شكل الوصية في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري

أ. شيخ سناء
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة تلمسان - الجزائر

تعتبر الوصية تصرفاً تبرعياً صادرا من جانب واحد حثّت عليهما الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية لأنها باب من أبواب الخير التي تقرّب الإنسان من ربّه وتعود بالخير والازدهار على المجتمع فهي تنشر المحبّة والمودّة والايخاء بين الناس، لذا نجد المشرع اهتمّ بها ونظمها في كلّ من الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة.

وتعدّ الوصية تصرفا خطيرا لأنها تؤثر على الذمة المالية للمتبرع وعلى ورثته الأمر الذي يقتضي منه التفكير بتمهل وتروّ قبل الإقدام عليها، والشكلية تُعِينه على ذلك.

إنّ البحث في شكل الوصية يقتضي التعرض بداية لمفهوم الوصية (أولا) ثمّ بيان موقف المشرع والقضاء الجزائريين من الشكل الواجب توافره في الوصية (ثانيا).

أولا: مفهوم الوصية

تستلزم دراسة مفهوم الوصية تعريفها من جهة، ثمّ بيان طبيعتها القانونية من جهة ثانية.

01ـ تعريف الوصية

نصّ المشرع الجزائري في المادة 775 من القانون المدني على ما يلي: " يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها". الأمر الذي يستفاد منه أنّ المشرع الجزائري لم ينظم الوصية ضمن نصوص القانون المدني وإنما في قانون الأسرة.و بالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري نجد أنّ المشرع الجزائري عالج أحكام الوصية

ووضع شروطها في الفصل الأول من الكتاب الرابع الخاص بالتبرعات وذلك في المواد من 184 إلى 201 منه.

فعرّف المشرع الجزائري الوصية في المادة 184 من قانون الأسرة بأنها: " تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع".

و مؤدى كلمة " تمليك" الواردة في هذا النص أنّ الوصية قد تكون بالأعيان عقارا كان أو منقولا أو بالمنافع[1] كسكنى الدار أو زراعة الأرض.

أمّا المقصود بعبارة " مضاف إلى ما بعد الموت" فمعناه أنّ أثر التصرف الذي يقوم به الموصي في حياته لا يترتب إلا بعد موته، وعليه يخرج من نطاقها التصرف الواقع في الحياة كالهبة.و تعني كلمة " تبرع" أنّ الوصية تتم بدون عوض، ومن ثم لا يأخذ الشخص مقابلا لوصيته.

و قد اعتمد القضاء الجزائري نفس التعريف بحيث قضت المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 02 ماي 1995[2] بما يلي: "من المقرر قانونا أنّ الوصية هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع".

و هذا التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري وأيّده القضاء قاصر من كونه حصر الوصية في كلّ ما يعتبر تمليكا فقط[3] دون أن يشمل الإسقاطات لتكاليف معينة مثل الإبراء من الدين أو تأجيله.

تجدر الإشارة هنا إلى أنّ المشرع المصري عرّف الوصية[4] بأنها: " تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت"، وهو بهذا التعريف جعل معنى الوصية شاملا حين سماها تصرفا إذ تشمل الوصية بالملكية وغيرها من الحقوق العينية والإسقاطات كالوصية بالإبراء من الدين أو الكفالة[5]، وكذا الوصية بالمنافع والمرتبات، وتقسيم التركة بين الورثة وبيان طريق الوفاء بما على التركة من ديون[6].

تأسيسا على ما سبق يمكن اعتبار أنّ التعريف الذي اعتمده المشرع المصري للوصية جاء جامعا مانعا ذلك أنّ الموصى به يمكن أن يكون مالا أو منفعة أو إسقاطا لتكاليف معينة.

وقد ألحق القانون الجزائري بالوصية تصرفين قانونيين أعطاهما حكمها وهما:

- كلّ تصرف قانوني يصدر عن الشخص في مرض الموت بقصد التبرع أيّا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف[7].
- تصرف الشخص لأحد ورثته بشيء مع احتفاظه بحيازة الشيء المتصرف فيه من جهة والانتفاع به مدّة حياته من جهة أخرى[8].

02ـ الطبيعة القانونية للوصية

لقد أثارت مسألة الطبيعة القانونية للوصية جدلا فقهيا أدّى إلى ظهور اتجاهين: الاتجاه الأول تميّز بالقول أنّ ركن الوصية يتمثل في الإيجاب الصادر من الموصي فقط دون اشتراط قبول الموصى له كركن[9]، وأنّ استلزام القبول يكون لمجرد لزوم الوصية بالنسبة إلى الموصى له أي أنّ الوصية تنعقد عند صدورها من الموصي ولكن يتوقف نفاذها على موته وعلى قبول الموصى له، في حين ذهب الاتجاه الثاني إلى أنّ الوصية لا تتحقق إلا بالإيجاب والقبول معا فالقبول ركن في الصيغة كالإيجاب تماما، ومن ثمّ فالوصية عقد لا بدّ فيه من تطابق إيجاب الموصي وقبول الموصى له[10].

و بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة نجد المشرع الجزائري نصّ في المادة 184 منه على أنّ: "الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع" ونصّ في المادة 197 منه على ما يلي: " يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي".

يستفاد من هاتين المادتين أنّ المشرع أخذ برأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية واعتبر إيجاب الموصي الركن الوحيد لانعقاد الوصية دون الحاجة إلى قبول الموصى له لأنّ الوصية تصرف صادر من جانب واحد وليست عقدا، غير أنه وإن كانت الوصية تصرفا تبرعيا

صادرا بالإرادة المنفردة للموصي إلا أنّ الملكية لا تثبت بمقتضى الوصية للموصى له بمجرد وفاة الموصي بل لا بدّ أن يقبلها صراحة بالقول أو ما يقوم مقامه كاتخاذ موقف يدل على رضاه بالوصية، فإذا قبل الموصى له الوصية كان الموصى به ملكا له وإذا ردّ الموصى له الوصية بطلت وفقا لمقتضيات المادة 201 من قانون الأسرة التي تنص على ما يلي: " تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي أو بردّها". وعليه فإنّ الوصية تنشأ بإرادة منفردة يتوقف انعقادها على توافر ركن الرضا المتمثل في الإيجاب الصادر من الموصي فقط، أما القبول الذي يصدر من الموصى له بعد وفاة الموصي فما هو إلا شرط للزوم الوصية وثبوت ملكية الموصى به.

ثانيا: الشكل في الوصية

قبل التعرض لموقف المشرع الجزائري من الشكل الواجب توافره في الوصية الجدير بالتذكير أنّ الوصية في بلادنا كانت تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية قبل صدور الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر1975 المتضمن القانون المدني، ذلك أنه وإن كان يطبق آنذاك القانون الفرنسي طبقا للقانون رقم 157/62 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962[11] إلا أنه نظرا للطابع الخاص للأحوال الشخصية فإنّ المشرع الفرنسي حتى خلال فترة احتلال فرنسا للجزائر ترك الجزائريين يخضعون لأحكام الشريعة الإسلامية في مجال الزواج والطلاق والوصية والميراث والوقف[12].

عند صدور القانون المدني لم ينص المشرع الجزائري على الشكل الواجب توافره في الوصية وإنما أحال إلى قانون الأحوال الشخصية بشأن هذه المسألة بموجب المادة 775 منه[13]، وبما أنّ قانون الأسرة لم يكن قد صدر بعد فإنّه يجب الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية بهذا الخصوص طبقا لمقتضيات المادة الأولى الفقرة الثانية من القانون المدني[14]. بالتالي يسري على شكل الوصية المبرمة قبل صدور القانون المدني وفي ظله وقبل صدور قانون الأسرة أحكام الشريعة الإسلامية.وترتيبا على ذلك يجب التعرض إلى شكل الوصية

الواردة على عقار قبل صدور قانون الأسرة، ثمّ التطرق إلى شكلها بعد صدور قانون الأسرة.

01ـ الشكل في الوصية قبل صدور قانون الأسرة

لتحديد شكل الوصية قبل صدور قانون الأسرة لا بدّ من دراسة موقف الشريعة الإسلامية من هذا الشكل، ثمّ بيان موقف القضاء الجزائري من ذلك.

أـ موقف الشريعة الإسلامية من الشكل في الوصيةبالرجوع إلى آراء المذاهب الإسلامية نجد أنها تعتمد الرضائية أصلا في العقود والتصرفات بالإرادة المنفردة، ومن ثمّ يكفي لقيام الوصية باعتبارها تصرفا صادرا من جانب واحد توافر الإرادة الحرة لدى الطرف الذي صدرت منه، وذلك ليس سوى أخذا بالسائد فقها من أنّ الوصية تصرف بالإرادة المنفردة والإيجاب هو ركن الوصية الوحيد الذي تنعقد به[15].

هكذا فإنّ الشكل في الوصية كركن انعقاد لا مجال له في الشريعة الإسلامية ذلك أنّ الوصية قادرة على إنتاج آثارها دون حاجة إلى إتباع إجراءات شكلية فهي تنعقد بمجرد صدور الإيجاب من طرف الموصي.

و يتحقق الإيجاب في الوصية بكلّ لفظ أو كتابة أو إشارة تنطوي على قصد التمليك بعد الموت[16].

فينعقد الإيجاب بكل لفظ يدل على قصد الموصي، فيتمّ إما باللفظ الصريح الذي يدل عليه كقول الموصي " أوصيت لفلان بشيء معيّن" أو بكل لفظ يفيد الوصية ضمنا ومثاله أن يقول الموصي " اعطوا أو هبوا أو امنحوا لفلان شيئا معينا بعد موتي".

و إذا كان الكلام هو الوسيلة المثلى للتعبير عن إرادة الشخص فإنّه يمكن التعبير عنها بالكتابة إذا كان الموصي عاجزا عن الكلام[17].

أمّا إذا كان الشخص قادرا على الكلام فقد انقسم الفقه إلى اتجاهين، ذهب أولهما[18] إلى منح الموصي الحق في إنشاء وصيته إما باللفظ أو الكتابة، بينما ذهب ثانيهما[19] إلى أنّ

الوصية تنشأ بالعبارة إذا كان الموصي قادرا عليها، ولا تحل الكتابة محلها إلا إذا كان التصرف بالمراسلة أين تكون المشافهة حينئذ غير ممكنة هذا لأنّ الأصل في الدلالات كلها أن تكون بالألفاظ فلا تنتقل عنها إلى غيرها إلا عند العجز.

و يلاحظ أنّ الفقهاء اختلفوا أيضا حول ما إذا كانت الكتابة كافية وحدها لإثبات الوصية أم لا بدّ من الإشهاد عليها.

فرأى البعض أنّ الوصية المكتوبة تثبت ويحكم بمقتضاها دون حاجة إلى شهادة بصدورها من الموصي طالما كان خطه معروفا، فالكتابة تصلح لانعقاد الوصية ولإثباتها في نفس الوقت[20].

بينما رأى البعض الآخر أنّ الكتابة وإن كانت كافية لإنشاء الوصية إلا أنها غير كافية لإثباتها عند إنكارها من طرف الورثة بل لا بدّ من الشهادة على الخط[21]، وبعض هؤلاء الفقهاء يستلزمون في الشهادة أن تكون على مضمون الوصية وذلك بأن يقرأ الشهود الوصية أو تقرأ عليهم ثم يقرّها الموصي أو يوقع عليها أمامهم لأنه لو لم يشهد على ما كتب أو أشهد ولكن لم يطلع الشهود عليها لم تنعقد الوصية[22]، ومنهم من يكتفي بالشهادة على الوصية المختومة بأن يكتب الموصي وصيته ويختمها ثمّ يطلع عليها الشهود[23].

كما يجوز أن ينعقد الإيجاب بالإشارة المفهومة التي تدل على قصد الموصي حينما يكون هذا الأخير عاجزا عن النطق وغير قادر على الكتابة[24].

استنتاجا من كلّ ما سبق يتبيّن أنّ فقهاء الشريعة الإسلامية يعتبرون الوصية تصرفا رضائيا ولا يشترطون لانعقادها شكلا معينا سواء كانت واردة على عقار أو منقول، فتنعقد بمجرد صدورها من الموصي دون حاجة إلى إفراغها في ورقة رسمية، وذلك بقصد التيسير على الناس فقد تكون الوصية وقت اشتداد المرض أو في ظروف حرجة، ومن ثمّ يمكن إنشاؤها بالألفاظ المتعارف عليها عادة أو بالكتابة أو بالإشارة.

و إذا كان الشكل كركن انعقاد غير مطلوب بالنسبة للوصية لأنها تصرف رضائي فإنّ الشكل للإثبات تقتضيه أحكام الشريعة الإسلامية وفق ما يستفاد من حديث الرسول صلى الله عليه وسلم الذي قال فيه: " ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي به يبيت ليلتين إلا وصيته مكتوبة عنده"[25]، فكتابة الوصية عمل مطلوب تقتضيه الحياة العملية لأنّ الكتابة تنبئ عن المقصود منها لهذا حثّ الشارع على كتابة الوصية خشية فوات الفرصة لأنه من الحزم والاحتياط للمسلم أن تكون وصيته مكتوبة عنده إذا كان له شيء يريد أن يوصي به لأنه لا يدرك متى تأتي منيته فتحول بينه وبين ما يريد[26].

و عليه فإنّ كتابة الوصية حسب فقهاء الشريعة الإسلامية هي متطلبة للإثبات وليس لقيامها، ومن ثمّ يمكن إثبات الوصية بشهادة الشهود أو بإقرار الورثة.

و تجدر الإشارة إلى أنّه حتى بعد صدور الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون التوثيق والذي نصّ في المادة 12 منه على وجوب تحرير العقود المتضمنة نقل عقارات أو حقوق عقارية في شكل رسمي تحت طائلة البطلان ظلت الوصية خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية لأنّ المادة المذكورة تخص العقود ولا مجال لتطبيقها على الوصية كون هذه الأخيرة ليست عقدا وإنما تصرفا صادرا من جانب واحد.

يمكن القول في الأخير أنّ الشكل كركن انعقاد غير مطلوب في الوصية قبل صدور قانون الأسرة الجزائري سواء كان الموصى به عقارا أو منقولا، فهي تتمّ بكل عبارة دالة عليها أو كتابة عرفية أو رسمية لأنّ الرضائية هي الأصل غير أنه ليس هناك ما يمنع الأفراد من كتابة وصاياهم.

ب- موقف القضاء الجزائري من الشكل في الوصية قبل صدور قانون الأسرة

رأينا أنّ الوصية قبل صدور قانون الأسرة كانت خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية وهذا ما استقر عليه القضاء الجزائري، حيث قضى المجلس الأعلى سابقا (المحكمة العليا حاليا) في قرار صادر عنه بتاريخ 20 مارس1968[27] برفض الطعن على أساس أنّ خيار التشريع الفرنسي المنصوص عليه في الوصية المؤرخة في 30 اكتوبر1941 ما هو إلا محض

تطبيق للمبدأ العام لسلطان الإرادة ولا يجوز إلا في العقود متعددة الجوانب التي يتفق فيها جميع أطرافها على الخضوع لتشريع يختارونه، وإنه لا يسوغ مدّ آثاره إلى عقد أحادي الجانب يمس بحقوق الغير المثبتة بالقانون المطبق طبيعيا، ومن ثم فان الحكم المطعون فيه إذ قرر أنّ الوصية المتنازع عليها يجب ردّها طبقا لأحكام الشريعة إلى الثلث الجائز من تركة الموصية لم يخالف القانون بل طبقه بالعكس على الوجه اللائق.

ونفس الحكم كرسه في قرار لاحق صادر عنه بتاريخ 01 ديسمبر1971[28] قضى فيه بما يلي: "حيث إنّه لا مجال لتطبيق نظرية حرية الاختيار بين الشريعة الإسلامية والقانون الفرنسي إلا بالنسبة للعقود متعددة الأطراف التي يتفق أصحابها على التنصل من شريعة الإسلام، ولكن القضية الحالية هي بخلاف ذلك فهي وصية وتصرف قانوني مضاف إلى المستقبل وقد تعلق بها حق الغير وهم الوارثون الذين يتلقون حقهم من نصوص قرآنية آمرة، وإنّ تطبيق أحكام القانون الفرنسي يمس بهذه الحقوق مسّا أكيدا، وعليه فلا مجال للقول بوجود حقوق مكتسبة وإنّ تطبيق قواعد الفقه الإسلامي على النزاع الحالي ليس هتكا لقانون نافذ في الجزائر".

رأينا أيضا أنّ فقهاء الشريعة الإسلامية اعتبروا الوصية تصرفا رضائيا ولم يشترطوا لقيامها شكلا معينا سواء كانت واردة على عقار أو منقول، فهي تنعقد بمجرد صدورها من الموصي دون حاجة إلى إفراغها في ورقة رسمية.

و بالرجوع إلى القضاء الجزائري يتبين انه استقر على اعتماد الرضائية في الوصايا المبرمة قبل صدور قانون الأسرة، فلم يشترط فيها شكلا معينا سواء كان محلها عقارا أو منقولا ولم يرتب بطلان الوصية الواردة على عقار إذا تخلف الشكل الرسمي فيها[29].

و من قبيل ذلك ما قضى به المجلس الأعلى في قرار صادر عنه بتاريخ 30 أبريل 1969[30] والذي جاء فيه ما يلي: " حيث انه بمقتضى الشريعة الإسلامية لا تخضع الوصية لأيّ صيغة شكلية ويجوز إثباتها بجميع الطرق".

و ما قضى به في قرار آخر صادر عنه بنفس التاريخ[31] والذي ورد فيه ما يلي: " من المقرر شرعا أنّ الوصية لا تحتاج إلى شكل خاص، كما أنّه يجوز إثباتها بجميع وسائل الإثبات".

و نفس المعنى كرسه في قرار لاحق صادر عنه بتاريخ 15 ديسمبر1971[32] والذي جاء فيه ما يلي: " حيث إنّه خلافا لما يزعمه الطاعنون فإنّ قضاة الاستئناف قد أجابوا عن هذا الاقتراح بقولهم: حيث إنه من حق المقرر أن يجري ما يراه صالحا من التحقيقات في الخطوط وأن يبدي نظره في ذلك الشأن، وأضافوا قائلين: أنّه لا يمكن أن يعتمد على الخط الموجود برسم الزواج المحرر عشر سنين قبل الوصية، وهو أي الموصي في حالة صحة إذ ربما يكون هناك فرق بين خطه في ذلك الوقت وخطه يوم الوصية، مع أنّ التحقيق المجرى قد بيّن بوضوح أنّ التوقيع على الوصية صادر منه من دون مساعدة أي شخص، وفي هذا تسبيب كاف مما يتعين معه ردّ الوجه".

يتبيّن من هذا القرار أنّ قضاة المجلس الأعلى قبلوا الوصية العرفية المكتوبة بخط يد الموصي والمبرمة قبل صدور قانون الأسرة رغم وجود نزاع فيما بين الورثة حول صحة التوقيع وذلك بعد أن تبين لهم من التحقيق المجرى أنّ التوقيع صادر من الموصي، و لم يرتبوا بطلان الوصية بسبب عدم كتابتها في شكل رسمي.

02ـ الشكل في الوصية بعد صدور قانون الأسرة

سنتناول دراسة الموقف الذي تبنّاه المشرع الجزائري من شكل الوصية، ثمّ نبيّن بعد ذلك موقف القضاء الجزائري.

أـ موقف المشرع الجزائري من الشكل في الوصية بعد صدور قانون الأسرة

يسري قانون الأسرة الجزائري على الوصايا المبرمة بعد تاريخ صدوره.

و لقد نص المشرع الجزائري في المادة 191 منه على ما يلي: " 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".

ومفاد هذا النص أنّ الوصية تثبت أصلا بموجب عقد رسمي يحرره الموثق، واستثناء بحكم قضائي يؤشر به على هامش أصل الملكية.

إثبات الوصية بعقد رسمي

الأصل أنّ تثبت الوصية بموجب عقد يحرره الموثق بناء على تصريح الموصي أمامه، وعليه فإنه يتعين على الموصي أن يتقدم لأي مكتب من مكاتب التوثيق ليقوم الموثق بتحرير الوصية مراعيا في ذلك مجموعة من البيانات منها الخاصة وهي التي تتعلق بذكر نوع التصرف على أنه وصية وذكر حدود العقار الموصى به ومساحته والحقوق المتعلقة به وأسماء المالكين السابقين وتاريخ التحويلات المتتالية للملكية[33]، والعامة وهي تتعلق بذكر هوية الموصي والموصى له والشهود[34].

يجب على الموثق تحرير الوصية بحضور شاهدين وفقا لمقتضيات المادة 324 مكرر 3 من القانون المدني التي تنص على ما يلي: " يتلقى الضابط العمومي، تحت طائلة البطلان، العقود الإحتفائية بحضور شاهدين".

و إذا كان المشرع الجزائري لم يحدد العقود الإحتفائية في المادة السالفة الذكر على سبيل الحصر أو وفق معيار معين إلا أن المتفق عليه فقها أنّ الوصية عقد احتفائي[35] يشترط لتحريره حضور شاهدين وإلا كانت باطلة.

و إنّه من الضروري في اعتبارنا أن يتدخل المشرع لتحديد العقود الإحتفائية تفاديا لتعدّد التفسيرات والتأويلات وضمانا لاستقرار المعاملات.

أخيرا يتعين أن يوقع كل من الموصي والموصى له والشاهدين والموثق على الوصية بعد أن يتلو هذا الأخير عليهم الصيغة الكاملة للعقد ويبين لهم الأثر القانوني المترتب عليه وكذا النصوص الجبائية والتشريع الخاص المعمول به[36]، ويحتفظ الموثق بأصل العقد في مكتبه ويسلّم صورة منه لكلّ من الطرفين[37].

باستيفاء هذه الإجراءات تصبح الوصية عقدا رسميا مرتبا لكافة آثاره ونافذا في كافة التراب الوطني حتى يثبت تزويره[38].

إثبات الوصية بحكم قضائي

وفقا لمقتضيات الفقرة الثانية من المادة 191 من قانون الأسرة يمكن إثبات الوصية استثناء بموجب حكم قضائي في حالة وجود مانع قاهر[39]، كأن يكون الموصي أثناء إبدائه إيجابه بالإيصاء للموصى له مريضا فلا يستطيع أن ينتقل إلى مكتب التوثيق لتحرير عقد بذلك، أو كأن يوصي شفويا بعقار للموصى له وذلك بحضور شهود غير أنه قد تحصل له وفاة مفاجئة قبل الانتقال إلى مكتب الموثق لتحرير الوصية فعندها يجوز للموصى له الاستعانة بالشهود لإثبات الوصية الشفوية والمانع القاهر، فيرفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة يلتمس فيها إثبات هذه الوصية بموجب حكم قضائي، وبعد صيرورة هذا الحكم نهائيا يؤشر به على هامش أصل الملكية، ومن ثم يجوز في حالة وجود المانع القاهر إثبات الوصية بجميع طرق الإثبات المقررة قانونا.

و عليه فان الوصية القولية التي تتم شفاهة أمام الشهود في حالة وجود مانع قاهر تعتبر صحيحة مرتبة لكافة آثارها متى صدر حكم قضائي يثبت صحتها[40]، علما بأن القاضي لا يقضي بصحة الوصية إلا إذا قام الدليل على وجودها إما بورقة عرفية موقعة من طرف الموصي قبل وفاته أو بتصريح الشهود بوجود هذه الوصية[41].

من خلال نص المادة 191 من قانون الأسرة يحق لنا أن نتساءل عما إذا كانت الكتابة شرطا لانعقاد الوصية أم أنها مقررة للإثبات فقط؟

بالرجوع إلى نص المادة السالفة الذكر يتبين أن المشرع الجزائري لم يرتب جزاء بطلان الوصية عند عدم كتابتها في شكل رسمي، ومن ثم فالكتابة في الوصية ليست شرط انعقاد وإنما هي شرط للإثبات فقط سواء كان محلها عقارا أو منقولا، ومن ثم فان إقرار الورثة بوصية لم تستوف الشكل الرسمي كاف وحده لإثبات الوصية دون الاشتراط على الموصى له تقديم محرر رسمي بشأنها.

إنّ اشتراط المشرع الجزائري الشكل الرسمي لإثبات الوصية هو لحث الناس على ضرورة الاهتمام بالوصايا وتوثيقها ولتفادي المشاكل التي قد تحدث بعد وفاة الموصي بين ورثة هذا الأخير والموصى له ولحماية الحقوق وصيانتها من الأشخاص الذين يدّعون زورا وصايا لا وجود لها معتمدين في ذلك على شهادة شهود مزورة.

ترتيبا على ما سبق فإنّ قانون الأسرة الجزائري يعتبر الوصية تصرفا رضائيا وليس شكليا والكتابة المتطلبة فيه هي وسيلة لإثبات الوصية فحسب وليست ركنا واجبا لانعقادها، ومن ثمّ فإنّ الوصية المحررة من طرف الموثق بتصريح الموصي بإرادته المنفردة وصية صحيحة ومرتبة لكافة آثارها القانونية، وتليها في قوة الإثبات الوصية الخطية المقبولة، في حين أنّ الوصية القولية المنعقدة شفاهة أمام الشهود في حالة وجود مانع قاهر لا بدّ من صدور حكم قضائي يثبت صحتها.

بعد إثبات الوصية بموجب عقد يحرره الموثق أو بموجب حكم قضائي حال وجود مانع قاهر طبقا للمادة 191 من قانون الأسرة فإنّه يتعين تسجيل الوصية الواردة على عقار بمصلحة التسجيل والطابع بمفتشية الضرائب لتحصيل الخزينة العامة للرسم المقرر، ثم تشهر بالمحافظة العقارية بعد وفاة الموصي وقبول الموصى له للوصية حتى تنتقل الملكية من الموصي إلى الموصى له وذلك طبقا لأحكام قانون الشهر العقاري[42] حماية لمصلحة الموصى له وتحقيقا لاستقرار التعامل وحتى يكون المتعامل مع الموصى له على بينة من مدى صيرورة ملكية الشيء الموصى به خالصة له، سيما وأنّ عدم شهر الوصية الواردة على عقار يتعارض مع أحكام نظام الشهر العيني المتبنى من قبل المشرع الجزائري ويؤدي إلى اضطراب التعامل في العقار وتشجيع الورثة على التحايل من خلال التصرف في العقارات الموصى بها.

بـ موقف القضاء الجزائري من الشكل في الوصية بعد صدور قانون الأسرة

خلصنا فيما سبق إلى أنّ الوصية تثبت بإحدى الطريقتين المنصوص عليهما في المادة 191 من قانون الأسرة وذلك إما بموجب عقد رسمي يحرره الموثق بناء على تصريح الموصي أمامه أو بموجب حكم قضائي يؤشر به على هامش أصل الملكية حالة وجود مانع قاهر،

وأنّ الوصية بذلك ليست تصرفا شكليا وإنما تصرفا رضائيا لأنّ الكتابة المتطلبة فيها هي وسيلة لإثبات وجود الوصية فقط وليست ركنا لانعقادها، وأنّ المشرع لم يرتب جزاء البطلان على تخلف الشكل الرسمي إذ يمكن إثباتها بالإقرار أو البينة.

ولقد أكد القضاء الجزائري على اعتبار الشكل المطلوب في الوصية هو لمجرد الإثبات فحسب وليس ركنا فيها.

من قبيل ذلك ما قضت به المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 23 ديسمبر1997[43] الذي جاء فيه ما يلي: " من المقرر قانونا أنه تثبت الوصية بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك، وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ويؤشر به على هامش أصل الملكية.

و من ثمّ فإنّ قضاة المجلس بقضائهم باستبعاد الوصية الشفوية بسبب عدم التصريح بها أمام الموثق طبقوا صحيح القانون مما يستوجب رفض الطعن".

و ما قضت به أيضا في قرار لاحق صادر بتاريخ 16 جانفي2008[44] والذي ورد فيه ما يلي: "حيث انه يتبين فعلا بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أنّ قضاة المجلس أسسوا قرارهم على أنّ الوصية الشفوية التي تطالب الطاعنة بإثباتها عن طريق القضاء غير ممكنة لأنه يجب إفراغها في الشكل الرسمي والتصريح بها أمام الموثق.

وحيث إنّ هذا التسبيب خاطئ ويخالف نص المادة 2/191 من قانون الأسرة التي تنص على أنّ الوصية تثبت بحكم في حالة وجود مانع قاهر، وبالتالي فإنّ قضاة المجلس قد خالفوا نص تلك المادة لما اشترطوا إفراغ الوصية في الشكل الرسمي وهي الحالة المنصوص عليها في المادة 1/191 من نفس القانون، ذلك أنّ الوصية قد تكون بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك وفي حالة وجود مانع قاهر يمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات".

يتبيّن ممّا سبق أنّ الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا استقر في قراراته علـــى تطبيـــق أحكام المادة 191 من قانون الأسرة وذلك باشتراط الشكل الرسمي لإثبات الوصية كأصل عام وإثباتها حالة وجود مانع قاهر بجميع طرق الإثبات.

الهوامش:

1 تنص المادة 190 من قانون الأسرة على ما يلي: " للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكـــه قبل موته عينا أو منفعة".

2 راجع قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 116375، الصادر بتاريخ: 1995/05/02، منشور بالمجلة القضائية لسنة 1996، العدد الأول، ص108.

3 زهدور محمد/ الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991، ص31-32.

4 وذلك في المادة الأولى من قانون الوصية المصري رقم 71 لسنة 1946.

5 بدران أبو العينين بدران/ المواريث والوصية والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، سنة 1970، ص130.

6 محمد أبو زهرة/ شرح قانون الوصية، دراسة مقارنة لمسائله وبيان لمصادره الفقهية، دار الفكـــر العربـــي، القاهرة، 1988، ص12.

7 يراجع نص المادة 776 من القانون المدني.

– ويراجع أيضا: قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 219901، الصادر بتـــاريخ: 1999/03/16، منشور بالاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية لسنة2001، عـــدد خـــاص، ص287، والذي جاء فيه ما يلي: " من المقرر قانونا أنّ الهبة في مرض الموت تعتبر وصية، ومن ثم فإنّ القضاء بمـــا يخالف هذا المبدأ يعدّ مخالفا للقانون".

8 يراجع نص المادة 777 من القانون المدني.

– ويراجع أيضا قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 186058، الصـــادر بتـــاريخ: 1998/03/17، منشور بالمجلة القضائية لسنة 1999، العدد الأول، ص119، والذي ورد فيه ما يلي: " لمـــا كان ثابتا في قضية الحال أن الواهب وهب العقار موضوع النزاع إلى الطاعنة زوجته بشرط نقل الملكية إلى ما بعد الموت، ولما قرر المجلس إبطال الهبة واعتبرها وصية فانه التزام صحيح القانون".

9 قال بهذا الرأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية.

– يراجع بهذا الصدد: محمد أبو زهرة/ شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص12.

– أحمد فراج حسين/ أحكام الوصاية والأوقاف في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص23 وما بعدها.

10 بدران أبو العينين بدران/ المواريث والوصية والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون، المرجع السابق، ص132.

– محمد كمال الدين إمام/ الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية وتشريعية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2002، ص47.

11 المتضمن تمديد مفعول التشريع النافذ بتاريخ: 1962/12/31، منشور في الجريدة الرسمية لسنة 1963، العدد 02.

12 تشوار جيلالي/ (محاضرات ألقيت على طلبة السنة الرابعة ليسانس)، جامعة أبي بكر بلقايد–تلمسان، ص04.

13 تنص المادة 775 من القانون المدني على ما يلي: " يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها".

14 تنص المادة 2/1 من القانون المدني على ما يلي: " وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية....".

15 يراجع ما سبق ذكره حول الطبيعة القانونية للوصية، ص4.

16 زهدور محمد/ الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص64–65.

17 محمد زكريا البرديسي/ الوصية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971، ص13.

18 قال به المالكية.

– يراجع: زهدور محمد/ الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص12.

19 قال به الحنفية.

– يراجع: محمد أبو زهرة/ شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص12.

20 هؤلاء الفقهاء هم الحنابلة.

– يراجع: حسين حامد حسان/ أحكام الوصية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973، ص24.

21 وهم جمهور الفقهاء.

– يراجع: حسين صبحي أحمد/ مذكرة في الوصية والوقف، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1970، ص13.

22 وهو قول الشافعية.

– يراجع: حسين حامد حسان/ أحكام الوصية، المرجع السابق، ص24.

23 يقصد بهم فقهاء المالكية.

– يراجع: محمد زكريا البرديسي/ الوصية، المرجع السابق، ص14.

24 زهدور محمد/ الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص65.

25 رواه خمسة من الصحابة وهم: أبو هريرة وأبو الدرداء وأبو بكر الصديق وخالد بن عبيد ومعاذ.

26 أحمد إبراهيم/ أحكام الهبة والوصية وتصرفات المريض، المرجع السابق، ص64.

27 قرار المجلس الأعلى الغرفة المدنية، صادر بتاريخ: 1968/03/20، منشور في مجموعة الأحكام (المجموعة الأولى)، الجزء الأول، مديرية التشريع، ص21.

28 قرار المجلس الأعلى غرفة القضاء الخاص، صادر بتاريخ: 1971/12/01، منشور بنشرة القضاة، ص100.

29 ولقد اعتمد القضاء الجزائري نفس الحل بالنسبة للوصية الواجبة إذ لم يشترط فيها شكلا معينا فقضت المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 1997/11/25، ملف رقم: 173556، منشور في الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية لسنة 2001، عدد خاص، ص325 بما يلي: " من المقرر شرعا أن عقد التنزيل قبل صدور قانون الأسرة كان اختياريا لا يحتاج إلى شكل رسمي وتقبل فيه شهادة الأقارب.

و متى تبين في قضية الحال أن التنزيل وقع قبل صدور قانون الأسرة من الجد لصالح الأحفاد شفويا وبحضور شهود من الأقارب فانه يعتبر صحيحا طبقا للشريعة الإسلامية التي لا تشترط الرسمية في أعمال التبرع كالتنزيل.

وعليه فان قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء حكم المحكمة لأنّ عقد التنزيل يفتقد للرسمية خالفوا القانون وعرضوا قرارهم للطعن".

30 قرار المجلس الأعلى الغرفة المدنية، الصادر بتاريخ: 1969/04/30، منشور في مجموعة الأحكام (المجموعة الأولى)، الجزء الأول، مديرية التشريع، وزارة العدل، ص211.

31 قرار المجلس الأعلى الغرفة المدنية، الصادر بتاريخ: 1969/04/30، منشور بالنشرة السنوية لسنة 1969، ص293.

32 قرار المجلس الأعلى غرفة القضاء الخاص، الصادر بتاريخ 1971/12/15، منشور بنشرة القضاة لسنة 1972، العدد الثاني، ص79.

33 يراجع نص المادة 324 مكرر4 من القانون المدني.

34 يراجع نص المادة 29 من القانون رقم: 02/06 المتضمن تنظيم مهنة الموثق.

35 يراجع حمدي باشا عمر/ عقود التبرعات: الهبة- الوصية- الوقف، المرجع السابق، ص15.

- علاوة بوتغرار/ (المادة 324 مكرر3 بين نصيها العربي والفرنسي)، المقال السابق، ص10.

36 يراجع نص المادة 9/29-10 من القانون رقم 02/06 المتضمن تنظيم مهنة الموثق.

37 يراجع نص المادتين 10 و11 من القانون رقم 02/06 السالف الذكر.

38 يراجع نص المادتين 324 مكرر5 و324 مكرر6 من القانون المدني.

39 تجدر الإشارة إلى أنّ النص الفرنسي للمادة 191 من قانون الأسرة يجيز إثبات الوصية بحكم قضائي عند وجود قوة قاهرة (Force majeure) وليس مانع قاهر مثلما هو وارد في النص العربي. إذن هناك تناقض في هذه المادة بين نصيها العربي والفرنسي.

40 بلحاج العربي/ (شروط انعقاد الوصية في قانون الأسرة الجزائري)، مقال منشور بكتابه: أبحاث ومـــذكرات في القانون والفقه الإسلامي، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1996، ص 158.

41 بن شويخ الرشيد/ الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، سنة 2008، ص70.

42 يراجع نص المادة 793 من القانون المدني والمادتين 15 و16 من قانون إعـــداد مســـح الأراضـــي العـــام وتأسيس السجل العقاري الصادر بموجب الأمر رقم 74/75 المؤرخ في: 1975/11/12، منشـــور فـــي الجريدة الرسمية، العدد 92 لسنة 1975.

43 قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقـــم: 160350، الصـــادر بتـــاريخ: 1997/12/23، منشور بالاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001، ص295.

44 قرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقـــم: 413209، الصـــادر بتـــاريخ: 2008/01/16، منشور بمجلة المحكمة العليا لسنة 2008، العدد الثاني، ص303.

المحور الثاني

نوازل
وقضايا معاصرة