

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة غرداية



كلية : الحقوق والعلوم السياسية
قسم : الحقوق

الوصية الواجبة بين الشريعة والقانون

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الليسانس
تخصص : علوم قانونية وإدارية.

تحت إشراف :

د. حاج محمد قاسم

من إعداد الطالبان :

- زيطاري عبدالغني

- موسى جميلة

السنة الجامعية (1433 - 1434 هـ / 2012 - 2013 م)

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة غرداية



كلية : الحقوق والعلوم السياسية
قسم : الحقوق

الوصية الواجبة بين الشريعة والقانون

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الليسانس
تخصص : علوم قانونية وإدارية.

تحت إشراف :

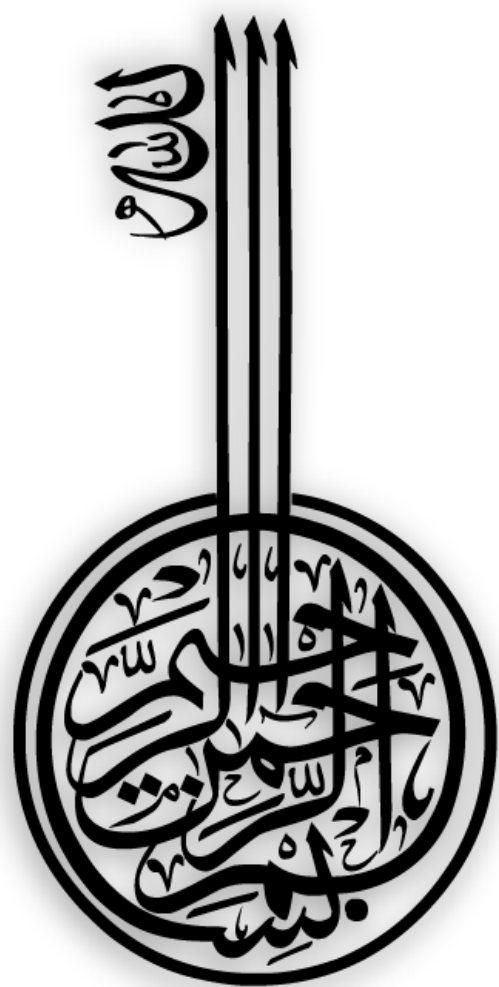
د. حاج محمد قاسم

من إعداد الطالبان :

- زيطاري عبدالغني

- موسى جميلة

السنة الجامعية (1433 - 1434 هـ / 2012 - 2013 م)



قائمة المحتويات

قائمة المحتويات

الإهداء

شكر وعرفان

I قائمة المحتويات

أ مقدمة :

الفصل الأول : ماهية وانعقاد الوصية

2 المبحث الأول : ماهية الوصية.

2 المطلب الأول : تعريف الوصية

3 المطلب الثاني : أقسام الوصية

5 المطلب الثالث : شروط الوصية وأركانها

8 المبحث الثاني : أطراف الوصية.

8 المطلب الأول : الموصي

11 المطلب الثاني : الموصى له

19 المبحث الثالث : صيغة الوصية ومحلها (الموصى به)

20 المطلب الأول : الصيغة في الوصية

27 المطلب الثاني : محل الوصية (الموصى به)

35 خلاصة الفصل الأول

الفصل الثاني : الوصية الواجبة

38 المبحث الأول : علة تشريع الوصية الواجبة وسندها الشرعي وشروطها:

39 المطلب الأول : علة تشريع الوصية الواجبة

41 المطلب الثاني : المستند الشرعي

43 المطلب الثالث : شروط الوصية الواجبة

46 المبحث الثاني : المستحقون للوصية الواجبة ومقدارها

46 المطلب الأول : المستحقون للوصية الواجبة

50 المطلب الثاني : مقدار الوصية الواجبة

60 المبحث الثالث : أحكام الوصية الواجبة وحقيقتها

60 المطلب الأول : أحكام الوصية الواجبة

65 المطلب الثاني : حقيقة الوصية الواجبة

67 خلاصة الفصل الثاني

69 الخاتمة

..... المصادر والمراجع

القرء

- الى من ربطني و انارت دربي و اعانتني بالصلوات و الدعوات الى اعالى انسانة في الوجود " امي الحبيبة . "
- الى من احمل اسمه بكل فخر و افتقده منذ الصغر ابي رحمه الله .
- الى اخي و رفيق دربي في الحياة بدونك لا شيء اكون ومعلم اكون و بدونك اكون مثل اي شيء شكرا لتطلعك لنجاحي بنظرات امل اعالى اخ " عمار " .
- الى من اظهروا الي ما هو اجمال في الحياة وكانوا ملاذي " اخوتي " عبد الباقي ، عبد القادر ، محمد ، علي .
- الى القلوب الطاهرة و احبتي : خديجة ، عمر ، طاهر ، حفصة ، اسماء ، اويس ، نهال ، شعيب .
- الى من اصفها باقرب شخص الى قلبي بالرغم من كل شيء " اختي عائشة " .
- الى توامي روحي و رفيقة دربي و صاحبة القلب الكبير حبيبتي " تونس " .
- الى من عمل معي بجد بغبة اتمام هذا العمل اخي و زميلي زيطاري عبد الغني .
- الى الخالات والعلمات وزوجات اخوتي امينة وفايزة وزوجة عمي حليلة .
- الى حبيباتي: سلمية ، نعيمة ، هند ، كلثوم ، مارية ، ميادة ، سمية ، حنان ، كريمة ، مسعودة ، دسيبة ، شهرة وكل صديقاتي في الاقامة الجامعية (وصديقتي هدى وخطيبها عبد العزيز) و الى كافة آل موبسي . و الى طلبة سنة رابعة حقوق دفعة 2013 .

وعذرا ان سقط قلمي سهوا .

جميلة

القرآن

- إيلك يا حبيبي يا رسول الله. إيلك يا معلم البشرية الخير اللهم صل وسلم وبارك على المبعوث رحمة للعالمين وعلى آل بيته الأطهار وصحابته الأخيار رضوان الله عليهم أجمعين وعن التابعين وتابع التابعين بإحسان إلى يوم الدين. اللهم اجزه عنا خير الجزاء، خير ما جزيت به نبيا عن قومه ورسول عن أمته.
- إلى روح والدي محمد العيد رحمه الله وإلى روح جدتي ومربيتي المرحومة تريعة التلية.
- التي ضحت بالغالي والنفيس من أجل تنشيتي تنشبة صالحة.
- إلى والدي بارك الله فيها وفي عمرها وأمدّها الصحة والعافية والهناء .
- إلى زوجتي الغالية التي أمدتني بالأمل وسهرت وتعبت من أجل أن أنال حظ من العلم والمعرفة. وإلى ابنتي هاربة حفظهما الله ورعاهما. وإلى اختي العزيزة و اخوتي الأعزاء حفظهم الله ورعاهم أجمعين.
- إلى كل من علمني حرفا مذ جالست على مقاعد الدراسة وإلى كل من له فضل عليّ أهدي ثمرة هذا الجهد المتواضع.

عبد الغني

شكر وعرفان

الحمد والشكر لله أولاً وآخراً. ظاهراً وباطناً. يارب لك الحمد
حتى ترضى ولك الحمد إذا رضيت ولك الحمد بعد الرضا.
باسمينا نحن الطالبان: عبد الغني و جميلة نتقدم بكامل
الشكر والعرفان لكل من علّمنا حرفاً وأوصلنا إلى هذه
الدرجة فالحمد موصول لكل السادة الأساتذة الأفاضل في
كامل مراحل تعلمنا نخص بالذكر الدكتور المشرف: حاج
امحمد قاسم.

نسأل الله لهم كامل الجزاء إنه ولي ذلك والقادر عليه.

عبد الغني / جميلة

مقدمة

مقدمة:

لقد جاء التشريع الإلهي عن طريق الوحي من الله عز وجل، فالق الحب والنوى خالق كل شيء سبحانه وتعالى جل في علاه، عن طريق الروح الأمين إلى نبي الرحمة سيدنا محمد (ص) وعلى آله وصحابه رضوان الله عليهم جميعا والتابعين وتابعيهم بإحسان إلى يوم الدين فيبلغه للناس كافة.

جاء في محكم التنزيل قوله تعالى ﴿ مَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ ﴾، ﴿ يَا أَيُّهَا الرَّسُولُ بَلِّغْ مَا أُنْزِلَ إِلَيْكَ مِن رَّبِّكَ وَإِنْ لَّمْ تَفْعَلْ فَمَا بَلَّغْتَ رِسَالَتَهُ وَاللَّهُ يَعْصِمُكَ مِنَ النَّاسِ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الْكَافِرِينَ ﴾.

وأما بعد: فالشريعة الإسلامية جاءت في مجملها لتحقيق المصالح للفرد والجماعة وهي من وضع الشارع الحكيم، فهي غاية التشريع، أي أن الشريعة الإسلامية شريعة غائية صالحة لكل زمان ومكان ذلك من خلال جلب المصالح ودرئ المفاسد ووسيلة التعبير عنها هي الأحكام الشرعية.

يقول الله تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ ، ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ الآية 11، سورة النساء. ، ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ الآية 12، سورة النساء. ، ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ ﴾، الآية 106 ، سورة المائدة.

ويقول في سورة المائدة : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ تَحْسِبُوهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ اَرْتَبْتُمْ لَا نُشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَى وَلَا تَكُنْتُمْ شَهِادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذَا لَمِنَ الْآثِمِينَ ﴾

انطلاقاً من هذه الآيات الكريمات ونظائرها ومن الأحاديث النبوية التي وردت في شأن الوصية تقوم هذه الدراسة بمناقشة ما اصطلح على تسميته بالوصية الواجبة بين القوانين الوضعية والشريعة. ما تعريفها ؟ ما الذي بعث المشرع الوضعي إلى تشريعه للوصية الواجبة ؟ هل الوصية الواجبة لها مستند في الفقه الإسلامي؟ وما علاقتها بالوصايا الأخرى؟ وما أقوال الفقهاء المعاصرين في شأنها؟

سبب اختيار الموضوع:

تعتبر الوصية الواجبة أو ما يعرف بالتنزيل من المواضيع المثيرة للجدل والاختلاف لحد الساعة بين عديد المجتهدين من الفقهاء والباحثين، لا زال العلماء منقسمين في فتاويهم ففيه من أجاز العمل بها ويرى بأنها حلال تستند إلى أدلة شرعية ومنهم الأزهر الشريف. ويرى الأستاذ الدكتور وهبه الزحيلي بأن الوصية الواجبة تعد من روح التشريع الإسلامي ومقصده. في حين يرى طرف آخر من الفقهاء بأنها حرام وأن مالها سحت.

أهمية البحث:

يحتل موضوع البحث أهمية خاصة لأن الأفراد المشمولين به هم أكثر شرائح المجتمع إلى الرعاية فإن هؤلاء الأحفاد الذين يموت أبائهم في حياة أبيهم أو أمهم فالوصية للحفدة تمثل الطريق الصحيح إلى تكريس العدالة الاجتماعية في الأسرة الواحدة وتحد من تركز الثروات ويؤدي إلى براءة ذمة الموصي وتحقيق التراحم والمودة.

إن اهتمامنا بالوصية الواجبة نابع من صورتها الحالية في القوانين الوضعية حيث نتناول جانباً مهماً وهو وجوب الوصية لصنف معين بذاته.

الدراسات السابقة:

تعتبر الوصية الواجبة من وضع المشرع الوضعي والذي سبق إلى ذلك هو المشرع المصري في 1946 وبالتالي فقد كانت ولا زالت محط نقاش ونظر بين مختلف المفكرين في الفتاوى والدراسات، من أشهر من كتب في هذا الباب الشيخ محمد أبو زهرة وبدران أبو العينين وجاءت كتبهم شارحة لهذا الموضوع، ثم لا تغفل عن الأبحاث والرسائل الجامعية التي تطرق إليها من سبقنا في هذا الشأن ونحن بدورنا أردنا وارتأينا أن نضع بصمة بسيطة وندلي بدلونا من خلال تناولنا للموضوع عله يفيدنا أو يفيد من يأتي بعدنا ولو ببصيص من الشعاع لينير طريق العلم الذي هو غاية كل إنسان.

خطة البحث والمنهجية المعتمدة:

إن بحث الوصية الواجبة بين الشريعة والقانون تطلب منا وضع خطة محكمة ومتوازنة من أجل محاولة تغطية كافة الجوانب والإشكالات التي يطرحها الموضوع فقد استفتحنا موضوعنا بمقدمة تطرقنا من خلالها إلى أهمية الموضوع وإشكالاته وأسباب اختياره وأهميته ومنهج البحث حيث تناولنا الموضوع في مقدمة وفصلين وخاتمة، الفصل الأول يتعلق بالوصية بصفة عامة في ثلاث مباحث أما الفصل الثاني فتطرقنا فيه إلى علة تشريع الوصية الواجبة والمستحقون لها كما تناولنا أحكامها. إن الضرورة في مثل هذا البحث تحتم عدم الالتزام بمنهج واحد وذلك لأن نظام الوصية الواجبة الذي أخذت به القوانين الوضعية قد استند في أحكامه إلى الفقه الإسلامي مما أدى بها إلى كثير من الاختلافات والتباينات في بعض مسائل هذا النظام. وعلى ضوء ذلك اقتضت الضرورة اتباع مناهج متعددة منها الوصفي والتحليل والمقارن، فكان بحثنا هذا معتمداً فيه بعد الله على جهد متواضع بهدف بيان موضوع الوصية الواجبة.

الفصل الأول

ماهية وانعقاد الوصية

- المبحث الأول : ماهية الوصية
- المبحث الثاني: انعقاد الوصية
- المبحث الثالث: صيغة الوصية ومحلها (الموصى به).

المبحث الأول : ماهية الوصية:

المطلب الأول : تعريف الوصية :

في هذا البحث نتناول تعريف الوصية لغة وشرعا وتعريفها كذلك في القانون الجزائري.

1. الوصية لغة:

الوصية مأخوذة من وصيت الشيء أوصيته إذا أوصيتها فالموصى وصل ما كان في حيازته بعد موته، وجاء في لسان العرب الوصية : ما أوصيت به و سُميت لاتصالها بأمر الميت...

وقوله عز وجل ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ معناه يفرض عليكم لأن الوصية من الله إنما هي فرض والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذَلِكُمْ وَصَّاكُم بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ﴾ وهذا من الفرض المحكم علينا، وتواصوا : أوصى بعضهم فوصى الرجل: وصيًا وصله، ووصى الشيء بكذا وكذا إذا وصلته به. (1)

الوصية : اسم مفعول. بمعنى الشيء الموصى به لقوله تعالى : ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ وتكون مصدرًا. بمعنى الإيضاء ومنه قوله : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ﴾.

وتأتي الوصية. بمعنى الإيضاء اسم المصدر وهو الإيضاء وهو فعل الموصى أو مصدر من وصّ يوصى وهي مأخوذة من قولهم وصيت الشيء بتخفيف الصاد أي وصله وسميت وصله لأن فيها وصل الميت مكان في حياته ما بعد موته. (2) ويقال أوصى لفلان أي جعله وصيا ووليًا، وأوصى لفلان. بمعنى ملكه عن طريق الوصية.

2. الوصية شرعا :

وهي في الشرع: هبة الإنسان لغيره عينا أو دينا أو منفعة على أن يملك الموصى له الهبة بعد الموت الموصي وعرفها بعضهم: بأنها تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع: ومن هذا التعريف يبين الفرق بين الهبة والوصية.

1- السيد سابق، فقه السنة، مجلد3، دار الفكر، دمشق، طبعة الخامسة، 1414 هـ / 1993م، ص 336.

2- ابن منظور، لسان العرب، طبعة 1، مجلد 15، دار الكتب، بيروت، لبنان، 2003، ص ص 461، 462.

فالتمليك المستفاد من الهبة يثبت في الحال، أما التمليك المستفاد من الوصية فلا يكون إلا بعد الموت هذا من جهة ومن جهة أخرى فالهبة لا تكون إلا بالعين والوصية تكون بالعين وبالدين وبالمنفعة.

3. تعريف الوصية في القانون الأسرة الجزائري :

لقد نص المشرع الجزائري على الوصية في المادة 184 قانون الأسرة. نرى حسب المادة يعد هذا التعريف شاملا وجامع لأنواع الوصايا فمصطلح "تمليك" يدل على ذلك فبذلك يشمل التمليكات وهو سبب من أسباب كسب الملكية، وكذا الاسقاطات بالإبراء من الدين.

أما معنى جملة " مضاف إلى ما بعد الموت " المراد بها هو ضرورة إخراج تصرف الهبة لأنها تمليك في الحال أما الوصية فإنها لا تنفذ إلا بعد موت الموصي.

أما المقصود بكلمة " تبرع " هو إخراج الوصايا التي تنبني على إيجار أو بيع مثل هذه التصرفات هي تمليك بعوض، في حين أن الوصية تعتبر تصرف في التركة من باب التبرع مضافا إلى ما بعد الموت.

إذن فالمشرع الجزائري أخذ تعريف الوصية من المذهب الحنفي الذي يعرفها أنها: " تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع " .

المطلب الثاني : أقسام الوصية

نتناول في هذا المطلب الوصية بأنواعها الخمسة: واجبة، مندوبة، مباحة، مكروهة، محرمة.

النوع الأول: الوصية الواجبة.

وهي الإيصاء بما وجب في ذمة الموصي من حقوق وواجبات تجاه الله والعباد كالزكاة والكفارات والندور وأداء الدين لأصحابه. لأن أداء الحق واجب وإن مات الشخص ولم يوصي كان آثما.⁽¹⁾

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى إضافة الوصية للأقرب في الوصية الواجبة، لقوله تعالى ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾.⁽²⁾

1- سليمان بن عيسى باكلي، الفريضة العادلة، مكتبة أبي اسماعيل إبراهيم، ص 46.

2- سورة البقرة، الآية 179.

أما المشرع الجزائري فقد اقتصر في الوصية الواجبة الأقرب وهي الوصية للأولاد الذين مات أبوهم قبل موت الجد، فيجب أن يوصي بمقدار ما كان يرث أبوهم لو كان حيا وهذا ما جاء في المواد (169 - 172 من قانون الأسرة الجزائري).

النوع الثاني : الوصية المندوبة

تكون مستحبة إذا كانت خاصة لمنفعة عامة تقربا إلى الله بصدقة كالمساجد والمستشفيات ولأهل العلم كالمدارس والجامعات.⁽¹⁾

النوع الثالث: الوصية المباحة

وهي وصية لغير المحتاج أي أن فعلها وعدم فعلها سواء ولا ثواب على فاعلها ولا عقاب على تاركها، كالوصية لصديق أو لغني لم يوصف بالعلم مع عدم وجود ما هو منهي عنه شرعا معها.⁽²⁾

النوع الرابع : الوصية المكروهة

وهي التي تكون فيما كره الشارع كوصية الموصي للفاسق، أو أن يوصى في مجال المستحبات وهو ذو مال قليل، وله ورثة كثيرون وضعفاء ، لقوله صلى الله عليه وسلم لسعد بن أبي وقاص: " ...إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس...".⁽³⁾

النوع الخامس الوصية المحرمة

وتكون الوصية محرمة إذا كان فيها ضرر بالورثة أو هي الوصية التي تكون لشيء محرم شرعا كإنشاء مصنع لخمر يسيء ومؤذي للأخلاق العامة، وذلك لقوله تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ خَلِيمٌ ﴾⁽⁴⁾.

1- بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 238.

2- نفس المرجع، ص ص 23 ، 25.

3 - رواه الربيع بن حبيب، الجامع الصحيح، كتاب الوصايا، باب الأول، ج4، رقم الحديث 2116.

4- سورة النساء، الآية 12.

المطلب الثالث: شروط الوصية وأركانها:

مضى تصح الوصية لا بد من توفر ثلاثة أنواع من الشروط المتمثلة في شروط شكلية وموضوعية والتي سنتطرق إليها في الفرع الأول، أما النوع الثاني فسنخصصه لأركان الوصية.

الفرع الأول: شروط الوصية

تنشأ الوصية بإرادة واحدة وهي إرادة الموصي، فإذا صدر الإيجاب من الموصي وجدت الوصية وكانت سببا صالحا لترتيب حكمها، وهذا انتقال الملك عليها دون حاجة إلى قبول من الموصى له، ولما كانت إرادة الموصي أمرا خفيا، كان لا بد من قرينة تدل على هذه الإرادة وتقوم مقامها، وذلك كالعبارة والكتابة والإشارة وهذا ما لا خلاف فيه بين الفقهاء.⁽¹⁾

إذا فالوصية تنعقد بناء على اتفاق جميع العلماء إن كان تعبير عن الإرادة بالكلام أو الكتابة أما الشهود وكانت إرادة الموصي صريحة.

أما فيما يخص إنشاء الوصية بالعبارة والكتابة، فالقاعدة الفقهية الإسلامية أن التعبير عن الإرادة يكون اللفظ لمن يقدر على النطق، وأن غير اللفظ من الكتابة والإشارة لا يقوم مقام اللفظ، إلا عند العجز عن النطق واستثنى جمهور الفقهاء الوصية، فأجازوا إنشاءها بالكتابة لمن يقدر على النطق.

أما فيما يخص انشاء الوصية بالإشارة فالوصية لا تنشأ إلا عند العجز عن النطق وعدم معرفة الكتابة وهو رأي الجمهور الفقهاء. وقد خالف المالكية هذا الرأي فسوّوا بين العبارة والإشارة ذلك لأنهم يتوسعون في باب التبرعات والوصية واحدة منها.⁽²⁾

المشرع الجزائري وافق ما ذهب إليه الفقه المالكي فالتعبير يكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا ويجوز أن يكون التعبير ضمنيا إذا لم يتفق الطرفان على أن يكون صريحا أو لم ينص القانون على ذلك وهذا ما نلمسه في المادة: 197 من قانون الأسرة " يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي " وكذلك المادة 60 من القانون المدني الجزائري.

1- حسنين حامد إحسان أحكام الوصية، دار النهضة العربية، القاهرة 1973، ص ص 21 23.

2- نفس المرجع، ص ص 23 25.

نلاحظ أن المشرع الجزائري يعمد إلى اعتبار أن الوصية الرسمية المحررة من طرف الموثق بتصريح الموصي (1/191 ق.أ.ج) وصية صحيحة وقابلة للتنفيذ وتليها في قوة الإثبات الوصية المكتوبة بخط اليد أو الوصية الخطية المقبولة.

في حين أن الوصية المقبولة المنعقدة بالعبارات الواضحة أمام الشهود في حالة وجود مانع قاهر، فإنه لا بد من حكم قضائي لإثبات صحتها القانونية (م 191 / 2 ، قانون الأسرة الجزائري).⁽¹⁾

أ - الشروط الموضوعية:

يشترط لانعقاد الوصية بصورة عامة أن لا تكون منافية لمقاصد الشرع الإسلامي، وأن لا يكون الباعث عليها غير محرم، وألا يشترط فيها ما هو غير مباح.

أولاً: أن لا تكون منافية لمقاصد الشرع:

أي أن لا تكون حسب الأصول الشرعية، من التنظيم وعدم الإهمال، وتكون لما فيها خير الموصي والموصى له والجماعة الإسلامية، فإذا جاءت منافية لمقاصد الشرع الإسلامي، فإنها تكون باطلة مهما كان دين الموصي.

أما الشرط الفاسد لا تقره الشريعة الإسلامية فيصح العقد ويبطل الشرط، وهنا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 199 من قانون الأسرة الجزائري.

I - الوصية بقصد الإضرار بالورثة: تكون باطلة في الشرع والقانون ونهت عنها الشريعة الإسلامية في سورة النساء الآية 12 لقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوَصِّينَ بِهَا أَوْ ذَيْنَ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّلُثُ مِمَّا تَرَكَتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوَصِّونَ بِهَا أَوْ ذَيْنَ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ ذَيْنَ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ﴾. ويتحقق عنصر الإضرار بالورثة إذا قصد الموصي حرمان الورثة من بعض ماله أو حتى بأكثر من الثلث ولم يشر. ولم يشترط الفقهاء توفر نية القصد، بل يكفي تحقق الضرر الأكيد بالنسبة لحقوق الورثة.

1- بلحاج العربي، مرجع سابق، ص ص 244 246.

II - اختلاف الدين لا يمنع الوصية: هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 200 من قانون الأسرة الجزائري بعكس ما هو متبع في نظام الميراث المادة 138 من قانون الأسرة الجزائري غير أن بعض علماء المالكية ذهبوا إلى أنها مكروهة، ولو أنها صحيحة شرعا إلا إذا كانت لسبب موجب من قرى أو نسب، فعندها تكون مستحبة.

ثانيا : الباعث غير محرم:

هو أن لا يكون القصد غير مشروع مخالف لظاهرة الوصية. لم يتعرض القانون الجزائري المتعلق بالأسرة لهذه المسألة تاركا هذا الأمر لمبادئ الفقه المالكي وهذا في المواد 7 ، 9 ، 98 من القانون المدني الجزائري.

ثالثا : ألا يشترط فيما هو غير مباح

الشرط الفاسد لا يؤثر في صحة الوصية فيبطل الشرط الفاسد وتصح الوصية، أما الشرط المباح فإنه ينبغي العمل به احتراماً للإرادة الموصي، ما دامت لا تخالف مقاصد القانون الإسلامي وهذا ما جاء في المادتين 183 – 189 قانون الأسرة الجزائري ⁽¹⁾.

الفرع الثاني : أركان الوصية

اختلف الفقهاء في بيان ما يعدّ ركنا في الوصية وما يعتبر شرط فيها، هذا ناتج عن اختلاف نظرة كل منهم إلى مدى إمكان قيام الوصية بالصيغة وحدها أو لابد من توفر الموصي، الموصى له، الموصى به إلى جانبها. نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد أركان الوصية وذلك بعد تفحصنا لمواد قانون الأسرة الخاصة بالوصية ومن هنا يستحسن بنا أن نشير إلى تعريف مبسط لكل ركن.

أولا : ركن الصيغة:

صيغة الوصية هي الإيجاب، وتتكون من الكتابة واللفظ والإشارة والتي تناولناها بالتفصيل في الشروط الشكلية، وهو الركن الوحيد لها فإذا حصل الإيجاب من الموصى اعتبرت الوصية.

أما القبول فهو شرط لازم ، إذا كان الموصى له معينا وأهلا لإصدار القبول منه لثبوت ملكية الموصى به للموصى له بعد موت الموصي، فإذا وجد الإيجاب من الموصى ولم يوجد القبول من الموصى له، لا توجد

1- بلحاج العربي، مرجع سابق، ص ص 247، 250، 252.

الوصية وهو قول عند الإباضية وبعض المالكية إلا لغير من لا يحصون عدداً - كالفقراء أو اليتامى أو كانت لجهة التي ليس لها من يمثلها شرعاً أو قانوناً كالمساجد، فإنها تتم بالإيجاب وحده.⁽¹⁾

ثانياً : هو الإنسان الكامل، الذي يملك شخصا أو أشخاصا أو جهة، شيئا من تركته أو يعقد إلى آخر كذلك بالحفاظ على القصد من أولاده أو بالقيام بأعمال مخصوصة.

ثالثاً : الموصى له هو الشخص المادي أو المعنوي المعهود له بشيء من تركته الميت.

رابعاً : الموصى به: هو الشخص المعهود به من قبل الميت أو شخص آخر أو جهة ما.⁽²⁾

المبحث الثاني: أطراف الوصية

المطلب الأول: الموصي

إن إنشاء الوصية وانعقادها يقتضي وجود طرفين هما : الموصى والموصى له، نبحثهما في فرعين.

الفرع الأول : شروطه

أولاً: أهلية التصرف والتبرع

لكي تكون الوصية صحيحة وتنتج آثارها بعد وفاة الموصى لابد من توافر بعض الشروط الخاصة بشخص الموصى ومن ضمن الشروط:

إن الوصية تصنف من التصرفات الضارة بالمركز المالي للشخص أي بالذمة المالية له، وهي إخراج من المال بلا عوض لفائدة الغير وبالتالي من المنطقي أن يكون الشخص لإبرام التصرف.⁽³⁾

ويجب أن يكون الموصى أهلاً للتبرع، وذلك أن يكون بالغاً عاقلاً وعلى هذا لا تصح وصية الصبي غير المميز وكذلك الوصية الصادرة من المجنون أو المعتوه، لأنهم ليسوا من أهل التبرع، ولأن الوصية من التصرفات القارة المالية المحضة، إذا لا يقابلها عرض دينوي، وهذا باتفاق جميع الفقهاء المسلمين.⁽⁴⁾

1- زكي الدين شعبان، مرجع سابق، ص 25 ، 26.

2 - محمد جعفر شمس الدين، الوصية وأحكامها في الفقه الإسلامي، الطبعة الثالثة، دار الهدى، بيروت، لبنان، 2005، ص 40 41.

3 - بن الشويخ الرشيد، الوصية والميراث، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، 1429 هـ/ 2008م، ص 16.

4 - بدران أبو العنين، الموارث والوصية والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، 1975، ص 131.

أما الصبي المميز فوصيته جائزة عند الإمام مالك وأحمد، وذهب أبو حنيفة وأصحابه والشافعي في أحد أقواله أو وصيته غير جائزة، واستثنى الحنفية وصيته إذا تعلقت بتجهيزه ودفنه.⁽¹⁾

لقد حسم قانون الأسرة الجزائري في الجدل الفقهي حول اشتراط الأهلية في الموصي بأن اشترط فيه بلوغ سن الرشد القانوني وهو تسعة عشر سنة (19) طبقا للمادة 40 من القانون المدني الجزائري، وأن يكون سليم العقل. إذ جاء في نص المادة 186 منه " يشترط في الموصى أن يكون سليم العقل بالغا من العمر تسع عشر سنة (19) على الأقل".

ثانيا: الرضا، يجب أن يتوافر رضا الموصي بالإيصاء، وهو لرغبة في الشيء، وبناء على هذا لا تصح الوصية من المكره أو الخاطئ أو هازلا لفوات شرط الرضا كما لا تصح وصية السكران لأنها تضر بورثته وبما أن الوصية من عقود التمليك يشترط وجوده لصحتها وهذا باتفاق الفقه والقانون لأن المشرع الجزائري اشترط في صحة العقد الرضا وسلامته من العيوب.

النوع الثاني: أحكام الموصي

أ - وصية غير المسلم : إن الوصية من مسلم لغير المسلم أو العكس صحيحة وجائزة شرعا لأن الإسلام ليس شرطا لصحة الوصية، ونجد في مشروعية هذا القول قوله تعالى ﴿ لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴾.⁽²⁾ وبهذا القول أخذ به فقهاء المسلمين.

وقد أكد المشرع الجزائري على هذا الحكم في المادة 200 من قانون الأسرة الجزائري: " تصح الوصية مع اختلاف الدين".

وأخذ القانون المصري بهذا الحكم في المادة التاسعة (9) منه غير أنه اشترط لصحة الوصية من غير المسلم ألا تكون محرمة في شريعته وفي الشريعة الإسلامية، وهذا في المادة 2/3 منه.

إلا أنه من الأفضل على الموصي أن يجعل وصيته لمن هو أولى وهم المسلمون، إلا إذا كان الموصي به الغير المسلم محتاج لتلك الوصية يتمكن من الإيصاء فيه.

1 - الإمام محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، دار الفكر العربي، طبعة 1958، ص 11.

2 - سورة الممتحنة، الآية 8.

ب - وصية المرتد : المرتد هو الذي خرج عن الإسلام، سواء إلى دين آخر أو إلى غير دين ويستوي في ذلك الدين السماوي أو غيره" وبهذه فإن وصية المرتد تبقى موقوفة مثل كل تصرفاته إلى أن يتقرر أمره فإن عاد إلى الإسلام تعاد إليه أمواله، وتعتبر وصيته صحيحة.

وإن أصر على ردّته فإن ماله يصبح ملكاً لبيت مال المسلمين أو الخزينة العامة، وهذا ما أخذ به بعض المذاهب منهم المالكية والاباضية.⁽¹⁾ وأما المرأة المرتدة فالرأي الراجح عند الحنفية أن وصيتها تصبح صحيحة وناظفة.

لم ينص المشرع الجزائري نصاً في هذا الشأن إلا أنه بالرجوع إلى الأحكام العامة للميراث فنجد المادة 138 من قانون الأسرة ينص على أنه: "يمنع الإرث اللعان والردة وقياساً على ذلك يمكن تطبيق ذلك على وصية المرتد، فلما للوصية علاقة وطيدة بالميراث أو بالرجوع لأحكام الفقه الإسلامي وإن كانت الردة نادرة الحدوث في الوقت الحاضر.

ج - وصية المدين : إذا كان الموصي مديناً بدين مستغرق لتركته فلا تصح وصيته لأن الله تعالى قدم الدين على الوصية قال الله تعالى: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾، حيث روي عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه قال "إنكم تقرأون الوصية قبل الدين" وقد شهدت يبدأ بالدين قبل الوصية وأشار سيدنا علي إلى أن الترتيب في الذكر لا يوجب الترتيب في الحكم.

فعند التنفيذ يقدم الدين على الوصية، فإن كانت التركة مستغرقة بالدين توقف تنفيذها، على إبراء الدائنين للميت - الموصي - فإن أبرأوه نفذت الوصية من التركة وقد خلصت من الديون، وإن لم يبرأه سدد الديون وما بقي تنفذ منه الوصية هذا ما تناوله في قسم التركات، المادة 18 من قانون الأسرة، فإن الوصية لا تنفذ لأن حق الدائنين مقدم عليهما.

د - فقدان الموصي أهليته بعد إبرام الوصية: قد يعتري الموصي عارض من عوارض الأهلية: كالجنون أو الحجر للسفه أو الغفلة وذلك بعد إنشائه لوصيته صحيحة.

1- إلياس ناصيف: الوصية (الوصية للمسلمين في قانون دولي خاص)، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2003، ط2، 2007، بيروت، لبنان، ص ص 73، 74.

ففي هذه الحالة يرى كل من المذهب المالكي والحنابلي أن الوصية تكون صحيحة مثلها مثل سائر العقود والتصرفات كالبيع والإيجار والوقف... إلخ

أما عن المشرع الجزائري ذكر ولم يورد حكما في هذا الشأن ويرفع في ذلك لأحكام الفقه الإسلامي (الشريعة الإسلامية) المنصوص عليها في المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية " .

المطلب الثاني: الموصى له

ونتناوله في فرعين، الفرع الأول : شروطه، الفرع الثاني: أحكامه .

الموصى له هو المستفيد من الوصية والمستحق لها والتي صدرت لمصلحته، وقد تكون شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا موجود ومعلوما أو حملا.

الفرع الأول : شروط الموصى له

يجب أن تتوفر في الموصى له شروط معينة وهي :

أولا : وجود الموصى له وتعيينه أو (كون الموصى له موجودا)

يشترط في الموصى له أن يكون موجودا عند الوصية وعند وفاة الموصى سواء كان وجوده حقيقيا أو مقدرا كالحمل فلو أوصى شخص آخر إلى آخر وظهر أنه ميت كانت الوصية باطلة، كما يشترط أن يكون الموصى له معينا ويكون تعيينه إما بشخصه أو بغير شخصه، فيكون معينا بشخصه، إذا عين باسمه أو بالإشارة أو بالوصف المميز له عن غيره، كأن يقول الموصى أو ميت لزيد أو لهذين الرجلين أو للرجل الذي أنقذ ولدي من الغرق، بمال معين أو بعقار معين ومثال غير المعين بشخصه كأن يقول الموصى: أوصيت إلى طلاب العلم بجامعة معينة أو من يولد لفلان بعد موتي.⁽¹⁾

إذا كان الموصى له معينا بالوصف فقط اشترط جمهور الفقهاء، ومنهم الشافعية والحنابلة والأمامية والزيدية أن يكون موجودا حال الوصية، أما الأحناف فقالوا: يكفي أن يكون موجودا وقت وفاة الموصى لأنه وقت نفاذ الوصية واعتبارها من حق الموصى له وهو وقت الموت، فيعتبر وجوده ذلك الوقت.⁽²⁾

1- إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 89.

2- بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 378.

ونصت المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري صحة الوصية لأماكن العبادة والمؤسسات الخيرية والعلمية ولأعمال البر بدون تعيين جهة وتصرف في وجوه الخير.

أما المشرع الجزائري فنلاحظ أنه لم ينص على هذين الشرطين، لذلك يجب الرجوع إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة، والتي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص قانوني.

ثانيا : يجب أن يكون الموصى له أهلا للتملك وألا يكون جهة معصية

أ - أن يكون الموصى له أهلا للتملك والاستحقاق: تبطل الوصية في المذهب الحنفي، إذا مات وأن تستمر أهليته للاستحقاق مدى حياة الموصي، ووقت موته، فإذا مات قبل موت الموصي أو ماتا في آن واحد

أو لم يعلم من مات منهما أولا، بطلت الوصية، هل تصح الوصية لما لا يملك كالحیوان مثلا ؟

فمن أوصى لحيوان مثلا بطلت وصيته على أساس أن الموصى له غير قابل للتملك والاستحقاق وهذا باتفاق جميع فقهاء الشريعة الإسلامية فعلى قول أبي حنيفة تعتبر الوصية لحيوان باطلة لأن ما أوصى به ليس من أهل الملك والله مالك لكل شيء.⁽¹⁾

أما المشرع الجزائري لم يتعرض إلى هذا الشرط في قانون الأسرة لذلك يجب أيضا الرجوع إلى نص المادة 200 من قانون الأسرة.

ب - أن لا يكون الموصى له جهة معصية: ويقصد بجهة المعصية، الجهة المحرمة شرعا وقانونا، كالوصية للقمار أو لمرقص وبطلان الوصية بأمر محرم مأخوذة عن الفقه الحنفي وإذا كانت الوصية مباحة شرعا ولكن باعثها محرم أو منافي لمقاصد الشرع كالوصية لأهل الفسق ليستعينوا بها على معصيتهم أو الإيذاء مثلا لخليلة وتستمر معه على الحال المحرمة بينهما أي مع الموصى.

أما المشرع الجزائري لم يتعرض إلى هذا الشرط، ولكن عند رجوعنا إلى المادة 97 من القانون المدني نجدها تنص على : " إذا التزم المتعاقد لسبب مخالف لنظام العام والآداب العامة كان العقد باطلا وكذلك قوله(ص): " إن الله تصدق عليكم، بعد وفاتكم بثلاث أموالكم، زيادة لكم في أعمالكم".

1- الإمام محمد أبو زهرة، ص ص 43، 45.

ج - أن لا يكون الموصى له قاتلاً للموصي ولا وارثاً له:

1. أن لا يكون الموصى له قاتلاً للموصي لا تجوز الوصية للقاتل الموصى وفق القاعدة الكلية " من

استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه".⁽¹⁾ والقتل بحسب الشريعة الإسلامية أنواع هي:

القتل العمد والقتل الخطأ والقتل بسبب والقتل بحق.

فالقتل العمد : هو أن يقصد الجاني القتل فيضرب القاتل بشيء يقتل في الغالب ويموت المضروب من ذلك. والقتل شبه العمد: يتحقق عندما لا يقصد الجاني القتل بل الضرب مثلاً بآلة حادة لا تقتل غالباً كالعصا الحقيقية مثلاً.

- **القتل الخطأ:** يتحقق عندما يرمي الجاني إلى الشيء كالصيد مثلاً ويقتله.

- **القتل بسبب :** هو أن لا يقتل الجاني القاتل مباشرة، بل يتسبب بقتله تعدياً.

- **القتل بحق :** وهو القتل دفاعاً عن النفس أو المال أو عن العرض عند الضرورة.

وقد اختلف الفقهاء في جواز الوصية للقاتل وبطلانها فعند المذهب الحنفي في القتل كمانع الإيصاء إلى الحديث الشريف " لا وصية لوارث ".⁽²⁾ أي المنع شامل، أي سواء كانت الوصية سابقة على القتل أو حقه له ولم يفصل قانون الأسرة الجزائري في أحكام القتل المانع للوصية بخلاف القتل المانع للميراث غير أن الحكم فيهما واحد باتفاق المسلمين لذلك يرجع لها.

وعليه فالقتل المانع للاستحقاق الوصية هو القتل عمداً وعدواناً بنص المادتين 135 / 1 و 188 من قانون الأسرة الجزائري. ويشمل المنع من القتل بالتسبب وهو ما نصت عليه المادة 135 أخذ بالمذهب الحنبلي كالشريك في القتل وشاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه. وإذا كان القاتل غير مميز أو مجنون أو غاب عقله بأي تأثير كان غير راغب فيه فإن الوصية تنفذ له لانعدام رضاه.

1 - ملك بن أنس: المدونة الكبرى، ط 1، مجلد 4، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 2005، ص 347.

2 - رواه الإمام البيهقي.

هذا كله إذا حصل القتل بعد إبرام وقبل وفاة الموصي، أما رأي الحنابلة، أنه إذا وصلت الوصية بعد إصابة الموصي له للوصي بجرح أدى إلى بقاءه حيا وأوصى له الموصي بعد ذلك وتوفي بسبب تلك الإصابة فتبقى الوصية صحيحة لاحترام الإرادة الموصي.⁽¹⁾

أما عند الأحناف قالوا أن القتل مانع الاستحقاق الوصية هو القتل المباشر عمداً أو خطأ، وقال بعض الشافعية أنه القتل العدوان سواء كان مباشر أم غير مباشر، ذهب المالكية إلى أنه قتل العمد الموجب للقصاص والكفارة ومن ثم فالقتل الخطأ لا يمتنع الوصية عندهم.⁽²⁾

ولقد أخذ المشرع الجزائري في هذا الصدد بما ذهب إليه المذهب المالكي واشترط في منع الوصية في قتل الموصي له للموصي شروطاً هي:

1. أن يكون القتل عمداً يترتب عليه وجود القصاص أو الكفارة حسب المادة 188 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص: " لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمداً ". ولا يعتد بالقتل الخطأ قياساً على الميراث التي تنص في مادة 137 من قانون الأسرة والتي تنص: " يرث القاتل خطأً من المال دون الدية أو التعويض ".
2. ويستوي في القتل العمد أن يكون فاعلاً أصلياً أو شريكاً أو شاهداً إلى الحكم بالإعدام، المادة 135 فقرة 2.

3. ألا يكون القاتل في حالة دفاع شرعي حسب المادة 52 من قانون العقوبات ونشير إلى تقدير مسألة القتل بحق أو بعذر وكذا تحديد موانع المسؤولية الجزائية وسن المؤاخذه الجزائية.. إلخ.

يرجع كل ذلك بشأنه إلى القواعد العامة في قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية.

2. أن لا يكون الوصي له وارثاً للموصي: يذهب الأحناف والشافعية وأكثر المالكية إلى أن الوصية للوارث لا تنفذ إلا إذا أجازها الورثة، فإذا أجازها جميعهم نفذت، وإذا أجازها البعض ولم يجرها البعض الآخر نفذت في حصة من أجاز وبطلت في حصة من لم يجر، وتعتبر آخر إن الإجازة شرط نفاذ الوصية وليست شرطاً لصحتها، هذا ما يطبقه أهل السنة خلافاً لرأي الحنابلة الذين يشترطون لصحة الوصية أن لا يكون الموصي وارثاً استناداً إلى الحديث الشريف لقوله صلى الله عليه وسلم: "... لا وصية لوارث..".⁽³⁾

1- بدران أبو العنين، مرجع سابق، ص 139.

2- الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 21.

3- رواه ابن ماجه، مرجع سابق، ص 905.

وقد روى عن النبي أنه قال " إن الله تبارك وتعالى أعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث"، وقال جمهور الأئمة بجواز الوصية للوارث إذا أجازها الورثة لما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال: "... لا وصية لوارث إلا أن يجيزها الورثة".⁽¹⁾ وقد أخذ قانون الأسرة الجزائري برأي جمهور الفقهاء، ويتجلى ذلك في نص المادة 189 التي نصت على أنه لا وصية لوارث إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي.

وتجدر الإشارة إلى أن القوانين العربية اختلفت بشأن هذا الحكم (الوصية لوارث)، فقد ذهب مثلاً القانون المصري إلى جوازها للوارث وأنها لا تحتاج إلى إجازة الورثة إلا إذا تجاوزت ثلث التركة (المادة 37 من قانون الوصية المصري)، وأما القانون السوري فنص على عدم جوازها للوارث إلا بإجازة الورثة بعد وفاة الموصي (م 338 من قانون الأحوال الشخصية).

وقد نصت مجلة الأحوال الشخصية التونسية على عدم جوازها للوارث ولا فيما زاد على الثلث إلا بإجازة الورثة بعد وفاة الموصي (المادة 179).⁽²⁾

الفرع الثالث : أحكام الموصى له

أولاً: الوصية لمن يحصون ومن لا يحصون

1. الوصية لمن يحصون:

أ. الموصى لهم المعروفون بالوصف أو الجنس : هم المعروفون بجنسهم وأوصافهم وليسو معروفون بأسمائهم ولم يعينوا بأشخاصهم، كأن يقول أحدهم للموصى أوصيت للفقراء من عائلة معينة فتجوز الوصية لهؤلاء باتفاق جمهور فقهاء المسلمين ويكون الموصى به لهم أجمعين، فإن لم تتم الوصية لبعضهم، كموته في حياة الموصي فإن الموصى به يكون كله للباقي وليس لكل واحد جزأه المستقل، ذلك أن التعريف لم يكن بالشخص حتى يكون الموصى به مجزء بينهم وإذا مات واحد منهم بعد استحقاقه للوصية ودخول الموصى به في ملكيته تطبق القواعد العامة في هذا الشأن.

فإن كانت الوصية بملكية تامة انتقل نصيبه إلى ورثته كما ينتقل كل ملك تام وإن كان الموصى به منفعة فإن نصيبه يبقى للباقيين من المحصورين ولا ينتقل لورثته لأن المنافع لا تنتقل بالوراثة وإذا كان الموصى لهم بالمنافع

1- رواه الربيع بن حبيب، الجامع الصحيح، ج4، باب الخامس رقم 2120، ص 433.

2- بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 374، 375.

طبقات لا يأخذ الاستحقاق أكثر من طبقتين، هذا هو الإمام مالك وأبو حنيفة والمحصرين يعرف عددهم لذلك يكون لكل واحد منهم سهم عند قسمة الموصى به إن لم يوجد شرط.

ب. الموصى لهم المعينون بأسمائهم وأشخاصهم: وهم المعينون بأسمائهم أو بالإشارة إليهم كأن يقول: أوصيت لمحمد ابن عمي أو يقول أوصيت لهذا الشخص، مشيراً إليه والوصية تقسم بينهم حسب الشرط إن وجد، وإلا قسمت بينهم على حسب عددهم بالتساوي ومن مات بعد استحقاق الوصية ودخول الموصى به في ملكه فإن نصيبه يعود لورثته إذا كان عينا وأما إذا كان منفعة فيعود إلى ورثة الموصي، لأن الوصية بمنفعة لشخص تنتهي بوفاة، وإذا مات أحد من الموصى له قبل موت الموصي، فإن نصيبه يعود إلى ورثة الموصي، لأن كل واحد منهم هنا موصى له بانفراد.⁽¹⁾

2. الوصية لمن لا يحصون:

الوصية لمن لا يحصون الأفراد مطلقاً جائزة سواء اشتملت الوصية على ما يسيء عن الحاجة أم لا، وهذا هو مذهب الجمهور الفقهاء، ويرى الأحناف أن الوصية لمن لا يحصون تكون باطلة، إلا إذا لوحظ بمعنى الحاجة لذلك، لأن الوصية تملك والذين لا يحصون المجهولون والتملك لا يجوز للمجهول ولكن إذا كان في لفظ الوصية ما ينبني عن الحاجة صحت الوصية من حيث أنها صدقة، والصدقة تكون تملك لوجه الله سبحانه وتعالى، فلا يشترط فيها أن يكون هناك مملك من الناس معين أو محصور.⁽²⁾ وننبه إلى الأمرين في الوصية لغير المحصورين.

الأمر الأول: أنه من المنصوص عليه في الفقه الحنفي أن الوصية لمن لا يحصون عند الصدق إلى المحتاجين حيث يفضل أقارب الموصي أن تحقق فيهم ذلك الوصف لأنهم أولى، ولأنها تكون صدقة وصلة رحم، لكنه إن صرف لغيرهم كان ذلك جائز وإن كان غير أولى.⁽³⁾

الأمر الثاني: إن الوصية لمن لا يحصون إن كانت الأموال لا بالمنافع فإنها توزع على المحتاجين وتكون الملكية التامة ثابتة، وإذا لم تكن الوصية بنقود مرسله أو نحوها بل بغيرها بين الموصى به ووزع الثمن 1/8 على المحتاجين، وإذا كانت الوصية بالمنافع فالمنصوص عليه في الفقه الحنفي أن الوصية تخرج تخريج الوقف وبذلك

1- محمد مصطفى شليبي، أحكام الوصايا والأوقاف، ط4، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1982، ص 200.

2- الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 99

3- كمال حمدي، الموارث والهبة والوصية، دار المطبوعات الجامعية 1987، ص ص 199، 200.

تكون العين وقفاً، لأن من لا يحرصون، لا ينتهون انتهاء قريباً غالباً، فلا ينتظر انقطاعهم، وتكون الوصية بالمنافع في معنى حسب العين عليهم وذلك يتحقق على مذهب الإمام مالك.⁽¹⁾ إن القانون الجزائي لم يورد نصاً بهذا المعنى وعليه نطبق أحكام المذهب المالكي.

ثانياً: الوصية للجهات العامة :

أ. الوصية للجهات العامة:

يصح أن يكون الموصي له جهة من الجهات، فتصح الوصية لأماكن العبادات والمنشآت الخيرية كالمصالح والملاجئ، كما تصح الوصية لمعاهد العلم وغيرها مما يكون خيرها عائد على كافة الناس، بل تصح وصية الله تعالى أو الأعمال البر والنفع العام، بيان جهة خاصة من وجوهه.⁽²⁾

ولا يشترط إذا عين جهة من الجهات أن تكون أن تكون موجودة في الحال، مادامت تستوجب في المستقبل، ولو بعد وفاة الموصي، فإذا مات الموصي ولم توجد الجهة بقيت الوصية صحيحة حتى توجد تلك الجهة الموصى لها، فإن لم توجد وتحقق اليأس من عدم وجودها في المستقبل بطلت الوصية وعادت الملكية لورثة الموصي وهذا مذهب المالكية.

أما عند جمهور الفقهاء، فإن الوصية لجهة لم توجد بعد لا تجوز، وذلك لعدم وجود هذه الجهة عند وفاة الموصي، والوصية للجهات جائزة عند الفقهاء جميعاً، وأن عبارات الفقهاء صريحة في جواز الوصية بصرف الغلاء أو مقدراً من المال لمنافع هذه الجهات.⁽³⁾

ب. الوصية للجهات المشتركة:

قد يوصي شخص لأشخاص معينين وجهة بشيء واحد، أو يوصي لجهة بمعنيين ولغيره محصورين، في مثل هذه الحالة تعرف الوصية بالمشاركة،⁽⁴⁾ أو هي الوصية التي يشترك فيها أكثر من نوع من الموصي كأن يوصي شخص بثلاث ماله لمعينين ولجماعة محصورة ولجماعة غير محصورة وجهة من الجهات البر والحكم هنا أن يقسم كل نوع على حدا كان لكل معين، ولكل فرد من أفراد الجماعة المحصورة بسهم، فعند القسمة يعبر كل

1 - حسين حامد، أحكام الوصية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973م، ص ص 21، 23.

2 - بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 269.

3 - إلياس ناصيف، مرجع سابق، 121.

4- المرجع نفسه، ص 121.

أحد من المعنيين أو المحصور بين - كما عرفنا - موصى له على سبيل الانفراد، أما غير المحصورين وجهة البر فكل منهما يعبر موصى له واحدا.⁽¹⁾

نص قانون الأسرة الجزائري على أحكام الوصية المشتركة إذا نصت المادة 194 منه على ما يلي: "إذا أوصى لشخص ثم أوصى لثاني يكون الموصى به مشتركاً بينهما".

والمادة 195: "إذا كانت الوصية لشخصين معينين دون أن يحدد ما يستحقه كل منهما، ومات أحدهما وقت الوصية أو بعدها قبل وفاة الموصي، فالوصية كلها للحي أما إذا حدد ما يستحقه كل منهما فالحي لا يستحق إلا ما حدد له".

ثالثاً: الوصية للمعدوم والوصية للحمل

أ. الوصية للمعدوم:

والمعدوم هنا هو من لم يكن موجوداً وقت انشاء الوصية وكان ممكن الوجود في المستقبل سواء وجد عند وفاة الموصي أو لم يوجد، ولا إيراد له من كان موجوداً ثم انعدم وقد عرفنا أن الموصي له يشترط فيه الوجود وقت الوصية، إذا كان معيناً، أما إذا كان غير معين فلا يشترط وجوده عند الوصية، بل يشترط وجوده وقت وفاة الموصي، وهذا باتفاق جمهور الفقهاء المسلمين.⁽²⁾

ومع ذلك أجاز مذهب مالك الوصية للمعدوم، بل تجوز الوصية للميت في الأقوال المشهورة عنده وإن علم الموصي بموته وقت الوصية، ويصرف الشيء الموصي به في أداء ديونه، وإن لم يكن عليه دين كان الموصي به لو ارثه، فإن لم يكن عليه دين كان الموصي به لو ارثه، فإن لم يكن وارث بطلت الوصية لاستحالة تنفيذها ولا

1- بلحاج العربي مرجع سابق، ص ص 290، 293، 294.

2- محمد صبحي محمضان، مبادئ الشريعة في الحجر والنققات والمواثيق والوصية في مذهب حنفي التشريع واللباني، دار العلم بروت، ط1، 1954، ص ص 129، 130.

تعطى لبيت المال، لأنه ما قصد الإعطاء له وإنما قصد الإعطاء للميت وإن كان الموصى لا يعلم وقت الوصية بموت الموصى له لا تصح، لأن الظاهر أنه قصد الوصية له شخصيا بفرض حياته.⁽¹⁾

ووافق جمهور الفقهاء على بطلان الوصية للميت من المالكية والحجة معهم أن الميت ليس أهلا للتمليك، ولكن المالكية لا يجعلون القواعد حائلا بينهم وبين المصالح. إن القانون الجزائري، لم يورد نصا بهذا المعنى وعليه تطبق أحكام المذهب المالكي.

ب. الوصية للحمل :

اتفق الفقهاء على جواز الوصية للحمل لأن الجنين يصلح أن يكون وارثا، ولهذا تصح الوصية له (134 - 187 من قانون الأسرة الجزائري) إلا أن صحتها ونفاذها سواء كانت بالأعيان أم بالمنافع مرفوعة على الشروط التالية:

1. ضرورة إثبات وجودية الحمل الموصى له قبل وقت إنشاء الوصية: بأن يولد حيائي أقل مدة الحمل، في بعضها تكون المدة المعتبرة أقصى مدة الحمل وهي في القانون الجزائري من 06 إلى 10 أشهر (المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري).
2. أن يولد الجنين حيا حياة مستقرة: فإذا ولد ميتا بطلت الوصية، ويرى جمهور ضرورة انفصاله كله حيا، لأن أهلية التملك لا تتحقق إلا بالوجود الكامل بانفصاله حيا.²
3. أن يوجد على الصفة التي أرادها الموصي: فإذا كانت الوصية لحمل من شخص معين اشترط لصحة الوصية أن يثبت حين الحمل شرعا من ذلك المعين.

ولقد نص المشرع الجزائري في كتاب الميراث في المادة 134 من قانون الأسرة الجزائري: " لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة بالحياة". كتاب التبرعات " تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا، فإذا ولد توأم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس.⁽³⁾

وفي حالة تعدد الحمل، إن ولد أحدهما حيا لآخر ميتا، كانت الوصية للحي دون الميت وإن مات أحدهما أو كلاهما بعد الولادة حيا، كان نصيبه لورثته إذا كانت الوصية بالأعيان، وإذا كانت بالمنفعة عادة إلى الورثة الموصي، ذلك أن الوصية بالمنافع تنتهي بموته، ما لم يكن هناك شرط آخر يعمل به.

1 - محمد زهدور: الوصية في شرح قانون الوصية، (د، ط) دار الفكر العربي، 1988، ص 74

2 - بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 291.

3 - قانون الأسرة الجزائري، المواد: 134 - 42 - 187

المبحث الثالث : صيغة الوصية ومحملها (الموصى به)

المطلب الأول : الصيغة في الوصية

من الفقهاء من قصر الصيغة على الإيجاب فهي عندهم كل لفظ أشعر بالوصية لأن الصيغة عندهم هي صورة الوصية الظاهرة وتحقق بإيجاب الموصي، ومن الفقهاء من توسع في الصيغة لتشمل الإيجاب والقبول، يقول العلامة " الحلبي " من الشيعة الإمامية " ولا بد من الصيغة الدالة على الرضا الباطني وهي الإيجاب والقبول.. " ⁽¹⁾.

الفرع الأول : إيجاب الموصي

يقصد بالإيجاب في العقود العامة، التعبير البات النهائي الذي يقصد به صاحبه أثراً قانونياً طاملاً صادقاً قبول. ⁽²⁾ إن تعبير الموصي عن إرادته في الإيصاء، يكون بكل لفظ أو كتابة، أو إشارة تنم عن نيته في التملك بعد موته.

أولاً : تعبير الموصي عن إيجابه

أ. **الفقه الإسلامي:** اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية بشأن الوسائل التي يمكن للموصي أن يعبر بها عن نيته في الإيصاء أي إيجابه.

الرأي الأول : يرى أن الوصية عقد لا تصرف انفرادي ولا تتحقق صورة العقد الخارجية إلا بالإيجاب والقبول، فصيغة الوصية عندهم لها عنصران: الإيجاب من الموصي، والقبول من الموصى له، إيجاب الموصي الذي يظهر أثره بعد الموت أو قبول الموصى له الذي لا يصح إلا بعد وفاة الموصي.

الرأي الثاني: ويرى أن الوصية ليست عقد، وأن ركنها الإيجاب وحده وأن القبول هو شرط لزوم فحسب، وفي حالة الموصى له المعين فقط على النحو الذي عرضناه عند معالجة الرد والقبول في الوصية.

الرأي الثالث : ويرى الأحناف أن الوصية تتم بالإرادة المنفردة للموصي، وتنتقل بموته ملكية الموصى به إلى الموصى له دون توقف على إرادته أو حاجة إلى قبوله، وقد اختار القانون المصري للوصية ومثله القانون

1 - أحمد فراج حسين، نظام الإرث بالوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002، ص 58.

2 - زهدور محمد، مرجع سابق، ص 64.

السوري للأحوال الشخصية، أن تكون الصيغة هي الإيجاب وحده، وأن تنشأ الوصية بالإرادة المنفردة، إلا أنهما أجازا القبول والرد في حالات معينة باعتبار القبول شرط لزوم.⁽¹⁾

ب. وسائل التعبير عن الصيغة :

العبارة : الأصل في الصيغة، في كافة التصرفات أن تحيى عبارة ولفظا وتصح الوصية بها من جميع المذاهب، لأنها أقوى صورة للتعبير عن الإرادة وبيان الرضا الباطني.

وقد تنعقد الوصية باللفظ المخصوص ك: أوصيت أو بأي لفظ آخر يدل على قصد الموصي، فلا تتعين باللفظ كالزواج مثلا، لفظ يدل صراحة أو كناية عن إرادة الموصي تنعقد الوصية به وتصح الصيغة بمطلق اللفظ المعبر عن الإرادة سواء قلنا إنها بالإيجاب فقط من الموصي، أو قلنا بالإيجاب كما يرى بعض الفقهاء.

وهو ما نص عليه القانون المصري للوصية في مادة الثانية " تنعقد الوصية بالعبارة " والنص يفيد صحة الوصية من الموصي بأي لفظ يفهم منه إرادة الوصية ويفيد أن الإيجاب وحده يكفي لإنشاء الوصية " لأنها من التصرفات التي تتم في القانون بالإرادة المنفردة من الموصي.

الكتابة : فعل لا قول ويعني أن من كان لا يستطيع النطق لا يعرف الكتابة، اكتفى بالإشارة بالكلام، وأما إذا كان يعرف الكتابة ففي المذهب الحنفي هنا رأيان أولهما: أنه لا يجوز عقده بالإشارة وثانيهما : إن الإشارة تكفي في إنشاء العقد.⁽²⁾

أما المقرر عند المالكية وبعض الحنابلة أن الكتابة ممن كان قادرا على العبارة التي هي أقوى في الدلالة عند الحاجة إلى الإثبات، لكنه مع ذلك تصح الوصية بالإشارة المفهمة ممن كان قادرا على العبارة والكتابة، باعتبار أن الإشارة المعهودة أداة تعبير عن الإرادة.⁽³⁾

الإشارة : وهي بديل عن النطق والكتابة لمن كان عاجزا عنهما، ويقصد بها الإشارة المفهمة ولا خلاف بين المذاهب الإسلامية على الاعتراف بالإشارة المفهمة في الوصية بالنسبة للأخرس، فقد نص الفقهاء على أنه يكفي الإشارة الدالة على المراد قطعاً في إيجاب الوصية، مع تعذر اللفظ (الأخرس).

ثانيا : في القانون الجزائري

1 - أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص 59.

2 - الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 12 ، 13.

3 - بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 387.

لم ينص المشرع الجزائري على وسائل التعبير الموصي عن إيجابه في قانون الأسرة على خلاف القانون المصري الذي نص عليها في المادة 1/2 من قانون الوصية.

واعتقد أن المشرع الجزائري ارتأى أن وسائل التعبير عن إرادة واحدة في كل العقود والتصرفات، ويكون الرجوع فيها للقواعد العامة في القانون المدني ما لم يوجد نص، حيث نصت المادة 60 من القانون المدني على مايلي: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه...".

الواضح أن القانون الجزائري أخذ برأي المالكية في هذا الشأن، بل وقد يكون التعبير عن الإرادة ضمنا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا، كما تنص عليه المادة 60 في فقرتها الثانية تشير إلى أن اللفظ قد يفيد معنى الوصية صراحة، كما لو قال شخص: أوصيت بمتزل أو بمنفعة أرض، وقد يفيدها ضمنا كما لو قال شخص: أعطوا، أوهبوا، أو امنحوا كذا بعد موتي.⁽¹⁾

الفرع الثاني: الصيغة المنشأة للوصية والشروط المقترنة بها:

الصيغة المنشأة للوصية

تنقسم الصيغة المنشأة للعقود والتصرفات إلى الثلاثة أقسام من الإنجاز والتعليق والإضافة، فالصيغة المنجزة: هي ما تدل على إنشاء العقد وترتيب آثاره في الحال كعقد البيع والصيغة المضافة إلى المستقبل: ما تدل على إنشاء العقد في الحال، ولكن تؤخر أحكامه إلى زمن المستقبل، كإجازة تعقد في الحال وتنفيذها يكون بعد شهرين.

والصيغة المتعلقة: ما تدل على ترتيب وجود العقد على وجود أمر غير مستحيل الوقوع في المستقبل، فإن تحقق الشرط صحت الوصية، ومن المقرر أن الوصية لا تنعقد بصيغة منجزة، لأن آثارها تتأخر إلى ما بعد الموت، أي أن الوصية تستلزم أن تكون مضافة إلى أجل، والآجال هنا هو موت الموصي.

الشروط المقترنة بها:

"الإضافة إلى ما بعد الموت شرط جوهري في الوصية لا تصح إلا به ولكن الإيجاب في الوصية قد يأتي مطلقاً، وقد يأتي مشروطاً بالإيجاب، أن يعلق الموصي وجود الوصية على أمل في المستقبل بأداة من أدوات الشرط، كأن وإذا، أمر أو يفيد وصيته على شرط من المشروط وهي في الأول وصية معلقة على شرط وفي الثاني وصية مقترنة بالشرط. . .".

ومن المقرر أن الشريعة الإسلامية لا تحمي كل الشروط التي يشترطها الناس في عقودهم، بل تعطي الحماية لما لا يلائمها من الشروط وتمنعها مما يخالفها، ومثلها في ذلك مثل القوانين الحديثة في نظرها لشروط المخالفة للنظام العام، ويمكن تقسيم الشروط المقترنة بصيغة الوصية إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: الشروط الصحيحة

عرف الشرط الصحيح بأنه ما كان فيه مصلحة للموصي، أو الموصى له أو لغيرها، ولم يكن منهاها عنه ولا منافياً لمقاصد الشريعة، أو هي التي توافق مقتضى العقد أو تؤكد أو تكون شرطاً جاء به الشارع أو جرى به العرف من التعامل⁽¹⁾ مثال الشرط الصحيح الذي تكون به مصلحة الموصي أن يبدأ في تنفيذ الوصايا بأداء ما فاتته من واجبات كالزكاة أو الحج ومثال: الشروط التي تكون فيها مصلحة للموصى له، اشتراط أن يبدأ من الوصية بأداء ديونه، ومثال ما يكون فيه مصلحة لغيرهما، أن يوصي بمنفعة لدار من أعيان ماله لجهة من الجهات، على أن يكون لمن لا يجد مأوى من ذريته حق سكنها إن كان فيه متسع له.

وقد نص القانون المصري على هذا النوع من الشروط في المادة 4 منه، بخلاف القانون الجزائري الذي لم يورد إشارة إليها.

القسم الثاني: الشروط الباطلة

وهي التي تخالف مقتضى العقد، وتخالف أمر الشارع وتخالف العرف، وهي ملغاة تبطل إذا اقترنت بالعقد ويظل العقد صحيحاً وهو كذلك الشرط الذي لا مصلحة لأحد فيه أو كان بنية منافاة لمقاصد الشارع، أو كان منهاها عنه، وهي نوعان من حيث تأثيرها في صحة الوصية من عدمه.

أ) الشروط الباطلة التي لا تؤثر في صحة الوصية: وهي الشروط التي لا مصلحة لأحد فيها، أو فيها منافاة لمقاصد الشارع، ولكن يمكن تنفيذ الوصية مع عدم الالتفات إليها، أي أن الشرط الفاسد يلغى وتصح

الوصية، كأن يوصي إلى الأولاد شخص بشرط عدم زواج البنات، فإن هذا الشرط لا يلتفت إليه وتصح معه الوصية.⁽¹⁾

وهذا ما قصده قانون الأسرة الجزائري في الفقرة الثانية من المادة: 199 " وإذا كان الشرط غير صحيح صحت الوصية وبطل الشرط...".⁽²⁾ ونص القانون المصري على هذا النوع من شروط في المادة 4 منه.

ب) الشروط الباطلة التي تؤثر في صحة الوصية: يقصد بها تلك الشروط التي فيها منافاة لمقاصد الشارع الإسلامي، أو فيها ما هو منهي عنه (معصية)، وباقتراها بصيغة الوصية تجعل الوصية باطلة.⁽³⁾ أشار القانون المصري لهذا النوع من الشروط في مادته 3 و 4 بخلاف القانون الجزائري الذي لم يورد إشارة في هذا الشأن.

القسم الثالث : الشروط الفاسدة

وهي التي لا تدخل تحت الشروط الصحيحة التي أجازوها ولكن لا يخلو اشتراطها من فائدة لأحد الطرفين أو كلاهما، وحكم هذه الشروط الفساد وتفسد بها عقود المعاوضات المالية وفي غيرها يفسد الشرط ويصح العقد.⁽⁴⁾

الفرع الثالث : أحكام القبول والرد ووقت ثبوت الملكية للموصى له:

أولاً: أحكام القبول والرد

1 . التعبير عن القبول : يرى المالكية والشافعية والحنابلة أن يكون للقبول إما بالقول أو بالفعل الذي يدل على الرضا بالوصية، وأما عدم الرد من الموصى له أي السكوت فهو لا يكفي للدلالة على القبول هو المعهود في هذه التصرفات.¹

1 - الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 35.

2- أديب إستانبولي، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، الجزء الثاني في (الوصية والمواثيث)، المكتبة القانونية، الطبعة الثالثة: 1994، ص 1059.

3 - الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 36.

4 - أحمد حسين فراج، مرجع سابق، ص 65.

بينما يرى المذهب الحنفي القبول كما يكون بالقول والفعل يكون كذلك بعدم الرد من الموصي له أي بالسكوت، ولا يعتبر السكوت قبولا عندهم إلا إذا حصل اليأس من الرد الصريح وذلك لا يكون إلا بوفاة الموصي له.

وبرأي جمهور الفقهاء والقانون الجزائري إذ نصت المادة 197 من قانون الأسرة على ما يلي: " يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي".

2. صاحب حق القبول والرد : حق القبول يختلف تبعا لاختلاف الموصي له، ولا اختلاف بين الفقهاء في أن حق القبول والرد يثبت للموصي له المعين واحد كان أو أكثر من كان كامل الأهلية، كما اتفقوا على أنه يثبت للولي إذا كان الموصي له فاقدا الأهلية، كالجنون والصبي غير المميز.

إذا كان الموصي له المعين ناقص الأهلية كالصبي المميز أو محجورا عليه بسبب الغفلة أو السفه، فالحنفية يرون أن قبول الوصية يكون من هؤلاء لأنها من التصرفات النافعة نفعا محضا فإذا قبلها نفذت من غير توقف على إجازة الولي لكنهم لا يملكون ردها لأن رد الوصية حذر ولذلك لا يملكه الولي، وأما الحنابلة فيرون أن هذا الحق يثبت للولي بشرط أن يكون أصلح الأمرين بالنسبة للمولى عليه.²

ولذا أرى أن الوصية تصرف يعود على ناقص الأهلية بالنفع لذلك فإن قبولها يكون منهم ولا ينوب عنهم في ذلك الولي تطبيقا للمادة 83 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أن من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (143 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيها، إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة التزاع يرفع الأمر للفقهاء.).

أما إذا كانت الوصية لغير المعينين لطلبة العلم أو مؤسسة علمية فإن أمر القبول يكون موكول إلى من يمثلهم، فإن حق القبول والرد يكون لمن يمثلها قانونا، فإن لم يكن لها من يمثلها ألزمت الوصية بدون توقف على القبول.

3. حالة وفاة الموصي له بعد وفاة الموصي وقبل القبول الرد: في مسألة وفاة الموصي له وفاة الموصي وقبل صدور القبول أو الرد نجد أن للفقهاء الإسلامي آراء هي:

1 - بلحاج العربي، مرجع سابق، ص ص 275 ، 276

2 - محمد مصطفى شلي، مرجع سابق، ص ص 45 ، 46 ، 47.

يرى الأحناف والظاهرية بأن ملكية الموصى به تنتقل بدون اختيار إلى الورثة الموصى له إذا مات هذا الأخير قبل القبول أو الرد.⁽¹⁾

أما جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة: فيرى أن الحق في القبول والرد في هذه الحالة ينتقل للورثة فيتوقف ثبوت الملك لهم على قبولهم.

وقد أخذ بهذا الرأي (جمهور الفقهاء) القانون المصري في المادة 21 وكذلك القانون التونسي في المادة 194 وكذلك المشرع الجزائري، في المادة 198 من قانون الأسرة تنص على: " إذا مات الموصى له قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الرد".

4 . **وقت ثبوت الملكية للموصى له:** تبدأ الملكية للموصى له من وقت الوفاة ولكنها لا تثبت إلا بالقبول مثالا: كأن يقول الموصي هذه الوصية لفلان بعد موتي وقبل الموصى له الوصية بعد وفاة الموصي فإن ملكه لا يثبت إلا من الوقت المحدد في الوصية باتفاق الفقهاء، سواء قبلها عند ذلك الوقت أو قبله بعد الوفاة.

وقد اختلفوا فيما إذا لم يحدد الموصي وقتا تبدأ منه الوصية وتأخذ القبول عن وقت الوفاة فالحنفية والشافعية في أصح أقوالهم والمالكية في المشهور عندهم أن الملكية تثبت بالقبول مستندة إلى وقت الوفاة وهو قول للحنابلة.

وعلى هذا الرأي يكون الملك ما بين الوفاة والقبول لورثة الموصي فتكون زوائد الموصى به ونماؤه لهم لأنه نماء ملكهم ويقابل هذا النفع أن تكون جميع النفقات اللازمة للموصى به عليهم وعلى الرأي الأول تكون الزوائد والإئماء ملكا للموصى له، غير أن أصحاب هذا الرأي مع اتفاقهم على هذا القدر مختلفون في سبب ملكية الزوائد لأنها ملكه وثمرته أم لأنها موصى به تبعا للموصى به الأصلي، وبالأول قال الشافعية والثاني للحنفية.

وبناء على هذا الخلاف لا تدخل الزوائد في تقدير الوصية على الرأي الأول، يعني أن الموصى به الأصلي خرج من ثلث التركة نفذت الوصية دون توقف على إجازة الورثة وتدخل في تقديرها على الرأي الثاني، حيث تضم الزوائد إلى الموصى بها عند التقدير فإن خرج المجموع من الثلث نفذت الوصية دون توقف على إجازة الورثة وإن زاد عنه توقف النفاذ في الزائد على إجازة الورثة.

1 - بلحاج العربي، مرجع سابق، ص ص 280، 281، 282.

هذا ولم ينص المشرع الجزائري على وقت ثبوت الملكية الموصى به للموصى له، ولا على قضية الزوائد من وقت الوفاة إلى وقت القبول غير أنه انطلاقاً من المواد 185 و 198 و 222 من قانون الأسرة يرجع في ذلك لأحكام الفقه الإسلامي بخلاف القانون المصري أنه نص على تلك الأحكام في مادته 25 وكذلك القانون التونسي في مادة 181.

5. **حكم الرجوع عن الوصية ورد الوصية بعد القبول:** قال الفقهاء على أنه يجوز الرجوع عن الوصية من الموصي، لأنها اعتبروها كالمهبة، وأنها غير لازمة يمكن الرجوع عنها قبل القبول، وأن هذا الرجوع يكون بالقبول الصريح كما يكون بالفعل أو الدلالة، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 192 من قانون الأسرة على أنه يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمناً فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها، والضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها.⁽¹⁾

بينما اختلف الفقهاء على مسألة رد الموصى له بعد قبوله، ويرى الأحناف بأنه يحق للموصي رفض الوصية رفضاً كلياً أو جزئياً بعد قبولها، شرط أن يقبل ورثة الموصي أو أحدهم بالرجوع، وعندها بعد عقد الوصية مفسوخ ويعود الموصى به رأي التركة سواء كانت الملكية شيء قيمي أو مثلي.

اتفق رأي الجمهور مع المبادئ المتعلقة بالعقود وخاصة في قوة الالتزام وأن الفسخ في العقود لا يتم من طرف عاقيه، فكيف يتم فسخ الوصية والموصى قد توفي؟⁽²⁾

وعليه نص المشرع الجزائري في المادة 201 من قانون الأسرة أن "تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصى، أو بردها"

المطلب الثاني: محل الوصية (الموصى به)

المبحث الأول : شروطه

أولاً: شروط الصحة يشترط لصحتها ثلاثة شروط وهي لا توجد في الوصية ولا تعتبر إلا بها وهي ثلاثة:

1. أن يكون الموصى به مما يجري فيه الإرث أو يصح أن يكون محلاً للتعاقد حال الحياة وحال الحياة هنا لم يقصد بها حياة الموصى.⁽³⁾

1- محمد مصطفى شلي، مرجع سابق، من ص 19 إلى 52.

2 - بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 284 ، 285

3 - محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص 86 ، 87.

لم يختلف الفقهاء في كل ما يصلح أن يكون تركة، يصلح أن يكون محل للإيصاء من أموال نقدية (دراهم - دنانير ..) والعينية (عقارات، أثاث، أشجار...) ومحلات تجارية والحقوق العينية وهي ليست أموالاً في ذاتها ولكنها تقوم بمال، أو تزيد من قيمة العين التابعة لها، ومثلها حقوق الإرتفاق من الشرب والمرور والمسيل، أما الحقوق الشخصية المحضة كحق الوظيفة وحق الولاية على النفس وحق الحضانة... فهذه لا تجوز الوصية بها لأن الوصية إنما تجوز فيما يجري فيه الإرث والحق الشخصي المحض لا يورث باتفاق الفقهاء والوصية بالمنافع الأصل أنها لا يجري فيها الإرث عند الأصناف ويرى غيرهم أن الوصية بالمنافع صحيحة لأنها كالأعيان في الملك بالعقد والإرث.⁽¹⁾

ونجد أن قانون الأسرة الجزائري في المادة 190 قد أخذ بالمذهب الشافعي والمالكي فأجاز الوصية بالأموال والحقوق المتعلقة بالأعيان وأجاز الوصية بالمنفعة نص على: "للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة."

2. أن يكون الموصى به متقوما: يشترط في الموصى به أن يكون متقوما في نظر الموصي إذا كان مالا وليس منفعة ولا حق مالي، لأن المال غير متقوم في عرف الشارع لا يصح أن يكون محلا للتصرف فلا تصح وصية مسلم بالخمر أو خنزير، سواء كانت الوصية لمسلم أو لغير مسلم لأنها أموال غير متقومة في نظر الشريعة الإسلامية (المالكية)⁽²⁾، أما إذا أوصى تلك الوصية لغير مسلم فإن كانت لمثلثه صحت الوصية لتقومها في حق غير المسلم.⁽³⁾

3. وجود الموصى به: وهو أن يكون الموصى به موجود عند الوصية أو معينا بالذات مثلا كالمترل أو سيارة مثلا أي أن تكون موجودة مملوكة كالموصى وقت الإيصاء، ولهذا فلا تصح الوصية بملك الغير، فإن أوصى الشخص بشيء مملوك لغيره كانت وصيته باطلة حتى لو ملكه بعد الوصية.⁽⁴⁾

أما إذا كان غير معين فلا يشترط وجوده عند إنشاء الوصية كجزء شائع مثل الوصية بخمس المال. وقد نص المشرع الجزائري في مثل هذه الحالة في المادة 190 في قولها: "للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة."

ثانيا: شروط النفاذ وتتمثل في شرطان هما:

1 - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 94 79

2 - السيد سابق، مرجع سابق، ص 342.

3 - محمد مصطفى شلي، مرجع سابق، ص 127.

4 - محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص 85.

أ. أن لا يكون الموصى به مستغرقاً في دين وهي أن يكون الموصى به مستغرق بالدين وهذا شرط من شروط نفاذ الوصية، وبما أن الديون مقدمة على الوصية وهذا في القرآن قوله تعالى " من بعد وصية يوصي بها أو دين".⁽¹⁾ وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 180 من قانون الأسرة الفقرة الأولى منها: مصاريف التجهيز بالقدر المشروع و الديون الثابتة في ذمة المتوفي و الوصية.

ب. ألا يزيد الموصي به عن ثلث التركة: أجمع أو اتفق جميع فقهاء الإسلام على أن الوصية تقتصر على الثلث وما استدلووا به في حديث الرسول صلى الله عليه وسلم الذي رواه البخاري عن سعد بن أبي وقاص عن النبي (ص) " جاءني رسول الله (ص) يعودي في المرض فقلت له يا رسول الله بلغ مني الوجع ما ترى وأنا ذو مال، ولا يرثني إلا ابنة لي أفأتصدق بثلي مالي؟ قال: لا قلت فالشطر قال " لا قلت فالثلث ؟ قال الثلث والثلث كثير أو كبير، إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس".

يعني أن الرسول (ص) أجاز الوصية بالثلث فقط مع، نهي بالزائد عليه، فتكون الوصية بالزائد ارتكاباً لما نهى عنه رسول الله والأرجح إذا أجاز للورثة ما زاد على الثلث أن الوصية تصح.⁽²⁾ وقد أكد المشرع الجزائري على صحة الوصية بثلث للوارث في المادة 180 من قانون الأسرة التي تنص على مايلي: تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة.

الفرع الثاني : أحكامه

تبين أحكام الموصى به فيما يلي :

أولاً : تحديد المال الذي تتعلق به الوصية ووقت تقدير الثلث الشرعي

أ. تحديد المال الذي تتعلق به الوصية: الوصية تتعلق بعين ذاتها مثلاً ما يوصي شخص بمئزره المتواجد في المكان الفلاني أو كأن يوصي شخص بسيارته ذات النوع الفلاني فتكون صحيحة في حدود الثلث، أما إذا خرجت من ملكية الموصي قبل وفاته أو هلك، العين بطلت هذه الوصية لانعدام المحل وفواته. أما إذا تعلق بهذا حق خاص كحق المرتهن واستوفى دينه منها كان للموصي له أن يرجع بقيمتها فيما تبقى من التركة.

1 - سورة النساء، الآية 12.

2 - محمد جعفر شمس الدين، الوصية وأحكامها في الفقه الإسلامي، دار الهدى، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1426 هـ / 2005 م، ص ص 219 ، 220.

أما إذا كانت الوصية بشيء شائع في هذه العين كالوصية بنصف أو ربع المنزل مثلا تعلق الوصية بهذا الجزء فقط، فإذا هلك المنزل كله بطلت لانعدام المحل، أما إذا هلك بعضه كان للموصي له أن يستوفي نصيبه من الباقي إن كان يخرج من الثلث، وإلا أخذ منه مقدار ما يخرج من الثلث.⁽¹⁾

وقد تتعلق الوصية بنوع من الأموال كأن يوصي شخص بفرسه أو غنمه مثلا كانت صحيحة إذا كانت هذه الغنم (الفرس موجودة وقت إنشاء الوصية، أما إذا هلك بطلت الوصية لفوات المحل.⁽²⁾

وإذا تعلق الوصية بجزء شائع في كل المال كأن يوصي شخص بثلث ماله، فهنا تتعلق الوصية بما يكون للموصي من حال عند الوفاة، فلو كان مال الموصي مثلا يوم الإنشاء 1000 دج ثم استمر حتى صار 3000 دج ومات عند هذا المبلغ كان للموصي له ألفا منها. إن أغلب هذه الأحكام مأخوذة من المذهب الحنفي.⁽³⁾

وقت تقدير الثلث الشرعي: اختلف الفقهاء في وقت تقدير الثلث فمن يقول وهو مذهب الفقهاء ومنهم الحنفية والمالكية وهم يرون أن وقت تقدير الثلث هو وقت قسمة التركة، لأنه وقت استقرار الملك وتنفيذ الوصية، ويترتب على ذلك أن ما يحدث قبل القسمة من نقص في قيمة التركة أو هلاك في العين، يقسم على حصص جميع الورثة والموصى لهم.⁽⁴⁾ في حين يكون رأي الشافعية والحنابلة أو الوقت المعتبر للتقدير هو وقت الوفاة. وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 185 يقول " تكون الوصية في حدود ثلث التركة.. " .

ثانيا : الزيادة في الموصى به بالجهول

أ. الزيادة في الموصى به : ويقصد بالزيادة هنا هي التي تكون بفعل من الموصي، فإذا كانت في الموصى به لها قيمة بعدد فصلها كبناء حجر صغير على سطح منزل مثلا مع وجود قرينة دالة على الموصى قصد إلحاقها بالوصية كانت هذه الزيادة تابعة للموصى به. أما إذا قام الموصي بزيادة شيء في العين الموصى بها كان مستقلا بنفسه كالبناء على الأرض ولم توجد قرينة على إلحاقها بالوصية، كان الورثة شركاء مع الموصى له فقي كل العين الموصى بها مع زوائدها وتكون حصة الورثة بمقدار قيمة الزيادة قائمة.⁽⁵⁾

1 - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 81.

2 - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص ص 295 ، 296.

3 - إمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 104.

4 - محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 91.

5 - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 100.

أما إذا هدم الموصي مثلاً الموصى بها أو جدد بناء في هيئة أخرى الشركة تثبت في الدار الجديدة للورثة بقيمة البناء قائماً وللموصى له بقيمة الأرض، أما ما بقي من أنقاض تكون للورثة لأنها خرجت عن الوصية.

ولكن إذا أعاد بناء هذا المنزل بنمط آخر أو شكل آخر كأنه ضم أرض إلى أرض مملوكة له وبناء فيها أو كأن كان منزلاً لا يطابق وأضاف طوابق أخرى ففي هذه الحالة تكون شركة بين الموصى له والورثة. إن المشرع الجزائري لم يرد نصاً قانونياً في هذا الشأن.

ب. الوصية للمجهول : تعتبر الوصية بالمجهول صحيحة عند جمهور العلماء والفقهاء⁽¹⁾ فمثلاً يقول الموصي: أوصيت بجزء من مالي وكان للورثة أن يعطوه أي قدر شاء مما يحتمله اللفظ وإن لم يكن له وارث فإنه يرجع لولي الأمر.

أما إذا قال الموصي مثلاً: أوصيت بسهم من مالي ومات ولا وارث له كان له النصف والنصف الآخر للبيت مال المسلمين وحسب هذه نكون الوصية يكون شريك لبيت مال المسلمين والشركة تتطلب المساواة وهنا يقدر السهم بالنصف لتحقيق المساواة. وإذا قال أوصيت بجزء من مالي فيمكن لولي الأمر إعطائه النصف من دون زيادة لأن الجزء لا يطلق على النصف.⁽²⁾ والقانون الجزائري لم يتعرض لبيان الحكم في الوصية بالمجهول أو السهم فهنا يكون الرجوع إلى الفقه المالكي.

أنواع الموصى به:

يتنوع الموصى به حسب الوصية وهذا ما سنتناوله في سبعة أنواع من الموصى به في ما يلي:

1. الوصية بالمنافع.
2. الوصية بالتصرف في العين.
3. الوصية بالإقراض.
4. الوصية بتقسيم التركة.
5. الوصية بالحقوق .
6. الوصية بالمرتبات.
7. وصية الإنسان ببعض أعضاء جسمه.

1 - بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 300.

2 - إمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 110.

رغم وجود أنواع الموصى به المختلفة إلا أن الحاجة الملحة والتطور العلمي والطبي أدى إلى ظهور شكل جديد من الوصايا وهي الوصية بأعضاء جسم الإنسان ذاته.

لم يفصل قانون الأسرة الجزائري في أنواع الموصى به على خلاف القانون المصري في مواده 50 إلى 70.⁽¹⁾ وعليه نتناول أنواع الموصى به كآآآ:

1. الوصية بالمنافع :

يقصد بها كل وصية يكون الموصى به فيها ليس تمليكا بعين موجودة وقت وفاة الموصي أو بعضها، ويزيد الفقهاء بالمنافع، كل ما يمكن أن يترتب على العين بحسب وضعها من مصلحة كسكن الدار وخدمة العبد، وثمرة البستان وركوب السيارة أو الدابة أو غيرها من وسائل النقل، فالمواد بالمنافع إذن جميع ما يستفاد من العين.

وهذا ما أشار إليه المشروع الجزائري في الوصية بالمنافع في المادتين 190 و 196، وقد أجاز الأئمة الأربعة بالاتفاق على الوصية بالمنافع، وحذا حذوهم المشرع الجزائري من حيث جوازها. والوصية بالمنافع على نوعين:

أ. الوصية المؤقتة: هي المقيدة بمدة معينة كوصية منفعة دار لمدة سنة أو هي ما كانت تغير القسمين المتقدمين كأن يقول: أوصيت لمحمد بمنفعة دار، أو غلة بستان من غير تقييد بمدة، ولا تنص على تأييد.

ب. الوصية المؤبدة : وهي التي لا تقييد بمدة أو هي التي ملك الموصي فيها منفعة عين خاصة من أعيان أمواله إلى شخص آخر على نحو التأييد كأن يقول: أوصيت بثمرة بستان لمحمد الزمان كله أو أبدا.⁽²⁾

2. الوصية بالتصرف في عين:

من الوصية بالمنافع الوصية ببيع عين معينة لشخص معين بضمن معين أو الوصية بتأجيرها كذلك لمدة معينة وبأجرة معينة وهذا بإجماع الفقهاء.

والقواعد العامة هي المطبقة هنا وهي أن الثمن إن كان لا عين فيه أو فيه عين يسير نفذت الوصية من غير إجازة أحد لأن الوصية ليس فيها مس بحق الورثة.

1 - أحمد باشا عمر، عقود التبرعات (هبة ، وصية ، وقف)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، طبعة 2004، ص 54

2 - محمد جعفر شمس الدين، مرجع سابق، ص 269.

وإذا كان الثمن أو الأجرة فيها غبن فاحش على التركة، أو أن تصل إلى أكثر من الثلث فهي نافذة أيضا من غير حاجة إلى إجازة، وإن كان الغبن الفاحش يضيف عنه الثلث ولم يجز الورثة الوصية فإن الوصية لا تنفذ بحملتها إلا إذا قبل الموصى له دفع الزيادة عن الثلث، فإن لم يقبلها لم تنفذ الوصية.

3. الوصية بالإقراض :

إذا أوصى الشخص بإقراض شخص مقداراً معلوماً من ماله مدة معلومة من غير ربا فالوصية نافذة في حدود الثلث وتتوقف فيما زاد عليه إجازة الورثة والأجل في الوصية لازم للورثة، فليس لهم أن يطالبوا الموصى به بالقرض قبل حلول الأجل.⁽¹⁾

4. الوصية بتقسيم التركة بين الورثة:

قد يقوم الموصي أحيانا بتقسيم تركته بين ورثته قبل وفاته، بحسب الميراث الشرعي، فيعين نصيب كل واحد من الورثة في أعيان من ماله ليتمكن من تنظيم تركته، ويقضي على ما عساه أن يكون خلاف بينهم على التقسيم بعد وفاته، ويمكن للضعفاء من وثته من أن يكون تحت أيديهم من التركة ما لا يشق عليهم استغلاله.⁽²⁾

وذهب الشافعية والحنابلة إلى صحة هذه الوصية، وهي تلزم الورثة ما دامت قيمة ما خصص لكل وارث يساوي نصيبه في التركة لا يزيد عنه، في حين يرى جمهور الفقهاء أن ذلك التقسيم لا يلزم به الورثة.

وأرى أن الرثة ملزمون بما حدده الموصي تحقيقاً لإرادته ما دام نصيب كل واحد لم يزد عن الثلث وما زاد عنه توقف على إجازة الورثة عملاً بنص المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري.

5. الوصية بالحقوق :

ويقصد بها الحقوق العينية وهي الحقوق التي ليست في ذاتها أموالاً لكن تقوم بمال أو تزيد في قيمة العين.⁽³⁾ كحق الشرب وحق المنفعة التي يملكها المستأجر وغيرها، وقد أجمع الفقهاء على جواز الإيصاء بها.

6. الوصية بالمرتبات:

1 - محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص 93.

2 - الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 93.

3 - بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 318.

يراد بها هو قدر من المال يقدم في أوقات دورية متساوية ومعلومة في مقدار زمني لشخص أو أشخاص أو جهات معينة. كأن يقول أوصيت لفلان أو لجهة معينة (مسجد مثلاً ..) من مالي بمائة دينار كل شهر لمدة سنة. والوصية بالمرتبة قد تكون مؤقتة لمدة معلومة وقد تكون مؤقتة بحياة الموصي وقد تكون مؤبدة مطلقة، كما يمكن أن تكون لمعين بإسم أو بغير معين أو للطبقات أو لجهة من جهات البر العامة.⁽¹⁾

7. وصية الإنسان ببعض أعضاء جسمه:

هي مسألة مستجدة الحديث ومحل هذه الوصية ليس مالا ولا من الأموال (عين أو منفعة) بل تتناول الوصية ببعض أعضاء جسم الإنسان. وتعتبر نوع خاص من الوصية لأنها لا تطبق عليها أحكام الوصية المقررة شرعا وقانونا وهي مثلا وصية تخص بنقل أحد أعضائه بعد وفاته إلى شخص آخر مريض ينتفع به.

لم يفصل المشرع الجزائري في قانون الأسرة في أنواع الموصى به حيث أكد على أن الموصي بأن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة، المادة 190.

التصرف في الأعضاء البشرية عن طريق الوصية:

إن الوصية وفقا لأحكام المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري هي : "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع".

الوصية كتصرف قانوني في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية يقصد بها أن يقوم الشخص قبل وفاته بتحرير وصية أيا كان الشكل الذي ترد فيه. بمعنى رسمي أو غير رسمي مكتوب أو شفهي يجيز من خلالها التصرف في عضو معين أو أعضائه البشرية أو كل أعضائه البشرية إلا ما خالف منها النظام العام.

والموصى في هذه الحالة له الحق في تحديد العضو المراد الإيضاء به كما يكون له الحق في تحديد الغرض من الانتزاع فضلا عن الشخص المستفيد من هذا العضو وتشتط حتى تقع الوصية صحيحة منتجة لآثارها القانونية أن يكون رضا الموصي صحيحا قبل الوفاة وأن يكون سليما غير معيب وقد اتجه الرأي الغالب في الفقه أن اشتراط أن تفرغ الوصية في هذا المجال في شكل كتابي ومن بين القوانين المقارنة التي اعتدت بالوصية كصورة من صور التصرف في الأعضاء البشرية القانون المغربي، اللبناني، السوري، الأردني، العراقي، الفرنسي، الإنجليزي وغيرها، وللموصي بكل جسده أو بعض من أعضائه بعد الموت أن يوقف جثته لأغراض عملية

1 - زكي الدين شعبان، أحمد غندور، مرجع سابق، ص 188.

أو تعليمية وعندها يأخذ الوقف حكم الوصية على اعتبار أن الوقف الذي يقع حال الحياة عندها يأخذ حكم الوصية ويضاف إلى ما بعد الموت لمن يقف جسده لجهة طبية معينة بعد الموت.

موقف المشرع الجزائري من التصرف في الأعضاء البشرية عن طريق التبرع أو الوصية:

إن المستقراً لنصوص القانون رقم : 85 - 05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها والذي نظم المشرع الجزائري من خلاله انتزاع وزرع الأعضاء البشرية في المواد من 161 - 168 يجد أن المشرع قد استعمل لفظاً واحداً على مستوى القانون ككل وهو لفظ " المتبرع والتبرع " ومن هنا يمكننا القول جازمين أن المشرع الجزائري يعترف ويبيح التصرف في الأعضاء البشرية عن طريق الهبة بل ويعتبرها إلى جانب الوصية باعتباره من خلال أحكام المادتين (164 - 156) من القانون رقم: 90 - 17 المعدل والمتمم للقانون رقم 85 - 05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها قد نظم ضوابط وشرط التصرف في الأعضاء البشرية من جثث الموتى مما يدل على اعترافه بالوصية أيضاً كصورة للتصرف بالأعضاء البشرية بعد الموت.⁽¹⁾

الصورتان الوحيدتان للتصرف في الأعضاء البشرية بنص القانون وهو بذلك يكون قد ساير الاتجاه الراجح في ميدان التصرف عن طريق الهبة أو الوصية في الأعضاء البشرية، دون أن نغفل أن كل تصرف يكون محل معاملة مالية يعد جريمة معاقبا عليها قانوناً.⁽²⁾

خلاصة الفصل الأول:

يتبين لنا من خلال الفصل الأول أن الوصية سبب من أسباب نقل الملكية، وهي مشروعة بالقرآن و السنة والإجماع، وجعلها الله تعالى مقدمة على الميراث وتنفيذ في حدود الثلث وما زاد عن ذلك فإنه يتوقف على إجازة الورثة.

وتنقذ الوصية بمجرد صدور الصيغة المتمثلة في إيجاب الموصي، والقبول ليس سوى شرط لنفاذها وكما يشترط في الموصى به أن يكون مالا قابلاً للتوارث ومباحاً شرعاً وأن يكون قابلاً للتملك وأن يكون الموصى به مملوكاً للموصى عند انشاء الوصية.

1 - جاري نسمة الذهبي ثورية، التصرف في الأعضاء البشرية بين المشرع والقانون، دراسة مقارنة، ط2، 2012، دار كوكب العلوم، الجزائر، ص 70.

2 - المرجع نفسه، ص 72 .

هذه أحكام الوصية بصفة عامة وفقا لقانون الأسرة الجزائري والشرعية الإسلامية وما لم ينص عليه يؤخذ فيه بمبادئ الشرعية الإسلامية، وهذا تطبيقا للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري " كل ما لم يرد في النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشرعية الإسلامية " .

الفصل الثاني

الوصية الواجبة

- المبحث الأول: علة التشريع في الوصية الواجبة وسندها الشرعي
- المبحث الثاني: المستحقون للوصية الواجبة وقدرها .
- المبحث الثالث: أحكام الوصية الواجبة وحقيقتها .

تمهيد :

تعتبر الوصية الواجبة من المسائل المحدثّة، إذ لم يأت الإشارة إليها في كتب فقهاء السلف الصالح وإنما هي من وضع المشرع القانوني، وعليه فقد عني بها الفقهاء المعاصرون في فتاويهم ودراساتهم وأبحاثهم وغالباً ما يتعرضون لها في الكتب الشارحة للقانون الخاص بالوصايا وخاصة منها الكتب التي شرحت قانون الوصية المصري، ومن أمثالهم الشيخ العلامة محمد أبو زهرة في كتابه " شرح قانون الوصية " .

وبدران أبو العينين في كتابه " أحكام الوصايا والأوقاف " و.د عبد الودود السريتي في كتابه " الوصايا والأوقاف والموارث في الشريعة الإسلامية " وغيرهم كثير، فقد جاءت هذه الكتب بشرح القانون بكل مواضيعه، وبشكل عام دون خوض في تفاصيل جزئياته.

ثم تجدر الإشارة إلى أن الباحثين في مختلف الجامعات العربية والإسلامية أسهموا بتخصيص بعض أبحاثهم ودراساتهم في شأن الوصية الواجبة فلكل مجتهد نصيب في وقت ما زالت الوصية الواجبة محل جدل بين بعض الفقهاء والباحثين الدارسين في الموضوع في حليتها من حرمتها.

ذهب المشرع المصري والسوري والمغربي والتونسي والجزائري إلى العمل بها، في حين ما تزال عدة دول إسلامية لا تأخذ بنظام الوصية الواجبة ولا تعطى لأبناء الأبناء شيئاً مع وجود الأبناء وفقاً للشريعة الإسلامية وقواعد الإرث فيها التي تقضي بحجب الأحفاد مع وجود الأبناء حجب إسقاط بالإجماع.⁽¹⁾

انطلاقاً مما سبق الإشارة إليه على ما اصطلح عليه تسميته بالوصية الواجبة في القوانين الوضعية والشريعة اعتمدنا في الفصل الثاني من هذه الدراسة المتواضعة على الخطة التالية:

تمهيد

المبحث الأول : علة تشريع الوصية الواجبة وسندها الشرعي وشروطها.

المبحث الثاني : المستحقون للوصية الواجبة وقدرها.

المبحث الثالث : أحكام الوصية الواجبة وحقيقتها.

خلاصة الفصل الثاني.

1- محمد بن قاسم التاويل، الوصية الواجبة في الفقه الإسلامي، ط1، منشورات معهد الإمام بالله، المغرب، ص 10.

المبحث الأول : علة تشريع الوصية الواجبة وسندها الشرعي وشروطها:

تعرف الوصية الواجبة في القانون الوضعي بأنها: " جزء من التركة يستحقه أبناء الابن المتوفي قبل أبيه إذا لم يكونوا وارثين وذلك بمقادير وشروط خاصة " .

والقانون الجزائري سمي الوصية الواجبة التزويل بسبب المادة 169 من قانون الأسرة الجزائري أما بقية التشريعات العربية أطلقت عليها اسم الوصية الواجبة والتزويل يقصد به تنزل الأبناء منزلة أصلهم الذي توفي قبل جدهم كما لو كان حيا.

اجتهد المشرع المصري حينما أفرد القانون رقم 71 لسنة 1946 أربع مواد من مواده للوصية الواجبة هي المواد 79 - 77⁽¹⁾.

وارتأى المشرع ذاته علاج قضية فقر الأحفاد الذين مات أبوهم أو أمهم في حياة جدهم أو جدتهم بتكليف المتوفي - الجد أو الجدة - بوصية يعطيها لأحفاده هؤلاء، بقدر من المال يوزع بينهم، وإذا لم يتم بالتكليف فإن القانون هو الذي يوجب لهم ذلك ليكون هذا المال تعويضا لهم عما كان سيرته والد الأحفاد من أصله لو كان حيا عند وفاته.⁽²⁾

جاء في نص المادة 76 من القانون المصري رقم 71 لسنة 1946، ما يلي " إذا لم يوصي الميت لفرع ولده الذي مات في حياته أو مات معه ولو حكما بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثا في تركته لو كان حيا عند موته، وحيث للفرع في التركة وصية بقدر هذا النصيب في حدود الثلث بشرط أن يكون غير وارث وألا يكون للميت قد أعطاه بغير عوض من طريق آخر ما قد يجب له وإن كان ما أعطاه أقل منه وجبت له وصية بقدر ما يملكه " .

وتكون هذه الوصية لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور وإن نزلوا على أن يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره وأن يقسم نصيب كل أصل على فرعه وإن نزل قسمة ميراث كما لو كان أصله أو أصوله الذين يدلى بهم إلى الميت ماتوا بعده، وكان موتهم مترتبا كترتيب الطبقات.

1- إلياس ناصيف، الوصية، ج2، الوصية للمسلمين وفي القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، ط2، 2007، لبنان، ص 271.

2- فؤاد مهند أستيتي، الوصية الواجبة، دراسة مقارنة، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، العدد 28 (1)، تشرين الأول، 2012.

وبدا أن تشريع القانون المصري للوصية الواجبة قد لاقى قبولا واسعا من التشريعات العربية الأخرى⁽¹⁾ وذلك ما حدا بالمشرع المغربي، اليمني، التونسي، الجزائري، بالأخذ بها.

غير أن التشريعات العربية بدورها اختلفت في ضبط الموضوع، فالمشرع السوري يرى بوجودها لأولاد الأبناء فقط في حدود ثلث التركة بشروط ومقادير معينة، أما القانون العراقي فيرى بوجودها للأحفاد ذكورا وإناثا.

أما المشرع الجزائري فقد عالج أحكام التتيريل ضمن أحكام الميراث في المواد من 169 إلى 172 من قانون الأسرة.⁽²⁾ حيث جاء في المادة 169 ما يلي: " من توفي وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تتيريلهم منزلة أصلهم في التركة بالشروط التالية:

المادة 170 من قانون الأسرة الجزائري " أسهم الأحفاد تكون بمقدار حصة أصلهم لو بقي حيا على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة ".

المادة 171 من قانون الأسرة الجزائري " لا يستحق هؤلاء الأحفاد التتيريل إن كانوا وارثين للأصل، جدا كان أو جدة، 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 التتيريل بمقدار ما يتم من نصيبهم أو نصيب أحدهم من التركة".

المادة 172 " أن لا يكون الأحفاد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم، ما لا يقل عن مناب مورثهم من أبيه أو أمه ". يتضح جليا أن المشرع الجزائري قد ساوى بين أبناء الابن وأبناء البنت وذلك بإطلاقه لفظ الأحفاد دون تحديد خلافا للقواعد العامة للميراث التي تقضي بأن أبناء وبنات الابن وأن نزلوا يستحقون الميراث إذا لم يوجد من هو أولى منهم على خلاف أبناء وبنات البنت فهم في مرتبة متأخرة عما ذكر لأنهم من ذوي الأرحام وليسوا حتى ذوي الفروض أو العصبات.

المطلب الأول: علة تشريع الوصية الواجبة :

ما جاء به القانون: لقد كثرت الشكوى من حال الأحفاد الذين يموت آباؤهم في حياة أجدادهم أو جداتهم، إذ قلما يرثون بعد موت جدهم لوجود من يحجبهم من الميراث وهم أعمامهم مع الإشارة إلى آباءهم

1- فؤاد مهند أستيتي، المرجع السابق، ص 209.

2- بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، ط1، 2008، الجزائر، ص55.

قد يكونون ممن شاركوا في بناء الثروة التي تركها الميت وقد يكون هؤلاء الأحفاد، أحب شيء إلى نفس جدهم باعتبار يتمهم غير أن المنية عاجلته فلم يوصي.⁽¹⁾

وعليه فإنه في أحوال كثيرة يموت الشخص صاحب العيال قبل أبيه أو أمه ولو عاش إلى موتهما لورث منهما بطبيعة الحال، ولكنه مات قبلهم، فانفراد إخوته بالميراث وحرمان أولاده لوجود الحاجب وهم الأعمام، وهؤلاء الأولاد غالبا ما يكونون من الفقراء القصر، لصغر سنهم، وفقد معيولهم ولعدم اكتراث أعمامهم في الغالب بحجة مسؤوليتهم، فيجتمع عليهم اليتيم والفقر وغياب العائل، فشعروا بالظلم، ما اضطر المشرع إلى طريقة لإنصافهم.

وذلك ما جاءت به المذكرة التفسيرية لقانون الوصية المصري في فصل الوصية الواجبة. غير أن ذلك فيه نقاش هو: لماذا أعطاهم القانون ولم يشترط فقرهم؟ فهب أن الأحفاد من كانوا من الأغنياء بسبب ما تركه لهم أبوهم من الثراء مثلا وفي نفس الوقت كان أعمامهم من أصحاب الحاجة والفقر وفي المقابل ترك الجد مالا قليلا، فدخلوا الأحفاد من ضمن المستحقين لتركه الجد من جهة الوصية الواجبة حتما سيقبل من نصيب الأعمام الذي هو بالأصل قليل و النتيجة أن أخذهم لهذا المال في هذه الصورة بالذات لا ينسجم مع علة تشريع الوصية الواجبة فضلا عن عدم انسجامها مع علة تشريع الوصية في الفقه الإسلامي، وهي أن الإنسان مغرور بأمله، مقصر في عمله فإذا عرض له عارض وخاف الهلاك فإنه يحتاج إلى تلافي ما فاتته من تقصير بماله علّه يقربه إلى الله وينال به الخير والأجر الجزيل.

ثم أن تشريع الوصية في الفقه الإسلامي، مقيد بوجود الخير (إن ترك خيرا) من قوله تعالى "كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين".⁽²⁾

وهذا تقييد للوصية بأن ترك الميت خيرا والخير هنا هو المال الكثير، واختلف في مقداره واختيار **ابن قدامة** **المراد** وهو ما يفضل بعه غناء الورثة من قوله عليه السلام "إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس".⁽³⁾ وهذا ما غفل عنه المشرع العربي فقد أغفل شرط فقر الحفيد، وشرط ترك المال الكثير من طرف الجد، باستثناء المشرع اليمني، فقط الذي اشترط فقر الحفدة وغنى الورثة.⁽⁴⁾

1- فؤاد مهند أستيتي، المرجع السابق، ص 210.

2- سورة البقرة، الآية، 180.

3- المادة 209 من قانون الأسرة اليمني.

4- فؤاد مهند أستيتي، المرجع السابق، ص 211.

المطلب الثاني : المستند الشرعي

ما جاء به القانون :

يستند تشريع الوصية الواجبة كما صورته المذكرة التفسيرية إلى جملة من الأدلة وبالترتيب هي كالآتي:

1- أقوال الفقهاء الرامية إلى وجوب الوصية على كل مكلف وهي مروية عن جمع كبير من فقهاء التابعين ومن بعدهم مثل: سعيد بن المسيب، الحسن البصري، طاووس، ورواية عن الإمام أحمد، وداود الظاهري، إسحاق بن راهوية، ابن حزم.

2- ثم على فقه ابن حزم بعد القول بالوجوب في ثلاثة أمور:

أ- إعطاء الأقارب غير الوارثين من مال المتوفى على أنه وصية وجبت في ماله إذا لم يوصى، فإن لم يتم بالوصية في حياته يجب على الوارث أو الوصي إخراجها من تركته، وهي أيضا رواية عن الإمام أحمد وبعض فقهاء التابعين.

ب- ترك الفسحة للمورث الموصي في اختيار الأقارب الموصى لهم من غير الورثة دون تعيين، حيث يجوز عند ابن حزم أن تكون الوصية لبعض الأقربين دون بعض.

ج- عدم تحديد الواجب من المال في وصيته قليلا كان أم كثير.

3- القاعدة الفقهية هي أن " لولي الامر أن يأمر بالمباح لما يراه من المصلحة العامة، ومتى أمر به، وجبت طاعته" فولي الأمر هنا بما يملك من الصلاحية يلتزم بتحقيق المصلحة ومن باب السياسة الشرعية في ما ترك تعيينه وتحديد فقه ابن حزم، فحينئذ يتدخل ويحدد الأقربين بالأحفاد ويأمر بإعطائهم نصيب أصلهم ما لم يزد عن ثلث التركة على قاعدة أمر الإمام بالمندوب أو المباح ويجعله واجبا.

المناقشة:

ما سبق لا يخلو من النقد والمناقشة.

أولاً: فأما من قال بوجوب الوصية من الفقهاء منقول عن جمع من الفقهاء السابقين والمتأخرين غير أن الفقهاء القائلين بالوجوب، يظهر في أن كلمتهم لم تتفق على شكل واحد للوجوب بل جاءت على ثلاثة أقوال وعلى النحو الآتي:

القول الأول : الوصية واجبة على كل أحد ممن له ثروة **ويسار** فقد روى عن الزهري قوله " جعل الله الوصية حقاً عما قلّ أو كثر" وقيل لأبي مجلز على كل ميت وصية ؟ قال " إن ترك خيراً " ⁽¹⁾.

القول الثاني: وهو أن الوصية للوالدين والأقربين فرض إذا كانوا ممن لا يرثون وهو مروي عن مسروق وطاوس وابن جرير وعن ابن عباس، فقد اختلفت الرواية عنه في ذلك في أحديهما أن الجميع منسوخ وفي الأخرى أنه منسوخ ممن يرث من الأقربين دون من لا يرث وهي رواية عن الإمام أحمد عن الشافعي في القديم.

القول الثالث: الوصية واجبة ديانة وقضاء وهو قول ابن حزم. استدل ابن حزم بأحاديث منها: حديث عائشة رضي الله عنها: " إن رجلاً قال للنبي (ص) إن أمتي افتلتت نفسها وإنها لو تكلمت تصدقت، أفأتصدق عنها يا رسول الله (ص)؟ فقال (ص): نعم فتصدق عنها " .

قال ابن حزم : فهذا إيجاب للصدقة عمن لا يوصي، أمره صلى الله عليه وسلم فرض، قال ابن حزم فهذا إيجاب للوصية. ⁽²⁾

والموضوعية في عرض الآراء الفقهية للمسائل الخلافية تقتضي بيان آراء الفقهاء الآخرين في مسألة حكم الوصية فقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الوصية بجزء من المال ليست بواجبة على أحد ولكنها مندوبة إلا إذا كان عليه حق مستحق لله كالزكاة أو الصيام فهي واجبة وكذلك إن كان عليه دين أو عنده وديعة.

ومع قول الجمهور أن الوصية مندوبة مالم يكن عليه حق مستحق إلا أنها تعترئها الأحكام الشرعية الأخرى فهي واجبة، فيما إذا ترتب على تركها ضياع حق عليه أو عنده كالوصية ببرد الودائع والديون ومستحبة فيما إذا كانت **بقرية** في غير الواجب ومباحة إذا كانت بمباحة ومكروهة إذا كانت بمكروه كالوصية لأهل الفسوق والمعاصي.

وعليه فمسألة حكم الوصية هي مسألة فقهية خلافية ذهب فيها جمهور الفقهاء إلى استحبابها وباقي الفقهاء الآخرين إلى وجوبها.

1- فؤاد مهند أستيتي، المرجع السابق، ص 212.

2- محمد بن حمد بن قاسم التاويل: الوصية الواجبة في الفقه الإسلامي، ط 1، 2009، منشورات معهد الإمام مالك، سيدي سليمان، المغرب، ص 33.

وما يجدر توضيحه والإشارة إليه هو أن كل الآراء الفقهية والاجتهادات معتبرة ومعتمدة على حد سواء ويجب النظر إليها على أنها ثروة فقهية غزيرة يستفاد منها وقت الحاجة، ويؤخذ منها الرأي الأصح تطبيقاً لواقع من سيتزل عليهم التشريع حسب الزمان والمكان والأحوال والعادات.

ثانياً: القول بأن مستند التشريع هو مذهب ابن حزم فإن ابن حزم يرى أن الوصية واجبة من الناحية الدينية والقضائية ويفترق عن باقي الفقهاء القائلين بالوجوب في مسألة لو مات مسلماً ولم يوصي.

ابن حزم لا يخص الوصية بالأحفاد بل تكون لجميع الأقارب غير الوارثين فقد جعلها لثلاثة من الأقارب على الأقل لأنه أقل الجمع، غير أن اقتصار القانون على الأحفاد هو معالجة الحالة الأكثر شيوعاً والأكثر استهجاناً في مجتمعنا الحاضر.

يجب الإشارة إلى أن مذهب ابن حزم لم يحدد نصيباً معيناً للموصى به، أي لم يحدد الجزء من المال للأقارب، وإنما اكتفى بما يشاء الميت إن أنشأها وإلا بتحديد الوصي نفسه أو الورثة بقدر ما تطيب نفوسهم ولا يضر بحقوقهم ومما لا إجحاف فيه.

ثالثاً: أما بالنسبة للقاعدة الفقهية المشار إليها سابقاً وهي أن لولي الأمر أن يأمر بالمباح لما يراه من المصلحة العامة ومتى أمر به وجبت طاعته ورأي بعض الفقهاء أن أمر الحاكم ينشئ حكماً شرعياً فإنها على رأي بعض الباحثين مستند للتشريع للوصية الواجبة فقط.

حيث أن لولي الأمر أيضاً حقاً وصلاحيّة في تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحادث والشخص.

المطلب الثالث: شروط الوصية الواجبة :

اشتراطت القوانين الآخذة بالوصية الواجبة شروطاً لاستحقاقها ووجوب فرضها، وتتفق جملة التشريعات القانونية على الشروط الآتية:⁽¹⁾

- 1 . أن يموت والد الأحفاد قبل جدهم أو معه ولو حكماً.
- 2 . أن لا يكون الأحفاد من الورثة المستحقين
- 3 . أن لا يكون الميت (جد الأحفاد) قد أوصى لأحفاده المقصودين بما هو مكلف به قانوناً.
- 4 . أن لا يكون قد أعطاهم في حياته من المال ما يساوي نصيبهم من الوصية الواجبة.

1- محمد بن قاسم التأويل، المرجع السابق، ص 88.

موقف المشرع الجزائري:

أما القانون الجزائري نظم أحكام التتيريل ضمن أحكام الميراث في المواد من 169 - 172 من قانون الأسرة،⁽¹⁾ فعديل المشرع الجزائري عن تسمية الوصية الواجبة والتي لم تعتبر ميراثا بحسب القوانين العربية منها السوري والأردني إلى تسمية أخرى هي التتيريل.

وهذا المصطلح يستعمل في علم الميراث حين يتزل الفرع متزلة أصله لو بقي حيا، وهو ما يفهم أنه ميراثا وليس وصية واجبة بحكم القانون، وبالتالي كان على المشرع الجزائري أن ينظم هذا الموضوع ضمن أحكام الوصية ويسميه وصية بحكم القانون أو وصية واجبة أسوة بالتشريعات العربية التي نظمتها ضمن أحكام الوصية.⁽²⁾

كما يتوجب على المشرع أيضا أن يحدد المقصود بلفظ الأحفاد على أنهم أبناء وبنات الأولاد من الذكور على عمود النسب ولا يشمل الحكم أبناء وبنات البنات لأنهم من ذوي الأرحام يأتون في مرتبة أبعد من الصنف الأول (أبناء وبنات الأولاد.)

موقف القضاء الجزائري:

أما على المستوى التطبيقي فإننا نجد قرارا صادرا عن المحكمة العليا بتاريخ: 25-12-2002، ملف رقم: 290934 اعتبرت فيه أن التتيريل يشمل أبناء الأولاد ويشمل أيضا أولاد البنات وهو ما قضت به محكمة الدرجة الأولى بتلمسان والذي اعتبرت فيه أن التتيريل يشمل أولاد الأبناء و أولاد البنات، بينما جهة الاستئناف ألغت هذا الحكم وفسرت لفظ الحفدة على أنه مقتصر على أولاد الأبناء فقط دون البنات.

أما المحكمة العليا فإنها اعتبرت أن التتيريل يشمل الاثنين معا وبالتالي نقضت القرار الصادر عن مجلس قضاء تلمسان وبدون إحالته مما يعني أن المحكمة العليا آيدت محكمة الدرجة الأولى فيما ذهبت إليه.

مناقشة الوصية في نقطتين:

1 . ما يحتاج لفهم أكثر هو أن من شروط الفرع (الحفيد) أن لا يكون وارثا والسؤال هنا هو التالي: إذا كان هذا الفرع وارثا إلا أنه لم يبق له شيء التركة كما لو كان يرث بالتعصيب ماذا سيكون مصيره؟⁽³⁾

1- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 55

2- نفس المرجع، ص 57.

3- مهند أستيتي، مرجع سابق، ص 215.

ومثاله: توفيت امرأة عن زوج وأب وأم وبنتين وابن ابن، هذا ابن الابن يرث بالتعصيب إلا أنه لم يبق له من التركة أي نصيب فهل سيكون نصيبه لا شيء بناء على أنه وارث؟ أم أنه يأخذ الوصية الواجبة؟

15	12		
3	3	1/4	زوج
2	2	1/6	أب
2	2	1/6	أم
8	8	2/3	بنتين
لا يبقى له شيء	لا يبقى له شيء	ع	ابن ابن

وسبب السؤال عدم وضوح الجواب من نصوص التشريع أو حتى من المذكرة التفسيرية وعليه فالأمر يقبل النقاش وكان ممن عرض عليه هذا السؤال المفتي جاد الحق على جاد الحق ضمن سلسلة فتاوى الأزهر وجوابه بأن يأخذ الحفيد بالوصية الواجبة اعتباراً لمقصد التشريع من الوصية الواجبة وهو تعويضه عن ميراث أصله أن الوصية الواجبة يستحقها إذا لم يرث سواء كان محجوباً أو لم يبق له شيء.

ويبدو للباحث أن الجواب جاء ليؤكد فكرة تعويض الحفيد عما كان سيرثه من أبيه وبهذه العلة أيضاً يجاب على من اعترض على مسألة موت الأب مع أصله (الموت معاً ولو حكماً)، في حين أن قواعد الميراث في هذه الحالة تنص على أنه لا يرث أحدهما الآخر.

والجواب أننا لسنا في مقام الميراث وإنما في مقام الوصايا، والمقام نفسه يرجح لنا تعويض الحفيد بالوصية الواجبة حتى لو كان الأب لا يرث من أصله. ولو كان حياً.

مثلاً: عند اختلاف الدين بينهما (بين الأب وأصله) فالأصل أن لا نطبق على الحفيد حكم الميراث وكذلك الحال إذا اختلف الدين بين الحفيد والأصل وللتعليل نفسه، فلا مانع من وصية المسلم للكافر وفق قواعد الوصايا.

2. ثم حاجة اشتراط كون الجد قد أعطاهم في حياته إن كان الأحفاد عند موته من الفقراء فالذي أعطاهم أياه في حياته هو في الغالب من قبيل وجود النفقة وعند موته وصيته أيضاً من قبيل الوجوب.⁽¹⁾

المبحث الثاني : المستحقون للوصية الواجبة ومقدارها

المطلب الأول : المستحقون للوصية الواجبة

الفرع الأول : ما جاء به القانون

تباينت القوانين العربية في تحديد المستحق لهذا التشريع وعلى أقوال عدة وهي:

- 1 . أهل الطبقة الأولى من أولاد البطون وهم (أولاد البنات الصليات)، ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور وإن نزلوا وهذا رأي القانون المصري. والكويتي.
- 2 . أولاد الابن وأولاد ابن الابن وإن نزل، واحدا كانوا أو أكثر أي أولاد الظهور فقط وهذا رأي القانون السوري (م 257)، والأردني (م 182)، والمغربي (م 269).
- 3 . الطبقة الأولى لكل من أولاد الأبناء وأولاد البنات وهذا في القانون التونسي م الفصل 192، والذي تبناه مشروع القانون العربي الموحد.
- 4 . لكل من أولاد البطون وإن نزلوا وأولاد الظهور كذلك وإن نزلوا وهذا رأي المشروع الإماراتي (م 272).

الفرع الثاني: المناقشة

اتفقت القوانين العربية فيما يخص المستحق للوصية الواجبة الاقتصار على الأحفاد، ولكن بعد اتفاقهم هذا اختلفوا، وانقسموا على أنفسهم في تحديد هؤلاء الأحفاد، اختلفا كبيرا ففي اللحظة التي عبر المشرع المصري عن فكرته وحملها على أبناء الظهور وإن نزلوا وأبناء البنات من الطبقة الأولى، قام المشرع السوري والأردني بإلغاء أبناء البنات ثم جاء المشرع الإماراتي ليستوعب أبناء البنات وإن نزلوا أسوة بأبناء الظهور ثم انتهى الأمر بالمشرع التونسي في قصر أبناء الظهور على الطبقة الأولى فقط أسوة بالطبقة الأولى لأبناء البطون وهذا الرأي الأخير هو الذي تبناه مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية، من خلال ما سبق يمكن مناقشة المشرع العربي من جهتين.

1 . مبدأ التفريق والمساواة بين أبناء الظهور وأبناء البطون.

2 . الاقتصار على الأحفاد.

1. مبدأ التفريق والمساواة بين أبناء الظهور وأبناء البطون:

إن الذين يسجل للقانون الإماراتي والقانون التونسي أن الواحد منهما قد ساوى بين أبناء الأولاد وأبناء البنات ولكن كل على طريقته، أما القانون المصري والسوري والأردني قد فرقوا بينهما وأيضا كل على طريقته ويمكننا تعليل رأي من ساوى بينهما بأنه من باب العدل ما دام أن الأمر مبني على فكرة التعويض.⁽¹⁾

أما مبدأ التفريق بينهما فقد بدأ الجدل مع التشريع الأول من خلال اللجنة التحضيرية للقانون المصري حيث اقترحت أول الأمر الأخذ بوجوب الوصية للأولاد الابن فقط وعند مناقشة الاقتراح أظهر فريق من الأعضاء الميل إلى تعميم الحكم ليشمل جميع ذوي القربى. غير أن ما استقر الأمر عليه هو وجوبها لأولاد الأبناء وإن نزلوا والطبقة الأولى من أولاد البنات.

وأما علة التفريق بين أولاد الابن وأولاد البنات فهي أن أولاد الابن فقدوا المعيل لهم وهو والدهم أما أولاد البنات فإن المتوفى والدتهم وليس والدهم فضلا عن كون أولاد البنات غير وارثين فلا يعوضوا لأنهم لم يخسروا شيئا بناء على أن فكرة الوصية الواجبة تقوم على قاعدة التعويض.

أما القانون السوري الذي حرم أولاد البنات من الوصية فقد جاء في الأسباب الموجبة لتشريع الوصية الواجبة أن المشرع لا ينظر إليهم على أنهم محرومون بسبب وفاة أمهم قبل أصلها، والسبب أنهم من ذوي الأرحام وهي رتبة متأخرة ولا يرثون بوجود الأعمام، هذا من جهة ومن جهة أخرى هم ورثة أساسيون من جهة أبيهم بخلاف أولاد الابن، لذلك تأكد عدم شمول الوصية الواجبة لأولاد البنات.

ويظهر من مقصود المشرع السوري في الغلو المتحقق من إعطاء أولاد البنات ما يلي: من الحالات والأمثلة والتطبيقات الغريبة وهو ما يؤكد بطلان ذلك حسب رأيهم.

أمثلة : توفي عن ابن وأخت شقيقة وبنت بنت ماتت أمها في حياة أبيها والتركة 15 فدان

ابن	أخت ش	بنت بنت (ماتت أمها في حياة أبيها)	التركة	15 فدان	←	15	3	15
أخت ش	أخت ش	أخت ش	ع	م	م	م	2	10
بنت بنت (ماتت أمها في حياة أبيها)	بنت بنت (ماتت أمها في حياة أبيها)	بنت بنت (ماتت أمها في حياة أبيها)	م	م	م	م	1	5

1/3 بالوصية الواجبة

1- فؤاد مهند أستيتي ، المرجع السابق، ص 217.

بنت بنت تنزل مكان أمها وتصبح بنتا والأخت ش من المفروض هي صاحبة فرض لم تأخذ من الميراث شيئاً في حين أن بنت الرحم تأخذ $\frac{1}{3}$ التركة.

مثال : مات عن بنت وبنت ابن وبنت بنت ماتت أمها في حياة أبيها والتركة 30 فدانا

30 فدان		
15	1/2	بنت
5	1/6	بنت ابن
10	1/3	بنت

بنت
بنت ابن
بنت بنت (ماتت أمها في حياة أبيها)

هنا بنت البنت تستحق بالوصية الواجبة $\frac{1}{3}$ التركة بعد فرض حياة أصلها (البنت) وعليه تأخذ (10 فدان). وباقي التركة (20 فدان)، 15 للبنت الصلبة و 5 بنت الأبن. يلاحظ هنا أن بنت البنت استحققت ضعف بنت الابن.

2. الاختصار على الأحفاد:

مقتضى العدل يوجب إعادة النظر في المستحقين فهناك حالات ملحة للعلاج من واضعي القانون والمشرعين ما يدعو إلى عدم قصرها على الأحفاد فالدافع الذي ذكرته المذكرة التفسيرية لا يقتصر تحققه على الحفدة وخاصة أن الدليل الذي استندوا إليه لوجوب الوصية للأقرين غير الوارثين لا يخص الأقربين غير الوارثين بالأحفاد، لأن قصرها عليهم ينفي وجوب الوصية للوالدين غير الوارثين مع أنهما مذكوران بالنص في آية الوصية فهناك من الأقارب من تتوافر لهم المبررات التي توجب لهم هذه الوصية الواجبة، ومن الخير أن يتجاوز نطاق الحفدة أن يمتد النفع للمحتاجين والمعوزين.⁽¹⁾

مثال ذلك: إذا مات ولم يوصي وترك أمًا لا ترثه أو أبًا لا يرثه لمانع من موانع الإرث، أو مات عن زوجة وأخ شقيق، وأب أم (جده من ذوي الأرحام لا يرث). ترك أبا شقيقا وابن أخ شقيق فالأخير لا يرث.

أخ ش	ع
ابن أخ ش	م ؟

1/4	زوجة
ع	أخ ش
م	أب أم ؟ لا يرث

؟ تقتضي الوصية الواجبة إذا كانوا فقراء بالطبع.

والمثال الأخير هو من المسائل المعروضة على الأزهر الشريف، فعن متوفى ترك ثلاث أخوات شقيقات وبنت أخ شقيق وثلاثة أبناء عم شقيق فقط، لبيان ما إذا كانت بنت أخ الشقيق تستحق وصية واجبة أو لا ؟

3		
2	2/3	3 أخوات شقيقات
م	م	بنت أخ شقيق
1	ع	3 أبناء عم شقيق

كان جواب المفتي حسن مأمون: للأخوات الثلاث الشقيقات $\frac{2}{3}$ تركته فرضا بالسوية بينهن والثلث الباقي من تركته لأبناء عمه الشقيق مثاليه بينهم تعصيا ولا شيء لبنت الأخ الشقيق لأنها من ذوي الأرحام الذي لا ميراث لهم مع أصحاب الفروض والعصبات.

وكذلك لا تستحق وصية واجبة لأن الوصية الواجبة لا تكون إلا لفرع الولد الذي توفي قبل أصله طبقا لنص المادة 76 من قانون الوصية رقم: 71 لسنة 1946 وهذا إذا لم يكن للمتوفى المذكور وارث آخر ولم يكن له فرع ولد يستحق وصية واجبة والله أعلم. ⁽¹⁾

موقف المشرع الجزائري من مستحق الوصية الواجبة:

أطلق المشرع الجزائري على مستحقي الوصية الواجبة بأصحاب الحق في التزيل، وبالتالي فقد جاء في نص المادة 169 من قانون الأسرة بأنه: "من توفي وله أحفاد و قد مات مورثهم قبله أو معه وجب تزيلهم منزلة أصلهم في التركة ..". فمن خلال هذا النص نلاحظ أن المشرع لم يحدد المقصود بالأحفاد من حيث طبقاتهم، فهل يدخل الأحفاد من جهة الذكور والإناث في التزيل؟ أم فقط يقتصر الأمر على أبناء الولد المتوفى الذكر دون أبناء بنت المتوفى؟ بمعنى آخر هل يشمل التزيل الأحفاد من الأبناء الذكور دون الأحفاد من البنات أم يشمل الجميع معا؟

الذي يظهر أقرب إلى مقاصد تشريع أحكام التزيل في التشريع الجزائري من جهة وتحقيق تكامل عدم تعارض نصوص الكتاب من جهة أخرى أن يكون المقصود بالأحفاد الذين يتزولون منزلة أصلهم المتوفى قبل أصله المورث وإنما هم "الأحفاد من الأبناء الذكور دون الأحفاد من البنات" وذلك لأن:

1 - فؤاد مهند أستيتي ، مرجع سابق، ص 220.

1. الأحفاد من جهة البنات (ابن بنت، بنت البنت وإن نزلوا) إنما يعتبرون من ذوي الأرحام والمعلوم أن هؤلاء وإن كانت لهم قرابة بالميت (بالجد أو الجدة) إلا أنها قرابة بعيدة، تجعلهم يرثون في حالة عدم وجود من هو أولى منهم من الورثة.

2. القاعدة التي بنى عليها التزويل وهي استحقاق تركة الجد أو الجدة من طرف الأحفاد، أبناء الذكور، إنما هي وجوب النفقة على الحفدة المعوزين من حيث يجب على الجد أن ينفق عليهم باعتبارهم فروعاً محتاجين له عدم أصلهم الذي يتكفل بهم وهذا بحكم قواعد التعصيب الذي يكون في جهة البنوة، الأبوية.

وهو ما لا يتصور قيامه في حالة تزويل الحفدة من جهة البنات بقليل من التدبير لأنهم من ذوي الأرحام كما أسلفنا الذكر ونفقتهم إنما تكون واجبة أو أقرب إلى الوجوب من ذوي عصبتهم لا من ذوي الأرحام.⁽¹⁾ وعليه يمكن تحديد من يجب تزويله منزلة مورثه في تركة جده أو جدته فيما يأتي:

1. فرع الولد الذكر الذي مات في حياة أبيه أو أمه موتا حقيقيا أو حكما كأن فقد وحكم القاضي بفقده ومنه بموته، وفقا للقواعد والإجراءات القانونية الخاصة بالمفقود والغائب (ينظر المواد : 109 – 115 من قانون الأسرة الجزائري).

2. فرع الولد الذكر الذي مات مع أبيه أو أمه في حادث واحد كغرق، أو هدم، حريق أو حوادث متعددة ولا يعلم أيهم مات أولا.

3. الأحفاد هم: أبناء الأولاد وأيضاً أو أولاد البنات. ذلك بما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 25 – 12 – 2002 من ملف 290934 التي اعتبرت أن التزويل يشمل أبناء الأولاد وأولاد البنات (الأحفاد)

المطلب الثاني : مقدار الوصية الواجبة :

الفرع الأول : ما جاء به القانون

انقسمت القوانين العربية فيما يخص نصيب المستحق بالوصية الواجبة إلى رأيين:

1- مسعود الهلالي، أحكام التركات والموارث في قانون الأسرة الجزائري، جسر للنشر والتوزيع، ط1، 2008، الجزائر، ص 192.

الرأي الأول :

يجب للأحفاد وصية يقدر نصيب والدهم من الميراث في تركة أبيه لو كان حيا عند موته على أن لا يتجاوز ثلث التركة ويوزع هذا النصيب على الأحفاد قسمة الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين وهذا الرأي هو المعمول به في عامة القوانين : القانون المصري، الأردني، الكويتي، العراقي، التونسي.

مثاله: توفي رجل عن ابنتين وابن ابن مات في حياة المورث. فمقدار الوصية الواجبة لابن الابن هو ثلث التركة الذي هو نصيب أبيه لو كان حيا وقت وفاة المورث.

3			
1	ابن		ابن
1	ع	ابن	ابن
1	ابن	ابن ابن (مات في حياة المورث)	

يتزل إلى مرتبة أبيه

الرأي الثاني:

يجب للأحفاد وصية يقدر حصتهم من نصيب والدهم من الميراث في تركة أبيه لو كان حيا على أن لا يتجاوز الثلث وذلك بمراعاة الورثة الآخرين وهذا الرأي عليه القانون السوري و المغربي.

مثاله : توفي رجل عن بنتين وابن مات في حياة أصله، ولو فرضنا أن هذا الابن مات عن غير بنته بل عن أختين أيضا تكون الوصية واجبة في القانون السوري والمغربي كما يأتي:

4					
1	بنت	4		بنتين	بنتين
1	بنت	2	ع	ابن	بنت ابن (تزل إلى أبيها)
2	ابن	2			

أصل التركة هو 2

تقسم التركة بينهم لمعرفة نصيب الابن ولو كان حيا، فيكون نصيبه $\frac{1}{2}$ التركة.

توفي الابن وترك بنت وأختين

2	
1	بنت
1	بنت

يبقى من التركة نصفها، ثم نجد نصيب البنت الابن من نصيبه من تركة أصله لو كان حيا وعرفنا أن الابن مات عن بنته وأختيه فيكون نصيب بنته $\frac{1}{2}$ نصف التركة والأختان لهما النصف الثاني، حسب قواعد الميراث وعليه يكون نصيب بنت الابن في هذه الحالة هو 1 أي مربع التركة ومن هنا احتاط المشرع السوري والمغربي في تشريعه للوصية الواجبة من أن يأخذ الحفيد أكثر من عمه أو بنت الابن أكثر من البنت الصلبية.⁽¹⁾

لتوضيح أهم الفروق بين القوانين في مسألة تحديد المستحق وكم يستحق نضرب هذا المثال:

مثال : توفي شخص عن بنت وابن وبنت ابن مات في حياة أصله والتركه 90 دوغما مع العلم أن الابن الذي مات في حياة أصله مات عن زوجته بالإضافة لبنته وأخته وأخيه.

المستحق للوصية الواجبة هنا هو بنت الابن وهي تستحق الوصية الواجبة باتفاق القوانين.²

الوصية الواجبة حسب القانون المصري ومن معه:

تقسم التركة على فرض حياة الابن فيكون:

5	
1	بنت
2	ابن
2	بنت ابن

هنا نصيب بنت الابن أكثر من ثلث التركة وعليه تأخذ ثلث التركة فقط و $\frac{1}{3} \times 90 = 30$ دوغما هو نصيب بنت الابن وباقي التركة 60 هو ما يقسم على باقي الورثة وهما البنت والابن ويكون نصيب البنت 20 دوغما. ونصيب الابن 40 دوغما.

¹ - فؤاد مهند أستيتي ، المرجع السابق، ص 220.

² - المرجع نفسه، ص 222

الوصية الواجبة حسب القانون السوري ومن معه:

تقسم التركة على فرض حياة الابن فيكون نصيبه كآتي:

18 = 5 / 90	5	
18	1	بنت
36	2	ابن
36	2	بنت (ابن)

هنا نصيب الابن المتوفي قبل أصله هو 36 دوغما توزع على ورثته: الزوجة بنته وأخته وأخيه

4.5 = 8 ÷ 36	8		
4.5	1	الزوجة	1/8
18	4	بنت (صاحبة الوصية الواجبة)	1/2
4.5	1	أخت	ع
9	2	أخ	

وعليه فنصيب بنت الابن 18 دوغما وباقي التركة 72 تقسم على الورثة في المسألة الأصلية الابن والنبت فيكون للبنت 24 وللأب 48.

والفرق يظهر في الجدول الآتي:

الابن	البنت	بنت الابن (صاحبة الوصية الواجبة)
40	20	30
48	24	18

الفرع الثاني : المناقشة

تتفق القوانين في مسألة مقدار الوصية الواجبة على أمرين: ⁽¹⁾

1. يربط نصيب الحفيد المستحق بنصيب أصله وعلى الخلاف بين القانون السوري والمغربي مع باقي القوانين حيث أن نصيب الحفيد في القانون السوري والمغربي هو ما يستحقه من الميراث من أصله على اعتبار وجود ورثة غيره كزوجة أو أبيه وأمه وإخوته أو إخوانه أو جده أو جداته، وأما باقي القوانين فنصيبهم جميع نصيب أصله.

2. ثم إن هذا النصيب يشترط فيه أن لا يزيد عن ثلث التركة فقد جاءت السنة تحدد نصابا معيناً للوصية الاختيارية في حديث سعد بن أبي وقاص " الثلث، والثلث كثير " إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس " وبطريق القياس جاء الحكم على نصاب الوصية الواجبة.

ونوقش الأمر باتجاهين متعاكسين وبيانه:

الأول : لا تخرج الوصية الواجبة وإن كانت واجبة عن صلة البر للقريب غير الوارث ولذا الأولى أن لا ترتبط بنصيب أصله، لأنها وصية وليست بإرث لكنها تربط بما تطيب به النفس. باختلاف التركة قلة أو كثرة على أن لا تبلغ الثلث بحال، ثم لتلافي الحالات الشاذة التي يرث فيها صاحب الوصية الواجبة أكثر مما يرثه من هو أقرب منه إلى الميت.

الثاني : قياس الوصية الواجبة على الوصية الطوعية قياس مع الفارق لوجود الفرق بين الوصيتين من جهة الفرضية والأشخاص وبالنتيجة للنصاب وأما الدليل من حديث سعد بن أبي وقاص فقد كان موضوعه الوصية الطوعية بغية حماية الورثة وعدم تركهم عالة يتكففون الناس ولكن لو كان المستحق للوصية الواجبة الأقرب من أقرب المقربين إلى الميت كوالديه وحفدته فلا يجوز أن يبقى النصاب في حدود الثلث لكي يكون العطاء بالمعروف كما في الآية حتى وإن اقتضى الأمر يكون أكثر من الثلث ومثاله:

لو مات أربعة أولاد في حياة أبيهم في حياة أبيهم وبقي واحد مات عنه أصله فعندها سيأخذ هذا الولد الذي مات عنه أصله $\frac{2}{3}$ في التركة وباقي فروع الأولاد الأربعة مهما بلغ عددهم سيأخذون ثلث التركة الباقي.

مقدار التزويل (الوصية الواجبة) حسب المشرع الجزائري:

بينت المادة 170 من قانون الأسرة الجزائري مقدار الحصة التي يتزل فيها الأحفاد بقولها " أسهم الأحفاد تكون بمقدار حصة أصلهم لو بقي حيا، على أن لا يتجاوز ذلك ثلث تركة ".

فمن خلال هذا النص يمكن القول بأن مقدار التزويل يقدر بأمرين:⁽¹⁾

1. أن يكون أسهم الأحماد بمقدار حصّة أصلهم ذلك أن التزويل ليس مغنما وإنما هو علاج جيء به لغرض دفع ذل الحاجة والمسألة عن الأحماد من جهة إيجاد نوع من العدالة المالية بين أفراد الأسرة الواحدة في التوزيع من جهة ثانية. كما أن عدم الزيادة عن حظ المورث هنا، أمر تقتضيه قواعد الميراث عامة لأن الأحماد أدلوا إلى المورث وهو الجد بالأب فلا يعقل أن يكون لمن أدلى بشخص نصيبا أكثر ممن أدلى به.

2. أن لا يزيد مقدار التزويل عن ثلث التركة ذلك أن التزويل كما نص الفقهاء باب من أبواب الوصايا ولما كانت هذه الأخيرة في حدود الثلث كأصل ولا تزداد عليه فمن باب أولى مقدار التزويل.

وانطلاقا من هذا القيد في مقدار التزويل نقول أنه:

في حالة الإيصاء أو إعطاء الجد للأحماد بلا عوض مقدار ما يزيد عن ثلث التركة فإن ما زاد من هذا المقدار لا يدخل في التزويل وعليه تنفذ وصيته في حدود الثلث من التركة فقط.

وأما ما زاد عنه فإنه يعتبر وصية اختيارية يتوقف نفاذها على إجازة الورثة فإن أجازوا ذلك نفذ وإن امتنعوا بطلت الوصية فيه تطبيقا للقواعد العامة حسب ما نظمته نص المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري.

والله تعالى أعلى وأعلم.⁽²⁾

تنبيه:

- في حالة تراحم الوصايا فإنه تقدم الوصية الواجبة (التزويل) على غيرها من الوصايا الاختيارية فإن استغرقت الوصية الواجبة الحصّة المقدرة للوصايا (3/1) بطلت باقي الوصايا إلا إذا أجازها الورثة ورضوا أن تنفذ قبل تقسيم التركة (المادة 185 - ق أ ج .)

- وإن امتنع الثلث (3/1) للوصية الواجبة (التزويل) وبقي جزء منه نفذت منه الوصايا الاختيارية.

- بالنسبة للتزويل فإنه يكون وفقا لقاعدة " للذكر مثل حظ الأنثيين " (المادة : 2/ 172 ق أ ج).

1 - مسعود الهلالي، مرجع سابق، ص 194.

2 - نفس المرجع، ص 195.

طريقة استخراج مقدار التزويل:

أشار قانون الأسرة الجزائري إلى طريقة استخراج مقدار التزويل في المادة 170 منه التي ورد فيها:

" أسهم الأحفاد تكون بمقدار حصة أصلهم لو بقي حيا على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة "

فهذا النص صريح في أن الأحفاد -الفرع- يأخذ مقدار ما كان يأخذه أصله لو كان حيا في حدوث ثلث التركة، فلا يأخذوا أكثر من أصلهم بأية حال.

ولا يأخذوا ما أخذه من يساوي أصلهم من الورثة. لأن الصلة التي عقدها القانون هي بين هؤلاء الأحفاد وبين أصلهم لا بينهم وبين من يساوي أصلهم من الورثة ولو كان يقصد التسوية بين الأحفاد وبين من يساوي أصلهم لنص على ذلك.⁽¹⁾

كما بين في نص المادة 172 / 2 على أن توزيع مقدار التزويل بعد استخراجه يكون وفقا للقاعدة " للذكر مثل حظ الأنثيين ". وعلى ذلك يمكن القول بأنه لا يوجد لاستخراج مقدار التزويل تطبيقا لنص القانون المبين أعلاه قريبا إلا طريقة واحدة تتكون من ثلاث خطوات:

1. تحل المسألة على فرض أن الأصل المورث للأحفاد (وهم أبوهم) حيا بشكل عادي حتى يتم معرفة نصيبه من تركة الجدة أو الجدة .

2. يخرج من التركة مقدار الأصل إذا كان مساو لثلث التركة أو أقل من ذلك، وإن كان أكثر من الثلث أنزلناه ورددناه إلى هذا المقدار ($\frac{1}{3}$) لأن التزويل لا يزيد عن هذا المقدار من التركة وتقسم على الأحفاد قسمة الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين.

3. يقسم الباقي من التركة بعد إخراج مقدار التزويل على الورثة الأحياء فعلا بتوزيع جديد من غير نظر إلى الأصل (صاحب التزويل)، الذي فرض حيا ابتداء.

فما يأتي أمثلة تطبيقية توضيحية لخطوات حل مسائل التزويل:

مثال 1 : توفي شخص عن : زوجة - ابن - بنت - ابن بنت - توفيت في حياة أبيها. التركة هي 192 هكتار.

1 - مسعود الهلالي: مرجع سابق، ص 196.

الحل: على فرض حياة صاحب التزويل (البنت)

أصل المسألة بعد التصحيح		أصل المسألة		
الأسهم	32	8	الأنصبة	الورثة
4 x 1	4 x 1	1	8/1	الزوجة
4 x 7	4 x 7	7	الباقى تعصيا	ابن + بنت + بنت

قيمة السهم الواحد = التركة / أصل المسألة = $192 / 32 = 6$ هكتار.

فنصيب البنت هو : $6 \times 7 = 42$ هكتار هو أقل من $\frac{1}{3}$ التركة.

فيعتبر مقدار التزويل الذي يأخذه ابن البنت.

على فرض وفاة صاحب التزويل (البنت)

أصل المسألة بعد التصحيح		أصل المسألة	
24	8	الأنصبة	الورثة
3 x 1	1	1/8	الزوجة
3 x 7	7	الباقى تعصيا	الابن
			البنت

الباقى من التركة هو : $192 - 42 = 150$ هكتارا.

قيمة السهم الواحد = $150 / 24 = 6.25$ هكتارا

للزوجة: $6.25 \times 3 = 18.75$ هـ.

للابن : $6.25 \times (2 \times 7) = 87.5$ هـ

للبنات : $6.25 \times (1 \times 7) = 43.75$ هـ

لابن البنت المتزل : 42 هـ.

ومجموع أنصبة أو حصص الورثة هي : 192 هكتار.

مثال 2 : توفي عن

أب، أم، بنتين، بنت ابن توفي أبوها قبل وفاة أصله وترك 150 000 دج ووصية اختيارية لدار العجزة قدرها 30 000 دج

الحل :

1. طرح مقدار الوصية الاختيارية من كل التركة ما لم يتجاوز الثلث فإن تجاوزته فإنها لا تنفذ فيما زاد عن الثلث إلا بإجازة الورثة. مادة 185 ق. أسرة.

2. تقسم الباقي من التركة على الورثة على فرض حياة صاحب التزويل لمعرفة نصيبه، ليعطى لفرعه المتزل ما دام في حدود الثلث. مادة 170 ق. أسرة.

3. يطرح مقدار التزويل من $(1/3)$ كل التركة فإن كان مساويا لثلث التركة كلها، فإن الوصية الاختيارية تبطل إلا إذا أجازها الورثة، وإن كان مقدار التزويل أقل من الثلث فإن الوصية الاختيارية تنفذ في حدود الباقي منه، إلا إذا أجاز الورثة تنفيذها كاملة متى تجاوزت مقدار الثلث المقدر لأداء الوصايا بنوعيتها الواجبة والاختيارية.

على ضوء ذلك يكون حل المسألة كالتالي:

1. يخرج مقدار الوصية الاختيارية : $150\,000 - 30\,000 = 120\,000$ دج.

2. ثم تحل المسألة على فرض حياة صاحب التزويل:

أصل المسألة			
6	الأسهم	الأنصبة	الورثة
1	1	6/1 فرضا	الأم
1	1	6/1 فرضا	الأب
4	4	الباقي تعصيبا	الابن + البنتان

قيمة السهم الواحد : $120\,000 / 6 = 20\,000$ دج

فيكون نصيب الابن: $20\,000 \times 2 = 40\,000$ دج

وهذا مقدار التزويل بالنسبة لبنت الابن.

نطرح مقدار التزويل من $\frac{1}{3}$ التركة : $\frac{1}{3}$ التركة : $50\,000 = \frac{1}{3} \times 150\,000$

$$10\,000 = 40\,000 - 50\,000 \text{ دج}$$

نلاحظ أنه يبقى 10 000 دج خاص بتنفيذ الوصايا وهو الذي تنفذ فيه الوصية الاختيارية المقدمة لدار العجزة (إلا إذا أجاز الورثة تنفيذ الباقي منها وهو 20 000 دج).

وعليه يبقى بعد إخراج الوصية الواجبة (40 000) والوصية الاختيارية (10 000) فقط 100 000 دج تقسم على باقي الورثة.

الورثة	الأنصبة	6
الأم	1/6 فرضا	1
الأب	1/6 فرضا	1
البنات	2/3 فرضا + الباقي تعصيا	4

قيمة السهم الواحد: $100\,000 / 6 = 16\,666.6$ دج

فيكون الأب : 16 666.6 دج

للأم : 16 666.6 دج

للبنتين: 66 666.6 دج

لبنت الابن : 40 000 دج.

لدار العجزة : 10 000 دج .

المبحث الثالث : أحكام الوصية الواجبة وحقيقتها

المطلب الأول : أحكام الوصية الواجبة

الفرع الأول : ما جاء به القانون:

تشترك القوانين العربية بالجملة في الأحكام الآتية: ⁽¹⁾

- تقدم الوصية الواجبة على غيرها من الوصايا وهذا ما نص عليه كل من القانون المصري في المادة 78 والقانون العراقي في المادة 74. "القانون الكويتي في المادة 3 في حين جاء عن القانون السوري المادة 257. والقانون الأردني في م 182 والتونسي في الفصل : 191 واليميني في م 259.
- أن الوصية الواجبة تقدم على الوصايا الاختيارية في الاستيفاء من ثلث التركة.
- فإذا لم يوص الجد بالوصية الواجبة لمستحقيها وأوصى لغيرهم، يستحق الأحفاد قدر نصيبهم من الثلث التركة إن كان الباقي وافيا وإلا يوفي نصيبه على حساب الوصايا.
- يحجب على كل أصل فرعه دون فرع غيره ويأخذه كل فرع نصيب أصله فقط.
- إذا أعطى الجد أحفاده حال حياته من المال ولكنه أقل مما يساوي نصيبهم من الوصية الواجبة، وجب إكمال نصيبهم من تركته من باقي الثلث فإن ضاق فمناه وما هو مشغول بالوصية الاختيارية والحكم نفسه في حال إن أوصى لهم بما هو مكلف به ولكنه أوصى بالأقل.
- إذا أوصى الجد لبعض من يستحق بالوصية الواجبة دون البعض وجب لمن لم يوصى له قدر نصيبه من باقي الثلث، فإن ضاق منه وما هو مشغول بالوصية الاختيارية.

الفرع الثاني : المناقشة هناك أمران لا بد من مناقشتهما:

1. تقديم الوصية الواجبة على باقي الوصايا: ⁽²⁾

فقد جاء عن القانون المصري في المادة 87 " الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا " والمراد أن الوصية الواجبة مقدمة على الوصايا الاختيارية ولو كانت وصية بفرض أو واجب آخر والوصايا الاختيارية،

1 - د. فؤاد مند أستتي، مرجع سابق ص 223.

2 - د. فؤاد مهند أستتي، مرجع سابق ص 224.

كما هو في قانون الوصايا وفي باب تراحم الوصايا تشتمل على وصايا الله عز وجل وأخرى للعباد وأما الوصايا التي هي لله تنقسم إلى فرائض كالزكاة والحج وواجبات كصدقة الفطر والنفقة ونوافل كالصدقات.

وتستدل المذكرة التفسيرية على هذا مما نقله ابن مفلح الحنبلي عن الإمام أحمد وما روى عن طاووس، فأما ما جاء عن ابن مفلح فهو قوله في كتابه الفروع فيمن وصى لأجنبي وله قرابة لا يرثه محتاج يرد إلى قرابته " وذكر شيخنا رواية له ثلثها للموصى له ثلثاها " .

وما روى عن طاووس هو ما نقله الجصاص في كتابه أحكام القرآن قوله " وروى عن الحسن وجابر بن زيد وعبد الملك بن يعلى في الرجل يوصى لغير ذي القرابة وثلث الثلث لمن أوصى له، وقال طاووس يرد كله إلى ذوي القرابة " .

والمعنى أنه لو كان على أحد من الناس وصية واجبة ثم وجدنا في وصيته وصية سداد ودين عليه لله ولم يتسع ثلث ماله للوصيتين سيكون الحل بأن نقدم الوصية الواجبة بحكم القانون على سداد دينه في حين يرى الحنفية بأنه لو أوصى أحدهم بسداد دين لله عليه كزكاة أو حج فإنه يجب أدائه من ثلث تركته، وذهب جمهور الفقهاء إلى أن ديون الله لا تسقط بموت من وجبت عليه بل يجب أدائها من جميع تركته سواء وصى بها أم لا. فالحنفية يوجبونها من ثلث التركة والجمهور من جميع التركة والقانون قد لا يخرجها بحجة المستحقين بالوصية الواجبة.

ومما استدلل به القانون مما جاء عن ابن مفلح الحنبلي وطاووس لا يقوى على هذا التقديم فهما يفيدان تقديم الوصية لذى القرابة على الوصية لغير ذي القرابة وليس تقديم ما أَرادَه القانون بتقديم الوصية الواجبة على جميع الوصايا.

ثانياً : قاعدة جديدة في الحجب بأن لكل أصل يحجب فرعه دون فرع غيره:

فالمعهود أن الأصل يحجب من دونه من الفروع سواء أكان منه أو من غيره وفي الحقيقة أن هذه القاعدة هي جديدة بالنظر إليها على أنها من الميراث والأمر ليس ميراثاً محضاً. بل مبني على فكرة التعويض. وفي الوقت التي يعتبرها بعضهم أنها قاعدة جديدة ومبتدعة، نجد من العجائب التي يمكن تسجيلها في هذه المناسبة من يقول أنها الأصل في الميراث ويعزو ذلك ما دعا إليه القانون من فكرة الوصية الواجبة يعود إلى نظام الميراث الموروث الذي من شأنه أن يحجب الابن ابن الابن سواء أكان الابن الابن نفسه أو ابناً لابن آخر.

وكان من الممكن معالجة هذه المشكلة صراحة بإدخال إصلاح على نظام الميراث في باب الحجب حيث لا دليل من العقل أو النقل على أن الابن يحجب ابن الابن من فرع غيره وهذا الإصلاح أفضل من سن تشريع جديد للوصية الواجبة، أظنه خالف الإجماع وحسبه ذلك.¹

موقف المشرع الجزائري من التزويل :

نظم المشرع الجزائري أحكام التزويل في نصوص المواد من 169 إلى 172 في تشريع الأسرة الجزائري.

إن التزويل أو ما تطلق عليه التشريعات العربية في دائرة مدونات أو قوانين الأحوال الشخصية أو قوانين الموارث: الوصية الواجبة يعتبر صناعة قانونية جاء بها المشرع العربي.²

فالوصية الواجبة أو التزويل إنما هي استحداث فقهي وتشريعي سبق إليه المشرع المصري منذ 14 جوان 1946. بموجب نصوص المواد من 76 و 79 وتابعه في ذلك غيره من المشرعين العرب ومنهم المشرع الجزائري وذلك بجعل " أو تزويل أحفاد الشخص متزلة أصلهم في تركة الجد أو الجدة " .

بقصد تلافي حالة حالة كثرت فيها الشكوى وهي حالة الأحفاد الذين يموت آباؤهم في حياة أبيهم أو أمهم أو يموتون معهم ولو حكما كالغرقى والهدمي والحرقي... فإن هؤلاء الأحفاد قلما يرثون بعد موت جدهم أو جدتهم لوجود من يحجبهم من الميراث.

لذا كان القول بالتزويل من قبيل الاستجابة لحالات كثيرة مؤلمة ولشكاوي متعددة ممن يموت آباؤهم وأمهاهم قبل موت الجد أو الجدة أو مع أي منها، حيث أن وفاتهما معا تمنعهما من الميراث من بعضهما لحصول الشك في السبق، ووفاة الأب قبل وفاة الجد معدمة أصلا لقيام علاقة الميراث لعدم توافر الأركان والشروط.

وعلى هذا جاءت النصوص القانونية معالجة لمثل هذه الحالات والأوضاع لأنها نظرت في أن هذا الذي مات لو عاش إلى حين وفاة والده هو أيضا لنال من الميراث ولكنه مات قبل أبويه أو قبل أحدهما فأخذ المال إخوانه دون أولاده، فأصبح أولاده في فقر مدقع واجتمع لهم مع اليتيم وفقد العائل والحاجة ومذلة السؤال، الشيء الذي أدى إلى الاضطراب داخل الأسرة الواحدة.

1- فؤاد مهند أستيي، مرجع سابق، ص 225.

2- مسعود الهيلالي، مرجع سابق، ص 187.

حيث نجد أثر النعمة ظاهر على البعض منهم مما وصلهم من الميراث وتحس من الآخر الفقر والحرمان نتيجة وفاة مورثه قبل أو مع الجد أو الجدة.

لقد أحسن المشرع العربي عندما أنزل الأحفاد منزلة مورثهم وخاصة لما نعلم بأن هؤلاء الآباء المتوفين كثيرا ما يكونون سببا في هذه التركة أصلا.

فيكّدون ويتعبون ويجمعون الأموال وينموها ثم يموتون قبل آباؤهم فيحرم أبناؤهم من الميراث لا لشيء إلا لأسبقية الوفاة أو للشك في ذلك.

فالتزليل أو الوصية الواجبة من خلال ما سبق بيانه الداعي إلى القول بها قد تُخرج مخرج الواجب في الحياة من الإنفاق على الحفدة المعوزين من حيث أنه يجب على الجد أن ينفق عليهم باعتبارهم فروعا له محتاجين، فإن لم يعطهم ما ينفقون به على أنفسهم في حياته ولم يوصى لهم بعد موته فيكون بهذا قد ترك واجبا يعتبر دينا في رقبته ويدخل في قوله تعالى " كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف".⁽¹⁾

فالقانون بهذا يكون قد اعتبر التزليل أو الوصية الواجبة بمثابة النفقة الواجبة للأقارب، حيث أو جبهها لصالح الفروع المحتاجين دون غيرهم.

إن أحكام التزليل التي أوردها المشرع الجزائري في المواد من 169 إلى 172 من قانون الأسرة لم ترد في مذهب من المذاهب الفقهية المشهورة أو غير المشهورة ولكنها تستند في أكثر تفصيلاتها إلى أحكام جزئية وردت في مذاهب فقهية متفرقة، قام المشرع الوضعي بالاجتهاد فيها، فكانت بذلك منهجية التقنين في موضع التزليل قائمة على أسس ثلاثة هي:⁽²⁾

1. السياسة الشرعية:

تستوعب السياسة الشرعية كل الوقائع التي لم يرد بشأنها دليل قطعي في مصادر التشريع الأصلية من كتاب وسنة وإجماع، فعن طريق هذه السياسة يصل ولي الأمر إلى مساهمة التطورات الاجتماعية وذلك باستنباط الأحكام الجديدة على وجه يحقق مصلحة الأمة ويتفق في الوقت ذاته مع قواعد الشريعة ومقاصدها. وتنطوي السياسة الشرعية على عنصرين هما:

1 - سورة البقرة، الآية 180.

2 - مرجع سابق، ص 190.

العنصر الأول :

وجوب طاعة ولي الأمر إذا أمر بمباح أو نهى عنه وطاعته في ذلك واجبة ما لم تكن فيها معصية متيقنة ومتى كان الباعث على أمره أو نهيه مصلحة الأمة.

العنصر الثاني :

سلطة ولي الأمر في تخصص القضاء بالزمان والمكان والحوادث فله أن يمنع القضاة من سماع بعض القضايا وله أن يدرج في ولايتهم ما يشاء. ويقطع منها ما يشاء متى كانت مصلحة الأمة تقتضي ذلك. وجاءت أحكام التزليل في التشريع الجزائري وكذا العربي تعبيراً عن ذلك.

2. التلفيق في التشريع:

ويقصد به تخيير ولي الأمر من مختلف المذاهب المعتمدة ما فيه مصلحة الأمة من أحكام وقواعد لتكون قانوناً يُقضى به بين من يخضعون له ذلك أن الفقه من منظور التلفيق واحد والتخيير دون اتباع الهوى منه اجتهاد انتقاء لا اجتهاد ابتكار.

فالتلفيق في التشريع يعني تركيب المادة القانونية أو المجموعة الشريعية من أكثر من رأي سواء أكان الرأي المختار راجحاً أو مرجوحاً في مذهبه لأن المصلحة تقويه ولي الأمر يُلزم به، بناء على قاعدة أن حكم ولي الأمر يرفع الخلاف في المسائل الاجتهادية.

المصلحة المرسلّة :

هي كل مصلحة لم يرد فيها دليل معين من الشرع على اعتبارها أو إلغائها ولكن يحصل من ربط الحكم بها وبنائه عليها جلب مصلحة أو دفع مفسدة، وقد ذهب جمهور العلماء إلى حجية العمل بالمصالح المرسلّة إذا توافرت فيها الشروط الآتية:

الشرط الأول :

أن يتحقق من بناء الحكم عليها جلب مصلحة أو دفع مفسدة وهو الثابت في التزليل (الوصية الواجبة)، من حيث إقرار المصلحة المرسلّة لمعالجة مشكلة الأحفاد الذي مات والدهم قبل موت جدهم أو جدتهم ولا تغطي مصالحهم الطارئة قواعد علم الميراث.

المشروط الثاني:

أن تكون المصلحة التي يبنى عليها الحكم كلية لا جزئية وهو شرط في حقيقته يتعلق بالواقع لأن المصلحة كدليل دائما كلية حتى ولو اتصلت بحالة مفردة كصلاح الأمة في صلاح شخص الحاكم.

المشروط الثالث:

ألا تعارض المصلحة حكما أو قاعدة ثبتت بنص أو إجماع لأنها بالمعارضة تصبح مصلحة ملغاة لا اعتبار لها في الدلالة على الأحكام الشرعية.

والوصية الواجبة كتشريع اعتمدت على هذه الأسس المنهجية للتقنين، يقصد تجنب الكثير من الشكاوي المتعلقة بوفاة الآباء قبل الأجداد وبقاء الأحفاد دون عائل كما سبق بيانه آنفا.

المطلب الثاني : حقيقة الوصية الواجبة :

فرع الأول : ما جاء به القانون¹

تدور حقيقة الوصية الواجبة بين فقه الوصايا وفقه الميراث، حيث تتشابه معهما إلا أنها ليست وصية بالمعنى الخالص كما أنها ليست ميراثا خالصا.

فالوصية الواجبة تشبه الوصية الاختيارية في أنها تجب في حدود الثلث، وتقدم على الميراث وعلى سائر الوصايا الاختيارية.

وهي تخالف الوصية الاختيارية وتشبه الميراث في أنها توجد وإن لم ينشئها المتوفى ولا تحتاج إلى قبول من يستحقها ولا ترتد بالرد وتقسم قسمة الميراث حتى ولو شرط الموصي غير ذلك.

وهي تخالف الميراث في أنه يغني عنها ما يعطيه الجدل للفرع بدون عوض والميراث لا يغني عنه ذلك وأيضا كل أصل يحجب فرعه دون فرع غيره وفي الميراث الأصل يحجب فرعه وفرع غيره ممن هو أبعد منه، وهي وجبت تعويضا للفرع عما فاتته من ميراث أصلهم.

والميراث وجب ابتداء من غير أن يكون عوضا عن حق ضائع وأيضا لا تنفذ كالميراث في جميع المال تماما بل ينحصر مقدارها بثلث التركة.

1 - د. فؤاد مهند أستيبي، مرجع سابق، ص 225.

الفرع الثاني : المناقشة

وعلى ضوء هذا التشابه وهذه الاختلافات تباينت وجهات النظر في حقيقتها فوجد أن بعضهم قد سمى هذا التشريع بـ: الميراث القانوني وبعضهم سماه بـ: الوصية القانونية، ومن هذا القبيل تجد بعض القوانين العربية قد نظمت تشريع الوصية الواجبة في القانون الخاص بالوصية كالقانون المصري وبعضها الآخر قد نظمها ضمن المواد التي تختص بأحكام الميراث كالقانون المغربي والتفسير إن غلب حكم الميراث سماها به وإن غلب حكم الوصايا سماها بها.

ويناقش كلام القائلين بالوصية الواجبة على أنها تدور بين الوصية الاختيارية، والميراث بأنها في حقيقة الأمر ميراث وإن سميت بالوصية. وعليه فهي باطلة.

" تلك حدود الله ومن يطع الله ورسوله يدخله جنات تجري من تحتها الأنهار خالدين فيها وذلك الفوز العظيم ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله نارا خالدا فيها وله عذاب مهين".⁽¹⁾

ومن جهة كونها استدراكا وتعديلا على حكم الله تعالى " أفحكم الجاهلية يبغون ومن أحسن من الله حكما لقوم يوقنون".⁽²⁾

ومنه قول الإمام محمد أبو زهرة بعد نهاية شرحه لأحكام الوصية الواجبة في القانون المصري " من أن الأحكام في غايتها وممرهاها والباعث عليها تنحو نحو الميراث"، فالقانون جعل بهذه الوصية لأولاد من يموت في حياة أبويه ميراثا مفروضا هو ميراثه الذي يستحقه ولو بقي بعد وفاة أصله على أن لا يتجاوز الثلث وإذا كان ذلك هو غاية القانون فكل الأحكام تتجه إلى جعل هذه الوصية ميراثا.

وجاء في قضاء محكمة النقض المصرية ما يؤكد حقيقة الميراث وذلك تعليقا على المادة 76 من قانون الوصية مما مفاده أن يقدم ذوو الوصية الواجبة من التركة على استحقاق الورثة سواء أوصى الموروث بها أو لم يوصي ومن ثم يكون لصاحب الوصية الواجبة كالوارث حق معلوم في التركة وإن قدم على من عداه من أصحاب الحقوق المفروضة شرعا وهم الورثة بما يستقيم معه القول بأن أحكام الوصية الواجبة تندرج ضمن أحكام الموارث العامة وتشكل معها وحدة واحدة.

1 - سورة النساء الآية: 13 ، 14.

2- سورة المائدة، الآية: 50

خلاصة الفصل الثاني

إن رياح الفكر الحديث واجتهادات المجتهدين من العلماء المحدثين أوجبت في مال الميت وصية واجبة للأحفاد الذين مات أبوهم في حياة جدهم أو جدتهم ولهم أعمام يحجبونهم وثم إقرار هذا الحكم والاجتهاد في العديد من الدول العربية وعلى رأسها مصر من خلال ما عرض على الأزهر الشريف من فتاوى وكذلك الحال بالنسبة لسوريا والأردن واليمن والكويت والمغرب والإمارات والمشرع الجزائري تبني ذلك في قانون الأسرة من خلال التزويل واستئبدل في ذلك الاجتهاد كله على مذهب ابن حزم الظاهري الذي بدوره استدل من القرآن الكريم والسنة منها حديث طاووس.

فاستحدث قانون نظام الوصية الواجبة لمعالجة مشكلة فقر وحاجة الحفدة تماشيا مع روح التشريع الإسلامي في توزيع الثروة على أساس من العدل والمنطق إذا ما ذنب ولد المتوفى (ابن المحروم) في الحرمان من نصيب والده الذي توفي مبكرا قبل والده ويكون قد ساهم في تكوين ثروة الجد بنصيب ملحوظ فيجتمع عليهم الحاجة وفقد الوالد وبما أن الأحفاد غير ورثة في حالة موت أبيهم فلولي الأمر قصر صفة غير الوارث عليهم لمصلحة ولأنهم أولى الناس بمال الجد.

فإذا لم يوصي الجد أو الجدة لهؤلاء الحفدة بمثل نصيب أصلهم، تجب لهم الوصية بإيجاب الله تعالى بمثل هذا النصيب على أن لا يزيد على الثلث،⁽¹⁾ لقوله تعالى :

" كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين".⁽²⁾ فهي أشبه بالميراث فيسلك فيها مسلك الميراث فيجعل للذكر مثل حظ الأنثيين ويحجب الأصل فرعه ويأخذ كل فرع نصيب أصله فقط.

وأما مستحقوها بحسب التشريعات العربية فقد جاءت متباينة نوعا ما فمنهم من خص أهل الطبقة الأولى من أولاد البطون وهم (أولاد البنات الصليبات) ولأولاد الأبناء أولاد الظهور وإن نزلوا.

ومنهم من قصرها على أولاد الظهور إن نزلوا ومنهم من جمع بينهم، أما المشرع الجزائري أطلق على مستحقها باسم أصحاب التزويل.

1 - وهبه الزحيلي، مرجع سابق، ص 122.

2 - سورة البقرة : الآية: 180.

وبالتالي فقد جاء في نص المادة 169 من قانون الأسرة ما يلي: " من توفي وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة".

ويفهم من الأحفاد هنا الأحفاد ومن الأبناء الذكور وأيضا أولاد البنات بناء على ما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2002/12/25 في الملف رقم : 290934 التي اعتبرت أن التنزيل يشمل أبناء الأولاد وأولاد البنات.

الختامة

الختام

بنيت الشريعة الإسلامية على تحقيق المصالح للفرد والجماعة على حد سواء، وهي من وضع الشارع الحكيم وليس للمجتهدين فيها سلطة ابتداء المصالح بل عليهم تتبعها وتقصيها والكشف عنها.

وعليه فإن موضوع الوصية الواجبة الذي يتناول بالأساس مسألة الأحفاد الذين لم يلتفت إليهم أحد ووقع عليهم الظلم والضرر بتركهم من غير مال في حال القسمة والميراث يُعد من الأمور التي تصطدم مع مصالح الشريعة، فإن الظلم محرم والضرر مرفوع ولا بد من علاج لهذه الحالة، فلذلك تدخل القانون على أنها ظاهرة تفشت في المجتمع، ومن المقرر أن التكافل الاجتماعي هو واحد من ثمار المصالح المستقرة والمقررة في النصوص الشرعية بما يشمل جميع الحياة يمنع استعمال الحق على وجه يخل بهذا التكافل، كما أن من القواعد الخلقية التي انعكست آثارها على الحقوق والمعاملات قاعدة وجوب التعاون، لقوله تعالى: "وتعاونوا على البر والتقوى"، سورة المائدة، الآية 2. وقاعدة وفي الضرر "لا ضرر ولا ضرار". وقاعدة الإيثار لقوله تعالى: "ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة". سورة الحشر، الآية 9

وعليه فإن امتزاج القواعد الخلقية بالأحكام الشرعية ينأى بفكرة الأنانية الفردية إذ أن هذا المزج تقتضيه طبيعة هذا الفقه وروحه باعتباره يستند إلى عقيدة دينية.

ولإجل حماية المصلحة العامة شرع تدخل ولي الأمر أو الدولة بمفهومها الحديث وذلك عندما يترتب على عدم تدخلها مفسدة عامة هي أربى من تدخلها في حق الأفراد ويعرف هذا بالسياسة الشرعية.

انطلاقاً من اجتهادات الفقهاء القائلين بوجوب الوصية رغم الخلاف الذي يدور بينهم بين الوجوب والندب فإنه لا مانع عند التشريع من اعتماد أحدهما فالآراء الفقهية المعتبرة والمؤيدة بالأدلة السائغة ينظر إليها أنها ثروة فقهية يستفاد منها في الوقت والزمان المناسبين، عندئذ كان الخلاف الفقهي محموداً.

ثم هذا الواجب الديني يمكن يصير إلى حق قضائي تأكيد لنفي الضرر عن الناس ويتأتى هذا بواسطة ولي الأمر، من هنا يتضح للعيان تحويل الوجوب الديني إلى الوجوب القضائي والقانوني فضلاً عن ما سطره فقه ابن حزم الظاهري.

وعليه يمكن استخلاص ما يلي من خلال ما عرض:

إن حقيقة الوصية الواجبة تعد مدخلاً مهماً للترجيح، ومن قال أنها تنحو نحو الميراث فإنه يؤخذ عليه في هذا، حيث أن الأمر واضح أنها من قبيل الوصايا بدليل تقدمها على الميراث وتكون قسمة الميراث بعد اخراج الوصية الواجبة من ثلث التركة.

تجدر الإشارة إلى أنه رغم عدم وجود أحكام الوصية الواجبة في مذهب من المذاهب، إذ هي اجتهاد من واضعي القانون يسند إلى القاعدة الشرعية الشهيرة التالية: " لولي الأمر أن يأمر بالمباح بما يراه من المصلحة العامة ومتى أمر به وجبت طاعته". وتدخّل الإمام هنا في نظام الوصية وليس في نظام الميراث فإن كان للمكلف إرادة مطلقة بأن يوصي بماله حتى الثلث لمن يشاء بإرادة الإمام أولى بالرعاية منه، خاصة وأن الإمام وجهها لمن هو قريب فقير محتاج.

غير أن ما عيب على المشرع عدم الأخذ بالحسبان حالة الجد المتوفى والذي من اللائق والأصح هو غناه ويسره المادي حتى نفرض في تركته وصية واجبة، بمفهوم المخالفة الجد الفقير يعفى من ذلك. ويشترط في المستحقين للوصية الواجبة الفقر كذلك.

أخير وليس آخرًا تعدّ الوصية الواجبة من وضع المشرع الوضعي ومن باب السياسة الشرعية يحق لإمام المسلمين أن يكلف بالواجبات الدينية وذلك بجعلها من الواجبات القضائية.

ومن منع الحكم بها فقد اكتفى بالتحريم ولم يقدم البديل العملي الذي يضع حدا للظاهرة التي من أجلها جاء التشريع.

المصادر والمراجع

المصادر والمراجع

النصوص الشرعية:

- 1 . القرآن الكريم والسنة النبوية.

النصوص القانونية :

- 1 . قانون الأسرة الجزائري.
- 2 . قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 61 لسنة 1976، الجريدة الرسمية رقم : 2668.
- 3 . مدونة الأحوال الشخصية المغربي، ظهير شريف، آذار 1958، الفصل 266 – 269.
- 4 . قانون الوصية المصري رقم 71 لسنة 1946، أحكام الوصية، الباب الأول، الفصل السادس، المواد: 76-79 ، الفصل السابع 80 – 82 .
- 5 . قانون الأحوال الشخصية السوري، خاص بالمرسوم التشريعي رقم: 59 بتاريخ: 17 – 9 – 1953، معدل بالقانون رقم 34 بتاريخ: 31 – 12 – 1975، الكتاب الخامس، الوصية، الفصل الخامس، المادة 257، الفصل السادس، المواد : 258 – 259.
- 6 . قانون الأحوال الشخصية اليمني.

المراجع والمصادر :

- 1 . ابن منظور، لسان العرب، طبعة الأولى، مجلد 15، دار الكتب، بيروت، لبنان ، 2003.
- 2 . أحمد حصري، التركات والوصايا، طبعة 1، دار الجيل، بيروت، لبنان.
- 3 . أحمد فراج حسين، نظام الإرث والوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 2002.
- 4 . أحمد مصطفى شلي، أحكام الوصايا والأوقاف، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت لبنان، الطبعة الرابعة، 1982.
- 5 . أديب أستنبولي ، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، ج2 (الوصية والميراث)، المكتبة القانونية، طبعة 3، 1994.
- 6 . إلياس ناصيف، (الوصية للمسلمين وفي القانون دولي خاص)، جزء ثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2003، ط2 2007، بيروت، لبنان.
- 7 . الإمام محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، دار العربي، طبعة 1988م.
- 8 . بدران أبو العينين بدران، الموارث والوصية والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية، طبعة 1975م.

- 9 . بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الميراث والوصية)، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية.
 - 10 . بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، طبعة الأولى، 1429 هـ / 2008م، الجزائر.
 - 11 . جاري نسمة الذهبي ثورية، التصرف في الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، دراسة مقارنة، ط2، 2012، دار كوكب العلوم، الجزائر،
 - 12 . حسن خالد عدنان، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، طبعة 1، بيروت، لبنان، منشورات مكتب البخاري.
 - 13 . حسنين حامد إحسان، أحكام الوصية، دار النهضة العربية القاهرة، 1973.
 - 14 . رواه الربيع بن حبيب، الجامع الصحيح، كتاب الوصايا، باب الأول، ج 1، رقم الحديث 2116.
 - 15 . رواه بن الربيع بن حبيب، الجامع صحيح، ج 4 ، باب الخامس.
 - 16 . زكي الدين شعبان، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة، طبعة 1، مكتبة الفلاح، الكويت.
 - 17 . سليمان بن عيسى باكلي، الفريضة العادلة، مكتبة أبي اسماعيل إبراهيم.
 - 18 . السيد سابق، فقه السنة مجلد 3، دار الفكر دمشق، الطبعة الخامسة، 1414 هـ / 1993 م.
 - 19 . عمر حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، دار هومة، الجزائر، 2004.
 - 20 . مالك بن أنس المدونة الكبرى، مجلد 4 ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان 2005.
 - 21 . محمد بن قاسم التاويل، الوصية الواجبة في الفقه الإسلامي، ط 1، منشورات معهد الإمام مالك، سيدي سليمان، المغرب.
 - 22 . محمد جعفر شمس الدين، الوصية وأحكامها في الفقه الإسلامي، طبعة ثالثة، دار الهدى، بيروت، لبنان 2005.
 - 23 . مسعود الهلالي، أحكام التركات والموارث في قانون الأسرة الجزائري، جسر للنشر والتوزيع، ط 1 ، 2008، الجزائر.
 - 24 . محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، ط4، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1982،
 - 25 . وهبة الزحيلي، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، مجلد 1، دار الفكر، دمشق، ط 1، 1987.
- الرسائل الجامعية :
- 1 . فؤاد مهند أستيتي، الوصية الواجبة دراسة مقارنة، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، فلسطين، العدد 28، تشرين الأول 2012،
 - 2 . مذكرة بعنوان الوصية بين الشريعة والقانون، سنة 2009 / 2010.