صريحة ما يدل على اِنتهائها بوفاة الموصى له، وهنا تعود المنفعة الموصى بها إلى ورثة الموصي.

وعليه نؤيّد الإقتراح الذي قدّمه الأستاذ بن شويخ الرشيد، وهو تعديل المادة 196 من ق.أ.ج فترد على النحو التالي:" **الوصيّة بمنفعة لمدة غير محددة تنتهي بوفاة الموصى له، ما لم ينص على خلاف ذلك في الوصيّة، وفي حالة إنتهائها تعود المنفعة لورثة الموصي** "[5].

**2) موقف المشرع المصري:**

نصّ المشرع المصري بصريح العبارة على الأسباب التي تؤدي إلى إنتهاء الوصيّة بالمنفعة، ويظهر ذلك جليًا في المادة **59** من قانون الوصية المصري، والتي تنص على أنّه: "**تسقط الوصيّة**

---

[1]– دربالي حكيم، المرجع السابق، ص.21.

[2]– أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق .

[3]– فرحات صحراوي، الوصية بين الفقه والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: أحوال شخصية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015، ص.31.

[4]– فشار عطاء الله، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2006، ص.76.

[5]– الرشيد بن شويخ، الوصيّة والميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2008. ص.46.

**بالمنفعة بوفاة الموصى له قبل إستيفاء المنفعة الموصى بها كلها أو بعضها، وبشراء الموصى له العين التي أوصى لها بمنفعتها، وبإسقاط حقه فيها لورثة الموصى بعوض أو بغير عوض وبإستحقاق العين"[1].**

[1]– قانون رقم 71، يتضمن قانون الوصيّة المصري، المرجع السابق.

# خاتمة

# خاتمة

يتضح لنا من خلال دراستنا المقارنة أنّ الوصيّة تعدّ من أهم المواضيع في حياة الإنسان لما تحققه من فوائد دينية ودنيوية، ولذلك أحاطه فقهاء الشريعة الإسلامية بنصيب من الرعاية لاسيما ما يخص إنشاءها، إذ له دور فعّال في إظهار حقيقة طبيعتها القانونية، وهو ما تأثرت به قوانين الأحوال الشخصية العربية بما فيها قانون الأسرة الجزائري، ما جعلنا لا نكتفي بالدراسة القائمة على المقارنة بل قمنا بإثرائها ببعض الدراسات التحليلية التي ساهمت في توصلنا للنتائج الآتية:

❖ تعتبر الوصيّة إرادة منفردة إذ تنشأ حسب موقف جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية بإرادة الموصي، أمّا القبول فهو شرط للزوم الوصيّة وترتيب آثارها؛ وهو الموقف المعتمد من طرف المشرع الجزائري ضمنيا ومن المشرع المصري صراحة، على خلاف المشرع المغربي الذي عرّفها كعقد، بالرغم من اِعتماده على رأي جمهور الفقهاء وإقامتها على الإيجاب فقط.

❖ الوصيّة وإن كانت تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت، إلاّ أنّه يجوز أن تقترن آثارها بشرط ويعلّق وجودها عليه، على أن هذا لا يؤثّر في طبيعتها كونها تصرّف مضاف إلى أجل.

❖ مثلما تقتضي صحة الوصيّة توفر مجموعة من الشروط الموضوعية تستلزم كذلك إفراغها في قالب شكلي، وهذا ما ذهب إليه المشرع المغربي في مدونة الأسرة المغربية، في حين يأخذ بها كلّ من المشرع الجزائري وقانون الوصيّة المصري كشرط لترتيب الوصيّة لأثرها العيني.

❖ أمّا الفقه الإسلامي فلم يدرس موضوع كتابة الوصيّة إلاّ كوسيلة إحتياطية للتعبير عن الإرادة، حتّى أنّهم لا يعتدون بها كوسيلة للإثبات دون الإشهاد عليها.

❖ إهتم أئمة الفقه الإسلامي كثيرًا بوصيّة المرتد، بحيث تعددت الآراء التي قيلت في هذا الشأن بين الإجازة المطلقة والبطلان المطلق وإيقاف الحكم على ما يكون عليه الوضع عند وفاة الموصي، على خلاف ما تعرضنا له من آراء بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية التي لم تتضمن أحكام وصيّة المرتد، إذ لم يورد المشرع الجزائري أيّ نص في قانون الأسرة الجزائري حول هذه المسألة وذلك تكريسًا للقاعدة الدستورية التي تنص على عدم المساس بحرمة المعتقد.

❖ تتنوع الوصيّة باعتبار الموصى به وفقا لأئمة الفقه الإسلامي إلى أنواع متعددة، فقد تكون وصيّة بالأعيان المالية بشتى أنواعها، أو أن يكون محلاً للتعاقد والتمليك وهو ما يصطلح بالوصيّة

بالمنافع، وهذا ما كان مصدرًا لمجموعة من النصوص القانونية في كلّ من قانون الوصيّة المصري ومدونة الأسرة المغربية، إذ فصّلوا في أحكام الموصى به إستنادا إلى هذه الآراء الفقهية، في حين إكتفى المشرع الجزائري بالإشارة إلى هذه الأنواع في مادتين وهما( 190-196 من ق.أ.ج ).

❖ تكييف المشرع الجزائري الوصيّة في حالة تعدد الموصى لهم على أنّها وصيّة مشتركة، على خلاف ما ذهب إليه الفقه الإسلامي والمشرع المصري الذين يعتبرونها وصيّة لجماعة من الموصى لهم المحصورين أو غير المحصورين.

ونؤيّد في هذه المسألة ما ذهب إليه قانون الأسرة الجزائري لأنّنا نرى أنّه ليس من الضروري تعدد أنواع الموصى لهم لتكون وصيةً مشتركةً، بل العبرة بعدد رؤوس الموصى لهم، وليس فقط بأنواعه.

❖ تباينت الآراء الفقهية فيما يخص شرط وجودية الموصى له، فذهب البعض إلى إدراجها كشرط لا تصح الوصيّة من دونه، في حين يرى المذهب المالكي بعدم ضرورة وجوده لا وقت إنشاء الوصيّة، ولا وقت وفاة الموصي، وهذا ما تأثّر به المشرع الجزائري.

إضافة إلى ذلك رتّب الفقه الإسلامي بالتفصيل أحكام وصيّة الموصى له إذا كان موجودًا وجودًا تقديريًا كالحمل في بطن أمّه، وذلك على غرار بعض التشريعات العربية كالتشريع المصري والتشريع المغربي والتشريع الجزائري، إلاّ أنّ هذا الأخير كان أحكم وأضبط في تنظيم معالجة أحكام الوصيّة في حالة تعدد الحمل، وذلك مبيّنًا مصير الموصى به إذا كان أحدهما ميّتًا، إذ تقسم الوصيّة بين الحي وورثة المتوفى وهذا ما يخدم شرط ولادة الحمل حيًّا.

وبناء على هذه النتائج التي توصلنا إليها، نستنتج أنّه تعتري قانون الأسرة الجزائري بعض النقائص، ورغبةً منا في سد هذه الثغرات، نرى ضرورة تقديم بعض الإقتراحات وهي كالآتي:

❖ يعاب على المشرع الجزائري أنّه لم يتطرق بتاتا إلى تنظيم الإيجاب الصادر من الموصي بالرغم من إعتباره الإرادة الوحيدة المنشئة لهذا التصرف، كما لم ينظم كل ما يتعلق به كوسائل التعبير عنه، والشروط التي يستلزمها لصحة الوصيّة كالرضا والإختيار، وعلى هذا الأساس نقترح

على المشرع الجزائري سن مجموعة من النصوص القانونية في هذا الشأن لتفادي الرجوع إلى نص عام بوجود النص الخاص .

❖ لم يرد في قانون الأسرة الجزائري أي نص حول وجودية الموصى له، وهذا ما فسّره بعض المؤلفين بأخذ المشرع الجزائري بموقف المذهب المالكي الذي يجيز الوصيّة للمعدوم وللميت، بالرغم من عدم وجود أي نص يوحي بذلك خاصة بوجود المادة 222 ق.أ.ج، التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد النص فيه، لذلك نرى ضرورة استحداث نص صريح حول الأخذ بالمذهب المالكي في هذا الشأن.

❖ يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يفصل في أحكام الموصى به، إذ خص الأعيان المالية بمادة واحدة فقط ولم ينص على الوصيّة بالمنافع إلاّ فيما يتعلق ببطلانها. لذا نرى ضرورة الإهتمام بهذا العنصر من جميع جوانبه في تحديد قيمته، تعيّينه، هلاكه وما يترتب عن كلّ هذه الأحكام من أثار، لأنّه مثل الموصي، الموصى له من العناصر الجوهرية التي تستلزمها صيغة الوصيّة.

❖ نقترح على المشرع الجزائري سن مواد خاصة بأحكام المرتد، إذ أَضحت الردّة الظاهرة المعاصرة التي يعاني منها المجتمع الإسلامي، كما نقترح الأخذ برأي غالبية فقهاء المذهب المالكي القائلين ببطلان تصرفات المرتد مطلقا، بحيث لا يجد المرتدون في النص القانوني ثغرات يبررون بها ردّتهم.

❖ نقترح على المشرع الجزائري أن يحذوا حذو المشرع المغربي، ويأخذ بالشروط الشكلية لصحة الوصيّة، وليست كمجرد شرط لترتيب التصرف لأثره العيني أو كوسيلة للإثبات، دون التمييز بين ما إذا كان عقارًا أو منقولاً نظرًا لأهمية هذا التصرف.

ونشير في النهاية أنّ موضوعنا هذا، يعتبر المدخل الرئيسي في موضوع الوصيّة، إذ تتفرع منه عدّة مواضيع تصلح كبحوث أكاديمية في المستقبل، كالآثار المترتبة عن الوصيّة وما يتعلق بإنقضائها.

# قائمة المراجع

## قائمة المراجع

### أولا: القرآن الكريم

### ثانيا: الكتب


1. ابن مفلح الحنبلي، المبدع شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.
2. إبن عابدين، رد المحتار على شرح تنوير الأبصار، دار عالم الكتب، د.ب.ن، 2003.
3. إبن قدامة المقدسي، المغنى، دار عالم الكتب، الرّياض، د.س.ن.
4. إبن قدامة المقدسي، علاء الدين المرداوي، المقنع والشرح الكبير والإنصاف، الهبة، العطية والوصايا، دار هجر، د.ب.ن، 1995.
5. أبو الحسن البغدادي، مختصر القدوري، مؤسسة الريان، د.ب.ن، 2005.
6. أبو الحسن الصبري، الحاوي الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994.
7. أبو إسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، د.د.ن، د.ب.ن، 1959.
8. أبو البركات الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، دار المعارف، القاهرة، د.س.ن.
9. أبو بكر الدمياطي، إعانة الطالبين، دار إحياء الكتب العربية، د.ب.ن، د.س.ن.
10. أبو بكر محمد الشطا الديمياطي، إعانة الطالبين، دار إحياء الكتب العربية، د.ب.ن، د.س.ن.
11. أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار الهدى للنشر، الجزائر، د.س.ن.
12. _____، صحيح البخاري، دار الكتب العلمية، الجزائر، د.س.ن.
13. أبو عبد الله بن محمد بن عبد الرّحمان المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار عالم الكتب، د.ب.ن ، د.س.ن.
14. أبو عيسى الترميذي، الجامع الكبير، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1996.

15. أبو يحي الأنصاري، أسنى المطالب شرح روض الطالب، المطبعة الميمنية، د.ب.ن، 1313 هـ.

16. أحمد الغندور، زكي الدين شعبان، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، مكتبة الفلاح، الكويت، 1984.

17. أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.

18. _____،السنن الكبير، مركز هجر للبحوث والدراسات العربية الإسلامية، القاهرة، د.س.ن.

19. أحمد بن قاسم الصنعاني، التاج المذهب لأحكام المذهب، دار الحكمة اليمانية، اليمن، 1993.

20. أحمد فراج حسنين، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005.

21. إلياس ناصيف، الوصية للمسلمين في القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، د.ب.ن، 2003.

22. الرشيد بن شويخ، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.

23. الصّادق بن عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه الإسلامي وأدلته، دار ابن حزم، بيروت، 2005.

24. العربي بلحاج، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.

25. _____، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.س.ن.

26. النووي، روضة الطالبين، المكتب الإسلامي، بيروت، 1991.

**27.** الهمام الشيخ نظام، الفتاوى الهندية، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000.

**28.** برهان الدين إبراهيم الحنبلي، المبدع شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.

**29.** برهان الدّين أبي المعالي إبن مارة البخاري، المحيط البرهان، مكتبة الرّشد، السعودية، 2004.

**30.** جمال الدين المالكي، جامع الأمهات، دار اليمامة، بيروت، 1998.

**31.** حسين حامد حسان، أحكام الوصية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973.

**32.** حمدي باشا عمر، عقود التبرعات: الهبة–الوصية–الوقف، دار هومه للنشر، الجزائر، 2004.

**33.** خالد بن علي بن محمد المشيقح، الجامع لأحكام الوقف والهبات والوصايا، وزارة الأوقاف، قطر، 2013.

**34.** زكريا محمد الأنصاري الشافعي، منهج الطلاب، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.

**35.** سحنون بن سعيد التنويخي، المدونة الكبرى، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، 2003.

**36.** سعود بن عبد العزيز، الإنصاف، د.د.ن، د.ب.ن، د.س.ن.

**37.** شرف الدين المقدسي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دار المعرفة، بيروت، د.س.ن.

**38.** شرف الدّين يحي، السراج الوهاج، دار المعرفة، بيروت، د.س.ن.

**39.** شمس الدين أحمد بن قودر، شرح العناية على الهداية، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، 1318 هـ.

**40.** _____، نتائج الأفكار تكملة شرح فتح القدير، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.

**41.** شمس الدّين الدسوقي، حاشية الدسوقي، دار إحياء الكتب العربية، د.ب.ن، د.س.ن.

**42.** شمس الدّين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.

**43.** شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، د.س.ن.

**44.** شمس الدين النووي، السراج الوهاج، دار المعرفة، بيروت، د.س.ن.

**45.** شمس الدّين بن قدامة المقدسي، المقنع: الهبة، العطية، والوصايا، دار هجر للنشر، د.ب.ن، 1990.

**46.** شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، ج4، مغني المحتاج، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000.

**47.** ـــــــــــــــــــــ، مغني المحتاج، ج3، دار المعرفة للنشر، بيروت، 1997.

**48.** شهاب الدّين أحمد الهيثمي، حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، د.س.ن.

**49.** شهاب الدّين القيلوبي، حاشيتان على منهاج الطالبين، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، 1906.

**50.** شهاب الدّين بن أحمد القرافي، الذخيرة، ج7، دار المغرب الإسلامي، بيروت، 1994.

**51.** صبحي محمصاني، المبادئ الشرعية والقانونية في الحجر والنفقات والمواريث والوصية، ط8، دار العلم للملايين، د.ب.ن،1997.

**52.** عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني، دار الكتب العلمية ، بيروت، 2002.

**53.** عبد الرحمان زيد القيرواني، النوادر والزيادات، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1999.

**54.** عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.

**55.** عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام: الأوصاف: الحوالة، الانقضاء، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.س.ن.

**56.** عبد الغني الميداني الحنفي، اللّباب في شرح الكتاب، المكتبة العلمية، بيروت، د.س.ن.

**57.** عبد اللّطيف دريان، فقه الوصية في المذاهب الإسلامية والقوانين العربية، دار النهضة العربية، بيروت، 2009.

**58.** عبد الله الخرشى، الخرشى على مختصر الجليل، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، 1318هـ.

**59.** عبد الله القزويني، سنن إبن ماجة، باب الوصية بالثلث، دار المعارف، الرياض، د.س.ن.

**60.** عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996.

**61.** علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، 1984.

**62.** علاء الدين الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.

**63.** _____، بدائع الصنائع، ج7، دار الكتب العلمية، بيروت، 1982.

**64.** _____، بدائع الصنائع، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986.

**65.** علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، 1955.

**66.** علي بن عمر الدار قطني، سنن الدار قطني، دار المعرفة، بيروت، 2001.

**67.** فخر الدّين بن علي الزيلعي، تبيين الحقائق، المطبعة الأميرية الكبرى، القاهرة، 1315هـ

**68.** فريد محمد واصل، فقه المواريث والوصية في الشريعة الإسلامية: دراسة مقارنة، المكتبة التوفيقية، القاهرة، د.س.ن.

**69.** فشار عطاء الله، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2006.

**70.** كمال حمدي، المواريث والهبة والوصّية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1987.

**71.** مالك بن أنس، الموطأ، دار الكتب العلمية، بيروت، د.س.ن.

**72.** محفوظ بن أحمد الكلوناني، الهداية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، غراس للنشر، د.س.ن.

**73.** محمد إبن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الكتب الإسلامية، د.ب.ن، 1983.

**74.** محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية المصري، مكتبة النجا المصرية، القاهرة، د.س.ن.

**75.** محمد بن أحمد البهوتي، حاشية الخولتي على منتهى الإرادات، دار النوادر، قطر،2011.

**76.** محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، دار أحياء الكتب العربية، د.ب.ن، د.س.ن.

**77.** محمد زهدور، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991.

**78.** محمد شطا الديمياطي، إعانة الطالبين، دار إحياء الكتب العربية، د.ب.ن، د.س. ن.

**79.** محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، 2010.

**80.** محمد عبد الهادي عبد الستار، أحكام الوصية وموجز أحكام الوقف في الفقه الإسلامي والقانون، القاهرة، د.س.ن.

**81.** محمد عبد الوهاب المالكي، المعونة، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998.

**82.** محمد كمال الدّين إمام، الوصية والوقف في الإسلام: مقاصد وقواعد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999.

**83.** محمد محدة، التركات والمواريث، دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2004.

**84.** محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، مكتبة دار البيان، بيروت، 1986.

**85.** محمد مصطفى الشلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، الدار الجامعية، القاهرة، 1982.

**86.** مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الميراث والوصية، وحق الإنتقال في الفقه الإسلامي المقارن والقانون، دار وائل للنشر، الأردن، 2006.

**87.** مصطفى الخن، مصطفى البغا، علي الشربجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي: الوقف والوصية والفرائض، دار القلم للنشر، د.ب.ن، 1996.

**88.** مصطفى السيوطي، حسن الشطي، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، سوريا، د.س.ن.

**89.** منصور بن يونس البهوتي ، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب لعلميّة، بيروت، 1997.

**90.** ـــــــــــــــــ، شرح منتهى الإرادات، مؤسسة الرسالة للنشر، د.ب.ن، 2000 .

**91.** موفق الدين ابن قدامة وشمس الدين ابن قدامى المقدسي، المغني ويليه الشرح الكبير، دار الكتاب العربي، د.ب.ن، د.س.ن.

**92.** نسيمة شيخ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري: الهبة– الوصية– الوقف، دار هومه للنشر، الجزائر، 2012.

**93.** نصر الدين السامري، المستوعب، مكتبة الأسدي، مكة، 2003.

**94.** وهبة الزحيلي، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، 1996.

يحي بن سالم العمراني الشافعي، البيان في مذهب الإمام الشافعي، دار المنهاج للنشر، د.ب.ن، د.س.ن.

**ثالثا: المذكرات الجامعية:**

**أ) مذكرات الماجستير:**

1. بن النّوي نوال ، تنفيذ الوصّية، رسالة ماجستير، فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر1، الجزائر، 2013.

2. محمد علي محمود يحي، أحكام الوصية في الفقه الإسلامي، رسالة مكملة للحصول على درجة الماجستير، في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2010، متوفر على الموقع:
http://elibrary.mediu.edu.my/books/2014/MEDIU5031.pdf .

**ب) مذكرات التخرج:**

**1.** جغبوب محمد، الوصيّة بين الشريعة والقانون، مذكرة لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، المعهد الوطني للقضاء، الدفعة12، سنة 2004.

2. دربالي حكيم، الوصيّة في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: أحوال شخصية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015.

3. فرحات صحراوي، الوصيّة بين الفقه والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص أحوال شخصية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015.

**رابعا: المقالات العلمية:**

**1.** عبد الله محمد صالح «**المصلحة المرسلة وتطبيقاتها المعاصرة** »،مجلة جامعة دمشق، جامعة اليرموك، دمشق، مجلد16،عدد1، 2000، ص.358.

**خامسا: النصوص القانونية:**

**أ) النصوص القانونية الوطنية:**

❖ **دستور1996** نشر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 438/96، مؤرخ في07 ديسمبر1996، يتضمن إصدار التعديل الدستوري الموافق عليه في إستفتاء 18 نوفمبر 1996، ج.ر.ج.ج عدد 76، الصادرة في 08 ديسمبر 1996، معدل ومتمم.

❖ **النصوص التشريعية:**

**1.** أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ر.ج.ج، عدد 78، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر1975، معدل ومتمم.

**2.** أمر رقم 75- 74، مؤرخ في 12 نوفمبر 1975، يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري،ج.ر.ج.ج، عدد 92، الصادر في 18 نوفمبر 1975.

**3.** قانون رقم 84-11، مؤرخ في 9 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج.ر.ج.ج عدد24، الصادرة بتاريخ 12 يونيو 1984، معدل ومتمم.

**4.** قانون رقم 05-10، مؤرخ في 20 يونيو 2005، ج.ر.ج.ج، عدد 44، الصادر في 26 يونيو2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر1975، المتضمن قانون المدني الجزائري.

**5.** قانون 06-02، مؤرخ في 20 فبراير 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج.ر.ج.ج، عدد 14، الصادرة في 08 مارس 2006.

❖ **المراسيم والنصوص التنظيمية:**

**6.** مرسوم تنفيذي رقم 76-63، مؤرخ في 25 مارس 1976، يتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج.ر.ج.ج، عدد 30، الصادرة في 13أفريل 1976.

**7.** مرسوم تنفيذي رقم91-82، المؤرخ في 1991/03/23، يتضمن إحداث مؤسس المسجد، ج.ر.ج.ج، عدد 16 الصادرة في 1991/04/10.

**ب) النصوص القانونية الأجنبية:**

**1.** قانون رقم 71، يتضمن قانون الوصية المصري، سنة 1946، متوفر على الموقع:
http://old.qadaya.net/node/74

**2.** قانون رقم 114 لسنة 1946، يتعلق بتنظيم الشهر العقاري المصري، الصادر5 يوليه 1946، المنشور في الوقائع المصرية، العدد181، المنشور في الوقائع المصرية: www.lawyerssouthsinai.com .

**3.** قانون رقم 131، مؤرخ في 1948/07/29، المتضمن القانون المدني المصري، متوفر على الموقع:
http://www.eastlaws.com/Ta3refat/al-kanoun-el-madan

**4.** قانون رقم 03-70، المؤرخ في 03 فبراير2004، يتضمن مدونة الأسرة المغربية، ج.ر، عدد 5184، الصادرة في 05 فبراير2004، معدل ومتمم، متوفر على الموقع:
http://adala.justice.gov.ma/production/legislation/ar/Nouveautes/%D9%85%D8%AF%D9%88%D9%86%D8%A9%20%D8%A7%D9%84%D8%A3%D8%B3%D8%B1%D.8%A9.pdf

**3.** قانون 09-32، مؤرخ في25 أكتوبر 2011، المتعلق بتنظيم مهنة الموثق المغربي، ج.ر، عدد 5989 مكرر، الصادر بتاريخ 26 أكتوبر 2011، متوفر على الموقع:
www.justice.gov.ma/

**4.** قانون 15-09، مؤرخ 19 فبراير 2015، يتضمن قانون الإلتزامات والعقود المغربي، ج.ر، عدد 19،6344 مارس 2015، متوفر على الموقع:

adala.justice.gov.ma/production/legislation/ar.pdf.

**سادسا: الإجتهادات القضائية:**


1. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 413209 مؤرخ في 2008/01/16، (قضية بين" ف.ن" ضد النيابة العامة)، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 2، سنة 2008.
2. المحكمة العليا، غرفة شؤون الأسرة والمواريث، قرار رقم0725847 مؤرخ في 2013/05/09 ( قضية بين السيدة "ب" ضد النيابة العامة)، المجلة القضائية، الجزائر، العدد 2، سنة 2014.


**سابعا: القواميس والمعاجم:**


1. ابن منظور الأنصاري، لسان العرب،ج.4، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية.

# فهرس

# الفهرس

**الموضوع** **الصفحة**

**مقدّمة**.....**1**

**الفصل الأول**

**الأحكام العامة في إنشاء الوصيّة الإختيارية**

**الفصل الأول: الأحكام العامة في إنشاء الوصيّة الإختيارية**.....**6**

**المبحث الأول: الأحكام المتعلقة بصيغة الوصيّة الإختيارية**.....**7**

**المطلب الأول:**. مضمون صيغة الوصيّة الإختيارية.....**7**

**الفرع الأول:** مضمون صيغة الوصيّة الإختيارية في الفقه الإسلامي.....**8**

**أولا: حالة ما إذا كانت الوصيّة لمعين**.....**8**

**ثانيا: حالة ما إذا كانت الوصيّة الإختيارية لغير معين**.....**10**

**الفرع الثاني:** مضمون صيغة الوصيّة الإختيارية في بعض القوانين العربية.....**11**

**أولا:** موقف المشرع الجزائري.....**11**

**ثانيا:** موقف المشرع المغربي.....**12**

**ثالثا:** موقف المشرع المصري.....13

**المطلب الثاني:** شروط صيغة الوصيّة الإختيارية.....**13**

**الفرع الأول:** شروط صيغة الوصيّة الإختيارية في الفقه الإسلامي.....**13**

# الفهرس

**أولا:** أن تكون الصيغة دالة على الوصيّة.....**14**

**ثانيا:** أن تكون الوصيّة مضافة إلى ما بعد الموت.....**17**

**ثالثا:** أن تفيد صيغة الوصيّة التبرع.....**18**

**الفرع الثاني:** شروط صيغة الوصيّة في بعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية.....**18**

**أولا:** موقف المشرع الجزائري.....**19**

**ثانيا:**. موقف المشرع المغربي.....**20**

**ثالثا:** موقف المشرع المصري.....**20**

**المطلب الثالث: أوصاف صيغة الوصيّة الإختيارية**.....**21**

**الفرع الأول:** أوصاف صيغة الوصيّة في الفقه الإسلامي.....**22**

**أولا:** إضافة صيغة الوصيّة الإختيارية إلى أجل.....**22**

**ثانيا:** تعليق صيغة الوصيّة على شرط.....**23**

**ثالثا:** اقتران صيغة الوصيّة بشرط.....**24**

**الفرع الثاني:** أوصاف صيغة الوصيّة الإختيارية في بعض القوانين العربية.....**25**

**أولا:** موقف قانون الأسرة الجزائري.....**25**

**ثانيا:** موقف المشرع المغربي.....**26**

ثالثا: موقف المشرع المصري.....**26**

**المبحث الثاني: شروط صحة الوصيّة الإختيارية**.....**29**

**المطلب الأول:** الشروط الموضوعية لصحة الوصيّة الإختيارية.....**29**

# الفهرس

**الفرع الأول:** شروط صحة الوصيّة الإختيارية المتعلّقة بالموصي.....**29**

**أولا:** شروط صحة الوصيّة الإختيارية المتعلقة بالموصي في الفقه الإسلامي.....**30**

**ثانيا:** شروط صحة الوصيّة الإختيارية المتعلقة بالموصي في بعض التشريعات العربية.....**35**

**الفرع الثاني:** شروط صحة الوصيّة الإختيارية المتعلقة بالموصى له.....**39**

**أولا:** شروط صحّة الوصيّة المتعلّقة بالموصى له في الفقه الإسلامي.....**39**

**ثانيا:** شروط صحة الوصيّة المتعلقة بالموصى له في بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية .....**42**

**الفرع الثالث:** شروط صحة الوصيّة المتعلّقة بالموصى به.....**44**

**أولا:** شروط صحة الوصيّة الإختيارية المتعلقة بالموصى به في الفقه الإسلامي.....**45**

**ثانيا:** شروط صحة الوصيّة المتعلقة بالموصى به في بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية.....**46**

**المطلب الثاني:** الشروط الشكلية لصحة الوصيّة الإختيارية.....**48**

**الفرع الأول:** الشروط الشكلية لصحة الوصيّة الإختيارية في الفقه الإسلامي.....**48**

**الفرع الثاني:** الشروط الشكلية لصحة الوصيّة الإختيارية في بعض القوانين العربية.....**50**

**أولا:** موقف المشرع الجزائري.....**50**

**ثانيا:** موقف المشرع المغربي.....**54**

**ثالثا:** موقف المشرع المصري.....**55**

## الفصل الثاني

## الأحكام الخاصة في إنشاء الوصيّة الإختيارية

**الفصل الثاني: الأحكام الخاصة في إنشاء الوصيّة الإختيارية**.....58

**المبحث الأول:** الأحكام الخاصة بأطراف الوصيّة.....59

**المطلب الأول: الأحكام الخاصة في إنشاء الوصيّة الإختيارية المتعلقة بالموصي**.....59

**الفرع الأول:** حكم وصيّة المرتد.....60

**أولا:** موقف الفقه الإسلامي من وصيّة المرتد.....60

**ثانيا:** موقف بعض القوانين العربية من وصيّة المرتد.....62

**الفرع الثاني:** حكم وصيّة غير المسلم.....63

**أولا:** موقف الفقه الإسلامي من وصيّة غير المسلم أصليًا.....64

**ثانيا:** حكم وصيّة غير المسلم في بعض القوانين العربية.....66

**المطلب الثاني:** الأحكام الخاصة في إنشاء الوصيّة الإختيارية المتعلقة بالموصى له.....68

**الفرع الأول:** أحكام الوصيّة للحمل.....68

**أولا:** أحكام الوصيّة للحمل في الفقه الإسلامي.....69

**ثانيا:** أحكام الوصيّة للحمل في بعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية.....72

**الفرع الثاني:** حكم الوصيّة للجهات العامة.....75

**أولا:** حكم الوصيّة للجهات في الفقه الإسلامي.....75

**ثانيا:** حكم الوصيّة للجهات في بعض القوانين العربية.....76

# الفهرس

**الفرع الثالث:** الوصية للمحصورين وغير المحصورين .....77

**أولا:** أحكام الوصيّة للمحصورين.....77

**1**- الوصيّة للمحصورين في الفقه الإسلامي.....77

**2**-الوصيّة للمحصورين في بعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية.....78

**ثانيا:** أحكام الوصيّة لغير المحصورين.....80

**1**- أحكام الوصيّة لغير المحصورين في الفقه الإسلامي.....80

**2**- الوصيّة لغير المحصورين في بعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية.....81

**الفرع الرابع:** الأحكام الخاصة بالوصيّة المشتركة.....82

**أولا:** الوصيّة المشتركة في الفقه الإسلامي.....82

**ثانيا:**الأحكام الخاصة بالوصيّة المشتركة في بعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية.....84

**المبحث الثاني:** الأحكام الخاصة في إنشاء الوصيّة الإختيارية المتعلقة بالموصى به.....86

**المطلب الأول:** أنواع الأعيان المالية محل الوصيّة.....86

**الفرع الأول:** أنواع الأعيان المالية محل الوصيّة الإختيارية في الفقه الإسلامي.....86

**أولا:** الموصى به عين معينة بالذات أو جزءا منها.....87

**ثانيا:** الموصى به المعين بالنوع.....87

**الفرع الثاني: أنواع الأعيان المالية محل الوصيّة**

**في بعض تشريعات الأحوال الشخصيّة العربية** .....88

**أولا:** موقف قانون الأسرة الجزائري.....88

# الفهرس

**ثانيا:** موقف المشرع المغربي.....**88**

**ثالثا:** موقف المشرع المصري.....**89**

**المطلب الثاني: الأحكام الخاصة بالوصيّة بالمنافع**.....**89**

**الفرع الأول:** مشروعية الوصيّة بالمنافع.....**89**

**أولا:** مشروعية الوصيّة بالمنافع في الفقه الإسلامي.....**89**

**ثانيا:** مشروعية الوصيّة بالمنافع في بعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية.....**91**

**الفرع الثاني:** أنواع الوصيّة بالمنافع.....**92**

**أولا:** أنواع الوصيّة بالمنافع في الفقه الإسلامي.....**92**

**ثانيا:** أنواع الوصيّة بالمنافع في بعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية.....**92**

**الفرع الثالث:** كيفية تقدير المنفعة الموصى بها..... **96**

**أولا:** كيفية تقدير المنفعة الموصى بها في الفقه الإسلامي.....**96**

**ثانيا:** كيفية تقدير المنفعة الموصى بها في تشريعات الأحوال الشخصية العربية.....**97**

**الفرع الرابع:** كيفية إستيفاء المنفعة.....**98**

**أولا:** كيفية إستفاء المنفعة الموصى بها في الفقه الإسلامي..... **98**

**ثانيا:** كيفية تقدير المنفعة الموصى بها في بعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية.....**100**

**الفرع الخامس:** إنتهاء الوصيّة بالمنفعة.....**102**

**أولا:** موقف الفقه الإسلامي من إنتهاء الوصيّة بالمنافع.....**102**

**ثانيا:** موقف بعض القوانين العربية من إنتهاء الوصيّة بالمنافع.....**102**

# الفهرس

**خاتمة.....106**

**قائمة المراجع.....107**

**الفهرس.....119**

تعد الوصية من التصرفات التي إعتمدها الإنسان منذ القدم، إلاّ أنّ تنظيمها عرف تطورًا جذريًا بفضل الدراسات الفقهية لأئمة الفقه الإسلامي الّذين إهتموا على وجه التخصيص بموضوع إنشاءها، وهو ما تطرقنا له في هذا البحث الأكاديمي من خلال دراسة مقارنة عرضنا فيها أراء كبار أئمة الفقه الإسلامي وإلى موقف المشرع الجزائري والتشريعات العربية التي رأينا فيها ما يجذب الإنتباه في هذا الشأن، إذ بيّننا الصيغة المنشأة للوصيّة كركن والشروط المتعلقة بلوازمها سواء كانت موضوعية أو شكلية تحت عنوان الأحكام العامة في إنشاء الوصيّة لتمييزها عما تضمنه الفصل الثاني الذّي خصصناه لأهم الأحكام الخاصة بإنشائها والتي لها أثر في الواقع، سواء تلك التي تخص أطراف الوصيّة أو تلك التي تتعلق بالموصى به.

Le testament est une pratique connu de l’Homme depuis l’Antiquité, mais son organisation a connu une évolution fondamentale, surtout à travers les études doctrinales des savants musulmans qui se sont intéressés notamment au sujet de sa constitution. C’est ce que nous avons traité dans ce travail, à travers une étude comparative, où nous avons exposé les avis des plus grands savants musulmans, des législations arabe et du législateur algérien et mis en exergue ce qui retient l’attention.

Nous avons ainsi pu montrer la formule constitutive du testament comme élément et les conditions relatives à son obligation, conditions objectives ou formelles, sous le titre les notions générales du testament, pour la distinguer ainsi de la deuxième partie qui, elle, traite des conditions particulières de sa constitution, qui ont un impact réel, que ce soit sur les parties du testament ou sur son objet.