جامعة غرداية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

عقد الوصية الناقل للملكية العقارية

-دراسة مقارنة-

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي في مسار الحقوق

-تخصص قانون عقاري-

إعداد الطلبة:

بكاي محفوظ بن عيسى.

بهدي زوهير بن الناصر.

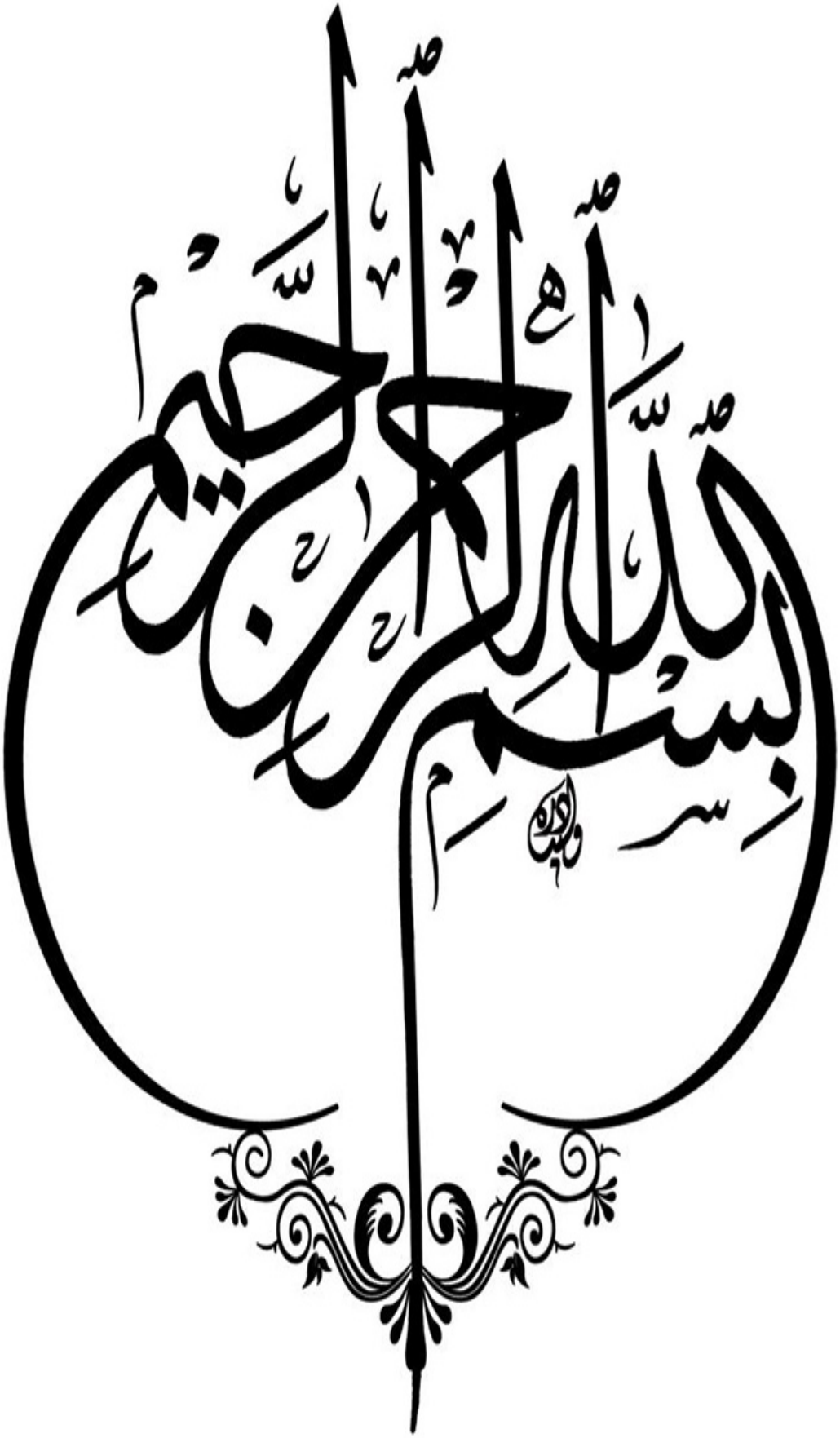
تحت إشراف الأستاذ:

الشيخ صالح بشير بن باحمد.

الرقم	اسم ولقب الأستاذ	الدرجة العلمية	الجامعة	الصفة
01	د: يوسف بن سليمان بابا واسماعيل	أستاذ محاضر ب	غرداية	رئيسا
02	أ: بشير بن باحمد الشيخ صالح	أستاذ مساعد أ	غرداية	مشرفا ومقررا
03	أ: داود بن يوسف حمودين	أستاذ مساعد أ	غرداية	مناقشا

السنة الجامعية:

1439/1438هـ-2018/2017م.


بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ كُتِبَ عَلَيكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ المَوتُ الوَصِيَّةُ لِلوَالِدَينِ وَالأَقرَبِينَ بِالمَعرُوفِ حَقًّا عَلَى المُتَّقِينَ ۞ فَمَن بَدَّلَهُ بَعدَمَا سَمِعَهُ فَإِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾ ۞سورة البقرة ۞ الآية ﴿180﴾ والآية ﴿181﴾

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا شَهَادَةُ بَينِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ المَوتُ حِينَ الوَصِيَّةِ اثنَانِ ذَوَا عَدلٍ مِّنكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِن غَيرِكُمْ إِنْ أَنتُمْ ضَرَبتُمْ فِي الأَرضِ فَأَصَابَتكُم مُّصِيبَةُ المَوتِ تَحبِسُونَهُمَا مِن بَعدِ الصَّلَاةِ فَيُقسِمَانِ بِاللَّهِ إِنِ ارتَبتُمْ لَا نَشتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَو كَانَ ذَا قُربَى وَلَا نَكتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذًا لَّمِنَ الآثِمِينَ ﴾ ۞سورة المائدة ۞ الآية ﴿106﴾

إلى ذوي الفضل والإحسان: أمي وروح أبي

إلى أوتاد حياتي: إخواني وأخواتي

إلى سندي: زوجتي

إلى مُهج القلب: أسماء، سمية، سامية

إلى أصدقائي: علي منصور، ياسين، وغيرهما ممن لا يسع المقام ذكرهم جميعا

إلى أهل العلم ومحبيهم

إلى المختصين في المادة القانونية

إلى الزملاء في تخصص القانون العقاري

إلى مؤسستَي دار القرآن الكريم والشيخ عمي سعيد *غرداية

بكاي محفوظ

الإهداء

إلهي لا يطيب الليل إلا بشكرك ولا يطيب النهار إلى بطاعتك.. ولا تطيب اللحظات إلا بذكرك .. ولا تطيب الآخرة إلا بعفوك.." الله جل جلاله"

إلى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة .. ونصح الأمة .. إلى نبي الرحمة ونور العالمين عليه "سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم"

إلى ملاكي في الحياة .. إلى روحه الغالية .. إلى من علمني اسرار الحياة والدي العزيز

إلى من كان دعائها سر نجاحي الى من علمتني العطاء و التضحية

إلى أغلى الحبايب أمي الحبيبة

إلى من رافقوني منذ نعومة الأظافر ومعكم سرت الدرب خطوة بخطوة ومازلتم حتى الآن.. اخواني

الى سندي و بهجة الحياة زوجتي

إلى من تحلو بالإخاء وتميزوا بالوفاء والعطاء وبرفقتهم في دروب الحياة الحلوة والحزينة سرت، إلى من كانوا معي على طريق النجاح والخير

وعرفت كيف أجدهم وعلموني أن لا أضيعهم أصدقائي في المنظمةالكشفية

الى من كانت صداقتهم في سبيل طلب العلم أحبائي زملائي في تخصص القانون العقاري

بهدي زوهير

شكر وعرفان

بسم الله والحمد لله وحده الذي بنعمته تتم الصالحات

ونحن بصدد إنهاء عملنا هذا لا يسعنا إلا أن نتقدم بالشكر الجزيل لكل من قدم لنا يد العون من قريب أو بعيد ووقف إلى جانبنا في دعمنا وتشجيعنا لإنجاز هذه المذكرة التي نرجو من العلي القدير أن ينفعنا بها.

وإنا لنخص بالذكر الأستاذ المشرف السيد: الشيخ صالح بشير بن باحمد، على دعمه لنا وقبوله مهمة الإشراف على هذا العمل، كما نشكر الأستاذ: بابا واسماعيل يوسف بن سليمان، والأساتذة الموثقين حروز لخضر، وبهاز علال من ولاية غرداية، وعلاوة بوتغرار، ودلاندة كمال من ولاية باتنة، والسيد: قرمزلي بن عيسى من ولاية المدية، على مدهم يد العون لنا وتزويدنا بالمعلومات والمراجع اللازمة، ونشكر أعضاء لجنة المناقشة على سعة صدرهم في توجيه هذا العمل المتواضع.

كما ينبغي الإقرار بالعرفان لكل أستاذ استفدنا منه في مسيرتنا العلمية منذ الطور الابتدائي وحتى المرحلة الجامعية وكل من ساهم في تربيتنا وتكويننا باذلين بذلك جهودا في بناء جيل الغد.

كما نُكِنّ كل التحية والاحترام لكل الطاقم الإداري والبيداغوجي في جامعة غرداية وجامعة علي لونيسي وسعد دحلب بالبليدة.

ولا يسعنا من فرط الامتنان إلا أن ندعو للجميع من صميم الفؤاد: شكر الله سعيكم وأنعم عليكم بالبركة في الصحة والأهل والمال والولد وجزاكم عنا خير الجزاء.

تنميرت

محفوظ وزوهير

الملخص

عقد الوصية الناقل للملكية العقارية

الوصية بالعقارات تصرف في الأملاك العقارية للتركة مضاف إلى ما بعد الموت وهي التزام بإرادة منفردة من جانب الموصي، ويجوز له الرجوع عنه أو تعديله متى شاء في حياته، وتقوم الوصية بالعقارات على أركان هي الصيغة والموصي والموصى له والموصى به إضافة إلى ركن الشكلية الرسمية، فهي في هذه الحالة تخضع في ترتيب أثرها إلى إجراءات العقود الناقلة للملكية العقارية من توثيق لدى الضابط العمومي وتسجيل من أجل تحصيل حقوق الخزينة العمومية وإشهار لدى المحافظة العقارية.

وتنتقل الملكية العقارية بعقد الوصية بوفاة الموصي، وقبول العقارات الموصى بها من طرف الموصى له، في حدود ثلث التركة، وبإجازة الورثة فيما يجاوز الثلث أو إن كان الموصى له وريثا، وفي حال عدم الإجازة تنقص الوصية إلى الثلث، أو ترد كلها إلى التركة إن كان الموصى له وريثا، ولابد لكل من القبول والإجازة أن يكونا في أجل وجيز ومعقول حتى لا تكون المماطلة فيهما إضرارا بحقوق الغير.

وهنا تبرز أهمية ودور منفذ الوصية في الحفاظ على الحقوق المكتسبة للموصى له والورثة في آن واحد حماية وتنفيذا لإرادة الموصي التي عهد بها إليه، من خلال عدة مهام يقوم بها منها: تبليغ الوصية إلى الموصى له والورثة ليعلموا بها ويبدوا موقفهم منها، واتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة لدى الموثق والمحافظة العقارية المختصة لتمكينها لمستحقيها، ومحاولة إجراء الصلح وتذليل الصعوبات والنزاعات التي قد تنشأ بمناسبة تنفيذ عقد الوصية.

L'ACTE DE TESTAMENT QUI TRANSFER LA PROPRIETE FONCIERE

Le testament : Acte ou engagement unilatéral et solennel, révocable jusqu'au décès de son auteur, par lequel celui-ci dispose de tout ou partie des biens qu'il laissera après sa mort. De son vivant, le testateur dispose de la faculté d'y renoncer ou d'y apporter modification selon sa convenance.

Le testament se base sur un certain nombre de critères, à savoir, la formulation, le testateur, le légataire, et la nature de formalité lorsqu'il s'agit de biens immobiliers. Dans ce dernier cas, le testament est soumis à des procédures d'actes de transferts de propriété immobilières et foncières, par acte établis par-devant l'officier public, par enregistrement à l'effet de la perception des droits du trésor public, et par publication auprès de la conservation foncière.

Le transfert de la propriété foncière mentionnée dans l'acte testamentaire prend effet suite au décès du testateur, ainsi que le consentement du légataire dans les limites du tiers du patrimoine, sur autorisation des héritiers ce taux peut être dépassé, ou si le légataire dispose d'un héritier. Dans le cas de non autorisation, le testament doit être ramené au tiers, ou bien retourné dans sa totalité à la succession si le testateur a un héritier. Le consentement et l'autorisation doivent intervenir dans un délai bref et raisonnable pour éviter que le retard entraine préjudice pour les droits des tiers.

Ici apparait l'importance et le rôle de l'exécutant du testament dans la sauvegarde des droits acquis au profit du légataire et des héritiers en même temps, et dans la satisfaction et l'exaucement de la volonté du testateur dont il a la charge sous forme d'une multitude plusieurs tâches à accomplir, à savoir : la notification du testament au légataire et aux héritiers afin qu'il puissent y prendre connaissance, d'y emmètre leur avis, d'en prendre les disposition légales nécessaires auprès du notaire ou de la conservation foncière compétente à l'effet d'en faire bénéficier les ayants droits, de tenter la conciliation et de solutionner toute difficulté ou conflit pouvant naitre à l'occasion de l'exécution du testament.

مقدمة

تعتبر الملكية الفردية دعامة لبناء المجتمعات الحديثة، وفي هذا السياق تكتسي الوصية أهمية بالغة في الشريعة الإسلامية بصفة عامة ولدى علماء الفقه بصفة خاصة منذ نزول أول آية قرآنية فيها: ﴿ كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين ﴾، ثم جاءت السنة النبوية لتتولى توضيح ما أجمله القرآن فحددت مقدار الوصية بالثلث واشترطت إجازة الورثة لتنفيذ ما زاد عن هذا المقدار، وبهذا اكتملت الأصول الكلية للوصية وبقيت المسائل التي لم يرد فيها نص في القرآن والسنة لاجتهاد فقهاء المسلمين، والوصية بصفتها سببا لاكتساب الملكية بالوفاة، فهي بذلك تنطوي على جانبين جانب ديني بحث وجانب قانوني صرف.

بدورها تولت جميع القوانين العربية تنظيم هذا التصرف، وقد أولى المشرع الجزائري الوصية بقدر من العناية فتعرض لها في الأمر: 59/75 الصادر في: 1975/09/26 المتضمن القانون المدني أين عالجها ضمن أسباب كسب الملكية، كما فصلها في قانون الأسرة الصادر في: 1984/06/09 بمقتضى القانون رقم: 11/84 الذي نظم الوصية ضمن الكتاب الرابع المعنون بالتبرعات، إلا أنه رغم هذه العناية التي حظيت بها في مختلف المذاهب الفقهية ورغم ما كتب عنها فإنها ما تزال في حاجة ماسة إلى دراسات جديدة تنسق بين هذه الجهود، وعصرنتها وفق المتطلبات الاجتماعية والاقتصادية للحياة الحديثة، كما يلاحظ كذلك من الناحية العملية قلة تداول الوصية بين الناس بصفة رسمية لدى الموثقين رغم كثرة الطلب عليها في جانبها العرفي خاصة إن كانت تحتوي في موضوعها الملكية العقارية، مما يدفع الورثة بعد وفاة الموصي إلى إدماج الأملاك الموصى بها في التركة والتصرف فيها بعد ذلك إلى الجهة الموصى بها بموجب عقود صورية كالهبة والبيع، وهو تصرف غير سليم من حيث الإجراءات القانونية، إذ أدى ذلك في بعض الحالات إلى رفض الورثة لهذه الوصية والتصرف فيها وفقا لرغباتهم، وقد يصل الأمر إلى حد تعطيل التركات، وهو ما يشكل خرقا صريحا لإرادة الموصي، الذي ينبغي عليه في حياته اتباع الإجراءات الرسمية في تصرفه ذلك بما تحمله هذه الإجراءات من حماية لإرادته وتضمن له التنفيذ

السليم لوصيته بمعرفة وسلطة من يراه كفؤا لذلك، مما قد يجنب النزاعات التي قد تحدث بفعل الورثة أو الغير بمناسبة تصفية تركته.

1/ أهمية الدراسة:

مما سبق ذكره يتبين أن لموضوع الوصية في العقار أهمية بالغة خاصة من الناحية العملية تكمن في أمرين اثنين: أولهما الارتباط الوثيق لموضوع الوصية بحياة الناس اليومية، وحاجتهم لتصفية شؤونهم المترتبة على عاتقهم بعد الوفاة، وثانيهما تسليط الضوء على بعض الإشكالات القانونية التي تعترض أعوان القضاء والمحافظين العقاريين في تناولهم لقضايا الوصية العقارية، ومحاولة البحث عن حلول لها، في ظل القوانين المقارنة التي غالبا ما تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد به نص.

2/ أسباب اختيار الموضوع:

قد كانت أسباب اختيار هذا الموضوع متعلقة بالجانب النظري والممارسة العملية وهي:

جهل الكثير من الناس لأحكام الوصية بالعقارات، وندرة التعامل بعقد الوصية في العقار وفقا للإجراءات الرسمية، وما هو محرر من عقود يتسم ببعض الاختلالات والإشكالات القانونية، والغموض التشريعي المتعلق بإجراءات وكيفيات نقل الملكية العقارية بعقد الوصية وكيفية تنفيذه، كما أن تنظيم مؤسسة الشيخ عمي سعيد بغرداية بالتنسيق مع مؤسسة دار القرآن الكريم بمقر هذه الأخيرة بتاريخ:2015/12/10 دورة تكوينية لفائدة كُتاب الوصايا حول فقه كتابة الوصايا وإجراءاتها، كان حافزا لنا للبحث أكثر في هذا الموضوع.

3/ صعوبات البحث:

اعترضنا في هذا البحث بعض الصعوبات تمثلت في:

قلة النصوص القانونية المنظمة للوصية بالعقار، ونقص الأحكام القضائية الفاصلةفي موضوع تنفيذ الوصية، واختلاف المعلومات بين بعض المراجع حول آراء المذاهب الفقهية في مختلف الأحكام المتعلقة بالوصية، مع تعدد آراء الفقهاء التابعين للمذهب الفقهي الواحد مما يُصعِّب من عملية الخروج برؤية واضحة عن وجهة نظر ذلك المذهب وتابعيه، وضيق الوقت مقارنة بشساعة الموضوع والإشكالات التي يطرحها.

4/ منهج الدراسة:

انتهجنا في هذه الدراسة المنهج المقارن من خلال المقارنة بين القانون الجزائري وبين بعض القوانين العربية الأخرى وبين آراء فقهاء الشريعة الإسلامية، وتم استعمال المنهج الإستدلالي لدراسة أحكام النصوص القانونية والآراء الفقهية والأحكام القضائية التي تنص على أحكام الوصية عموما والوصية في العقار على وجه الخصوص.

5/ إشكالية البحث:

لدراسة مجمل النقاط التي تم عرضها تطرح الإشكالية التالية:

ما هي الطبيعة القانونية للوصية المتعلقة بالعقار؟ وماهي إجراءات انعقادها وآثارها؟

وتنشأ عن هذه الإشكالية الرئيسية عدة أسئلة فرعية ذات أهمية وطيدة بموضوع البحث وهي:

ما هو التكييف القانوني للوصية بالعقار؟ كيف تنتقل الملكية العقارية بواسطة عقد الوصية؟ وما هو دور أطراف عقد الوصية في تثبيت الحقوق الموصى بها؟ هل ينبغي شهر عقد الوصية بالعقار؟ من هو المكلف بتنفيذ الوصية؟ وما هي حدود صلاحياته قانونا؟

6/ خطة الدراسة:

تم تقسيم البحث وتقديمه متسلسل الأفكار بوضع الخطة التالية، التي تم تقسيمها إلى فصلين:

ففي الفصل الأول تم التطرق إلى الطبيعة القانونية للوصية بالعقار مبرزين في المبحث الأول أحكام انعقاد الوصية من خلال تحديد مفهومها وتبيان ما تقوم عليه من أركان وما يشترط فيها لصحتها، وفي المبحث الثاني التطرق لتوضيح إجراءات انعقاد الوصية من الناحية الإدارية، وبيان ما تثبت به وكيفية انتقال الملكية العقارية وفقا للقانون.

وفي الفصل الثاني تم معالجة آثار انتقال الملكية العقارية عن طريق عقد الوصية من خلال عرض أهم إلتزامات أطراف عقد الوصية التي ترمي إلى نقل الحقوق الموصى بها، لندرس في المبحث الثاني دور وصلاحيات منفذ الوصية وأهم الإشكالات التي تواجه عملية تنفيذ عقد الوصية.

الفصل الأول

الطبيعة القانونية للوصية بالعقار

يتضمن هذا الفصل مبحثين: الأول لدراسة أحكام انعقاد الوصية بين الأطراف والثاني اجراءات انتقال الملكية العقارية بعقد الوصية، مما يرمي إلى نقل الحقوق العقارية الموصى بها طبقا للقوانين المعمول بها خاصة منها ما تعلق بمصلحة الشهر العقاري، بعد تأكد محرر العقد من قيام جميع أركانه واتباعه للإجراءات الإدارية الصحيحة.

المبحث الأول: أحكام انعقاد الوصية

لتنعقد الوصية سليمة ينبغي أن تكون قائمة على أركان مستوفية لشروط صحتها، وهذا ما ستتم دراسته في هذا المبحث بداية بتحديد مفهوم الوصية شرعا وقانونا إلى معرفة ما ينقضها، ثم ذكر حكم مشروعيتها.

المطلب الأول: تحديد مفهوم الوصية

ينبغي بداية التفريق بين المصطلحات القانونية الواردة في هذا الشأن، فمصطلح "الوصية" يفيد الإرادة المنفردة التي يصدرها الموصي لإعلان رغبته في التبرع بتلك الصيغة، ومصطلح "عقد الوصية" يفهم من خلاله الإشارة إلى ذلك العقد الذي يثبت فيه الموصي إرادته لدى من أهّلهم القانون لذلك، وإن كان هذا يقتضي على الأقل تحديد مفهوم للإرادة المنفردة والعقد إلا أنه يمكن الاستغناء عن التوسع فيهما باعتبارهما خارج مجال هذه الدراسة.

الفرع الأول: تعريف الوصية

أولا: لغة:

تطلق الوصية لغة على عدة معاني يمكن إجمالها فيما يلي: فيقصد بها العهد إلى الغير[1]، بالقول أوصى الرجل ووصاه إيصاء وتوصية، أي عهد إليه، وجعله وصيا، كما

1 – ابن منظور جمال الدين محمد الأنصاري، **لسان العرب**، دار الفكر، ط1، بيروت، 1990، ص938.

تحمل أيضا معنى الوصل[1]، فيقال وصى الشيء وصيا اتصل، وأرض واصية أي متصلة النبات.

ويفيد مصطلح الوصية التقدم إلى الغير بما يعمل مقترنا بوعظ[2]، مصداقا لقوله تعالى: ﴿ وتواصوا بالحق وتواصوا بالصبر ﴾[3]، وقوله أيضا: ﴿ أتواصوا به بل هو قوم طاغون ﴾[4]، ويستعمل لفظ الوصية للأمر[5] فيقال: أوصيته بالفرائض والواجبات أي أمرته بها، طبقا لقوله تعالى: ﴿ وأوصاني بالصلاة والزكاة ما دمت حيا، وبرا بوالدتي ولم يجعلني جبارا شقيا ﴾[6].

ثانيا: اصطلاحا:

1- في الشريعة الإسلامية:

أ- **الإباضية:** عرفها الأستاذ بشير بن موسى الحاج موسى بقوله: "الوصية عهد معنوي وتمليك مقيد بما بعد الموت بطريق الإقرار والاعتراف أو التبرع والتطوع وسواء كان ذلك للخالق أو المخلوق"[7].

ب- **المالكية:** عرفها ابن عرفة بقوله: "الوصية في عرف الفقهاء لا الفراض: عقد يوجب حقا في ثلث مال عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده"[1].

---

1 - الفيروز أبادي، **القاموس المحيط**، الرسالة، ط2، بيروت، 1987، ص1731.

2 - أبو القاسم حسين بن محمد بن المفضل الأصفهاني، **المفردات**، 1961، ص525.

3 - سورة العصر، الآية (03).

4 - سورة الذاريات، الآية (53).

5 - محمد التاويل، **الوصايا والتنزيل في الفقه الإسلامي**، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغرب، ط1، 2004، ص13.

6 - سورة مريم، الآية (31) و(32).

7 - بشير بن موسى الحاج موسى، **إضاءات سنية في أهم مسائل الوصية**، مطبوعات مؤسسة الشيخ عمي سعيد، ط1، غرداية، 2013، ص09.

ج- الشافعية: بقولهم: "تبرع بحق مضاف إلى ما بعد الموت ليس بتدبير ولا تعليق عتق بصفة"[2].

د- الحنفية: عرفها يحي مراد في كتابه اتحاف البرية بالتعريفات الفقهية والأصولية بقوله: "هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، بطريق التبرع سواء كان ذلك سواء كان ذلك في الأعيان أو المنافع"[3].

هـ- الحنابلة: قال ابن النجار في منتهى الارادات: "الوصية هي الأمر بالتصرف بعد الموت، وبمالٍ التبرع به بعد الموت"[4].

وبذلك يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الوصية تمليك مضاف لما بعد الموت يقصد به التبرع.

2- في التشريعات المقارنة:

أ- القوانين العربية: تأثرت القوانين الوضعية العربية في تعريفها للوصية بالمذاهب الفقهية المتبعة في مناطق صدور تلك القوانين فاستعارت تعريفات الفقهاء وحورتها دون أن تبتعد عن مضمونها بين مضيق وموسع، وتبعا لذلك اختلفت القوانين العربية من حيث اعتبار الوصية تصرفا انفراديا أو عقدا:

---

1 - محمد الأنصاري الرصاع، **شرح حدود ابن عرفة**، دار الغرب الإسلامي، ط1، بيروت، 1993، ص681.

2 - محمد التاويل، **مرجع سابق**، ص15.

3 - صليحة بن عاشور، **توريث الحقوق والإيصاء بها**، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2007/2006، ص284.

4 - منصور بن يونس البهوتي، **منتهى الإرادات**، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط1، ج4، بيروت، 2000، ص439.

فاعتبرت قوانين الأحوال الشخصية في كل من العراق، مصر، الأردن، سوريا، عمان، وتونس، الوصية تصرفا بإرادة منفردة، تأثرا بالرأي القائل بأن الوصية تتم بالإيجاب فقط دون الحاجة للقبول، لأن القبول في الوصية ما هو إلا شرط في لزوم الوصية وليس ركنا، وبه تكون الوصية تصرفا ينشأ بإرادة منفردة عملا برأي الأحناف.

إلا أن قانون الأحوال الشخصية المغربي أخذ برأي المذهب المالكي مستعيرا تعريف ابن عرفة في شقه الأول والذي يعتبر الوصية عقدا في المادة 277 من مدونة الأسرة بقولها: "الوصية عقد يوجب حقا في ثلث عاقده بعد موته"، باعتبارهم أن الوصية تنعقد بالإيجاب من الموصي والقبول من الموصى له لأنه لا يمكن أن يدخل في ملك الإنسان شيء جبرا عنه إلا الميراث.

كما نجد أن استعمال تعريف الوصية تصرف في التركة يعتبر خروجا عن الحكم القاضي ببطلان التعامل في التركة المستقبلية، أجيز استثناء بموجب أحكام الشريعة الإسلامية[1].

ب- في القوانين الغربية: تجدر الإشارة أولا إلى أن القوانين الغربية لا تعرف الوصية بالشكل المتعارف عليه في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية، بل تتميز الوصية عندهم بمبدأ سلطان الإرادة والحرية في الإيصاء دون التقيد بمقدار معين كما أن مفهوم الوصية في الدول التي لا تدين بالإسلام يتداخل في مفهوم واحد مع الميراث، ويتخذ ذلك شكل الوصية بالتركة بأكملها أو بجزء منها لشخص واحد أو متعددين سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين، كما أن المعاهدات والاتفاقيات الدولية من جهة ثانية لا يوجد فيها ما يمنع جواز

1 – عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، منشورات الحلبي الحقوقية، ط3، بيروت، 2015، ص207.

الوصية بالعقار مع اختلاف الجنسية رغم أنها تعطي الحق لكل دولة في تنظيم هذه الأمور بتشريعات تتناسب وسياستها[1].

ومن جميع ما سبق نجد أن الوصية في التشريعات الغربية هي أساسا وصية بالميراث حيث تلتقي مع التصرفات الإرادية بأنها تصرف صادر من إرادة منفردة للموصي والقبول للموصى له، وإن كان الخلاف بين الوصية وبقية التصرفات الإرادية يكمن في أنها تنفذ بعد وفاة الموصي[2].

ج- في القانون الجزائري: تطرق المشرع الجزائري في تعريفه للوصية في قانون الأسرة و القانون المدني، حيث نص في المادة 184 من قانون الأسرة على أن: "الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"، ونص في المادة 190 منه على: "للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة"[3].

كما نص في المادة 1/776 من القانون المدني على: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف..."، وتنص المادة 777 منه أيضا: "يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد

1 – حسن محمد كظوم ومن معه، **الوصية بالعقار مع اختلاف الجنسيات**، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، العدد1، السنة8، 2016، ص721.

2 – حسن محمد كظوم ومن معه، **مرجع سابق**، ص688.

3 – قانون رقم:84-11، المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، المؤرخ في:1984/06/09، ج ر عدد:24، مؤرخة في:1984/06/12 ص:910.

ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن دليل يخالف ذلك"[1].

ومن خلال ما تقدم يمكن تقديم مجموعة من الملاحظات حول مجمل التعريفات :

- إن مجمل التعاريف الواردة للوصية تم صياغتها بمناسبة الإيصاء بالحقوق المادية كالوصية بالعقارات وإبراء الديون أو تأجيلها والإبراء من الكفالة، وغيرها، في حين أن المفهوم العام لمصطلح الوصية يحمل في طياته أبعادا أخرى معنوية تتعلق بالحث على الصلاح والتقوى والتمسك بالروابط الأسرية والوحدة أو ما يسمى اصطلاحا بالوصية الروحية أو الشرعية وهذا النوع من الوصية لا يرتبط بموضوع الدراسة.

- اعتبرت أغلب التشريعات الوصية تصرفا بإرادة منفردة وليست عقدا مبررين ذلك بأن قبول الموصى له في الحال ليس شرطا لصحة التصرف الصادر من قبل الموصي والذي يعتبر مصدرا للالتزام، وأن الوصية إذا كانت تنشأ بإرادة الموصي فإنها تنقضي بها كذلك، كما أن التصرفات بالإرادة المنفردة تسري عليها الأحكام الخاصة بالعقد عدا ما تعلق منها بوجود إرادتين[2].

- إن التشريعات القائلة بأن الوصية عقدا، تأثرت بالمذهب المالكي في رأي ابن عرفة معتبرين أن قبول الموصى له يعتبر مجرد شرط لنفاذ الوصية في حقه وبالتالي نكون أمام إرادتين متقابلتين.

1 - أمر رقم:75-58، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، المؤرخ في:1975/09/26، ج ر عدد:78، مؤرخة في:1975/09/30 ص:990.

2 - المادة 123مكرر من القانون المدني الجزائري.

– مصطلح التمليك يحمله كل من الالتزام بالإرادة المنفردة والعقد على السواء بصفتهما عملان قانونيان يرميان في نهاية الأمر إلى نقل الملكية العقارية من ذمة إلى أخرى، فكان من الأجدر بالتشريعات اعتماد أحد المصطلحين على وجه التحديد.

– يمكن القول أن أصح تعريف هو الذي قال بمصطلح "الوصية تصرف" ذلك لأنه يشمل ما ليس تمليكا ولكن يترتب عليه التمليك كالوصية بالإبراء من الدين، كما يشمل التمليك أيضا، كالوصية بالأعيان من منقول وعقار، والوصية بالمنافع من سكنى دار أو زراعة أرض، أو استحقاق غلة، كما أنه يشمل الإسقاطات، مثل الوصية بإبراء المدين أو إبراء الكفيل مما تكفل به، ويشمل الوصية بما ليس مالا ولا منفعة، كالوصية بتأجيل الدين عن المدين بعد حلول أجله، ويشمل أيضا الوصية بأداء الديون والواجبات عليه كالحج والزكاة ورد الودائع الموجودة لديه إلى أصحابها.

– إن التقيد بمصطلح "بلا عوض" يُخرِج من التعريف بعض التصرفات كالوصية بأن تؤجَّر داره لفلان ونحوه، إذ يكون التصرف حينئذ تمليكا بعوض (تمليك منفعة).

– أما قيد "مضاف إلى ما بعد الموت " فإنه يخرج الهبة من هذا التعريف أيضا وما كان من هذا القبيل لأن ذلك تمليك في الحال، بخلاف الوصية فإنها لا تنفذ إلا بعد موت الموصي، وهذا ما ينطبق أيضا على تعريف قانون الوصية المصري وقانون الأحوال الشخصية السوري والقانون المدني الأردني إذ أنها عرفت الوصية بأنها "تصرف"، فتشمل كل أنواع التصرفات كما تقدم وسواء كان لجهة هي أهل للتمليك أو لا، وسواء كانت الوصايا واجبة أو مندوبة، بالمال أو بغيره.

– التعريف الذي أورده المشرع الجزائري يتطابق مع التعريف الذي جاء به المذهب الحنفي خاصة بعد أن أضاف إلى التعريف محل الوصية المتمثل في الأعيان والمنافع بموجب المادة 190 من قانون الأسرة.

– أضاف المشرع الجزائري –وبعض التشريعات العربية– إلى تعريف الأحناف وألحق في تعريفه للوصية في القانون المدني كل التصرفات التي ترِد من الشخص في مرض الموت بنية التبرع أيا كانت مسميات هذه التصرفات، وهو ما يمكن اعتباره أمرا يصعب استيعابه، خاصة إن كان تصرف المريض مرض الموت يقتضي الوقف الذي يعد تصرفا تبرعيا موقفا لنقل لملكية العقارية، بخلاف الوصية التي تعتبرا تصرفا تبرعيا ناقلا للملكية العقارية، والحال كذلك قد تشكل مساسا بإرادة الواقف متى كان في مرض الموت وكان في كامل قواه العقلية.

– إن المشرع الجزائري في صياغته للمادة 777 من القانون المدني حظر الوصية للورثة وقيّد ثبوتها لهم بإجازة باقي الورثة طبقا للمادة 189 من قانون الأسرة هذا من جهة، ومن جهة أخرى ومن خلال المادة 777 من القانون المدني أطلق وصف الوصية على كل تصرف يقوم به الشخص للورثة مع احتفاظه بالحيازة دون مراعاته إن كان هذا التصرف تبرعيا أو بعوض، ودون تقييد ذلك التصرف بإجازة الورثة.

الفرع الثاني: حكم مشروعية الوصية

تستند الوصية إلى عدة أدلة في القرآن الكريم:

قال الله تعالى: ﴿ وأنفقوا مما رزقناكم من قبل أن يأتي أحدكم الموت فيقول رب لولا أخرتني إلى أجل قريب فأصّدق وأكن من الصالحين ﴾[1]، وقال تعالى أيضا: ﴿ كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين﴾[2]، وقال أيضا: ﴿ من بعد وصية توصون بها أو دين ﴾[3]، وقال: ﴿ يا أيها الذين

1 – سورة المنافقون، الآية (10).

2 – سورة البقرة، الآية (280).

3 – سورة النساء، الآية (12).

ءامنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية إثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم في الأرض فأصابتكم مصيبة الموت ﴾[1].

فدلت الآية الأولى على جواز الوصية عموما وفرضها على الموسر الذي يترك مالا كثيرا، ودلت الثانية على وجوب تنفيذها وتقديمها على الميراث وهو ما يفيد فضلها وأهميتها، ودلت الثالثة على الأمر بالإشهاد عليها، وذلك كله لا يدع مجالا للشك في مشروعيتها[2].

أما في السنة النبوية: فقد روى أبو عبيدة عن جابر ابن زيد عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله (ص) قال: "لا يحل لامرئ مسلم له شيء يوصي به يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه"[3].

وكذلك حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه، وهو حديث طويل جاء فيه: "...قلت يا رسول الله: أوصي بمالي كله؟ قال: لا، قلت: فالشطر، قال: لا، قلت: الثلث، قال: الثلث، والثلث كثير..."[4].

فدلت هذه الأحاديث دلالة واضحة على موافقتها لما جاء بالكتاب من جواز الإيصاء، مع الأمر بالتقييد كتابة في حدود ثلث المال المتروك.

وقد أجمع الفقهاء في جميع الأمصار والعصور إلى يومنا هذا على جواز الوصية ولم يُنقل عن أحد أنه قال بعدم شرعيتها أو منعها متى كان الإيصاء محله أمرا بالقربات والطاعات، فيكون إجماعا للأمة بذلك[1].

---

1 – سورة المائدة، الآية (106).

2 – محمد التاويل، **مرجع سابق**، ص40.

3 – أبو يعقوب يوسف الوارجلاني، **الجامع الصحيح**، مسند الإمام الربيع ابن حبيب، دار الفتح للطباعة والنشر، ج2، بيروت، 1985، ص178.

4 – أحمد بن حجر العسقلاني، **فتح الباري**، تقديم وتحقيق عبد القادر شيبة الحمد، مكتبة الملك فهد الوطنية، ط1، ج5، الرياض، 2001، ص428.

والجدير بالذكر أن بعض الصحابة والعلماء أمثال طلحة والزبير وعبد الله بن أوفى، ذهبوا في التشديد على الأخذ بالوصية إلى درجة الوجوب مستندين في ذلك إلى ما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال: "من لم يوص عند موته لذي قرابته ممن لا يرث فقد ختم عمله بمعصية"[2].

الفرع الثالث: موانع الوصية

إذا قامت الوصية صحيحة على أركانها ومستوفية لجميع شروط انعقادها ثبتت في حق الموصى له بعد وفاة الموصي مصرا عليها ورتبت عليه آثارها ما لم يُعدّلها الموصي أو يَعدِل عنها طالما كان له ذلك وقت ما شاء في حياته.

وتبطل الوصية بأمور عديدة تختلف مسبباتها من حيث إن كانت من جهة الموصي أو من جهة الموصى له أو من جهة الموصى به في حد ذاته.

أولا- مبطلات الوصية من جهة الموصي

- **رجوع الموصي عن وصيته:** أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية ومختلف التشريعات المقارنة على أن رجوع الموصي عن وصيته يبطلها، إلا أنهم اختلفوا ما إذا كان الرجوع صريحا أو ضمنيا، كليا أو جزئيا، ونفس الأمر فيما يتعلق بجحوده لها أو ما يسمى بإنكار الوصية.

---

1 - محمد كامل مرسي باشا، **شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص80.

2 - محمد التاويل، **مرجع سابق**، ص57.

- **زوال أهلية الموصي:** تبطل الوصية إذا زالت أهلية الموصي بسبب الجنون المطبق –وهو الجنون المستمر دون انقطاع– شرط اتصاله بالوفاة وتبرير ذلك عند الحنفية أن الوصية تصرف غير لازم يصح الرجوع عنه في حياة الموصي ولولا جنونه المتصل ومراعاة لحقه المشروع في الرجوع بطلت الوصية، والمراد بالجنون في نظر الفقهاء ما يشمل العته والحكم بالحجر بسبب السفه والغفلة.

واعتبر فقهاء المالكية أن الجنون مطلقا لا يبطل الوصية سواء كان مطبقا أو لا، ومتصلا بالموت أو غير متصل، وقد وافقهم في رأيهم هذا الحنابلة والشافعية بحجة أن الوصية تعتمد في صحتها على أهلية الموصي عند إنشائها فزوال الأهلية بعد ذلك لا يؤثر فيها كما لا يؤثر في غيرها من التصرفات كالبيع والهبة[1].

وترى معظم التشريعات العربية الأخذ بطلان وصية المجنون بين من نص على ذلك صراحة كالقانون التونسي في المادة 197 من قانون الأسرة والقانون السوري والعراقي في المادة219 والمادة73 على التوالي من قانون الأحوال الشخصية، وبين من نص على ذلك دلالة أو من خلال الأحكام العامة لأهلية التصرف، فالمشرع الجزائري من خلال المادة 186 من قانون الأسرة اشترط سلامة عقل الموصي دون ذكر وقت نفاذ هذا الشرط إما وقت الإيصاء أو وقت الوفاة مما يدل دلالة قوية على ترجيح ذلك في وقت إنشاء الوصية، أما قانون الوصية رقم71 المصري لسنة 1946 فنجده في نص المادة05 منه قد وقع في تناقض ظاهر من خلال اشتراط أهلية التبرع لدى الموصي من جهة ومن جهة أخرى إجازته في نفس المادة لتصرفات المحجور عليه لسفه أو غفلة وكذا تصرفات الصبي المميز.

1 – محمد مصطفى شلبي، **أحكام الوصية والأوقاف بين الفقه والقانون**، مطبعة دار التأليف، مصر، 1962، ص294.

3- ارتداد الموصي عن دين الإسلام: اختلف الفقهاء في هذه المسألة، فالمشهور في مذهب مالك أنها باطلة ولو عاد إلى الإسلام[1]، محتجين في ذلك بقوله تعالى: ﴿ لإن أشركت ليحبطن عملك ولتكونن من الخاسرين ﴾[2].

وفي مذهب الشافعية قالوا بعدم بطلانها إلا إذا مات على ردته فإن عاد إلى الإسلام تعود، طبقا للآية الكريمة: ﴿ ومن يرتد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة وأولئك هم الخاسرون ﴾[3].

والعلة في تخصيص الردة كمانع من موانع الوصية في الإسلام هي زوال ملك الموصي عنه بالردة من عدمه، فأبو حنيفة يرى أن ردة الرجل عن الإسلام موجبة لزوال ملكه زوالا موقوفا في حال توبته فإن مات على ردته تقرر زوال ملكه من حين الردة فتبطل وصيته السابقة لعدم بقاء الموصى به على ملكه[4].

وجل القوانين المقارنة لم تتعرض الى مسألة ارتداد الموصي[5] مما قد يفيد إحالتها إلى الأحكام الشرعية في أي مسألة من مسائل الوصية التي لم يتم تنظيمها بموجب مواد القانون كما هو حال المشرع الجزائري في المادة 222 من قانون الأسرة، إلا أنها من باب آخر أجازت التعامل بالوصية مع اختلاف الدين أو الجنسية بصفة عامة مثلما فعل المشرع

---

1 – نعمان عبد الرزاق السامرائي، **أحكام المرتد**، دار العلوم للطباعة والنشر، ط2، المملكة العربية السعودية، 1983، ص261.

2 – سورة الزمر، الآية65.

3 – سورة البقرة، الآية 217.

4 – عبد العزيز بن محمد الصغير، **أحكام الوصية في ضوء الشريعة الإسلامية وفقا للقانون السعودي**، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط1، القاهرة، ص68.

5 – قانون الأحوال الشخصية العماني نص صراحة في المادة228 على ما يلي: "تبطل الوصية في الحالات التالية:...7- ارتداد الموصي أو الموصى له عن الإسلام ما لم يرجع إليه"، وكذلك القانون الكويتي في المادة217 منه والإماراتي في المادة270.

الجزائري في المادة 200 من قانون الأسرة والمصري في المادة09 من قانون الوصية لسنة1946 والسوري في المادة في المادة 214، أما القانون العراقي فقد ورد فيه بالنص على صحة الوصية مع اختلاف الدين والجنسية في المنقول فقط دون العقار حسب المادة 71 قانون أحوال شخصية دون ذكر إن كان الإختلاف في الدين متأصلا أو كان سببه الردة.

4- تخلف شرط الموصي: كأن يقول الموصي: إن متُّ من مرضي هذا أو من سفري هذا فلفلان كذا فلم يمت، فتبطل الوصية لأنه علقها على شرط لم يحصل[1]، ولو مات بعد ذلك في سفر أو مرض جديدين، عملا بقاعدة الشرط يلزم من عدمه العدم، وهذا ما صرح الشافعية والحنفية والحنابلة.

ثانيا- مبطلات الوصية من جهة الموصى له

1- موت الموصى له قبل الموصي أو معه: إن الوصية بالأعيان والمنافع تبطل بوفاة الموصى له قبل الموصي، سواء علم بموته أو لم يعلم لأن التمليك وقع له لا لغيره وبموته أصبح غير أهل للتملك فلا يصح صرفه لغيره، كما تبطل الوصية إذا مات الموصى له بعد موت الموصي وقبل ابتداء أجل الانتفاع في الوصية بالمنفعة[2]، وبهذا قال المشرع الجزائري والعماني وأغلب تشريعات الأحوال الشخصية العربية، كما وافق ذلك القانون المصري[3].

2- رد الموصى له الوصية: رد الموصى له للوصية ينفي عنه لزومها عليه فلا يجبر أحد على قبول العطايا، إلا أن الرد يجب أن يكون في ظرف وجيز بعد علم الموصى له بالوصية، فلا يجوز له المماطلة في الرد لما يلحق ذلك من ضرر للورثة، فجمهور الفقهاء

1- وهيبة دحو، **الوصية كسبب من أسباب كسب الملكية العقارية**، مذكرة شهادة ماستر حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية، 2016/2015، ص55.

2 - محمد التاويل، **مرجع سابق**، ص566.

3 - المادتين 15 و27 من قانون الوصية المصري لسنة1946.

قالوا ببطلان الوصية بعد وفاة الموصي ولا أثر له قبل ذلك، وقال بذلك الإباضية شرط أن لا يعلم الموصي بالرد فإن علم الموصي برد الموصى له الوصية في حياته بطلت[1]، وقد اختلف الفقهاء في حكم الرد بعد القبول، أو القبول بعد الرد[2].

3- قتل الموصى له للموصي: تبطل الوصية عند قتل الموصى له للموصي شرط أن يكون ذلك عمدا بلا عذر شرعي كتطبيق حد أو قصاص، إذ يستوي أن يكون الموصى له فاعلا أساسيا أو شريكا أو متسببا في القتل أو شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام، ودون المجنون والمعتوه وغير المكلف، أو كان القتل قبل الإيصاء أو بعده، بعلم الموصي أو بغيره، وهذا قياسا على أحكام موانع الميراث وتطبيقا للقاعدة الفقهية التي تقول: "من استعجل شيئا قبل أوانه عوقب بحرمانه"[3].

وقد اختلفت المذاهب الفقهية في هذه المسألة وتعددت الآراء حتى في المذهب الواحد بين مجيز إجازة مطلقة وبين مانع المنع المطلق وبين مانع أو مجيز بشروط، وفقا لتبريرات وأسانيد اختلف في صحتها.

أما القوانين العربية فقد أخذ أغلبها بالبطلان[4] مع تباين بسيط في تحديد سن المسؤولية الجنائية، وأكثر القوانين العربية تشددا في هذه المسألة هو القانون العراقي بنصه في

---

1 – الشيخ علي الخفيف، **التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة**، دار الفكر العربي، القاهرة، 2009، ص128.

2 – زكي الدين شعبان، وأحمد الغندور، **أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية**، مكتبة الفلاح، ط1، الكويت، 1984، ص37

3 – صالح بن غانم السدلان، **أحكام الوقف والوصية والفرق بينهما**، دار بلنسيا، ط2، الرياض، 1995، ص28.

4 – المادة198 ق تونسي، 227 ق كويتي، 228 ق عماني، 254 ق قطري.

المادة68 قانون أحوال شخصية[1]، وأخذ قانون الأسرة الجزائري بإبطال وصية القاتل قتلا عمدا وإجازة ضمنية لوصية القاتل خطأ[2]، إذ لم يبين ما إن كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا أو إن كان القتل من دواعي الدفاع الشرعي.

4- اكتساب الموصى له صفة الوارث بعد وفاة الموصي: وهي الصورة التي تدخل في عموم حكم المادة 189 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: " لا وصية لوارث.."، وقد خصها القانون العماني بالذكر تحت عنوان مبطلات الوصية الواردة في المادة228، ومردُّ ذلك أن الوصية تمليك بعد الموت لا يستحقها الموصى له إلا بعده، واتفق الفقهاء على أن المعتبر في كون الموصى له وارثا أو غير وارث هو وقت موت الموصي لا وقت الوصية، فمن كان وارثا يوم الوفاة فلا وصية له إلا أن يجيزها الورثة ولو كان يوم إنشاء الوصية غير وارث، ومن كان يوم وفاة الموصي غير وارث فالوصية له صحيحة ولو كان يوم إنشائها وارثا، وبه أخذ القانون المغربي أيضا في المادة 179، ومن أمثل هذه المسألة:

- من أوصى لغير وارث ثم صار وارثا كمن أوصى لأجنبية ثم تزوجها، أو أوصى لأخيه في وجود ولده ثم توفي ولده، ففي هذه الحالات تبطل الوصية أو تصح بإيجاز الورثة.

- من أوصى لوارث ثم صار غير وارث وقت وفاة الموصي، كمن أوصى لأخيه ثم وُلِد له، أو أوصى لزوجته ثم طلقها فإن الوصية تكون صحيحة لازمة عند الجمهور اعتبارا بوقت موت الموصي[3].

ثالثا- مبطلات الوصية من جهة الموصى به

1 - "يشترط في الموصى له:...أن لا يكون قاتلا للموصي"

2 - المادة 188 من قانون السرة الجزائري.

3 - محمد التاويل، **مرجع سابق**، ص265.

وتتمثل في- **هلاك الموصى به واستحقاقه:** لم يتطرق قانون الأسرة الجزائري الى هذه الحالة خلافا للقانون المصري الذي تناولها في المواد من47 إلى49، والسوري في المواد من242 إلى244 والعراقي في المادة72 والتونسي في المادة 185 والكويتي في المادة226، وتفصيل ذلك أن الموصى به يعتبر أحد الأركان الأساسية للوصية فتخلفه يؤدي حتما إلى بطلان الوصية، ويتخذ هلاك الموصى به صورا عديدة منها ما يلي[1]:

- إذا كانت الوصية بعين بذاتها هلكت كلها أو استحقت للغير بطلت الوصية لفوات محلها ولو هلك بعضها أو استحقت بطلت فيما هلك وكان للموصى له ما بقي.

- إذا أوصى بحصة شائعة في عقار معين كنصف دار محددة وهلكت تلك الدار أو استُحقت، بطلت الوصية، وإذا هلك جزؤها استوفى الموصى له حقه من باقيها.

- إذا أوصى بنسبة شائعة في كل ماله كما لو أوصى بربع ماله مثلا تعلقت الوصية بما يكون له عند الوفاة ولا أثر للهلاك الذي يصيب المال قبل الوفاة.

- انتفاء الموصى به باستغراق الديون والتبعات لجميع التركة، وهي الصورة التي تدخل في هلاك الموصى به نظرا لأن الدين مقدم على الوصية والإرث في السنة والإجماع[2]، واعتبرت الوصية صحيحة موقوفة على إجازة الدائن الكامل الأهلية أو سقوط الدين كما جاء في الفصل 196 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية.

تبين من خلال ما سبق أن الوصية هي تصرف بإرادة منفردة مضاف إلى ما بعد الموت تنشأ بإرادة الموصي وحده دون غيره، وتبطل برجوعه عنها كما تبطل بردها من قبل الموصى له بعد وفاة الموصي، أو موت الموصى له قبل الموصي أو قتله له عمدا أو اكتسابه صفة الوريث، وتبطل أيضا بهلاك العقار الموصى به أو استحقاقه، كما أن الوصية

1 - محمد مصطفى شلبي، **مرجع سابق**، ص159 إلى163.

2 - محمد التاويل، **مرجع سابق**، ص566.

تقوم على عدة أركان هي الموصي والموصى له والموصى به والصيغة ويضاف إلى ذلك عنصر الشكلية الرسمية فيما يخص الوصية بالعقارات.

المطلب الثاني: أركان الوصية

اختلف الفقه في بيان ما يعد ركنا وما يعتبر من شروط الوصية[1]، وهذا الاختلاف ناجم عن تعدد نظرة كل فقيه إلى مدى إمكان قيام الوصية بالصيغة وحدها من عدمه، فمن رأى أن الوصية يمكن أن تنشأ بالصيغة وحدها جعلها الركن الوحيد كالأحناف الذين أخذ برأيهم المشرع المغربي صراحة في المادة 284، كما أخذ بذلك القانونين المصري والكويتي، ومن رأى غير ذلك كالشافعية والمالكية قرر أن الوصية لها أربعة أركان وبهذا أخذ التشريع القطري والعماني صراحة في المواد 228 و202 على التوالي، وأخذ بذلك بصفة ضمنية كل من المشرع التونسي والجزائري، إلا أن الجمهور أخذ بأن أركان الوصية باعتبارها تصرفا انفراديا وبإسقاطها على الأركان العامة للعقود تتمثل في: الموصي والموصى له (طرفي العقد المكونان للإيجاب والقبول)، الموصى به (المحل)، الصيغة (نية التبرع بالإيصاء وهي سبب الالتزام).

الفرع الأول: طرفي الوصية

يتمثل طرفي الوصية في من يرِد منه الإيجاب وهو الموصي ومن يرد منه القبول وهو الموصى له.

أولا: الموصي

1 – يُعرَّف الركن عند الأصوليين بأنه ما كان جزءا من طبيعة الشيء، بينما يُعرَّف الشرط بأنه ما كان خارجا عن تلك الماهية.

هو من أنشأ الوصية، فهي نتاج إرادته وحده يصدرها اختيارا متى توفرت لديه دوافعه الشخصية في ذلك، بنية التبرع بماله عينا كان أو منفعة، وهو كما قال ابن عرفة "المالك الظاهر تمييزه التام ملكه"[1]، ولصحة الوصية من جانب الموصي وجب توفر شروط وهي:

- **الأهلية:** تناولت أغلب القوانين في الدول العربية هذا الشرط كالمصري في المادة05 والعماني في المادة205، والعراقي في المادة67 ويقصد بذلك سن التمييز القانوني المطلوب من أجل مباشرة مثل هذه التصرفات التبرعية التي تعتبر ضارة بالموصي ضررا محضا، لأن انعدام التمييز يفضي إلى القول بعدم وجود الوصية، ويلاحظ أن التشريعات اختلفت فيما بينها في سن التمييز[2]، فيجب أن يكون الموصي أهلا للتبرع عند صدور الوصية ويدخل في نطاق ذلك سلامة العقل إذ يتفق الفقهاء جميعا على اشتراط العقل في الموصي، فمنهم من نص على ذلك بنص صريح كما هو حال المشرع الجزائري في المادة 186 قانون الأسرة والقطري في المادة 230 قانون الأحوال الشخصية، كما أكدت جميع التشريعات على ذلك بصفة ضمنية وذلك بإبطال وصية المجنون بطلانا مطلقا بموجب مواد خاصة، كما أن بعض التشريعات أجازت وصية الصبي المميز مع اشتراط السن وكذا وصية المحجور عليه لسفه أو غفلة شريطة الحصول على إذن القاضي[3]، وهو ما لم ينص عليه المشرع الجزائري والمغربي والعماني، مما يفيد بتطبيق القواعد العامة المقررة في القانون المدني.

- **الرضا:** وهو أن يكون الموصي وقت إيصائه راضيا بوصيته غير مكره عليها فإذا كان مكرها أو هازلا أو مخطئا فلا تصح الوصية، فإذا كانت التجارة وهي معاوضة لابد فيها من التراضي فإن الوصية التي هي تبرع محض أولى باشتراطه فيها، ووجب أن يكون الموصي

---

1 – محمد الأنصاري الرصاع، **مرجع سابق**، ص683.

2 – محمد زهدور، **الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية**، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991، ص70.

3 – المادة178 تونسي، 05 مصري، 210 سوري، 230 قطري، 217 كويتي.

قاصدا الوصية غير مخطئ أو هاذ، فقد دأبت الشريعة الإسلامية على رفع الخطأ عن من صدر منه طبقا للآية الكريمة: ﴿ وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ﴾[1]. كما يجب أن يكون الموصي جادا غير هازل ولا مازح، فالهازل غير راض بفعله ولم ينو بكلامه حقيقة الوصية ولم يقصد إنشاءها، ومن هنا لا تجوز وصية السكران لانتفاء سلامة وعيه وانتفاء قصده إنشاء الوصية[2].

- **أن يكون مالكا للموصى به:** يجب أن يكون الموصي مالكا لما أوصى به وهذا ما اتفق عليه الفقهاء، غير أنهم اختلفوا ما إن كان شرط صحة أو شرط نفاذ، كما اختلفوا في الوقت المعتبر بملكيته هل هو وقت الوصية أم وقت موت الموصي، وقد أتى بهذا الشرط القانون العراقي في المادة 67 منه[3].

- **عدم قصد الإضرار بالورثة:** ويقصد بالإضرار بهم تحويل المال عنهم وصرفه إلى غيرهم قصد حرمانهم من الميراث أو التنقيص من حصصهم، وهو شرط فيه أقوال عدة: الأول وهو المعمول به في مذهب مالك إذ لا يشترطه متى كانت بالثلث فأقل، والقول الثاني أنه يشترط لصحة الوصية أن لا يقصد الموصي الإضرار بالورثة وإلا بطلت وصيته وترد إلى الورثة إذا ثبت الإضرار بإقرار أو بينة أو قرينة سواء كانت بالثلث أو أقل أو أكثر[4] مصداقا لقوله تعالى: ﴿ من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار ﴾[5]، وللحديث القائل: "لا ضرر ولا ضرار".

---

1 - سورة الأحزاب، الآية55.

2 - محمد زهدور، **مرجع سابق**، ص71.

3 - مصطفى ابراهيم الزلمي، **أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الإسلامي المقارن والقانون**، دار الإحسان للنشر والتوزيع، العراق، 2014، ص198.

4 - القاضي البيضوي، **حاشية شيخ زادة**، المطبعة العثمانية، ج2، تركيا، 1995، ص117.

5 - سورة النساء، الآية (12).

- **الإسلام:** ويتبين موقف المشرع الجزائري من وصية غير المسلم من خلال نص المادة 200 من قانون الأسرة إذ لم يشترط الإسلام في صحة الوصية بالنص: "تصح الوصية مع اختلاف الدين"[1]، والشريعة الإسلامية لا تعتبر اختلاف الدين مانعا من موانع صحة الوصية فتجوز وصية المسلم لغير المسلم ووصية غير المسلم لأهل ملته ولغير أهل ملته، وقد نص القانون المصري والسوري في المادة09 و215 على الترتيب أنه تصح الوصية للأشخاص مع اختلاف الدين والملة بينهم وبين الموصي، وإذا كان الموصى له أجنبيا تشترط المعاملة بالمثل، وللمشرع العراقي في هذا الموضوع التفصيل الآتي في المادة71: "تصح الوصية بالمنقول فقط مع اختلاف الدين وتصح به مع اختلاف الجنسية شرط المقابلة بالمثل" ويفهم من هذا أن الوصية بالعقار لا تجوز في حالتي اختلاف الدين والجنسية.

ثانيا: الموصى له

الموصى له هو المستحق للوصية الذي تجوز وتثبت له وهو كل شخص طبيعي أو معنوي، موجود وقت الوصية واستمر وجوده حقيقة أوحكما إلى وفاة الموصي مالم يكن وارثا، والحمل في بطن أمه يعتبر موجودا وكل مشروع خيري موجود كمسجد أو مدرسة أو مؤسسة خيرية أو طائفة معينة أو غير معينة من الفقراء والمساكين[2]، ويشترط لاستحقاق الموصى له الوصية ما يلي:

- **أن يكون موجودا:** يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصى له موجودا إذا عينه الموصي بالاسم أو بالوصف أو الإشارة سواء كان الوجود حقيقيا مستقلا أو وجودا تقديريا كالجنين في بطن أمه، في خلاف بين من اشترط وجوده حين إنشاء الوصية وبين من أجاز وجوده في المستقبل، وهذا ما لم يتطرق إليه قانون الأسرة الجزائري، وحسنا فعل المشرع العراقي والعماني حيث جمعا بين الاتجاهين في المواد68 و208 على الترتيب.

1 - مصطفى ابراهيم الزلمي، **مرجع سابق**، ص198.

2 - أحمد عمر أوبكة، **الوصية وأحكامها**، المطبعة العربية، غرداية، 1986، ص19.

وبالنسبة للوصية للجنين يشترط لاستحقاقه الوصية أن يولد حيا فلو مات في بطن أمه أو أثناء انفصاله عنها ولو بجناية أو تعاطي دواء بطلت الوصية، وفي حالة التعدد يقتسمونها بالسوية حتى باختلاف الجنس، وإذا ولد أحدهم ميتا تكون الوصية كلها لمن يولد حيا[1]، وهذا ما قال به المشرع العراقي في المادة68 والمشرع الجزائري في المادة187 من قانون الأسرة، والعماني في المادة213.

2- أن يكون أهلا للتملك: ويتمثل في الشخص الطبيعي أو تقديرا كالهيئات والمشاريع الخيرية والأشخاص المعنوية ولا يشترط في الموصى له المعنوي (الحكمي) أهلية التملك حقيقة لأن الموصى به يصرف على مصالحه فإن أوصى لحيوان بطلت الوصية وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية، وفي الوصية للميت خلاف: فيرى الجمهور عدم صحتها لأنه ليس أهلا للتملك حقيقة ولا تقديرا، إلا أن المالكية أجازوها له إن علم الموصي بموت الموصى له وبقي مصرا على وصيته فتصرف على ديونه وإلا فتعطى لورثته[2].

3- أن لا يكون الموصى له قاتلا للموصي: بأن يكون القتل عمدا، أو شريكا أو متسببا يقصد إحداث أثر الوفاة.

4- أن يكون الموصى له معلوما: المراد بالعلم هو الذي يزيل الجهالة عن وصف الموصى له ولا يؤدي إلى التنازع فإذا كان للموصى له جهالة لا يمكن إزالتها كانت الوصية باطلة، فلو أوصى الموصي لرجل من سكان الصحراء مثلا، لا تصح الوصية هنا بلا خلاف ولو قال أوصيت لأحد هذين الرجلين تكون المسألة خلافية، فتصح عند بعض الفقهاء كأبي

1 - مصطفى ابراهيم الزلمي، **مرجع سابق**، ص203.

2 - محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، مطبعة السعادة، ط1، ج4، 1911، ص426.

يوسف ومحمد[1] ولا تصح عند آخرين كأبي حنيفة، لكن لو أوصى لفقراء قرية أو مدينة ما صحت الوصية لأنهم وإن كانوا لا يحصون إلا أنهم يتميزون بوصف الفقير[2]، أو أن يوصي مثلا بريع عقار معين لفائدة طلبة العلم المنتمين لجامعة غرداية.

5- أن لا يكون جهة محرمة: يجب أن لا يكون الموصى له جهة مخصصة للحرام و المعاصي، لأن هذا يحول دون تحقق الغاية من الوصية وهي صلة الرحم وإعانة ذوي القربى أو اليتامى أو جهة البر، لذى لا تصح وصية المسلم المراد بها حراما كالوصية لدور اللهو وأندية القمار أو معابد التي لا تخص المسلمين، وإن كانت الجهة الموصى لها ليست محرمة في ذاتها وكان الباعث على الوصية محرما، فإن الوصية لا تصح كذلك ومثال ذلك الإيصاء لخليلة لتبقى على علاقتها المحرمة مع الموصي[3].

6- أن لا يكون وارثا للموصي: ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم نفاذ الوصية للوارث لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا وصية لوارث"[4]، وذهب بعض الشيعة وفيهم الإمامية إلى جواز الوصية للوارث محتجين بآية: ﴿ كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين ﴾[5]، ما تعين نسخها أو أن النسخ كان للوجوب دون جواز فبقيت الوصية للوارث جائزة في نظرهم.

---

1 - يطلق عليهما في كتب الفقه بصاحبي أبي حنيفة، فالأول هو يعقوب بن ابراهيم الأنصاري الكوفي المكني بأبي يوسف القاضي (113هـ-182هـ)، والثاني هو محمد بن الحسن بن فرقد من بني شيبان (131هـ-189هـ).

2 - ابراهيم محمد منصور الشحات، **محاضرات في أحكام الوصية والوقف في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي**، كلية الحقوق ببنها، جامعة الزقازيق، مصر، ص38.

3 - محمد مصطفى شلبي، **مرجع سابق**، ص74.

4 - أخرجه أبو داوود والترمذي.

5 - سورة البقرة، الآية180.

وقول الجمهور هو الأقوى لأن الآية المذكورة منسوخة بآيات المواريث فضلا عن نسخها بالحديث الشريف المذكور، ولأن في إباحة الوصية للوارث إخلال بنظام الإرث وهو النظام الذي فصله القرآن الكريم تفصيلا دقيقا[1].

وقد خالف المشرع الجزائري موقف بعض القوانين العربية التي أجازت الوصية للوارث في حدود الثلث دون إجازة باقي الورثة، فنص في المادة189 من قانون الأسرة على أنه: "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي"، وهو موقف سليم كونه يتماشى والقاعدة الفقهية المشهورة: "درء المفاسد مقدم على جلب المصالح".

وتجدر الإشارة إلى أن فتح باب إجازة الوصية للوارث إنما جُعل عند البعض في حالات خاصة كأن يكون في أولاد الموصي مصابون عقليا أو عاجزون جسمانيا وكان يخاف عليهم من سائر الورثة وغلب ظنه على ضياعهم بأن يُحتقروا وتهضم حقوقهم في الإرث فله أن يوصي لهم بما يقام بشؤونهم وليس هذا بتفضيل، وكذا إن كان لأحد الورثة حق ثابت في ذمة الموصي كدين أو تبعة أو تضييع حق ظاهر أو مظلمة وجب الإيصاء به لصاحبه إن لم يتمكن من القضاء به خلال حياته ولا يمنع أن يكون الموصى له وارثا ويجب أن يكون مطابقا للحق الذي عليه[2]، إلا أنه من الحكمة تنفيذ ذلك في حياة الموصي وعدم تأجيل ذلك بالإيصاء درءا لفتح باب الخلافات والمشاحنات بين الورثة.

الفرع الثاني: محل الوصية

يقصد بمحل الوصية الموصى به، فبه يظهر حكمها وتتحقق مقاصدها تجاه الموصى له، وهو الشيء المراد بالتمليك للغير مضافا لما بعد الموت، وقد عرفه ابن عرفة بقوله: "كل

1 – حكيم دربالي، **الوصية في التشريع الجزائري**، مذكرة شهادة الماستر في الحقوق–أحوال شخصية–، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2015/2014، ص27.

2 – أحمد عمر أوبكة، **مرجع سابق**، ص49.

ما يملك من حيث الوصية به"[1]، والموصى به قد يكون عينا أو منفعة يجب في صحة الوصية به أن تتوفر فيه شروط معينة. وتنقسم الشروط الواجب توفرها في الوصية من جهة الموصى به إلى شروط صحة وشروط نفاذ وهي على النحو التالي:

أولا- شروط صحة الموصى به

تتمثل هذه الشروط في كون الموصى له مالا متقوما أو منفعة، موجودا ومملوكا للموصي عند الوصية.

1- أن يكون موجودا ومملوكا للموصي حين الوصية إن كان معينا بالذات: وهو شرط خاص بأعيان الأموال دون المنافع، كأن يوصي بدار يشير إليها فإنه يشترط وجودها في ملكه حين إنشاء الوصية، لأنه لا يتصور الوصية بشيء معين غير موجود، فلو أوصى بشيء غير موجود أو أوصى بشيء مملوك لغيره كان باطلا، حتى لو ملَكه بعد الوصية، بل عليه إنشاء وصية جديدة بعد الملك إذا أرادها، وأما إذا كان غير معين بالذات فلا يشترط وجود الموصى به عند إنشاء الوصية سواء كان شائعا في بعض المال أو كله[2].

وأخذت معظم التشريعات المقارنة هذا الشرط لتوافقه مع مقتضيات الوصية ولما فيه من اليسر والسهولة على الموصين وهو حال المشرع الجزائري في المادة190 قانون الأسرة والسوري في المادة216 والكويتي في المادة222.

كما يمكن أن يكون الموصى به قابلا للتمليك وإن كان معدوما وقت الوصية، وهو ما يصح تملكه بعقد من العقود شرعا أو بالإرث، كأن يوصي بعقار وُعد بتملكه بموجب عقد وعد بالبيع كونه عقدا ملزما للواعد ولورثته، وما يدخل في ذلك الحكم من عقود، كالبيع بالتقسيط والبيع بالإيجار.

1 - محمد الأنصاري الرصاع، **مرجع سابق**، ص684.

2 - محمد مصطفى شلبي، **مرجع سابق**، ص128.

2- أن يكون مالا متقوما أو منفعة: وليس ذلك شرطا في صحة الوصية فقط بل هو شرط في صحة جميع العقود المالية، ويقصد بذلك أن يكون الإنتفاع به مباحا شرعا، فلا تصح الوصية بمال غير متقوم كالخمر والحيوانات، كما لا تصح بما لا يقبل النقل كالقصاص وحد القذف وحق الشفعة، كما لا تصح أيضا بالوظائف والأموال العامة وغيرها من الحقوق الشخصية والمهنية المحضة لأنها لا تورث ولا تصح لأن تكون محلا لتعاقد الموصي حال حياته[1]، وتجوز الوصية عند الحنفية والشافعية بالكلب المعلم والسباع الصالحة للصيد لتقومها عندهم[2].

كما يصح أن يكون محل الوصية إيصاء بالمنافع، إذ لا يشترط وجودها وقت الوصية ولا عند الوفاة لأن المنافع قد تكون معدومة وقت التكلم وتوجد شيئا فشيئا، فيصح أن يوصي بِغلة أرض فلاحية أو بمقابل إيجار شقق يملكها في عمارة، إذ يلاحظ في كلا المثالين عدم توفرها في الحال وقابليتها المباحة باتفاق الفقهاء للزيادة والنقصان، والشرط في صحة الوصية بالمنفعة هو كونها من المنافع ، وسيأتي الحديث عن الإيصاء بالمنافع ضمن التزامات الموصي في الفصل الثاني من هذا البحث.

ثانيا- شروط نفاذ الموصى به

وتتمثل في: أن يكون حدود ثلث التركة، وأن لا يكون بمعصية أو مخالفة للقانون، وأن لا يكون مستغرقا بدين.

1- أن يكون في حدود ثلث التركة: لا خلاف بين الفقهاء -إلا من شذ- في أن الوصية النافذة التي لا تتوقف على إجازة أحد، هي التي تكون في حدود ثلث تركة الموصي لأن القرآن وإن جاء بها مطلقة فالسنة المشهورة قيدتها بالثلث في حديث سعد بن أبي وقاص:

1 - عمر حمدي باشا، **عقود التبرعات-الهبة-الوصية-الوقف**، دار هومة، الجزائر، 2004، ص55.
2 - وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، دار الفكر، ط2، ج8، دمشق، 1985، ص45.

"..الثلث والثلث كثير.."[1]، فإن لم يكن للموصي وارث لا يشترط هذا الشرط بل تنفذ الوصية من جميع التركة، وإن كان له ورثة توقف ذلك على إجازتهم فتبطل بعدمها[2]، وهذا ما قال به المشرع الجزائري في المادة185 من قانون الأسرة، والمشرع العراقي في المادة70 من قانون الأحوال الشخصية، وأغلب التشريعات العربية[3]، مع اشتراط أهلية التبرع في الورثة المجيزين وعلمهم بالوصايا المجازة باعتبار هذه الإجازة منهم تصرفا تبرعيا.

2- أن لا يكون بمعصية أو مخالفة للقانون: الموصى به باعتباره محل الوصية، يشترط فيه أساسا وفقا للقواعد العامة أن يكون مشروعا لأن القصد من الوصية تدارك ما فات في الحياة من وجوه البر الإحسان فلا يجوز أن تكون معصية ومثال ذلك دفنه في داره، والإيصاء ببناء مسجد أو مدرسة في أرض موقوفة على مقبرة أو على الفقراء والمساكين، أو الإيصاء بما لا نفع فيه كترميم خمارة أو بيت للدعارة، فحكم الوصية بالمعصية ومخالفة القانون هو البطلان لعدم توفر كل من معنى الوصية للصلة أو القربى.

3- أن لا يكون مستغرقا بدين: ومثاله أن تكون للموصي أرض مرهونة، فلا يجوز أن تكون محلا للوصية ولا تعارض بين هذا ونص المادة 193 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها:" رهن الموصى به لا يعد رجوعا في الوصية" فمدلول المادة يشير إلى أن الوصية وقعت قبل الرهن، ولأنها مضافة إلى ما بعد الموت كان للموصي الحق في التصرف في كل ماله ولأنه قد يحررها من الرهن قبل وفاته.

كما يجب أن يكون الموصى به غير مستغرقا بالدين حسب نص المادة 180 من قانون الأسرة بقولها: "يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي: 1) مصاريف التجهيز والدفن

---

1 – أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الوصايا، باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس، ومسلم في صحيحه، كتاب الوصية، باب الوصية بالثلث.

2 – محمد مصطفى شلبي، **مرجع سابق**، ص130.

3 – ومنها القانون المصري في المادة37 والقطري في المادة 224 من قانون الأحوال الشخصية.

بالقدر المشروع، 2) الديون الثابتة في ذمة المتوفى، 3) الوصية،..." حيث جعلت المادة تسديد ديون المتوفى مقدما على تنفيذ وصاياه، إلا إذا أسقط الغرماء دينهم وأبرؤا منه ذمة المتوفى أو أجازوا استيفاء الوصية قبل استيفاء الدين، ولأن الدين واجب والوصية مندوبة، والواجب في أحكام الفقه مقدم على المندوب.

والملاحظ في أحكام الوصية للقوانين العربية أنها أغفلت النص على هذه المسألة ما عدا القانون التونسي الذي أشار إليها إشارة واضحة بالنص في المادة 180:" من لا دين عليه ولا وارث تنفذ وصيته ولو بكل ماله بدون توقف على ميراث صندوق الدولة".

الفرع الثالث: صيغة الوصية

يقصد بصيغة التصرف، اتجاه إرادة المتصرف وبها يولد التصرف في الظاهر، ولولاها ما وجد، وصيغة الوصية هي السبب في التزام الموصي بإرادته المنفردة إذ تتمثل في إظهار نيته التبرع عن طريق الوصية، وهذه الصيغة تصدر على أشكال مختلفة حسب اختلاف التصرفات، والأصل في صيغ التصرفات أن تكون منجزة، ولم يخرج عن هذا الأصل إلا الوصية والإيصاء فإن طبيعتهما تأبى التنجيز، فالوصية لا تكون إلا مضافة لأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، ولا يوجد مانع يمنع من تعليقها على الشرط ما دامت لا تفيد التمليك إلا بعد موت صاحب الإرادة، وتتخذ الصيغة أشكالا هي العبارة الملفوظة أو الكتابة، وقد تكون إشارة دالة عليها[1]:

أولا- العبارة: لا خلاف بين الفقهاء في انعقاد الوصية باللفظ الصريح، مثل أوصيت لفلان بعقار كذا، واللفظ غير الصريح الذي يفهم منه الوصية بالقرينة مثل: اشهدوا أني أوصيتُ

1 – يُذكر هنا أن قوانين الأحوال الشخصية لم تتطرق إلى الصيغة في الوصية –مقارنة بالصيغة في عقد الزواج– بالشكل الذي تم ذكره بل تركت ذلك إلى الفقه والقواعد العامة في القانون.

لفلان، ويكون القبول من الموصى له بعد الموت إذا كان بالغا راشدا، فإن لم يكن كذلك قبِل وليه عنه[1].

ثانيا- الكتابة: يراد بها الكتابة الواضحة الدالة على معنى الوصية والتزامها وإبرامها على الوجه المتفق بين الناس، ووجب أن تكون مُعنوَنة مثل أن يكتب في أوله، وصية من اسماعيل بن ابراهيم إلى محمد بن عبد الله بذكر الاسم الكامل للموصي والموصى له، وحكمها حكم النطق، وهي من الغائب والحاضر على السواء أي ختمها وكتابتها على ورق، والكتابة أقوى من العبارة عند الحاجة إلى الإثبات ويجوز الاكتفاء بها خاصة إذا تمت بالإشهاد عليها[2]، وتجدر الإشارة إلى أن الفقهاء لم يتطرقوا إلى شكل صيغة الوصية بالكتابة الكترونية، مما يفيد في الرجوع إلى الأحكام المنصوص عليها في القواعد العامة في هذه المسألة.

ثالثا- الإشارة: تكون صيغة الوصية بالإشارة في حالة لم يكن الموصي قادرا على التعبير عن إرادته بالعبارة أو الكتابة فتنعقد وصيته بالإشارة الدالة على ذلك، سواء كان عجزه بسبب أنه أخرص أم مصاب بإعاقة، أو لمرض أفقده القدرة على الكلام بوضوح، ولم يكن يعرف القراءة والكتابة ففي كل هذه الأحوال تغني الإشارة عن العبارة في إنشاء الوصية، وإن لم تغن في إثباتها.

وأخذ المشرع الجزائري بالمذهب المالكي في القانون المدني الجزائري حيث نص في المادة 1/60 من القانون المدني على أن: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ أي موقف لا يدع أي شك في دلالته المقصود"،

1 – وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص16.

2 – الشيخ علي الخفيف، **أحكام الوصية**، دار الفكر العربي، ط1، القاهرة، 2010، ص73.

ويتفق في هذا مع المشرع المصري وإن اختلف في بعض الألفاظ ويلتقي مع قوانين أخرى حديثة كالمادة 863 من التقنين النمساوي[1].

وقد سكت المشرع الجزائري عن النص في كيفية انعقاد الوصية بالصيغة مما يفيد بأخذه بمبدأ الكتابة وهذا ما يظهر جليا من خلال تخصيصه لوسائل إثبات الوصية، وهو موقف سليم نظرا لأهمية الإيصاء بالعقارات والتي تستلزم تقديم دليل قوي لإثبات قيام إرادة الموصي.

أما القانون القطري والكويتي فقد نصا صراحة على جواز انعقاد الوصية بكل من العبارة اللفظية والكتابة والإشارة المفهومة من خلال المواد 229 و214 من قانون الأحوال الشخصية على الترتيب، مما يفتح باب إثبات الوصية واسعا في هذه القوانين.

وعليه نخلص إلى القول بأن الوصية بالعقار تصرف بإرادة منفردة مضاف إلى ما بعد الموت يفيد التمليك بطريق التبرع، وبما أن محل هذا التصرف هو العقار فالعقد المثبت للوصية يخضع لإجراءات شكلية ورسمية فرضها القانون، وبذلك فالوصية بالعقارات تقوم على أركان هي: الموصي والموصى له والموصى به والصيغة، إضافة إلى الكتابة الرسمية، سواء في الانعقاد أو التعديل والرجوع.

المبحث الثاني: إجراءات انتقال الملكية العقارية بالوصية

إن التطرق إلى الإجراءات الواجب اتباعها من أجل نقل الملكية العقارية من ذمة الموصي إلى ذمة الموصى له يستلزم حتما التعرض إلى كيفية إثبات الوصية بالعقار، حتى يمكن اتباع إجراءات صحيحة خالية من الأخطاء، فإثبات الوصية بالعقار في القانون الجزائري لا يكون إلا بعقد، يتخذ في مجراه مجرى سائر العقود الناقلة للملكية العقارية كالبيع والهبة، وفقا لمدلول المادة 324 مكرر1 من القانون المدني، وهذا ما سيتقدم ذكره بداية

1 – محمد زهدور، **مرجع سابق**، ص66.

بدراسة العقد كوسيلة للإثبات في هذا الشأن، ونهاية بالإجراءات الإدارية الرامية لنقل الملكية العقارية بواسطة عقد الوصية.

المطلب الأول: إثبات الوصية بالعقار

وضع المشرع الجزائري نصا خاصا لإثبات الوصية في قانون الأسرة وهو النص الذي يشمل الوصية بالعقار أو غيرها من القربات والطاعات التي تكون محل الوصية إلا أن هذه الدراسة ستقتصر على حالة الوصية بالعقار فقط، ففي حياة الناس اليومية قد تكون الوصية بالقربات لا تطرح إشكالات مستعصية أو جدية في التنفيذ لذلك فهي لا تتطلب عنصر الرسمية، عكس الوصية بالعقار فإنها تحمل من القيمة المادية ما يتطلب الجدية في الإثبات، لذلك سنرى مدى حجية العقد العرفي في هذه المسألة ثم العقد الرسمي سواء كان عقدا توثيقيا أو حكما قضائيا.

الفرع الأول: العقد العرفي

العقد العرفي هو الذي يحرره أطرافه ويوقعونه أو يضعون عليه بصمات أصابعهم[1]، ويتخذ العقد العرفي أشكالا عديدة تتعلق بشكل الكتابة، فقد يكون العقد العرفي مطبوعا على ورق أو مكتوبا بخط اليد أو يكون مكتوبا ومحفوظا في ملف إلكتروني، وتختلف قوة وحجية كل منهم في الإثبات، فالمشرع الجزائري في إثبات عقد الوصية بالعقار استبعد كلية الأخذ بالعقد العرفي مهما كان شكله، حتى لو كان مكتوبا بخط يد الموصي ومختوما بختمه وإمضائه أو محررا لدى الكاتب العمومي، حيث نجد أن المانع القاهر المنصوص عليه في المادة 191 من قانون الأسرة الجزائري كمرض الموت مثلا يفتح المجال للقاضي –وفقا لسلطته التقديرية– لمعاينة المانع القاهر، فالقاضي لا يثبت الوصية إلا إذا قام دليل على

1 - المادة 327 من القانون المدني الجزائري.

وجودها إما بورقة عرفية موقعة من قبل الموصي قبل وفاته أو حتى بتصريح الشهود بوجود وصية[1] وهذا ما نجده في بعض الأحكام والقرارات القضائية المعمول بها ومنها[2]:

- القرار رقم 66151 المؤرخ في:1990/05/19 ومنطوقه: "حيث أن الوصية المحررة بيد الموصي المؤرخة في:1960/03/25 تدخل في نطاق القانون المدني الفرنسي الذي كان ساري التطبيق آنذاك. حيث أنه وحسب المادة 978 من هذا القانون فإن الوصية المحررة بيد الموصي تخضع لثلاث شكليات: أن تحرر كاملة وتؤرخ وتوقع من طرف الموصي. حيث أنه في دعوى الحال فإن هذه الشروط الثلاثة متوافرة".

والملاحظ على هذا القرار أنه لم يطبق قانون الأسرة الجزائري لسنة1984 رغم أنه كان ساري المفعول آنذاك بل أخذ بالقانون المطبق وقت تحرير الوصية، وهذا ما يفيد ضمنيا باستمرار القول بحجية عقد الوصية العرفي شريطة أن يكون محررا قبل تاريخ صدور قانون الأسرة لسنة1984، خاصة وأن المادة775 من القانون المدني تحيل إلى قانون الأحوال الشخصية الذي كان مطبقا آنذاك وهو القانون الفرنسي. وما يؤكد على ذلك نص المادة 2/776 من القانون المدني بقولها: "وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ولا يُحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا" والمعلوم أن العقود العرفية هي أكثر العقود من حيث عدم ثبوت تاريخها، إذ يصعب تصور عقد رسمي غير ثابت التاريخ إلا بتهاون أو ظروف خاصة قد يتعرض لها الضابط العمومي.

- القرار رقم:160350 المؤرخ في:1997/12/23 ومنطوقه: "ومن المقرر قانونا أنه تثبت الوصية بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت

1 - الرشيد بن شويخ، **الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري-دراسة مقارنة-**، دار الخلدونية، ط1، الجزائر، 2008، ص70.

2 - عمر حمدي باشا، **القضاء العقاري**، دار هومة، الجزائر، 2010، ص326-237.

الوصية بحكم ويؤشر به على هامش أصل الملكية. ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم باستبعاد الوصية الشفوية لسبب عدم التصريح بها أمام الموثق طبقوا صحيح القانون"[1].

وتعليقا على هذا القرار يتضح أن استبعاد القضاة للوصية الشفوية قد يحد من اجتهاد القاضي وتقديره للمانع القاهر خاصة إن كانت هذه الوصية قد تمت بكتابة خطية أو بشهود شهدوا شهادة متحدة اللفظ والمعنى على التصريح اللفظي للموصي الذي أبدى فيه كامل إرادته بالإيصاء بعقار مثلا لفائدة جهة من الجهات وحال بينه وبين التصريح لدى الموثق حادث مرور أو موت فجأة مثلا، وهو الأمر الذي يبقى معلقا على أحكام السلطة التقديرية للقاضي.

أما موقف التشريعات العربية من هذه النقطة فهو واضح بالأخذ في إثبات الوصية بالكتابة عموما شرط أن تحمل توقيع الموصي كالقانون الكويتي في مادته214 والمصري في المادة02، أما قانون الأحوال الشخصية العراقي في المادة65 منه فيما يخص الإيصاء بالعقار فقد اشترط صراحة الكتابة الرسمية لدى كاتب العدل.

ويتضح مما سبق ضرورة التمييز ما إن كانت الوصية بالعقارات أو بغيرها، فإن كان محل الوصية عقارا تكون الرسمية في ظل القانون الجزائري شرطا أساسيا في الإثبات وفقا لأحكام المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني.

الفرع الثاني: العقد الرسمي

لقد عرفت المادة324 من القانون المدني العقد الرسمي بأنه: "عقد يثبت في موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود اختصاصه وسلطته".

1 – قرار رقم:160350، مؤرخ في:1997/12/23، م إ ق ع أ، عدد خاص لسنة 2001 ص 95.

وتعتبر الرسمية من أهم شروط العقود واجبة الشهر وذلك حسب نص المادة61 من المرسوم رقم:63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري[1] التي تنص على: "كل عقد يكون موضوع إشهاري في المحافظة العقارية يجب أن يقدم في الشكل الرسمي"، ومن خلال هذا النص اشترط المشرع صفة الرسمية في جميع العقود والوثائق الخاضعة للشهر بما فيها عقد الوصية بالعقار كما سيتبين لاحقا. واشترط في المادة 324 مكرر1 أن العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية يجب أن تحرر في الشكل الرسمي مع دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد وإلا وقع تحت طائلة البطلان، ويهدف المشرع من وراء فرض قاعدة الرسمية إلى تمكين الدولة من إحكام مراقبتها على السوق العقارية وتمكين الخزينة العمومية من مداخيل مالية معتبرة، كما يعتبر حماية للأطراف كما أن تدخل الموظف العام أو الضابط العمومي في تحرير العقد يزيد من قانونية المحرر وحجيته خاصة عندما يتعلق الأمر بالعقارات نظرا لقيمتها المادية المرتفعة[2].

أولا- العقد التوثيقي: إن الإثبات بالكتابة في شكل محرر موثق يعد أعلى مراتب الإثبات إذ تعتبر ذات قوة ثبوتية مطلقة وهي تصلح لإثبات جميع الوقائع المادية والتصرفات القانونية مهما بلغت قيمة الحق، لذلك جعلها المشرع الجزائري الأصل في إثبات نقل الملكية العقارية عن طريق الوصية في صريح المادة1/191 من قانون الأسرة بالقول: "تثبت الوصية: بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك".

ويفهم من خلال النص أن التصريح أمام الموثق بالوصية من طرف الموصي يتم بالإرادة المنفردة له، ومن خلاله يتضح أن إثبات الوصية يكون بالورقة الرسمية الصادرة عن

---

1 – مرسوم رقم:76-63، المتعلق بتأسيس السجل العقاري، المؤرخ في:1976/03/25، ج ر عدد:30، مؤرخة في:1976/04/13، ص498.

2 – صليحة رحال، **الشهر العقاري في القانون الجزائري**، مذكرة شهادة الماستر في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محمد والحاج البويرة، 2013/2012، ص46.

الموثق[1] المكلف بإفراغ الوصية في قالب رسمي، وعلى الموثق عند تحرير هذا العقد أن يراعي جميع الإجراءات والشكليات الواجب توفرها في العقود الاحتفالية، فيتم العقد بحضور لشاهدي عدل وشاهدي تعريف عند الاقتضاء، مراعاة لنص المادتين 324 مكرر2 و324 مكرر3 من القانون المدني الجزائري، فضلا عن حضور الموصي الذي يجب أن يتأكد فيه الموثق من توفر شروط الإيصاء المنصوص عليها في المادة 186 من قانون الأسرة، بأن يكون كامل الإرادة الحرة والأهلية للتصرف من خلال سلامة القوى العقلية وبلوغ السن المحدد قانونا إذ يمكن للموثق الاستعانة في ذلك بشهادة طبية يحررها طبيب مختص خبير معتمد لدى المحاكم الوطنية خاصة إن تقدم العمر الموصي، ووجب الإشارة أيضا بدقة إلى صفة الموصى له بذكر اسمه كاملا، وتاريخ ميلاده وصلة قرابته للموصي إن وجدا وذلك تجنبا للوقوع في محذور الإيصاء لأحد الورثة.

كما يتعين على الموثق ذكر العقار الموصى به ووصفه وصفا يزيل الغموض طبقا للمضمون المادة 324 مكرر4 من القانون المدني، فيجب ذكر موقع العقار بدقة بعنوانه وتفصيل حدوده ومراجع مسحه إن وجدت وكذا مساحته ومشتملاته وحالته (أي إن كان مفرزا أو مشاعا مع الغير) وأصول ملكيته، كما يحدد الموثق بناء على رغبة الموصي المستخلف على وصيته بذكر اسمه وصفته كاملا وما إن كان وريثا أم لا، وإزالة اللبس عن كل ما يمكن اشتباه الوصية بما يماثلها من العقود.

ومن الضروري مراعاة إجراء شكلي غاية في الأهمية على الموثق احترامه، ويتمثل في مسألة الشهود حيث يقصد بهم شهود العدل لا الإثبات فيشترط فيهم كمال الأهلية وعدم

1 – منح القانون الجزائري للقناصل صفة الموثق وإبرام عقود الرعايا الجزائريين في الخارج وذلك بموجب أحكام القانون رقم:77–60 المؤرخ في:1977/03/01 مادة01/02، والقانون رقم:77–12 المؤرخ في:1977/03/02مادة37، لذلك يمكن القناصل الجزائريون إبرام عقد الوصية بالعقار بالنسبة للرعايا الجزائريين في الخارج.

وجود مصلحة لهم في الوصية، وأن لا تربطهما بالموثق أو المتعاقدين صلة قرابة أو مصاهرة وكذا أعوان الموثقين والهدف من ذلك تكمن في فرضية قيام مصلحة لهما أو تواطؤ في الوصية وإلا اعتبرت الوصية باطلة في خلاف ذلك وفقا للمادة 20 من قانون التوثيق[1].

أما فيما يتعلق بمسألة توكيل الغير لإبرام عقد الوصية، فمن ظاهر نص المادة1/191 من قانون الأسرة قد لا يبدو الأمر جائزا لكون النص القانوني نص على: "تصريح الموصي أمام الموثق..."، فأخذا بظاهر النص يرى البعض سيما العاملين في الميدان أن التوكيل غير جائز بل لابد من تصريح الموصي شخصيا أما الموثق، لكن الذي يراه الأستاذ علاوة بوتغرار الموثق بمحكمة باتنة هو جواز التوكيل بموجب وكالة خاصة، وتبريره في ذلك أن الموصي قد لا يرغب في الحضور شخصيا لاعتبارات أو لموانع، فيتوجه للقنصل في الخارج أو إلى موثق معين أو جهة رسمية أجنبية بعيدا عن مقر إقامته حيث توجد أمواله، فيحرر وكالة رسمية بمحضر شاهدي عدل ويبين في تلك الوكالة مقدار الوصية أو موضوعها وكذا الموصى له ويفوض شخصا آخر للتقدم إلى موثق مقر إقامته لإمضاء عقد الوصية فما المانع من القيام بالإجراء على هذا النحو سيما إذا علمنا أن المبدأ هو أن كل تصرف يستطيع الشخص القيام به بنفسه يمكنه توكيل غيره بشأنه إلا ما هو مستثنى لاعتبارات خاصة كحلف اليمين أو أداء الشهادة، إنما يجب أن يتوافر في الوكالة اللازمة لإبرام عقد الوصية نفس الشكل القانوني المشترط في عقد الوصية ذاته طبقا للمادة 572 من القانون المدني[2].

---

1 – القانون رقم:06-02، المتضمن تنظيم مهنة الموثق، المؤرخ في:2006/02/20، ج ر عدد:14، مؤرخة في:2006/03/08، ص15.

2 – علاوة بوتغرار، **التصرفات الملحقة بالوصية في التشريع الجزائري**، بحث شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية المدنية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، 2001/2000، ص22.

وفي هذا الباب أيضا نجد أن مقارنة بسيطة بين أحكام المادتين 184 و191 من قانون الأسرة تفيد بوجود جدل يثير التساؤل في تكييف المشرع الجزائري للوصية ما إن كانت تصرفا بإرادة منفردة أو عقدا، أو أن جميع المحررات الرسمية الصادرة من قبل موثق تعرَّف بأنها عقود.

ثانيا- الحكم القضائي: يعتبر الحكم القضائي وسيلة استثنائية عن الأصل في إثبات الوصية بالعقار، فالمشرع الجزائري أخذ به حالة قيام مانع قاهر يحول بين الموصي وبين تصريحه لدى الموثق إلا أنه لم يحدد معيارا للمانع القاهر فذهب البعض للقول ببعض الحالات على سبيل المثال كأن يتم التصريح فعلا لدى الموثق ويحول الموت بين الموصي وإمضائه على العقد، فهنا يُعتبر مشروع العقد ورقة يستعين بها صاحب الحق أمام القضاء لإثبات حقه إذ يقع عليه عبء إثبات المانع القاهر، أو أن يكون في سفر فيُشهِد اثنين أو أكثر على رغبته في الإيصاء فيموت في حادث.

كما أن المشرع أيضا لم يحدد ما يمكن للقاضي الاستعانة به من أجل الحكم بثبوت الوصية وهو ما يجعل باب التأويل مفتوحا في الأخذ بالورقة العرفية وشهادة الشهود، وقد ذهب الأستاذ رشيد بن الشويخ إلى اعتبار وثيقة التصريح بالتركة المنصوص عليها في المادة 171 من قانون التسجيل[1] وسيلة يتعين على القاضي التمسك بها لإثبات الوصية بقوله: "فإن الورثة والموصى لهم يلتزمون بتقديم تصريح مفصل عن التركة التي بقيت بعد موت الهالك كما أنه يجب تحرير الفريضة لدى الموثق يقوم بتحريرها بعد تقديم كل الإثباتات التي تؤكد صفة الورثة بما فيهم الموصى لهم لمعرفة أنصبة المورثة ونصيب الموصى لهم، بعدها تحرر وثيقة رسمية أخرى تسمى الشهادة التوثيقية تحصر فيها ممتلكات المورث على الشيوع وتحدد فيها أنصبة الورثة بما فيهم الموصى لهم ولتحرير هذه الوثيقة تقدم كل

1 - أمر رقم:76-105، المتضمن قانون التسجيل المعدل والمتمم، المؤرخ في:1976/12/09، ج ر عدد:81، مؤرخة في:1976/12/18، ص1212.

الإثباتات الضرورية لهذه الممتلكات كأصل الملكية للعقارات ووثائق السيارات مثلا أو غيرها من الممتلكات"[1]، وإذا ما صدر الحكم بثبوت الوصية بالعقار وصار ذلك الحكم نهائيا، أُشّر به على هامش أصل الملكية.

أما القوانين العربية عموما فنجدها لم تنص على إثبات قيام الوصية بالعقار عن طريق القضاء صراحة، كونها قد فتحت باب ذلك أصلا بالإثبات بموجب الورقة العرفية كطريق سهل المنال مما يغني عن اللجوء إلى القضاء بما يتميز به من إجراءات معقدة والتي تتطلب وقتا للحصول على النتيجة المرجوة، ورغم ذلك نجد أخذ بعض القوانين على عدم إجازة اللجوء إلى القضاء من أجل ما يسمى بدعوى الوصية إلا في حالة وجود بيِّنة، وهذا لا يفيد إلا في التأكيد على جواز إثبات قيام الوصية بالعقود العرفية وشهادة الشهود وغيرها من وسائل الإثبات، خاصة وأن هذه القوانين لم تعين بالتحديد نوع البينة المراد الأخذ بها، ونذكر على سبيل المثال المشرع الكويتي في نصه[2] في المادة214 بالقول: "تنعقد الوصية بالعبارة أو الكتابة، فإذا كان الموصي عاجزا عنهما انعقدت بإشارته المفهمة، ولا تسمع عند الإنكار في الحوادث الواقعة من تاريخ العمل بهذا القانون دعوى الوصية، أو الرجوع القولي عنها للموصي إلا إذا وجدت أوراق رسمية، أو عرفية مكتوبة بخطه، عليها ختمه، أو إمضاؤه أو بصمته، تدل على ما ذكر، أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقا على توقيع الموصي عليها. ويجوز في حالة الضرورة إثبات الوصية اللفظية بشهادة شاهدين عدلين حضراها"[3]، وهذا نحو ما قال به المشرع القطري في المادة262 والتي يوافقها نص المادة204 من القانون العماني، ويبقى القانون العراقي يطرح عدة استفهامات في هذا الأمر من خلال نصه في المادة66 بالقول: "الوصية المنظمة من قبل المحاكم والدائر

1 – الرشيد بن الشويخ، **مرجع سابق**، ص70.

2 – محمد زيد الأبياني، **شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية** لمحمد قدري باشا، ج4، دار السلام، مصر، 2009، ص1999.

3 – كما أخذ بمثل هذا الحكم المشرع المصري في المادة02 من قانون الوصية رقم71 لسنة1946.

المختصة قابلة للتنفيذ إذا لم يعترض عليها من قبل ذوي العلاقة" فهو بذلك يجعل الوصايا الصادرة عن المحاكم ذات قوة إلزامية محدودة ومرهونة برضا أطراف آخرين لم يحدد صفة علاقتهم بالوصية.

ومما سبق نجد أن الوصية بالعقار تثبت في أصلها بعقد تصريحي من قبل الموصي أمام الموثق، وفي حال وجود مانع قاهر تثبت بحكم قضائي، وفي كلا الحالتين يعتبر المحرر الصادر عقدا رسميا ينقل الملكية العقارية وجب تسجيلها وإشهاره، مثل سائر العقود والأحكام الكاشفة والناقلة لملكية الحقوق العقارية.

المطلب الثاني: الإجراءات الإدارية لعقد الوصية بالعقار

يقصد بالإجراءات الإدارية وفقا لما هو معمول به في النظام الجزائري كلا من عمليتي تسجيل العقود التي ترمي أساسا إلى استخلاص الرسوم الجبائية المفروضة على العقود لفائدة خزينة الدولة، وعملية إشهار العقود التي ترمي إلى إحداث أثرها بترتيبها حق انتقال الملكية العقارية مع ما يتبع ذلك من رسوم واجبة، أما القوانين المقارنة وخاصة في مصر وسوريا ولبنان والعراق فقد استعملت مصطلح التسجيل في السجل العيني والذي يقصد به عملية الشهر العقاري.

الفرع الأول: التسجيل

تعد الوصية من المحررات التي يصدرها الموثق بنص المادة191 من قانون الأسرة الجزائري[1]، ولما كان قانون التسجيل رقم:105/76 يوجب في مادته 58 و60 منه على الموثقين تسجيل العقود والمحررات التي يصدرونها، وبما أن المادة10 من قانون التوثيق رقم:02/06 أوجبت ذلك أيضا فإن الوصية تسجل بمصلحة التسجيل والطابع التي تعتبر أحد مصالح مديرية الضرائب، والتي تختص بتحصيل رسوم العقود المحررة لدى الموثقين الذين تقع مكاتبهم في دائرة اختصاصها، كما تختص بتسجيل مختلف العقود التي تحررها الإدارة، وكذا الأحكام النهائية الصادرة عن مختلف الجهات القضائية.

أولا- آجال التسجيل: القاعدة العامة في قانون التسجيل في مادته رقم 58 و60 فيما يخص مدة تسجيل عقود الموثقين وقرارات القضاة ذات الطبيعة العقارية، هي شهر ابتداء من تاريخ المحرر، إلا أن الوصية حظيت باستثناء[2] حسب المادة64 من قانون التسجيل[3] بنصها: "إن الوصايا المودعة لدى الموثقين أو التي يستلمونها، تسجل خلال الأشهر الأخيرة من وفاة الموصين بناء على طلب الورثة الموصى لهم أو منفذي الوصايا"، والمستخلص منها ملاحظتين هما: الأولى أن الوصية تحرر لدى الموثق لكن يتأخر تسجيلها إلى ما بعد وفاة الموصي، وعلة ذلك أن الوصية تَصرف مضاف إلى ما بعد الموت ولا تنتج أثرها إلا بعد وفاة الموصي حيث ينتقل للموصى له حق قبولها أو ردها، كما أن للموصي فرصة الرجوع عن وصيته أو تعديلها بالزيادة أو النقصان، والثانية أن القانون منح مدة ثلاثة أشهر ابتداء من موت الموصي لتسجيل الوصية، لكن بناء على طلب الورثة أو الموصى لهم أو منفذي الوصايا.

---

1 – تنص المادة191 ق،أ على: "تثبت الوصية: 1– بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك،....".

2 – علاوة بوتغرار، **مجلة الموثق**، الوصية تطرح نقائص، العدد الأول، الجزائر، 2001، ص09.

3 – ألغيت هذه المادة بموجب قانون المالية لسنة 2004.

إلا أن إلغاء هذه المادة لم يتبع ببديل عنها، ما يطرح اشكالية العودة للعمل بالقاعدة العامة المذكورة أعلاه، في ظل غياب النص، إذ الملاحظ عمليا هو إدراج عقد الوصية ضمن فئة العقود الثابتة التي يعتبر أقصى أجل لتسجيلها هو آخر يوم من الشهر الموالي لتاريخ تحريرها تبعا للمادة 59 من قانون التسجيل بصفتها عقودا لم تحدد تعريفتها صراحة بموجب مواد قانون التسجيل حسب المادة 208.

إلا أن ما يتعلق بعقود تنفيذ الوصية لم يرد نص بشأن آجال تسجيلها بل بقي التعامل في تسجيلها خاضعا للحكم الوارد في المادة 64 الملغاة[1] وهي مدة الثلاث أشهر بعد تاريخ الوفاة وبطلب من صاحب الحق أو الورثة أو منفذ الوصية. وهذا الأجل يختلف عن أجل السنة المنصوص عليه في المادة 65 من قانون التسجيل كون هذا الأخير يتعلق بتحصيل رسوم وثيقة التصريح بالتركة المذكورة سابقا بما فيها الوصايا للأفراد.

ثانيا- مكان التسجيل: يسجل عقد الوصية سواء كان عقدا توثيقيا أو حكما قضائيا طبقا للقاعدة العامة لتسجيل جميع العقود وهذا بمكتب التسجيل الواقع في دائرة اختصاصه مكتب الموثق الذي حرر العقد وبالنسبة للحكم المثبت للوصية فيسجل في مكتب التسجيل التابع للدائرة أو عند الاقتضاء في المكتب الموجود في نطاق الولاية التي يمارسون بها كتاب الضبط مهامهم[2]، ويرد على هذا الأمر استثناء يتعلق بعقود الوصايا المحررة بالخارج التي يكون محلها عقارا إذ تسجل على مستوى مكتبين أولهما مكتب محل السكنى الأخير المعروف للموصي في الجزائر والثاني هو مكتب التسجيل التابع له موقع العقارات محل الوصية، دون أن يترتب على ذلك دفع رسوم التسجيل مرتين كما ورد في المادة79 من قانون التسجيل.

---

1 - إن المتأمل لنص المادتين38 مكرر4 و48 من قانون الإجراءات الجبائية يستنتج تأكيدها على حكم المادة 64 من قانون التسجيل الملغاة مما يطرح التساؤل حول سبب الإبقاء عليها دون تعديل؟.

2 - المادة 75 من قانون التسجيل.

ثالثا- رسوم التسجيل: يسجل العقد التوثيقي المصرح بالوصية ضمن العقود الثابتة طبقا للمادة 208 من قانون التسجيل، باعتبار عقد الوصية يدخل في صائفة العقود غير معرفة الرسوم كما أوردنا سابقا وطبقا لما هو جاري العمل به، ما عدا الوصايا التي تكون لفائدة الولايات والمؤسسات العمومية والمؤسسات التي يعترف لها القانون بالنفع العام والجمعيات الثقافية.. وغيرها فهي معفاة من رسوم التسجيل طبقا للمواد239 و240 من قانون التسجيل.

أما الأحكام المثبتة للوصايا فيكون تسجيلها[1] في مجمل أحكام وقرارات الغرف العقارية بصرف النظر عن طبيعة المعاملة أو التصرف القانوني موضوع النزاع وذلك طبقا لما يلي:

01 – أمام المحاكم: دعاوى القضايا العقارية.....برسم قدره 1.000دج.

02- أمام المجالس القضائية: استئناف المواد العقارية.....برسم قدره 1.500دج.

03- أمام المحكمة العليا ومحكمة التنازع ومجلس الدولة: الطعون العقارية .....برسم قدره 2.000دج.

الفرع الثاني: الإشهار

يعتبر الشهر العقاري آخر مرحلة يمر بها العقد قبل تسليمه لصاحب الحق، وهو أهم إجراء والأصل في نقل الملكية العقارية في النظام الجزائري، وفقا لما أوردته المادة 793 من القانون المدني، وتكون عملية الإشهار بعد الإيداع القانوني للعقود والوثائق العقارية، ويتم الشهر بـ15 يوما من تاريخ إيداعها ويكون للشهر أثر فوري وبه ينشأ الحق العيني وحق الملكية العقارية.

أولا- خضوع الوصية لنص المادة793ق،م[2]: الوصية بالعقار باعتبارها تنقل حق الملكية العقارية يرى الأستاذ محمد زهدور أنها لا تدخل في حكم المادة 793 من القانون المدني

1 – المادة 213 من قانون التسجيل.

2 – عمر حمدي باشا، **عقود التبرعات، مرجع سابق**، ص68.

كونها تتفق مع حق الإرث باعتبارها تنقل الملكية بمجرد الوفاة حسب المادة 15 من قانون إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، وكذا المادة16 منه بنصها: "إن العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية"، لذلك لا يشترط الشهر العقاري للوصية في هذه الحالة باعتبارها تخصيصا للنص العام واستثناء له، ويرى الأستاذ أن الوصية كانت ستندرج في نص المادة16 المذكورة لو استبدل المشرع كلمة العقود بالتصرفات، ويبقى السؤال المطروح هنا، هل يعتبر الوضع مقبولا لو أن الموصى له لم يرغب في شهر الوصية كون الحقوق الموصى بها انتقلت إليه بمجرد وفاة الموصي، وهل الوصية بالعقار يجب شهرها.

وردا على ذلك يقول الأستاذ عروج عبد اللطيف[1]: " مادام نص المادة16 من الأمر 74/75 جاء عاما، فإنه يفهم منه أنه يشمل كل التصرفات والعقود سواء صدرت من جانب واحد كالوصية أو العقود الصادرة من جانبين عقد البيع أو أحد العقود المتعلقة بالحقوق العينية المتفرعة عنها كحق الانتفاع وحتى الحقوق العينية التبعية كالرهن.." وهو الرأي الذي يمكن الاعتماد عليه، وذلك من وجهتين، أولهما: أنه لا يمكن قطعا تصور انتقال الملكية للموصى له بمجرد وفات الموصي إذ أن ذلك يعفي الموصى له من ممارسة حقه في رفض الوصية وردها، وثانيهما: أنه من مصلحة الموصى له شهر حقوقه المكتسبة وذلك لمواجهة ورثة الموصي أو الغير بها، وهذا ما يساهم في استقرار المعاملات القانونية العقارية، خاصة في حال رغبة الموصى له التصرف في العقار الذي انتقل إليه بالهبة أو البيع مثلا.

ويرى البعض أن الوصية تشهر في الشهادة التوثيقية مع الميراث لأنها تؤخذ منه، كما نصت المادة 39 من المرسوم63/73 المتعلق بتأسيس السجل العقاري بقولها: "عندما يتم

1 – عبد اللطيف عروج، **التصرفات القانونية الواجبة الشهر**، محاضرة ألقيت في محكمة شلغوم العيد في إطار تكوين القضاة، بتاريخ:2011/10/25، ص5.

إشهار شهادة موثقة بعد وفاة تثبت الانتقال المشاع للأملاك باسم مختلف الورثة أو الموصى لهم.."، فعبارة الموصى لهم الواردة فيها إشارة للوصية فمن مصلحة الموصى له أن يتم شهر الوصية، كما أن شهر الوصية يعطي صورة كاملة لسلسلة الملكية العقارية وهو ما يتماشى مع أحكام نظام الشهر العيني المتبنى من قبل المشرع الجزائري[1].

أما الأحكام القضائية المثبتة للوصية[2] فلا تطرح إشكالية في شأن شهرها كون المشرع الجزائري أوجب ذلك تلقائيا بمجرد صيرورتها نهائية وحائزة لقوة الشيء المقضي فيه تبعا لنص المادة 90 من الأمر 74/75، إلا أن الجدير بالإشارة في هذا المقام هو وجوب تسبيق ذلك بشهر الدعاوى القضائية المعلنة للخصومة والمتعلقة بهذه الأحكام.

وفي القوانين المقارنة نجد أن الوصية كانت غير خاضعة للشهر بمقتضى قانون تنظيم الشهر العقاري الصادر بمصر سنة1923، وقبل 1947 كانت تنتقل الملكية إلى الموصى له في ظل نظام الشهر العقاري رقم114 دون الشهر، وبعد ذلك أوجب المشرع المصري تسجيل الوصية أي شهرها تحت طائلة عدم انتقال الملكية العقارية في خلاف ذلك، طبقا للمادة 09 من القانون المذكور بالنص: "...يترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تزول بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيره..."[3]، أما المادة 07 من القانون الكويتي رقم05 لسنة 1959 فقد جاءت مطابقة لنص المادة المذكورة في القانون المصري، وفي القانون السوري واللبناني كذلك، بالنسبة لمدى الإلزام بقيد الإرث في السجل العيني فإن القانون المدني السوري جعل ذلك اختياريا في المادة85، وكل من اكتسب عقارا بالإرث يكون مالكا له قبل تسجيله ولكن لا يكون للاكتساب أثر إلا بعد التسجيل

1 – كريمة فردي، **الشهر العقاري في التشريع الجزائري**، بحث شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، 2008/2007، ص78.

2 – جمال بوشنافة، **شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري**، دار الخلدونية، الجزائر، 2006، ص111.

3 – محمد زهدور، **مرجع سابق**، ص154.

بمقتضى حكم المادة3/825، والتي تقابلها المادة2/204 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، وما دام الأمر كذلك فإنه يكون من باب أولى بالنسبة للوصية في نظر الأستاذ محمد زهدور، وهو الرأي الصواب في ظل عدم وجود نص قانوني صريح بذلك خاصة بالنظر لما تطرحه الوصية من إشكالات في التنفيذ.

أما المشرع المغربي فقد جعل الوصية تخضع صراحة لإجراءات الشهر تحت طائلة انعدام الحجية بين الأطراف وفي مواجهة الغير طبقا للمادة82 فقرة3 من قانون التحفيظ العقاري بقولها: "..إذا كان انتقال الحق ناتجا عن وصية فإنه على طالب التسجيل الموصى له أن يدلي بصك الوصية أو نسخة منه"، مثلما فعل المشرع المصري في نص المادة26 من قانون السجل العيني لسنة1964 عندما خصص صراحة وجوب شهر الوصية، بقولها: "جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب قيدها في السجل العيني ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية..."[1].

ثانيا- وقت شهر الوصية: لم يرد في التشريع الجزائري نص خاص بشأن وقت شهر الوصية بصفتها تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت وهو ما يجعل الأمر مبهما ومتحا لافتراض ما يلي:

01- اشهار الوصية قبل وفاة الموصي: ويكون ذلك بموجب عقد توثيقي سجل برسم ثابت، يتخذ في مجراه من أجل اكتساب حجيته مجرى سائر العقود الناقلة للملكية العقارية كعقد البيع والمعاوضة..، إلا أن شهر عقد الوصية في هذه الحالة يطرح عديد الإشكالات التي يصعب تبريرها من الناحية القانونية ومنها: - أن شهر الوصية في هذه الحالة قد يكون عائقا أمام الموصي في حال عزمه على الرجوع عن وصيته أو رغبته في تعديلها بالزيادة أو

1 - محمد زهدور، **مرجع سابق**، ص156.

النقصان أو استبدال محلها بمحل آخر، وربما قد يرغب في العدول عنها لأسباب قد يكون منها صيرورة الموصى له وريثا في حياة الموصي، وهذا الإشكال يمكن لخروج منه، بموجب إعداد عقد توثيقي آخر وهو عقد الرجوع عن الوصية ويُتخذ في إجراءاته نفس إجراءات عقد الوصية، وذلك قياسا على عقد الهبة وعقد الرجوع عن الهبة في الحالات القانونية الواردة في قانون الأسرة. ويُردّ ذلك أنه كثيرا ما يحدث عمليا أن الموصين يراجعون وصاياهم مرات عديدة فكيف بذلك إذا تضمنت حقوقا مشهرة.

– افتراض جواز شهر الوصية في حياة الموصي يجعلنا نتساءل عن حجية هذا الشهر هل هو أجل إثبات انتقال ملكية الحقوق المشهرة، أم يعتبر ذلك مجرد تأشير قانوني على البطاقات العقارية مثله مثل قيد الرهون والاعتراضات، فلو كان الأمر لإثبات انتقال الحقوق فما محل إرادة الموصى له بعد علمه بالوصية أو بعد وفاة الموصي سواء كان ذلك بالقبول أو الرد، ومثل هذه الإشكالات يعتبر تعارضا صريحا مع النصوص والمبادئ القانونية الثابتة خاصة ما تعلق منها بتطابق الإيجاب والقبول من أجل إحداث العقد أثره، وكذا ما تعلق بانتقال الملكية بالوفاة،

أما إذا اعتبر الشهر في حياة الموصي مجرد قيد على البطاقات العقارية فقد يكون ذلك سليما، فلا تنتقل الملكية العقارية لا في حياة الموصي ولا بعد وفاته إلا بموجب عقد لاحق يسمى عقد تنفيذ الوصية، قياسا في ذلك على عقد الوعد بالبيع وعقده اللاحق وهو عقد تنفيذ وعد البيع، وقد جرى العمل في مصر برفض التأشير بنقل ملكية عقد الوصية في حالة إشهاره في حياة الموصي[1]، وفقا لما أورده الأستاذ السنهوري بقوله: "...حيث يقوم الموصي نفسه في حالة حياته بتسجيل الوصية، يقدم هذا الأخير لمكتب الشهر الكائن بدائرته العقار الموصى به محرر الوصية بعد توثيقه أو بعد التصديق على التوقيع فيه وبعد استيفاء مراحل الشهر التمهيدية من طلبات ومشروعات والتأشير بها على محرر الوصية يقوم مكتب الشهر

1 – عبد الرزاق أحمد السنهوري، **مرجع سابق**، ص240.

بتسجيل هذا المحرر و لكنه يمتنع عن التأشير عليه بخاتم ناقل للتكليف لان الملكية لا تنتقل إلى الموصى له إلا عند وفاة الموصي".

02- شهر الوصية بعد وفاة الموصي: وهو الإجراء الذي يتماشى مع نصوص الشهر العقاري خاصة المادة15 من القانون رقم:74/75[1]، ويكون الإشهار في هذه الحالة متصلا بعلم الموصى له وقبوله اكتساب الحقوق العقارية التي آلت إليه عن طريق عقد الوصية وهنا ينتج الشهر أثره بنقل ملكية الحقوق العقارية الموصى بها ورغم أن هذا الإجراء يعتبر لدى الموثقين أسلم من الناحية العملية إلا أنه لا يخلو من بعض النقائص نذكر منها:

– تعذر علم الموثقين بوفاة الموصين من أجل اتخاذ اجراءات الشهر العقاري في حق عقود الوصايا المحررة لديهم.

– احتمال استقالة أو وفاة الموثق المحرر لعقد الوصية قبل أو بعد وفاة الموصين أو تعرضه لأحد أسباب التوقيف عن المهام مما قد يستحيل معه تنفيذ الوصية وشهرها.

ويمكن الرد على ذلك في الإشكال الأول بأن إخطار الموثقين بوفاة الموصين إنما هو من صلاحيات المستخلفين على الوصايا، فهم المعنيون بإبراء ذمة الموصي وتنفيذ إرادتهم المرسومة في عقد الوصية، لذلك ينبغي على الموثقين التركيز على حضورهم وعلمهم وإمضائهم على عقد الوصية، وعدم الاكتفاء بإشهاد الشهود على الوصايا الموثقة، لما لهذا من بالغ الأثر، كما قد يكون ذلك من مسؤوليات الموصى لهم في حالة إخبارهم من قبل الموصي بشأن الوصية، أما الرد على الإشكال الثاني فهو بنفس الرد الأول فضلا، عن أنه إشكال غير وارد فعليا لأن أي موثق تخلف عن أداء مهامه للأسباب المذكورة أعلاه يتم استخلاف غيره من الموثقين على ما أنجزه من عقود ومعاملات، حتى لا تضيع الحقوق الواردة فيها.

---

1 – أمر 74/75، متضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، مؤرخ في:1975/11/12، ج ر عدد:92، مؤرخة في:1975/11/18، ص1206.

ثالثا: آجال ورسوم شهر الوصية: تقتضي القاعدة العامة شهر العقود غير المنصوص عليها بالتخصيص في المادة 353-3/4 من قانون التسجيل وذلك في أجل ثلاثة أشهر من تاريخ تحريرها، غير أن هذه القاعدة لا تسري على عقد الوصية بطبيعتها عقدا يحرر ويؤرخ في حياة الموصي ولا يشهر إلا بعد وفاته بإخطار من ذوي الشأن، فقد تطول المدة بين تاريخ عقد الوصية وتاريخ وفاة الموصي إلى سنوات مما يجعل من أجَل شهر الوصية حالة خاصة لم يرد النص فيها بالصريح، إلا أنه يمكن القول وباعتبار الملكية العقارية تنتقل بالوفاة في عقد الوصية مثلها مثل حق الإرث، فيكون أجل شهر عقد الوصية هو نفسه الأجل المضروب لشهر الشهادة التوثيقية الناقلة للملكية العقارية وهو أجل الثلاثة أشهر، تحسب من تاريخ تحرير عقد الشهادة التوثيقية حسب المادة353-4 المذكورة أعلاه.

أما الأحكام القضائية المثبتة للوصية فهي تشهر في عموم الآجال الممنوحة لكافة الأحكام والقرارات القضائية الأخرى وهو ثلاثة أشهر من يوم صيرورتها نهائية طبقا لنفس المادة.

وفيما يتعلق برسوم الشهر العقاري لعقد الوصية، نجد أن المشرع الجزائري لم ينص كذلك بالتخصيص على هذه المسألة، بل طرح المبدأ العام في تحصيل رسم قدره نسبة 1% من قيمة العقار المصرح به في العقود والقرارات القضائية النهائية على حد سواء متى كان موضوعها نقل أو تأسيس الحقوق العينية سواء كانت مشاعة أو مفرزة...[1].

الفرع الثالث: أثر تخلف الرسمية في عقد الوصية بالعقار

يقصد بتخلف الرسمية، تخلف كل من إجراءات التوثيق والتسجيل والشهر وسيتم التطرق إلى أثر تخلف كل إجراء على حدى كما يلي:

أولا- أثر تخلف التوثيق: إن المبدأ العام الذي أخذ به المشرع الجزائري ومن بعده الاجتهادات القضائية، هو وجوب التصريح بالوصية لدى الموثق الذي يُعِد عقدا بذلك في

1 - المادة 353-2 من قانون التسجيل.

حضور شاهدي عدل، وشاهدي إثبات إذا اقتضى الأمر، لذلك فلا أثر للوصية بالعقار ما لم تكن في شكل عقد تصريحي لدى الضابط العمومي المخول قانونا، ما عدا في حالة المانع القاهر أين يتم اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم مثبت للوصية في إطار استعمال القاضي لسلطته التقديرية في إثبات التصريح بالوصية بموجب وسائل أخرى.

ثانيا- أثر تخلف التسجيل: إن عدم تسجيل العقود الواردة على الوصية بالعقار أو التأخير في ذلك، يترتب عليه تسديد الغرامات المنصوص عليها بالنسبة لسائر العقود وفقا لما نصت عليه المادة93 من قانون التسجيل، إذ تتمثل في نسبة 10% من إجمالي قيمة العقارات المصرح بها في أول شهر تأخير، وترتفع هذه النسبة بزيادة 3% عن كل شهر لاحق، حتى تثبت قيمة الغرامة عند سقف نسبة 25%، يدفعها الموثقون شخصيا من حساباتهم الخاصة.

والملاحظ هنا أن هذه العقوبات سلطت على الموثقين المحررين لعقد الوصية فقط دون أن تتعدى تلك العقوبات إلى القناصل وكتاب الضبط الذين تصدر عنهم أيضا محررات مثبتة للوصية، كما أن نفس المادة قررت أيضا عقوبات تأديبية في حق الموثقين وكتاب الضبط -دون القناصل- تسلطها عليهم السلطة التي ينتمون إليها وهي المحاكم، في حال عدم تسجيل العقود في آجالها مع امكانية ممارسة عقوبات أخرى قد ترد في القوانين المهنية الخاصة.

ثالثا- أثر تخلف الشهر: على الرغم من أن الوفاة تعد واقعة مادية يترتب بمجرد حدوثها انتقال الملكية من المورث إلى الورثة بقوة القانون، لكن مع ذلك فإن المرسوم رقم:63/76 استوجب شهر حق الإرث المترتب عن الوفاة، وجعل الوسيلة الفنية لذلك هي المطالبة بإعداد شهادة توثيقية تشهر المحافظة العقارية سواء كانوا ورثة أو موصى لهم، وإن تخلف الشهر يحول دون انتقال الملكية للموصى لهم وهذا ما أكدته المادة 16 من الأمر:74/75 المذكورة أعلاه، وبما أن انتقال الملكية بالوفاة عن طريق الوصية يسري مفعوله من يوم وفاة الموصي بأثر رجعي، فيستنتج من هنا أن ثمار العقار سواء كانت طبيعية أو صناعية

يمتلكها الموصى له ابتداء من تاريخ الوفاة، فإن تصرف الورثة في ثمار العقار الموصى به جاز للموصى له بعد شهر وصيته الرجوع عليهم بطلب ثمنها.

ومن خلال نص المادة 15 من الأمر75:/74 بقولها: "كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية"، فحسب هذا النص يكون للموصى له حق قائم في الموصى به وما يتفرع عنه من ثمار بالشهر لكن بأثر رجعي وقد نصت المادة676 من القانون المدني على: "لمالك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك"، كما أن نص المادة 15 المذكورة أعلاه جاء عاما بما يفيد تطبيق أحكامها على كل من العقود التوثيقية والأحكام القضائية على حد سواء في حال عدم إشهارها.

وقد رتب المشرع الجزائري كذلك جزاء على تخلف شهر الدعاوى القضائية المتعلقة بإثبات عقود الوصايا متى كان محلها عقارا، ويتمثل ذلك الجزاء في عدم قبول تلك الدعاوى شكلا وهو ما نصت عليه المادة 85 من المرسوم63/76 وقد أكدت على ذلك المادتين 17 و519 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1].

1 – إنجي هند زهدور، **حماية التصرفات القانونية وإثباتها في ظل نظام الشهر العقاري**، أطروحة شهادة الدكتوراه علوم في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران2 محمد بن أحمد، 2016/2015، ص167.

الفصل الثاني

آثار انتقال الملكية العقارية عن طريق عقد الوصية

تظهر آثار انتقال الملكية العقارية عن طريق عقد الوصية في الحقوق التي يتمتع بها أطراف العقد والتي غالبا ما تكون متفاوتة في الزمن، فبالنسبة للموصي تُحدِث الوصية آثارها قيد حياته، وترتب الوصية آثارها بالنسبة الموصى له بعد وفاة الموصي، وخلال حياة الموصي ووفاته وما بعدها يظهر الدور الهام لمنفذ الوصية كطرف أساسي في عملية تنفيذها، من خلال حرصه على ترتيب الوصية لآثارها بالنسبة لكلا الطرفين، إلى غاية الانتقال التام والكامل للملكية العقارية إلى ذمة مستحقيها، سواء كان ذلك في الظروف العادية أو في ظل وجود إشكالات في التنفيذ، وهذا ما سيتم التطرق إليه في هذا الفصل من خلال تقسيمه إلى مبحثين:

المبحث الأول: حقوق أطراف عقد الوصية بالعقار

المبحث الثاني: إشكالات تنفيذ عقد الوصية بالعقار

المبحث الأول: حقوق أطراف عقد الوصية بالعقار

إن لدراسة حقوق أطراف عقد الوصية أهمية بالغة خاصة في مرحلة تنفيذ الوصية، وهي التي تحدد طابع حيثيات نقل الملكية العقارية من ذمة الموصي إلى ذمة الموصى له، حيث سنتطرق بداية إلى دراسة حقوق الموصي التي تحدد بصفة عامة أحكام الإيجاب الصادر عنه، ثم نتطرق في المطلب الثاني إلى حقوق الموصى له المتمثلة في أحكام القبول كالتزامات مقابلة.

المطلب الأول: حقوق الموصي

حقوق الموصي عديدة ومتنوعة، اقتصر البحث فيها على ما يدور حول موضوع الدراسة وهي: حق الإيصاء الاختياري، الوصية بالمنفعة والانتفاع وحق الرجوع عن الوصية وتعديلها، وهي كلها حقوق وصلاحيات يتمتع بها حال حياته بهدف أن يظهر أثرها في حق من أرادهم بعد وفاته.

الفرع الأول: الوصية الاختيارية

يعتبر الحق في الإيصاء أمرا اختياريا في يد الموصي يستعمله في حياته كيف يشاء دون مخالفة الضوابط الشرعية والقانونية المقررة لذلك، فالوصية الاختيارية هي استخلاف الشخص بإرادته شخصا آخر في قدر محدود من ماله، ولقد حد فقهاء الشريعة الإسلامية حدودا للوصية الاختيارية في القدر الذي تجوز فيه وفي صفة الموصى له والباعث على تلك الخلافة وفي الشروط المقترنة، لأن الأصل عند فقهاء المسلمين أن الشارع هو الذي يتولى أمر الخلافة في مال الميت وينظمه، وقد أجاز الشارع أن يختار الشخص خليفة له في حدود ثلث ما تركه على أن يكون في ذلك غير قاصد لإثم أو أمر محرم[1]، وهو ما ثبت بالكتاب والسنة والإجماع وأقرته القوانين الوضعية، أما الوصية الحكمية فهي تصرف يلحقه القانون انتهاء بالوصية الاختيارية ويجعل أحكامها تسري عليه وتكون العلة من حكم الإلحاق هو حماية الورثة من الوصايا المستترة فالوصية الحكمية إذن هي في الأصل تصرفات أخرى (بيع-هبة-مبادلة..)[2].

وتتفق كل من الوصية الاختيارية والحكمية فيما يلي:

- كل منهما لا يجوز بأكثر من الثلث إلا بإجازة الورثة.

- كل منهما لا تصح للوارث إلا بإجازة الورثة سواء كانت في حدود الثلث أو أكثر.

- أن المعتبر في خروجهما من الثلث هو وقت الموت لا قبله ولا بعده.

وتختلفان فيما يلي: - الوصية الاختيارية غير لازمة ويجوز فيها الرجوع بخلاف الوصية الحكمية.

1- محمد أبو زهرة، **شرح قانون الوصية -دراسة مقارنة لمسائله وبيان لمصادره الفقهية-**، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، 2001، ص08.

2 - علاوة بوتغرار، **مرجع سابق**، ص16.

– الوصايا الاختيارية عند ضيق الثلث يحاصص بينها أو يقدم بعضها عن بعض، بخلاف العطايا في المرض إن اجتمعت مع الوصايا فإنها تقدم عليها لأنها منجزة ولازمة.
– في حال تعدد العطايا في المرض فإنه يقدم الأول فإذا ضاق الثلث عن حمل جميعها لا يحاصص بينها إلا أن تقع دفعة واحدة فتقسم بينهم بالمحاصة.
– إن الوصايا لا تنفذ إلا بعد الموت مطلقا إجماعا، خلاف التبرع في المرض[1].

وتختلف الوصايا الاختيارية عن الوصايا الواجبة فيما يلي:

– الوصية الاختيارية لا تنشأ إلا بإرادة الموصي في حين الوصية الواجبة تقوم بحكم القانون وبشروط، وإن لم ينشئها الموصي.

– الوصية الاختيارية تستند في تنفيذها إلى قبول أو رد إذا كانت إلى أشخاص معينين في حين الوصية الوجبة لا تحتاج إلى ذلك.

– لا تكون الوصية الواجبة إلا لجهة محددة وهم أحفاد الميت الذين مات أبوهم مع الموصي أو قبله، أما الوصية الاختيارية فهي غير محددة الجهة.

– الوصية الاختيارية مقيدة بثلث التركة أو بإجازة الورثة لما فوق الثلث، والوصية الواجبة مقيدة بما كان يستحقه أصل المنزَّلين ميراثا[2].

– اختلف فقهاء الشريعة ومن بعدهم القانونيون في تقديم الوصية الاختيارية أو الواجبة في التنفيذ، فالمشرع الجزائري قد سكت عن النص في ذلك، على عكس المشرع العراقي فقد قال صراحة في المادة2/74 بتقديم الواجبة عن الاختيارية، إلا أنه يبدو أن الأولى تقديم الوصية الاختيارية على الواجبة، لأن هذه الأخيرة تدخل في أحكام الميراث في باب التنزيل طبقا

1– محمد التاويل، **مرجع سابق**، ص628.
2– نصيرة طهراوي، **التبرعات الناقلة للملكية (الوصية والهبة)**، مذكرة ماستر قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس المدية، 2012/2011، ص54.

للمواد من 169 إلى 172 من قانون الأسرة الجزائري، أما الوصية الاختيارية فتسبق الميراث في تنفيذها طبقا للمادة 180 من نفس قانون.

الفرع الثاني: الوصية بالمنفعة والانتفاع

يقصد بالوصية بالمنافع ما قابل الأعيان فتشمل المنافع المحضة والغلة مثل الوصية بسكنى الدار وثمار الأشجار وكراء العقارات وغلة الحقول، وقد اتفقت المذاهب الإسلامية على مشروعية الوصية بالمنافع واختلفوا في ملكية العين الموصى بمنفعتها كالخلو والإيجار وقبل انقضاء أجلهما كان الموصى له معينا أو غير معين[1].

وقد أخذ القانون المغربي بالوصية بالمنافع وكذلك المصري في المادة 11 من قانون الوصية والمادة 601 من القانون المدني باعتماده الرأي القائل بجواز الإيصاء بالمنافع التي تكون ملكية رقابتها لغير الموصي وحددها في حالة الإيجار دون غيرها، لكن المشرع الجزائري خالف المشرع المصري في هذه المسألة واشترط في المادة 190 من قانون الأسرة أن تكون العين الموصى بمنفعتها تدخل في ملك الموصي، كما أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تفصيل أحكام حق الإيصاء بالمنافع مثلما فعل المشرع المصري والعماني.

وتتنوع الوصايا بالمنافع لتنقسم إلى عدة أنواع هي:

- **وصية مؤقتة:** يكون فيها الوقت مبهما أو محددا بمدة زمنية، كأن يوصي بغلة حقل إلى قريبه إلى أن يجد عملا، أو أن يوصي بسكنى دار لجدته مدة سنة أو سنتين، كما قد يكون الوقت معينا بدقة بتحديد البداية والنهاية، أو إلى غاية تاريخ محدد، ويكون التحديد بذكر اليوم والشهر والسنة[2].

1 – محمد التاويل، **مرجع سابق**، ص413.

2– الشيخ علي الخفيف، **مرجع سابق**، ص437.

– **وصية مؤبدة:** سواء كانت الوصية بالمنافع لمعين أو لموصوف محصور، كأن يوصي شخص لآخر بمقابل إيجار محل تجاري، فإن الموصى له يستحقه مدة حياته فقط، فترد عين الموصى بمنفعتها بعد الوفاة إلى مالك رقبتها، وهو ما أخذ به قانون الأسرة الجزائري في المادة 196 على أنه: "الوصية بمنفعة لمدة غير محدودة تنتهي بوفاة الموصى له وتعتبر عمرى[1]" ويقابل ذلك في القانون المصري المادة 61 من قانون الوصية، وإذا كانت الوصية لجهة دائمة من جهات البر كالمساجد والمدارس فإنها تكون مؤبدة عند جميع الفقهاء بصيرورة العين الموصى بمنفعتها ومرجع ذلك أن ليس لهذه الجهات حياة ولا مدة محدودة.

– **وصية مطلقة:** إذا كانت الوصية بالمنفعة مطلقة لم ينص على تأبيدها ولا على توقيتها فهي في حكمها كالمؤبدة وهذا قول الحنفية والشافعية والحنابلة كأن يقول: "أوصي بمنفعة أشجار النخيل الموجودة في بستان (عنوان البستان) إلى فقراء المدينة التي سكنتها"، وقد قال بعض الفقهاء أن حكم هذه الوصية هنا يأخذ حكم الوقف.

ويشترط في صحة الوصايا بالمنفعة أن تكون مباحة فلا تصح بالمحرمات، وأن تكون قابلة للنقل، وأن تكون في حدود ثلث الوصية، وهو شرط متفق عليه بين الفقهاء.

وتسقط الوصية بالمنفعة بوفاة الموصى له قبل استيفاء المنفعة الموصى بها كلها أو بعضها، وبشراء الموصى له العين الموصى بها أو بإسقاط حقه فيها لمالك الرقبة بعوض أو بغير عوض، وباستحقاق العين[2]، كما تنتهي الوصية بالمنافع أيضا في حالة عدول الموصي عن وصيته كليا أو جزئيا.

1– العمرى هي: "تمليك منفعة عقار دون الرقبة عُمُر المتبرع أو المتبرع له، فإن جعلها عمرى له فهي له مدة عمره لا تورث، وإن جعلها له ولعقبه بعده كانت ميراثا لأهله"، السيد سابق، **فقه السنة**، دار الكتاب العربي، ط1، ج3، بيروت، 1971، ص557، وخالد السماحي، **دروس في التبرعات**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، 2016، ص27.

2 – عبد الرزاق أحمد السنهوري، **مرجع سابق**، ص216.

الفرع الثالث: حق الرجوع عن وصية

يندرج ضمن مفهوم الرجوع عن الوصية حالتين اثنين هما، الرجوع الكلي الذي يكون بإبطال ما ورد من أحكام في وصيته كلها والعدول عن إرادته في الإيصاء، سواء كان ذلك لأسباب شخصية أو قانونية، كأن يوصي بعقار لشخص ثم تستحكم عداوة بينهما تجعله يلغي صراحة ما أوصى به، أو أن يصبح الموصى له وريثا للموصي في حياته، أو أن يمتنع الموصى له عن إنجاز شروط الموصي لإستحقاقه الوصية، أما الرجوع الجزئي فيكون مثلا بإنقاص مساحة الأرض الموصى بها أو استبدال عقار موصى به بعقار آخر أو حذف اسم شخص من مجموعة الموصى لهم، وهذا ما يطلق عليه أيضا بتعديل الوصية.

وتعتبر الوصية عقدا غير لازم قبل وفاة الموصي، وبناء على ذلك جاز للموصي في أي وقت شاء الرجوع عنها بإرادته المنفردة، صراحة أو ضمنا، قولا أو فعلا، مادام حيا[1].

وإذا التزم الموصي ألا يرجع في وصيته لم يكن لهذا الالتزام أثر عند الجمهور، وللمالكية رأيان أحدهما كرأي الجمهور وثانيهما يقضي بأنه يلزم ذلك[2]، ولا يعتبر رجوعا عن الوصية جحودها (انكارها)[3]، ولا إزالة بناء العين الموصى بها ولا الفعل الذي يزيل اسم الموصى به أو يغير معظم صفاته، ولا الفعل الذي يوجب فيه الزيادة لا يمكن تسليمه إلا بها، كل ذلك إلا إذا دلت قرينة على أن الموصي يقصد به الرجوع عن الوصية[4].

وقد نصت المادة 192 من قانون الأسرة الجزائري على: "يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا، فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها، والضمني يكون بكل تصرف

---

1 – مصطفى ابراهيم الزلمي، **مرجع سابق**، ص249.

2 – الشيخ علي خفيف، **مرجع سابق**، ص219.

3 – وهو الأمر الذي سكت عنه المشرع الجزائري عكس معظم القوانين العربية، مما قد يحتمل أن يُفهم دخول الجحود في مفهوم نص المادة 192 من قانون الأسرة.

4 – عبد الرزاق أحمد السنهوري، **مرجع سابق**، ص210 .

يستخلص منه الرجوع فيها". ومؤدى هذا النص أن الوصية تصرف انفرادي غير لازم تأكيدا لما ذكر سابقا. فلا يترتب على رجوع الموصي في وصيته صراحة أي أثر إلا إذا كان ذلك ثابتا بورقة رسمية محررة أمام الموثق[1] أو عن طريق استصدار حكم قضائي يقضي بإثبات الرجوع في الوصية، ولعل السبب الذي دفع المشرع الجزائري إلى اشتراط الكتابة في الرجوع الصريح، هو تفادي حصول الخلاف الذي قد ينشأ بعد موت الموصي بشأن التصرفات التي قام بها قبل وفاته والتي تحتمل الرجوع في الوصية من عدمه، وتجدر الإشارة هنا أن الرجوع الضمني لا يحتاج في إثباته بعد وفاة الموصي إلى ما يحتاج إليه الرجوع الصريح لأنه يعتبر من قبيل الوقائع المادية التي يمكن للشخص أن يثبتها بكل وسائل الإثبات لوضوحها[2].

وقد استثنى قانون الأسرة الجزائري نوعين من التصرفات في المادة 193 و194 من قانون الأسرة، وهي رهن الشيء الموصى به والتصرف في الموصى به لشخص ثان بالإيصاء، فسَحَب هذين التصرفين من دائر التصرفات المعتبرة رجوعا في الوصية ومنح حكم الإيصاء لشخص ثان حكم الاشتراك في الوصية.

ويشترط أيضا وفقا للقواعد العامة أن يصدر الرجوع من الشخص أو وكيله بوكالة خاصة، وأن يكون متمتعا حال الرجوع بكامل قواه العقلية وغير محجور عليه.

وقد نص القانون المغربي في المادة 3/314 على حق الموصي في الرجوع في الوصية، واعتبر الرجوع من مبطلاتها، ونفس الحكم نجده في القانون الموريتاني في المادة 3/30 والمادة 270 من القانون الإماراتي، أما القانون المصري نص عليها في المادة 18

1 – لا يشترط قانونا أن يكون الموثق المحرر لوثيقة الرجوع عن الوصية هو نفسه الموثق الذي حرر عقد الوصية.

2 – نسيمة شيخ، **أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري**، دار هومة، الجزائر، 2012، ص213.

وتناولها القانون السوري في المادة 221 والعماني في المادة 228، والقانون التونسي لم يجعل رجوع الموصي من مبطلات الوصية وفقا للمادة 197[1].

هذه مجمل الحقوق التي تكون في يد الموصي والتي قد ترتب على عاتقه الالتزام بالوفاء، خاصة إن كان الإيصاء مقترنا بشرط وقام الموصى له بتنفيذ الشرط أو قبل بتنفيذه في حياة الموصي، ويقابل هذه الحقوق المقررة للموصي حقوقا لفائدة الموصى له يتمتع بها بعد وفاة الموصي.

المطلب الثاني: حقوق الموصى له

تتمثل التزامات الموصى له أساسا في حق تملك الموصى به سواء بالقبول أو بتحقيق شرط الموصي، وكذا حق رد الوصية، مرورا بأحكام السكوت، وهي كلها صلاحيات يتمتع بممارستها بعد وفاة الموصي إلا ما تعلق بإنجاز شرط الموصي فهو يحتمل التنفيذ في حياة الموصي كما بعد وفاته.

الفرع الأول: استحقاق الوصية

أولا- حق التملك بالقبول

لا تلزم الوصية إلا بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصي، فإذا كان الموصى له جنينا أو قاصرا أو محجورا عليه يكون قبول الوصية ممن له الولاية على ماله، ويكون القبول عن الأشخاص الاعتبارية ممن يمثلها قانونا فإن لم يكن لها من يمثلها لزمت الوصية بدون توقف عن القبول، وإذا قبل الموصى له بعض الوصية دون الكل لزمت الوصية فيما قبِل، وإن قبلها بعض الموصى لهم دون الآخرين لزمت في حق من قبِلها[2].

---

1 – وهيبة دحو، **مرجع سابق**، ص44.

2 – عبد الرزاق أحمد السنهوري، **مرجع سابق**، ص210.

– **من له الحق في القبول:** الذي يقبل الوصية هو الموصى له إن كان معينا وكان مميِّزا، فلا يشترط لصحة قبول الوصية أن يكون الموصى له القابل للوصية بالغا، لأن هذا من التصرفات النافعة له نفعا محضا فيجوز أن يقبل عنه وليه أو وصيه كما هو الشأن في قبول الهبة، أما الصبي غير المميز ومن في حكمه كالمجنون والمعتوه، فيقبل عنهم وليهم أو وصيهم وجوبا وذلك لعدم تمييزهم[1]، واختُلف في الوصية للهيئات كالمسجد والمدرسة فقال المالكية لا تحتاج الوصية إلى قبول لتعذره منها، وقال بعض الشافعية بقبول المسؤول عنها كناظر المسجد ومدير المدرسة، وقد أخذ القانون المصري بهذا في المادة 20 من قانون الوصية بالقول: "تلزم الوصية بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد موت الموصي، فإذا كان الموصى له جنينا أو قاصرا أو محجورا عليه يكون قبول الوصية أو ردها ممن له الولاية على ماله بعد إذن المجلس الحسبي، ويكون القبول عن الجهات والمؤسسات والمنشآت ممن يمثلها قانونا، فإن لم يكن لها من يمثلها لزمت الوصية بدون توقف على القبول".

واعتبر المشرع الجزائري أن الوصية تلزم بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصي حيث ينص قانون الأسرة الجزائري في المادة 197 منه على ما يلي: "يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي" وهو نفس نص قانون الأحوال الشخصية الكويتي في المادة 230 منه[2].

وقد أخذ المشرع المصري بانعقاد الوصية بدون لزوم قبولها من الموصى له، وأخذ القانون السوري كذلك بمبدأ انعقاد الوصية بالإرادة المنفردة واعتبر قبول الموصى له مهما

---

1 – أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين، **انتقال ما كان يملكه الإنسان حال حياته إلى غيره بعد موته**، المكتبة الأزهرية للتراث، ط2، مصر، 1999، ص843.

2 – إلياس ناصيف، **الوصية للمسلمين في القانون الدولي الخاص**، منشورات الحلبي الحقوقية، ط2، ج2، لبنان، 2007، ص56.

للإثبات في المادة 220، أما القانون المغربي فاعتبر الوصية عقدا ينعقد الإيجاب فيه من جانب واحد هو الموصي واعتبر الوصية لغير معين لا تحتاج إلى قبول ولا ترد برد أحد في المادة 184.

- **وقت القبول:** يتفق الفقهاء على أن الموصى له إن كان غير معين تمت الوصية بالإيجاب وتنفذ عند الموت، وإن كان معينا حصل ذلك بعد موت الموصي، وبالتالي يكون القبول حال حياة الموصي باطلا ولا تأثير له، وإذا حصل كان للموصى له حق القبول بعد موت الموصي ولا يحتج عليه بما صدر عنه حال حياة الموصي، والسبب في ذلك أن الملك لا يثبت شرعا في الموصى به إلا بعد موت الموصي، فلا يشترط مطابقة القبول للإيجاب ويصح القبول فور الموت ويصح متراخيا[1]، فالفورية إنما تشترط في العقود المنجزة كالبيع، ومن الفقهاء من يرى أن للوارث الحق في مطالبة الموصى له بالقبول فإن امتنع بعد المطالبة كان امتناعه ردا للوصية، وهذا معقول لأن فيه دفع الضرر عن الورثة، وهذا ما كان على المشرع الجزائري التفصيل فيه تفاديا لأي تفسير لأحكام المادة 197 من قانون الأسرة، مقارنة ببعض الدول العربية حيث أخذ بما ذكر القانون السوري في المادة 1/227 والقانون المصري في المادة 22 من قانون الوصية بتحديد مدة الإجابة بثلاثين يوما من تاريخ علمه بالوصية، مالم يكن له عذر مقبول[2].

ثانيا: استحقاق الوصية بإنجاز الشرط:

قد يأتي الإيجاب في الوصية معلقا على شرط نفاذ أو شرط إلغاء ولا خلاف بين الفقهاء على صحة الشرط من حيث المبدأ، لكنهم اختلفوا فيما يعد من الشروط باطلا وما يعد صحيحا فالأحناف قسموا الشروط إلى ثلاث أنواع:

1 - محمد كامل مرسي باشا، **مرجع سابق**، ص101.

2 - وهبة الزحيلي، **مرجع سابق**، ص18.

- **الشروط الصحيحة:** وهي التي توافق مقتضى العقد أو تؤكده أو تكون مما نص عليه الشارع أو جرى به العرف في التعامل، كأن يوصي بسكنى دار معينة على أن تكون نفقات ترميمها وصيانتها من ماله الخاص، أو أن يوصي شخص لآخر بعقار على أن تكون له رقبته ولآخر منفعته، فهنا تصح الوصية ومعها الشرط، والشرط الصحيح عند المالكية هو ما كان فيه مصلحة للموصي أو الموصى له أو لغيرهما ولم يكن منهيا عنه ولا منافيا لمقاصد الشريعة[1].

- **الشروط الباطلة:** وهي التي تخالف مقتضى العقد ونص القانون أو العرف، وتعتبر شروطا ملغاة إذا اقترنت بالعقد لكن العقد يظل صحيحا، فيبطل الشرط هنا وتصح الوصية وتنفذ بالقبول، كأن يوصي له بمنفعة بستان معين شرط أن يطلق زوجته حتى لا تدخله.

03- الشروط الفاسدة: يقصد بالشرط الفاسد ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه وفيه نفع لأحد من أهل الاستحقاق ولم يرد به عرف ولا شرع، وهي التي لا تدخل تحت الشروط الصحيحة لكن لا يخلو اشتراطها من فائدة لأحد الطرفين أو كلاهما وحكم هذه الشروط الفساد، فيسقط الشرط وتجوز الوصية، ومثال ذلك أن يوصي له بقطعة أرض قيمتها زهيدة شرط أن يقيم عليها مصنعا قد يتطلب إنجازه مبالغ طائلة، فهنا يستحق الموصى له الأرض بالقبول دون إنجازه للشرط لأنه يثقل كاهله وينقص كثيرا من ذمته المالية.

ويتجلى موقف المشرع الجزائري في ذلك من خلال نص المادة 199 من قانون الأسرة بقولها: "إذا علقت الوصية على شرط استحقها الموصى له بعد إنجاز الشرط وإذا كان الشرط غير صحيح صحت الوصية وبطل الشرط" وقد أورد المشرع المصري ما يزيد عن ذلك في قانون الوصية في المادة 04 منه بما يلي:"...تصح الوصية المضافة أو المعلقة بالشرط أو المقترنة به وإن كان الشرط صحيحا وجبت مراعاته مادامت المصلحة فيه قائمة ولا يراعى الشرط إن كان غير صحيح أو زالت المصلحة المقصودة منه والشرط الصحيح

1 - السيد سابق، **مرجع سابق**، ص592.

هو ما كان فيه مصلحة للموصي أو الموصى له أو لغيرهما ولم يكن منهيا عنه ولا منافيا لمقاصد الشريعة"، وجاء في قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة210 منه ما وافق ذلك.

هذا ويخضع وقت إنجاز الشرط المستحق للوصية يخضع لإرادة الموصي، فإن تم انجاز الشرط من قبل الموصى له في حياة الموصي استحق الوصية من حينه، إنما يؤخر أثر الاستحقاق بالتملك إلى ما بعد موت الموصي.

الفرع الثاني: رد الوصية

يعتبر القبول شرطا للزوم الوصية بتأكيد حق الموصى له فيها، كما أن رده لها يعد من مبطلات الوصية شريطة أن يكون الرد بعد وفاة الموصي، فإذا رد الموصى له الوصية كلها أو بعضها بعد وفاة الموصي فإنها تعتبر باطلة باتفاق جمهور الفقهاء، وذلك أن لا شيء يدخل في ملك الإنسان جبرا عنه سوى الميراث المفروض بمقتضى نص الشرع، أما رد الموصى له الوصية قبل موت الموصي فيعتبر كأن لم يكن ولا عبرة به عند جمهور الفقهاء، ذلك أن الوصية لم تقع بعد ولا حق للموصى له في حياة الموصي فلا يصح إذا فعله وبالتالي يجوز للموصى له أن يقبل الوصية مجددا بعد وفاة الموصي، أما الإباضية فيرون أن رد الوصية في حياة الموصي لا يبطلها إلا إذا علم به الموصي أما إذا توفي قبل أن يعلم ذلك فإن الوصية تستمر للموصى له[1]، أما إذا رد الموصى له الوصية بعد القبول الصحيح لها وبعد وفاة الموصي فإن الفقهاء اختلفوا فيه فذهب الحنفية إلى اعتباره رجوعا –أي رفضا– ويترتب عنه بطلان الوصية، وتعود الوصية إلى التركة فتصير ميراثا للورثة شريطة قبول كل الورثة أو أحدهم، فإن امتنع كل الورثة فإن الرد لا يجوز، وذهب الحنابلة والشافعية إلى أن رد الموصى له الوصية بعد قبولها لا يصح إلا على أنها هبة إذا قبلها الورثة

1 – الشيخ علي الخفيف، **مرجع سابق**، ص258.

وقبضوها لأن المال الموصى به أصبح بعد قبول الوصية وقبضها ملكا للموصى له ومن ثم يكون رادا له بعد ذلك، وهذا لا يجوز إلا إذا كان بسبب ناقل للملكية كالهبة فيراعى عندئذ شروطها[1].

وقد يحدث أن يجزئ الموصى له الرد فيقبل بعض الموصى به ويرد البعض الآخر كما لو أوصى شخص لآخر بدار وأرض زراعية فيقبل الدار ويرد الأرض الزراعية، ففي هذه الحالة تنفذ الوصية فيما قبله وتبطل فيما رده كونه أدرى بمصلحته، فله كامل الحرية في قبول ما يريد ورد ما لا يرغب فيه.

وإذا تعدد الموصى لهم في الوصية الواحدة وقبل بعضهم الوصية وردها البعض الآخر نفذت الوصية في حق من قبلها وبطلت في حق من رفضها وردها.

والوصية لشخص غير معين لا تحتاج إلى رد ولا ترد برد أحد كالإيصاء للفقراء والمحتاجين، ويصدر الرد عن الجهات، والمؤسسات والمنشآت ممن يمثلها قانوناً فإن لم يكن لها من يمثلها لزمت الوصية ونفذت في حقها[2].

وفي القوانين المقارنة يتبين من استقراء المواد 197 و198 وكذا المادة 201 من قانون الأسرة الجزائري بأن رد الموصى له للوصية يعتبر مبطلا لها، شريطة أن يكون الرد بعد وفاة الموصي مما يفيد بعدم الأخذ بالرد قبل وفاة الموصي، وقد تناول المشرع التونسي حكم الرد من جانب الموصى له أو من ينوبه بموجب المواد من193 إلى196 على أن يكون ذلك في أجل شهرين من تاريخ إعلام الموصى له، وأفرد المشرع المصري لأحكام الرد التي ذكرناها أعلاه المادة 23 و24 من قانون الوصية، والسوري في المادة 228 و229 بتحدي الأجل بشهر واحد من تاريخ وفاة الموصي أو علم الموصى له، والمغربي في المادة 186 و187.

1 – نسيمة شيخ، **مرجع سابق**، ص241.

2 – هذا ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية العماني في المادة 209.

الفرع الثالث: سكوت الموصى له

لم ينص المشرع الجزائري على حالة سكوت الموصى له عن إبداء موقفه من الوصية سواء بالقبول أو الرفض مما يدع المجال لتطبيق القواعد العامة في ذلك والتي أوردها القانون المدني في المادة 2/68 منه بقولها: "..ويعتبر السكوت في الرد قبولا،....إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه" إلا أنه في المادة 198 من قانون الأسرة أحال الحق في القبول أو الرد إلى ورثة الموصى له إن مات قبل إعلانه قبول الوصية، لكن دون أن يعين أجلا لذلك مما قد يضر بمصلحة ورثة الموصي في حال طول مدة القبول، وكذلك فعل المشرع المغربي في الفصل 185 من مدونة الأحوال الشخصية، والمصري في المادة 21 من قانون الوصية، وأخذ القانون السوري بمذهب الحنفية القائل باعتبار الوصية لازمة بمجرد وفاة الموصى له بعد وفاة الموصي ولا حاجة لقبولها من طرف ورثته كما لا حق لهم في ردها حيث جاء في المادة2/227: "...إذا انقضت هذه المدة وهو ساكت عالم أو مات الموصى له خلالها دون أن يرد ولو كان غير عالم بالوصية اعتبر قابلا وكانت الوصية تركة"[1]، والسكوت هنا لا يعتبر ردا إنما يعتبر قبولا إذا مضت فترة يعتبرها العرف كافية للقبول وهو عالم بالوصية وبوفاة الموصي وهو أهل للرد، ويعتبر قابلا ما لم تقم قرينة على أن السكوت ليس قبولا، وإلا فلورثة الموصي المطالبة بالقبول أو الرد[2]، وهذا الحكم أخذ به المشرع العماني في المادة 2/210 بالقول: "...يعتبر سكوت الموصى له ثلاثين يوماً بعد علمه بالوصية قبولاً لها"، وخالف المشرع المصري هذه الأقوال واعتبر السكوت رفضا للوصية يبطلها إذا أبلغ الوارث أو من له تنفيذ الوصية الموصى له بإعلان رسمي مشتمل على بيان كاف عن الوصية، وطلب منه قبولها أو ردها ومضى على علمه بذلك ثلاثون يوما كاملة خلاف مواعيد

1 – محمد التاويل، **مرجع سابق**، ص353.

2 – مصطفى ابراهيم الزلمي، **مرجع سابق**، ص189.

المسافة القانونية ولم يجب بالقبول أو الرد دون أن يكون له عذر مقبول، وفقا للمادة 22 من قانون الوصية[1].

فالوصية الاختيارية سواء بملكية الرقبة أو بالمنافع وحقوق الانتفاع وحق الرجوع عن الوصية، هي حقوق خالصة للموصي ترتب عليه الالتزام بالوفاء تجاه الموصى له، الذي يكتسب بدوره حقوقا مقابلة تتمثل في استحقاقه العقارات والمنافع الموصى بها سواء بالقبول أو بإنجاز شرط الموصي، كما يمكنه ممارسة حق رده للوصية في آجال معقولة دون الإضرار بورثة الموصي.

1 – عبد الرزاق أحمد السنهوري، **مرجع سابق**، ص211.

المبحث الثاني: إشكالات تنفيذ عقد الوصية بالعقار

أولت معظم القوانين العربية والكتب الفقهية الحديثة العناية اللازمة لموضوع الوصية من حيث أحكامها العامة وركزت على مرحلة انعقاد الوصية، ولم تولي لمرحلة التنفيذ نفس القدر من الدراسة، واكتفت بذكر بعض جوانبها في حين سكت البعض الآخر عن هذه المرحلة تماما، ونتج عن هذا الوضع فراغ قانوني ظهرت معه العديد من الإشكالات والخصومات التي تخص تنفيذ عقد الوصية أمام الهيئات القضائية، فمرحلة تنفيذ عقد الوصية تعتبر مرحلة توازي مرحلة الانعقاد ولها أحكام خاصة بها لا تقل أهمية عن أحكام انعقاد الوصية.

فمفهوم تنفيذ الوصية لا يقصد به فقط تمكين الموصى له من الشيء الموصى به، بل يتعداه إلى كونه مرحلة تلي انعقاد الوصية بصفة صحيحة وخلوها من جميع مبطلاتها وتهدف إلى استخراج الموصى به من تركة الموصي وتسليمه إلى الموصى له بعد التحقق من توفر شروط معينة، مع مراعاة قواعد حسابية وإجرائية خاصة.

وتنفيذ الوصية يكمن أيضا في اتخاذ المستخلَف عليها كل السبل الرامية إلى تنفيذ إرادة الموصي وتمكين ذوي الحقوق من حقوقهم دون أن يعترض ذلك مانع موضوعي أو قانوني، سيما خاصة أنه من الناحية العملية توجد عدة صعوبات تواجه الموثقين والمحافظين العقاريين عند تنفيذ الوصية بعقار.

المطلب الأول: صلاحيات منفذ عقد الوصية

يعتبر منفذ الوصية الذي يتخذ عند الفقهاء عدة تسميات (الوصي، وكيل الوصية، النائب في الوصية، المستخلف على الوصية،...) يعتبر أهم حلقة من حلقات تنفيذ الوصية، ورغم ذلك لم يوجد في القانون الجزائري ما ينظم أحكامه وسلطاته واكتفى بذكره بمناسبة تحصيل رسوم نقل الملكية العقارية بالوفاة في قانون التسجيل وكذا قانون الإجراءات

الجبائية، وعليه يمكن استعراض أحكام تنفيذ عقد الوصية على ضوء التشريع الجزائري والقوانين المقارنة وأحكام الشريعة الإسلامية، وقبل ذلك ينبغي التعرف على الوقت الذي يبدأ فيه تنفيذ الوصية من أجل تحديد بداية ترتيب الوصية لآثارها القانونية.

الفرع الأول: وقت تنفيذ عقد الوصية

يظهر من تعريف الوصية باعتبارها تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت، أن تنفيذها يحصل بعد وفاة الموصي، وليس قبل ذلك وإلا اعتبرت الوصية منقضية، وتكون كذلك بعد سداد الديون، فإذا استغرقت الديون التركة كلها فليس للموصى له منها شيء[1]، لقوله تعالى: ﴿ من بعد وصية يوصي بها أو دين ﴾، ويكون تنفيذ عقد الوصية بالعقار بعرضها على الموصى له لإبداء رأيه بالقبول أو الرفض، وكذلك عرضها على الورثة من أجل إبداء رأيهم بالإجازة أو الرفض إن كانت الوصية لأحد الورثة أو إن كان مقدارها يجاوز ثلث التركة، فالمشرع الجزائري سكت عن التفصيل في هذا الأمر مما يدع المجال لطرح احتمالات أن وقت تنفيذ الوصية يتعلق بكل من وقت صدور القبول من الموصى له، وقت صدور الإجازة من الورثة، آجال إشهار عقد الوصية.

أولا- وقت صدور القبول من الموصى له

يعتبر قبول الموصى له للوصية شرطا لتنفيذها ومن ثم وجب التحقق من صدوره بعد وفاة الموصي فهل يتقيد بأجل معين أو ترك ذلك له مطلقا، فالفقهاء اتفقوا على ضرورة قبول الموصى له بعد وفاة الموصي، غير أن تراخي الموصى له في القبول قد يلحق ضررا بورثة الموصي، فلا ينفع قبول الموصى له قبل موت الموصي طالما أن آثار الوصية لا تظهر إلا بعد وفاة صاحبها، دون اغفال احتمال رجوع الموصي.

1 - السيد سابق، **مرجع سابق**، ص592.

وقد نصت المادة 197 من قانون الأسرة الجزائري على: "يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي"، وهذا ما يتفق مع إجماع الفقهاء وقولهم بعدم اشتراط الفورية في القبول أو الرد لأن الفورية تشترط في التصرفات التي يرتبط فيها القبول بالإيجاب وهي التصرفات الناجزة، فيحق للموصى له قبول الوصية في أي وقت شاء ولو بعد مدة طويلة غير أن القول بذلك قد يؤدي إلى الإضرار بالورثة[1]، وفي هذه الحالة قد يتضرر العقار الموصى به بعدم استقرار الملكية وقد يحتاج إلى نفقات لحفظه وصيانته أو استحقاق ضرائب ورسوم، فتأخر الموصى له يعتبر معطلا للموصى به.

فأورد كل من المذهب الشافعي والحنبلي حلا فأعطيا ورثة الموصي حق مطالبة الموصى له بالقبول أو الرد فإن امتنع عن ابداء رأيه اعتبر ذلك ردا للوصية، ولقد أخذ كل من المشرع المصري والسوري بهذا الراي في نص المواد 22 من قانون الوصية المصري و227 من قانون الأحوال الشخصية السوري مع إدراجهما مدة ثلاثين يوم كأجل لذلك تحسب من وفاة الموصي أو علم الموصى له بالوصية.

ثانيا- وقت صدور الإجازة من الورثة

إذا كان ورثة الموصي يتضررون من مماطلة الموصى له في قبول أو رد الوصية للأسباب المذكورة أعلاه، فلنفس الأسباب كذلك قد يتضرر الموصى لهم في حال مماطلة ورثة الموصي عن إجازة الوصية إذا كانت هذه الوصية لأحد الورثة أو كان الإيصاء بمقدار يجاوز ثلث التركة، وهو ما لم يرد نص به إلا إذا كان من قبيل القياس على الأجل الممنوح للموصى لهم في التشريعين المصري والسوري.

ثالثا- ارتباط وقت تنفيذ الوصية بآجال إشهارها

1 - محمد الزحيلي، **الفرائض والمواريث والوصايا**، دار الكلم الطيب، ط1، دمشق، 2001، ص493.

تم التطرق فيما سبق إلى إمكانية شهر الوصية في حياة الموصي والذي يكون له أثر القيد دون نقل الملكية، أو أنها تشهر بعد وفاة الموصي خلال أجل ثلاثة أشهر حتى يترتب أثر انتقال الملكية بذلك، وهو نفسه الأجل الذي يتعين فيه تنفيذ الوصية والذي يمكن اعتباره في هذه الحالة الأخيرة مرجعا يسري على الحالتين المذكورتين أعلاه، إذ لا يعقل أن يطول أجل إبداء القبول أو الرد من الموصى له رغم علمه أكثر من ثلاثة أشهر، وكذلك الحال بالنسبة لورثة الموصي في إجازتهم أو رفضهم الوصية للوارث أو تجاوز مقدار الوصية ثلث التركة.

الفرع الثاني: طبيعة صلاحيات منفذ عقد الوصية

أولا- أحكام منفذ الوصية

يعتبر منفذ الوصية طرفا رئيسيا في عملية التنفيذ فهو من يباشر ويحرك هذه العملية، وحدد فقهاء الشريعة الإسلامية ومن بعدها بعض القوانين العربية من يتولى تنفيذ الوصية.

وقد أشار المشرع الجزائري إلى منفذ الوصية في المادة82 قانون التسجيل المتعلقة بالمدينين بالرسوم بالنص: "إن رسوم العقود التي يجب تسجيلها تستخلص قبل إتمام الإجراءات...6- من قبل الورثة والموصى لهم والموهوب لهم وأوصياؤهم والمنفذين للوصايا فيما يخص الوصايا"، وباستقراء المادة 1/182 من قانون الأسرة بنصها: "في حالة عدم وجود ولي أو وصي يجوز لمن له مصلحة أو للنيابة العامة أن يتقدم إلى المحكمة بطلب تصفية التركة وبتعيين مقدم"، وبالرجوع إلى المادة 180 من نفس القانون، يتضح أن تصفية التركة تشمل تنفيذ الوصية فالتصفية تهدف إلى حصر حقوق المتوفى والتزاماته وأداء الحقوق لأصحابها من دائنين وموصى لهم وورثة، وقد أسند فقهاء الشريعة تنفيذ الوصية إلى الوصي المختار من الموصي، فإن لم يختر الموصي وصيا تولى تنفيذ الوصية القاضي أو من يعينه، فتبنت بعض القوانين العربية هذا الموقف، إذ جاء في المادة 30 من قانون

الوصية المصري: "تصح الوصية لمن لا يحصون ويختص بها المحتاجون منهم ويترك أمر توزيعها بينهم لاجتهاد من له تنفيذ الوصية دون التقيد بالتعميم أو المساواة، ومن له تنفيذ الوصية هو الوصي المختار فإن لم يوجد فهيئة التصرفات أومن تعينه لذلك" وأضاف القانون المدني المصري الجديد في المادة 898 شخصا ثالثا يتولى تنفيذ الوصية وهو مصفي التركة. وأشار المشرع المغربي لمنفذ الوصية في المادة 298 من مدونة الأسرة المغربية.

01- قبول منفذ الوصية لمهامه:

للشروع في تنفيذ الوصية لابد من قبول المنفذ للوصية المسندة إليه، لكن متى يعتد بهذا القبول، وما حكم تراجع المنفذ المعين عن القبول؟

إذا كان قبول المنفذ المعين يقع بعد وفاة الموصي لثبوت اختياره أساسا بعد الوفاة، فإنه يقع في حالة تعيينه من الموصي سواء كوصي عام أو خاص في حياة الموصي أو بعده، وهذا خلافا للوصية بمال التي تفيد التمليك بعد الوفاة فلم يجز القبول قبله، أما عن تراجع المنفذ القابل عن قبوله فاختلف فيه جمهور الفقهاء فميز المالكية بين ثلاث صور للتخلي عن تنفيذ الإيصاء[1]:

- **أن يكون قد قبلها في حياة الموصي:** فهنا إن تخلى عنها في حياته وبعلم الموصي فله ذلك متى شاء ، أما إن تخلى عنها بعد موته أو في حياته لكن دون علمه فليس له ذلك.

ب- أن يكون قبِل الوصاية بعد موت الموصي: فله أن يتخلى عنها متى شاء شرط أن يحلف أنه ما قبلها في حياة الموصي، وأن يكون غير أهل لها.

ج- أن يتخلى عنها لعذر: فيجوز له ذلك شريطة إثبات العذر بوسائل شرعية كالبينة، وأن يكون العذر طارئا.

1 - نوال بن النوي، **تنفيذ الوصية**، مذكرة شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، 2013/2012، ص54.

أما الأحناف فقالوا بعدم جواز الرجوع في قبول الوصاية بعد موت الموصي في كل الأحوال، أما قبل موته فلا يحق للوصي التراجع إلا بحضور الموصي، وهذا خلافا لما قالوه بالنسبة للموصى له بالوصية بمال والذي يجيزون رده بعد قبوله في موت الموصي، لأن نفع الوصية للموصى له نفسه خلافا للوصي إذ يكون في قبوله نفع للموصي، وفي إجازة رده في غيابه إضرار لإرادته، أما إذا كان رده في وجه الموصي فيجوز لأن الموصي لا يملك إلزامه بالتصرف، ويأخذ حكم القبول تصرف الوصي في التركة أو الوصية بما يدل على ذلك كأن يباشر إجراءات معاينة العقارات الموصى بها أو أن يتلو على مسامع الموصى له حقوقه العقارية الموصى بها ويصحبه لمعاينتها ويطالبه بإبداء القبول أو الرد، أو أن يحمل ورثة الموصي أو أي شاغل للأمكنة الموصى بمنفعتها على إخلائها من أجل تمكينها للموصى لهم.

أما الشافعية والحنابلة فقد قالوا بجواز تراجع الوصي عن قبوله متى شاء، بخلاف موقف الإباضية الذي يتبين فيما يلي:

– إن قبل المنفذ المهمة مختارا فلا خروج له إلا بإقالة الموصي ولزمته أمانة في عنقه وليجتهد في إنفاذها لوجوب أداء الأمانة والوفاء بالعهد وتحريم نقضه، وإن أدخل يده في شيء منها فهو رضي بها ولا رجوع له، وإن قبلها بعلمه ولم يرجع حتى مات فلا رجوع، وإن قبل بدون علمه جاز له الرجوع إن لم يقبل بعد موته، وإن ردها بعلمه فليس له قبول بعد موته، وإن علم بقبوله ثم رجع بعلمه فله الرجوع حياة أو موتا.

– يعتبر سكوت المنفذ قبولا إذا ما وجه إليه الموصي أمر استخلافه مباشرة فسكت عن القبول أو الرد حتى مات، فلزمه أن ينفذها، وإن لم يكن للموصي الاعتماد على السكوت[1].

1 – محمد بن يوسف أطفيش، **شرح كتاب النيل وشفاء العليل**، دار الفتح، ط2، بيروت، 1972، ص704.

– من أوصى لوصيين أو أكثر وعينَ لكل واحد منهم ما ينفذه فيستقل كل واحد بمهامه في حدود الحصة الممنوح له تنفيذها من الوصية، أما إن لم يقسم المهام بينهم فليس لأحد منهم أن يستقل برأيه بل يتشاورون فيما بينهم.

02– ما يشترط في منفذ الوصية:

قياسا على أحكام الوصي على القاصر التي أوردها المشرع الجزائري في المادة 92 من قانون الأسرة وما بعدها، يشترط في منفذ الوصية أن يكون كامل الأهلية، مسلما، أمينا، متمتعا بقواه البدنية[1]، قويا بما يكفي لأداء مهامه في مواجهة الورثة والغير، فلا يستضعفونه[2] ويتم تعيينه من قِبل الموصي في حياته، وفي خلاف ذلك يعينه القاضي من بين الورثة أو غيرهم ممن يرضونه.

وزيادة على الشروط الواردة أعلاه يجب الأخذ بموافقة منفذ الوصية التي تكون في حالتين: إما في حياة الموصي فيقبل تعيينه من قبل الموصي، وهنا يستحسن في نظرنا أن يحوز منفذ الوصية نسخة من عقد الوصية حتى يستأنس بها بعد وفاة الموصي، كما يمكن أيضا لمنفذ الوصية أن يرفض تعيينه ويبدي ذلك صراحة للموصي حتى يختار شخصا بدله. وفي الحالة الثانية يتقرر قبول منفذ الوصية بعد وفاة الموصي بالإيجاب، وتبعا لذلك يتعين على منفذ الوصية أداء مهامه المخولة له في عقد الوصية، كما يمكنه إبداء رفضه للورثة الذين يمكنهم حينها تعيين غيره إن تم تحديده من قبل الموصي.

وقد يمكن أن يعين الموصي عدة منفذين فلا يجوز للواحد منهم أن يعمل منفردا ما لم يكن الموصي أجاز لهم ذلك، ويكونون مسؤولين بالتضامن عن أموال التركة، فإن حدد الموصي

1 – نوال بن النوي، **مرجع سابق**، ص50 وما بعدها.

2 – محمد بن يوسف أطفيش، **مرجع سابق**، ص701.

لكل واحد منهم بعمل معين كان لهم ذلك[1]، وإن عين الموصي واحدا ورفض تنفيذ الوصية بعد وفات الموصي فللورثة أو الموصى لهم أن يعينوا أحدهم بالتشاور والتراضي أو يلجؤون إلى القضاء حتى يعين القاضي من يقوم بتنفيذ وصية الفقيد.

03- صلاحيات منفذ الوصية:

تختلف صلاحيات منفذ الوصية باختلاف الصفة التي عين بها:

- فإن عين من قبل الموصي أو القاضي، وتم تخصيصه بتنفيذ الوصية فقط، اقتصر عمله هنا على إخراج الوصية من تركة الموصي، أما إن عين كوصي على كل عموم التركة فتتسع سلطته تبعا للمادة 180 من قانون الأسرة لتشمل تسديد ديون الموصي والتصرف في أموال القُصّر وتنفيذ الوصايا بما يستدعي ذلك من بيع لأعيان التركة للوفاء بها، على أن يراعي المنفذ في كل ذلك الرجوع إلى الورثة للتداول والتشاور متى كان تنفيذ الوصية قد يمس بحقوقهم.

أما إذا اختار الموصي عدة منفذين لوصاياه –في حال تعددها أو انفرادها– فيسري عليهم ما يسري على تعدد الأوصياء من أحكام، فإذا كانت للموصي عدة وصايا وأفرد كل واحد منهم بتنفيذ وصية معينة كان له ذلك، فيُسأل كل واحد منهم عن ما أوكل إليه من مهام، أما إذا كانت للموصي وصية واحدة وعين عدة أشخاص بتنفيذها أو كانت له عدة وصايا وعين عدة منفذين لها دون تخصيصهم بتنفيذ وصايا معينة فلا يحق لأحد المنفذين أن ينفرد بالتصرف دون الآخرين.

- أما إن عين منفذ الوصية كمصف للتركة، فهنا تكون له سلطات المصفي وهي أوسع ما يكون مما ذكر في الحالة السابقة، إذ يقوم بتسديد نفقات التجهيز والدفن، جرد التركة بحصر

---

1 – سميرة زيناي ومن معها، **الوصية في قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية**، مذكرة شهادة الليسانس في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة ورقلة، 2004/2003، ص71.

ديونها وحقوقها، تسديد ديون المتوفى، تنفيذ الوصايا، تسليم ما تبقى من أموال التركة إلى الورثة ليقتسموها حسب نصيب كل منهم من الفريضة.

ويقصد بالوصايا التي يختص بها المصفي تلك التي تكون بعين محددة أو حصة شائعة في مال معين أما الوصايا التي تكون بسهم شائع في مجمل التركة كالربع أو السدس مثلا، فيكون الموصى له خلفا عاما للموصي ويسري عليه ما يسري على جميع الورثة من أحكام، ويحسب في عقد الفريضة كأحد أصحاب الفروض[1].

ويخضع منفذ الوصية في ممارسة مهامه إلى المسؤولية القانونية عن كل ما قد يلحق التركة من أضرار فكل تقصير أو إهمال صادر منه يرتب عليه ما يترتب من أحكام مسؤولية الوكيل، إذ يعد منفذ الوصية نائبا عن الموصي والموصى له في حال تخصيصه بالتنفيذ فقط، كما قد يكون نائبا عن ورثة الموصي ودائنيه في حال تعيينه كمصف للتركة، ومن ثم وجب عليه بذل عناية الرجل المعتاد للحفاظ على الحقوق الموكلة إليه، أما إن تعدد المنفذون فيسألون بالتضامن عن كل تقصير.

04- انتهاء مهام منفذ الوصية:

تنتهي مهام منفذ الوصية تطبيقا للقواعد العامة المتعلقة بمهام الوصي والمصفي والولي في قانون الأسرة الجزائري، ويكون ذلك بما يلي[2]:

- بالعزل: من قبل الموصي الذي عينه أو القاضي.

- بالاستقالة: ويستوي أن تكون في حياة الموصي أو بعد وفاته.

---

1 - محمد وحيد الدين سوار، **شرح القانون المدني: الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية والحقوق المشتقة من حق الملكية-دراسة مقارنة بالمدونات العربية-**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، ج2، الأردن، 1999، ص61.

2 - المادة91 بالنسبة للولي، والمادة96 بالنسبة للوصي.

– موت المنفذ أو زوال أهليته: لأن مهامه لا تنتقل إلى ورثته.

– انتهاء المدة المحددة للتنفيذ: كأن تحدد ببلوغ أحد الورثة القصر سن الرشد، أو عودة وريث غائب.

– انتهاء المنفذ من تنفيذ المهام الموكلة إليه: كأن يتمم جميع إجراءات نقل ملكية العقارات الموصى بها إلى الموصى لهم بموجب عقود مشهرة، ويسلمهم تلك العقود بيد، ويمكنهم من استغلال ما أوصي لهم، بتسليم المفاتيح ومباشرة الحيازة.

ثانيا– التمييز بين تصرفات منفذ الوصية وغيرها من التصرفات

01– التمييز بين تصرفات منفذ الوصية وتصرفات الوكيل والنائب:

تعتبر الوكالة أحد العقود الواردة على العمل وفقا للقانون المدني الجزائري وهي تشترك مع تنفيذ الوصية في عديد الأحكام، خاصة ما تعلق منها بمهام الوكيل والنائب التي تعتبر مهاما تبرعية إلا إذا اتُّفِق على خلاف ذلك، كما أن الوكالة تنتهي بنفس الأحكام الواردة أعلاه في انتهاء مهام منفذ الوصية، وتتميز الوكالة والنيابة عن تنفيذ الوصية أساسا في أن كلا من الوكيل والنائب طبقا للمواد من73 إلى77 وكذا المواد من571 إلى589 من القانون المدني الجزائري يقوم بأعمال باسم الموكل ولحسابه، فيما أن تنفيذ الوصية يقوم به منفذ الوصية لا لحساب الموصي الذي كلّفه، بل لحساب الغير وهم الموصى لهم، وأهم ما يميز عقد الوكالة عن تنفيذ الوصية أيضا هو أن صلاحيات الوكيل تبدأ حين توثيق عقد الوكالة وتنتهي بمجرد موت الموكل، على عكس أن منفذ الوصية يشرع في ممارسة مهامه بموت الموصي لا قبل ذلك، وعلى هذا الأساس نرى أن المصطلح الشائع إطلاقه على منفذ الوصية وهو "وكيل الوصية" إنما هو مصطلح غير دقيق من الناحية القانونية على الأقل وجب تغييره حتى لا تلتبس أحكام تصرفات أحدهما على الآخر.

02- التمييز بين تصرفات منفذ الوصية وتصرفات الوصي على القاصر والولي: يتضح من أحكام القانون المدني الجزائري في المواد من81 إلى100 أن تصرفات الوصي والولي إنما يكون سببها وجود قاصر لا يقوى على القيام بشؤونه لوحده لذلك ترتب على القانون حماية ذلك القاصر بتعيين نائب بالغ يقوم محله بتلك التصرفات بما فيها التعامل بالعقارات اكتسابا أو نقلا للملكية، فكلاهما يعين للإشراف على حياة القاصر وأمواله ككل حتى بلوغه سن الرشد، أما منفذ الوصية فولايته تكون على المال فقط ويقتصر إشرافه على ما ورد في نص الوصية فقط دون أن يتعداها إلى التركة أو غيرها من الأمور، إلا أن كلا من الوصي ومنفذ الوصية قد يكونان شخصا واحدا إذا ما عهد الموصي في صلب وصيته برعاية أبنائه القصر بعد موته إلى أحد أقاربه فضلا عن تنفيذ وصيته، وهو ما يشمل بالتبعية رعاية أموالهم السائلة والمنقولة والعقارية فلا ينبغي له نقل ملكية عقاراتهم للغير إلا عن طريق البيع بالمزاد العلني في المحكمة حماية لمصالحهم، كما هو الحال في قسمة أموال تركتهم ولو كان ذلك تنفيذا لوصية مورثهم.

03- التمييز بين تصرفات منفذ الوصية ومصفي التركة: مصفي التركة هو الشخص الذي يعينه القاضي على التركة المتنازع في قسمتها والتركة المثقلة بالديون، فهو يختص بكل ما خلفه الموصي بما في ذلك إبراء الديون وتنفيذ الوصايا وقسمة الأموال المتبقية بعد ذلك بين الورثة، وهو يخضع للرقابة المباشرة للقاضي ويأتمر بأوامره، في حين منفذ الوصية يعينه الموصي أو ورثته من بعده وليس له إلا التصرف في أموال الوصية فقط وتسليمها لمستحقيها، بعد التأكد من استيفاء جميع الشروط القانونية لهذا فصلاحيات مصفي التركة أعم وأشمل من صلاحيات منفذ الوصية.

المطلب الثاني: اشكالات تنفيذ عقد الوصية

قد يعترض مسار تنفيذ عقد الوصية من أجل ترتيب أثرها الناقل للملكية عدة عوائق وهو ما نجده خاصة بمناسبة قسمة التركة من قبل ورثة الموصي، كما نجده في حالة تزاحم

الوصايا ودخول مالك جديد وهو الموصى له بين المالكين على الشياع، كما أن تنازع القوانين الدولية قد يعتبر عائقا أمام التنفيذ الصحيح لإرادة الموصي من خلال إعمال قواعد الإسناد.

الفرع الأول: عدم استجابة الورثة لتنفيذ عقد الوصية

تحدث العديد من الإشكالات والمنازعات المتعلقة بتنفيذ عقد الوصية بمناسبة تصفية التركات، وأكثر هذه المنازعات يكون الورثة أو أحدهم طرفا فيها وهو ما يجعل منفذ الوصية في موقف حرج وحساس من تنفيذ الوصية في ظل انعدام النصوص القانونية التي تحميه وتخوله سلطات خاصة وضمانات في مواجهة هذه الإشكالات بكل حرية، وتكمن معظم هذه الإشكالات إما في مقدار الموصى به أو شخص الموصى له أو إجازتهم للتصرف في حد ذاته وهو ما سيتم التطرق إليه في العناصر التالية:

أولا: الإعتراض على الوصية في حدود ثلث التركة

اتفق معظم فقهاء الشريعة والقانون[1] على أن الوصية مقدرة بثلث التركة وتنفذ هنا دون توقف على إجازة أحد، فلا خلاف إذن أن منفذ الوصية لا يلقى اعتراضا من قبل الورثة إذا ما ثبت لديه أن الموصى به لم يتجاوز مقدار ثلث التركة فيقوم مباشرة بجميع الإجراءات المؤدية لتسليم ونقل ملكية الأملاك العقارية الموصى بها إلى مستحقيها، ولو اضطر في ذلك إلى أن يستعمل في حق الورثة إجراءات التنفيذ الجبري المنصوص عليها قانونا، كأن يباشر في حق أحد الورثة إجراءات الطرد والإخلاء من المسكن الذي يشغله اعتراضا على الوصية، أو أن يقوم بالإعتراض على شهر عقد الشهادة التوثيقية متى كان أحد عقاراتها مشمولا بالوصية، أو أن يطلب الحجز العقاري لعقار تمت قسمته بين الورثة اعتراضا على الوصية.

1 – محمد مصطفى شحاته، **الأحوال الشخصية في الولاية والوصية والوقف**، مطبعة دار التأليف، مصر، 1976، ص70.

ويكون حساب التنفيذ في هذه الحالة وفقا للمثال التالي[1]: مات وأصى بـ3/1 ثروته وهي عبارة عن منزل قيمته600.000.00دج، ومات عن ولد وبنتين: فيكون للموصى له ما قيمته200.000.00دج، وللولد ما قيمته200.000.00دج، ولكل بنت 100.000.00دج.

ثانيا: الاعتراض على الوصية المجاوزة للثلث أو كان الإيصاء لوارث

أخذ فقهاء القانون في حكم الجزء الزائد عن الثلث برأي جمهور الشريعة الإسلامية كقانون الأسرة الجزائري في المادة187 منه والتقنين المصري في المادة 37 من قانون الوصية والمغربي في المادة من مدونة الأسرة 197، وجاء ذلك في القانون الصومالي المادة141 من قانون الأحوال الشخصي بشروط وهي: "...تصح لغير الوارث في حدود ثلث التركة فإن زادت على الثلث لا تنعقد في الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكان من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه"[2]، فيتوقف أمر تنفيذ الوصية على قبول صريح من طرف جميع الورثة، وإن أجازها البعض دون الكل يقوم منفذ الوصية بأخذ مقدار ما أجازه المجيزون ويرد إلى المعارضين مقدار نصيبهم الزائد عن ثلث التركة الذي منعوه، فلا ينقل منفذ الوصية إلى ذمة الموصى إليهم إلا مقدار ثلث التركة مضافا إليه أنصبة ما أجازه الورثة للقدر الزائد عن الثلث من جميع العقار الموصى به.

ثالثا: حماية الورثة من التصرفات الملحقة بالوصية

يطلق على التصرفات الملحقة بالوصية أيضا اسم الوصايا المستترة ويقصد بها كل تصرف قانوني منحه المشرع حكم الوصية لوجود علة ما فيه، وقد قسمها الأستاذ علاوة بوتغرار إلى قسمين: الأولى هي تصرفات المريض مرض الموت ومن في حكمه، وفيها: التصرفات في مرض الموت، التصرفات في الحالات والأمراض المخيفة، والثانية هي

1 – محمد زهدور، **مرجع سابق**، ص163.

2 – سليمان بن جاسر بن عبد الكريم الجاسر، **لمحات مهمة في الوصية**، مدار الوطن للنشر، الرياض، 2013، ص42.

تصرفات الأصحاء التي تأخذ حكم الوصية، وفيها: التصرفات لوارث مع الاحتفاظ بالحيازة والانتفاع مدى الحياة، هبة الكافل للمكفول بما يجاوز الثلث.

وفيما يتعلق بمرض الموت والحالات المخيفة فقد ألحقت بعض القوانين الوضعية العربية ومعها المشرع الجزائري تلك التصرفات بالوصية، ومنحها وصفها لعلة جوهرية تكمن في احتمال استغلال الغير للمريض من أجل إبرام تصرفات قانونية لصالحهم بما يحقق لهم الربح والمنفعة على حساب الوضعية الصحية الحرجة للمريض، والتي تجعله يُقدِم على أي تصرف دون إدراك أو وعي كامل يجعله يعلم بما يجري في محيطه، وهذا ما قد يضر بمصالح الورثة وحقوقهم وحتى المريض نفسه، سواء انتهى ذلك المرض بالموت أو تأجلت وفاته إلى حين آخر.

وقد ورد النص على التصرف في مرض الموت وفي الأمراض والحالات المخيفة في نص المواد:204 و215 من قانون الأسرة والمواد:408 و776 من القانون المدني الجزائريين وبعض القوانين الأخرى لكن دون تقديم شامل ودقيق لهذه الحالات ومدتها أو شروط تطبيقها.

إلا أن القانون والقضاء اتفقا على جعل تلك التصرفات في حكم الوصية وافترضا فيها قابلية الإبطال من قبل الورثة أو ذوي الحقوق كالدائنين، حماية لحقوقهم من أي استغلال تحايلي وغير بريء سواء صدر ذلك التحايل من أحد الورثة أو من الغير[1]، وهذا ما قررته المحكمة العليا –غرفة الحوال الشخصية – في أحد قراراتها بالقول: "من المقرر شرعا أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا ويجر إلى الموت،

1 – علاوة بوتغرار، مرجع سابق، ص49.

وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقواعد الفقهية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي السائد"[1].

أما ما يتعلق بتصرفات الأصحاء الملحقة بالوصية فعلة تخصيصها تكمن في احتمال قيام التحايل من قبل المتصرف في حد ذاته فهو بذلك قد يمنع أو يحرم ورثته من حقهم في الإرث أو ينقص من حصصهم، فقد وردت هذه الحالات في حكم المادة777 من القانون المدني الجزائري فيما يتعلق بالتصرف لأحد الورثة مع الاحتفاظ بالحيازة والانتفاع مدى الحياة، والمادة123 من قانون الأسرة في التبرع والإيصاء للمكفول، وقد كرس الاجتهاد القضائي الجزائري هذه الأحكام عدة مرات خاصة في القرار رقم 59240 المؤرخ في:1990/03/05 غرفة الأحوال الشخصية بنصه: "من المقرر قانون أنه يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك، ومن المقرر أيضا أنه لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد يستوجب الرفض ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة الاستئناف لما قضوا ببطلان عقد الهبة وعدم تنفيذ التصرف باعتباره وصية لوارث يكونون بقضائهم كما فعلوا طبقوا القانون تطبيقا صحيحا ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"[2].

الفرع الثاني: عدم استجابة الغير لتنفيذ عقد الوصية

الاعتراض على تنفيذ الوصية لا يكون دائما من طرف ورثة الموصي، بل قد يكون أيضا من قبل الموصى لهم أنفسهم إن تعددوا، أو من قبل الغير كشركاء الموصي في عقار في حالة شيوع.

1 – قرار مؤرخ في:1984/07/09، ملف رقم:33719، **المجلة القضائية**، عدد3، 1989، ص51.

2 – قرار مؤرخ في:1990/03/05، ملف رقم:59240 المجلة القضائية، عدد3.

أولا- الشركاء في الشياع

كثيرا ما يحدث أن يتنازع الشركاء على الشياع في قطعة أرض أو عقار ذي ملكية مشتركة، إذا ما تصرف أحد الشركاء في منابه المشاع إلى الغير دون علم باقي الشركاء، وكذلك يحصل إن أوصى أحد الشركاء بمناب له في عقار إلى أجنبي عن الشركاء ومات مصرا على وصيته، فيحُول الشركاء دون تمكين الموصى له التمتع بالعقار الموصى به.

فيعتبر هذا التصرف الصادر من الشركاء إجحافا من قبلهم يجب ردعه بواسطة منفذ الوصية، حيث يعمل على تمكين الموصى له من العين الموصى بها والحيلولة بينه وبين باقي الشركاء، خاصة إذا علمنا أن حق الشفعة في القانون الجزائري غير مخول للشركاء في هذه الحالة طبقا لأحكام المادة 795 من القانون المدني، فحق الشفعة يمتاز به الشركاء في الشياع في حالة تصرف أحدهم في منابه دون علم الباقين وذلك بالبيع دون التعدي إلى تصرفات أخرى كالعقود التبرعية مما يعني أن حق الإيصاء بالعقار حق مطلق في يد الموصي لا يتقيد فيه بإرادة الشركاء.

ثانيا- المتزاحمون في الوصايا

يظهر مشكل تزاحم الوصايا إذا فاق ثلث التركة عن تنفيذها كلها ولم يجِز الورثة القدر الزائد عن الثلث أو أجازوا لكن التركة لم تسع كل ما أوصى به الموصي من وصايا[1]، وبناء على ذلك لا تتزاحم الوصايا إلا إذا كثرت ولم يفي المال بتنفيذ جميعها وفي هذه الحالة تراعى القواعد والأحكام الآتية:

- إذا كانت من بين الوصايا وصية واجبة تقدم على غيرها من الوصايا في الاستفاء من ثلث التركة فإن لم يبق شيء بعد تنفيذ الوصية الواجبة بطلت الوصايا الاختيارية وإن بقي

1 - أحمد محمد علي داود، **الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون**، دار الثقافة، ط1، الأردن، 2006، ص159.

شيء يصرف الباقي لبقية الوصايا[1]، وهذا ما أخذ به المشرع المصري في المادة24 والسوري في المادة257 والأردني في المادة182.

– وإذا لم يكن من بين الوصايا وصية واجبة لكن كان من بينها تبرعات مرض الموت التي تسري عليها أحكام الوصية فتقدم تلك التبرعات على الوصايا الاختيارية المضافة إلى ما بعد الموت لأنها وإن كانت تسري عليها أحكام الوصية إلا أنها تختلف في البعض، ومن تلك الأحكام أن هذه التبرعات تصرفات اكتسبت صفة اللزوم فور صدورها وقبولها من المتبرع له خلافا للوصية فإنها تصرف غير لازم إلا بعد الوفاة.

ففي كلتا الحالتين المذكورتين أعلاه يبرز دور منفذ الوصية في التوفيق بين المتزاحمين فلا يغلِّب أحدا على الآخر بل يمنح كل واحد منهم حقه الموصى به وفقا لما قررته إرادة الموصي ويتبع في ذلك ما نص به صريح القانون، وفي حال الإغفال ينفذ بما أخذ به فقهاء الشريعة الإسلامية في كيفية حساب الوصايا في عديد الحالات المتعلقة بمسألة الإيصاء وفي حدود ثلث التركة، أو ما زاد عن الثلث في حال الإجازة من قبل الورثة.

وعلى ضوء ما تم بيانه يظهر بأن الوصية بالعقار تحظى بعناية بالغة في الحياة التوثيقية، إذ يتعين على الضابط العمومي المكلف أن يتحقق من اكتمال إرادة طرفي العقد الموصي والموصى له، والتأكد من بلوغ إرادتهما لأهدافها وغاياتها، وإسداء النصح الواجب لتفادي اللبس وغموض مضمون العقد، أو مخالفة تصرفات الطرفين وتصريحاتهما للنصوص القانونية وأحكام الشريعة الإسلامية في موضوع الوصية، وذلك ما يوفر على منفذ الوصية الكثير من الجهود في تفسير أحكام العقد مما يؤدي إلى تنفيذ الوصية تنفيذا صحيحا وبذلك تنتقل الأملاك العقارية الموصى بها إلى أصحابها انتقالا يسيرا يُعفي من التردد على القضاء من أجل فض النزاعات وتفسير أحكام عقد الوصية.

1 – مصطفى ابراهيم الزلمي، **مرجع سابق**، ص238.

الخاتمة

يتبين من هذه الدراسة حول سبب من أسباب كسب الملكية العقارية وهي الوصية، أن أحكام الوصية بقيت مستقرة طوال حقب عديدة من الزمن، فلم يقم المشرع الجزائري، إلا بتكريس مبادئ الشريعة الإسلامية من خلال أحكام قانون الأسرة، وأن الوصية تحتل مكانة هامة لاعتبارها عملا خيريا ووسيلة لمنح الغير حقا مشروعا من الأقارب وذوي الحاجات، وهذا لما تحققه له من فوائد دينية ودنيوية.

فالوصية بالعقارات تنشأ بتصرف الموصي بإرادته المنفردة وترتكز في ذلك على أركانها الصحيحة وهي الصيغة والموصي والموصى له والموصى به، لتصبح عقدا تصريحيا عند الإدلاء لدى الضابط العمومي المخول قانونا بإخضاعها إلى ركن الشكلية الرسمية، ثم تصير عقدا كامل الأركان بعد وفاة الموصي وتطابق القبول الصادر من الموصى له مع إرادة الموصي، مما يستدعي قانونا إلزامية استكمال إجراءاتها الإدارية وخاصة الشهر العقاري، من أجل ترتيب عقد الوصية لآثاره القانونية، بنقل الملكية العقارية إلى ذمة الموصى له تبعا لنص المادة 793 من القانون المدني، وفي خلال هذه العمليات القانونية يتضح دور منفذ الوصية بوصفه أمينا ووكيلا عن الموصي، من خلال إشرافه على مختلف الإجراءات القانونية التي تمر بها الوصية، سواء لدى الموثق المحرر لعقد الوصية أو الإدارات العمومية المعنية، أو مع ورثة الموصي وغيرهم من المعنيين بتنفيذ عقد الوصية.

والوصية بالعقارات تطرح عدة نقاط تجمع بين الوصية بطبيعتها تصرفا قانونيا منفردا وبين الملكية العقارية وما تتميز به من خصائص وإجراءات إدارية معقدة، تشترك فيها مختلف المصالح العمومية، ومنها القضاء الذي له دور كبير في إثبات الوصية بالعقار، فالحكم القضائي المثبت للوصية بالعقار يحل محل العقد التوثيقي، ويخضع لإجراءات التسجيل والشهر العقاري وينقل الملكية العقارية، كما هو الشأن بالنسبة للأحكام القاضية بالمصادقة على خبرة تقسيم عقارات التركة، والحكم بفك الشياع في العقارات، والحكم بتنفيذ

الوعد بالبيع، كما أن الرجوع عن الوصية بالعقار أو تعديلها يجب أن يكون بعقد رسمي توثيقي أو قضائي مثلما انعقد بعقد رسمي.

ولقد لوحظ من خلال دراسة موضوع الوصية وخاصة الوصية بالعقارات، أنها تختلف عن غيرها من التصرفات القانونية الأخرى، وهذا راجع إلى طبيعتها الخاصة، ورغم إحاطة المشرع الجزائري لهذا الموضوع يجد الباحث نفسه في العديد من المرات يلجأ إلى كتب الفقه الإسلامي والقوانين المقارنة، خاصة ما تعلق بالشطر الثاني من هذا البحث والموسوم بتنفيذ الوصايا، على غرار المشرع المصري الذي أفرد قانونا خاصا بالوصايا تطرق فيه بنوع من التفصيل إلى أغلب ما يمد بالصلة لأحكام الوصايا.

وعليه نقترح إضافة مواد في قانون الأسرة الجزائري بأحكام جديدة تفصل في كيفية القيام بتنفيذ الوصية بالعقار، ومن له الحق في ذلك مع تبيان شروطه وسلطاته ومنحه القوة الإلزامية الكافية من أجل القيام بمهامه تنفيذا للإرادة المشروعة للموصين، وكذا تدعيم قوانين الشهر العقاري بأحكام وإجراءات تنفيذ وشهر الوصايا الناقلة للملكية العقارية، وأن بقاء الوضع كما هو عليه حاليا من شأنه أن يجعل الوصية في منأى عن تنفيذها ما يجعلها مجرد تصرف يفتقر إلى آليات التنفيذ، مما يحرم الموصى له من سلطات المالك كالاستغلال والاستعمال، وهذا الفراغ يعقّد من مهمة القضاة وأعوانهم من موثقين ومحضرين قضائيين وغيرهم، وكذا المحافظين العقاريين عند تنفيذ الوصية بالعقار، ويؤدي إلى ضياع حقوق أصحابها من ورثة وموصى لهم.

كما يبرز دور الموثق باعتباره الضابط العمومي المختص بإعداد العقود التي تتضمن نقل الملكية العقارية، ومن ضمنها عقد الوصية بالعقار، فهو بذلك مسؤول عن توجيه الموصي وإرشاده بالنصح بكل ما من شأنه أن يوصل إرادته إلى غايتها المنشودة ومن ذلك نذكر مثلا:

- إخبار الموصى له بوصيته أو برجوعه عنها أو تعديلها في أوانه.

– اختيار من يتمتع بالكفاءة والجرأة لتنفيذ الوصية مع ضرورة احتفاظه بنسخة منها، وإشراكه في كل تعديل للوصية بالحضور والإمضاء على العقد، فضلا عن الشهود.

ويرتبط بموضوع هذه الدراسة، عدة إشكاليات تحتاج للبحث والدراسة ومزيد من التفصيل تتمثل في: منازعات الوصية في العقار، تنازع القوانين الدولية في أحكام الوصية بالعقارات، الاجتهاد القضائي في إثبات الوصية العقارية، الوصية بالعقار لفائدة الأشخاص الاعتبارية، الطبيعة القانونية لعقد الوصية بالأوقاف العقارية، دور وإجراءات إبرام القنصل الجزائري لعقد الوصية بالعقار...

الملاحق

أولا– الأحكام والقرارات والاجتهادات القضائية في موضوع الوصية

*** شهر الوصية:**

– ملف رقم:665688، قرار بتاريخ:2011/07/14، م م ع، عدد 02، 2011، ص 172:

قضية (ب ف) ضد روثة (ب ي):

المبدأ: تصح الوصية بمجرد تحريرها أمام موثق.

شهر الوصية واجب لنقل الملكية بعد الوفاة.

إن المحكمة العليا بناء على المواد 349 إلى 360 و377 إلى 378 و557 إلى 581 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بعد الاطلاع على مجموعة أوراق ملف الدعوى وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بتاريخ:2009/10/07 وعلى مذكرة الرد التي تقدم بها المحامي المطعون ضده.

بعد الاستماع للسيد بومجان علي المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب وإلى السيد بن سالم محمد المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة الرامية إلى رفض الطعن حيث أن الطاعنة (ب ف) زوجة (ع) طعنت بطريق النقض بتاريخ:2009/10/07 بواسطة عريضة قدمها محاميها الأستاذ فوزي بوذراع ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء عنابة بتاريخ:2009/06/06 القاضي:

في الشكل: قبول الاستئناف.

في الموضوع: إلغاء الحكم المستأنف الصادر عن محكمة عنابة القسم العقاري بتاريخ:2009/03/02 فهرس رقم:2009/12/17.

ومن جديد القضاء بإلزام المستأنف عليها (ب ف) زوجة (ع) هي وكل شاغل بإذنها بإخلاء الفيلا الكائنة بالمكان المسمى...بعنابة وتحميلها المصاريف القضائية.

حيث أن المطعون ضدهم ورثة (ب ي) وهم (ب خ) (م م) (م س) قد بلغوا بعريضة الطعن وأودعوا مذكرة جواب بواسطة محاميهم الأستاذ بوطمين عبد الرحمان مفادها رفض الطعن.

حيث أن الطعن بالنقض قد استوفى شروطه القانونية لذلك فهو مقبول شكلا.

حيث أن الاستاذ فوزي بوذراع أثار في حق الطاعنة وجهين للنقض:

الوجه الأول: مأخوذ من انعدام التسبيب

بدعوى أن القضاة رفضوا إرجاء الفصل في الدعوى لحين الفصل في الطعن بالنقض ضد القرار المحتج به من طرف ورثة المطعون ضده الصادر بتاريخ:2008/06/21 على أساس أنه قرار لا يتعلق بوجود تزوير أو حالة الأشخاص، هذا التسبيب يشوبه خطأ جوهري يتعلق بصحة الوصية والمطالبة بطرد الطاعنة يجعل القرار منعدم للأسباب

الوجه الثاني: مأخوذ من انعدام الأساس القانوني

فالطاعنة حرمت من الاستفادة من الوصية الشرعية والقانونية في حدود الثلث من الفيلا المتنازع فيها على أساس أن الوصية غير مشهرة لكن الطاعنة بموجب حكم:2008/02/04 باشرت إجراءات الإشهار عن طريق كاتب الضبط الرئيسي لمجلس قضاء عنابة كما هو ثابت من الإشهاد الذي قدمته للنقاش امام المجلس ومن ثم فإن صفتها ثابتة كمالكة في الشياع في حدود الثلث مما يجعل الطاعنة مهددة بالطرد ومادامت الطاعنة شرعت في إشهار الوصية على القضاء إرجاء الفصل في الدعوى هذا ما يجعل القرار المطعون فيه منعدم للأساس القانوني يعرضه للنقض.

وعليه فإن المحمة العليا:

عن الوجه الثاني لأولويته: والمأخوذ من انعدام الأساس القانوني

حيث أنه إذا كانت المادة:191 من قانون الأسرة قد اكتفت بصحة الوصية بمجرد تحريرها أمام الموثق دون أن تتعرض للإشهار فذلك لأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت والقول بخلاف ذلك يتنافى مع طبيعة الوصية فإن الشهر يكون واجبا لنقل الملكية بعد الوفاة لا غير وهذا طبقا للمادة:16 من الأمر:75/74 المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

وحيث أن الطاعنة قدمت لقضاة المجلس ما يثبت أنها بصدد القيام بإجراءات الإشهار وفقا لنص المادة المذكورة أعلاه والتمست من قضاة المجلس وقف الفصل في الدعوى إلى غاية إتمام إجراءات الشهر إلا أن القضاة لم يلتفتوا لهذا الدفع مع أنه دفع جوهري الأمر الذي يعرض القرار المطعون فيه للنقض والإبطال دون حاج لمناقشة الوجه الأول.

حيث أن المصاريف القضائية على المطعون ضدهم طبقا للمادة:378 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فلهذه الأسباب

تقضي المحكمة العليا – الغرفة العقارية – :

بقبول الطعن شكلا وموضوعا وبنقض وإبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء عنابة بتاريخ:2009/06/06 وبإحالة القضية والأطراف على نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد وفقا للقانون وإبقاء المصاريف القضائية على المطعون ضده.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الرابع عشر من شهر جويلية سنة ألفين واحدى عشر من قبل المحكمة العليا الغرفة العقارية القسم الأول.

ثانيا: نموذج العقد الرسمي للوصية بالعقار

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

قائمة المراجع

قائمة المصادر والمراجع:

أولا – القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة

ثانيا – الكتب الفقهية

1- ابن منظور جمال الدين محمد الأنصاري، **لسان العرب**، دار الفكر، الطبعة 1، بيروت، 1990.

2- أبو القاسم حسين بن محمد بن المفضل الأصفهاني، **المفردات**، 1961.

3- الفيروز أبادي، **القاموس المحيط**، الرسالة، الطبعة 2 بيروت، 1987.

4- القاضي البيضوي، **حاشية شيخ زادة**، المطبعة العثمانية، الجزء 2، تركيا، 1995.

5- أحمد عمر أوبكة، **الوصية وأحكامها**، المطبعة العربية، غرداية، 1986.

6- الشيخ علي الخفيف، **التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة**، دار الفكر العربي، القاهرة، 2009.

7- الشيخ علي الخفيف، **أحكام الوصية**، دار الفكر العربي، الطبعة 1، القاهرة، 2010.

8- أحمد محمد علي داود، **الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون**، دار الثقافة، الطبعة 1، الأردن، 2006.

9- أحمد بن حجر العسقلاني، **فتح الباري**، تقديم وتحقيق عبد القادر شيبة الحمد، مكتبة الملك فهد الوطنية، الطبعة 1، الجزء 5، الرياض، 2001.

10- أحمد عمر أوبكة، **الوصية وأحكامها**، المطبعة العربية، غرداية، 1986.

11- أبو يعقوب يوسف الوارجلاني، **الجامع الصحيح** – مسند الامام الربيع بن حبيب –، دار الفتح للطباعة والنشر، الجزء 2، بيروت، 1985.

12- السيد سابق، **فقه السنة**، دار الكتاب العربي، الطبعة 1، جزء 3، بيروت، 1971.

13- أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين، **انتقال ما كان يملكه الانسان حال حياته الى غيره بعد موته**، المكتبة الأزهرية للتراث، الطبعة 2، مصر، 1999.

14- إلياس ناصيف، **الوصية للمسلمين في القانون الدولي الخاص**، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة 2، جزء2، لبنان، 2007.

15- بشير بن موسى الحاج موسى، **إضاءات سنية في أهم مسائل الوصية**، مؤسسة الشيخ عمي سعيد، الطبعة 1، غرداية، 2013.

16- الرشيد بن شويخ، **الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري**-دراسة مقارنة-، دار الخلدونية، الطبعة 1، الجزائر، 2008.

10- عمر حمدي باشا، **القضاء العقاري**، دار هومة، الجزائر، 2010.

محمد كامل مرسي باشا، **شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.

17- جمال بوشنافة، **شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري**، دار الخلدونية، الجزائر، 2006.

18- خالد السماحي، **دروس في التبرعات**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، 2016.

19- سليمان بن جاسر بن عبد الكريم الجاسر، **لمحات مهمة في الوصية**، مدار الوطن للنشر، الرياض، 2013.

20- نسيمة شيخ ، **أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري**، دار هومة، الجزائر، 2012.

21- صالح بن غانم السدلان، **أحكام الوقف والوصية والفرق بينهما**، دار بلنسيا، الطبعة 2، الرياض، 1995.

22- عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة 3، بيروت، 2015.

23- محمد زهدور، **الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية**، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991.

24- زكي الدين شعبان، وأحمد الغندور، **أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية**، مكتبة الفلاح، الطبعة 1، الكويت، 1984.

25- عبد العزيز بن محمد الصغير، **أحكام الوصية في ضوء الشريعة الإسلامية وفقا للقانون السعودي**، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة 1، القاهرة.

26- عمر حمدي باشا، **عقود التبرعات-الهبة-الوصية-الوقف**، دار هومة، الجزائر، 2004.

27- عبد اللطيف عروج، **التصرفات القانونية الواجبة الشهر**، محاضرة ألقيت في محكمة شلغوم العيد في إطار تكوين القضاة، بتاريخ:2011/10/25.

28- محمد مصطفى شلبي، **أحكام الوصية والأوقاف بين الفقه والقانون**، مطبعة دار التأليف، مصر، 1962.

29- محمد زهدور، **الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية**، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991.

30- محمد التاويل، **الوصايا والتنزيل في الفقه الإسلامي**، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المغرب، الطبعة 1، 2004.

31- محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، مطبعة السعادة، الطبعة 1، الجزء 4، 1911.

32- محمد الأنصاري الرصاع، **شرح حدود ابن عرفة**، دار الغرب الإسلامي، الطبعة 1، بيروت، 1993.

33- محمد كامل مرسي باشا، **شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.

34- محمد مصطفى شلبي، **أحكام الوصية والأوقاف بين الفقه والقانون**، مطبعة دار التأليف، مصر، 1962.

35- محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، مطبعة السعادة، الطبعة 1، الجزء 4، 1911.

36- محمد زيد الأبياني، **شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لمحمد قدري باشا**، الجزء 4، دار السلام، مصر، 2009.

37- محمد وحيد الدين سوار، **شرح القانون المدني: الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية والحقوق المشتقة من حق الملكية**-دراسة مقارنة بالمدونات العربية-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة 1، الجزء 2، الأردن، 1999.

38- محمد الزحيلي، **الفرائض والمواريث والوصايا**، دار الكلم الطيب، الطبعة 1، دمشق، 2001.

39- محمد بن يوسف اطفيش، **شرح كتاب النيل وشفاء العليل**، دار الفتح، الطبعة 2، بيروت، 1972.

40- محمد أبو زهرة، **شرح قانون الوصية -دراسة مقارنة لمسائله وبيان لمصادره الفقهية**-، مكتبة الانجلو المصرية، القاهرة، 2001.

41- محمد زيد الأبياني، **شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لمحمد قدري باشا**، الجزء 4، دار السلام، مصر، 2009.

42- منصور بن يونس البهوتي، **منتهى الارادات**، تحقيق عبد الله عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة 1، الجزء 4، بيروت، 2006.

43- مصطفى ابراهيم الزلمي، **أحكام الميراث والوصية وحق الإنتقال في الفقه الإسلامي المقارن والقانون**، دار الإحسان للنشر والتوزيع، العراق، 2014.

44- نعمان عبد الرزاق السامرائي، **أحكام المرتد**، دار العلوم للطباعة والنشر، الطبعة 2، المملكة العربية السعودية، 1983.

45- وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، دار الفكر، الطبعة 2، الجزء 8، دمشق، 1985.

ثالثا – المذكرات

1– نوال بن نوي ، **تنفيذ الوصية**، مذكرة شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، 2013/2012.

2– وهيبة دحو، **الوصية كسبب من أسباب كسب الملكية**، مذكرة شهادة ماستر حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية، 2016/2015.

3– حكيم دربالي، **الوصية في التشريع الجزائري**، مذكرة شهادة الماستر في الحقوق – أحوال شخصية– كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2015/2014.

4– نورية شبورو، **الميراث والتصرفات النافذة بعد الوفاة في إطار القانون الدولي الخاص**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2011/2010.

5– صليحة بن عاشور، **توريث الحقوق والايصاء بها**، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2007/2006

6– نصيرة طهراوي، **التبرعات الناقلة للملكية الوصية والهبة**، مذكرة ماستر، قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس المدية، 2012/2011.

7– علاوة بوتغرار، **التصرفات الملحقة بالوصية في التشريع الجزائري**، بحث شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية المدنية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، 2001/2000.

8– صليحة رحال، **الشهر العقاري في القانون الجزائري**، مذكرة شهادة الماستر في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محمد والحاج البويرة، 2013/2012.

9– إنجي هند زهدور، **حماية التصرفات القانونية وإثباتها في ظل نظام الشهر العقاري**، أطروحة شهادة الدكتوراه علوم في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران2 محمد بن أحمد، 2016/2015.

10– سميرة زيناي ومن معها، **الوصية في قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية**، مذكرة شهادة الليسانس في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة ورقلة، 2004/2003.

11- كريمة فردي، **الشهر العقاري في التشريع الجزائري**، بحث شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، 2008/2007.

رابعا - المجلات:

1- علاوة بوتغرار، مجلة الموثق، **الوصية تطرح نقائص**، العدد الأول، الجزائر، 2001.

2- حسن محمد كاظوم ومن معه، **الوصية بالعقار مع اختلاف الجنسيات**، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، عدد 1، السنة الثامنة، 2016.

خامسا - القوانين

1- الأمر رقم: 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، المؤرخ في: 1975/09/26 الجريدة الرسمية عدد:78 المؤرخة في:1975/09/30.

2- الأمر رقم: 74/75 المتضمن اعداد مسح الأراضي، العام وتأسيس السجل العقاري، المؤرخ في: 1975/11/12، الجريدة الرسمية عدد: 92 مؤرخة في: 1975/11/18.

3- مرسوم رقم: 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، المؤرخ في: 1976/03/25 الجريدة الرسمية عدد: 30 مؤرخة في: 1976/04/13.

4- الأمر رقم: 76-105، المتضمن قانون التسجيل المعدل والمتمم، المؤرخ في: 1976/12/09، الجريدة الرسمية، العدد: 81 المؤرخة في: 1976/12/18.

5- الأمر رقم: 12/77 المتعلق بتنظيم الوظيفة القنصلية، المؤرخ في: 1977/03/02 الجريدة الرسمية عدد: 47 مؤرخة في: 1977/06/12.

6- القانون رقم: 60/77 المتضمن تحديد اختصاصات قناصل الجزائر، المؤرخ في: 1977/03/01 الجريدة الرسمية عدد: 28 مؤرخة في 1977/04/06.

7- القانون رقم: 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم، المؤرخ في: 1984/06/09 الجريدة الرسمية عدد: 24، المؤرخة في:1984/06/12.

8- القانون رقم: 02/06، المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، المؤرخ في: 2006/02/20، الجريدة الرسمية عدد 14، مؤرخة في:2006/03/08.

سادسا - القرارات القضائية:

1- القرار الصادر بتاريخ: 1992/02/18 المجلة القضائية، العدد 4، 1993.
2- القرار الصادر بتاريخ: 1989/06/03 المجلة القضائية، العدد 01، 1992.
3- قرار رقم: 33719 مؤرخ في: 1984/07/09، المجلة القضائية، عدد3، 1989.
4- قرار رقم: 59240 مؤرخ في: 1990/03/05، المجلة القضائية، عدد3.
5- قرار رقم: 160350، مؤرخ في: 1997/12/23، م إ ق ع أ، عدد خاص لسنة 2001.
6- ملف رقم: 665688، قرار مؤرخ في: 2011/07/14، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، 2011.

الفهرس

الفهرس

مقدمة	01
الفصل الأول: الطبيعة القانونية للوصية بالعقار	06
المبحث الأول: أحكام انعقاد الوصية	07
المطلب الأول: تحديد مفهوم الوصية	07
الفرع الأول: تعريف الوصية	07
أولا: لغة	07
ثانيا: اصطلاحا	08
الفرع الثاني: حكم مشروعية الوصية	14
الفرع الثالث: موانع الوصية	16
أولا: مبطلات الوصية من جهة الموصي	16
ثانيا: مبطلات الوصية من جهة الموصى له	19
ثالثا: مبطلات الوصية من جهة الموصى به	21
المطلب الثاني: أركان الوصية	22
الفرع الأول: طرفي الوصية	23
أولا: الموصي	23
ثانيا: الموصى له	25
الفرع الثاني: محل الوصية	29
أولا: شروط صحة الموصى به	29
ثانيا: شروط نفاذ الموصى به	31
الفرع الثالث: صيغة الوصية	32
أولا: العبارة	33
ثانيا: الكتابة	33
ثالثا: الإشارة	33
المبحث الثاني: إجراءات انتقال الملكية العقارية بالوصية	35
المطلب الأول: إثبات الوصية بالعقار	35

الفرع الأول: العقد العرفي	35
الفرع الثاني: العقد الرسمي	38
أولا: العقد التوثيقي	38
ثانيا: الحكم القضائي	41
المطلب الثاني: الإجراءات الإدارية لعقد الوصية بالعقار:	43
الفرع الأول: التسجيل	44
أولا: اجال التسجيل	44
ثانيا: مكان التسجيل	45
ثالثا: رسوم التسجيل	46
الفرع الثاني: الاشهار	46
أولا: خضوع عقد الوصية للمادة 793 ق م	47
ثانيا: وقت شهر الوصية	49
ثالثا: آجال ورسوم شهر الوصية	52
الفرع الثالث: أثر تخلف الرسمية في عقد الوصية بالعقار	52
أولا: أثر تخلف التوثيق	53
ثانيا: أثر تخلف التسجيل	53
ثالثا: أثر تخلف الشهر	53
الفصل الثاني: آثار انتقال الملكية العقارية عن طريق عقد الوصية	55
المبحث الأول: حقوق أطراف عقد الوصية بالعقار	56
المطلب الأول: حقوق الموصي	56
الفرع الأول: الوصية الاختيارية	57
الفرع الثاني: الوصية بالمنفعة والانتفاع	59
الفرع الثالث: حق الرجوع عن الوصية	61
المطلب الثاني: حقوق الموصى له	63
الفرع الأول: استحقاق الوصية	63
أولا: حق التملك بالقبول	63

ثانيا: استحقاق الوصية بإنجاز الشرط	65
الفرع الثاني: رد الوصية	67
الفرع الثالث: سكوت الموصى له	69
المبحث الثاني: إشكالات تنفيذ عقد الوصية بالعقار	71
المطلب الأول: صلاحيات منفذ عقد الوصية	71
الفرع الأول: وقت تنفيذ عقد الوصية	72
أولا: وقت صدور القبول من الموصى له	72
ثانيا: وقت صدور الإجازة من الورثة	73
ثالثا: ارتباط وقت تنفيذ الوصية بآجال إشهارها	73
الفرع الثاني: طبيعة صلاحيات منفذ عقد الوصية	74
أولا: أحكام منفذ الوصية	74
ثانيا: التمييز بين تصرفات منفذ الوصية وغيرها من التصرفات	80
المطلب الثاني: اشكالات تنفيذ عقد الوصية:	81
الفرع الأول: عدم استجابة الورثة لتنفيذ عقد الوصية	82
أولا: الاعتراض على الوصية في حدود ثلث التركة	82
ثانيا: الاعتراض على الوصية المجاوزة للثلث أو كان الإيصاء لوارث	83
ثالثا: حماية الورثة من التصرفات الملحقة بالوصية	83
الفرع الثاني: عدم استجابة الغير لتنفيذ عقد الوصية	85
أولا: الشركاء في الشياع	86
ثانيا: المتزاحمون في الوصايا	86
الخاتمة	88
الملاحق	92
قائمة المصادر والمراجع	99
الفهرس	107