

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

حقوق غير المورثة في التركة

دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر

تخصص: القانون الخاص الشامل

من إعداد الطالبين:

* بن ناصر نذير

* بومراو سليمة

تحت إشرافه

أ. أيت شوش دليلة

أعضاء لجنة المناقشة:

مشرفاً.

رئيساً.

ممتحناً.

* أيت شوش دليلة

* د. إقروفة زبيدة

* تياج نادية

السنة الجامعية: 2012 - 2013

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

((إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا *))

{ سورة النساء، الآية 58 }

شكر وتقدير

الحمد لله وحده، أخلص له تعالى الحمد والشكر؛ لأنه الذي وفقني وأعانني وأرشدني، ولا عدّ لنعم الله تعالى. والصلاة والسلام على سيدنا ونبيّنا محمد صلّى الله وسلّم عليه وآله وأصحابه أجمعين.

بهذه المناسبة أقدم شكري لكل من ساعدني من قريب أو بعيد، ولو بكلمة أو معلومة أو تشجيع ساهم في تنمّة هذا العمل المتواضع.

وأقول والله يعلمهم ولا يسعني أن أذكر أسماءهم: جزاهم الله تعالى عني خير جزاء، وأدعو لهم بكل توفيق وصلاح ونجاح؛ إذ أنه من صنّع إليه معروف فدعا للصانع له بالخير، فقد أجزل له الشكر.

وشكراً.

نذير

شكر وتقدير

وَفِي الْجَهْلِ قَبْلَ الْمَوْتِ مَوْتٌ لِأَهْلِهِ فَأَجْسَامُهُمْ قَبْلَ الْقُبُورِ قُبُورٌ
وَإِنْ أَمْرٌ لَمْ يَحْيَى بِالْعِلْمِ مَيِّتٌ فَلَيْسَ لَهُ حَتَّى النُّشُورِ نُشُورٌ

نسأل الله تعالى ألا نكون من الجاهلين وأن يبارك هذا العمل الصغير،
ويجزى كل من ساعدني على القيام به وأدعو الله تعالى أن لا يكون آخر عمل لنا
بل يجعله بداية لعمل يكون فيه فائدة وعلم للناس ولنا إن شاء الله تعالى.

أَتَقَدَّمُ بِشُكْرِي إِلَى كُلِّ مَنْ سَاعَدَ أَوْ عَاوَنَ فِي إِتْمَامِ هَذَا الْعَمَلِ الْبَسِيطِ
الْمُتَوَاضِعِ، خُصُوصاً أُخْتِي الْغَالِيَةَ كَهَيْئَةِ، وَالشُّكْرَ الْجَزِيلَ لِكُلِّ مَنْ سَاهَمَ عَلَى إِتْمَامِ
هَذَا الْعَمَلِ إِلَى الْكُلِّ بَدُونِ إِسْتِثْنَاءٍ.

سليمة

إهداءات

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذي نشهد له بالوحدانية ولنبيّه بالرّسالة، من إعتصم بحبله نجا،
وعمن صلح عمله رضى، من استتصره نصره، ومن دعاه أجابه، ومن سأله
أعطاه، ومن توكلّ عليه كفاه، ومن طلب الرّشاد أرشده، ومن استعان به أعانه.
فالشكر لله الذي وفقنا وأعاننا على إتمام هذا العمل الذي نرجوه أن يكون ذا نفع
وفائدة.

وبهذه المناسبة أهدي هذا العمل المتواضع إلى والديّ العزيزين، وإلى
أخواتي كلّ من: (سعيدة، نديمة، مريم، كهينة، حميدة). وإلى كلّ من ساعدنا
على إتمام هذا العمل من أصدقاء وزملاء، وإلى كلّ الأساتذة الذين لهم فضل في
وصولنا إلى هذا المقام بتوجيه وإرشاد إلى ما فيه فائدة إن شاء الله لهذا العمل.

سليمة

إهداءات

لا يدرك قيمة العلم والبحث إلا العلماء. ومهما بحثنا فإنه قليل، ومهما علمنا فهو قصير.
أهدي هذا العمل البسيط والمجهد الذي دام أشهراً إلى عائلتي بداية بأختي، وجدتي وأمي،
وكل من أعانني على هذا البحث، وإلى أخلص أصدقائي، وباختصار إلى كل من يحب الله
ورسوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

نذير

قائمة المختصرات

الجريدة الرسمية.	:	ج ر
بدون دار النشر.	:	د.د.ن
بدون سنة النشر.	:	د.ت.ن
قانون الأسرة الجزائري.	:	ق.أ.ج
القانون المدني الجزائري.	:	ق.م.ج
القانون المدني المصري.	:	ق.م.م

مقدمة:

تجري المعاملات ما بين الأشخاص على أساس تداول وانتقال الأموال، ولهذا الأخير أسباب يرتكز وجوده عليها، ومن بين أسباب انتقال الملكية واقعة الوفاة؛ فإذا توفي الشخص انقضت شخصيته القانونية وزالت ذمته المالية، فأصبح ما خلفه مجموعاً من المال يصطاح عليه بالتركة. يستدعي بالضرورة انتقاله إلى ذمة صحيحة وقائمة، عملاً بمبدأ شخصية الذمة المالية الذي يعني عدم وجود ذمة مالية بدون شخص تنسب إليه. فتنتقل الملكية من السلف إلى الخلف العام، وهذا عن طريق نظام أوجده الشرع الإسلامي ونصّ عليه القانون ويتمثل في الميراث، والذي يُعنى بدراسة التركة بصفة عامة.

إن بحث الحقوق التي قد تتعلق بالتركة لغير الورثة تعتبر مسألة جوهرية، وبالغة الأهمية في علم الفرائض؛ إذ أن الغاية من دراسة هذا العلم هي إعطاء كل ذي حق حقه، وكل وارث نصيبه. ولا يتأتى هذا إلا بمعرفة كل الحقوق التي قد تتعلق بالتركة؛ سواء ما تعلق منها للوارث أو ما تعلق بها لغير الوارث. كما يهم معرفة مراتب قضاء هذه الحقوق؛ إذ أن الترتيب مسألة هامة، لكل من فقهاء الشريعة الإسلامية والمشرعين الوضعيين ومن بينهم المشرع الجزائري؛ موقف معين.

ولا يقلُّ في علم الفرائض أهمية عن معرفة إعداد الفريضة الصحيحة وإعطاء كل وارث نصيبه؛ معرفة الحقوق التي يجب أن تُوفى من التركة؛ إذ أنه لا يُوزع على الورثة إلا الصافي الذي يبقى بعد قضاء حقوق غيرهم. فيصح بالتالي أن نقول بأن دراسة حقوق غير الورثة في التركة هي أول ما يجب بحثه في علم الموارث؛ باعتبار أنه لا حاجة للبحث عمّن يرث ومن لا يرث ومقدار ما سيرث قبل التأكد من وجود رصيدٍ صافٍ قابلٍ للتوريث، أو بعبارة أخرى لا ميراث إلا بوجود أركانه والتي من بينها: الموروث أو التركة، فبدون توفر التركة لا ميراث.

كما تتضح أهمية هذه الحقوق في التركة أيضاً من الناحية الحسابية، فباعتبار أنها تقضى قبل الميراث فالإهتمام بها واجب؛ فإذا كان الميراث يتمثل في توزيع الباقي الصافي من التركة على الورثة؛ فإنه لن يكون هناك باقي قبل خصم قيمة حقوق غير الورثة من القيمة الإجمالية للتركة، كما لا يمكن تحديد قيمة السهم الواحد من التركة ولا النصيب الذي يأخذه كل وارث؛ بل لا يمكن حتى أن نعرف المقدار الحقيقي للتركة التي خلفها المتوفى إذا تجاهلنا الحقوق الأخرى التي تتعلق بالتركة قبل الميراث. فالأولى بحثها والتحقق من وجودها، وتخليص التركة منها حتى تكون الحسابات والفريضة المُعدّة على الوجه الصحيح.

إذن، من أجل الوصول إلى مرحلة توزيع التركة على الورثة وفقاً لأنصبتهم المقررة شرعاً؛ لا بد من تصفيتها وتخليصها من حقوق غير الورثة التي تتعلق بها.

وعليه، فمما يجب تصفية التركة قبل قسمتها على الورثة ؟

والجواب على الإشكالية المطروحة يستدعي دراسة الحقوق التي تتعلق بالتركة غير الميراث (أي باستثناء حق الورثة) وإذا استثنينا حق الورثة، فالباقي هو حقوق غيرهم. فنقول إذن؛ قبل توزيع التركة على الورثة يجب تصفية التركة أولاً من الحقوق التي تتعلق بها للغير، سواء ما تعلق بها جبراً أو ما تعلق بها بإختيار المتوفى.

لقد سلكنا في ترتيب هذه الحقوق منهج المشرع الجزائري، نظراً لكون دراستنا تتمحور حول المقارنة بينه وبين الفقه الإسلامي.

والملاحظ أن حق الورثة في التركة يقتصر على الميراث، وباقي الحقوق الأخرى تعتبر حقوقاً لغير الورثة، ويمكن تصنيف هذه الأخيرة في صنفين: حقوق إجبارية تتفد من التركة ولو لم يراعها المتوفى، وحقوق إختيارية لا تتفد إلا برغبته وإيصائه.

بناءً على هذا؛ فإننا نعرض حقوق غير الورثة الإجبارية، أي مصاريف التجهيز والدفن والديون الثابتة في ذمة المتوفى (فصل أول)، ثم الحق الإختياري لهم والمتمثل في الوصية (فصل ثان).

الفصل الأول

مصاريف التجهيز والدفن والديون الثابتة في ذمة المتوفى

تعتبر حقوق غير الورثة مقدّمة على حق الورثة، وحقوقهم مُرتّبة على حسب الأهمية، ثم لا خلاف في تقديم حق المتوفى ودائنيه على حق الموصى لهم¹.

حق المتوفى هو الإنفاق على تجهيزه ودفنه، أما حق الدائنين² فهو الثابت لهم في حياته، فلما مات قبل أن يفي بحقوقهم وجب ذلك في تركته.

والملاحظ، أن المشرع الجزائري لم يُفصّل في مصاريف التجهيز والدفن، ولا في الديون الثابتة في ذمة المتوفى، بل أشار إليها مجرد إشارة فقط. ولعلّه بذلك يحاول تجنّب الصيغة الفقهية، والحفاظ على شكلية النصوص القانونية؛ إلا أن عدم التفصيل في تنظيم هذه الحقوق يعتبر قصوراً في التشريع ونقصاً في المنظومة القانونية؛ لولا نص المادة 222 ق. أ. ج التي جبرت القصور وسدّت الفراغ بإحالتها إلى مصدر غني جداً يستحيل عند الرجوع إليه عدم إيجاد الحل القانوني لمختلف المسائل، وذلك بنصّها أنه: << كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون، يُرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية >>³.

لمّا سلكنا نهج المشرع الجزائري في ترتيب هذه الحقوق التي تتعلق بالتركة؛ فإننا نعرض مصاريف التجهيز والدفن (مبحث أول)، ثم الديون الثابتة في ذمة المتوفى (مبحث ثان).

¹ ورد الترتيب بين الديون والوصايا بالتفصيل، أنظر الصفحة 24 وما بعدها من هذه المذكرة.

² نشير أنه قد يدخل في طائفة الدائنين: الورثة، لكن ليس بصفتهم ورثة؛ بل بصفتهم دائنين للمتوفى وللتركة، وهذا استثناء فقط في حال أين يكون الدائن للمتوفى هو أحد ورثته. ففي هذه الحالة يستوفي دينه مستقلاً عن حقه في الإرث، بحيث يأخذ حقه مع باقي الدائنين، ويدرج دينه في الحق الثاني بعد التجهيز والدفن، أي هو كأبي دائن آخر لا تربطه في هذا المقام بالمتوفى إلا علاقة المديونية، ولا تهمنا صفة كوارث؛ لأنه لن يُقدّم في استيفاء حقه وارث على غير وارث.

³ قانون رقم 84 - 11 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج ر عدد 24 الصادرة في 12 يونيو 1984، معدّل ومتمّم بالأمر رقم 05 - 02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، ج ر عدد 15 الصادرة في 27 فبراير 2005.

المبحث الأول مصاريف التجهيز والدفن

تستمر حقوق الإنسان وواجباته طيلة حياته إلى غاية إنقضاء شخصيته القانونية بموته، وقد نصّت المادة 1 / 25 ق. م. ج أنه: << تبدأ شخصية الإنسان بنمام ولادته حياً وتنتهي بموته >>¹.

ولقد قرّرت الشريعة الإسلامية حقوقاً للمتوفى لدى وفاته. فكان للميت بهذا حقوقاً على الأحياء أو حقوقاً ينفذها الأحياء من تركته، وهي: تغسيله وتكفينه ودفنه. وهذا تكريماً لابن آدم، قال الله تعالى: << ثُمَّ أَمَاتَهُ فَأَقْبَرَهُ >>². وهذا سنن للميت وتكريم له، وأورد الإمام القرطبي في تفسير هذه الآية أنه: <<...أي جعل له قبراً يوارى فيه إكراماً، ولم يجعله مما يُلقى على وجه الأرض تأكله الطير والعوافي؛ قال الفراء. وقال أبو عبيدة: << فَأَقْبَرَهُ >> جعل له قبراً، وأمر أن يُقبر >>³. بالتالي، يجب تجهيز الميت ودفنه، ولا شك أن هذا يتطلب نفقات أو مصاريف فتؤخذ من تركته إن ترك خيراً، وهو الغالب.

ونظراً لأهمية تجهيز ودفن المتوفى كحق يتعلق بالتركة، نبحت فيه ثلاثة مسائل: الأولى في المقصود بالتجهيز والدفن (مطلب أول)، والثانية في تجهيز زوجة المتوفى وكذا من تجب على المتوفى نفقتهم (مطلب ثان)، والثالثة في حكم تقديم تجهيز المتوفى على قضاء الديون الثابتة في ذمته (مطلب ثالث). ونعرض هذه المسائل تباعاً.

المطلب الأول المقصود بالتجهيز والدفن

يعتبر التجهيز والدفن حق للمتوفى بوفاته، وهو يتعلق بتركته؛ لا بد من تسويته قبل إعطاء الورثة من تركة مورثهم. ولتوضيح القصد من تجهيز المتوفى ودفنه، مثلما هو معمول به شرعاً، ومُنوه إليه قانوناً؛ نبحت ثلاثة مسائل: الأولى في تعريف أو معنى التجهيز والدفن، والثانية في مشتملات التجهيز والدفن، والثالثة في حدود أو مقدار مصاريف التجهيز والدفن، ونعرض هذه المسائل تباعاً.

¹ أمر رقم 75 - 58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78 الصادرة في 30 سبتمبر 1975، معدّل ومتمّم.

² سورة عبس، الآية 21.

³ أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء التاسع عشر، مكتبة الصفا للنشر والتوزيع، مصر، 2005، ص. 156.

الفرع الأول تعريف التجهيز والدفن

لمعرفة المقصود بتجهيز المتوفى ودفنه كحق يتعلق بالتركة، ينبغي تعريف هذين المصطلحين لغويًا لتقريب الفكرة إلى الأذهان، ومن بعدها لابد من تحديد المعنى الإصطلاحي لهما؛ إذ أن هذا الأخير هو الأكثر أهمية، وبه نتوصل إلى إزالة الغموض وإفتتاح دراسة هذا الحق. فنعرض التعريف اللغوي ثم الإصطلاحي تباعاً.

أولاً: تعريف التجهيز والدفن لغة:

لكل من التجهيز والدفن تعريف لغوي باعتبارهما مفردات من اللغة العربية. وعلى هذا، يكون لدينا مصطلحين نعرفهما تباعاً.

1 - تعريف التجهيز لغة:

التجهيز من الفعل جَهَّز. ويقال: << جَهَّزَ: جَهِزَ: جَهِزَ العروس والميت، وجَهِزَها ما يحتاجان إليه، وكذلك جَهِزَ المسافر، يُفْتَحُ ويُكْسَرُ؛ وقد جَهِزَهُ فَتَجَهَّزَ وَجَهِزَتُ العروس تَجْهِيزًا، وكذلك جَهِزَتُ الجيش. وفي الحديث: من لم يَغْزُ ولم يُجَهَّزْ غَازِيًا؛ تَجْهِيزُ الغَازِي: تَحْمِيلُهُ وإِعداد ما يَحْتَاجُ إِلَيْهِ فِي غَزْوِهِ، وَمِنْهُ تَجْهِيزُ العروس وَتَجْهِيزُ المِيت >>¹.

2- تعريف الدفن لغة:

الدفن من الفعل دَفَن. ويقال: << دَفَنَ؛ الدَّفَنُ: السَّتْرُ والمواراة، دَفَنَهُ يَدْفُنُهُ دَفْنًا وِإِدْفَنَهُ فإِدْفَنَ وَتَدْفَنُ، فَهُوَ مَدْفُونٌ وَدَفِينٌ... وَدَفَنَ المِيتَ وَارَاهُ، هَذَا الأَصْلُ. ثُمَّ قالوا: دَفَنَ سِرَّهُ أَي كَتَمَهُ >>².

ثانياً: تعريف التجهيز والدفن إصطلاحاً:

لكل من التجهيز والدفن دلالة في إصطلاح الشرع والقانون، والتعريف الإصطلاحي مهم جداً؛ لأنه لا يجري العمل بالمعنى اللغوي إلا إذا غاب المعنى الإصطلاحي؛ فإذا غاب هذا الأخير قامت قرينة على أنه لا إختلاف بين المعنيين. وفيما يلي، نعرض تعريف التجهيز والدفن في الإصطلاح تباعاً.

¹ جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، المجلد الخامس، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، لبنان، 2003، ص. 380.

² المرجع نفسه، المجلد الثالث عشر، ص. 188.

1- تعريف التجهيز اصطلاحاً:

يعرّف التجهيز شرعاً بأنه: >> هو كل ما يحتاج إليه الميت من حين موته إلى أن يُوارى في قبره، من نفقات غسله وكفنه، وحمله ودفنه وحفر قبره <<¹، والملاحظ هنا أن تعريف التجهيز كان بمشتملاته.

ولم يختلف التعريف الذي أخذ به فقهاء القانون عن هذا التعريف الشرعي، فقد ذكر الدكتور محدة أن التجهيز: >> هو ما يلزم الميت من وقت وفاته إلى أن يُوارى في قبره؛ من نفقات شراء الكفن والحنوط والقطن، وأجرة الحفر والغسل والحمل وشراء الأرض... <<².

2 - تعريف الدفن اصطلاحاً:

الدفن شرعاً هو مواراة الميت في القبر تكريماً له ميّتابعدما كرّمه الله عزّوجلّ حياً³. والدفن سنّة الله تعالى في خلقه، حيث قال تعالى: >> فَبَعَثَ اللَّهُ غُرَابًا يَبْحَثُ فِي الْأَرْضِ لِيُرِيَهُ كَيْفَ يُوَارَى سَوَاءَ أَخِيهِ...<<⁴. وقال الإمام القرطبي في تفسير هذه الآية: بعث الله الغراب حكمة؛ ليرى ابن آدم كيفية المواراة. فصار فعل الغراب في المواراة سنّة باقية في الخلق، فرضاً على جميع الناس على الكفاية، وأخصّ الناس به الأقربون الذين يلونه، ثم جيرانه⁵.

والملاحظ لدى المشرع الجزائري أنه لم يُقدّم أيّ تعريف لا للتجهيز ولا للدفن، وهذا صائب من الناحية التشريعية؛ إذ يُعدّ تقديم التعريفات والتفاسير من مهام الفقهاء. وبهذا يكون المشرع قد ترك جميع ما يتعلق بهذا الحق يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية بصفة كلية والمعروف.

الفرع الثاني

مشتملات التجهيز والدفن

يشتمل التجهيز على غسل المتوفى وكفنه، وبعدها حمله إلى القبر ودفنه، وهذه المشتملات تهمننا باعتبارها مصاريف يجب صرفها إيفاءً لحق المتوفى. ونعرض هذه العناصر تباعاً.

¹ وهبة الزحيلي، الوجيز في الفقه الإسلامي، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، دار الفكر للنشر والتوزيع، سوريا، 2006، ص. 338.

² محمد محدة، التراكات والمواريث: دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية، الدار الجزائرية للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص. 33.

³ الدليل على تكريم ابن آدم، قول الله تعالى: >> وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً <<. سورة الإسراء، الآية 70.

⁴ سورة المائدة، الآية 31.

⁵ أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، مرجع سابق، الجزء السادس، ص. 109.

أولاً: غسل المتوفى:

يجب تغسيل المتوفى، وإن بنفقة تدفع للغاسل. وذكر السرخسي أنه: << غسل الميت واجب، وهو من حق المسلم على المسلم، قال عليه الصلّاة والسّلام للمسلم على المسلم سنّة حقوق، وفي جملته أن يغسله بعد موته، ولكن إذا قام به بعض المسلمين سقط عن الباقيين لحصول المقصود >>¹.

كما ذكر خليل بن إسحاق أنه: << في وجوب غسل الميت بمُطَهَّر ولو بزمنم والصلّاة عليه كدفنه وكفنه وسُنِّيَتَهما خلاف وتلازما وغسل كالجنابة تعبدًا بلا نية، وقَدِّم الزوجان إن صحَّ النكاح إلا أن يفوت فاسده بالقضاء، وإن رقيقاً أذن سيده، أو قبل بناء أو بأحدهما عيب أو وضعت بعد موته، والأحب نفيه إن تزوّج أختها أو تزوجت غيره لا رجعية وكتابية بحضرة مسلم... >>². ومعنى هذا أن غسل الميت واجب، وهذا الغسل في كفيته كغسل الجنابة؛ إلا أنه يكون بغير نية. كما يتضح أن المالكية يقولون بجواز أن يغسل أحد الزوجين صاحبه إذا كان الزواج صحيحاً.

إذا مات المسلم صغيراً أو كبيراً وجب تغسيه سواء كان جسده كاملاً أو كان بعضه فقط، ويستثنى من الغسل الشهيد في سبيل الله تعالى، فيدفن بدمائه³.

في حالة عدم الماء لغسل الميت أو مات رجل بين نساء أو امرأة بين رجال، يُمَّم وكُفَّن وصُلِّي عليه ودُفِن، ويقوم التيمُّم مقام الغسل⁴.

ويجوز للرجل أن يغسل زوجته وللمرأة أن تغسل زوجها، لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لعائشة رضي الله عنها: << وما ضرك لو مُتَّ قبلي فغسلتكِ وكفنتكِ وصلّيت عليكِ ثم دفنتكِ ؟ >>⁵، كما أن فاطمة بنت رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ غسلها زوجها علي كَرَّمَ اللهُ وَجْهَهُ⁶.

وذكر الزحيلي أنه: << يغسل الرجل الرجل، والمرأة المرأة، فكل منهما أولى بجنسه إتفاقاً >>⁷، وهذا ما نجده في المجتمع الجزائري، فالعرف السائد أن الرجل إذا مات يغسله الرجال، والمرأة إذا ماتت تغسلها

¹ شمس الدين السرخسي، المبسوط، الجزء الثاني، دار المعرفة للنشر والتوزيع، لبنان، 1989، ص. 58.

² خليل بن إسحاق ابن موسى المالكي، مختصر خليل في فقه الإمام مالك، مطبعة مصطفى الحلبي وأولاده، مصر، 1922، ص. 42.

³ أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، الطبعة الرابعة، مكتبة العلوم والحكم للنشر والتوزيع، مصر، 2007، ص. 226.

⁴ المرجع نفسه.

⁵ أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، لبنان، 2003، حديث رقم 6659، ص. 555.

⁶ المرجع نفسه، حديث رقم 6661، ص. 556.

⁷ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، الجزء الأول، ص. 303.

النساء حتى لو كانت متزوجة، ولم تصادف غسل المرأة زوجها أو العكس، كما نجد الغالب في الغسل أنه يكون مجاناً بلا مقابل؛ فإذا كان عُرف المنطقة على مجانية الغسل فلا ينقص من التركة أجره الغسل.

ثانياً: تكفين المتوفى:

يدخل ضمن المصاريف المتعلقة بتجهيز المتوفى نفقة تكفينه. ويعتبر التكفين فرضاً، ونفقاته من تركة الميت، وإن لم يكن له تركة، فيجب على من تلزمه نفقة المتوفى في حال الحياة¹.

وينبغي أن يكون الكفن طائلاً سابغاً يستر جميع الجسد، لحديث خَبَّاب رضي الله عنه قال: >> هاجرنا مع رسول الله صَلَّى الله عليه وسلَّم نبتغي وجه الله، فوجب أجراً على الله، ومناً من مضي، أو ذهب لم يأكل من أجره شيئاً، كان منهم مُصعب بن عُمير، قُتل يوم أُحد، لم يترك إلا نَمرة²، كُنَّا إذا غَطَّينا بها رأسه خرجت رجلاه، وإذا غُطِّي بها رجلاه خرج رأسه، فقال لنا النبي صَلَّى الله عليه وسلَّم: غَطُّوا بها رأسه، واجعلوا على رجله الإذخر³. أو قال: ألقوا على رجليه من الإذخر...<<⁴.

السائد في العرف الجزائري أن الكفن دائماً يشتري جديداً، ونفقته في هذه الحال تدخل ضمن مصاريف التجهيز والدفن، وتطرح قيمتها من التركة، ويشترط فيها المشرع الجزائري أن تكون بالقدر المشروع، بلا تبذير ومغالاة وبلا تقتير من جهة أخرى.

ثالثاً: دفن المتوفى:

يدخل في مصاريف التجهيز والدفن إضافة إلى أجره الغسل والكفن نفقة شراء الأرض وأجره الحفر، إن كان الأمر يتطلب مصروفاً.

وحكم الدفن شرعاً الوجوب، وقد ذكر ابن حزم عن أئمة المذاهب أنهم: >> إتفقوا على أن مواراة المسلم فرض <<⁵، ويعضد هذا ما روي عن هشام بن عامر قال: >> جاءت الأنصار إلى رسول الله صَلَّى الله عليه وسلَّم يوم أُحدٍ فقالوا: أصابنا قرح وجهه، فكيف تأمرنا؟ قال: إحفروا وأوسعوا، واجعلوا

¹ وهبة الزحيلي، الجزء الأول، مرجع سابق، ص. 306.

² النَمرة: هي الجبيرة لإختلاف ألوان خطوطها، والنَمرة: شملت فيها خطوط بيض وسود، نقلاً عن ابن منظور، المجلد الخامس، مرجع سابق، ص. 276.

³ الإذخر: حشيش طيب الرائحة، تُسَقَّف به البيوت فوق الخشب، نقلاً عن ابن منظور، مرجع سابق، المجلد الرابع، ص. 350.

⁴ أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري الجعفي، صحيح البخاري، الجزء الرابع، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1992، حديث رقم 3821، ص. 1487.

⁵ ابن حزم، مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والمعتقدات، الطبعة الثانية، دار الأفاق الجديدة للنشر والتوزيع، لبنان، 1980، ص. 39.

الرجلين والثلاثة في القبر»¹، فيستفاد من هذا الحديث الشريف أن دفن المتوفى واجب؛ إذ أنه رغم تعب الصحابة وكثرة القتلى يوم أُحُدٍ أمرهم النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالدفن، ولم يأذن لهم بعدم الدفن.

في العرف الجزائري لاسيما في القرى والأرياف نجد أن حفر القبور تبرع بدون أجر، ويتم بمبادرة من المسلمين، والأرض لا تشتري؛ بل هي هبة من أصحاب الأراضي أو بعبارة أخرى هي من الأوقاف. لكن إذا تطلب شراء أرض القبر وحفره مصاريفاً؛ تؤخذ من التركة في حدود القدر المشروع كما نصَّ المشرع الجزائري في المادة 180 ق. أ. ج.²

ولا تمييز بين المسلم والكافر³ في وجوب الدفن، فقد ورد عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه أمر به، والدليل: ما روي عن عمر بن يعلى بن مرة عن أبيه قال: >> سافرت مع النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ غير مرة، فما رأيته مرّاً بجيفة إنسان إلا أمر بدفنه، لا يسأل أمسلم هو أم كافر >>⁴. وهذا قول مطلق. وللدفن عدة أحكام، نذكر منها:

- أن يعمق القبر تعميقاً يمنع وصول السباع والطيور إلى الميت، ويحجب خروج رائحته فتؤذي⁵. وقد نصَّ المشرع الجزائري في المادة 6 من القانون المتعلق بدفن الموتى أنه: >> يكون كل دفن في حفرة منعزلة، ويكون لكل حفرة (قبر) تفتح متراً و5 ديسمتر إلى مترين عمقاً في 8 ديسمتر عرضاً، ثم تملأ بتراب مدعوك >>⁶.

- أن يُلحد في القبر؛ إذ يعتبر اللحد أفضل من الشق، لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: >> اللحد لنا والشق لغيرنا >>⁷، وذكر الزحيلي أنه : >> اللحد أفضل من الشق... ومعنى اللحد أن يُحفر في جانب القبر القبلي مكان يوضع فيه الميت بقدر ما يسعه ويستتره. أما الشق فهو أن يُحفر قعر القبر كالنهر >>⁸.

¹ أبو داود سليمان ابن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، الجزء الثالث، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، لبنان، (د. ت. ن.)، حديث رقم 3215، ص. 214.

² نص المادة 180 ق. أ. ج ورد كاملاً، أنظر الصفحة 19 من هذه المذكرة.

³ تشير إلى أن مسألة الكفر مهمة في التوريث، ولهذا أردنا تمييز الكافر عن المسلم، والإشارة إلى حكم الشرع فيه من أول حق في التركة إلى أن ينتهي بحكم منعه من ميراث المسلم.

⁴ أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، مرجع سابق، حديث رقم 6617، ص. 542.

⁵ أبو بكر جابر الجزائري، مرجع سابق، ص. 230.

⁶ أمر رقم 75 - 79 مؤرخ في 12 ذي الحجة عام 1395 الموافق 19 ديسمبر سنة 1975، يتعلق بدفن الموتى، ج ر عدد 103 الصادرة في 26 ديسمبر 1975.

⁷ أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، (د. ت. ن.)، حديث رقم 1554، ص. 273.

⁸ وهبة الزحيلي، الجزء الأول، مرجع سابق، ص. 314.

- أن يُغطَّى قبر المرأة بثوب أثناء وضعها في قبرها، إذ كان السلف يُسجُون قبر المرأة دون الرجل¹؛ فإذا حصل هذا؛ كانت المصاريف من التركة ما دامت بقدر مشروع.

- من مات في البحر يُرجأ يوماً أو يومين إن لم يتغير ليُدفن بالبر، وإن لم يمكن الوصول إلى البر قبل تغييره غُسِّل وصلِّي عليه ثم يُرَبط معه شيء ثقيل ويرسل في البحر، بهذا أفتى أصل العلم؛ منهم: الحسن البصري²؛ فإن حدث هذا فلا تؤخذ من التركة مصاريف الدفن؛ إذ أنه لم يدفن.

الفرع الثالث

تقدير مصاريف التجهيز والدفن

تجهيز المتوفى ودفنه حق يتعلَّق بالتركة في حدود القدر المشروع، أي في حدود ما أفَرَّه الشرع الإسلامي، ويشترط هذا الأخير أن تكون هذه المؤون من غير إسراف³ ولا تقتير⁴ وذلك في جميع ما يُصَرَّف على التجهيز والدفن.

ولقد أمر النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بتحسين الكفن، الحديث: >> عن جابر بن عبد الله؛ أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خطب يوماً، فذكر رجلاً من أصحابه فُبِضَ فُكُنَّ فِي كَفْنٍ غَيْرِ طَائِلٍ، وَفُيِّرَ لَيْلًا، فَزَجَرَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ يُقْبَرَ الرَّجُلُ بِاللَّيْلِ حَتَّى يُصَلَّى عَلَيْهِ، إِلَّا أَنْ يُضْطَرَّ إِنْسَانٌ إِلَى ذَلِكَ. وَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: إِذَا كَفَّنَ أَحَدَكُمْ أَخَاهُ فَلْيُحَسِّنْ كَفَنَهُ <<⁵، وفي الصحيح: عن عائشة رضي الله عنها قالت: >> دخلتُ على أبي بكر رضي الله عنه... فنظر إلى ثوب عليه كان يمرض فيه، به ردع من زعفران، فقال: إغسلوا ثوبي هذا وزيدوا عليه ثوبين، فكفنتوني فيها. قلت: إن هذا خَلَقٌ⁶؟ قال: إن الحي أحق بالجديد من الميت، إنما هو للمُهَلَّة⁷...<<⁸.

¹ أبو بكر جابر الجزائري، مرجع سابق، ص. 231.

² المرجع نفسه، ص. 230 (هامش رقم 6).

³ الإسراف: هو الزيادة من الشيء أكثر من اللازم، أي التبذير، نقلاً عن ابن منظور، مرجع سابق، المجلد التاسع، ص. 178.

⁴ التقتير: هو التصبيق على الإنسان في الرزق، ابن منظور، المجلد الخامس، مرجع سابق، ص. 83.

⁵ عبد العظيم بن عبد القوي المنذري، مختصر صحيح مسلم، مكتبة الصفا للنشر والتوزيع، مصر، 2005، حديث رقم 415 - (943/49)، ص. 128.

⁶ الخَلَق: الشيء البالي القديم. والثوب الخَلَق أي البالي، نقلاً عن ابن منظور، مرجع سابق، المجلد العاشر، ص. 106.

⁷ المهلة: القيقح والصيد الذي يزوب فيسيل من الجسد، نقلاً عن ابن منظور، مرجع سابق، المجلد الحادي عشر، ص. 755.

⁸ أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري الجعفي، مرجع سابق، الجزء الأول، حديث رقم 1321، ص. 467.

يتضح من خلال هذا؛ النهي عن التبذير، والفقهاء كلهم على إستحباب التوسط في الكفن عملاً بالسنة¹.
نصّ المشرع الجزائري في المادة 180 ق. أ. ج² على أن مصاريف التجهيز والدفن تكون بالقدر المشروع أي في حدود المعقول ووفقاً لما حدّده الشرع، دون تبذير، أو بعبارة أخرى إشتراط التوسط فيها.
والتوسط هو ما لا يُظلم فيه لا المتوفى ولا الوارث، أي بلا تقتير ولا مغالاة. ويكون سواءً من حيث العدد أو من حيث القيمة. ونعرض هذين النوعين تباعاً.

أولاً: التوسط من حيث العدد:

يقصد بالتوسط من حيث العدد: >> أن يُكفّن بكفن السنة، وهو في الرجل ثلاثة أثواب: إزار، وقميص، ولفافة. وفي المرأة خمسة أثواب: إزار، وقميص، ولفافة، وخمار، وخرقة يُربط بها ثدياها >>³.
وذكر ابن قدامة أنه: >> الأفضل عند إمامنا رحمه الله أن يُكفّن الرجل في ثلاثة لفائف بيض، ليس فيها قميص ولا عمامة، لا يزيد عليها ولا ينقص منها. قال الترمذي: والعمل عليها عند أكثر أهل العلم من أصحاب النبي صَلَّى الله عليه وسلّم وغيرهم. وهو مذهب الشافعي... وحكي عن أبي حنيفة أن المستحب أن يكفّن في إزار ورداء وقميص... قال ابن المنذر: أكثر من نحفظ عنه من أهل العلم يرى أن تكفّن المرأة في خمسة أثواب، وإنما أستحب ذلك؛ لأن المرأة تزيد في حال حياتها على الرجل في الستر لزيادة عورتها على عورته، فكذاك بعد الموت >>⁴.

أما في الحد الأدنى للكفن فقد ذكر الشيرازي أنه: >> أقل ما يُجزئ ما يستر العورة كالحبي، ومن أصحابنا من قال أقله ثوب يعمّ البدن؛ لأن ما دونه لا يُسمّى كفنًا، والأول أصح... ويكره المغالاة في الكفن >>⁵، وذكر الإمام مالك أنه: >> عن عبد الله بن عمرو بن العاص أنه قال: الميت يُقَمّص ويُؤزّر، ويُلفّ في الثوب الثالث؛ فإن لم يكن إلا ثوب واحد كُفّن فيه >>⁶.

يتضح من خلال هذه الأقوال أن القدر المشروع للكفن هو ما لا يزيد عن كفن السنة وما لا ينقص عن الحد الأدنى، أو هو العدد الوسط بين الحد الأدنى والحد الأقصى الذي لا يزيد عن كفن السنة.

¹ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الحنبلي، المغني، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، دار عالم الكتب للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1997، ص. 383.

² نص المادة 180 ق. أ. ج ورد كاملاً، أنظر الصفحة 19 من هذه المذكرة.

³ عبد المجيد المغربي، علم الميراث: أصوله ومسائله، المؤسسة الحديثة للكتاب للنشر والتوزيع، لبنان، 2006، ص. 12.

⁴ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الحنبلي، مرجع سابق، ص. 383، 391.

⁵ أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، الجزء الأول، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، لبنان، 1995، ص. 242.

⁶ مالك بن أنس، الموطأ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2005، حديث رقم 523، ص. 168 - 169.

قد تكون هذه المسألة غير مهمة كثيراً من ناحية المصاريف، لكن تجدر الإشارة إلى أن ما يزيد على العدد المحدد شرعاً لا يؤخذ ضمن مصاريف التجهيز والدفن؛ لأن المشرع الجزائري قد نصّ على أنه يؤخذ من التركة ما يكفي لتجهيز المتوفى بالقدر المشروع، والزيادة على المحدد شرعاً غير مشروع.

ثانياً: التوسط من حيث القيمة:

يقصد بالتوسط في الكفن من حيث القيمة أن يكون من أوسط ثيابه؛ فإن كان له ثوب يلبسه في الأعياد، وآخر يلبسه بين أقرانه، وثالث يلبسه في داره، يُكفّن بالتالي لأنه المتوسط، أو من الذي كان يترنّب به الرجل في الأعياد والجمع. والمرأة من الذي تلبسه لزيارة والديها. وهذا إن لم يوص بذلك، فلو أوصى به تعتبر الزيادة على كفن المثل من الثلث (أي تعتبر الزيادة من الثلث المخصّص للوصايا)، وكذا لو تبرع الورثة أو الأجنبي فلا بأس بالزيادة من حيث القيمة لا العدد¹. وقد أمر الشرع بالإقتصاد في الكفن، لقول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: << لا تُغالوا بالكفن فإنه يُسلّبه سلباً سريعاً >>².

تجدر الإشارة إلى أن التوسط لا يكون فقط في الكفن بالمعنى الضيق؛ بل في كل ما يُنفق من مصاريف لتجهيز المتوفى ودفنه، كأجرة الغسل والحمل والحفر، كما يدخل في التوسط من حيث القيمة ألاّ يُصرف على ما لم يأمر به الشرع، وقد أشار الدكتور محدة إلى هذه النقطة فقال: << تجهيز الميت يتم حسب حاله من فقر أو غنى، وبما هو جارٍ به العرف إلا إذا كان العرف مخالفاً للشرع، وهذا كقراءة القرآن الكريم ليلة الوفاة أو بعدها، أو البناء على القبور وتجسيصها، أو الأطفعة التي تنفق هنا وهناك، فكل هذه تدخل ضمن أكل أموال اليتامى ظلماً³ خاصة إذا كان له أولاد صغار، ولا يلزم بها الورثة، ومن تصرف من الورثة بإسراف في نفقات التجهيز وزاد عن المعروف بلا إذن باقي الورثة كان ضامناً له في ماله أو نصيبه...>>⁴.

لقد أصاب المشرع الجزائري حينما نصّ على أن مصاريف التجهيز والدفن تكون << بالقدر المشروع >> ولم يقل أنها << بالقدر المعروف >>، وقد ذكر الأستاذ العمراني أنه: << القدر المشروع معناه القدر الواجب شرعاً >>⁵. فبهذا؛ كل الأموال التي تنفق على البدع المنهي عنها شرعاً، والتي أصبحت

¹ عبد المجيد المغربي، مرجع سابق، ص. 12 - 13.

² أبو داود سليمان ابن الأشعث السجستاني الأزدي، مرجع سابق، حديث رقم 3154، ص. 199.

³ نشير إلى أن الدكتور محدة قد ضيقّ المجال لما اعتبر هذه البدع أكلاً لأموال اليتامى ظلماً؛ لأنه حتى ولو لم يترك المتوفى أيتاماً (صغاراً) فلا يجوز الإنفاق على هذه البدع. والأصح أنها تدخل في التبذير المنهي عنه شرعاً بقوله تعالى: << ... وَلَا تُبْذِرْ تَبْذِيرًا >>. سورة الإسراء، الآية 26.

⁴ محمد محدة، مرجع سابق، ص. 33.

⁵ محمد العمراني، الميراث في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المؤسسة الوطنية للنشر والإشهار، الجزائر، 2000، ص. 29.

عرفاً سائداً في الأوساط الجزائرية، لا تدخل ضمن مصاريف التجهيز والدفن؛ لأنها تخرج عن القدر المشروع ولو سادت عرفاً. وبهذا يكون كلاً من الشريعة والقانون متوافقان في منع التبذير والإسراف.

بعدما حدّدنا المقصود بتجهيز المتوفى ودفنه، وتوضّحت بذلك صورة هذا الحق الذي يتعلّق بالتركة؛ فإنه لم يتوقف الفقهاء على تجهيز المتوفى لوحده من تركته؛ بل نظروا في مسألة تجهيز الزوجة من تركة زوجها، كما بحثوا في تجهيز من وجبت على المتوفى نفقته إذا مات. ونظراً لأهمية هذه المسائل، نعرضها مفصّلة كما يأتي.

المطلب الثاني

تجهيز الزوجة ومن تجب نفقته على المتوفى

إضافة إلى أنّ المتوفى يُجهّز من تركته ويدفن؛ فإنه ذهب من فقهاء الشريعة الإسلامية إلى أنه لا تتوقف المصاريف التي تُخصم من التركة لأجل التجهيز والدفن على ما يحتاجه المتوفى صاحب التركة فقط. بل يمتد إلى تجهيز زوجة المتوفى إذا توفيت، وكذا يُجهّز من تركة المتوفى من كان ممّن ينفق عليه المتوفى صاحب التركة، إذا توفي أيضاً. وهذه المسألة خلافية بين الفقهاء.

المشرع الجزائري لم يتعرض لحكم هذه المسألة، لكن لما أورد نص المادة 222 ق. أ. ج¹؛ فإن المسألة تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية، مع مراعاة العرف إذا لم يخالف الشرع.

ورغم أن الزوجة تعتبر ممّن يجب على الزوج نفقتها، إلا أنه نتعرض لحكم تجهيزها مستقلة عن باقي من تجب على المتوفى نفقتهم؛ وهذا مراعاة للخلاف الفقهي الذي يميّز بين تجهيز الزوجة المتوفاة وباقي من تجب نفقتهم على المتوفى حال الحياة. ونبحث في هذا مسألتين: الأولى في تجهيز زوجة المتوفى، والثانية في: تجهيز من تجب نفقته على المتوفى. ونعرض هاتين المسألتين تباعاً.

الفرع الأول

تجهيز زوجة المتوفى

اختلف الفقهاء في مسألة تجهيز الزوجة على رأيين: منهم من يرى أن تجهيز الزوجة ودفنها إلزام أو واجب على زوجها، وهناك من يقول خلاف ذلك. وتعتبر هذه المسألة مهمة جداً في تحديد المصاريف التي تؤخذ من التركة، وبحث تجهيز الزوجة من مال زوجها يعتبر دائماً أمراً ضرورياً، حيث أنه سواء ماتت زوجته أو مات زوجها بعدها أو ماتت في حياته؛ ففي جميع هذه الأحوال هناك دائماً على

¹ نص المادة 222 من ق. أ. ج ورد كاملاً، أنظر الصفحة 3 من هذه المذكرة.

الملاحظ تركة من الضروري تحديد ما يتعلّق بها من مصاريف تقتضي تخليصها منها؛ إذ لا تقلُّ أهمية تركة الزوجة عن تركة الزوج. فنعرض الخلاف الفقهي، ثم نبينّ الراجح في المسألة.

أولاً: الرأي المؤيد لتجهيز الزوجة من مال زوجها:

هذا الرأي هو ما ذهب إليه الجمهور. فيرى أبو يوسف - وهو الذي عليه الفتوى في مذهب أبي حنيفة - أنه إذا كانت المرأة متزوجة؛ فإن تكفيها وتجهيزها واجبان على زوجها، فلا يخرج ذلك من مالها الذي تُخلفه، وهو مذهب الشافعي أيضاً¹.

وقال أبو إسحاق: إن كانت امرأة لها زوج، فيجب على الزوج؛ لأن من لزمه كسوتها في الحياة لزمه كفنها بعد الوفاة، كالأمة مع السيد².

أضاف النووي أنه: >> في مذاهب العلماء في كفن الزوجة: ذكرنا أن الأصح عندنا أنه على الزوج. وبه قال مالك وأبو حنيفة <<³، ويقصد بالكفن هنا جميع مؤن التجهيز؛ إذ ورد أنه: >> قال أهل العلم: حنوط الميت ومؤنة تجهيزه كالغسل والحمل والدفن وغيرها لها حكم الكفن فيما ذكرناه <<⁴.

ويقول العلامة المغربي أنه: كما يُبدأ من تركته بتجهيزه، كذلك يُبدأ منها بتجهيز زوجته ولو غنية على المعتمد المفتى به إذا ماتت قبله ولو بلحظة، ولو ماتت زوجته وكان معسراً تلزمه الإسدانة لكفنها⁵.

هذا الإتجاه قاس تجهيز الزوجة على النفقة، بحيث أوجبه ولو كانت الزوجة غنية؛ فإن ماتت قبله كان التجهيز على الزوج، سواءً كانت موسرة أو معسرة؛ لأن كسوتها في حياتها واجبة على زوجها مطلقاً، فكذا ما تكفّن به بعد موتها. أما إذا مات الزوج قبلها فتجهيزها لا يكون عليه؛ لأنه لا يصحُّ ترتيب التزامات بعد الوفاة. وإن مات بعدها ولو بلحظات فالتجهيز يكون من تركته⁶.

تجدر الإشارة إلى أن مصاريف تجهيز ودفن الزوجة تؤخذ مع مصاريف تجهيز ودفن الزوج على حسب ما وضّحه العلامة عبد المجيد المغربي.

¹ محمد محي الدين عبد الحميد، أحكام الموارث في الشريعة الإسلامية على مذاهب الأئمة الأربعة، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، لبنان، 1984، ص. 9.

² أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، مرجع سابق، ص. 242.

³ محيي الدين بن شرف الدين النووي الدمشقي، المجموع شرح المهذب، الجزء الخامس، دار عالم الكتاب للنشر والتوزيع، لبنان، 2003، ص. 108.

⁴ المرجع نفسه، ص. 106.

⁵ عبد المجيد المغربي، مرجع سابق، ص. 13.

⁶ أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون: التجهيز والديون والوصايا والموارث وتقسيماتها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص. 54.

ثانياً: الرأي المعارض لتجهيز الزوجة من مال زوجها:

قال بهذا الرأي أبو علي بن أبي هريرة ومن حدا حذوه، وقد ذكر الإمام النووي أنه: <<... وقال أبو علي بن أبي هريرة: يجب في مالها؛ لأنها بالموت صارت أجنبية منه فلم يلزمه كنفها... وقال الشعبي ومحمد بن الحسن وأحمد في مالها وروي عن مالك >>¹. وقد ذكر الرواية التي عن مالك؛ الإمام خليل حيث أنه: <<... وكُفِّن بملبوسه لجمعة وقُدِّمة كمؤونة الدفن... وهو على المنفق بقراية أو رِقٌّ لا زوجية والفقير من بيت المال وإلا فعلى المسلمين >>²، أي أن الكفن وسائر مؤن التجهيز لا تجب على الزوج لزوجته؛ لأن الزوجية قد انقطعت بالوفاة.

الظاهر من هذا الرأي أنه إذا كان للزوجة تركة فنفاقات تجهيزها تؤدي من تركتها، وإن لم يكن لها تركة فنفاقات تجهيزها على من تجب عليه نفقتها من أقاربها الموسرين؛ فإن لم يوجد، فعلى من حضر من المسلمين. وبالتالي لا يجب على الزوج تجهيزها؛ لأن الزوجية قد انقطعت بالموت ولم تعد هناك علاقة موجبة للإنفاق الذي يترتب عليه وجوب تجهيزها؛ لأن النفقة في الزوجية ليست صلة؛ بل هي مقابل الإحتباس³.

ثالثاً: الرأي الراجح في تجهيز الزوجة من مال زوجها:

لقد ذهب الجمهور كما سبق القول إلى أن تجهيز الزوجة من مال زوجها. وقد لقي هذا الرأي القبول والتأييد من غالبية الفقهاء.

ويكفي دليلاً على رجحان رأي الجمهور أن نذكر ما أورده النووي في مصنفه حيث قال: << إذا ماتت مُزوجة فهل يلزم الزوج كنفها؟ فيه وجهان: أحدهما: عند جمهور الأصحاب على زوجها، ممن صحَّه المصنّف هنا، وفيه التنبيه والمحامي في كتابيه "المجموع والتجريد"، والرافعي، وقطع به المحامي في "المقنع"، وصحَّح المارودي والشيخ أبو محمد الجويني في "الفروق"، والجرجاني في "التحرير" وجوبه في مالها...>>⁴.

ويظهر ممَّا ذكره النووي أن هؤلاء الفقهاء قد تراجعوا عن القول بوجوب تجهيز الزوجة من مالها، وصحَّحوا موقفهم إلى رأي الجمهور فاعتبروا أن مصاريف تجهيز الزوجة ودفنها تكون من مال زوجها، وليس يدل تراجعهم إلا على رجحان ما صاروا إليه.

¹ محيي الدين بن شرف الدين النووي الدمشقي، مرجع سابق، ص. 106، 108.

² خليل بن إسحاق ابن موسى المالكي، مرجع سابق، ص. 42 - 43.

³ رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية (الخاصة بالميراث والوصية والوقف في الفقه والقانون والقضاء)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص. 52.

⁴ محيي الدين بن شرف الدين النووي الدمشقي، مرجع سابق، ص. 106 - 107.

لقد أخذت العديد من التشريعات الوضعية بهذا الرأي، فاعتبروا أن مصاريف تجهيز ودفن الزوجة واجبة على الزوج، ومن بين هذه التشريعات نجد: القانون المصري، والقانون السوري، والقانون الأردني¹.

سكت المشرع الجزائري عن هذه المسألة، إلا أن العرف السائد في المجتمع الجزائري هو أن تجهيز الزوجة ودفنها يقع على عاتق زوجها، ولعلّ المبرر الإجتماعي لهذا هو كون المرأة أو الزوجة لا تكتسب ولا يكون لها مال؛ فوجب على زوجها. كما أنه يعتبر في العرف إمتناع الزوج عن تجهيز زوجها عيباً أخلاقياً. فيتضح من كل هذا أن العرف الجزائري يُرَجِّح رأي الجمهور، ولا يمنع من القول بأن المشرع الجزائري قد أخذ برأي الجمهور؛ لأنه لمَّا نصَّ في المادة 180 ق. أ. ج² أن مصاريف التجهيز والدفن تكون بالقدر المشروع؛ فإن نفقات تجهيز ودفن الزوجة تدخل في هذه المصاريف بإعتبارها مشروعة.

الفرع الثاني

تجهيز من تجب نفقته على المتوفى

لقد إتجه الفقه الإسلامي إلى أن تجهيز ودفن من لم يترك شيئاً يكون على عاتق من ينفق عليه في حال الحياة بسبب القرابة، ولم يختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة. فقد ذكر خليل بن إسحاق أنه: <>... وهو على المنفق بقرابة أو رق...>³، أي يجب الكفن على القريب الموسر، كالنفقة في حال الحياة. وأضاف النووي أنه: <> إذا لم يكن للميت مال ولا زوج وجب كفنه وسائر مؤن تجهيزه على من تلزمه نفقته من والد وولد وسيد، فيجب على السيد كفن أمته وعبدته والفقن والمدبر وأم الولد والمكاتب؛ لأن الكتابة إنفسخت بالموت. وسواء في أولاده البالغ وغيره، والصحيح والرّمن، وكذلك الوالدون؛ لأنهم بالموت صاروا عاجزين عن الكسب ونفقة العاجز واجبة، فإن لم يكن من تلزمه نفقته وجبت مؤنة تجهيزه في بيت المال كنفقته... فإن لم يكن في بيت المال مال وجب كفنه وسائر مؤن تجهيزه على عامة المسلمين، كنفقته في مثل هذا الحال >>⁴. وأورد ابن قدامة أنه: <> والولد تجب نفقته بالقرابة، ولا يبطل ذلك بالموت؛ بدليل أن السيد والوالد أحق بدفنه وتوليه >>⁵.

نخلص هنا إلى أنه من مات بدون تركة، وجب تجهيزه ودفنه على من كانت تجب عليه نفقته في حال حياته. وذلك كالولد الصغير والعاجز عن الكسب، والأب الفقير إذا مات قبله ولو بلحظة ولم يكن قد

¹ أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص. 58 - 59.

² نص المادة 180 ق. أ. ج ورد كاملاً، أنظر الصفحة 19 من هذه المذكرة.

³ خليل بن إسحاق ابن موسى المالكي، مرجع سابق، ص. 43.

⁴ محيي الدين بن شرف الدين النووي الدمشقي، مرجع سابق، ص. 107.

⁵ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الحنبلي، مرجع سابق، ص. 458.

تمّ دفنه؛ لأن نفقة هؤلاء واجبة عليه، ومن ضمن النفقة: الكسوة في الحياة، فيلحقها كسوة الممات وهي: الكفن، ويلحق به باقي المصاريف من غسل وحمل ودفن¹.

المشرع الجزائري لم ينص على حكم هذه الحالة صراحة لكنه أوجب النفقة، ومن ذلك ما جاء في المادة 77 ق. أ. ج التي تنص أنه: >> تجب نفقة الأصول على الفروع، والفروع على الأصول حسب القدرة والإحتياج ودرجة القرابة في الإرث <<²، فيتضح وجوب النفقة قانوناً بسبب القرابة، وذكرنا أن الفقهاء يقيسون الكفن على النفقة؛ فإذا كان العمل بهذا القياس؛ صحّ القول بأن تجهيز ودفن من لم يترك شيئاً هو على من كان ينفق عليه في الحياة. وطالما أوجب الشرع مصاريف تجهيز ودفن المتوفى على المُنفق عليه؛ فإنها تعتبر من القدر المشروع - وتتؤخذ من تركة المُنفق إذا مات بعد من تجب نفقته عليه؛ لأنه بعبارة أخرى يكون قد مات في حياة المُنفق فيقع على عاتقه مصاريف تجهيزه - وبالتالي يمكن القول أن المشرع الجزائري قد نصّ على مصاريف تجهيز من تجب نفقته على المتوفى ضمناً، بحيث تدخل هذه المصاريف في القدر المشروع. كما نجد العرف الجزائري مستقراً على هذا الحكم، أي أن من مات فقيراً يُجهّزه أقرب الناس إليه، وهذا هو الغالب.

بعدما خلصنا من تحديد مصاريف التجهيز والدفن؛ فإنه يهّمنا كثيراً في بحثنا مرتبة مصاريف التجهيز والدفن كحق يتعلّق بالتركة. ونعرضه كما يأتي.

المطلب الثالث

حكم تقديم مصاريف التجهيز والدفن على قضاء الديون

لقد اختلف الفقهاء في الترتيب بين مصاريف التجهيز والدفن وقضاء الديون الثابتة في ذمة المتوفى³؛ فمنهم من يرى أن مؤن التجهيز تقدّم على قضاء الديون، ومنهم من يرى خلاف ذلك.

ويعتبر بحث الترتيب بين هذين الحقين المتعلقين بالتركة مسألة بالغة الأهمية؛ إذ أنه تمّ ترتيب هذه الحقوق بالنظر للأولوية ولقوة تعلّقها بالتركة، والهدف من ذلك هو أن تُقضى من التركة حسب ترتيبها؛ ولعلّ أهمية هذا الترتيب تظهر في حالة ضيق التركة عن بعض الحقوق أو عن أحدها، أما في حالة سعة التركة للوفاء بكل الحقوق فلا يطرح إشكال وقد لا يهّم كثيراً مسألة الترتيب بين الديون ومصاريف التجهيز والدفن؛ إذ أن ما يسدّد به المصاريف والديون متوفر وكاف، ولكل من الفقه الإسلامي والمشرع الجزائري موقف من هذه المسألة. ونعرض موقفيهما تباعاً.

¹ أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص. 55.

² قانون رقم 84 - 11، المتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

³ ورد الحديث عن الديون كحق يتعلّق بالتركة بالتفصيل، أنظر الصفحة 20 وما بعدها من هذه المذكرة.

الفرع الأول موقف الفقه الإسلامي

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في شأن الترتيب فيما بين مصاريف تجهيز المتوفى ودفنه والديون الثابتة في ذمته، فانقسموا على رأيين: رأي يُقدّم مؤن التجهيز والدفن على الديون، وآخر يُقدّم الديون العينية¹ على مصاريف التجهيز والدفن، أي يخالفون الرأي الأول. ونعرض هذين الرأيين تباعاً.

أولاً: الرأي المؤيد لتقديم مصاريف التجهيز والدفن على قضاء الديون:

ذهب بعض الأحناف في رواية عنهم إلى تقديم مصاريف التجهيز والدفن على قضاء الديون، حيث ذكر السرخسي أنه: >> إذا مات ابن آدم يُبدأ من تركته بالأقوى فالأقوى من الحقوق: عُرف ذلك بقضية العقول وشواهد الأصول، فأول ما يُبدأ به تجهيزه وتكفينه ودفنه بالمعروف كما روي عن ابن عمر... وقد نقل ذلك في حال حمزة فلم يسأل صلى الله عليه وسلم عن الدين عليهما، فلو كان الدين مقدماً على الكفن لسأل عن ذلك كما سأل عن الدين... ثم الكفن لباسه بعد وفاته فيعتبر بلباسه في حياته، ولباسه في حياته مقدّم على دينه حتى لا يباع على المديون ما عليه من ثيابه فكذلك لباسه بعد موته، ومن مات ولا شيء له يجب على المسلمين تكفينه فيكفن من مال بيت المال، وماله يكون أقرب إليه من مال بيت المال، وبهذا يتبين أن الكفن أقوى من الدين <<².

وهذا ما ذهب إليه الحنابلة، حيث ذكر ابن قدامة أنه: >> يجب كفن الميت؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر به، ولأن سُترته واجبة في الحياة، فكذلك بعد الموت. ويكون ذلك من رأس ماله مقدماً على الدين والوصية والميراث؛ لأن حمزة ومُصعب بن عمير، رضي الله عنهما، لم يوجد لكل واحد منهما إلا ثوب، فكفن فيه؛ ولأن لباس المفلس مُقدّم على قضاء دينه، فكذلك كفن الميت...<<³.

حسب الأحناف في أحد الروايتين عنهم والحنابلة، فالديون العينية في المرتبة الثانية بعد التجهيز والدفن، خلافاً لما يذهب إليه المعارضون.

ثانياً: الرأي المعارض لتقديم مصاريف التجهيز والدفن على قضاء الديون:

يرى أصحاب هذا الإتجاه أن الديون على قسمين: ديون عينية وديون مرسلة أو مطلقة⁴. فيقدّمون الديون العينية على التجهيز والدفن، ويؤخرون الديون المطلقة إلى المرتبة الثالثة بعد مؤن التجهيز والدفن.

¹ وردت الديون العينية بالتفصيل، أنظر الصفحة 27 من هذه المذكرة.

² شمس الدين السرخسي، مرجع سابق، الجزء التاسع والعشرون، ص. 136 - 137.

³ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الحنبلي، مرجع سابق، ص. 457.

⁴ ورد تقسيم الديون إلى عينية ومرسلة بالتفصيل، أنظر الصفحة 27 وما بعدها من هذه المذكرة.

ممن ذهب إلى هذا الرأي: المالكية، وقد أشار الإمام خليل أنه: << يُخرج من تركة الميت حق تعلق بعين كالمرهون وعبد جنى ثم مؤن تجهيزه بالمعروف ثم تقضى ديونه ثم وصاياه...>>¹، هنا تقديم الديون العينية على مصاريف التجهيز والدفن، ثم أضاف أنه: << ثم تقضى ديونه >> ومعنى هذا هي الديون المطلقة، وهذا ما وضحه في قوله: <<... وكفن بملبوسه لجمعة وقدم كمؤونة الدفن على دين غير المرتين...>>²، أي تقدم مصاريف التجهيز والدفن على غير الديون العينية.

كما أخذ بهذا الرأي الشافعية، حيث قال النووي: << محل الكفن تركة الميت للحديث المذكور والإجماع، فإن كان عليه دين مُستغرق فُدم الكفن لما ذكره الصنف. واستثنى أصحابنا صوراً يُقدم فيها الدين على الكفن، وضابطها أن يتعلق الدين بعين التركة...>>³.

ذهب الأحناف في إحدى الروايات إلى أن التركة هي ما بقي بعد الميت من ماله صافياً عن تعلق حق الغير بعينه⁴، ويتضح لنا من هذا أنه لو تعلق حق الغير بعين من أعيان التركة؛ فإنه يُقدم على التجهيز والدفن؛ لأن هذا الأخير حق يؤخذ من التركة بينما الديون العينية لا تدخل في التركة فما تعلقت به فهو للدائن مباشرة. وبهذا يتوافق رأي أبي حنيفة مع ما ذهب إليه مالك والشافعي، فكلهم يُقدمون الديون العينية على مصاريف التجهيز والدفن.

والملاحظ أن المذاهب قد اختلفت في تحديد مرتبة مصاريف التجهيز والدفن؛ فمنهم من يُقدمها على الديون بكل أنواعها، ومنهم من يُقدم الديون العينية عليها.

الفرع الثاني

موقف المشرع الجزائري

لقد نصّ المشرع الجزائري على موقفه في ترتيب مصاريف التجهيز والدفن وقضاء الديون تأسياً بغيره من المشرعين كالمشرع المصري والسوري، فرجّح الرأي المؤيد لتقديم مصاريف التجهيز والدفن على سائر الديون، وهذا ما تنصّ عليه المادة 180 ق. أ. ج، حيث أنه: << يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:

- (1) - مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع،
- (2) - الديون الثابتة في ذمة المتوفى،
- (3) - الوصية.

¹ خليل بن إسحاق ابن موسى المالكي، مرجع سابق، ص. 291.

² المرجع نفسه، ص. 42.

³ محيي الدين بن شرف الدين النووي الدمشقي، مرجع سابق، ص. 106.

⁴ عبد المجيد المغربي، مرجع سابق، ص. 11.

فإذا لم يوجد ذوو فروض أو عصابة آلت التركة إلى ذوي الأرحام؛ فإن لم يوجدوا، آلت إلى الخزينة العامة¹، من خلال هذا النص، يتضح أن المشرع الجزائري قد قدّم مصاريف التجهيز والدفن على الديون كلّها دونما تمييز بين الديون العادية والديون العينية. كما يتضح كذلك من خلال هذا النص أن مؤن التجهيز والدفن تؤخذ من رأس مال التركة، أي من جميع المال، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أخذ برأي الحنابلة وخالف ما قاله المالكية والشافعية والأحناف. وهذا يُبرز لنا أن المشرع الجزائري لم يقيد الرجوع إلى الشريعة الإسلامية بمذهب واحد فقط بل وسّع ذلك.

بعدما خلصنا من أول حق في التركة وهو حق للمتوفى؛ فإنه يتعلق بالتركة حقوق أخرى، وبالتالي ننتقل إلى الحق المرتب في المرتبة الثانية، وهو الديون الثابتة في ذمة المتوفى، أي هو حق الدائنين.

المبحث الثاني

الديون الثابتة في ذمة المتوفى

يكتسب الإنسان الشخصية القانونية والتي تعني صلاحية التمتع الحقوق وتحمل الإلتزامات، ومن هذه الإلتزامات نجد الإلتزام الشخصي المتمثل في علاقة المديونية، كما قد تقع عليه ديون أوجبها الشارع سبحانه وتعالى، وقد يحدث أن يترتب في ذمة الشخص حق للغير فيموت هذا المدين قبل وفائه. وحينئذ تظهر الحاجة الماسة لمعرفة مصير هذه الديون التي تعتبر مهمة جداً لكل من له صلة بها، فأهميتها بالنسبة للمتوفى أن نفسه تبقى معلقة حتى تقضى عنه، وبالنسبة للتركة أنه لا تنفد وصايا ولا يورث ميراث قبل قضائها، أما بالنسبة للدائنين فهي حقوقهم التي يطالبون بها ويرجون وفاءها؛ لذا يهم جداً عندهم حكم الدين بعد الوفاة حتى يحافظوا على أموالهم.

نظراً لهذه الأهمية؛ نبحت في الديون ثلاثة مسائل: الأولى في المقصود بها (مطلب أول)، والثانية في تقسيماتها (مطلب ثان)، والثالثة في أحكامها (مطلب ثالث). ونعرض هذه المسائل تباعاً.

المطلب الأول

المقصود بالديون

تعتبر الديون الثابتة² في ذمة المتوفى حقاً متعلقاً بتركته، وجدير بالذكر هنا أن الديون التي نقصدها هي ما يعتبر المتوفى فيها طرفاً مديناً لا دائناً؛ لأن الديون التي يعتبر فيها المتوفى دائناً إنما

¹ قانون رقم 84 - 11، المتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

² الديون الثابتة في ذمة الشخص؛ بمعنى أنها ديون غير متنازع فيها، وهي ثابتة بالإقرار أو البيّنة أو الكتابة. وقد نصّ المشرع الجزائري على وسائل الإثبات في ق. م. ج بموجب المواد من 323 إلى 350.

نُسَمِّيها حقوقاً له لا ديوناً عليه، ويُلزم من كان مديناً بها تجاهه أن يفي بها إلى التركة وتدخل في مشتملاتها.

لتوضيح المقصود بالديون نبحت مسألتين: الأولى في تعريف الديون، والثانية في مرتبة قضائها من التركة. ونعرض هاتين المسألتين تباعاً.

الفرع الأول تعريف الديون

للديون تعريف لغوي وآخر إصطلاحي، والتعريف مفتاح الفهم. وقدّمنا أن التعريف اللغوي يُقَرَّب الفكرة إلى الأذهان، والتعريف الإصطلاحي يزيل الغموض ويوضح المعنى والقصد. نعرض هذين التعريفين تباعاً.

أولاً: تعريف الديون لغة:

الدَّيْنُ بفتح الدال من الفعل: دان ودين. ويقال: >> الدَّيْنُ: واحد الديون، معروف. وكل شيء غير حاضر دين، والجمع أدَيْن، وديون... قال ابن الأعرابي: دِنْتُ وأنا أدِينُ إذا أخذتُ دَيْنًا... ودِنْتُ الرجل: أقرضته فهو مدين ومديون. وأدِنْتُ الرجل إذا أقرضته، والقرض: أن يقترض الإنسان دراهم أو دنانير أو حباً أو تمرًا أو زيبياً أو ما أشبه ذلك... والدائن الذي يستدين، والدائن الذي يجري الدين <<¹.

ثانياً: تعريف الديون اصطلاحاً:

الدَّيْنُ بفتح الدال يُعرَّف اصطلاحاً بأنه: هو ما يثبت من المال في الذمة بسبب من الأسباب الموجبة له، وهذه الأسباب هي: العقود والأفعال والنصوص.

فالعقود: كالقرض والإجارة والبيع والنكاح ونحو ذلك، والديون التي تثبت بها: بدل القرض والأجرة والتمن والمهر.

والأفعال: كالغصب وإستهلاك الأموال بالتعدي، فإنه يثبت بهما مثل المغصوب والمستهلك إن كان مثلياً² أو قيمته إن كان قيمياً في ذمة الغاصب والمستهلك.

¹ ابن منظور، المجلد الثالث عشر، مرجع سابق، ص. 202، 204.

² الأشياء المثلية هي عكس الأشياء القيميّة، وقد نصّت المادة 686 ق. م. ج أنه: >> الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، والتي تُقدَّر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقياس أو الكيل أو الوزن <<.

والنصوص: المراد بها هي النصوص الشرعية التي توجب مالاً في ذمة الإنسان من غير أن يكون هناك فعل أو عقد يترتب عليه هذا الواجب. وذلك كالنصوص التي توجب الزكاة على المكلفين، والنصوص التي توجب نفقة الأقارب، فالزكاة والنفقة تكونان ديناً في ذمة من وجبتا عليه بسبب هذه النصوص¹.

حسب هذا التعريف؛ كلُّ مالٍ ثابتٍ في الذمة يعتبر ديناً سواءً كان بدلاً عن شيءٍ مُعيَّن، مثل: ثمن المبيع وبدل الإيجار، أو كان واجباً بالنص ودون أن يكون بدلاً عن شيءٍ آخر، مثل: الزكاة والنفقة.

وقد عرّف بعض العلماء الدين بأنه: >> إسم لمالٍ واجبٍ في الذمة يكون بدلاً عن شيءٍ آخر، كبذل المتأف والقرض والمبيع، ونحو ذلك. وعلى هذا، سُمِّي حق الله تعالى من زكاةٍ، وحجٍّ، وكفاراتٍ، وغير ذلك ديناً مجازاً؛ لأنه لم يجب في الذمة بدلاً عن شيءٍ، وإنما سُمِّي بذلك باعتبار أنه كان مطالباً به في حياته >>².

المشروع الجزائري لم يُفصّل في مسألة الديون، إلا أنه يمكن إستخلاص معنى الديون من خلال نصوص متفرقة ذكرت أسبابها، وهذه الأسباب هي العقود والأفعال والنصوص، مثال ذلك: المادة 124 ق. م. ج التي تنص أنه: >> كل فعل أيّاً كان يرتكبه الشخص بخطئه ويُسبب ضرراً للغير، يُلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض >>³، فهذا النص أشار إلى دين التعويض وهو دين بسبب الفعل. كذلك تنص المادة 1/498 أنه: >> يجب على المستأجر أن يقوم بدفع بدل الإيجار... >>⁴، فبدل الإيجار دين بسبب العقد. أما الدين بسبب النص فمثاله النفقة للأقارب، حيث تنص المادة 1/75 ق. أ. ج أنه: >> تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال... >>⁵.

الفرع الثاني

مرتبة قضاء الديون

المقصود بمرتبة قضاء الديون، هي المرتبة التي يحتلها هذا الحق ضمن الحقوق المتعلقة بالتركة. وقد بحثنا الترتيب بين الديون وبين مصاريف التجهيز والدفن⁶ وبيّنا موقف المشروع الجزائري في هذه

¹ أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص. 62.

² المرجع نفسه.

³ أمر رقم 75 - 58، المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

⁴ المرجع نفسه.

⁵ قانون رقم 84 - 11، المتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

⁶ ورد الترتيب بين الديون ومصاريف التجهيز والدفن مُفصّلاً، أنظر الصفحة 17 وما بعدها من هذه المذكرة.

المسألة¹. ونركّز هنا أكثر على الترتيب بين الديون والوصايا². ونعرض كلاً من موقف الفقه الإسلامي والمشرع الجزائري.

أولاً: موقف الفقه الإسلامي:

لقد قدّمنا أن الفقهاء اختلفوا في الترتيب بين الديون الثابتة في ذمة المتوفى وبين مصاريف التجهيز والدفن، فذهب رأي إلى تقديم الديون العينية³ على الكفن وتأخير الديون العادية للمرتبة الثالثة بعد التجهيز والدفن، وذهب آخرون إلى تقديم مصاريف التجهيز والدفن على كل الديون سواء كانت عينية أو عادية.

لكن فيما يتعلّق بالترتيب بين الديون والوصايا، فلا خلاف في تقديم الديون على الوصايا. وهذا رغم ورود الوصية قبل الدين في القرآن العظيم، حيث قال تعالى: <<... مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ...>>⁴. وقال أيضاً: << فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِيَنَّ بِهَا أَوْ دَيْنٍ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ...>>⁵. ولعلّ السائل يقول: ما الحكمة في تقديم ذكر الوصية على ذكر الدين، والدين مُقدّم عليها بإجماع؟

يقول الإمام القرطبي أن الجواب من خمسة أوجه: الأول: إنما قصد تقديم هذين الفصلين على الميراث ولم يقصد ترتيبهما في أنفسهما؛ فلذلك تقدّمت الوصية في اللفظ. الجواب الثاني: لما كانت الوصية أقل لزوماً من الدين قدّمها إهتماماً بها. الجواب الثالث: قدّمها لكثرة وجودها ووقوعها⁶؛ فصارت كاللزام لكل ميت مع نص الشرع عليها، وأخر الدين لشذوذه، فإنه قد يكون وقد لا يكون. فبدأ بذكر الذي لا بدّ منه، وعطف بالذي يقع أحياناً. والجواب الرابع: إنما قدّمت الوصية إذ هي حظ مساكين وضعفاء، وأخر الدين إذ هو حظ غريم يطلبه بقوة وسلطان وله فيه مقال. والجواب الخامس: لما كانت الوصية يُنشئها من قبل نفسه قدّمها، والدين ثابت مؤدى ذكره أو لم يذكره⁷.

¹ ورد موقف المشرع الجزائري في ترتيب الديون مع مصاريف التجهيز والدفن، أنظر الصفحة 19 من هذه المذكرة.

² وردت الوصية كحق يتعلّق بالتركة بالتفصيل، أنظر الصفحة 39 وما بعدها من هذه المذكرة.

³ ورد تقسيم الديون إلى ديون عينية وعادية بالتفصيل، أنظر الصفحة 27 وما بعدها من هذه المذكرة.

⁴ سورة النساء، الآية 11.

⁵ سورة النساء، الآية 12.

⁶ نشير إلى أنه في زماننا هذا يلاحظ ورود الدين أكثر من الوصايا. ولا تختلف بهذا حكمة تقديمها شرعاً، بل يبقى تقديمها اعتناءً وتذكيراً بها. فهي قد تُنسى أو يتناساها الورثة لشحّ في أنفسهم، وقد تُنسى لقلّة جريانها، فلا ينتبه إليها الورثة أو تخطر في بالهم، فكان تقديمها تنبيهاً لهم وتذكيراً.

⁷ أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، مرجع سابق، الجزء الخامس، ص. 58.

والدليل على تقديم الدين ما روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه حيث قال: >> قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدين قبل الوصية...<<¹، ويعضد هذا الحديث المعنى والإجماع :

فأمّا ما يعضده في المعنى: >> فلأن الدين واجب على الميت والوصية تبرع منه، والواجب مُقَدَّم على التبرع <<².

أمّا في الإجماع؛ فيقوّي هذا الحديث ويعضده ما ذكره ابن حزم، حيث أكد أنه : >> إتفقوا أن الوصية لا تجوز إلا بعد أداء ديون الناس، فإن فضل شيء جازت الوصية، وإلا فلا <<³، ويتضح من كل هذا أنه في الفقه الإسلامي تعتبر الديون مُقَدِّمة على الوصايا بلا خلاف.

ثانياً: موقف المشرع الجزائري:

لقد نصّ المشرع الجزائري على ترتيب الحقوق المتعلقة بالتركة في المادة 180 ق. أ. ج⁴ وقد رتّب رتّب الديون دونما تمييز بين ديون عينية وديون عادية في المرتبة الثانية بعد مصاريف التجهيز والدفن. فأخذها هنا بمذهب الحنابلة.

كما قدّم المشرع الديون على الوصايا، وهو ما ذهب إليه الفقهاء بلا خلاف، فالكل يأخذ بقاعدة أن الواجب مقدّم على التطوع والتبرع، والدين لازم وواجب والوصية تبرع؛ فيقدّم عليها بإجماع.

الخلاصة إذن؛ هي أن مرتبة قضاء الديون في القانون الجزائري هي المرتبة الوسطى، أي بعد مصاريف التجهيز والدفن وقبل الوصايا.

بعدما وضحنا المقصود بالديون ننقل إلى تقسيماتها، ولهذا أهميته الخاصة، بحيث بالتقسيم يتيسر معرفة حكم كل صنف، خاصة عند الفقهاء الذين يُردون لكل قسم حكماً خاصاً به عن القسم الآخر.

المطلب الثاني

تقسيمات الديون

يختلف تقسيم الديون باختلاف المعيار المعتمد: فتتقسم حسب الدائن بها إلى: ديون الله تعالى وديون العباد (الآدميين)، وتتقسم حسب قوة تعلّقها بالتركة إلى: ديون عينية وديون عادية (مطلقة). وتتقسم حسب حالة المدين بها إلى: ديون الصحة وديون المرض. ونعرض هذه الأقسام تباعاً.

¹ أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، مرجع سابق، حديث رقم 2715، ص. 461.

² أبو بكر جابر الجزائري، مرجع سابق، ص. 345.

³ ابن حزم، مرجع سابق، ص. 129.

⁴ نص المادة 180 ق. أ. ج ورد كاملاً، أنظر الصفحة 19 من هذه المذكرة.

الفرع الأول ديون الله عزَّوجل وديون العباد

حسب هذا التقسيم، هناك ديون هي حقوق لله تبارك وتعالى، ومفروضة على المسلمين لا الكفار، وهناك ديون على المتوفى هي حقوق لغيره من الناس نتيجة لمديونية جرت بينهما. ونعرض هذين القسمين تباعاً.

أولاً: ديون الله عزَّوجل:

يقصد بديون الله تعالى: تلك التي لا مُطالب لها من العباد، بل المُطالب بها هو الله سبحانه وتعالى وحده، وأمثلة هذه الديون: دين الزكاة والكفَّارات والنذور التي مات الشخص قبل وفائها¹.

لقد اختلف الفقهاء في هذه الديون، وقال ابن حزم: >> واختلفوا في ديون الله تعالى من كل فرض في المال أو مخير بمال فأسقطها قوم وأوجبها آخرون قبل ديون الناس ولم يجعلوا لديون الناس إلا ما فضل عن ديون الله تعالى، وإلا فلا شيء للغرماء <<².

وذكر القرطبي أنه: >> ولما ثبت هذا³ تعلق الشافعي بذلك في تقديم دين الزكاة والحج على الميراث فقال: إنَّ الرجل إذا فرَّط في زكاته وجب أخذ ذلك من رأس ماله. وهذا ظاهر ببداء الرأي؛ لأنه حق من الحقوق فيلزم أدائه عنه بعد الموت كحقوق الآدميين لاسيما والزكاة مصرفها إلى الآدمي. وقال أبو حنيفة ومالك: إن أوصى بها أديت من ثلثه، وإن سكت عنها لم يخرج عنه شيء. قالوا: لأن ذلك موجب لترك الورثة فقراء؛ إلا أنه قد يتعمد ترك الكل حتى إذا مات استغرق ذلك جميع ماله فلا يبقى للورثة حق <<⁴، وعند الحنابلة: >> فأما دين الله تعالى كال كفارة والنذر... كدين الآدمي؛ لأنه دين يجب قضاؤه، فهو كدين الآدمي، يدل عليه قول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن دين الله أحق أن يقضى...<<⁵.

الظاهر إذن، أن الشافعية والحنابلة يعتبرون ديون الله تعالى ديوناً تقضى من جميع المال كديون الناس، ويذهب مالك وأبو حنيفة إلى إسقاطها كديون بالموت، وتتفد من الثلث إن هو أوصى بها.

ولقد ورد في السنة النبوية :

¹ محمد علي الصابوني ، المواريث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، لبنان، 1999، ص. 35.

² ابن حزم، مرجع سابق، ص. 129.

³ يقصد: ثبوت تقديم الديون والوصايا على الميراث.

⁴ أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجزء الخامس، مرجع سابق، ص. 58.

⁵ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الحنبلي، مرجع سابق، الجزء الرابع، ص. 268.

عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: >> أتى رجل النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال له: إن أختي نذرت أن تحج، وإنما ماتت. فقال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: لو كان عليها دينٌ أكنْت قاضيهِ؟ قال: نعم، قال: فأقض الله، فهو أحق بالقضاء <<¹.

كما ورد عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: >> نفس المؤمن مُعَلَّقةٌ بدينه حتى يقضى عنه <<².

الجمهور يوجب أداء ديون الله عزَّوجلَّ ولا يُسقطها، وقد قال النووي: >> فمن وجبت عليه زكاة وتمكَّن من أدائها عصى، ووجب إخراجها من تركته، عندنا بلا خلاف وبه قال جمهور الفقهاء. وقال أبو حنيفة: تسقط عنه الزكاة بالموت وهو مذهب عجيب <<³.

ثانياً: ديون العباد:

يطلق على ديون العباد تسمية: حقوق الآدميين أو حقوق الناس، لتمييزها عن ديون الله عزَّوجلَّ، ويقصد بها: >> تلك الديون التي لها مطالب من العباد، فهذه الديون وإن كانت في حياة المدين تتعلَّق بذمته إلا أنها بعد وفاته تتعلَّق بتركته <<⁴.

ومن أمثلة ديون العباد: قروض لم يف بها حال حياته، أثمان سلع وخدمات اشتراها ولم يدفع لصاحبها، وأجوراً لعماله لم يُسدِّدها، ومهر الزوجة⁵، ونحو ذلك. فإذا مات قبل الوفاء بهذه الديون المختلفة، فلهؤلاء الدائنين المطالبة بما لهم من حقوق، وتستوفى من التركة.

هذا التقسيم بين الديون إلى ديون الله عزَّوجلَّ وديون العباد يستعمله من يُميِّز بين قضاء كل قسم من هذه الديون، مثال ذلك الشافعية الذين يُقدِّمون ديون الله تعالى على ديون العباد، والأحناف والمالكية يهضمون هذا التصنيف من حيث أنهم يسقطون ديون الله تعالى بالوفاة⁶ ويوجبون قضاء ديون العباد من التركة، فيُحدِّدون بهذا التقسيم الديون التي تسقط والتي لا بد من قضاؤها.

كما يهم هذا التقسيم القانون الوضعي؛ إذ أنه لمَّا أحال المشرع الجزائري على أحكام الشريعة الإسلامية فيما لا نص فيه، فهو يكون قد أحال في تقسيم الديون وبيان ما يجب وفاؤه وطريقة الوفاء عند

¹ أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي، مرجع سابق، الجزء السادس، حديث رقم 6321، ص. 2464.

² أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، مرجع سابق، حديث رقم 2413، ص. 412.

³ محيي الدين بن شرف الدين النووي الدمشقي، مرجع سابق، الجزء السادس، ص. 146.

⁴ أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص. 65.

⁵ سعيد بويصري، أحكام الميراث بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص. 18 (هامش رقم 3).

⁶ ورد هذا الموقف مفصلاً، أنظر الصفحة 25 من هذه المذكرة.

التزام على الفقه الإسلامي، بالتالي أخطأ من يقول بأنه لا يهم القانونيين أن يدرسوا تقسيم الديون إلى ديون لله عز وجل وديون للناس، فالقانون الجزائري وُجد لتنظيم المجتمع الجزائري الذي دينه الإسلام، ومن هذا المنطلق فمسألة ديون الله وديون العباد واجب دراستها؛ لأنه لما كانت تخصم من التركة وتعلق بالذمة؛ فإنه من الضروري دراستها طالما نبحث الحقوق التي تتعلق بالتركة، لاسيما أن المشرع الجزائري لم يمنع هذا من جهة، وأنه أحال على أحكام الشريعة الإسلامية من جهة أخرى، وبإختصار نقول أن المشرع لما أحال على الشريعة الإسلامية يكون قد أقرّ بهذا التقسيم.

الفرع الثاني

الديون العينية والديون العادية

حسب هذا التقسيم، الديون نوعان: ديون تتعلّق بعين أو أعيان من التركة، وديون مطلقة أو عادية تتعلّق بالذمة لا بعين محدّدة. ونعرض هذين الصنفين تباعاً.

أولاً: الديون العينية:

يقصد بالديون العينية: >> هو ما يتعلّق بعين المال قبل وفاة المدين كرهنه قطعة أرض، أو وديعة لديه <<¹، والأمثلة كثيرة: >> المثال الأول: الأعيان المرهونة من ماله؛ فإن حق المرتهن فيه مقدّم على كل شيء. المثال الثاني: عبده الذي جنى في حياته جناية توجب ماله أو توجب قوداً ولكنه عُفي عنه في مقابل مال... والمثال الثالث: المبيع الذي لم يقبضه ولم يؤد ثمنه؛ فإن حق البائع في هذا المبيع مقدّم على كل ما عداه. المثال الرابع: الأعيان التي أجّرها وقبض أجزتها في حياته ومات قبل إنتهاء مدّة إيجارها؛ فإن المستأجر أحق بهذه الأعيان حتى يستوفي ما أعطى من الأجرة، وإنّما كانت هذه الأمثلة ونحوها مقدّمة على كل شيء حتى تجهيزه وتكفينه لأنها متعلّقة بعين المال قبل أن يصير تركة. وجعل الحنابلة هذا الحق مع قضاء الديون حقاً واحداً وقدموا عليه تكفين الميت وتجهيزه...<<².

ووردت هذه الأمثلة في القانون، نجد مثلاً ما تنص المادة 882 ق. م. ج أنه: >> الرهن الرسمي عقد يكسب به الدائن حقاً عينياً على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدّم على الدائنين التالبيين له في المرتبة في إستيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان <<³، فيتضح أن الرهن يُحوّل صاحبه أفضلية على غيره من الدائنين، فيكون له إستيفاء حقه مُتقدّماً؛ لأن له حقاً عينياً، وهذه الأفضلية تعتبر خاصية هامة من خصائص حق الرهن.

¹ شحاتة عبد الغني الصباغ، دروس في الفرائض، منشورات وزارة الشؤون الدينية، الجزائر، 1993، ص. 42.

² محمد محي الدين عبد الحميد، مرجع سابق، ص. 8 - 9.

³ أمر رقم 75 - 58، المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

ثانياً: الديون العادية:

يطلق على الديون العادية تسمية الديون المطلقة أو الديون المرسلة، ويقصد بها: >> المُسَمَّى شخصياً أو مرسلأ، وهذا الدَّين قد تعلقَ بذمة الميت وهو حي <<¹.

يضاف إلى هذا أن الديون العادية: >> تتعلَّق بذمة المدين ولم تتعلَّق بعين معينة <<²، أي أن الديون العادية تتعلَّق بذمة الشخص وليس بعين محدَّدة كما هو الحال في الديون العينية، ومثالها: القرض والأجرة وثمن المبيع، ونحوها³.

تتقدَّم الديون العينية على الديون العادية بلا خلاف، وكان الخلاف حول تقديم الديون العينية على مصاريف التجهيز والدفن. وتقدَّم الديون العادية على الوصايا والميراث كما قدَّمنا.

هذا التمييز بين الديون العينية والديون العادية، مهمٌّ لدى الأئمة الثلاثة: مالك وأبو حنيفة والشافعي، بحيث أنهم يُقدِّمون الديون العينية على مؤن التجهيز والدفن ويؤخِّرون الديون العادية للمرتبة الثالثة بعد هذه المصاريف؛ فهذا التصنيف مهمٌّ عندهم لمعرفة ما يُقدَّم من الديون وما يؤخر، كما يهَمُّ الحنابلة أيضاً فهمُ يقدِّمون الديون العينية على الديون المرسلة رغم أنهم يقدِّمون مصاريف التجهيز والدفن على قضاء الديون.

يعتبر هذا التصنيف مُهماً أيضاً لدى المشرع الجزائري؛ إذ أنه أخذ بمذهب الحنابلة، فيهمُّه هذا التقسيم مثلما يهَمُّ الحنابلة.

الفرع الثالث

ديون الصحة وديون المرض

حسب هذا التقسيم، الديون صنفان: ديون أجزاها المتوفى في حال صحته؛ أي في حال سلامته وصحته، وديون ترتبت عليه في حال مرض الموت الذي انتهى بموته، أو ما يسمى بالمرض الأخير.

يظهر بمجرد النظر في هذه التسميات أن ديون الصحة أكد وأقوى من ديون المرض حجية سواء في الإقناع أو في الإثبات، خاصة إذا علمنا أن فترة مرض الموت تؤثر فيها مجموعة من العوامل والتي منها: الشك في صحة ما يقرُّ به المريض وقيام التهمة في تصرفاته خاصة إذا كانت مع أحد ورثته. ونعرض هذين القسمين تباعاً.

¹ شحاتة عبد الغني الصباغ، مرجع سابق، ص. 42.

² رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص. 54.

³ سعيد بويزري، مرجع سابق، ص. 18 (هامش رقم 3).

أولاً: ديون الصحة:

يقصد بديون الصحة أنه: >> دين الصحة هو ما ثبت بالبينة¹ في حال الصحة أو في حال المرض² أو ما ثبت بإقرار المتوفى أو بنكوله³ عن اليمين حال الصحة <<⁴.

يتضح أن دين الصحة إما أن يكون دين صحة حقيقة: وهو ما كان ثابتاً بالبينة أو بالإقرار⁵ حال الصحة، وإما أن يكون دين صحة حكماً: وهو ما أقرَّ به في مرضه؛ عُلم ثبوته بطريق المعاينة، كما يجب عن مالٍ ملكه أو استهلكه⁶.

ثانياً: ديون المرض:

يقصد بديون المرض: >> هو ما ثبت بالإقرار في حال مرض الموت من غير أن يكون هناك دليل آخر عليه، ومرض الموت هو المرض الذي يؤدي إلى الموت غالباً ويعقبه الوفاة فعلاً <<⁷.

شمل هذا التعريف دين المرض حقيقة فقط، ونسأل عن وجودية دين مرض حكماً لا حقيقة مثلما يوجد دين صحة حكماً، والجواب: نعم، يوجد دين مرض حكماً، وهو الدين في الحالات التي هي في حكم المرض، مثال ذلك: إقرار من خرج للمبارزة أو خرج للقتل قصاصاً⁸.

¹ البينة: بمعنى الشهود، وهي وسيلة من وسائل الإثبات نصَّ عليها المشرع الجزائري بالمواد من 333 إلى 336 ق. م. ج. ² حال المرض: المرض المقصود هو مرض الموت، وليس مجرد مرضٍ عادي لا يؤدي للموت. ويُعرَّف مرض الموت بأنه: الذي يُعجز الرجل عن القيام بمصالحه خارج بيته، والمرأة عن القيام بمصالحها داخل بيتها، ويغلب فيه الهلاك، ويتصل به الموت. وإن من كان صحيحاً ولكن وُجد في حال يغلب هلاكه فيها ثم مات حكمه حكم مريض الموت، ومن هذا يؤخذ أن المرض لو أعجز صاحبه عن القيام بمصالحه ولكن حصل الشفاء منه لا يعتبر مرض الموت، وتكون تصرُّفات المريض فيه تصرُّفات الصحيح، وقالوا: إن المريض إذا طالت علته بأن مضت عليه سنة فأكثر من غير تغيير وإزدياد، يعتبر مرضه مرضاً لا يغلب فيه الهلاك، وتكون تصرُّفات المريض بعد تطاوله بمضي السنة عليه كتصرُّفات الصحيح، فلا يمكن الحكم على المرض بأنه مرض موتٍ إلا بعد موت المريض، نقلاً عن عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية: على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، الطبعة الثانية، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، 1990، ص. 239 - 240.

³ النكول عن اليمين حال الصحة: أي أحجم ولم يحلف حال صحته على إنقضاء دينه. فيبقى الدين قائماً، وقد نصَّت المادة 347 ق. م. ج على أن: >> كل من وُجِّهت إليه اليمين فنكل عنها دون ردّها على خصمه وكل من رُدَّت عليه اليمين فنكل عنها، خسر دعواه <<.

⁴ رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص. 55.

⁵ الإقرار: يقصد به الإقرار. وهو وسيلة من وسائل الإثبات، نظَّمها المشرع الجزائري في المادة 341 و342 ق. م. ج.

⁶ عبد المجيد المغربي، مرجع سابق، ص. 14.

⁷ رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص. 55.

⁸ أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص. 71.

والحكمة من هذا التمييز هي نفي التهمة عن المريض والحفاظ على حقوق الدائنين والورثة، بحيث تُقدّم الديون التي كانت في حال الصحة أو التي ثبتت بمعاينة الشهود ولو في المرض؛ لأنه لا يمكن التهمة فيما يثبت بمعاينة الشهود.

هذا التقسيم يعتمد الأحناف حيث قال القاضي أبو يوسف رحمه الله تعالى: >> وإذا أقرّ الرجل في مرضه الذي مات فيه بدين وعليه دين بشهود في صحته وليس له وفاء، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول: يبدأ بالدين المعروف الذي في صحته فإن فضل عنه شيء كان للدين أقر لهم في المرض بالحصص، ألا ترى أنه حين مرض أنه ليس يملك من ماله شيئاً، ولا تجوز وصيته لما عليه فيه من الدين؟ فكذاك إقراره له. وبه نأخذ...<<¹.

يرى الجمهور بالأول فرق بين ديون الصحة والمرض، وقد ذكر الزحيلي أنه: >> تُقدّم عند الحنفية ديون الصحة كالقرض والمهر والأجرة التي لزم الميت حال صحته على ديون المرض. وسوى الجمهور بين ديون الصحة وديون المرض، فهي في مرتبة سواء <<².

بعدما فرغنا من تقسيمات الديون، ننتقل إلى دراسة أحكام الديون أين سنعتمد على هذه التقسيمات خاصة عند الحديث في تزامم الديون.

المطلب الثالث

أحكام الديون

تعتبر الأحكام المتعلقة بالديون بالغة الأهمية، خاصة لما تكون مضافة إلى أجل، أو لما تكون كثيرة فنتزاحم، أو لما تستغرق التركة.

نبحث في أحكام الديون ثلاثة مسائل: الأولى في الديون المؤجلة ووقت تعلّقها بالتركة، والثانية في تزامم الديون، والثالثة في إستغراقها للتركة. ونعرض هذه المسائل تباعاً.

الفرع الأول

الديون المؤجلة ووقت تعلّقها بالتركة

قد يترك الشخص عند موته ديوناً حالّة بدون أجل، وديوناً مؤجلة إلى أجل مُسمّى. فالحالّة لا إشكال في أنها تستوفى بعد الموت مباشرة من التركة. لكن التساؤل يكون عن الديون المؤجلة إلى أجل،

¹ أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري، إختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، مطبعة الوفاء للنشر والتوزيع، مصر، 1937، ص. 62.

² وهبة الزحيلي، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص. 339.

إن يبقى الدين حتى يحين أجله، أم يحل بالموت، ولكل من الفقه الإسلامي والمشرع الجزائري موقف من هذه المسألة. ونعرض الموقفين تباعاً.

أولاً: موقف الفقه الإسلامي:

لقد اختلف الفقهاء في حلول الأجل بموت المدين، فمنهم من يرى سقوط الأجل بالموت ومنهم من يقول ببقاء الدين إلى أجله. وذكر ابن قدامة هذه النقطة، فقال: <> إن مات وعليه ديون مؤجلة، فهل تحل بالموت؟ فيه روايتان؛ لا إحداهما، لا تحل إذا وثق الورثة. وهو قول ابن سيرين، وعبد الله بن الحسن، وإسحاق، وأبي عبيد. وقال طاؤس، وأبو بكر بن محمد، والزهري وسعد بن إبراهيم: الدين إلى أجله. وحكي ذلك عن الحسن. والرواية الأخرى: أنه يحل بالموت. وبه قال الشعبي، والنخعي، وسوار، ومالك، والثوري، والشافعي، وأصحاب الرأي؛ لأنه لا يخلو إما أن يبقى في ذمة الميت، أو الورثة، أو يتعلق بالمال. لا يجوز بقاؤه في ذمة الميت لخرابها وتعذر مطالبته بها، ولا ذمة الورثة؛ لأنهم لم يلتزموها، ولا رضي صاحب الدين بدمهم، وهي مختلفة متباينة، ولا يجوز تعليقه على الأعيان وتأجيله؛ لأنه ضرر بالميت وصاحب الدين، ولا نفع للورثة فيه <>¹.

يظهر من هذا القول أن الجمهور يسقطون الأجل في الديون المؤجلة بالموت. أما الحنابلة فلهم روايتين يذكر فيهما ابن قدامة أنه: <> ولنا... أن الموت ما جعل مُبطلاً للحقوق، وإنما هو ميقات للخلافة وعلامة على الورثة وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم من ترك حقاً أو مالاً فلورثته... فعلى هذا يبقى الدين في ذمة الميت كما كان، ويتعلق بعين ماله كما يتعلق حقوق الغرماء بمال المفلس عند الحجر عليه. فإن أحب الورثة أداء الدين، والتزامه للغريم، ويتصرفون في المال، لم يكن لهم ذلك، إلا أن يرضى الغريم أو يؤثفوا الحق بضمين مليء، أو رهن يثق به لوفاء حقه، فإنهم قد لا يكونون أملياء، ولم يرض بهم الغريم، فيؤدي ذلك إلى فوات الحق... وإن مات مفلس وله غرماء، بعض ديونهم مؤجل، وبعضها حال، وقلنا: المؤجل يحل بالموت. تساوا في التركة فاقتموها على قدر ديونهم. وإن قلنا: لا يحل بالموت. نظرنا؛ فإن وثق الورثة لصاحب المؤجل، اختص أصحاب الحال بالتركة، وإن امتنع الورثة عن التوثيق، حل دينه، وشارك أصحاب الحال، لئلا يفضي إلى إسقاط دينه بالكلية <>².

ثانياً: موقف المشرع الجزائري:

لقد أخذ المشرع الجزائري الأحكام المتعلقة بأوصاف الإلتزام - ومن بين الأوصاف: الأجل - من القانون المدني المصري، وقد قال الدكتور السنهوري في أجل الديون أنه: حق الأجل في الدين قام فيه خلاف من حيث إتصاله بشخص المدين لا بشخص الدائن، فهو يورث عن الدائن بلا خلاف، فإذا مات

¹ موقف الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الحنبلي، مرجع سابق، الجزء السادس، ص. 567.

² المرجع نفسه، ص. 568 - 569.

الدائن قبل حلول الأجل، لم يسقط، وعلى ورثته التبرص حتى يحلَّ الأجل ليطالبوا بحق مورثهم. أما إذا مات المدين قبل حلول الأجل، فمن يقول باتصال الأجل بشخص المدين يسقطون الأجل بموته. وهذا القول يتعارض مع ما هو مقرَّر في القانون المصري من أن الأجل وصفٌ في الدَّين ولا يتصل بشخص المدين، فإذا مات المدين لم يحلَّ الأجل، وقد حضرت المادة 273 مدني¹ أسباب سقوط حق المدين، وليس الموت من بينها، فالأجل إذن لا يسقط بموت المدين، ولا شك في أن هذا هو القانون الوضعي في مصر، فلا تجوز مخالفته. والأقرب إلى القانون في هذه المسألة هو رواية في المذهب الحنبلي².

من الواضح أن المشرع الجزائري قد أخذ بطريق المشرع المصري؛ لإتفاقيهما في هذه الأحكام، واعتمد بطريقة غير مباشرة على رواية المذهب الحنبلي التي خالفت الجمهور.

الفرع الثاني

تزامم الديون

لا إشكال في قضاء الديون إذا كانت التركة تتسع للوفاء بها جميعاً، فتوفى كلُّها حتى تبرأ ذمة المدين المتوفى، وفي هذه الحالة قد لا يهْمُّنا الترتيب بين الديون كثيراً، لكن في حالة ضيق التركة وعدم إتساعها لقضاء جميع الديون، فيكون للترتيب والمفاضلة بين الديون أثر هام، لوجود التزام بين الديون يستدعي التفضيل والتمييز بين الديون. ونعرض هنا موقف الفقه الإسلامي ثم المشرع الجزائري.

أولاً: موقف الفقه الإسلامي:

لقد سبق أن أشرنا إلى آراء الفقهاء في كل قسم من تقسيمات من الديون - مثال ذلك أن الديون العينية هي أقوى الديون فنتقدَّم على باقي الديون الأخرى - ولا يبقى لنا هنا إلا ذكر خلاصتها، وتحديد موقف المذاهب من جميع التقسيمات في حال التزام.

فعد المالكية: الديون العينية مُقدَّمة حتى على مصاريف التجهيز والدفن، فمن باب أولى أنها تقدَّم في إستيفائها على الديون المطلقة (العادية)، أما فيما بين ديون الله تعالى وديون العباد فلا التزام؛ لأن ديون الله عزَّوجلَّ تسقط بالموت في أشهر الأقوال عن الإمام مالك رحمه الله؛ فإن أوصى بها فقد تزامم الوصايا³، وتبقى فقط ديون العباد المطلقة ولا تمييز فيها بين ديون صحة وديون مرض.

¹ نص المادة 273 ق. م. م يقابلها نص المادة 211 ق. م. ج، والنصان متطابقان تماماً.

² عبد الرزاق أحمد السَّنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء التاسع: أسباب كسب الملكية، المجلد الأول، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص. 91 - 92.

³ ورد التزام الوصايا مُفصلاً، أنظر الصفحة 71 من هذه المذكرة.

عند الأحناف: الديون العينية مُقدّمة على كل شيء، والتركة عندهم هي ما بقي بعد الديون العينية، ولا تزاحم فيما بين ديون الله العظيم وديون العباد المطلقة؛ لأنهم يسقطون ديون الله تعالى بالموت¹، والمشهور عندهم تقديم ديون الصحة على ديون المرض.

لدى الشافعية: الديون العينية تتقدّم على مؤن التجهيز والدفن، مثل المالكية والأحناف في هذه المسألة، وتتقدّم بذلك على الديون المطلقة. وهؤلاء لا يسقطون ديون الله تعالى، وفي حال التزاحم بينها وبين ديون العباد، فقد ذكر النووي أنه: >> وإذا اجتمع في تركة الميت دين الله تعالى ودين للآدمي، كزكاة وكفارة ونذر وجزاء صيد وغير ذلك. فيه ثلاثة أقوال مشهورة ذكرها المصنف بأدلتها، أحصاها: يقدم دين الله تعالى...<<²، ثم لا تمييز بين ديون صحة ومرض، وذكر الشيرازي أنه: >> وإن أقرّ لرجل بدين في الصحة وأقرّ لآخر بدين في المرض وضاق المال عنهما، فُسّم بينهما على قدر الدينين؛ لأنهما حقان يجب قضاؤهما من رأس المال ولم يُقدّم أحدهما على الآخر، كما لو أقرّ لهما في حال الصحة <<³.

عند الحنابلة: تتقدّم الديون العينية على الديون المطلقة، ولا يسقطون ديون الله عزّوجلّ، وفي حال التزاحم؛ فإنه يتحصّل⁴ ديون الله تعالى وديون العباد المطلقة، وذكر ابن قدامة أنه: >> وإن مات من وجبت عليه الفطرة قبل أدائها، أخرجت من ماله، فإن كان عليه دين وله مال يفي بهما، فُضيا جميعاً، وإن لم يَفِ بهما قسّم بين الدين والصدقة بالحصص. نص عليه أحمد في زكاة المال، أن التركة تقسّم بينهما، كذا ها هنا. فإن كان عليه زكاة مال وصدقة الفطر ودين، فزكاة الفطر والمال كالشيء الواحد لإتحاد مصرفها، فيُحصّان الدين. وأصل هذا أن حق الله سبحانه، وحق الآدمي إذا تعلّقاً بمحل واحد، فكانا في الذمة أو كانا في العين، تساويًا في الإستيفاء <<⁵، ولا تمييز بين ديون الصحة والمرض.

وتجدر الإشارة إلى أنه في ديون المرتبة الواحدة أين لا توجد مفاضلة، ولا يكفي المال لوفائها جميعاً، يقسّم عليها المال بالحصص أي قسمة غرماء. ومثال ذلك أن يكون للدائنين حقوق على المتوفى غير موثقة برهون، فهي تعتبر ديوناً للعباد وتعدّ ديوناً عادية، وهي إذن في مرتبة واحدة لا مفاضلة بينها؛ فإذا لم يكف المال قسّم بينهم قسمة غرماء.

¹ ورد هذا الرأي مُفصّلاً، أنظر الصفحة 25 من هذه المذكرة.

² محيي الدين بن شرف الدين النووي الدمشقي، الجزء السادس، مرجع سابق، ص. 146.

³ أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، مرجع سابق، الجزء الثالث، ص. 472.

⁴ المحاصصة: هي التقسيم بالحصص، وتسمى بالقسمة التناسبية، والمصطلح القانوني لها هو: قسمة الغرماء، والمعنى أن كل دائن يأخذ من مال مدينه وفاءً بقدر نسبة دينه من مجموع الديون. مثال ذلك الدائن أحمد دينه 600 دج من مجموع الديون 2000 دج، فنسبة دينه 30%، فيأخذ من مجموع مبلغ الوفاء وفاءً بقيمة 30%، لو افترضنا أن مبلغ الوفاء هو 1200 دج (أقل دائماً من مجموع الديون) فالدائن أحمد يأخذ كوفاءً له مبلغ 360 دج (أي 30% من 1200 دج)، نقلاً عن شحاتة عبد الغني الصباغ، مرجع سابق، ص. 42.

⁵ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الحنبلي، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص. 317.

ثانياً: موقف المشرع الجزائري:

لم ينص المشرع الجزائري صراحة على ما يجب العمل به عند تراحم الديون المختلفة على التركة، إلا أنه يمكن إستنباطه بالإعتماد على بعض النصوص.

لقد إعتد المشرع الجزائري على رأي الحنابلة في تقديم مؤن التجهيز والدفن على الديون كلّها سواء كانت عينية أو مطلقة، ورأي الحنابلة يقدم الديون العينية على الديون المرسلة ويمكن القول بأن المشرع قد أخذ به أيضاً، والدليل نص المادة 188 ق. م. ج التي تنصّ أنه: << أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه. وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقاً للقانون، فإن جميع الدائنين متساوون تجاه هذا الضمان >>¹، ومثال حق الأفضلية الرهن حيث نصّت عليه المادة 882 ق. م. ج².

يتضح من هذه النصوص تقديم الديون العينية على الديون المرسلة (المطلقة)، ثم لا تمييز فيها بين ديون صحة أو مرض، ولا بين ديون الله تعالى وديون العباد؛ إلا أن الدكتور كافي قال: << ولا بد من الإشارة إلى أن ديون العباد مُقدّمة على ديون الله تعالى كالزكاة والكفارات والندور >>³.

وذهب إجتهد المحكمة العليا إلى التمييز بين ديون الصحة وديون المرض، بحيث تقدّم الأولى على الأخيرة، وذلك لإحتمال أن يكون هناك تواطؤ في فترة المرض المتّصل بالموت مع بعض الدائنين أو الورثة؛ ولأن تصرفات المريض محدودة الأثر وقابلة للنقض والإبطال فيما زاد عن ثلث تركته بعد وفاته⁴.

الفرع الثالث

إستغراق الديون للتركة

لا تخلو التركة مهما كانت من أحد أمرين: فإما أن تكون خالية من الديون، وفي هذه الحالة تنتقل إلى الورثة عقب موت مورّثهم، بإعتبارهم الخلف العام له في ذمته، ولا خلاف في هذا. وإما أن تكون التركة مدينة، وفي هذه الحالة قد تكون مستغرقة كلها بالديون وقد تكون غير مستغرقة بها، ومعنى الإستغراق هو أنه لا يبقى بعد سداد الديون مال؛ بل وفوق ذلك قد لا تكفي التركة لسداد الديون فنكون أمام حالة التزاحم، وفي جميع الأحوال لا توفى الحقوق المتعلقة بالتركة التي تلي الديون في المرتبة إذا كانت التركة مستغرقة؛ وبهذا تتضح أهمية ترتيب الحقوق المتعلقة بالتركة بصورة جليّة، فلا تنفد وصايا ولا يأخذ الورثة أيّ ميراث.

¹ أمر رقم 75 - 58، المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

² نص المادة 882 ق. م. ج ورد كاملاً، أنظر الصفحة 27 من هذه المذكرة.

³ منصور كافي، المواريث في الشريعة والقانون، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص. 34.

⁴ راجع: المحكمة العليا، قرار مؤرخ في 9 جويلية 1984، المجلة القضائية، العدد 3، السنة 1989، ص. 51.

فلإستغراق وعدم الإستغراق إذن، آثار على ملكية التركة والتصرف فيها، ولكل من فقهاء الشريعة الإسلامية والمشرع الجزائري موقف من هذه المسألة. ونعرض الموقفين تباعاً.

أولاً: موقف الفقه الإسلامي:

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة إنتقال التركة إلى الورثة، وكذا في مدى صحة تصرف الورثة في التركة قبل سداد الديون. فكانت آراؤهم كما يأتي:

عند المالكية: ذكر سحنون أنه: <<... قلت أرأيت إن باع الورثة تركة الميت فأكلوها واستهلكوها، ثم قديم قوم فأقاموا البيّنة على دين لهم على الميت، قال: قال مالك: إن كان الرجل الميت معروفاً بالدين، فبادر الورثة الغرماء، فأخذوا ماله فباعوه واقتسموه وأكلوه، كان للغرماء أن يأخذوا مال الميت حيثما وجدوه، ولا يجوز بيع الورثة، وإتبع الذين اشتروا الورثة. وإن كان الرجل الميت لا يعرف بالدين، فباعوا على مثل ما يبيع الناس تركة ميتهم، إتبع الغرماء الورثة، ولم يكن لهم على من اشتري منهم سبيل، ولا يأخذون من الذين اشتروا ما في أيديهم. قال ابن القاسم أخبرني بهذا عن مالك غير واحد من أصحابنا >>¹.

عند الأحناف: ذكر السرخسي أن: << الدين إذا كان محيطاً بالتركة يمنع ملك الوارث في التركة، وإن لم يكن محيطاً فكذا، في قول أبي حنيفة رحمه الله الأول. وفي قوله الآخر لا يمنع ملك الوارث بحال، لأنه يخلف المورث في المال، والمال كان مملوكاً للميت في حال حياته مع اشتغاله بالدين كالمرهون، فكذاك يكون ملكاً للوارث... فقد جعل الله تعالى أوان الميراث بعد قضاء الدين، والحكم لا يسبق أوانه. فيكون حال الدين كحال حياة المورث في المعنى، ثم الوارث يخلفه فيما يفضل من حاجته. فأما المشغول بحاجته لا يخلفه وارثه فيه. وإذا كان الدين محيطاً بتركته، فالمال مشغول بحاجته، وقيام الأصل يمنع ظهور حكم الخلف. ولا يقول يبقى مملوكاً بغير مالك، لكن تبقى مالكية المديون في ماله حكماً لبقاء حاجته >>²، وذكر الزيلعي أنه: << ولأبي يوسف رحمه الله أن الدين بالموت يتعلق بالتركة لخراب الذمة، ولهذا لا يثبت الملك فيها للوارث ولا ينفذ تصرفه فيها إذا كانت مستغرقة بالدين >>³.

لدى الشافعية: ذكر الشيرازي أن: << من مات وعليه ديون، تعلقت الديون بماله كما تتعلق بالحجر في حياته... فإن تصرف الورثة في التركة قبل مضي الدين، ففيه وجهان: أحدهما لا يصح؛ لأنه مال تعلّق به دين فلا يصح التصرف من غير رضا من له الحق كالمرهون. والثاني يصح؛ لأنه حق تعلّق بالمال من غير رضا المالك، فلم يمنع التصرف كمال المريض. وإن قلنا إنه يصح، فإن قضى

¹ مالك بن أنس، المدونة الكبرى، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، لبنان، 1994، ص. 62 - 63.

² شمس الدين السرخسي، الجزء التاسع والعشرون، مرجع سابق، ص. 137.

³ جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف الحنفي الزيلعي، تبين الحقائق، الجزء السادس، المطبعة الأميرية للنشر والتوزيع، مصر، (د. ت. ن)، ص. 214.

الوارث الدَّين نفذ تصرُّفه وإن لم يقض فسبخنا... وإذا قُسم مال المفلس أو مال الميت بين الغرماء، ثم ظهر غريم آخر، رجع على الغرماء وشاركهم فيما أخذوه على قدر دَينه؛ لأننا إنما قسّمنا بينهم بحكم الظاهر أنه لا غريم له غيرهم؛ فإن بان بخلاف ذلك وجب نقض القسمة، كالحاكم إذا حكم بحكم ثم وجد النص بخلافه <<¹.

عند الحنابلة: ذكر ابن قدامة أنه: << حكى بعض أصحابنا فيمن مات وعليه دين، هل يمنع الدَّين نقل التركة إلى الورثة؟ على روايتين: إحداهما، لا يمنعه، للخبر؛ ولأن تعلق الدَّين بالمال لا يزيل الملك في حق الجاني والراهن والمفلس، فلم يمنع نقله. فإن تصرف الورثة في التركة ببيع أو غيره صح تصرفهم، ولزمهم أداء الدَّين، فإن تعدَّر وفاؤه فُسح تصرفهم، كما لو باع السيد عبده الجاني أو النصاب الذي وجبت فيه الزكاة. والرواية الثانية، يمنع نقل التركة إليهم، لقول الله تعالى: <<... مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ...>>². فجعل التركة للوارث من بعد الدَّين والوصية، فلا يثبت لهم الملك قبلها. فعلى هذا، لو تصرف الورثة لم يصح تصرفهم؛ لأنهم تصرفوا في غير ملكهم، إلا أن يأذن الغرماء لهم، وإن تصرف الغرماء لم يصح إلا بإذن الورثة <<³.

وقال الدكتور السنهوري أن إختلاف المذاهب الفقهية في منع الورثة من التصرف في أعيان التركة قبل سداد الديون لا يرجع إلى عدم انتقال الملكية إليهم قبل ذلك، بل يرجع إلى حماية دائني التركة⁴.

ثانياً: موقف المشرع الجزائري:

لم يتعرض المشرع الجزائري في قانون الأسرة لمسألة انتقال الملكية من المورث إلى خلفه العام؛ أي إلى الورثة، ونرى أن هذا أمر صائب؛ إذ أن قانون الأسرة يُعنى بمسائل الأحوال الشخصية لا الأحوال العينية، وهذه الأخيرة إنما هي من مواضيع القانون المدني والنصوص الخاصة المتصلة به كالقانون المتعلق بمسح الأراضي وإعداد السجل العقاري الذي نظم مسألة في الملكية العقارية، ولقد ذهب الدكتور بلحاج العربي للإجتهد والجزم بأنه: << لا حق للورثة في مال المورث إلا بعد سداد الديون وتنفيذ الوصايا، وأنه لا ملكية للورثة طبقاً للقانون الجزائري إلا بعد الوفاء بجميع الديون في التركة المدينة، ولا تصح قسمة التركة قبل وفاء الديون، وكل تصرف من بيع أو هبة قبل سداد الدَّين يعتبر باطلاً؛ لأنه تصرف فيما لا يملكه الوارث >>⁵.

¹ أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص. 124 - 125.

² سورة النساء، الآية 11.

³ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الحنبلي، الجزء السادس، مرجع سابق، ص. 569.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص. 104.

⁵ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني (الميراث والوصية)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص. 48.

غير أن المشرع الجزائري نصَّ في المادة 15 / 2 أنه: >> غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية >>¹، فهنا قد صرَّح المشرع بأن انتقال الملكية من المورث إلى الوارث يسري من يوم الوفاة؛ إذ تعتبر الوفاة واقعة مادية وسبب لنقل الملكية؛ فإذا حدث السبب تحقق الأثر، وعلى هذا نقول أنه لا إجتهد في معرض النص الصريح. وتجدر الإشارة إلى أن المادة 108 ق. م. ج راعت في انتقال الآثار إلى الخلف العام القواعد المتعلقة بالميراث، وذكر الدكتور السيد تناغو أنه: >> معنى مراعاة قواعد الميراث في انتقال الآثار إلى الخلف العام هو أن ديون المورث تنتقل إلى الوارث في حدود ما آل إليه من التركة >>².

كما نصَّ المشرع الجزائري في المادة 181 / 1 ق. أ. ج أنه: >> يراعى في قسمة التركات أحكام المادتين 109 و 173 من هذا القانون، وما ورد في القانون المدني فيما يتعلق بالملكية الشائعة >>³، ومن هذه الأحكام أن للقسمة أثر كاشف لحصص الملاك على الشيوع، والمالك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً، وهذا ما جاء في المادة 714 / 1 ق. م. ج حيث أنه: >> كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها، وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء >>⁴، وهذه الملكية من بدء الشيوع لا من وقت القسمة؛ إذ تنص المادة 730 ق. م. ج أنه: >> يعتبر المتقاسم مالاً للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالاً في الشيوع، وإن لم يكن مالاً على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى >>⁵، ووقت بدء الشيوع هو وقت موت المورث وانتقال التركة للورثة.

إضافة إلى ما سبق، فقد نظمَّ المشرع الجزائري أحكام بيع التركة، ونصَّ عليها بالمواد من 404 إلى 407 ق. م. ج. والتركة هي مجموع من المال قبل قسمتها وتوزيعها على الورثة، أما بعد التصفية والقسمة فتعتبر أموالاً للورثة ولا ينطبق عليها اسم التركة وبهذا يمكن القول أن تصرف الورثة قبل القسمة صحيح.

وقد قرَّر المشرع الجزائري حماية دائني التركة، فحقوقهم تتقدَّم على حق الورثة؛ لذا نصَّ في المادة 405 ق. م. ج أنه: >> إذا بيعت تركة، فلا يسري البيع في حق الغير إلا إذا قام المشتري بالإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة. فإذا نصَّ القانون على إجراءات لنقل الحقوق المذكورة بين

¹ أمر رقم 75 - 74 مؤرخ في 8 ذي القعدة عام 1395 الموافق 12 نوفمبر سنة 1975، يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج ر عدد 92 الصادرة في 18 نوفمبر 1975.

² سمير عبد السيد تناغو، مصادر الإلتزام: العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون، (د. د. ن)، مصر، 2000، ص. 112.

³ قانون رقم 84 - 11، المتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

⁴ أمر رقم 75 - 58، المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

⁵ المرجع نفسه.

المتعاقدين، ووجب أيضا أن تتم هذه الإجراءات <¹، وهذه العبارة يقصد بها شهر حق الإرث، بحيث لا يمكن للمشتري أن يشهر سند ملكيته إلا إذا قام الوارث بشهر حق الإرث.

لا يحول عدم شهر حق الإرث دون إنتقال الملكية إلى الوارث بمجرد وفاة المورث كما أسلفنا؛ لأن الجزء الذي رتبّه القانون على عدم شهره هو عدم جواز شهر أي تصرف يصدر من الوارث في حق من الحقوق العينية العقارية التي تشتمل عليها التركة.

وبناءً على هذا؛ فإن تصرف الوارث في عقار من عقارات التركة قبل شهر حق الإرث يعتبر صادراً من مالك، وهو صحيح، كل ما هنالك أنه لا يشهر هذا التصرف عملاً بقاعدة الشهر المسبق².

وخلاصة القول أن حقوق الدائنين تُوفى من التركة جبراً، كما تُوفى كذلك مصاريف التجهيز والدفن. ونظراً لوجوب هذين الحقين؛ فإنهما يتقدّمان على التبرع والميراث.

¹ أمر رقم 75 - 58، المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

² رمضان علي السيد الشرنباصي ، جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، مرجع سابق، ص. 61 - 62.

الفصل الثاني

الوصايا

لا تقتصر حقوق غير الورثة في التركة على مصاريف التجهيز والدفن والديون الثابتة في الذمة فقط، بل تمتد لتشمل الوصية¹.

تعتبر الوصية تصرفاً حثَّ عليه الشرع الإسلامي، فكان النص عليها وارداً في الكتاب والسنة والإجماع، قال الله تعالى: << مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا... >>²، وفي السنة النبوية وردت أحاديث كثيرة، نذكر منها: قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: << إِنْ اللَّهُ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ زِيَادَةً لَكُمْ فِي أَعْمَالِكُمْ >>³، أما في الإجماع فقد أخذ بها الكافة من أهل العلم واجتهدوا في البحث فيها وبيان أحكامها، وقال ابن قدامة: << أجمع العلماء في جميع الأمصار والأعصار على جواز الوصية >>⁴، أي أن العلماء في كل مكان وزمان أجمعوا على أن الوصية جائزة.

والوصية آخر حق يترتب لغير الورثة في التركة، ومرتبها هي بعد قضاء الديون ودفع مصاريف التجهيز والدفن وقبل الميراث، وهذا لا خلاف فيه⁵.

نجد أن المشرع الجزائري نصَّ على الوصية ونظَّمها ببعض النصوص القانونية⁶، فكانت بهذا أوفر حظاً من الحقيين السابقين في عناية المشرع.

نظراً لأهمية هذه المسألة؛ نعرض مفهوم الوصية (مبحث أول)، ثم أحكامها (مبحث ثان).

¹ تعتبر الوصية كأصل عام حقاً لغير الورثة، لكن قد يحدث أن يكون الموصى له أحد الورثة، وفي هذه الحالة صفته كوارث تؤثر في الإيصال له، بحيث يتوقف نفاذ الوصية له على إجازة باقي الورثة ولو لم تتجاوز الثلث. ورد هذا الحكم بالتفصيل، أنظر الصفحة 52 من هذه المذكرة.

² سورة النساء، الآية 12.

³ أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، مرجع سابق، حديث رقم 2709، ص. 460.

⁴ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الحنبلي، مرجع سابق، الجزء الثامن، ص. 390.

⁵ ورد هذا الحكم بالتفصيل، أنظر الصفحة 22 وما بعدها من هذه المذكرة.

⁶ نصَّ المشرع الجزائري على الوصية في الكتاب الرابع من ق. أ. ج بموجب المواد من 184 إلى 201، كما نصَّ عليها بموجب المواد من 775 إلى 777 في ق. م. ج.

المبحث الأول

مفهوم الوصية

لقد أسلفنا القول بأن الوصية تصرّف متميز، إذ ينشأ في الحياة وينتج آثاره بعد الموت، والوصية جائزة شرعاً وقانوناً، والحكمة من تشريعها إعطاء فرصة للموصي للزيادة في الإحسان والعمل الصالح وللتقرب إلى الله تعالى، وبالنسبة للموصى له فهي نفع يغنيه ويستعين به في قضاء إحتياجاته.

وتعتبر الوصية مسألة بالغة الأهمية يتوجب على من يُنشئها (الشخص الذي يُنشئ الوصية سواءً الذي يرغب بإجرائها وهو الموصي، أو الذي يقوم بإعدادها وهو الموثق في أغلب الحالات) ومن يقوم بتصفية التركة¹، أن يفهمها حتى يتسنى له إنشاؤها صحيحة.

من أجل فهم الوصية نبحت ثلاثة مسائل: الأولى في المقصود بالوصية (مطلب أول)، والثانية في شروطها (مطلب ثان)، والثالثة في تقسيماتها (مطلب ثالث). ونعرض هذه المسائل تباعاً.

المطلب الأول

المقصود بالوصية

كما أسلفنا الحديث، فلبحت في أي موضوع، لا بد من معرفة المقصود به قبل كل شيء. وكذلك الأمر هنا، فلا يتأتى لنا دراسة أحكام الوصية ولا أقسامها قبل أن نعرف أولاً ما يُقصد بها.

ولتوضيح المقصود بالوصية؛ نبحت مسألتين: الأولى في تعريف الوصية، والثانية في التصرفات التي تلحق بها. ونعرض هاتين المسألتين تباعاً.

الفرع الأول

تعريف الوصية

للوصية تعريف لغوي باعتبارها كلمة من اللغة العربية، وتعريف إصطلاحي باعتبار وزنها في الشرع والقانون. وفيما يلي، نعرض التعريف اللغوي ثم الإصطلاحي تباعاً.

¹ التصفية: يقصد بتصفية التركة تخليصها من الحقوق المتعلقة بها، حتى يبقى الرصيد صافياً، ومصطلح التصفية هو مصطلح محاسبي. والتصفية لغة من الصفاء، والصفّي: الخالص من كل شيء، نقلاً عن ابن منظور، مرجع سابق، المجلد الرابع عشر، ص. 569.

أولاً: تعريف الوصية لغة:

الوصية من الفعل وصَّى، ويقال: >> وصَّيَ: أَوْصَى الرَّجُلَ وَوَصَّاهُ: عَهَدَ إِلَيْهِ... وَأَوْصَيْتَ لَهُ بِشَيْءٍ وَأَوْصَيْتَ إِلَيْهِ إِذَا جَعَلْتَهُ وَصِيَّكَ. والوصِيَّةُ: ما أَوْصَيْتَ بِهِ، وَسُمِّيَتْ وَصِيَّةً لِاتِّصَالِهَا بِأَمْرِ الْمَيِّتِ >>¹.

ثانياً: تعريف الوصية اصطلاحاً:

تُعرَّف الوصية شرعاً بأنها: >> هبة الإنسان غيره عيناً أو ديناً أو منفعة على أن يملك الموصى له الهبة² بعد موت الموصي >>³.

وهناك من عرَّف الوصية بأنها: >> تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع >>⁴.

التعريف الأخير هو ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 184 ق. أ. ج التي تنصُّ أنه: >> الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع >>⁵.

الفرع الثاني

التصرُّفات التي تلحق بالوصية

هناك تصرُّفات ليست عند إجرائها وصية، أي المتصرِّف لا يصرِّح بأنه يوصي، ومثال هذه التصرُّفات الهبة؛ فإذا كانت قد وقعت في مرض الموت، تعتبر بمثابة وصية. وأشار إلى هذه المسألة كلُّ من فقهاء الشريعة والمشرع الجزائري ونعرض مواقفهم تباعاً.

أولاً: موقف الفقه الإسلامي:

ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى إعطاء بعض التصرُّفات متى حدثت في مرض الموت حكم الوصية، وذكر ابن قدامة أنه: >> ما أعطى في مرضه الذي مات فيه، فهو من الثلث. وجملة ذلك أن التبرعات المنجزة كالعتق، والمحاباة، والهبة المقبوضة، والصدقة، والوقف، والإبراء من الدين، والعفو عن الجناية الموجبة للمال، إذا كانت في الصحة فهي من رأس المال، لا نعلم في هذا خلافاً. وإن كانت في

¹ ابن منظور، مرجع سابق، المجلد الخامس عشر، ص. 460.

² تتميز الهبة عن الوصية بكون الهبة تنجز في الحال أما الوصية فتملك ينجز بعد موت الموصي، ومقدار الهبة غير محدد أما في الوصية فلا يتعدى الثلث.

³ السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث: المعاملات، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، لبنان، 1971، ص. 583.

⁴ المرجع نفسه.

⁵ قانون رقم 84 - 11، المتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

مرض مخوف إتصل به الموت، فهي من ثلث المال، في قول جمهور العلماء... وحكم العطايا في مرض الموت المخوف، حكم الوصية في خمسة أشياء؛ أحدها يقف نفوذها على خروجها من الثلث أو إجازة الورثة. الثاني، أنها لا تصح لوارث إلا بإجازة بقية الورثة. الثالث، أن فضيلتها ناقصة عن فضيلة الصدقة في الصحة... الرابع، أنه يزاحم بها الوصايا في الثلث. الخامس، أن خروجها من الثلث معتبر حال الموت، لا قبله ولا بعده. وتفارق الوصية في ستة أشياء؛ أحدها، أنها لازمة في حق المعطي ليس له الرجوع فيها... الثاني، أن قبولها على الفور في حال حياة المعطي وكذلك ردّها... الثالث، أن العطية تقتقر إلى شروطها المشروطة لها في الصحة... الرابع، أنها تقدّم على الوصية، وهذا قول الشافعي وجمهور الفقهاء. وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف وزفر... ولنا، أن العطية لازمة في حق المريض فقدّمت على الوصية... الخامس، أن العطايا إذا عجز الثلث عن جميعها، بُدئ بالأول فالأول... السادس، أن الواهب إذا مات قبل تقبيل هبة المنجزة، كانت الخيرة للورثة، إن شاءوا قبضوا، وإن شاءوا منعوا¹.

ثانياً: موقف المشرع الجزائري:

لقد تعرّض المشرع الجزائري للتصرفات التي يجريها الشخص في مرض الموت² وجعلها تخضع لأحكام الوصية، فنصّ في المادة 204 ق. أ. ج أنه: << الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية >>³. كما نصّ في المادة 776 / 1 ق. م. ج أن: << كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيّاً كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف >>⁴. وعدّ المشرع هذه التصرفات بمثابة الوصايا آتٍ من أن هذه التصرفات وإن كانت منجزة في الحال إلا أنها في حكم المضاف إلى ما بعد الموت من جهة، ولدخول تهمة الإيثار عليها من جهة أخرى. والمشرع بنصّه هذا قد حافظ على حقوق الورثة، وذلك بسدّه الباب على المريض إذ منعه من المحاباة في الأموال وتهريبها بغير وجه شرعي⁵. والواضح من النصّ أنه يشترط حتى يعتبر التصرف وصية وتسري عليه أحكامها؛ أن يصدر في مرض الموت وأن يكون مقصوداً به التبرع. وعلى الورثة أن يثبتوا الشرط الأول فإن أثبتوا ذلك قامت قرينة⁶ على تحقق الشرط الثاني. وللمتصرف إليه أن يثبت عكس القرينة؛ فإن كان مثلاً مشتري يثبت أنه دفع الثمن. وهذا ما ورد في المادة 776 / 2 و 3 ق. م. ج.

¹ موقف الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الحنبلي، الجزء الثامن، مرجع سابق، ص. 473 - 477.

² ورد المقصود بمرض الموت مُفصلاً، أنظر الصفحة 29 من هذه المذكرة (هامش رقم 2).

³ قانون رقم 84 - 11، المتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

⁴ أمر رقم 75 - 58، المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

⁵ محمد محدّة، مرجع سابق، ص. 49.

⁶ القرينة: هي وسيلة من وسائل الإثبات. نصّ عليها المشرع الجزائري بالمواد 337 إلى 340 ق. م. ج.

وتنصُّ المادة 777 ق. م. ج أنه: >> يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها، إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والإنتفاع به مدة حياته، مالم يكن هناك دليل يخالف ذلك >>¹. وهذا النص يطابق نص المادة 927 ق. م. م تماماً، وقد فسره الدكتور السنهوري بأنه: >> هنا نرى أن تصرف المورث لم يصدر في مرض موته، بل صدر وهو في صحته، ولكن المورث لم يطلق التصرف، بل قيده بأن احتفظ لنفسه بشيئين: حيازة العين وحقه في الإنتفاع بها مدة حياته... كل هذا من شأنه أن يجعل الوارث في منزلة الموصى له لا في منزلة المشتري. فالموصى له هو أيضاً لا يحوز العين الموصى بها ولا ينتفع بها، إلا عند موت المورث... وقد عرض هذا النص لتصرف المورث لأحد ورثته؛ لأن التصرف للوارث كان هو الغالب عندما كانت الوصية غير جائزة له... فإذا دحض من تصرف له المورث القرينة القانونية بإثبات عكسها، فإن التصرف لا يعتبر وصية مستترة ولا تسري عليه أحكام الوصية، بل يعتبر بيعاً منجزاً أو هبة منجزة، وتسري عليه أحكام البيع أو الهبة. وإذا لم يستطع من تصرف له المورث دحض القرينة بإثبات العكس، وهذا هو الغالب في العمل، بقيت القرينة قائمة، وأعتبر التصرف وصية مستترة تسري عليها أحكام الوصية، ومن ثم لا تنفذ في حق الورثة... إلا إذا أجازوها >>².

وقال الدكتور محدة معلماً على المادة 777 ق. م. ج أنه: >> أبطل طبقاً لأحكام المادة 189 من قانون الأسرة³، الشيء الذي يجعلنا نقول أن هذه المادة قد عدلت ضمناً بمجىء قانون الأسرة؛ لأن المادة 777 تعتبر هذا التصرف متى توفرت شروطه وصية والمادة 189 تنصُّ على أنه لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي، والمادة 223 من قانون الأسرة تنصُّ على أنه تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون >>⁴؛ إلا أنه لا يوجد ما يبرر القول بأن المادة 777 ق. م. ج معدلة أو ملغاة ضمناً؛ لأنه لا تعارض بينها وبين المادة 189 ق. أ. ج، بل على العكس فالنصان متكاملان؛ إذ أن المادة 777 تحدّد التكليف القانوني للتصرف والمادة 189 تنصُّ على بطلان التصرف بعد تكييفه على أنه وصية إذا كان لوارث. باختصار نقول أنه إذا توفرت في التصرف الشروط الواردة في المادة 777؛ فإنه لا يكون نافذاً إلا بإجازة الورثة له بعد وفاة الموصي طبقاً للمادة 189 ق. أ. ج. وبالجمع بين النصين يتحقق الهدف الذي يرمي إليه المشرع وهو حماية الورثة من الوصايا المستترة.

بعدما وضّحنا المقصود بالوصية؛ فإنه يتيسر لنا التعمق في الموضوع والبحث في شروطها المختلفة التي يجب أن تتوفر فيها حتى تنتج آثارها المرجوة منها، وهذا ما سنعرضه.

¹ أمر رقم 75 - 58، المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص. 226، 234.

³ نص المادة 189 ق. أ. ج ورد كاملاً، أنظر الصفحة 52 من هذه المذكرة.

⁴ محمد محدة، مرجع سابق، ص. 52.

المطلب الثاني

شروط الوصية

تعتبر الوصية تصرفاً إرادياً، ولهذا فإن الشخص لما يريد إنشاءها فهو بلا شك يرغب في ترتيب آثارها، ولكي يترتب على الوصية آثارها لابد أن تستجيب للشروط المختلفة المقررة لها. أما إذا لم تتوفر على شروطها، فلا يتحقق الهدف المرجو منها.

لتحديد شروط الوصية نبحت مسألتين: الأولى في شروط انعقاد الوصية، والثانية في شروط صحتها. ونعرض هاتين المسألتين تباعاً.

الفرع الأول

شروط انعقاد الوصية

من أجل انعقاد الوصية، لابد من توفر شروط شكلية وأخرى موضوعية، وتتبعاً لقاعدة الشكل قبل الموضوع المنتهجة قانوناً. نعرض الشروط الشكلية ثم الموضوعية تباعاً.

أولاً: الشروط الشكلية لانعقاد الوصية:

تعتبر الوصية من العقود الرضائية في الفقه الإسلامي، فتتعد باللفظ أو الكتابة أو الإشارة؛ إلا أنه يستحب كتابتها، فقد ورد أنه: >> ويستحب أن يكتب الموصي وصيته ويُشهد عليها؛ لأنه أحفظ لها وأحوط لما فيها <<¹، وقد ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: >> ما حق امرئ مسلم له شيء يريد أن يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده <<².

وقد أجاز المشرع الجزائري انعقاد الوصية بالعبارة أو الكتابة، أو الإشارة في حالات معينة ونصّ ضمن القواعد العامة في المادة 60 ق. م. ج أنه: >> التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه. ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً <<³، ولما لم ينص المشرع الجزائري على طرق التعبير عن إرادة الموصي؛ فإنه يفهم أن هذه المسألة تخضع للقواعد العامة، فلا غنى إذن عن نص المادة 60 ق. م. ج، ولما يريد الموصي إنشاء الوصية؛ فإنه يعبر عن ذلك بأحد الطرق الواردة في النص كالكتابة أو اللفظ. أما إثبات الوصية فلا يخضع للقواعد العامة؛

¹ موقف الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الحنبلي، الجزء الثامن، مرجع سابق، ص. 472.

² عبد العظيم بن عبد القوي المنذري، مرجع سابق، حديث رقم 819 - (1 / 1627)، ص. 235.

³ أمر رقم 75 - 58، المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

بل يسري عليه نص المادة 191 ق. أ. ج التي تنص أنه: >> تثبت الوصية:

- (1) - بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك،
- (2) - وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم، ويؤشر به على هامش أصل الملكية >>¹.

الملاحظ أن المشرع الجزائري يعمد إلى اعتبار الوصية الرسمية المحررة من طرف الموثق بتصريح الموصي صحيحة وقابلة للتنفيذ، وتليها في قوة الإثبات الوصية الخطية المقبولة. في حين أن الوصية المقبولة المنعقدة شفاهة أمام الشهود في حالة وجود مانع قاهر، فلا بد من حكم قضائي لإثباتها².

شكل الوصية المنصوص عليه في القانون مطلوب لجواز سماع الدعوى بالوصية عند الإنكار وليس ركناً في الوصية، فلو أقرت الورثة بالوصية أو وُجِّهت إليهم اليمين فنكلوا؛ سُمعت الدعوى وقُضي بالوصية، وعلى ذلك لا تكون الوصية تصرفاً شكلياً، والكتابة المطلوبة على مختلف أنواعها، ليست إلّا لجواز سماع الدعوى لا لانعقاد الوصية. فهي وحدها الأدلة في الإثبات، لا يُقبل غيرها في الإثبات³.

ثانياً: الشروط الموضوعية لانعقاد الوصية:

تتعقد الوصية بالإيجاب وحده ولا خلاف بين العلماء في إعتباره ركناً في الوصية؛ لأنه المنشئ لها⁴، ولا يعتبر القبول ركناً فيها، بل هو شرط لزوم، أي أن ثبوت الملك للموصى له يتوقف على قبوله، لا أنه شرط في وجودها وصحتها؛ لأنها صحيحة بدونه⁵. ونعرض كلاً من الإيجاب والقبول تباعاً.

1 - الإيجاب:

الإيجاب من الموصي، ويكون الإيجاب بكل لفظ يصدر منه، متى كان هذا اللفظ دالاً على التملك المضاف إلى ما بعد الموت بغير عوض، مثل: أوصيت لفلان بكذا بعد موتي أو وهبت له ذلك أو مَلَكْتُهُ بعدي. وكما تتعقد الوصية بالعبارة، تتعقد كذلك بالإشارة المفهومة متى كان الموصي عاجزاً عن النطق، كما يصح عقدها بالكتابة⁶.

¹ قانون رقم 84 - 11، المتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

² بلحاج العربي، مرجع سابق، ص. 244.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص. 208 (هامش رقم 1).

⁴ هذا يتمشى مع القول بأن الوصية تصرف بالإرادة المنفردة؛ إذ أنه تكيف الوصية بأنها تصرف إنفرادي، نقلاً عن سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص. 208.

⁵ أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1997، ص. 23، 25.

⁶ السيد سابق، مرجع سابق، ص. 591.

تصح الوصية المضافة أو المعلقة على شرط متى كان الشرط صحيحاً، والشرط الصحيح هو ما كان فيه مصلحة للموصي أو الموصى له أو لغيرهما ولم يكن منهيّاً عنه شرعاً، ومتى كان الشرط صحيحاً وجبت مراعاته¹.

لقد نصّ المشرع الجزائري على هذه المسألة في المادة 199 ق. أ. ج بأنه: << إذا عُلقَت الوصية على شرط، استحقها الموصى له بعد إنجاز الشرط، وإذا كان الشرط غير صحيح صحّت الوصية وبطل الشرط >>². ومن أمثلة الشرط غير الصحيح: أن يشترط الموصي في الموصى له ارتكاب جريمة.

2 - القبول:

القبول تعبير صادر من الموصى له، وذكر ابن قدامة أنه: << لا يملك الموصى له الوصية إلا بعد القبول في قول الجمهور، إذا كانت لمعين يمكن القبول منه؛ لأنها تملك مال لمن هو من أهل الملك متعين، فاعتُبر قبوله، كالبيع والهبة... فأما إن كانت لغير معين، كالفقراء والمساكين ومن لا يمكن حصرهم... أو على مصلحة كمسجد أو حج، لم يفتقر إلى قبول، ولزمت بمجرد الموت؛ لأن اعتبار القبول من جميعهم متعذر، فيسقط إعتباره >>³.

قبول الوصية إنما يعتبر بعد الموت؛ لأنه أوان ثبوتها لإضافتها إلى ما بعده، فلا تعتبر قبله؛ فإن قبلها الموصى له في حال الحياة أو ردّها فذلك باطل لا عبرة به⁴. وبهذا أخذ المشرع الجزائري، فنصّ في المادة 197 ق. أ. ج أنه: << يكون قبول الوصية صراحة أو ضمناً بعد وفاة الموصي >>⁵، ويتضح من هذا أن القبول إما يكون صريحاً بتعبير واضح، أو يكون ضمناً كأن يتسلّم الشيء الموصى له به. والوقت الذي يصح فيه القبول هو ما بعد وفاة الموصي، ولا تُشترط فيه الفورية؛ بل هو على التراخي⁶.

وأضاف الدكتور السنهوري أنه: << إذا كان الموصى له جنيناً أو قاصراً أو محجوراً عليه، يكون قبول الوصية أو ردّها ممّن له الولاية على ماله بعد إذن المحكمة. ويكون القبول عن الجهات والمؤسسات والمنشآت ممّن يُمثّلها قانوناً؛ فإن لم يكن لها من يُمثّلها لزمّت الوصية بدون توقف على القبول >>⁷.

¹ أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص. 117.

² قانون رقم 84 - 11، المتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

³ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الحنبلي، الجزء الثامن، مرجع سابق، ص. 418.

⁴ عبد الغني الغنيمي الحنفي، الباب في شرح الكتاب، الجزء الرابع، الطبعة الرابعة، دار الحديث للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1979، ص. 169.

⁵ قانون رقم 84 - 11، المتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

⁶ أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص. 137.

⁷ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص. 210.

الفرع الثاني شروط صحة الوصية

كما يشترط لإنعقاد الوصية شروط؛ فإنه كذلك لا بد لصحتها من شروط، وهذه الأخيرة كثيرة، يمكن تقسيمها إلى: شروط متعلقة بالموصي، وأخرى متعلقة بالموصى له، وشروط تتعلق بالموصى به. نعرضها تباعاً.

أولاً: الشروط المتعلقة بالموصي:

يشترط في الموصي مجموعة من الشروط. وقد أجملها ابن حزم في قوله: << واتفقوا أن وصية العاقل البالغ الحر المسلم المصلح لماله نافذة >>¹، فهذا إجماع من الجمهور.

ونصّ المشرع الجزائري في المادة 186 ق. أ. ج أنه: << يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغاً من العمر تسع عشرة (19) سنة على الأقل >>².

يتضح من كل هذا أن الموصي لا بد أن يكون بالغاً، عاقلاً، مختاراً، ونعرض هذه الشروط تباعاً.

1 - أن يكون الموصي بالغاً:

البلوغ هو مناط التكليف في الأحكام الشرعية، فلا تصح الوصية من صبي غير مميز، لأن الوصية تبرع مالي، فلا يتم إلا بوجود الإرادة والتمييز. ولهذا اشترط المشرع الجزائري أن يكون الموصي بالغاً 19 سنة على الأقل، ومعنى هذا هو ضرورة التمتع بسن الرشد المدني الذي يخول للشخص كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، والمقصود بالبلوغ في مسألة الوصية هو الأهلية الخاصة بالتبرع³.

وهذا ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة، بحيث يجب توفر الأهلية الكاملة في التبرعات، وقد نصّت المادة 40 ق. م. ج أنه: << كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة >>⁴.

2 - أن يكون الموصي عاقلاً:

لقد اشترط المشرع الجزائري في الموصي أن يكون سليم العقل حسب المادة 186 ق. أ. ج، وهذا الشرط ليس خاصاً بالوصية فقط، بل في كل التبرعات، بإعتبارها تصرفات ضارة ضرراً محضاً. وبهذا

¹ ابن حزم، مرجع سابق، ص. 132.

² قانون رقم 84 - 11، المتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

³ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص. 253.

⁴ أمر رقم 75 - 58، المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

الشرط، فلا تصح وصية المجنون والمعتوه، وكذا الصبي غير المميز، لإنعدام التمييز والعقل¹، والمشرع لم يُميِّز بين كل هؤلاء، وفي هذه المسألة، ورد أنه: << واتفقت المذاهب الأربعة على صحة وصية المحجور عليه لسفه، في نواحي الخير لفائدتها له، ولتأجيل أثرها إلى ما بعد الموت من ثلث التركة >>².

ولم ينص المشرع الجزائري على وصية السفیه وقد أسقط عبارة << المحجور عليه >> من المادة 186 ق. أ. ج؛ إذ لم يشترط في الموصي عدم الحجر خلافاً للهيئة أين اشترط عدم الحجر في الواهب حتى تصح الهبة في نص المادة 203 ق. أ. ج.

3 - أن يكون الموصي مختاراً:

هذا الشرط لم تنص عليه المادة 186 ق. أ. ج؛ إلا أنه شرط بديهي في كل التصرفات القانونية³، والمقصود بالإختيار توفر الإرادة وحريرتها من كل ضغط وإكراه⁴. وبناء على هذا، فوصية المكروه لا تصح، لأن الإكراه عارض يفوت به الرضا، لكن إذا أجازها المكروه بعد زوال الإكراه صحّت.

وكذا وصية الهازل⁵ والمخطئ⁶ هي وصايا غير صحيحة، باعتبار الخطأ والهزل عارضان يفوت بهما الرضا⁷. وهذا له حكمه في الشرع كذلك، فقد ورد عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: << إن الله قد تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه >>⁸.

فلا بد لصحة الوصية إذن، أن تصدر عن إرادة حرة وبرغبة الموصي وإختياره وقصده.

ثانياً: الشروط المتعلقة بالموصى له:

يشترط في الموصى له مجموعة من الشروط ، أهمها: أن يكون الموصى له موجوداً ومعلوماً، وليس قاتلاً للموصي، ولا جهة معصية، ولا وارثاً للموصي، ولا حربياً. ونعرض هذه الشروط تباعاً.

¹ أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص. 118.

² وهبة الزحيلي، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص. 268.

³ التصرفات القانونية تشمل الوصية باعتبارها تصرفاً بالإرادة المنفردة، وقد نصّت المادة 123 مكرر فقرة 2 ق. م. ج أنه: << ويسري على التصرف بالإرادة المنفردة ما يسري على العقد من الأحكام، باستثناء أحكام القبول >>، ومن ذلك: تسري عيوب الرضا وأحكام الأهلية على التصرف بالإرادة المنفردة.

⁴ نصّ المشرع الجزائري على الإكراه كعيب من عيوب الرضا في المادتين 88 و89 ق. م. ج.

⁵ الهازل: هو الذي يتكلم بلفظ ولا يقصد معناه، وهزل الرجل في الأمر إذا لم يجد، نقلاً عن ابن منظور، المجلد الحادي عشر، مرجع سابق، ص. 831.

⁶ المخطئ: يقال لمن أراد شيئاً ففعل غيره أو فعل غير الصواب، نقلاً عن ابن منظور، مرجع سابق، المجلد الأول، ص. 81.

⁷ أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص. 121.

⁸ أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، مرجع سابق، حديث رقم 2043، ص. 353.

1 - أن يكون الموصى له موجوداً:

يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصى له موجوداً وقت الوصية تحقيقاً أو تقديراً أي: يكون موجوداً بالفعل وقت الوصية أو يكون مقدراً وجوده أثناءها، كما إذا أوصى لحمل فلانة، وكان الحمل موجوداً وقت إيجاب الوصية، وهذا إذا كان الموصى له معيناً. أما إذا لم يكن معيناً بالشخص فيشترط أن يكون موجوداً وقت موت الموصي تحقيقاً أو تقديراً. فإذا قال الموصي: أوصيت بداري لأولاد فلان ولم يعين هؤلاء الأولاد، ثم مات ولم يرجع عن الوصية¹، فالدار تكون مملوكة للأولاد الموجودين وقت موت الموصي سواء الموجود منهم حقيقة أو تقديراً كالحمل، ولو لم يكونوا موجودين وقت إيجاب الوصية، وهو قول الأحناف². وذكر الإمام خليل أنه: <<... لمن يصح تملكه كمن سيكون إن استهل... ولميت علم بموته ففي دينه أو وارثه...>>³؛ فإذا أوصى الموصي لشخص علم أنه مات، فالموصى به يُستغل في قضاء ديونه أو يُقدّم لوارثه. وهذا الحكم ليس إلا تفسيراً منطقياً لما يريد ويقصده الموصي؛ فإذا أوصى لشخص يعلم أنه ميت فمؤكد أنه لا يقصد نقل الموصى به إلى الميت مباشرة، بل يرمي إلى نفعه بطريق غير مباشر؛ بأن يُسدّد ديونه من الموصى به، أو أنه يقصد نفع وارثه، وإعتبر في نفسه أن الوارث ليس إلا خلفاً للمورث، فذكر الخلف بسلفه.

المشرع الجزائري لم يتعرض للوصية للمعدوم، غير أنه تعرّض لوصية الحمل المعين واشترط ضرورة إثبات وجودية الحمل الموصى له وقت إنشاء الوصية وأن يولد الجنين حياً حياة مستقرة، وأن يكون على الصفة التي أرادها الموصي⁴.

وتنص المادة 187 ق. أ. ج أنه: << تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حياً، وإذا وُلد توأم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس >>⁵، ويثبت وجود الحمل وقت الوصية بأن: << يولد في أقل مدة الحمل وفي بعضها تكون المدة المعتبرة هي أقصى مدة الحمل >>⁶، وحدد المشرع هذه المدد، فنص في المادة 42 ق. أ. ج أنه: << أقل مدة الحمل ستة (6) أشهر وأقصاها عشرة (10) أشهر >>⁷.

يرى الفقهاء أنه في حالة تعدد الحمل إن وُلد أحدهما حياً والآخر ميتاً، كانت الوصية للحَي منهما دون الميت، وإن مات أحدهما أو كلاهما بعد الولادة حياً، كان نصيبه لورثته إذا كانت الوصية بعين⁸ أما

¹ الرجوع في الوصية ورد بالتفصيل، أنظر الصفحة 64 وما بعدها من هذه المذكرة.

² السيد سابق، مرجع سابق، ص. 596.

³ خليل بن إسحاق ابن موسى المالكي، مرجع سابق، ص. 286.

⁴ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص. 256.

⁵ قانون رقم 84 - 11، المتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

⁶ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص. 291.

⁷ قانون رقم 84 - 11، المتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

⁸ الوصية بالعين وردت بالتفصيل، أنظر الصفحة 59 من هذه المذكرة.

إذا كانت الوصية بالمنفعة¹ فتعود إلى ورثة الموصي².

2 - أن يكون الموصى له معلوماً:

المقصود بأن يكون الموصى له معلوماً هو أن يكون معيناً ولو بالوصف، فإذا كان مجهولاً جهالة لا يمكن إزالتها، كانت الوصية باطلة بلا خلاف، لجهالة الموصى له جهالة تمنع من تسليم الموصى به إليه. ومثال الجهالة كما لو أوصى شخص بثلث ماله لرجل من الناس³، وذكر الشيرازي أنه: >> إن قال وصّيت بهذا العبد لأحد هذين الرجلين لم يصح؛ لأنه تمليك لغير معين، فإن أعطوا هذا العبد أحد هذين الرجلين جاز؛ لأنه ليس بتمليك وإنما هو وصية بالتمليك. ولهذا لو قال: بعثُ هذا العبد أحد هذين الرجلين لم يصح، ولو قال لوكيله: بع هذا العبد من أحد هذين الرجلين جاز <<⁴.

أما لو أوصى بثلث ماله لفقراء المسلمين فتصح؛ لأنهم وأن كانوا لا يحصون إلا أن اسم الفقير يُنبئ عن الحاجة. وتصح الوصية لطلبة الجامعة ويختصُّ بها المحتاجون منهم⁵.

وقد يُبيِّن الموصي الموصى له بمصطلح معين كأن يقول أوصيت لأولاد فلان أو لبني فلان أو بنات فلان أو لورثة فلان. فالمقصود عندها يكون كما ذكر الفقهاء، بحيث: >> من قال في وصيته: أوصيت لأولاد فلان بكذا وكذا... كان للموصى لهم بالسوية ذكوراً وإناثاً؛ لأن لفظ الولد يشمل الذكر والأنثى... كما أن من قال: أوصيت لبني فلان بكذا... كان للذكور دون الإناث، ومن قال: أوصي لبنات فلان بكذا... فهو للإناث فقط <<⁶، وذكر الغنيمي أنه: >> ومن أوصى لورثة فلان، فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين <<⁷.

لم يشترط المشرع الجزائري صراحة أن يكون الموصى له معلوماً؛ إلا أن هذا الشرط تقتضي الضرورة الأخذ به؛ فإن كان الموصى له مجهولاً جهالة فاحشة فلا تصح الوصية. كما لم يشترط المشرع أن يكون الموصى له معيناً بذاته؛ إذ تنصُّ المادة 1/195 ق. أ. ج أنه: >> إذا كانت الوصية لشخصين معينين... <<⁸، فيفهم من هذه العبارة أنه يمكن أن يكون الشخص الموصى له معيناً كما يمكن عدم تعيينه بذاته، والغالب في الواقع أن الموصي يعيّن الموصى له.

¹ الوصية بالمنفعة وردت بالتفصيل، أنظر الصفحة 59 وما بعدها من هذه المذكرة.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص. 212.

³ أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص. 125.

⁴ أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص. 343.

⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص. 211.

⁶ أبو بكر جابر الجزائري، مرجع سابق، ص. 345.

⁷ عبد الغني الغنيمي الحنفي، مرجع سابق، ص. 185.

⁸ قانون رقم 84 - 11، المتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

3 - ألا يكون الموصى له جهة معصية:

لقد اتفق العلماء على أن الوصية لا تصح لجهة معصية لا بمالٍ لها ولا إيصاءً لفعلها، كأن يوصي بمال لبناء مخمرة، أو بمال لمن يقتل نفساً ظلماً؛ فإذا أوصى بهذا كانت الوصية باطلة، ويفعل الورثة بالمال ما شاءوا¹. وجاء النهي عن التعاون والتشجيع في المعاصي بقول الله تعالى: <<... وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ >>²، وفي إجازة الوصية لجهة المعصية تعاون على الإثم والعدوان المحظور شرعاً. وقال ابن حزم: << واتفقوا أن الوصية بالمعاصي لا تجوز، وأن الوصية بالبر وبما ليس برأ ولا معصية ولا تضييعاً للمال جائزة >>³، فالوصية لجهة معصية تعتبر معصية؛ فتبطل الوصية. وبمفهوم المخالفة نقول أنه يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصى له جهة برٍّ وخير أو عبادة، ومثالها: الوصية للفقراء والمساكين، الوصية للجمعيات الخيرية والمدارس والمستشفيات ودور العلم النافع، وضرب خليل بن إسحاق مثلاً فقال: <<... ولمسجدٍ وصُرف في مصالحه...>>⁴. وغير ذلك من جهات الخير.

لم يشترط المشرع الجزائري هذا الشرط صراحة؛ إلا أنه نصَّ ضمن القواعد العامة في المادة 93 ق. م. ج. أنه: << إذا كان محل الإلتزام مستحيلًا في ذاته أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة، كان باطلاً بطلاناً مطلقاً >>⁵، فباعتبار الوصية إلتزاماً يصح تطبيق النص عليها؛ فإذا كانت الوصية بمعصية وتمَّ تكيفها أنها تخالف النظام العام والآداب العامة؛ يترتب على ذلك بطلانها المطلق.

4 - ألا يكون الموصى له قاتلاً للموصي:

لصحة الوصية يشترط ألا يقتل الموصى له الموصي، حتى يستحق الوصية. أما من قتل الموصي له، فقد اختلف الفقهاء بشأن الوصية له ومدى صحتها، فذهب المالكية إلى التمييز بين القتل الخطأ والقتل العمد، قال سحنون: << قلت: هل يجيز مالك الوصية للقاتل؟ قال: الوصية في قول مالك في قتل الخطأ بمنزلة الميراث، يرث من المال ولا يرث من الدية. وأنا أرى إن كانت له حياة فأوصى له بعد علمه به، فأرى الوصية له في المال وفي الدية. قلت: فإن قتله عمداً؟ قال: إن قتله عمداً لم تجز الوصية التي أوصى له بها إذا كانت الوصية قبل القتل في مال ولا في دية، إلا أن يكون قد علم أنه قتله عمداً فأوصى له بعد علمه؛ فإن ذلك جائز... وإذا كانت الوصية له بعد الضرب - عمداً كان أو خطأ - جاز له كل ما أوصى له به في المال وفي الدية جميعاً إذا علم ذلك منه في العمد والخطأ >>⁶، أما الأحناف فيرون

¹ أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص. 127.

² سورة المائدة، الآية 2.

³ ابن حزم، مرجع سابق، ص. 132.

⁴ خليل بن إسحاق ابن موسى المالكي، مرجع سابق، ص. 286.

⁵ أمر رقم 75 - 58، المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

⁶ مالك بن أنس، المدونة الكبرى، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص. 347.

أنه: >> لا تجوز الوصية لقائل عمداً كان أو خطأ، بعد أن كان مباشراً، ولو أجازتها الورثة جاز عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا تجوز <<¹.

تنص المادة 188 ق. أ. ج أنه: >> لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمداً <<². ويتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري قد أخذ بمذهب المالكية في هذه المسألة واشترط في القتل الذي يمنع الوصية أن يكون عمداً لا خطأ. وهذا الرأي عدل وأرجح؛ لأنه إذا كان مبرراً منع الوصية للقائل هو الحفاظ على حياة وسلامة الموصي من خطر إستعجال الموصي له الحصول على الوصية، فالإستعجال يظهر بصورة واضحة في حالة القتل العمد، ولا يظهر في حالة القتل الخطأ؛ لأنه لم يقتله حتى يتعجل إستيفاء الموصي به. أما لو إعتد المشرع الجزائري مذهب الأحناف فهو بذلك يكون قد شدد جداً في حماية الموصي وطلب من جهة أخرى أن يكون الموصي له أشد من الرجل الحريص على حياة الموصي. ويفهم من المادة 188 ق. أ. ج كذلك أن المشرع إشتراط في تعامل الموصي له مع الموصي تصرف الرجل العادي لا أكثر من ذلك. كما نرى أن هذه المادة لم تشر إلى حالة الوصية بعد القتل إذا كان بين السلوك والنتيجة فاصل زمني.

5 - ألا يكون الموصي له وارثاً للموصي:

أجمع العلماء على عدم صحة الوصية بإنتفاء هذا الشرط، وذكر ابن حزم أنه: >> وإنفقوا أن الوصية لو ارث لا تجوز <<³. وهذا الإجماع سنده الحديث عن أبي أمامة رضي الله عنه قال: >> سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لو ارث <<⁴. وذكر الدكتور الزحيلي أنه: >> تكون الوصية للوارث عند الجمهور موقوفة على إجازة الورثة؛ فإن أجازوها نُفِّذت وإلا بطلت، ويرى المالكية أن هذه الوصية باطلة <<⁵.

أخذ المشرع الجزائري برأي الجمهور فنص في المادة 189 ق. أ. ج أنه: >> لا وصية لو ارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي <<⁶، ويتضح من هذا النص أن الوصية للوارث لا تنفذ إلا إذا أجازها باقي الورثة، وحدد المشرع وقت الإجازة بما بعد وفاة الموصي، وهذا مشهور عند الحنابلة ومن وافقهم، فقد ذكر ابن قدامة أنه: >> لا يعتبر الرد والإجازة إلا بعد موت الموصي، فلو أجازوا قبل ذلك ثم ردوا، أو أدنوا لمورثهم في حياته بالوصية بجميع المال، أو بالوصية لبعض ورثته، ثم بدا لهم فردوا بعد وفاته، فلهم

¹ عبد الغني الغنيمي الحنفي، مرجع سابق، ص. 168.

² قانون رقم 84 - 11، المتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

³ ابن حزم، مرجع سابق، ص. 132.

⁴ أبو داود سليمان ابن الأشعث السجستاني الأزدي، مرجع سابق، حديث رقم 2870، ص. 114.

⁵ وهبة الزحيلي، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص. 271.

⁶ قانون رقم 84 - 11، المتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

الرّد، سواء كانت الإجازة في صحة الموصي أو في مرضه. نصّ عليه أحمد، في رواية أبي طالب، وروي ذلك عن ابن مسعود. وهو قول شريح، وطاوس، والحكم، والشافعي، وأبي ثور، وأبي حنيفة وأصحابه <<¹.

العبرة في صفة الوارث تكون عند موت الموصي لا وقت الوصية، وقال السيد سابق: << واتفقوا على اعتبار كون الموصى له وارثاً يوم الموت، حتى لو أوصى لأخيه الوارث حيث لا يكون للموصي ابن ثم وُلد له ابن قبل موته؛ صحّت الوصية للأخ المذكور²، ولو أوصى لأخيه وله ابن فمات الابن قبل موت الموصي، فهي وصية لوارث <<³.

إذا كان الموصى له وارثاً فعلاً، فلا بد لِنفاذ الوصية له أن يجيزها باقي الورثة ويشترط لصحة الإجازة إضافة إلى صدورها بعد موت الموصي أن يكون المُجيز أهلاً للتبرع، بحيث يكون كامل الأهلية؛ لأن إجازته تنازل عن حقه⁴، وحسب القواعد العامة فيشترط للتبرع كمال الأهلية.

6 - ألا يكون الموصى له حربياً:

على خلاف الميراث⁵، فإختلاف الدّين لا يمنع الوصية. وقال الشيخ الغنيمي: << يجوز أن يوصي المسلم للكافر أي للدّمي⁶، والكافر للمسلم؛ لأنهم بعقد الذمة ساووا المسلمين في المعاملات، ولهذا جاز التبرع من الجانبين في حالة الحياة، فكذا في حالة الممات <<⁷، وبهذا نصّت المادة 200 ق. أ. ج ؛ إذ أنه: << تصح الوصية مع إختلاف الدّين <<⁸.

إلا أنه ذهب أبو حنيفة إلى أنه لا تصح الوصية للحربي في دار الحرب؛ لقول الله تعالى: << إِنَّمَا يَنْهَاكُمْ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدّينِ... >>⁹، فيدلُّ هذا أن من قاتلنا لا يحلُّ برّه، والوصية للحربي إعانة له على حرب المسلمين، ويذهب مالك وأكثر أصحاب الشافعي وأحمد إلى صحتها¹⁰.

¹ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الحنبلي، الجزء الثامن، مرجع سابق، ص. 405.

² تصح الوصية للأخ في هذه الحالة، بإعتبار أنه محبوب بالابن حجب حرمان (ترجيح بالجهة)، نقلاً عن محمد علي الصابوني ، مرجع سابق، ص. 69.

³ السيد سابق، مرجع سابق، ص. 595.

⁴ عبد الوهاب خلاف ، مرجع سابق، ص. 261.

⁵ يعتبر الكفر وإختلاف الدّين مانعاً من موانع الميراث، نقلاً عن منصور كافي ، مرجع سابق، ص. 42.

⁶ الدّمي هو من يربطه بالمسلمين عقد الذمة، وهذا الأخير هو: << عند الفقهاء عقد الذمة هو إلّتزام تقدير الكفار في ديارنا وحمايتهم، ببذل الجزية والإستسلام من جهتهم >>، نقلاً عن وهبة الزحيلي، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص. 509.

⁷ عبد الغني الغنيمي الحنفي، مرجع سابق، ص. 169.

⁸ قانون رقم 84 - 11، المتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

⁹ سورة الممتحنة، الآية 9.

¹⁰ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الحنبلي، الجزء الثامن، مرجع سابق، ص. 512.

لم يشر المشرع الجزائري إلى هذه المسألة إلا أن كون النص مطلقاً يجعلنا نقول بصحتها؛ لأنه ما دام لا يوجد استثناء يمنع صحتها يسري عليها حكم المادة 200 ق. أ. ج.

ثالثاً: الشروط المتعلقة بالموصى به:

يشترط في الموصى به لصحة الوصية به، مجموعة من الشروط؛ منها: أن يكون الموصى به مالاً مُتَقَوِّماً، ومملوكاً للموصي، وألاً يستغرق بالدين، وفي حدود الثلث، ونعرض هذه الشروط تباعاً.

1 - أن يكون الموصى به مالاً مُتَقَوِّماً:

يشترط في الموصى به أن يكون مالاً سواء كان مالاً حقيقة أو حكماً، فالمال الحقيقي كالدنانير والذهب والفضة والأشياء العينية ونحوها. أما المال الحكمي: كالمنافع، مثل: سكنى الدار ونحوها. وبهذا فلا تصح الوصية بالميتة والدم لأنهما ليسا مالاً، ويشترط في هذا المال أن يكون متقوّماً، فلا تصح الوصية من المسلم وله بالخمير والخنزير ونحوهما؛ لأنها أموال غير مُتَقَوِّمة في حق المسلم، وتصح الوصية بهما من الذمي للذمي¹.

2 - أن يكون الموصى به قابلاً للتملك:

معنى القابلية للتملك هو أن يكون الموصى به ممّا يجوز تملكه بعقد من العقود في نظر القانون الجزائري والشريعة الإسلامية كالبيع والهبة والإيجار، وكذا الإرث، وكذا الحقوق المالية كالإرتفاق²؛ لأن الوصية تملك، وما لا يقبل التملك لا تتعدّد الوصية به، وعلى هذا فلا تصح الوصية بالأموال المباحة غير المملوكة بعقد من العقود، وكذا لا تصح بالوظائف العامة أو الأموال العامة³ وغيرها من الحقوق الشخصية والمهنية؛ لأنها لا تورث ولا تصح لأن تكون محلاً لتعاقد الموصي حال حياته⁴.

3 - أن يكون الموصى به في ملك الموصي:

يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصي مالكاً لما يوصي به، وورد عن الفقهاء أنهم: << إنفقوا أن من أوصى بما لا يملك، وبطاعة ومعصية، أن الوصية تنفذ في الطاعة وفيما يملك، وتبطل في المعصية وفيما لا يملك >>⁵.

¹ أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص. 131.

² الإرتفاق حق يضع حدّاً لعقار لفائدة آخر، وتنص المادة 868 ق. م. ج أنه: << ينشأ حق الإرتفاق عن الموقع الطبيعي للأمكنة، أو يكسب بعقد شرعي، أو بالميراث. إلا أنه لا تكسب بالتقادم إلا الإرتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور >>.

³ لا يجوز التصرف في المال العام، ومن ذلك لا تصح الوصية بها؛ إذ تنص المادة 689 فقرة 1 ق. م. ج أنه: << لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم >>.

⁴ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص. 268 - 269.

⁵ ابن حزم، مرجع سابق، ص. 131.

وتنصُّ المادة 190 ق. أ. ج أنه: >> للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عيناً أو منفعة >>¹، وقال الدكتور بلحاج العربي تعليفاً على هذا النص أنه: >> إذا كان الموصى به معيناً بالذات، كمن يوصي بساعته؛ فإنه يشترط شرعاً وقانوناً أن تكون موجودة في ملك الموصي عند الوصية، أي مملوكة للموصي عند إنشاء الوصية، ولهذا لا تصح الوصية بملك الغير، وإن ملكه بعد الوصية ثم مات. وهذا ما أكده القانون الجزائري في المادة 190... والمقصود هي الأشياء المعينة بالذات؛ لأنه إذا تعلّق بجزء شائع في المال كله فيشترط وجوده عند الوفاة >>².

4- ألا يكون الموصى به مستغرقاً بالديون:

لقد أسلفنا أن الديون مقدّمة على الوصايا والميراث جميعاً³، وبالتالي من المنطقي أن يشترط لتنفيذ الوصية ألا يستغرق الموصى به بالديون؛ فإذا كان مستغرقاً فلا مجال للوصية. وقد تصح الوصية بمال استغرقه الدّين في حالتين: أولهما، إذا أسقط الغرماء حقوقهم، فتجوز حينها الوصية. والثانية، إذا أجاز الغرماء إنفاذ الوصية قبل استيفاء حقوقهم⁴.

5- أن يكون الموصى به في حدود الثلث:

لم يرد قيد الثلث في القرآن الكريم، إنما ورد في السُّنة النبوية، فعن سعدٍ قال: >> عাদني رسول الله صَلَّى الله عليه وسلّم من وجعٍ أشفيئُ منه على الموت، فقلت: يا رسول الله بلغني ما ترى من الوجع وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي واحدة، أفأتصدّق بثلثي مالي؟ قال: لا. قال: قلت: أفأتصدّق بشطره؟ قال: لا، الثلث والثلث كثير، إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكفّفون الناس... >>⁵.

لقد أخذ المشرع الجزائري بأن الحد الأقصى للوصية هو الثلث، فنصَّ في المادة 185 ق. أ. ج أنه: >> تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث توقف على إجازة الورثة >>⁶، فيشترط في الموصى به ألا يتجاوز الثلث؛ فإن كانت الوصية بأقل أو بما يساوي الثلث وكانت لغير وارث فتتفدّ دون توقف على إجازة الورثة؛ لأن الموصى به لم يمس حق الورثة، ومن ثم لا يتدخلون في تصرّف الموصي في حقه الشرعي المقدّر بالثلث.

إذا كانت الوصية لغير وارث لكن كان الموصى به أكثر من الثلث، فعند فقهاء الشريعة أنه: >> لا تجوز وصية بالزائد على الثلث، وتكون موقوفة على إجازة الورثة؛ فإن أجازوها نُفّذت وإلا بطلت.

¹ قانون رقم 84 - 11، المتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

² بلحاج العربي، مرجع سابق، ص. 268.

³ ورد هذا الحكم مُفصّلاً، أنظر الصفحة 22 وما بعدها من هذه المذكرة.

⁴ أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص. 133.

⁵ عبد العظيم بن عبد القوي المنذري، مرجع سابق، حديث رقم 820 - (5 / 1628)، ص. 235.

⁶ قانون رقم 84 - 11، المتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

وقرّر المالكية أن الوصية بالزائد على الثلث باطلة <1>.

يتضح أن المشرع الجزائري حسب المادة 185 ق. أ. ج قد أخذ برأي الجمهور وعلّق نفاذ ما زاد على الثلث على إجازة الورثة؛ لأن هذه الزيادة تعتبر من حق الورثة؛ فإن أجازوها نُفّذت، وإلا بطلت هذه الزيادة ونُفّذت في حدود الثلث.

تجدر الإشارة إلى أن الوصية للوارث سواءً كانت بمقدار الثلث أو أقل أو أكثر، ففي جميع الأحوال تقف على إجازة باقي الورثة <2>.

والثلث المقصود هو ثلث ما يبقى من التركة بعد سداد الديون؛ لأنه لا تركة إلاّ بعد سداد الديون، والوقت الشرعي والقانوني لتقدير الثلث المسموح به شرعاً هو وقت القسمة وقبض كل من الورثة والموصى له حقوقهم؛ لأنه الوقت الذي تنفّذ فيه الوصية ويستقر فيه مال التركة، وبعد سداد الديون <3>.

ولمّا خالصنا من توضيح المقصود بالوصية؛ ننقل إلى دراسة تقسيماتها المتنوعة، ولهذه المسألة أهمية بالغة لاسيّما في وجود تميّز واختلاف فيما بين كل نوع وآخر.

المطلب الثالث

تقسيمات الوصايا

يختلف تقسيم الوصايا باختلاف المعيار المعتمد والزاوية التي ننظر منها إليها، فحسب مدى وجوبها تنقسم إلى: وصية إختيارية ووصية واجبة، وحسب ما ترمي إلى تملكه فهي: وصية بالعين ووصية بالمنفعة، وتنقسم حسب ما يستفيده الموصى له بها إلى: وصية بالحق ووصية بالدين، ونعرض هذه الأقسام تباعاً.

الفرع الأول

الوصية الإختيارية والوصية الواجبة

الأصل في الوصايا أنها إختيارية، مرتبطة بإرادة الشخص؛ فإن أراد أوصى، وإن أراد مات عن غير وصية. إلاّ أنه يوجد نوع من الوصايا خرج عن الأصل فأصبح واجباً وهو ما يطلق عليه بالوصية

¹ وهبة الزحيلي، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص. 273.

² ورد توقف الوصية للوارث على إجازة الورثة مفصلاً، أنظر الصفحة 52 من هذه المنكرة.

³ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص. 272.

الواجبة تكون بشروط معينة وتستحق لصنف معين؛ بل وتتفد ولو لم يُجرها المتوفى. ونعرض هذين النوعين تباعاً.

أولاً: الوصية الاختيارية:

الأصل في الوصايا أنها على الإختيار والإستحباب، فُتستحبُ الوصية لمن له مال كثير وورثته أغنياء أن يوصي بشيءٍ من ماله ثلثاً أو أقل لأقربائه غير الوارثين، أو لجهة من جهات الخير والبر¹.

الوصايا الإختيارية ليست واجبة، وهناك نوع من الوصايا واجبة وجوباً دينياً لا قانونياً²؛ فإن أوصى بها الشخص خرج عن العهدة، وإن تركها كان أثماً، ولا تتفد بقوة القانون. وهذه الوصايا هي المتعلقة بديون الله عزوجل³، أو بديون العباد المجهولة التي لم تثبت في الذمة. وهذه الوصايا الإختيارية لا تتفد إلا برغبة وإيضاء المتوفى⁴، والسند القانوني لها هو نص المادة 184 ق. أ. ج⁵.

ثانياً: الوصية الواجبة:

تسمى الوصية الواجبة كذلك بالتنزيل، وقد إستحدثت بعض التشريعات⁶ هذا النظام تحقيقاً لمبدأ العدل الذي يُعد من مبادئ الشريعة الإسلامية، وهذا يحفظ للأحفاد الذين يموت أبوهم أو أمهم قبل جدّهم أو جدّتهم، نصيباً من الميراث⁷، وقد نصّت المادة 169 ق. أ. ج أنه: << من توفي وله أحفاد وقد مات مؤرثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة بالشرائط التالية >>⁸.

يكون التنزيل بالشروط المحددة في المادة 171 و 172 ق. أ. ج، حيث تنص المادة 171 أنه: << لا يستحق هؤلاء الأحفاد التنزيل إن كانوا وارثين للأصل جدّاً كان أو جدّة، أو كان قد أوصى لهم، أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحق بهذه الوصية، فإن أوصى لهم أو لأحدهم بأقل من ذلك وجب التنزيل بمقدار ما يتم به نصيبهم أو نصيب أحدهم من التركة >>⁹.

¹ أبو بكر جابر الجزائري، مرجع سابق، ص. 343.

² نشير أن معيار الوجوب والإختيار في إجراء الوصية، أسسناه على موقف القانون، فالوصايا الواجبة وجوباً دينياً وتعتبر وصايا إختيارية في نظر القانون، أدرجناها في الوصايا الإختيارية، وكل الوصايا إختيارية إلا ما نصّ القانون على وجوبه.
³ ورد أن المالكية والأحناف يسقطونها كديون، ويدرجونها في الوصايا؛ فإن أوصى بها نُفدت من الثلث وإلا سقطت، أنظر الصفحة 25 من هذه المذكرة.

⁴ أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص. 162.

⁵ نص المادة 184 ق. أ. ج ورد كاملاً، أنظر الصفحة 41 من هذه المذكرة.

⁶ من هذه التشريعات نجد: الجزائري والمصري والسوري والأردني.

⁷ سعيد بويصري، مرجع سابق، ص. 162.

⁸ قانون رقم 84 - 11، المتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

⁹ المرجع نفسه.

وتضيف المادة 172 أنه: >> أن لا يكون الأحفاد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم ما لا يقل عن مناب مورثهم عن أبيه أو أمه. ويكون هذا التنزيل للذكر مثل حظ الأنثيين <<¹، ويمكن إختصار هذه الشروط في أربعة كما يلي:

- 1- ألا يكون الأحفاد وارثين من تركة المتوفى ولو شيئاً قليلاً.
- 2- ألا يكون صاحب التركة (الجد أو الجدة) قد أوصى للأحفاد بمقدار ما يستحقونه بالتنزيل، وإذا أوصى لهم أو لأحدهم بمقدار يقل عن ما يستحقونه بالتنزيل، فإنه يتم لهم حقهم بوصية واجبة (أي يكون التنزيل بما يكمل لهم نصيبهم).
- 3- ألا يكون صاحب التركة قد أعطى للأحفاد بغير عوض (هبة مثلاً) ما يستحقونه بالتنزيل؛ فإن كان أعطاهم أقل مما يستحقون بالتنزيل نُمِّ لهم نصيبهم بوصية واجبة.
- 4- ألا يكون الأحفاد قد ورثوا من مورثهم (أباً أو أمّاً) ما لا يقل عن نصيبه من تركة أبيه أو أمه².

أما مقدار التنزيل فقد نصّت عليه المادة 170 ق. أ. ج، حيث أنه: >> أسهم الأحفاد تكون بمقدار حصة أصلهم لو بقي حياً على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة <<³. ويفهم من هذه المادة أن نصيب الأحفاد يكون بقدر نصيب أصلهم - لو كان حياً - بشرط ألا يتجاوز هذا النصيب ثلث التركة. وإذا أوصى الميت لمن وجبت له الوصية بأكثر من نصيبه؛ كانت الزيادة وصية إختيارية. وإن أوصى لبعض من وجبت لهم الوصية دون البعض الآخر، وجب لمن لم يوص له قدر نصيبه من التنزيل⁴.

وسُمّيت بالوصية الواجبة لأنها أوجبتها قوانين الدول بمقدار معين وشروط معينة، وتنفذ بحكم القانون جبراً، أي سواء أراد المورث وقام بإنشائها من تلقاء نفسه، أو لم يُردها ولم يَقم بإنشائها⁵.

الفرع الثاني

الوصية بالعين والوصية بالمنفعة

حسب هذا التقسيم، الوصية نوعان: وصية بالعين ووصية بالمنفعة. وكلاهما نصّ عليهما المشرع الجزائري في المادة 184 ق. أ. ج⁶، فالوصية بالعين هي تملك عين، والوصية بالمنفعة هي تملك منفعة

¹ قانون رقم 84 - 11، المتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

² سعيد بوبزري، مرجع سابق، ص. 163 - 164.

³ قانون رقم 84 - 11، المتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

⁴ عبد الرزاق أحمد السَّنهوري، مرجع سابق، ص. 217.

⁵ أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص. 162.

⁶ نص المادة 184 ق. أ. ج ورد كاملاً، أنظر الصفحة 41 من هذه المذكرة.

لمدة محدّدة أو غير محدّدة. ويمكن القول أن المدة محدّدة دائماً، فإذا لم يحدّد الموصي في الوصية فقد حدّدتها القانون بأجل العُمري. ونعرض هذين النوعين تباعاً.

أولاً: الوصية بالعين:

هي الوصية بعين مُعيّنة متقوّمة قابلة للتملك، سواء كانت الوصية بمال معين عقاراً كان أو منقولاً، أو كانت بمبلغ من النقود¹، وقد نصّ المشرع الجزائري على هذا النوع من الوصايا في المادة 184 ق. أ. ج² ولمّا جعل الوصية بالعين تدخل في النص، فهو يرمي إلى أن يسري كل أحكام الوصايا عليها، بحيث يجب أن تكون متوفرة على شروط إنعقادها وصحتها³، وكذلك لا بد أن تكون قيمة العين الموصى بها لا تتجاوز ثلث التركة، فإن كانت لغير وارث وتجاوزت الثلث توقف ما زاد عليه على إجازة الورثة، وإن كانت لوارث توقف نفاذها كلية (أي سواء كانت أقل من الثلث أو أكثر) على إجازة الورثة.

تتميز الوصية بالعين عن الوصية بالمنافع، في أن الوصية بالعين تنقل الملكية أي يصبح الموصى له بها مالاً للعين وله حق التصرف فيها؛ فإذا مات إنتقلت إلى ورثته⁴. أما الوصية بالمنافع كما سيأتي؛ فإنها لا تحوّل الموصى له إلاّ الإنتفاع بالعين، ولا يجوز له التصرف فيها باعتبار أن حقه يقتصر على الإنتفاع فقط.

تلحق بالوصايا بالعين هبة العين في مرض الموت، وكل تصرف في العين بقصد التبرع⁵. والوصية بالعين تنفذ على العين المحدّدة بالذات، وقد ذكر الغنيمي أنه: >> ومن أوصى لرجل بثلاث دراهمه المعينة أو ثلث غنمه المعينة، فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه، وهو أي ثلث ذلك يخرج من ثلث ما بقي من ماله، فله أي للموصى له جميع ما بقي؛ لأن الوصية تعلّقت بعينها. بدليل أنه لو قاسمه الورثة استحق ذلك، وما تعلّقت الوصية بعينه يستحقه الموصى له إذا خرج من الثلث، كما لو أوصى بثلاث شيء بعينه فاستحق ثلثاه <<⁶.

ثانياً: الوصية بالمنفعة:

كما تصحّ الوصية بالعين؛ تصحّ كذلك بالمنافع، وقد أشارت المادة 184 و 190 ق. أ. ج المذكورتين آنفاً إلى هذا النوع، والوصية بالمنفعة تارة تكون بأن ينتفع الموصى له بنفسه بالعين الموصى

¹ محمد العمراني ، مرجع سابق، ص. 31.

² نص المادة 184 ق. أ. ج ورد كاملاً، أنظر الصفحة 41 من هذه المذكرة.

³ شروط إنعقاد الوصية وشروط صحتها وردت بالتفصيل، أنظر الصفحة 44 وما بعدها من هذه المذكرة.

⁴ تعتبر الأعيان من مشتملات التركة وتنتقل بالميراث، نقلاً عن سعيد بويصري، مرجع سابق، ص. 16.

⁵ وردت التصرفات التي تلحق بالوصايا بالتفصيل، أنظر الصفحة 41 وما بعدها من هذه المذكرة.

⁶ عبد الغني الغنيمي الحنفي، مرجع سابق، ص. 181.

بمنفعتها، كما إذا أوصى له الموصي بسكنى داره أو بركوب فرسه أو بالقراءة في كتبه، وتارة تكون بأن ينتفع الموصى له بعلّة العين الموصى بمنفعتها، كما إذا وصّى بأن يستغل الموصى له داره أو أرضه أو أي عين يملكها.

مقدار الوصية بالمنفعة يتحدّد بقيمة العين الموصى بمنفعتها¹، وللفقهاء في كيفية تقدير المنفعة رأيان، فينظر عند الحنفية والمالكية إلى الأعيان الموصى بمنفعتها، وتقدّر قيمة العين الموصى بمنفعتها لا قيمة المنفعة مستقلة، ويُنظر في رأي الشافعي والحنابلة إلى قيمة المنفعة الموصى بها في مدة الوصية؛ لأنها هي الموصى بها².

يستدعي الأمر هنا أن نبحث مسألتين: الأولى في المنفعة التي يملكها الموصى له، والثانية في مدة الإنتفاع، ونعرضهما تباعاً.

1- المنفعة التي يملكها الموصى له بهذه الوصية:

إذا نصّ الموصي في وصيته على أن للموصى له الحق في أن ينتفع بالعين الموصى بها بنفسه وأن يستغلها، كان له الإنتفاع³ والإستغلال؛ فإن شاء سكن المنزل وإن شاء أجره وانتفع بالأجرة. - وإذا نصّ على أن له السكنى⁴ فقط لم يكن له الإستغلال عملاً بنص الموصي، فله أن يسكن المنزل وليس له أن يؤجره. - وإذا نصّ على أن له الإستغلال فقط... فله الإنتفاع بنفسه أيضاً؛ لأن تملك الإنسان المنفعة لغيره فرع عن ملكيته لها⁵.

2- مدة الإنتفاع التي تكون للموصى له:

إذا حدّد الموصي مدة الإنتفاع للموصى له، كانت المنفعة للمدّة التي حدّدها، وهو ما نستخلصه بمفهوم المخالفة من المادة 196 ق. أ. ج. وقد نصّت المادة 852 ق. م. ج على أجل الإنتفاع بأنه: >> ينتهي حق الإنتفاع بانقضاء الأجل المعيّن؛ فإن لم يعين أجل عدّ مُقرراً لحياة المنتفع، وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعيّن. وإذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولة عند

¹ عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص. 262.

² وهبة الزحيلي، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص. 282.

³ تشير أنه بدل مصطلح الإنتفاع كان الأجدد وضع مصطلح << الإستعمال >>، بحيث أنه: حق الإنتفاع طبقاً لأحكام القانون المدني هو حق متفرع عن حق الملكية، يُحوّل صاحبه سلطة إستعمال الشيء وإستغلاله (دون سلطة التصرف).

وقد أجاز المشرع الجزائري الوصية بحق الإنتفاع في نص المادة 844 فقرة 2 ق. م. ج.

⁴ صاحب حق السكن لا يمكنه الإستغلال كأصل عام؛ إذ تنص المادة 469 مكرر فقرة 1 ق. م. ج على أنه: >> لا يجوز لصاحب حق الإستعمال وحق السكن أن يعقد إيجاراً ما لم ينص العقد المنشئ لحقّه صراحة على ذلك <<.

⁵ عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص. 262.

إنقضاء الأجل أو عند موت المنتفع بزرع قائم، أُبقيت للمنتفع أو لورثته إلى حين إدراك الزرع، بشرط أن يدفعوا أجرة إيجار الأرض عن هذه الفترة من الزمن <<¹، يتضح من هذا النص أن أقصى أجل لحق الإنتفاع هو حياة المنتفع.

أمّا إذا أطلق الموصي وصيته بالمنفعة (لم يحدّد مدة للإنتفاع) أو نصّ على الأبد، كما إذا قال أوصيت لفلان بسكنى منزلي أو بسكنى منزلي أبداً. كان للموصى له الإنتفاع ما دام حياً، فإذا مات تُردُّ العين الموصى بمنفعتها إلى ورثة الموصي؛ إذ تنصُّ المادة 196 ق. أ. ج أنه: << الوصية بمنفعة لمدة غير محدودة تنتهي بوفاة الموصى له، وتعتبر عُمرى >>²، والعُمرى³ جائزة شرعاً، فعن جابر رضي الله عنه قال: << إنما العُمرى التي أجازها رسول الله صَلَّى الله عليه وسلّم أن يقول: هي لك ولعقبك⁴، فأما إذا قال: هي لك ما عشت فإنّها ترجع إلى صاحبها >>⁵، وفي الموطأ: << قال يحيى: سمعتُ مالكا يقول: وعلى ذلك الأمر عندنا، أن العُمرى ترجع إلى الذي أعمرها إذا لم يقل: هي لك ولعقبك >>⁶.

وبهذا أخذ المشرع الجزائري في اعتبار العُمرى، فتنتهي المنفعة بوفاة الموصى له إذا لم يقل الموصي أن المنفعة للموصى له ولورثته من بعده.

الفرع الثالث

الوصية بالحق والوصية بالدين

تصنّف الوصايا كذلك إلى وصية بالحق ووصية بالدين، والحق والدين هما بالنظر إليها من جهة المتوفى، فالحق حقّ للمتوفى والدين دين على المتوفى، ونعرض هذين الصنفين تباعاً.

أولاً: الوصية بالحق:

الوصية بالحق هي المقصودة قانوناً عند ذكر الوصية، وتكون إمّا بعين من الأعيان أو بمنفعة معينة. فإذا كانت بعين؛ إنتقلت إلى الموصى له وأصبح مالكا لها وتُحوّله الملكية الإنتفاع والتصرف، وإن

¹ أمر رقم 75 - 58، المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

² قانون رقم 84 - 11، المتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

³ العُمرى: هي أن يقول الشخص: أعمرتك داري أو بستاني، أو وهبتك سكنى داري أو غلّة بستاني طول عمرك أو حياتك، نقلاً عن أبو بكر جابر الجزائري، مرجع سابق، ص. 350.

⁴ العقب: الذرية التي يتركها، أو تليه فترثه، ويقال: العقبُ: ولد الرجل، وولد ولده الباقي بعده، نقلاً عن ابن منظور، المجلد الأول، مرجع سابق، ص. 716.

⁵ عبد العظيم بن عبد القوي المنذري، مرجع سابق، حديث رقم 818 - (23 / 1625)، ص. 234.

⁶ مالك بن أنس، الموطأ، مرجع سابق، ص. 529.

كانت بمنفعة كان للموصى له الإنتفاع بالعين على الوجه المبين في الوصية. كما تعتبر الوصية بحق للمتوفى على الغير وصية بحق. وتجدر الإشارة إلى أن هناك من يُسمي الوصية بحق المتوفى على الغير بتسمية الوصية بالدين؛ إلا أن الأصح هو تسميتها بأنها وصية بالحق؛ لأننا ننظر إليها من جهة المتوفى لا من جهة المدين بها، وتدقيق المصطلحات مهم. وقد قال الأستاذ خلاف أنه: >> وتصح بالدين لأنها في الحقيقة وصية بالعين التي تقتضى من المدين <<¹. والعين التي تقتضى من المدين هي حق للمتوفى، والوصية بهذه العين هي وصية بتمليك حق للموصى له، وليست وصية بأداء دين على المتوفى. وبهذا تكون المادة 184 ق. أ. ج² قد حددت الوصية بالحق.

هذا الصنف من الوصايا حكمه الشرعي الإستحباب، وذكر ابن قدامة أنه: >>... الوصية بجزء من ماله فليست بواجبة على أحد، في قول الجمهور. وبذلك قال الشعبي، والنخعي، والثوري، ومالك، والشافعي، وأصحاب الرأي، وغيرهم <<³.

ثانياً: الوصية بالدين:

الوصية بالدين هي الوصية بقضاء الديون التي في ذمة المتوفى. وهذا النوع من الوصايا حكمه الوجوب شرعاً، وهذا لما تحققه من مصلحة في حفظ أموال الناس وحقوقهم وحتى لا يُسأل عنها يوم القيامة، وذكر ابن قدامة أنه: >> لا تجب الوصية إلا على من عليه دين، أو عنده وديعة، أو عليه واجب يُوصى بالخروج منه؛ فإن الله تعالى فرض أداء الأمانات، وطريقه في هذا الباب: الوصية، فتكون مفروضة عليه... وقال ابن عبد البر: أجمعوا على أن الوصية غير واجبة، إلا على من عليه حقوق بغير بيّنة، وأمانة بغير إشهاد <<⁴، يتضح من هذا أن الوصية بالدين غرضها ليس التملك ونقل الحق إلى الموصى له؛ بل الغرض هو إقرار الموصي وتأكيد حقوقه وجبت عليه شرعاً، يُنبه وصيه إلى قضائها عنه.

لقد أخرج المشرع الجزائري لماً حدّد أن الوصايا تملك عن طريق التبرع الوصية بالدين من مجموعها⁵ باعتبار أن الغرض منها هو التذكير بالدين لا التبرع، وقصرها على الخيرية فقط⁶.

¹ عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص. 259.

² نص المادة 184 ق. أ. ج ورد كاملاً، أنظر الصفحة 41 من هذه المذكرة.

³ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الحنبلي، الجزء الثامن، مرجع سابق، ص. 390.

⁴ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الحنبلي، الجزء الثامن، مرجع سابق، ص. 390 - 391.

⁵ نشير إلى أن المشرع قد أخرج كذلك الوصية إلى وصي بالأولاد القُصر خلافاً للفقهاء الإسلامي الذي يدرسها في باب الوصية، وهذا لأنه قانوناً لا مكان لهذا النوع في باب الوصية؛ إنما الوصاية منظمة ضمن أحكام النيابة الشرعية المنصوص عليها في المواد من 92 إلى 98 من ق. أ. ج.

⁶ محمد محدة، مرجع سابق، ص. 39.

لقد ذكر ابن قدامة أنه: >> إذا أوصى بحجّ واجب أو غيره من الواجبات، كقضاء دين وزكاة، وإخراج كفارة. لم يخل من أربعة أحوال؛ أحدها: أن يوصي بذلك من صلب ماله، فهذا تأكيد لما وجب بالشرع، ويحجّ عنه من بلده، وإن لم يف ماله بذلك، أخذ ماله كله يدفع في الواجب، كما لو لم يوص. الثاني: أن يوصي بأداء الواجب من ثلث ماله، فيصح أيضاً؛ فإن لم تكن له وصية غير هذه، لم تُقد شيئاً ويؤدى من المال كله، كما لو لم يوص. وإن أوصى بتبرع لجهة أخرى قدّم الواجب وإن فضل من الثلث شيء فهو للتبرع، وإن لم يفضل شيء سقطت، وإن لم يف الثلث بالواجب أتمّ من رأس المال. هكذا ذكر القاضي. الثالث: أن يوصي بالواجب ويطلق، فهو من رأس المال، فيبدأ بإخراجه قبل التبرعات والميراث. فإن كان تمّ وصية تبرع، فلصاحبها ثلث الباقي. وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي. وذهب بعضهم إلى أن الواجب من الثلث كالقسم الذي قبله؛ لأنه إنمّا يملك الوصية بالثلث. ولنا، أن الحج كان واجباً من رأس المال، وليس في وصيته ما يقتضي تغييره، فيبقى على ما كان عليه، كما لو لم يوص به... الرابع: أن يوصي بالواجب ويُقرن به الوصية بتبرع، مثل أن يقول: حُجّوا عني، وأدّوا ديني، وتصدّقوا عني. ففيه وجهان؛ أحدهما أن الواجب من رأس المال؛ لأن الإقتران في اللفظ لا يدلُّ على الإقتران في الحكم ولا في كلفيته... والثاني أنه من الثلث؛ لأنه قرّن به ما هو مخرجه من الثلث <<¹، أضاف الدكتور محدة نقطة مهمة، حيث قال: >> الديون المقصودة بالوصية هنا ليست الديون المنكررة أو الديون اليومية، وهي محل زيادة ونقصان أو قضاء يومياً، بل المقصود الديون التي تبقى في الذمة لزمّن وهذا رفعا للحرص والمشقة <<².

بعدما خلصنا من مفهوم الوصية بعرض تعريفها وشروطها المختلفة، وعرضنا تقسيماتها، ننقل إلى الأحكام المتعلقة بالوصية، ونفصلها كما يأتي.

المبحث الثاني

أحكام الوصية

للوصية أحكام مختلفة لها أهمية بالغة؛ بل وتؤثر في مصيرها. وقد وردت هذه الأحكام في الشريعة الإسلامية، كما نصّ عليها المشرع الجزائري.

ويمكن بحث أحكام الوصية في مسألتين: الأولى في موانع الوصية (مطلب أول)، والثانية في تنفيذها (مطلب ثان)، ونعرض هاتين المسألتين تباعاً.

¹ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الحنبلي، الجزء الثامن، مرجع سابق، ص. 543 - 545.

² محمد محدة، مرجع سابق، ص. 39 (هامش رقم 4).

المطلب الأول

موانع الوصية

لا تكون الوصية قابلة للتنفيذ إلا إذا خلت مما يمنع تنفيذها من رجوع وردّ وبطلان، فالرجوع هو تعبير عن الإرادة في عدم ترتيب آثار الوصية من جهة الموصي، أما الردّ فهو تعبير من جهة من له الحق في القبول، والبطلان يعدم آثار الوصية. فيستدعي الأمر إذن بحث موانع الوصية في مسائل ثلاث: الأولى في الرجوع، والثانية في الردّ، والثالثة في البطلان. ونعرض هذه المسائل تباعاً.

الفرع الأول

الرجوع في الوصية

تعتبر الوصية من العقود¹ الجائزة التي يصحّ فيها للموصي أن يُغيّرَها أو يرجع عمّا شاء منها، أو يرجع عمّا أوصى به²، وذكر ابن حزم أنه: <<واتفقوا أن الرجوع في الوصايا جائز...>>³.

نصّ المشرع الجزائري على الرجوع في الوصية وذكر حكمه وأشكاله في المادة 192 ق. أ. ج التي تنصّ أنه: <<يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمناً، فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها⁴ والضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها >>⁵.

وللرجوع في الوصية طريقان: إما بشكل صريح أو بشكل ضمني، ونعرضهما تباعاً.

أولاً: الرجوع الصريح:

الرجوع الصريح في الوصية هو الأكثر دلالة على موقف الموصي؛ فإذا صرّح برجوعه كان رجوعاً قوياً الدلالة. وقد نصّ المشرع الجزائري على الرجوع الصريح كطريق للرجوع في الوصية وذلك في المادة 192 ق. أ. ج كما ذكرنا، والرجوع الصريح مثاله أن يقول الموصي: رجعت في وصيتي، أو أبطلتها، أو غيّرتها، أو هذا لوارثي⁶.

¹ الوصية في الشريعة الإسلامية يطلق عليها تسمية العقد، وقانوناً تكيف على أنها تصرف بالإرادة المنفردة مضاف إلى ما بعد الموت، نقلاً عن سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص. 208.

² السيد سابق، مرجع سابق، ص. 591.

³ ابن حزم، مرجع سابق، ص. 131.

⁴ وردت الإشارة إلى وسائل إثبات الوصية، أنظر الصفحة 44 من هذه المذكرة.

⁵ قانون رقم 84 - 11، المتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

⁶ أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص. 139.

ثانياً: الرجوع الضمني:

الرجوع الضمني في الوصية يكون غير صريح، ويصطلح عليه أيضاً أنه رجوع عن طريق الدلالة، والتصرف أو الفعل الذي يدل على الرجوع: هو كل فعل أو تصرف يدل بقريئة أو عرف على الرجوع، وذلك كبيع الموصى به أو هبته، أو جعله بدلاً في الخلع، أو مهراً في الزواج وغير ذلك من التصرفات الناقلة للملكية، أو المستهلكة للموصى به، كما لو كانت الوصية بحيوان فذبحه أو بثياب فخاطها ولبسها، وحتى لو تملك الموصي الوصية مرّة ثانية بعد زوال الملك الأول؛ فإنّها لا تعود وصية ثانياً¹.

وقد ورد في إعتبار بعض التصرفات رجوعاً خلاف، فذكر ابن قدامة أنه: >> قال ابن المنذر: أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم أنه إذا أوصى لرجل بطعام فأكله، أو بشيء فأنلفه، أو تصدّق به، أو وهبه... فإنه يكون رجوعاً. وحكي عن أصحاب الرأي أن بيعه ليس رجوعاً؛ لأنه أخذ بدله بخلاف الهبة. ولنا، أنه أزال ملكه عنه، فكان رجوعاً كما لو وهبه، وإن عرضه على البيع أو أوصى ببيعه، أو أوجب الهبة فلم يقبلها الموهوب له... كان رجوعاً؛ لأنه يدل على إختياره للرجوع بعرضه للبيع، وإيجابه للهبة، ووصيته ببيعه... لكونه وصّى بما ينافي الوصية الأولى... وإن رهنه، كان رجوعاً؛ لأنه علّق به حقاً يجوز بيعه، فكان أعظم من عرضه للبيع، وفيه وجه آخر أنه ليس برجوع. وهو وجه لأصحاب الشافعي؛ لأنه لا يُزيل الملك، فأشبهه إجازته >>². كما ذكر الإمام خليل أنه: >>... وبرجوع فيها وإن بمرض بقول أبيع... واشتركا كإيصائه بشيء لزيد ثم عمرو ولا برهن... وإن أوصى بوصية بعد أخرى فالوصيتان كنوعين...>>³، ومعنى هذا أن البيع يعتبر رجوعاً عن الوصية إضافة إلى القول الصريح بالرجوع، والوصية بشيء لموصى له أول ثم الوصية لشخص ثانٍ فالوصية الثانية لا تعتبر رجوعاً عن الوصية الأولى بل يشترك فيها الشخصان معاً، ولا يعتبر رهن الموصى به رجوعاً في الوصية.

لم يُغفل المشرع الجزائري هذه المسألة، فأبرز موقفه في المادة 193 ق. أ. ج التي تنصّ أنه: >> رهن الموصى به لا يُعدّ رجوعاً في الوصية >>⁴، يتضح من هذا أن المشرع قد أخذ برأي الشافعية والمالكية، وخالف الحنابلة. وهذا يتماشى مع أحكام الرهن المقررة قانوناً، فالرهن لا يُخرج الشيء المرهون من ملكية الراهن، والدليل على بقاء الملكية في يد الراهن أنه يجوز لهذا الأخير أن يتصرف في المرهون بعد الرهن؛ إذ تنص المادة 894 ق. م. ج أنه: >> يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون، على أن أيّ تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن >>⁵؛ فإذا كان مبرراً إعتبار التصرف رجوعاً هو إزالته لملكية الموصي؛ فإن الصحيح قانوناً هو أن الرهن لا يعتبر رجوعاً؛ لأنه لا يزيل الملكية.

¹ أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص. 183.

² موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الحنبلي، الجزء الثامن، مرجع سابق، ص. 468 - 469.

³ خليل بن إسحاق ابن موسى المالكي، مرجع سابق، ص. 287.

⁴ قانون رقم 84 - 11، المتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

⁵ أمر رقم 75 - 58، المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

كما نصَّ في المادة 194 ق. أ. ج أنه: << إذا أوصي لشخص ثم أوصي لثانٍ، يكون الموصى به مشتركاً بينهما >>¹، فيتضح أن المشرع لا يعتبر الوصية لشخص ثانٍ بالموصى به رجوعاً عن الوصية الأولى؛ بل أخذ بالرأي الذي يجعل الموصى به مشتركاً بين الموصى لهما معاً؛ فإذا أوصى الموصي مثلاً لمحمد بمنزله الواقع في بجاية ثم أوصى لآخر فقال: أوصي بمنزلي الذي في بجاية لعمر، فهنا المنزل لهما بالإشتراك إن قبلاه بعد وفاة الموصي. أما لو قال: المنزل الذي أوصيت به لمحمد هو لعمر، فهذا يعتبر رجوعاً عن وصيته لمحمد؛ لأن القول: << ما أوصيت به لفلان فهو لفلان... يفيد الرجوع >>².

الفرع الثاني

الرّد في الوصية

يحدث أن يتوفى الموصي مصرّاً على وصيته ولم يرجع فيها، ورغم ذلك قد لا تتقدّم الوصية وذلك لعدم قبول الموصى له بها، فيقتضي الأمر أن نبحث في الرّد مسألتين: الأولى في أصحاب الحق في الرّد، والثانية في الوقت الذي يعتبر فيه الرّد صحيحاً، ونعرض هاتين المسألتين تباعاً.

أولاً: أصحاب الحق في الرّد:

إذا كانت الوصية لغير معين فلا تحتاج لقبول، وكذلك لا تُردُّ برّدٍ أحدٍ، وإذا كانت لمعيّن: فكما تتقدّم بقبوله؛ فإنها تردُّ برّده³. والرّد يمكن أن يكون كلياً فيردُّ جميع الوصية به، ويمكن أن يكون جزئياً؛ فمن يملك ردّ الكل يملك ردّ الجزء⁴، وهذا ثابت شرعاً. وفي حالة ما إذا مات الموصى له قبل القبول أو الرّد ذكر ابن قدامة أنه: << اختلف أصحابنا فيما إذا مات الموصى له قبل القبول والرّد بعد موت الموصي... قال أصحاب الرأي: تلزم الوصية في حق الوارث وتدخل في ملكه حكماً بغير قبول؛ لأن الوصية قد لزمّت من جهة الموصي، وإنما الخيار للموصى له، فإذا مات بطل خياره، ودخل في ملكه... ولنا، أن الوارث يقوم مقام الموصى له في القبول والرّد؛ لأن كل حقّ مات عنه المستحقّ فلم يبطل بالموت، وقام الوارث فيه مقامه. فعلى هذا؛ فإن ردّ الوارث الوصية بطلت >>⁵.

أخذ المشرع الجزائري برأي الجمهور وخالف الأحناف، فنصّ في المادة 198 ق. أ. ج أنه: << إذا مات الموصى له قبل القبول، فلورثته الحق في القبول أو الرّد >>⁶، فجعل المشرع الحق في القبول أو الرّد

¹ قانون رقم 84 - 11، المتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

² موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الحنبلي، الجزء الثامن، مرجع سابق، ص. 468.

³ أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص. 137.

⁴ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص. 282.

⁵ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الحنبلي، الجزء الثامن، مرجع سابق، ص. 417.

⁶ قانون رقم 84 - 11، المتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

ينتقل إلى ورثة الموصى له، ولم يجعل الموصى به يدخل في ملكهم جبراً مثلما يرى الأحناف. فإذن، إذا مات الموصى له بعد موت الموصي - لأن موته قبل موت الموصي يبطل الوصية - وقبل القبول أو الرد؛ فإن وراثته يقومون مقامه، فيكون لهم الخيار فإن شأؤوا قبضوا وإن شأؤوا ردوا.

ثانياً: الوقت الذي يصح فيه الرد:

الوقت الذي يصح فيه رد الوصية ممن له الحق في الرد كما بيناهم سابقاً محدّدة شرعاً وقانوناً. وقد ذكر ابن قدامة أنه: << لا يخلو رد الوصية من أربعة أحوال؛ أحدها، أن يردّها قبل موت الموصي، فلا يصح الردّ ها هنا؛ لأن الوصية لم تقع بعد، فأشبه رد المبيع قبل إيجاب البيع، ولأنه ليس بمحل للقبول، فلا يكون محلاً للرد... والثانية، أن يردّها بعد الموت وقبل القبول، فيصح الردّ، وتبطل الوصية. لا نعلم فيه خلافاً؛ لأنه أسقط حقه في حال يملك قبوله وأخذه... والثالثة، أن يردّها بعد القبول والقبض، فلا يصح الردّ؛ لأن ملكه قد استقرّ عليه، فأشبه رده لسائر ملكه، إلا أن يرضى الورثة بذلك، فتكون هبة منه لهم تفتقر إلى شروط الهبة. والرابعة، أن بعد القبول وقبل القبض، فيُنظر؛ فإن كان الموصى به مكياً أو موزوناً، صح الردّ... وإن كان غير ذلك لم يصح الردّ؛ لأن ملكه استقرّ عليه، فهو كالمقبوض >>¹.

الواضح إذن أن الوقت الذي يصح فيه الردّ هو ما بعد وفاة الموصي، لا في حياته؛ لأن وقت ترتيب الوصية لآثارها هو ما بعد الموت؛ لأنها مضافة إلى ذلك الحين؛ فإن قبلها الموصى له أو ردّها حال حياة الموصي، فذلك باطل². والقول بصحة قبول أو ردّ الوصية في حال حياة الموصي يتناقض مع القول بأن للموصي الرجوع في وصيته قبل موته، وهذا الحكم يسري على الموصى له وكذا على وراثته؛ لأنه حق الورثة في الردّ ليس إلاّ انتقالاً لحق الموصى له، فيمارسون هذا الحق على الوجه الذي تقرّر لمورثهم. وقد جاء نص المادة 197 ق. أ. ج³ عامّاً فقرّر أن وقت القبول يكون بعد وفاة الموصي ولم يحدّد الشخص الذي يكون له القبول أو الردّ في ذلك الوقت ممّا يجعل كل من له الحق في القبول يخضع لأحكام هذا النص.

كما أن نص المادة 198 ق. أ. ج⁴ لما وردت فيه عبارة << الحق في القبول أو الردّ >> فالأداة << أو >> تفيد التخيير، والتخيير بين القبول والردّ يجعلهما في نفس المستوى، فنستنتج أن الردّ أيضاً يكون بعد وفاة الموصي، وإذا صدر التعبير عن الردّ ممن له الحق فيه وبعد وفاة الموصي؛ كان الردّ صحيحاً، فأبطل الوصية⁵.

¹ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الحنبلي، الجزء الثامن، مرجع سابق، ص. 415.

² أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص. 42.

³ نص المادة 197 ق. أ. ج ورد كاملاً، أنظر الصفحة 46 من هذه المذكرة.

⁴ نص المادة 198 ق. أ. ج ورد كاملاً، أنظر الصفحة 66 من هذه المذكرة.

⁵ ورد الردّ كسبب من أسباب بطلان الوصية، أنظر الصفحة 68 من هذه المذكرة.

الفرع الثالث بطلان الوصية

تبطل الوصية بأمر كثيرة، وقد سبق القول عن أكثر هذه المبطلات في أثناء الحديث عن مسائل الوصية المختلفة، لذلك نكتفي هنا بعرض إجمالي لهذه المبطلات.

وليست المبطلات إلا موانعاً تحول دون أن تنتج الوصية آثارها، إما لأسباب تتعلق بالإنعقاد أو لأسباب تتعلق بالتنفيذ، وفي جميع الأحوال أسباب بطلان الوصية مرتبطة إما بأحد طرفيها: الموصي والموصى له، أو تتصل بالمحل أي بالموصى به؛ فإذا تواجد سبب منها؛ عدم آثار الوصية ومنع تنفيذها؛ لأن القاعدة أن الشيء لا يتحقق إلا بتوفر شروطه وانقضاء موانعه، وكذلك الأمر مع الوصية.

نبيّن مبطلات الوصية في ثلاث مسائل: الأولى في الأسباب المتعلقة بالموصي، والثانية في الأسباب المتعلقة بالموصى له، والثالثة في الأسباب المتعلقة بالموصى به، ونعرض هذه المسائل تباعاً.

أولاً: الأسباب المتعلقة بالموصي:

تبطل الوصية إذا الموصي:

- جنّ جنوناً مطبقاً، واتصل جنونه بالموت¹.
- رجع عن وصيته صراحة أو ضمناً.
- علق وصيته على شرط لم يحصل².

ثانياً: الأسباب المتعلقة بالموصى له:

تبطل الوصية إذا الموصى له:

- ردها بعد وفاة الموصي.
- توفي قبل وفاة الموصي³.
- قتل الموصي عمداً وعدواناً.
- كان وارثاً للموصي، ولم يجز الورثة الوصية له.
- تعذر وجود الجهة الموصى لها؛ إلا إذا كانت الوصية لجهة غير موجودة وستوجد مستقبلاً⁴.

¹ تشير إلى أن هذا السبب لم ينص عليه المشرع الجزائري، وفي رأينا أن الأصح هو اشتراط سلامة العقل عند إنعقاد الوصية لا بعدها.

² أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص. 140.

³ أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص. 187.

⁴ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص. 318.

ثالثاً: الأسباب المتعلقة بالموصى به:

- تبطل الوصية إذا كان الموصى به:
- معيناً بالذات، وهلك قبل وفاة الموصي¹.
- معيناً بالذات، وهلك قبل قبول الموصى له².
- جزءاً شائعاً في شيء معين بالذات، أو في نوع معين من أموال الموصي كأن يوصي بنصف داره أو بفرس من أفراسه العشرة المعلومة، فيهلك جميع الشيء.
- غير مملوك للموصي³.

بعدما فرغنا من البطلان في الوصية؛ فإنه يبقى من أحكام الوصية تنفيذها، وقد رتبنا الرجوع والرّد والبطلان قبل التنفيذ؛ لأنه حتى تنفّذ الوصية لا بد أن تكون خالية من أسباب البطلان.

المطلب الثاني

تنفيذ الوصية

يعتبر تنفيذ الوصية هو الغرض من إنشائها؛ فإذا انعقدت مستوفية لشروطها ومات الموصي مصرّاً عليها وجب تنفيذها، أو نقول بعبارة أخرى أن الوصية الصحيحة إذا مات الموصي ولم يرجع عنها، تعتبر جاهزة للتنفيذ. وقد تكثر الوصايا التي أوصى بها المتوفى، ولا يكفي المال الذي تنفّذ منه فنتزاحم.

نبحث في تنفيذ الوصايا مسألتين: الأولى في المال الذي تنفّذ منه الوصية، والثانية في تزاحم الوصايا. ونعرض هاتين المسألتين تباعاً.

الفرع الأول

المال الذي تنفّذ منه الوصية

تنفّذ الوصية في حدود الثلث ممّا يبقى بعد سداد الديون ومصاريف التجهيز والدفن⁴؛ فإذا كانت موجودات التركة كلها مالاّ حاضراً، تنفّذ الوصية من جميع المال سواءً كان الموصى به نقوداً، أم شيئاً معيناً كدارٍ محدّدة، أم سهماً شائعاً كربع التركة، فنقوم التركة، ويأخذ الموصى له سهمه من كل المال.

¹ نشير هنا إلى أنه إذا كان الموصي هو من أثلّف الشيء الموصى به أو استهلكه، فهذا يعتبر رجوعاً ضمناً عن الوصية، والرجوع مبطل للوصية كما قدمنا. وقد ورد الرجوع الضمني مفصلاً، أنظر الصفحة 65 من هذه المذكرة.

² أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص. 141.

³ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص. 319.

⁴ وردت مرتبة الوصايا كحق يتعلّق بالتركة، أنظر الصفحة 39 من هذه المذكرة.

أما إذا كان بعض مال التركة حاضراً، وبعضه حقوقاً على الغير أو مالاً غائباً، فنميّز بين ما إذا كان الحق على غير وارث أو كان على وارث. ونعرض هاتين الحالتين تباعاً.

أولاً: حالة وجود حق على غير الوارث:

إذا كان الموصى به نقوداً؛ فإن خرج من الثلث الحاضر أخذه الموصى له، وإن لم يخرج أخذ الموصى له بقدر الثلث الموجود. وكان الباقي للورثة، وكلما حضر من الغائب شيء أخذ منه ثلثه¹. وينطبق هذا على حالة كون الموصى به عيناً معيّنة لدى المالكية. ويرى الأحناف أن الموصى له يأخذ من العين المعيّنة بمقدار ثلث المال الحاضر، ويكون الباقي من العين موقوفاً، وكلما حضر من المال الغائب شيء، استوفى الموصى له من العين ما يساوي ثلث المال الذي حضر، حتى يستوفي العين كلها. وإن كانت الوصية بسهم شائع في التركة كربع التركة أو ثلثها: يكون الموصى له شريكاً للورثة في جميع المال حاضره وغائبه، عينه ودينه، فيستوفي سهمه من المال الحاضر، وكلما حضر من المال الغائب شيء استوفى سهمه منه، وهذا متفق عليه فقهاً. وإن كانت الوصية بسهم شائع لكن ليس في التركة كلها بل في نوع من المال كربع منزله المعين؛ فإن كان هذا النوع حاضراً لم يختلف عن حالة الموصى به إذا كان نقوداً، وإن كان هذا النوع غائباً أو بعضه حاضر وبعضه غائب، يرى الحنابلة وزفر أن الموصى له يأخذ سهمه في الجزء الحاضر، وكلما حضر من المال الغائب شيء أخذ بنسبة سهمه منه².

ثانياً: حالة وجود حق على الوارث:

في هذه الحالة يكون الوارث مديناً لمورثه؛ فإذا كان الدين مؤجلاً، فلا يأخذ الموصى له إلا حصته في حدود الثلث؛ فإذا حلّ أجل الدين، كُمل له مقدار الوصية. وإن حلّ أجل الدين وكان أقلّ من نصيب المدين الوارث أو مساوياً لنصيبه في التركة، فتقع المقاصّة³ بين الدين وسهام المدين إذا كان الدين من جنس الحاضر من التركة، ويعتبر الدين بهذه المقاصّة مالاً حاضراً. وقد يكون الدين مستحق الأداء حالاً عند قسمة التركة لكن نصيب الوارث لا يفي به، فيكون الزائد على النصيب كالدين على الأجنبي، أي يعدّ مالاً غائباً، والذي يقابل مقدار نصيبه مالاً حاضراً، فيأخذ الموصى له مقدار ثلث الحاضر كله، ثم يأخذ ثلث ما يستوفى من القدر الزائد من الدين، حتى يستوفي وصيته. وهذا مذهب الأحناف⁴.

¹ عبد الغني الغنيمي الحنفي، مرجع سابق، ص. 182.

² وهبة الزحيلي، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص. 288 - 289.

³ المقاصّة: طريقة من طرق إنقضاء الإلتزام بما يعادل الوفاء، ونظّمها المشرع الجزائري بموجب المواد من 297 إلى 303 ق. م. ج.

⁴ وهبة الزحيلي، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص. 290.

لم يتعرض المشرع الجزائري لهذه المسألة، فلم ينص على فرض وجود أموال التركة كلها حاضرة، أو بعضها حاضر وبعضها غائب، أو أن كل المال غائب، بالتالي يسري على هذه الأحوال أحكام الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني

تزام الوصايا

تتزامن الوصايا إذا تعددت ولم يتسع الثلث المخصص للوصايا لوفائها كلها، والورثة لم يجيزوا ما زاد على الثلث. كما يقع التزام أيضاً في حالة إجازة الورثة لكن مع ذلك لا تتسع التركة لوفائها.

إذا تزامت وصايا إختيارية ووصية واجبة تقدم الواجبة؛ فإن كانت تساوي الثلث أخذه أصحابها، وإن كانت أقل من الثلث، فيكون ما أبقته لأصحاب الوصايا الإختيارية¹. ولم يتعرض المشرع الجزائري لهذه المسألة؛ إلا أنه باعتبار الوصية الواجبة تتفقد بقوة القانون ولو لم يوص بها المورث، والوصية الإختيارية لا تتفقد إلا بإيصاله ورغبته؛ فإنه يصح القول بهذا الترجيح.

أما إذا كانت الوصايا المتزاممة كلها إختيارية، ففيها ثلاثة مسائل: الأولى في تزام الوصايا التي كلها للعباد، والثانية في تزام الوصايا التي كلها بحقوق الله تعالى، والثالثة في تزام الوصايا بعضها بحقوق الله عزوجل وبعضها الآخر للعباد. ونعرض هذه المسائل تباعاً.

أولاً: التزام بين الوصايا للعباد:

في هذه الحالة لا مجال لترجيح بعض الوصايا على بعض، وذلك لإستوائها في سبب الإستحقاق والإستواء في السبب يوجب الإستواء في الحكم بحق². وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة إذا كانت أحد الوصايا زائدة على الثلث، وذكر القاضي أبو يوسف أنه: >> قال: وإذا أوصى رجل بثلث ماله لرجل وبماله كله لآخر، فرد ذلك الورثة كله إلى الثلث؛ فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول: الثلث بينهما نصفان، لا يضرب صاحب الجميع بحصة الورثة من المال. وكان ابن أبي ليلى يقول: الثلث بينهما على أربعة أسهم يضرب صاحب المال بثلاثة أسهم، ويضرب صاحب الثلث بسهم واحد. وبه نأخذ³، وكما يبدو فرأي ابن أبي ليلى يحترم رغبة الموصي أكثر، فلماً أوصى لواحد بالثلث ولآخر بكل ماله فهذه قرينة على أنه فضل الذي أوصى له بكل ماله ورغب أن يأخذ أكثر ممن أوصى له بالثلث، أما رأي أبي حنيفة فيتجاهل ما يرغب به الموصي ويسوي بينهما.

¹ أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص. 212.

² أحمد محمد علي داود، مرجع سابق، ص. 160.

³ أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري، مرجع سابق، ص. 83.

ثانياً: التزام بين الوصايا بحقوق الله تعالى:

قال الشيخ الغنيمي: >> من أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى وضاق عنها الثلث؛ قُدِّمت الفرائض منها على غير الفرائض، سواءً قَدِّمها الموصي في الوصية أو أخرها؛ لأن قضاءها أهم، وذلك مثل الحج والزكاة والكفارة. وإن تساوت قوة بأن كانت فرائض أو واجبات بُدئ بما قَدِّمه؛ لأن الظاهر أنه يبدئ بالأهم. وما ليس بواجب قُدِّم منه ما قَدِّمه الموصي؛ لأن تقديمه يدلُّ على الإهتمام به، فكان كما إذا صرَّح بذلك >>¹.

ثالثاً: التزام بين وصايا بحقوق الله تعالى ووصايا للعباد:

إذا تزامت وصايا بحقوق الله تعالى ووصايا للناس، كما إذا أوصى بثالث ماله للحج والزكاة والكفارة، ولخالد من الناس، فيقسَّم الثلث بينهما أرباعاً، ويعطى لكل جهة الربع: فالحج ربع الثلث، وللزكاة ربع الثلث، وللکفارة ربع الثلث، ولخالد ربع الثلث. وعند استواء القربات في القوة، يُقَدِّم منها ما بدأ به الموصي، أو الأقوى عبادة، أو تُقسَّم على الجميع بالتساوي. وهذا رأي الصاحبين وبقية المذاهب².

لم يتعرض المشرع الجزائري لهذه المسألة، ممَّا يجعلها تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية، لذا فالأولى لدى القضاء الجزائري إن صادف حالة تزام الوصايا الإختيارية بين العباد ونظراً لعدم النص أن يعمل برأي أبي يوسف وابن أبي ليلى الذي يحترم ويراعي رغبة الموصي، أما في التزام بين الوصايا بحقوق الله تعالى أو الوصايا المختلطة بين حقوق الله عزَّوجلَّ ووصايا للناس فالأولى العمل بما ذهب إليه الجمهور.

خلاصة القول أن الوصية متى إنعقدت صحيحة، مستوفية لجميع شروطها المحددة شرعاً وقانوناً، ومات الموصي دون الرجوع عنها؛ فإنها تعتبر وصية نافذة، وتنقل الملكية أو المنفعة الموصى بها إلى الموصى له إذا قبلها. ويعتبر الموصى به حقاً لغير الوارث كأصل عام.

ولا يبقى بعد تنفيذ الوصية، أو الوصايا إن كثرت؛ إلا حق الورثة المتمثل في الميراث، فيوزَّع عليهم الباقي وفقاً للمقرَّر شرعاً وقانوناً.

¹ عبد الغني الغنيمي الحنفي، مرجع سابق، ص. 177.

² وهبة الزحيلي، الجزء الثالث، مرجع سابق، ص. 292 - 293.

خاتمة :

في الختام نتوصل إلى أن التركة التي يجري تقسيمها على الورثة المحددين شرعاً ليست التركة في مجملها؛ إنما هي التركة المصفاة إن صحَّ تسميتها بهذا الاسم.

والتركة المصفاة هي الرصيد الإيجابي الباقي بعد تخليصها ممَّا يتعلَّق بها من حقوقٍ للغير، وهذه الأخيرة لا تعدو أن تكون ثلاثة: مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع، الديون الثابتة في ذمة المتوفى الذي خلَّف هذه التركة، الوصايا.

والجدير بالذكر هو أن حقوق غير الورثة في التركة ليست أقل أهمية من حق الميراث؛ بل تهدف إلى نفس ما يهدف إليه هذا الأخير وهو إعطاء كل ذي حقَّ حقه. وعلى هذا؛ يجب الإهتمام بدراستها ومراعاة أحكامها؛ لأنها أول خطوة في قسمة التركات.

لقد توصلنا من خلال دراستنا هذه إلى أن حقوق غير الورثة في التركة تعتبر حقوقاً واجبة الوفاء تدين بها التركة، ونخلص إلى أن مصاريف التجهيز والدفن حق ثابت للمتوفى؛ إذ ما يجب كأول شيء يؤخذ من التركة هو هذه المصاريف، فإذا توفي شخص وخلَّف تركة؛ كانت تكاليف تجهيزه ودفنه من تركته، وإن كانت امرأة متزوجة فتكاليف تجهيزها ودفنها تقع على عاتق زوجها، أما إذا كان المتوفى شخصاً مُفترقاً فمصاريف تجهيزه ودفنه تكون على عاتق من كان ينفق عليه في حال حياته. ولم يتعرض المشرع الجزائري لأحكام هذه الأحوال بالتفصيل؛ إنما اكتفى بتحديد أن تكون هذه المصاريف بالقدر المشروع. وبالتالي فكل ما أجازته الشرع الإسلامي يدخل في القدر المشروع.

أما في الديون الثابتة في ذمة المتوفى التي تحتل المرتبة الثانية بين الحقوق المتعلقة بالتركة، فهي حقوق للدائنين الذين ينتقلون من وصفهم كدائنين للمتوفى إلى وصفهم كدائنين للتركة، ومن المسائل الهامة في الديون أن لها عدة تقسيمات بحيث تختلف قوة كل قسم عن القسم الآخر في تعلُّقه بالتركة، ومثال ذلك أن الديون العينية تتقدّم على الديون العادية، وديون الصحة أقوى ثبوتاً من ديون المرض، وغير ذلك. وطبعاً هذه المسائل تعددت فيها مواقف فقهاء الشريعة الإسلامية، وإكتفى المشرع الجزائري بذكر مرتبتها دونما تفصيل في هذا الحق أيضاً. وللديون أحكام عديدة بالغة الأهمية، ومنها حكم الأجل في الدين وحالة تراحم الديون ومسألة استغراقها للتركة، وهذه المسائل لم ينطرق إليها المشرع في قانون الأسرة؛ إلا أنه ينطبق عليها أحكام الإلتزام الواردة في القانون المدني، ومن ذلك عدم سقوط الأجل بالموت، وكذا قسمة الغرماء بين الدائنين المتساوين في الدرجة. ورغم أن المشرع قد أصاب في عدم التكرار الذي تفاداه؛ إلا أنه كان عليه النص على الإحالة إلى القانون المدني في حلّ هذه المسائل.

أما الوصايا، فلقد توصلنا فيها إلى أن الوصية التي تكون قابلة للتنفيذ من جهة ويمكنها مزاحمة باقي الوصايا من جهة أخرى هي الوصية الصحيحة التي استوفت جميع شروطها وانتفت موانعها، وللوصايا تقسيمات مختلفة، ولقد إقتصر المشرع الجزائري على الوصايا التبرعية دون الوصايا الأخرى كالوصية برعاية القاصر، وهذا عمل صائب، بحيث أن المكان الأنسب لمثل هذه الوصية هو النيابة الشرعية، ولا تسري عليها أحكام الوصية. كما تجدر الإشارة إلى وجود تصرفات تلحق بالوصايا وتسري عليها أحكامها وقد ذكرها الفقهاء ونصَّ عليها القانون، ومن المؤكد أن الوصايا تحتل المرتبة الثالثة بعد الديون وقبل الميراث.

لم يخالف المشرع الجزائري في أحكام التركات بصفة عامة وفي حقوق غير الورثة بصفة خاصة أحكام الشريعة الإسلامية؛ إذ أنه فيما نصَّ عليه أو أشار إليه فالنص إستقاه منها، وفيما لم يرد النص عليه فقد أحال فيه إليها.

والملاحظ أن المشرع لم يُفصّل بالقدر الكافي في النص على هذه الحقوق. وهذا ما يؤخذ عليه؛ إذ كان يجب عليه مراعاة المخاطبين بهذه النصوص بالدرجة الأولى وهم رجال القانون الذين يفتقدون التكوين الشرعي في تخصّصهم. ولهذا فأنسب حلٌّ هو أن يصوغ المشرع أحكام الفقه الإسلامي في نصوص قانونية تكون سهلة الفهم وجاهزة للتطبيق؛ ممّا يحقّق هدفين: الأول يتمثّل في توفير الجهد والوقت على رجال القانون وبوجه خاص على القضاة فيجدون النص في متناولهم، والثاني يتمثّل في توحيد الأحكام القضائية وتقادي أكبر قدر ممكن من الأخطاء.

والمقترح أن يعيد المشرع الجزائري النظر في تنظيم حقوق غير الورثة في التركة، وبيّن ما يجب العمل به خاصة في الحالات التي تكثُر فيها الإجتهادات الفقهية وتختلف. فيبرز موقفه في المسائل المختلف فيها ويرجّح الرأي الذي يتماشى مع العرف الجزائري من جهة ، ويتوافق مع باقي النصوص القانونية التي صاغها من جهة أخرى.

الملاحق

نموذج الوصية الواجبة

الحمد لله وحده، بمكتب التوثيق بـ ... (يحدد مقر المكتب) دائرة ... (الدائرة التي يوجد بها المكتب) ولاية ... ، (الجزائر) .

أمام الأستاذ ... (إسم ولقب الموثق) الممضي أسفله، حضر السيد (لقب وإسم العاقد) بن ... ، المولود بـ ... (مكان الميلاد) في ... (مكان الميلاد) حسب ... (ب ت و / ر.س / ج س) المُدلي، الساكن بـ ... (العنوان الكامل) وأشهد على نفسه أنه نَزَّل بنات المرحوم ... (لقب وإسم المتوفى) المتوفى بـ ... (مكان الوفاة) في ... (تاريخ الوفاة)، وهنَّ: ... (لقب وإسم وتاريخ ميلاد كل واحدة وهنَّ مرتبات حسب الميلاد)، كلهن من السكن. بحيث إن قَدَّر الله بوفاته وأدبرت من الدنيا أيام حياته، تأخذ بنات ابنه المذكورات من مخلفه العقار وغيره ما كنَّ يأخذنه من أبيهن لو ورث هذا الأخير عنه شيئاً يقتسمن ذلك سوية بينهن، تنزيلاً تاماً قصد به وجه الله العظيم ورجا ثوابه الجسيم؛ إنه لا يضيع أجر من أحسن عملاً ولا يخيب لراجيه وقاصده أماًلاً.

وإثباتاً لما ذكر؛

حرَّر هذا العقد بالمكتب، بتاريخ: ... (يكتب التاريخ بالحروف) .

بمحضر السيدين:

- ... (لقب وإسم الشاهد الأول)، المولود بـ ... (مكان الميلاد) في ... (تاريخ الميلاد)، حسب: ... (ب ت و / ر.س / ج س) رقم ... المستخرجة من ... (الدائرة التي أصدرتها) في ... (تاريخ الإصدار) .

- ... (لقب وإسم الشاهد الثاني)، المولود بـ ... (مكان الميلاد) في ... (تاريخ الميلاد)، حسب ... (ب ت و / ر.س / ج س) رقم ... المستخرجة من ... (الدائرة التي أصدرتها) في ... (تاريخ الإصدار) .

الساكنين بـ ... (مكان سكن الشاهد الأول والثاني؛ فإن كان الموطن نفسه يذكر مرة واحدة، وإن اختلف سكن الشهود، يشار إلى سكن كل واحد أمام المعلومات المتعلقة به) اللذين عرَّفاً بالمنزل وأثبتنا حالته وموطنه وأهليته للتبرع.

وبعد التلاوة؛ أمضيناه مع ... (يذكر إمضاء العاقد والشهود ويشار إلى موانع التوقيع إن وجدت مثلاً: أمضيناه مع الشاهد الثاني دون الأول والعاقد اللذين وضعاً بصمة إصبعيهما السبابة والوسطى لجهلها الكتابة) .

نموذج وصية عرفية

>> بعد البسمة وحمد الله تعالى...

هذا ما أوصى به فلان بن فلان ... وشهوده به عارفون في صحة عقله وثبوت فهمه، وهو يشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأن محمداً عبده ورسوله، وأن الجنة حق، وأن النار حق، وأن الساعة آتية لا ريب فيها، وأن الله يبعث من في القبور. أوصى ولده وأهله وقرابته بتقوى الله عزوجل وطاعته، والتزام شريعته وإقامة دينه، والموت على الإسلام، كما أوصى - عفا الله عنه ولطف به - أنه إذا نزل به الموت الذي كتبه الله على خلقه أن يحتاط على تركته المخلفة عنه فيبدأ منها بتجهيزه وتكفينه ودفنه، ثم يسدد ما عليه من الديون الشرعية المستقرة في ذمته والتي أقر بها بحضرة شهوده، وهي لفلان كذا ... وأن يخرج عنه من ثلث ماله لفلان كذا... ثم ما بقي يقسمه بين ورثته وهم فلان وفلان. على الفريضة التي شرع الله تعالى. وأوصاه أن ينظر في أولاده الصغار وهم فلان وفلان، ويحفظ لهم ما يخصهم من التركة إلى حين بلوغهم وإيناس رشدهم. وأوصى بذلك جميعه إليه، وعول فيها ذكره بعد الله عليه، لعلمه بدينه وأمانته وعدالته وكفايته، وجعل له أن يسندهم إلى من يشاء ويوصي بهم من أحب. وقبل الوصي المذكور من ذلك في مجلس الإيصاء وأمام الشهود قبولاً شرعياً، وأشهد عليهما بذلك، وجرى توقيعه بعد تحريره وقراءته. بتاريخ ... <<.

قائمة المراجع

• القرآن العظيم.

• الكتب:

- 1- ابن حزم، مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والمعتقدات، الطبعة الثانية، دار الأفاق الجديدة للنشر والتوزيع، لبنان، 1980.
- 2- أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، لبنان، 1995.
- 3- أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، لبنان، 2003.
- 4- أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، الطبعة الرابعة، مكتبة العلوم والحكم للنشر والتوزيع، مصر، 2007.
- 5- أبو داود سليمان ابن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، الجزء الثالث، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، لبنان، (د.ت.ن).
- 6- أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مكتبة الصفا للنشر والتوزيع، مصر، 2005.
- 7- أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري الجعفي، صحيح البخاري، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 1992.
- 8- أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، (د، ت، ن).
- 9- أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري، إختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، مطبعة الوفاء للنشر والتوزيع، مصر، 1937.
- 10- أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1997.
- 11- أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون: التجهيز والدفن والوصايا والموارث وتقسيماتها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
- 12- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني (الميراث والوصية)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

- 13- جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف الحنفي الزيلعي، تبين الحقائق، الجزء السادس، المطبعة الأميرية للنشر والتوزيع، مصر، (د.ت.ن).
- 14- جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، لبنان، 2003.
- 15- خليل بن إسحاق ابن موسى المالكي، مختصر خليل في فقه الإمام مالك، مطبعة مصطفى الحلبي وأولاده، مصر، 1922.
- 16- رمضان علي السيد الشرنباصي، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية (الخاصة بالميراث والوصية والوقف في الفقه والقانون والقضاء)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.
- 17- سعيد بويصري، أحكام الموارث بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- 18- سمير عبد السيد تناغو، مصادر الإلتزام: العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون، (د. د. ن)، مصر، 2000.
- 19- السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث: المعاملات، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، لبنان، 1971.
- 20- شحاتة عبد الغني الصباغ، دروس في الفرائض، منشورات وزارة الشؤون الدينية، الجزائر، 1993.
- 21- شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة للنشر والتوزيع، لبنان، 1989.
- 22- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء التاسع: أسباب كسب الملكية، المجلد الأول، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.
- 23- عبد العظيم بن عبد القوي المنذري، مختصر صحيح مسلم، مكتبة الصفا للنشر والتوزيع، مصر، 2005.
- 24- عبد الغني الغنيمي الحنفي، اللباب في شرح الكتاب، الجزء الرابع، الطبعة الرابعة، دار الحديث للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1979.
- 25- عبد المجيد المغربي، علم الميراث: أصوله ومسائله، المؤسسة الحديثة للكتاب للنشر والتوزيع، لبنان، 2006.
- 26- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية: على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، الطبعة الثانية، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، 1990.
- 27- مالك بن أنس، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، لبنان، 1994.
- 28- مالك بن أنس، الموطأ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2005.
- 29- محمد العمراني، الميراث في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المؤسسة الوطنية للإتصال والنشر والإشهار، الجزائر، 2000.

- 30- محمد علي الصابوني، المواريث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، لبنان، 1999.
- 31- محمد محدة ، التركات والمواريث: دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية، الدار الجزائرية للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
- 32- محمد محي الدين عبد الحميد، أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية على مذاهب الأئمة الأربعة، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، لبنان، 1984.
- 33- محي الدين بن شرف الدين النووي دمشقي، المجموع شرح المهذب، دار عالم الكتاب للنشر والتوزيع، لبنان، 2003.
- 34- منصور كافي ، المواريث في الشريعة والقانون، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- 35- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الحنبلي، المغني، الطبعة الثالثة، دار عالم الكتب للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1997.
- 36- وهبة الزحيلي، الوجيز في الإسلامي، الطبعة الثانية، دار الفكر للنشر والتوزيع، سوريا، 2006.

• النصوص القانونية:

- 1- أمر رقم 75- 58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78 الصادرة في 30 سبتمبر 1975، معدّل متمّم.
- 2- أمر رقم 75- 74 مؤرخ في 8 ذي القعدة عام 1395 الموافق 12 نوفمبر 1975، يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج ر عدد 92 الصادرة في 18 نوفمبر 1975.
- 3- أمر رقم 75- 79 مؤرخ في 12 ذي الحجة عام 1395 الموافق 19 ديسمبر سنة 1975، يتعلق بدفن الموتى، ج ر عدد 103 الصادرة في 26 ديسمبر 1975.
- 4- قانون 84- 11 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج ر عدد 24 الصادرة في 12 يونيو 1984، معدّل و متمّم بالأمر رقم 05 - 02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، ج ر عدد 15 الصادرة في 27 فبراير 2005.

• القرارات القضائية:

- المحكمة العليا، قرار مؤرخ في 9 جويلية 1984، المجلة القضائية، العدد 3، السنة 1989.

الفهرس

الموضوع	الصفحة
مقدمة.....	1
الفصل الأول: مصاريف التجهيز والدفن والديون الثابتة في ذمة المتوفى.....	3
المبحث الأول: مصاريف التجهيز والدفن.....	4
المطلب الأول : المقصود بالتجهيز والدفن.....	4
الفرع الأول : تعريف التجهيز والدفن.....	5
أولاً : تعريف التجهيز والدفن لغة.....	5
1 - تعريف التجهيز لغة.....	5
2 - تعريف الدفن لغة.....	5
ثانياً : تعريف التجهيز والدفن اصطلاحاً.....	5
1 - تعريف التجهيز اصطلاحاً.....	6
2 - تعريف الدفن اصطلاحاً.....	6
الفرع الثاني : مشتملات التجهيز والدفن.....	6
أولاً : غسل المتوفى.....	7
ثانياً : تكفين المتوفى.....	8
ثالثاً : دفن المتوفى.....	8
الفرع الثالث : تقدير مصاريف التجهيز والدفن.....	10
أولاً : التوسط من حيث العدد.....	11
ثانياً : التوسط من حيث القيمة.....	12
المطلب الثاني : تجهيز الزوجة ومن تجب نفقته على المتوفى.....	13

- 13 الفرع الأول : تجهيز زوجة المتوفى.
- 14 أولاً : الرأي المؤيد لتجهيز الزوجة من مال زوجها.
- 15 ثانياً : الرأي المعارض لتجهيز الزوجة من مال زوجها.
- 15 ثالثاً : الرأي الراجح في تجهيز الزوجة من مال زوجها.
- 16 الفرع الثاني : تجهيز من تجب نفقته على المتوفى.
- 17 المطلب الثالث : حكم تقديم مصاريف التجهيز والدفن على قضاء الديون.
- 18 الفرع الأول : موقف الفقه الإسلامي.
- 18 أولاً : الرأي المؤيد لتقديم مصاريف التجهيز والدفن على قضاء الديون.
- 18 ثانياً : الرأي المعارض لتقديم مصاريف التجهيز والدفن على قضاء الديون.
- 19 الفرع الثاني : موقف المشرع الجزائري.
- 20 المبحث الثاني : الديون الثابتة في ذمة المتوفى.
- 20 المطلب الأول : المقصود بالديون.
- 21 الفرع الأول : تعريف الديون.
- 21 أولاً : تعريف الديون لغة.
- 21 ثانياً : تعريف الديون اصطلاحاً.
- 22 الفرع الثاني : مرتبة قضاء الديون.
- 23 أولاً : موقف الفقه الإسلامي.
- 24 ثانياً : موقف المشرع الجزائري.
- 24 المطلب الثاني : تقسيمات الديون.
- 25 الفرع الأول : ديون الله عزوجل وديون العباد.
- 25 أولاً : ديون الله عزوجل.
- 26 ثانياً : ديون العباد.
- 27 الفرع الثاني : الديون العينية والديون العادية.
- 27 أولاً : الديون العينية.
- 28 ثانياً : الديون العادية.

28	الفرع الثالث : ديون الصحة وديون المرض.....
29	أولاً : ديون الصحة.....
29	ثانياً : ديون المرض.....
30	المطلب الثالث : أحكام الديون.....
30	الفرع الأول : الديون المؤجلة ووقت تعلُّقها بالتركة.....
31	أولاً: موقف الفقه الإسلامي
31	ثانياً: موقف المشرع الجزائري.....
32	الفرع الثاني : تزامم الديون.....
32	أولاً : موقف الفقه الإسلامي.....
34	ثانياً : موقف المشرع الجزائري.....
34	الفرع الثالث : استغراق الديون للتركة.....
35	أولاً: موقف الفقه الإسلامي.....
36	ثانياً: موقف المشرع الجزائري.....
39	الفصل الثاني: الوصايا.....
40	المبحث الأول: مفهوم الوصية.....
40	المطلب الأول: المقصود بالوصية.....
40	الفرع الأول: تعريف الوصية.....
41	أولاً: تعريف الوصية لغة.....
41	ثانياً: تعريف الوصية اصطلاحاً.....
41	الفرع الثاني: التصرفات التي تلحق بالوصية.....
41	أولاً: موقف الفقه الإسلامي.....
42	ثانياً: موقف المشرع الجزائري.....
44	المطلب الثاني: شروط الوصية.....
44	الفرع الأول: شروط انعقاد الوصية.....
44	أولاً: الشروط الشكلية لانعقاد الوصية.....

- ثانياً: الشروط الموضوعية لانعقاد الوصية..... 45
- 1 - الإيجاب..... 45
- 2 - القبول..... 46
- الفرع الثاني: شروط صحة الوصية..... 47**
- أولاً: الشروط المتعلقة بالموصي..... 47
- 1 - أن يكون الموصي بالغاً..... 47
- 2 - أن يكون الموصي عاقلاً..... 47
- 3 - أن يكون الموصي مختاراً..... 48
- ثانياً: الشروط المتعلقة بالموصى له..... 48
- 1 - أن يكون الموصى له موجوداً..... 49
- 2 - أن يكون الموصى له معلوماً..... 50
- 3 - ألا يكون الموصى له جهة معصية..... 51
- 4 - ألا يكون الموصى له قاتلاً للموصي..... 51
- 5 - ألا يكون الموصى له وارثاً للموصي..... 52
- 6 - ألا يكون الموصى له حربياً..... 53
- ثالثاً: الشروط المتعلقة بالموصى به..... 54
- 1 - أن يكون الموصى به مالاً متقوماً..... 54
- 2 - أن يكون الموصى به قابلاً للتملك..... 54
- 3 - أن يكون الموصى به في ملك الموصي..... 54
- 4 - ألا يكون الموصى به مستغرقاً بالديون..... 55
- 5 - أن يكون الموصى به في حدود الثلث..... 55
- المطلب الثالث: تقسيمات الوصايا..... 56**
- الفرع الأول: الوصية الإختيارية والوصية الواجبة..... 56**
- أولاً: الوصية الإختيارية..... 57
- ثانياً: الوصية الواجبة..... 57

58	الفرع الثاني: الوصية بالعين والوصية بالمنفعة.....
59	أولاً: الوصية بالعين.....
59	ثانياً: الوصية بالمنفعة.....
60	1 - المنفعة التي يمتلكها الموصى له بهذه الوصية.....
60	2 - مدة الإنتفاع التي تكون للموصى له.....
61	الفرع الثالث: الوصية بالحق والوصية بالدين.....
61	أولاً: الوصية بالحق.....
62	ثانياً: الوصية بالدين.....
63	المبحث الثاني: أحكام الوصية.....
64	المطلب الأول: موانع الوصية.....
64	الفرع الأول: الرجوع في الوصية.....
64	أولاً: الرجوع الصريح.....
65	ثانياً: الرجوع الضمني.....
66	الفرع الثاني: الرد في الوصية.....
66	أولاً: أصحاب الحق في الرد.....
67	ثانياً: الوقت الذي يصح فيه الرد.....
68	الفرع الثالث: بطلان الوصية.....
68	أولاً: الأسباب المتعلقة بالموصي.....
68	ثانياً: الأسباب المتعلقة بالموصى له.....
69	ثالثاً: الأسباب المتعلقة بالموصى به.....
69	المطلب الثاني: تنفيذ الوصية.....
69	الفرع الأول: المال الذي تنفذ منه الوصية.....
70	أولاً: حالة وجود حق على غير الوارث.....
70	ثانياً: حالة وجود حق على الوارث.....
71	الفرع الثاني: تزام الوصايا.....

71	أولاً: التزام بين الوصايا للعباد.....
72	ثانياً: التزام بين الوصايا بحقوق الله تعالى.....
72	ثالثاً: التزام بين وصايا بحقوق الله تعالى ووصايا للعباد.....
73	خاتمة.....
75	ملاحق.....
76	نموذج الوصية الواجبة.....
77	نموذج وصية عرفية.....
78	قائمة المراجع.....
81	الفهرس.....