الإلـزام القانونى للوصيـة

دراسة فقهية مقارنة

د. دعيـج المطيـرى

المدرس بقسم الفقه والأصول

كلية الشريعة والدراسات الإسلامية - جامعة الكويت

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين نبينا محمد ﷺ وعلى آله وصحبه أجمعين.. أما بعد..

تندرج الأحكام الشرعية فى الفقه الإسلامى تبعاً لدرجة الطلب فعلاً أو تركاً أو تخييراً، فإذا كان الطلب على سبيل الجزم والتحتم دار الحكم بين الإيجاب والتحريم وفقاً لنوع الطلب، وفى هذه الحال يكون الإلزام شرعياً لا شأن لبشر فى تعديله أو إلغائه، أما إذا كان الطلب على غير سبيل الجزم والتحتم فإن الحكم يدور بين الندب والكراهة وفقاً لنوع الطلب أيضاً، وقد يكون خطاب الشارع على سبيل التخيير فيكون الحكم هو الإباحة.

ويجوز لولى الأمر فى الأحكام التى تخلو من الإلزام الشرعى وبصفة استثنائية وتبعاً لمقتضيات المصلحة أن يستصدر أمراً واجب النفاذ بالإلتزام بفعلها أو الالتزام بتركها لكل المكلفين أو بعضهم.

ومن ضمن المسائل المستخدمة التى أخذت جدلاً واسعاً "الوصية الواجبة" وهى تمليك جزء من المال للغير مضافاً إلى ما بعد الموت لفئة مخصوصة والوقوف على مدى جواز استصدار مثل هذا الأمر ومدى توافقه مع الشريعة الإسلامية وقواعدها.

وعنونت البحث بـ "الإلزام القانونى للوصية الشرعية" سائلاً الله تعالى التوفيق والسداد.

وقسمت البحث إلى خمسة مباحث وخاتمة وهى كالتالى:

- **مبحث تمهدي.**
- **المبحث الأول:** تعريف الوصية.
- **المبحث الثاني:** مشروعية الوصية وصفتها.

- المبحث الثالث: طبيعة الإلزام القانونى بالوصية ومدى مشروعيته.
- المبحث الرابع: المستفيدون بالوصية الإلزامية ورؤيتنا الفقهية.
- الخاتمة.
- قائمة المصادر والمراجع.
- فهرس الموضوعات.

علماً بأن البحث يتناول الوصية الواجبة من حيث المشروعية، أما نطاق شمولها ومقدارها وكيفية استخراجها وأسباب الحرمان منها فليس داخلاً فى نطاق البحث.

تمهيد:

يهدف هذا الموضوع إلى تحقيق ما ينسب إلى الشريعة نصاً وهو لا يعدو أن يكون اجتهاداً مستنبطاً من بعض أوجه التفسير لآيات وأحاديث الوصايا ومدى توافق ذلك مع قواعد الشريعة ومقاصدها ولتحقيق ذلك لابد من توضيح مفهومين وهما: الإيجاب والالتزام. ومن ثم نقرر إذا ما كانت الوصية واجبة أو التزام.

الفرع الأول: الواجب.

لغة: الواو والجيم والباء أصل واحد يدل على سقوط الشئ ووقوعه، ووجب البيع وجوباً حق ووقع، ووجب الميت سقط، ووجب الحائط سقط[1].

ويقول الشاعر:

أطاعت بنو عوف أميراً نهاهم عن السلم فكان أول واجب

اصطلاحاً: ما ذم شرعاً تاركه قصداً مطلقاً.

قلنا (ذم) ولم نقل عوقب لجواز العفو.

وقلنا (قصداً) احترازاً من فعل النائم والناس.

وقلنا (مطلقاً) ليدخل الموسع والكفاية.

يقول ابن عبد الهادى هذا أحسن حدوده[2].

فالواجب أمر تشريعى من الله سبحانه وتعالى، فى الشريعة يطلق الواجب على الأوامر الإلهية.

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس (٦/٨٩).
(٢) شرح غاية السول إلي علم لأصول (ص/١٥٥)، التحبير شرح التحرير في أصول الفقه (٢/ ٨٢٠).

الفرع الثانى: الإلزام.

الواجبات التى يتحملها الأشخاص بعضهم تجاه البعض الآخر متعددة ومختلفة من حيث طبيعتها ومصدرها فمنها ما هو قانونى كالواجب الدينى الذى تفرضه القواعد الدينية والواجب الخلقى الذى تفرض مبادئ الأخلاق التى تسود المجتمع والواجب القانونى أى الالتزام بأنه يخول من تقرر له هذا الواجب أى الدائن به وسيلة للحماية القانونية التى تتمثل فى دعوى قضائية يقتضى بواسطتها حقه فى المدين ولو جبراً عند الاقتضاء.

فالالتزام إذاً واجب قانونى ملزم للمدين وعلى هذا يمكن تعريف الالتزام بأنه واجب قانونى بأداء مالى يلتزم به شخص معين هو المدين بالواجب لصالح شخص آخر معين أو قابل للتعيين هو الدائن[1].

(١) نظرية الالتزام (ص/١٤، ١٦).

المبحث الأول

التعريف بالوصية

تعريف الوصية لغة:

الوصية الواو والصاد والحرف المعتل أصل يدل على وصل شئ بشئ وصيت الشئ وصلته ويقال وصيت الشئ وصلته ويقال وصيت الليلة باليوم وصلتها، وأوصى الرجل ووصاه عهد إليه، وأوصيت له شئ ووصية إليه إذا جعلته وصيك، والوصية ما أوصيت به وسميت وصية لاتصالها بأمر الميت، والوصى الذى يُوصى والذى يُوصى إليه وهو من الأضداد، وصيت الشئ بكذا وكذا إذا وصلته به[1].

تعريف الوصية شرعاً:

إن الفقهاء فرقوا بين الوصية والإيصاء، فالوصية فى تمليك المال تمليكاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وقصروا الإيصاء على الذى يقوم فيه الإنسان بتحديد من يقوم برعاية أبنائه ويدير أمورهم بعد وفاته ومن الفقهاء من جعل الوصية شاملة للإيصاء وعلى هذا اختلف مفهوم الوصية عند الفقهاء نظراً فى شمول الوصية للإيصاء أم لا وإليك هذه التعاريف.

(١) تعريف الوصية عند الحنفية:

التعريف الأول: (تمليك) مضاف إلى ما بعد الموت[2].

التعريف الثانى: اسم لما أوجبه الموصى فى ماله بعد موته[3].

(١) المصباح المنير (ص/٢٥٤)، معجم مقاييس اللغة (١١٦/١)، المصباح المنير (ص/٢٥٤)، لسان العرب (٣٩٤/١٥، ٣٩٥).
(٢) رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (٣٣٥/١٠).
(٣) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (١٨٢/٦).

قال ابن عابدين معلقاً على تقييد شارح المتن بطريق التبرع يعنى التملك "والتحقيق أن قيد التبرع لإخراج التملك بعوض كالبيع والإجارة، وأنه احترز بقوله "مضاف إلى ما بعد الموت" عن نحو الهبة، فإنها تمليك تبرع للحال".

قال ابن نجيم:

"الوصية تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان ذلك فى الأعيان أو فى المنافع، كذا فى عامة الشروح، أقول: وهذا التعريف ليس بجامع لأنه لا يشمل حقوق الله تعالى والدين فى ذمته، ولو قال المؤلف هو طلب براءة ذمته من حقوق الله تعالى والعباد ما لم يصلهما أو تمليك إلى آخره لكان أولى[1].

"وبه تنفصل عن البيع والإجارة والهبة لأن شيئاً من ذلك لا يحتمل الإيجاب بعد الموت ألا ترى أنه لو أوجبها بعد الموت بطل وذلك الكرخى عليه الرحمة فى حد الوصية (وما أوجبه الموصى فى ماله تطوعاً بعد موته لا يشمل جميع أفراد الوصايا فإنه لا يتناول الوصية بالقرب الواجبة التى تسقط بالموت من غير وصية كالحج والزكاة والكفارات ونحوها فلم يكن الحد جامعاً، وقوله أو فى مرضه حد مقسم وأنه فاسد، وكذا تبرع الإنسان بماله فى مرضه الذى مات فيه من الإعتاق والهبة والمحاباة والكفالة وضمان الدرك لا يكون وصية حقيقة لأن حكم هذه التصرفات منجز نافذ فى الحال قبل الموت وحكم الوصية يتأخر إلى ما بعد الموت فلم تكن هذه التصرفات من المريض وصية حقيقية إلا أنها تعتبر بالوصايا فى حق اعتبار الثلث فإما أن تكون وصية حقيقية فلا".

(٢) تعريف الوصية عند المالكية:

عقد يوجب حقاً فى ثلث عاقده يلزم بموته أو يوجب نيابة عند بعده[2].

(١) البحر الرائق شرح كنز الحقائق (٤٥٩/٨).
(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (١٣٣/٧).

قال الرصاع فى شرح حدود ابن عرفة:

"قوله (عقد) فالعقد هنا جنس للوصية ويدخل تحته عقود كثيرة، وقوله (يوجب حقاً فى ثلث عاقده) أخرج ما يوجب حقاً فى رأس ماله مما عقده على نفسه فى صحته، وقوله (يلزم بموته) هو صفة لعقد إخراج به المرأة إذا وهبت أو التزمت ثلث مالها ولها زوج أو عن التزم ثلث ماله للشخص فإنه يلزم من غير موت والوصية لا تلزم إلا بالموت، وقوله (أو نيابة عنه بعده) عطف على (حقاً) معناه أو يوجب نيابة عن عاقده بعد موته فيدخل الإيصاء بالنيابة عن الميت[1].

وذكر تعريف للحنفية وناقشه "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق الشرع".

فقال: والتمليك إعطاء لمنافع أو ذوات وذلك شامل لجميع الممتلكات بل وكذلك المعاوضات فإن فيها تمليكاً.

قوله: "مضاف إلى ما بعد الموت" أخرج به التمليك الواقع فى الحياة.

قوله: "بطريق الشرع" أخرج به إن مات زيد ملكتك هذه الدار، لأن ذلك التمليك مضاف بعد الموت لا بطريق الشرع.

فإنه صير الوصية تمليكاً بعد الموت، والتمليك يستدعى لزوم ما ملك للغير، غايته أنه استلزمه بشرط الموت، وليس معنى الوصية ذلك بل الوصية إنما تلزم بالموت، وذلك هو خاصتها وهو اللوم بالموت، ومنها أن ذلك يصدق على التدبير، لأنه تمليك من السيد لعبده بعد موته لنفسه لطريق الشرع فحده غير مطرد، ويرد عليه إذا حكم القاضى بإرث بعد موت رجل.

أتى الخرشى بنفس شرح الرصاع لمن زاد قوله "وانظر قوله "يوجب حقا فى ثلث

(٢) شرح حدود ابن عرفة (٦٨١/٢)، مواهب الجليل (٥١٣/٨)، بلغة السالك لأقرب المسالك (٣١٦/٤)، حاشية الخرشي (٤٥٦/٨)، حاشية لدسوقي (٤٢٢/٤).

عاقده" مع قوله إنها تجب إذا كان على الموصى دين مع أنها لم توجب حقاً في ثلث العاقد بل في جميع ماله، وقد يجاب بأن الدين إن لم يعلم إلا بإقراره فهو وصية وإن كان ثابتاً بالبينة فالوصية لم توجبه عليه وإنما أوجبه عليه البينة.

لم يشرح صاحب المواهب وكذلك الدسوقي في الحاشية، وكذلك الصاوي في بلغة السالك.

(٣) تعريف الوصية عند الشافعية:

التعريف الأول: تبرع بحق مضاف ولو تقديراً لما بعد الموت(١).

التعريف الثاني: تفويض في تصرف خاص بعد الموت(٢).

قال الرملي بعد التعريف:

"ليس بتدبير ولا تعليق عتق وإن التحقا بها حكماً كالتبرع المنجز في مرض الموت أو الملحق به"(٣).

(٤) تعريف الوصية عند الحنابلة:

التعريف الأول: هي التبرع بعد الموت(٤).

التعريف الثاني: الأمر بالتصرف بعد الموت(٥).

---

(١) نهاية المحتاج إلي شرح المنهاج (٤٦)، روضة الطالبين (٩٢/٥)، حاشية قليوبي علي كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين (٢٣٨/٣)، مغني المحتاج (٣٩/٣).

(٢) كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار (ص/٤٥٤)، شرح التنبيه (٥٤١/٢).

(٣) نهاية المحتاج (٤٠/٦)، لم يورد النووي في الروضة التعريف والذي أورده المحققان، وذكر الشربيني في مغني المحتاج نفس كلام الرملي، وكذلك القليوبي في حاشيته، لم يورد السيوطي في شرح التنبيه شرح لما ذكر من تعريف، وكذلك صاحب كفاية الأخيار.

(٤) المغني (٤١٤/٦)، الإنصاف (١٨٣/٧)، مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهي (٤٤١/٤).

(٥) معونة أولي النهي (١٢٦/٦)، شرح منتهي الإرادات (٤٥٣/٢).

لم يذكر صاحب المغني ولا الشرح الكبير شرحاً للتعريف.

قال المرداوي:

قال في المستوعب: وفي حده اختلاف من وجوه:

أحدهما: أنه يدخل فيه تبرعه بهباته وعطاياه المنجزة في مرض موته، وذلك لا يسمى وصية.

ويخرج منه: وصية بما زاد على الثلث، فإنها وصية صحيحة موقوفة على إجازة الورثة.

ويخرج عنه أيضاً: وصية بفعل العبادات وقضاء الواجبات والنظر في أمر الأصاغر من أولاده وتزويج بناته ونحو ذلك(١).

قال الرحيباني في مطالب أولى النهى بعد التعريف:

"كأن يوصى إلى إنسان يتزويج بناته أو غسله أو الصلاة عليه إماماً أو الكلام على صغار أولاده أو تفرقة ثلثه ونحوه"(٢).

---

(١) الإنصاف (١٨٣/٧).

(٢) مطالب أولي النهي (٤٥٣/٤)، وهو نفس كلام الفتوحي في معونة أولي النهي: "وأتي البهوتي بنفس الكلام السابق وزاد" قوله (بعد الموت) مخرج للوكالة والوصية بمال التبرع به بعد الموت بخلاف الهبة" (٤٥٣/٢).

الاعتراضات على التعاريف

التعريفات:

أولاً: عند الحنفية:

التعريف الأول: يؤخذ عليه أنه لا يشمل الإسقاطات لأن التعريف ينص على التمليك، كما أن الوصية لا يشترط أن يكون تمليكاً فى كل الحالات كالوصية ببيع شئ معين لشخص معين وكتأجيل الدين.

التعريف الثانى: لا يشمل الوصية بأداء واجبا ت عليه أنه ما أوصى على نفسه بل هى واجبة بإيجاب الشارع، ثم أن هذا التعريف يتكلم عن أثر الوصية.

ثانياً: عند المالكية:

يؤخذ على تعريف المالكية أنه لم يأخذ الوصية بالواجبات كالديون سواء كانت لله أو للعباد واقتصر التعريف على الوصية بالثلث كتبرع.

ثالثاً: عند الشافعية:

التعريف الأول: يؤخذ عليه أنه تبرع وترك الوصية بالواجبات.

التعريف الثانى: يؤخذ عليه أنه عام والوصية والوصاية والذى نريد تحديد مفهومه الوصية.

رابعاً: عند الحنابلة:

التعريف الأول: يؤخذ عليه أنه تبرع وترك الوصية بالواجبات.

التعريف الثانى: يؤخذ عليه أنه جعل الوصية للوجوب والوجوب لا يكون إلا فى واجب.

وقفة عند التعاريف السابقة.

يلاحظ ما يلى:

أ- لا يشمل الوصية بأداء الواجبات التى عليه كالزكاة ورد الودائع.

ب- لا يشمل الوصية لإسقاط ديونه على الغرماء.

التعريف المختار: تصرف فى التركة مضاف إلى ما بعد الموت[1]، فهو يشمل ما يلى:

١- التمليكات والإسقاطات.

٢- تقرير المرتبات.

٣- تقسيم التركة ويكون بالمنافع والأعيان.

وكان هذا التعريف شاملاً لجميع أنواع الوصايا سواء كانت واجبة أو مندوبة وسواء كانت بالمال أو بغيره فإن لفظ تصرف يشمل ذلك كله.

ويدّعى كثير من الكتّاب أن هذا التعريف جديد ومبتكر من قبل رجال القانون كما ذكر محمد أبو زهرة فى كتابه شرح قانون الوصية[2].

وبعد عرض هذه التعاريف ومناقشتها سنسير على جعل الوصية قاصرة على التصرف فى المال تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، لأن الوصية بهذا المعنى هى التى تدخل فى موضوع البحث، أما الوصية بمعنى الإيصاء فإن بحثها يكون فى موضوع الولاية على النفس والمال.

---

(١) حاشية البرلسي علي شرح منهاج الغالبين (١٧٧/٣)، القانون المصري مادة (١)، القانون الكويتي مادة (٢١٢)، القانون السوري مادة (٢٠٧).

(٢) شرح قانون الوصية لمحمد أو زهرة (ص/١١ - ١٢).

المبحث الثانى

مشروعية الوصية وصفتها

أولاً: مشروعية الوصية:

الوصية مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع:

أما الكتاب:

(١) قال تعالى: (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين)[١].

(٢) قوله تعالى: (من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار وصية من الله والله عليم حليم)[٢].

(٣) قوله تعالى: (يا أيها الذين ءامنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو ءاخرون من غيركم إن أنتم ضربتم فى الأرض فأصابتكم مصيبة الموت تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله إن ارتبتم لا نشترى به ثمناً ولو كان ذا قربى ولا نكتم شهادة الله إنا إذاً لمن الآثمين)[٣].

وجه الاستدلال من الآيات:

أن الله جعل من الحقوق المتعلقة بالتركة الواجبة النفاذ وصية صاحب المال، فلو كانت الوصية غير مشروعة ما نطق بها الكتاب ملزماً المسلمين بها موجباً احتراماً.

(١) سورة البقرة - الآية (١٨٠).
(٢) سورة النساء - الآية (١٢).
(٣) سورة المائدة - الآية (١٠٦).

أما السنة:

(١) عن ابن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: "ما حق امرئ مسلم، له شئ يوصى فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده"[١].

(٢) حديث عمرو بن خارجة رضى الله عنه: "أن الله أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث"[٢].

(٣) عن أبى هريرة - رضى اله عنه - أن رسول الله ﷺ قال: "إن الله تعالى تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم وجعل ذلك زيادة فى أعمالكم"[٣].

وجه الاستدلال من الأحاديث:

أن النصوص النبوية دلت على مشروعية الوصية فالله قد أباح لنا أن نتصرف بثلث أموالنا نضعه فى أى وجه من وجوه الخير لنتلافى بعض ما فرطنا فى الأيام التى مضت من عمرنا.

الإجماع:

فقد أجمع الفقهاء على جواز الوصية ولم يؤثر على واحد منهم منعها.

حكمة:

حكمة مشروعية كل التبرعات وهو تحصيل فائدة الخير فى الدنيا ونوال الثواب فى الآخرة. لذا شرعها تمكيناً من العمل الصالح ومكافأة لمن أسدى للمرء معروفاً وصلة للرحم والأقارب غير الوارثين وسد حاجة المحتاجين وتخفيف الكرب عن الضعفاء

(١) صحيح البخاري - كتاب الوصايا - باب الوصايا وقول النبي ﷺ وصية الرجل مكتوبة عنده (٢٥٣/٣).
(٢) أخرجه أبو داود - كتاب الوصايا - باب ما جاء في الوصية للوارث (٢٩٠/٣) - رقم (٢٨٧٠).
(٣) أخرجه ابن ماجة - كتاب الوصايا - باب الوصية بالثلث (٩٠٤/٢) - رقم (٢٧٠٩).

والبؤساء والمساكين، وذلك بشرط التزام المعروف والعدل وتجنب الأضرار.

ثانياً: صفة مشروعية الوصية:

اختلف أهل العلم في حكم الأصل في الوصية بعد إجماعهم على مشروعيتها على قولين:

القول الأول: ذهب عامة الفقهاء إلى استحباب الوصية وهو قول أبي حنيفة[1]، ومالك[2]، والشافعي[3]، وأحمد[4]، في المشهور من مذهبه والنخعي، والثوري، وسالم بن عبد الله بن عمر، وسليمان بن يسار، وعمرو بن دينار، ومحمد بن سيرين، والأوزاعي، وغيرهم[5].

جاء في رد المحتار: "واجبة بالزكاة والكفارة وفدية الصيام والصلاة التي فرد فيها ومباحة لغني ومكروه لأهل فسوق وإلا مستحبة ولا تجب للوالدين والأقربين، لأن آية البقرة منسوخة بآية النساء[6].

وجاء بلغة السالك لأقرب المسالك: "الوصية مندوبة"[7].

---

(١) رد المحتار علي الدر المختار (٣٣٦/١٠)، الاختيار لتعليل المختار (٦٢/٥)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (١٨٢/٦)، تكملة فتح القدير (٤٤٢/١٠)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٨/ ٤٦٠).

(٢) مواهب الجليل (٥١٣/٨)، بلغة السالك لأقرب المسالك (٣١٦/٤)، المقدمات الممهدات (٨/ ٤٦٠).

(٣) الأم (١١٩/٤، ١٣١)، نهاية المحتاج إلي شرح المنهاج (٦/ ٤٠)، تحفة المحتاج بشرح المنهاج (٣/٧)، حاشيتا قليوبي وعميرة (٢٣٨/٣)، مغني المحتاج (٣٩/٣)، روضة الطالبين (٩٣/٥).

(٤) المغني لابن قدامة (٤١٤/٦)، الممتع في شرح المقنع (١٩٧/٤)، الإنصاف (١٨٩/٧)، الفروع لابن مفلح (٦٥٩/٤)، كشاف القناع (٣٣٥/٤)، معونة أولي النهي (١٢٧/٦)، شرح منتهي الإرادات (٤٥٥/٢).

(٥) المحلي بالآثار (٣٤٩/٨).

(٦) رد المحتار علي الدر المختار (٣٣٦/١٠).

(٧) بلغة السالك لأقرب المسالك (٣١٦/٤).

وجاء في الإنصاف: "الوصية مستحبة هذا المذهب في الجملة وعليه جماهير الأصحاب"[1].

القول الثاني: ذهب إلى وجوب الوصية وهي رواية عن أحمد وجميع أهل الظاهر والزهري وطلحة والزبير وعبد الله بن أبي أوفى وطاووس ومسروق وإلياس بن معاوية وقتادة وابن جرير، ومنذر بن سعيد[2]، وأبي مجلز والحسن البصري، وجابر بن زيد[3].

جاء في الحاوي الكبير[4]: "ذهب أهل الظاهر مع من قدمنا ذكره في تفسير الآية إلى وجوبها للأقارب.

وجاء في الإنصاف: "وعنه تجب لقريب غير وارث اختاره أبو بكر"[5].

وجاء في المحلى بالآثار: "الوصية فرض على كل من ترك مالاً"[6].

---

(١) الإنصاف (١٨٩/٧).

(٢) مواهب الجليل (٥١٣/٨).

(٣) الحاوي (١٨٦/٨).

(٤) الحاوي الكبير (١٨٨/٨).

(٥) الإنصاف (١٨٩/٧).

(٦) المحلي بالآثار (٣٤٩/٨).

أدلة القائلين باستحباب الوصية

أولاً: من الكتاب:

استدلوا بما يلي:

قوله تعالى: (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية)[1].

أ- وجه الاستدلال من الآية نسخ الوجوب وبقي الاستحباب في حق من لا يرث كما قال ابن عباس رضي الله عنهما (كان المال للولد وكانت الوصية للوالدين فنسخ الله من ذلك ما أحب فجعل للذكر مثل حظ الأنثيين، وجعل للأبوين لكل واحد منهما السدس، وجعل للمرأة الثمن والربع، وللزوج الشطر والربع)[2].

ب- أن قوله بالمعروف لا تقتضي الإيجاب وكان هذا موكولاً إلى اجتهاد الميت ونظر الموصي[3].

جـ- أنه قال على المتقين وليس يحكم على كل أحد أن يكون من المتقين وهذا يدل على كونه ندباً، لأنه لو كان واجباً لكان على جميع المسلمين[4].

ولذا عندما خص الله من يتقى دل على أنه غير لازم إلا فيما يتوقع تلفه إن مات، وبترك الوصية كان تضييعاً له وتقصيراً منه.

د- أنه يخص المتقين بها والواجبات لا تختلف فيها المتقون وغيرهم[5].

(١) سورة البقرة - الآية (١٨٠).
(٢) صحيح مسلم - كتاب الوصية (١٦٢٧)، (١٢٤٩/٣).
(٣) أحكام القرآن للجصاص (٢٠٢/١) - ط مكتبة عبد الرحمن محمد - القاهرة.
(٤) أحكام القرآن للجصاص (٢٠٣/١)، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٢٦٧/٢)، والتفسير الكبير للإمام الفخر الرازي (٦٤٠/١).
(٥) أحكام القرآن للجصاص (٢٠٣/١).

ثانياً: من السنة:

واستدلوا بما يلي:

(١) عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رجل للنبي ﷺ يا رسول الله أي الصدقة أفضل؟ قال: "أن تتصدق وأنت صحيح حريص تأمل الغنى وتخشى الفقر، ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم قلت لفلان كذا ولفلان كذا وقد كان لفلان"[1].

(٢) عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ قال: "لأن يتصدق المرء في حياته بدرهم خير له من أن يتصدق بمائة عند موته"[2].

وجه الاستدلال:

قالوا لأن الوصية لو وجبت لأجبر عليها ولأخذت من ماله إذا امتنع منها كالديون والزكوات ولأن الوصايا عطايا فأشبهت الهبات.

ثالثاً:

أن النبي ﷺ مات ولم يوص ولم ينقل إلينا من الصحابة من قال بالوجوب فدل ذلك على استحباب الوصية.

هذا ما استدل به الفريق الأول على الاستحباب.

(١) البخاري - كتاب الوصايا - باب الصدقة عند الموت (٢٧٤٨)، (٢٥٦/٣)، ومسلم كتاب الزكاة - باب بيان أن أفضل الصدقة صدقة صحيح (١٠٣٢)، (٧١٦/٢).
(٢) رواه أبو داود في سننه - كتاب الوصايا - باب ما جاء في كراهية الإضرار في الوصية (٢٨٦٦)، (٢٨٨/٣).

أدلة القائلين بوجوب الوصية للأقارب

بالكتاب والسنة:

أما الكتاب: أن الآية ليست منسوخة واستدلوا من عدة وجوه:

الوجه الأول: أن هذه الآية ليس فيها مخالفة لآية المواريث، ومعناها كتب عليكم ما أوصى به الله تعالى من توريث الوالدين والأقربين من قوله تعالى: (**يوصيكم الله فى أولادكم**)(١). أو كتب على المحتضر أن يوصى للوالدين والأقربين بتوفير ما أوصى به الله لهم عليهم وأن لا ينقص من أنصبائهم.

الوجه الثانى: أنه لا منافاة بين ثبوت الميراث للأقرباء مع ثبوت الوصية بالميراث عطية من الله تعالى، والوصية عطية ممن حضره الموت، فالوارث جمع له بين الوصية والميراث بحكم الآيتين.

الوجه الثالث: لو قدرنا حصول المنافاة لكن يمكن جعل آية الميراث مخصصة لهذه الآية وذلك لأن هذه الآية توجب الوصية للأقربين، ثم آية الميراث تخرج القريب الوارث ويبقى القريب الذى لا يكون وارثاً داخلاً تحت هذه الآية، وذلك لأن من الوالدين من يرث ومنهم من لا يرث، وذلك بسبب اختلاف الدين والقتل والرق، ومن الأقارب الذى لا يسقطون فى فريضة من لا يرث بهذه الأسباب الحاجبة، ومنهم من يسقط فى حال ويثبت فى حال، إذا كان فى الواقعة من هو أولى بالميراث منهم، ومنهم من يسقط فى كل حال إذا كانوا ذوى رحم فكل من كان من هؤلاء وارثاً لم تجز الوصية له، ومن لم يكن وارثاً جازت الوصية له لأجل صلة الرحم، فقد أكد الله تعالى ذلك

(١) سورة النساء - الآية (١١).

بقوله: (**واتقوا الله الذى تساءلون به والأرحام**)(١)، وبقوله: (**إن الله يأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذى القربى**)(٢)،(٣).

الوجه الرابع: أن الذى نسخ الوصية للوالدين والأقارب الذين يرثون وأما الذى لا يرث فليس فى الآية ولا فى تفسير ابن عباس ما يقتضى النسخ فى حقه(٤).

وذكر ابن جرير أدلة على عدم النسخ وذلك بما يلى(٥):

أ- أن النسخ يحتاج إلى حجة قائمة.

ب- أنه لا يقال بالنسخ إلا عند عدم الجمع، وآيات المواريث مع آية الوصية يمكن اجتماعهما من قبل الخاص والعام.

ونذكر كلام ابن جرير بتمامه ذلك لأنه أكثر من دلل على وجوب الوصية من خلال هذه الآية لأن القائلون استند إلى هذه الآية من خلال كلام ابن جرير: (فإن قال قائل: أو فرض على الرجل ذى المال أن يوصى لوالديه وأقربيه الذين لا يرثونه؟

قيل: نعم.

فإن قال: فإن هو فرط فى ذلك، فلم يوص لهم، أيكون مضيعاً فرضاً يحرج(٦) بتضييعه؟

(١) سورة النساء - الآية (١).
(٢) سورة النحل - الآية (٩٠).
(٣) مفاتيح الغيب للرازي (٥٣/٥).
(٤) فتح الباري لابن حجر (١٤٥١/٥).
(٥) تفسير الطبري (٢٨٤/٣٠).
(٦) يحرج بمعني: يأثم.

قيل: نعم.

فإن قيل: وما الدلالة على ذلك؟

قيل: قول الله تعالى ذكره: **(كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين)**[1].

فاعلم أنه كتبه علينا وفرضه، كما قال: **(كتب عليكم الصيام)**[2].

ولا خلاف بين الجميع أن تارك الصيام وهو عليه قادر، مضيع بتركه فرضاً لله عليه، فكذلك هو بترك الوصية لوالديه وأقربيه، وله ما يوصى لهم فيه، مضيع فرض الله عز وجل.

فإن قال: فإنك قد علمت أن جماعة من أهل العلم قالوا: الوصية للوالدين والأقربين منسوخة بآية الميراث.

قيل لهم: وخالفهم جماعة غيرهم، فقالوا: هي محكمة، غير منسوخة، وإذا كان في نسخ ذلك تنازع بين أهل العلم، لم يكن لنا القضاء عليه بأنه منسوخ إلا بحجة يجب التسليم لها، إذا كان غير مستحيل اجتماع حكم هذه الآية، وحكم آية المواريث، في حال واحدة، على صحة، على غير مدافعة حكم إحداهما حكم الأخرى، وكان الناسخ والمنسوخ هما المعنيان اللذان لا يجوز اجتماع حكمهما على صحة، في حالة واحدة، لنفي أحدهما صاحبه[3].

ثم قال ابن جرير - رحمه الله - (وبما قلنا جماعة من المتقدمين ومن المتأخرين)، فذكر جملة من أقوال السلف، كمسروق والضحاك الدالة على وجوب الوصية للأقارب غير الوارثين، وبعض هذه الأقوال، تدل على الوجوب مطلقاً.

---

(١) سورة البقرة - الآية (١٨٠).
(٢) سورة البقرة - الآية (١٨٣).
(٣) تفسير الطبري (٣/٣٨٤).

ثانياً: أما من السنة فاستدلوا بعدة أحاديث:

١- عن أبي هريرة أن رجلاً قال لرسول الله ﷺ: إن أبي مات ولم يوص فهل يكفر عنه أن أتصدق عنه؟ قال عليه الصلاة والسلام: "نعم"[1].

وجه الاستدلال من الحديث:

يدل على إيجاب الوصية، ولأن يتصدق عمن لم يوص ولابد، لأن التكفير لا يكون إلا في ذنب، فبيّن عليه الصلاة والسلام أن ترك الوصية يحتاج فاعله إلى أن يكفر عنه ذلك، بأن يتصدق عنه وهذا ما لا يسع أحد خلافه.

٢- عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله - ﷺ - قال: "ما حق امرئ له شئ يوصى به يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده"[2].

وجه الاستدلال من الحديث:

أن الحديث دل على أن المسلم لا يجوز له أن يتجاوز الليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده وهذا يدل على الوجوب.

مناقشة الجمهور لأدلة القائلين بالوجوب:

أولاً: أجابوا عن الآية بأنها منسوخة كما قال ابن عباس - رضي الله عنهما -: كان المال للولد وكانت الوصية للوالدين، فنسخ الله من ذلك ما أحب، فجعل للذكر مثل حظ الأنثيين، وجعل للأبوين لكل واحد منهما السدس، وجعل للمرأة الثمن والربع، وللزوج الشطر والربع[3].

---

(١) مسند أحمد (٤/٣٧١).
(٢) سبق تخريجه (ص/ ١٠).
(٣) أرجه البخاري - كتاب الوصايا - باب لا وصية لوارث (٢٧٤٧) (٣/٢٥٤).

ثانياً: أجابوا عن حديث ابن عمر فقالوا: قد اقترن بهذا الحديث ما يدل على الندب وهو تفويض الوصية على إرادة الموصى حيث قال: له شئ يريد أن يوصى فيه[1]، فلو كانت واجبة لما علقها على إرادته.

رأينا في أدلة القائلين بالوجوب والرد عليها من عدة وجوه:

الوجه الأول: وضوح المخالفة بين آية الميراث وآية الوصية، لأن الوصية في الآية لجميع المال، وهذا كان في أول الإسلام كما ذكره ابن عباس - رضى الله عنهما - في صحيح البخاري[2]، ولم يكن هناك تحديد نصيب كل وارث، وإنما يتحدد نصيب كل وارث بموجب وصية الموصى، بخلاف آية الميراث حيث حددت نصيب كل وارث، وأصبحت الوصية لمن أراد أن يوصى في حدود الثلث.

الوجه الثاني: أن الوصية بنصيب الوارث من غير زيادة ولا نقص لا فائدة منها، وآية الوصية على هذا النحو لا يوجد فيها حكم بل هي تأكيد لآية الميراث، والقاعدة تنص على: "أن التأسيس أولى من التأكيد"[3]. ومعنى القاعدة أن الكلام إذا دار بين أن يفيد وبين أن يؤكد معنى سابقاً كان حمله على إفادة المعنى الجديد أولى من حمله على التأكيد وكما قالوا الإفادة خيرٌ من الإعادة، وعلى قولهم هذا أن آية الوصية مؤكدة لآية الميراث.

الوجه الثالث: منع التخصيص، لأن التخصيص إخراج لبعض أفراد العام والواقع أن آية الميراث نصت على نصيب الوالدين وآية الوصية نصت على الوصية للوالدين فأين التخصيص.

---

(١) صحيح مسلم - كتاب الوصية (١٦٢٧) (٣/١٢٤٩).
(٢) البخاري في صحيحه - كتاب الوصايا - باب لا وصية لوارث (٣/٢٥٤).
(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص/١٣٥)، والأشباه والنظائر لابن نجيم (ص/١٤٥).

الوجه الرابع: أن الوالدين المذكورين في آية الوصية غير مقيدين ولا يصح تقييدهما بغير الوارثين لأن التقييد يحتاج إلى دليل مستقل.

الوجه الخامس: آية الوصية لم تبين قدر الوصية الواجب ولم تحدد مستحق الوصية من الأقربين ولم تحدد وقت وجوب الوصية ومتى يوصى، ولا يكون الواجب في الشريعة بهذه الجهالة، القدر الواجب والكيفية وزمان الوجوب.

والذي نراه بعد هذه المناقشة هو ما ذهب إليه الجمهور من أن الأصل في الوصية الاستحباب وهذا لا يعني انتفاء باقي الأحكام عن الوصية، إذ شأنها شأن سائر التصرفات التي تعتريها الأحكام التكليفية الخمسة عند الطوارئ فتكون واجبة من عليه دين أو من عنده وديعة أو عليه نذر أو كفارات أو زكاة، وتكون مندوبة في وجوه الخير لأهل العلم والصلاح وتكون مكروهة إذا كانت لأهل الفسق خشية أن يستعين بها الفاسق على فسقه وتكون محرمة إذا كانت لمعصية وتكون مباحة وهي الوصية لصديق أو لغني لم يوصف بالعلم أو الصلاح.

المبحث الثالث

طبيعة الإلزام القانونى بالوصية ومدى مشروعيته

أولاً: طبيعة الإلزام القانونى بالوصية:

توجهت قوانين الأحوال الشخصية فى النصف الثانى من القرن العشرين إلى النص على الإلزام بالوصية فى حالات خاصة وأسمتها بالوصية الواجبة وصفة الإيجاب هذه ليست من الأحكام الشريعة وإنما من الأحكام القانونية حتى التبس على البعض حقيقة هذا الإيجاب ولذلك رأيت من المستحسن إطلاق صفة الإلزام القانونى بدلاً من صفة الإيجاب لهذا النوع من الوصايا.

والوصية الواجبة بالشكل الذى نصت عليه القوانين هو مما استحدثه المشرعون فى القانون وهو نوع جديد من الوصايا اتخذت صفة الوجوب لكونها تنفذ قضائياً لا دينياً لفئة حددها القانون بشروط معينة وفئة مخصوصة وهم الحفدة الذين يموت أبوهم أو أمهم فى حياة جدهم أ جدتهم، وكانوا لا يرثون شيئاً بعد موت جدهم أو جدتهم لوجود من يحجبهم عن الميراث، فجاء قانون الوصية الواجبة حيث أوجبت لهم نصيب معين من تركة جدهم أو جدتهم سواء رضى الورثة أو لم يرضوا وأول قانون أوجب الوصية للحفدة القانون المصرى برقم (٧١) لسنة (١٩٤٦/٧/١)، ثم تبعه القانون السورى المعمول به من عام (١٩٥٣)، ثم القانون الكويتى رقم (٥) سنة (١٩٧١)، ثم القانون الأردنى رقم (٦١) لسنة (١٩٧٦/١٢/١) على اختلاف فى بعض التطبيقات بين تلك القوانين وعلى هذا تكون الوصية للحفدة واجبة بحكم القانون.

ويمكن تعريف الوصية الواجبة فى القانون بأنها "جزء من التركة يستحقه أبناء الابن (وإن نزلوا) المتوفى قبل أبيه إذا لم يكونوا وارثين، وأولاد البنات من الطبقة

الأولى (ابن البنت أو بنت بنت) وذلك بمقادير وشروط خاصة على أنه وصية وليس ميراثاً".

حقيقة هذه الوصية:

الأصل فى الوصايا أن تكون اختيارية إلا أن هذه الوصية لا اختيار فيها ولكنها لازمة وتنفذ بحكم القانون أراد الموصى أو لم يرد، وهذه الوصية ليست وصية خالصة، ولا ميراثاً خالصاً، ولكنها تشبه الميراث من وجوه، وتخالفه من وجوه، كما أنها تشبه الوصية من وجوه:

أ- أوجه الشبه بين الوصية الواجبة والميراث:

١- أنه توجد وإن لم ينشئها المتوفى.

٢- أنها لا تحتاج إلى قبول.

٣- أنها لا ترتد برد الموصى له بخلاف غيرها.

٤- أنها تقسم قسمة الميراث.

ب- أوجه الخلاف بين الوصية الواجبة والميراث:

١- أنه يغنى عنها ما أعطاه الجد للفرع بخلاف الميراث.

٢- أن كل أصل يحجب فرعه دون فرع غيره، أما فى الميراث فالأصل يحجب فرعه ويحجب فرع غيره إذا كان أبعد منه.

٣- أن هذه الوصية وجبت للفروع عوضاً لهم مما فاتهم من ميراث أصلهم لموته قبل أن يرث الأصل من أصله، والميراث ثبت من غير أن يكون عوضاً من حق فائت.

جـ- أوجه الشبه بين الوصية الواجبة والوصية:

١- أنها تجب فى حدود الثلث.

٢- أنها تقدم على الورثة.

٣- تقدم على الميراث وعلى سائر الوصايا الاختيارية.

كما جاء فى المادة الثالثة من قانون الوصية ما نصه: "الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا"، فهذه هى حقيقة الوصية الواجبة والتى وردت فى القانون.

ثانياً: مدى مشروعية الإلزام القانونى بالوصية:

حاول شراح القانون أن يجعلوا لهذه الوصية الإلزامية سنداً شرعياً مركباً من عدة اتجاهات فقهية وقاعدة شرعية جعلوها أدلة على مشروعية هذه الوصية والأدلة هى كما جاءت فى المذكرة الإيضاحية لكل من القانون المصرى والكويتى ما يلى:

(١) الأصل فى هذا قوله تعالى: (**كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين**)[١].
فإن هذه الآية وإن كان جمهور الفقهاء على أنها منسوخة كلياً إلا أن بعض التابعين ومن بعدهم أن المنسوخ هو وجوب الوصية للوارث من الأقربين فقط كما بيّنا[٢].

(٢) مذهب ابن حزم وهو إعطاء جزء من مال المتوفى للأقربين غير الوارثين على أنه وصية وجبت فى ماله إذا لم يوص.

(٣) قصر الأقارب غير الوارثين على الأحفاد بالترتيب الذى بيّنه القانون وتحديد الواجب لهم بمثل نصيب أبيهم أو أمهم فى حدود الثلث مع تقسيمه بينهم

(١) سورة البقرة - الآية (١٨٠).
(٢) انظر: (ص/ ١٠).

قسمة الميراث مبنى على القاعدة الشرعية" أن لولى الأمر أن يأمر بالمباح لما يراه من المصلحة العامة ومتى أمر به وجبت طاعته"[١]، وبناء على ذلك يكون لولى الأمر أن يتدخل ويحدد الأقربين بأولاد الأولاد على الترتيب المذكور بالقانون.

(٤) أن السبب فى تشريع هذه الوصية هو نظرتهم إلى الشخص الذى يموت فى حياة أصله ويترك أولاداً فيترتب على ذلك عند وفاة الأصل حرمان هؤلاء الأحفاد من الميراث لأنهم يحجبون بأعمامهم وهم أخوة الفرع الذى مات فى حياة أصله وهؤلاء الأحفاد غالباً ما يكونوا فى حاجة ماسة إلى المال وهذا المال المحرومون منه قد يكون أبوهم الذى مات فى حياة أصله قد شارك فى تكوينه وإنمائه ولم يحرمهم منه سوى وفاته، فكان سبب إنشاء هذه الوصية.

هذه الأدلة التى استند إليها القانون المصرى والكويتى.

مناقشة هذه الأدلة:

(١) بالنسبة للآية قصروا الوصية فيها على الحفدة وليس كنص الآية بكل محتاج من الأقارب غير الورثة، كما أن الآية منسوخة بقول جمهور الفقهاء كما بيّنا[٢] خلافاً للبعض ولا يتأتّى أن نقدم مذهب البعض على مذهب عامة الفقهاء ما لم يقم الدليل القوى عليه وهذا غير قائم، كما أن الآية لم يتحدد قدراً معيناً يوصى به الإنسان بل تركت ذلك التقدير للموصى بما يحقق العدالة والمصلحة، فأين وجه الشاهد من هذه الآية على الوصية الواجبة.

(٢) استنادهم على مذهب ابن حزم غير صحيح لأن ابن حزم لم يحد الوصية بالأحفاد بل ولم يحدها بالفروع أصلاً ولكن أطلقها فى الأقرباء من غير

(١) المنثور للزركشي.
(٢) انظر: (ص/ ١٠).

الورثة يقول ابن حزم: "فإن كان والده أو أحدهما على الكفر أو مملوكاً ففرض عليه أيضاً أن يوصى لهما أو لأحدهما إن لم يكن الآخر كذلك، فإن لم يفعل أعطى أو أعطيا من المال ولابد ثم يوصى فيما شاء بعد ذلك، فإن أوصى لثلاثة من أقاربه المذكورين أجزأه"(١). فابن حزم يجعل الوصية لصنفين الوالدين والأقربين فكيف يستندون إلى مذهبه فى تخصيص الحفدة بهذه الوصية كما أن ابن حزم لم يقدر هذه الوصية خلافاً للقانون الذى حددها بما لا يتجاوز الثلث.

بل جعلها وفقاً لما تطيب له نفس الموصى خلافاً للقانون الذى جعلها بمثل نصيب من مات فى حياة أصله وجعل تقسيمها على الأحفاد قسمة ميراث، بل إن القانون لم يلتزم رأى ابن حزم كلياً بل خالفه من جهة المستفيدين ومن مقدار الوصية وكيفية التوزيع فكيف استند القانون لهذه الوصية بقول ابن حزم.

ثم إن ابن حزم اكتفى بأقل جزء من المال يوصى به ولا حد لذلك بل ما رآه الورثة أما الوصية الواجبة فقد حددته فى مقدار نصيب والد الحفيد بشرط ألا يزيد على الثلث، كما أن ابن حزم قال: من مات ولم يوص ففرض أن يتصدق عنه بما تيسر ولابد(٢). جعل ابن حزم ما يخرج بعد الموت صدقة.

ثم إن قول ابن حزم ضعيف وشاذ كيف يؤخذ به وترك قول عامة الفقهاء إلا إذا كان هناك دليل واضح هذا غير قائم.

(٣) استنادهم فى قصر الأقارب على الأحفاد بالترتيب الذى بينه القانون على قاعدة أن: "لولى الأمر أن يأمر بالمباح لما يراه من المصلحة العامة ومتى أمر به وجبت طاعته" فيرد عليه بما يلى:

(١) المحلي (٣٨٤/٩).
(٢) المحلي (٣٨٢/٦).

١- أن الأمر ليس مباحاً ولكن محرم لما فيه من اقتطاع جزء من التركة أثبته القرآن حقاً للورثة وهو محرم وليس مباحاً(١).

٢- أى مصلحة فى إعطاء البعض وحرمان البعض الآخر مع اشتراكهم فى سبب الإعطاء، أى مصلحة فى إعطاء الحفدة الغير وارثين وحرمان الوالدين غير الوارثين أو الجد أو الجدة غير الوارثين، وكيف تفرض الوصية على الجد أو الجدة للحفدة غير الوارثين ولا تفرض على الحفدة للجد أو الجدة غير الوارثين(٢).

٣- ليس للإمام أن يتدخل فى ملك الإنسان ويتصرف فيه إلا إذا تعسف فى استعمال الحق وليس هذا موجوداً، ثم إن الولاية الخاصة تقدم على الولاية العامة.

٤- أن الله تعالى هو الذى حرم الحفدة فكيف يرد لهم بالوصية الواجبة.

٥- ثم على أى أساس تقسم قسمة ميراث.

(٤) أما استنادهم على الحاجة فنقول: أن الإرث حقّ وليس صدقة، ولهذا فإن مناط الإرث القرابة، وليس الحاجة ثم إن الحاجة ليست متأكد فى أولاد الابن فربما كانوا من الأغنياء، ثم إذا كان الشخص الذى يموت فى حياة أصله شارك فى هذا المال وحرموا منه ابناءه فهناك أشخاص يموتون فى حياة أصلهم ولم يشاركوا فى هذا المال بل قد يكونون فقراء ومن هنا يتبين أن القانون ليس له أى سند شرعى على هذه الوصية، ولم يقل أحد من الفقهاء بهذه الوصية على الشكل المبين فى القانون، وإنما هو إلزام قانونى ليس له مستند شرعى.

(١) مذكرة في الوصية الواجبة للدكتور أحمد الكردي (ص/١٩١).
(٢) الوصية وأحكامها محمود علي أحمد إبراهيم (ص/٤٨٦).

(٥) أن من أوجب الوصية لعموم الأقارب وهؤلاء احتجوا بقولهم على إيجابها لأحفاد، فمن أين لهم هذا التخصيص ولماذا لو يوجبوها للوالدين غير الوارثين وللإخوة وسائر الأقارب.

(٦) أن القائلين بوجوب الوصية لم يروا الإلزام بها إذا مات ولم يوص وإنما اختلفوا فيما إذا أوصى لأجنبي وترك الأقارب هل تنقض فتصرف للأقارب أم لا ولم يتعارضوا لإيجابها إذا مات ولم يوص لأقاربه غير الوارثين.

(٧) أن قول ابن حزم ومن وافقه لا يعد أصلاً شرعياً يستند إليه في حكم كهذا.

المبحث الرابع

المستفيدون بالوصية الإلزامية ورؤيتنا الفقهية

أولاً: المستفيدون بالوصية:

المستحقون للوصية الواجبة في قانون الأحوال الشخصية الكويتي كما نص في المادة الأولى: "إذا لم يوص الميت لفرع والده الذي مات في حياته أو مات معه ولو حكماً، بمقدار حصته مما كان يرثه أصله عن أصله في تركته لو كان حياً عند موته، وجبت للفرع في التركة وصية بمقدار هذه الحصة في حدود الثلث، بشرط أن يكون غير وارث وألا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض من طريق تصرف آخر قدر ما يجب له، وإن كان ما أعطاه أقل منه وجبت له وصية بقدر ما يكمله 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 الميراث كما لو كان أصله أو أصوله الذين يُدلى بهم إلى الميت ماتوا بعده، وكان موتهم مرتباً كترتيب الطبقات ووافقه القانون المصرى مادة (٨٦) على إثبات الوصية لأولاد الابن وإن نزلوا والطبقة الأولى من أولاد البنات، بينما قصر القانون السورى على أولاد الابن وإن نزلوا، فى الفقرة (ج) من المادة (٢٥٧) ووافقه القانون الأردنى على ذلك ونص عليه فى الفقرة (ج) من المادة (١٨٢).

وقد علل القانون السورى بعدم إدخاله الطبقة الأولى من أولاد الأبن من ذوى الأرحام وهو محجوبون مع عدم الأولاد فكيف بهم يورثون معهم.

وعلى هذا يتبين أن القانون الكويتى والمصرى قصر هذه الوصية على طائفتين من الفروع، كما جاء فى القانون المصرى مادة (٧٦) والقانون الكويتى مادة (١):

أبناء من مات من الذكور فى حياة أصلهم وإن نزلوا ويطلق عليه أولاد الظهور مثل ابن الابن وابن ابن ابن.. الخ، وبنت الابن وبنت ابن الابن، وإن نزلن لمحض الذكور.

ويشترط لإيجاب الوصية للفرع الذين ذكروا ما يلى:

(١) أن يكون فرع الولد غير وارث من المتوفى: فإن ورث منه، ولو ميراث قليلاً لم يستحق هذه الوصية.

(٢) ألا يكون المتوفى قد أعطاه ما يساوى الوصية الواجبة بغير عوض عن طريق آخر كالهبة أو الوصية، فإن أعطاه ما يستحقه بهذه الوصية فلا تجب له، وإن أعطاه أقل منها، وجب له ما يكمل مقدار الوصية الواجبة.

وهذا ما جاء فى المادة الأولى من القانون الكويتى ما نصه: "... بشرط أن يكون غير وارث، وألا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض من طريق تصرف آخر قدر ما يجب عليه، وإن كان ما أعطاه أقل منه وجبت له وصية بقدر ما يكمله" وهذا ما نص عليه القانون المصرى مادة (٧٦).

هاتين الطائفتين فقط من الفروع هم من قصر قانون الوصية الواجبة أحكامه عليهم فقط.

ثانياً: رؤيتنا للوصية الإلزامية "الوصية الواجبة":

نرى أن استناد واضعى القانون على مذهب ابن حزم بشأن إيجاب الوصية قد سبق مناقشته وأن الراجح فى المسألة القول باستحباب الوصية لا وجوبها ثم أن قصرها على الأحفاد الذين لا يرثون لم يقل به أحد من الفقهاء.

أما قصر المستفيدين بالوصية ببعض الأقارب دون بعض فتلك مسألة تنظيمية يجب أن تستند لمعايير موضوعية تتفق ومقاصد الشريعة والحكمة من مشروعية الوصية، فإن كان لابد من ذلك فنقول لا نمانع من تدخل ولى الأمر لمعالجة حالات خاصة تفرزها نوائب الدهر فى بعض العصور على أن يساير القانون المتغيرات والطوارئ المستقبلية فما يكون محل رعاية اليوم قد لا يصير فى حاجة إلى تلك الرعاية فى الغد، وما هو مستغنى اليوم قد يكون فى عوز واحتياج فى الغد والذى وجدناه أن قوانين

الأحوال الشخصية التى عالجت تلك الوصية أثبتها من تاريخ صدورها من منتصف القرن الماضى حتى الآن وتناقلتها التقنيات العربية والإسلامية دون مراعاة لظروف كل بلد على حده كما سبق ذلك فى المبحث السابق ونحن نناقش تحديد المستفيدين من الوصية القانونية، لا سيما وأن دولة الكويت أولت رعاية فائقة لأبناء المتوفى وأنشأت لهم هيئة خاصة ترعى شؤونهم ومصالحهم وهى متمثلة فى هيئة شؤون القُصَّر، وبالتالى تنفى العلة القانونية وهى الحاجة والضعف الذى قد يصيب فئة من أبناء الابن.

وإذا نظرنا إلى الوصية الواجبة وأنها أمر واقع فلابد أن نأخذ الاحتياج بعين الاعتبار لأن الأصل فى الوصية أنها من باب الخير والصدقات فيجب أن تكون ملائمة مع غرض الشارع لأن الوصية شرعت ليتدارك الإنسان ما فات وما قصر فى الواجبات فتكون الوصية للأقارب فى فقرائهم دون أغنيائهم، لا سيما إذا كان الأحفاد يتمتعون فى غنى وسعة من الرزق خاصة فى بلدنا الكويت بخلاف بعض الأقارب يكونون فى فقر وعوز هم أشد حاجة لهذه الوصية من الأحفاد.

اهم النتائج والتوصيات

النتيجة الأولي: لم يقل أحد من الفقهاء بالوصية الواجبة على الشكل المبين فى القانون وإنما هو إلزام قانونى.

النتيجة الثانية: أن القانون لم يلتزم بما ألزمه على نفسه من أن الأصل فى تشريع هذا النوع من الوصايا على أساس الفقر والعوز والاحتياج وهو خلاف ما هو موجود حالياً.

النتيجة الثالثة: أدخل القانون من لم يرث أصلاً وهم أولاد البنات من الطبقة الأولى مع أن الوصية الواجبة للفروع الذين حجبوا بأعمامهم.

النتيجة الرابعة: التفريق بين وجوب الوصية والوصية الواجبة.

النتيجة الخامسة: أن القانونيين جعلوا لهذه الوصية الإلزامية سنداً شرعياً مركباً من عدة اتجاهات وبالرغم من ذلك فإن التركيب هذا لا يمت بصلة بالوصية الواجبة المبينة فى القانون.

النتيجة السادسة: أن القانون جعل من يرث ومن لا يرث أصلاً بدرجة واحدة مثل ابن ابن... بنت بنت، وهذا ما لم يقل به أحد من الفقهاء.

النتيجة السابعة: أن أغلب تشريع القوانين العربية الحالية انسحابية بمعنى تؤخذ دون مراعاة البيئة والمجتمع الذى سيطبق عليه القانون والوصية الواجبة خير مثال على ذلك فلابد عند تشريع القوانين مراعاة البيئة والمجتمع.

النتيجة الثامنة: انحصار الخلاف فى الوصية الواجبة فى التفسير والاجتهاد دون النص.

التوصيـــات

التوصية الأولي: إلغاء الوصية الواجبة نظراً لقيامها على أسس غير علمية واجتهادات ليست قائمة على نص شرعى على الرغم أن الآيات القرآنية والأحاديث النبوية فيها إيضاح وغموض تحتمل تفسيرات متعددة وتأويلات متغيره متطورة لتتوافق أحكامها مع كل زمان ومكان ولكن لابد من التفسير أو التأويل أن يكون على أسس علمية بينها الفقهاء ثم مخالفة القانون للأساس الذى شرعت من أصله الوصية وهى الاحتياج.

التوصية الثانية: عدم وضوح تطبيق الآلية فى الوصية الواجبة فى المحاكم الكويتية هل الثلث من نصيب الجد أو من يستحقه ابنه الذى مات فى حياته وعلى أى مستند اعتبر الثلث الأول أم الثانى.

التوصية الثالثة: إذا لم يكن هناك إلغاء فوضع مشروع معجل للوصية الواجبة بناء على الرأى الثانى عند الفقهاء على وجوب الوصية وجعلها فى أصحاب الحاجة من أقارب الميت ليكون للوصية مسوغ شرعى ورأى فقهى واضح وتطبيقاً لما جاء فى المذكرة الإيضاحية للقانون.

التوصية الرابعة: الشروع فى تعديل المادة الأولى والثانية والثالثة من قانون الوصية الواجبة ووضعه على أسس علمية ومعايير محددة لتجنب الجدل القائم بين القائمين على تطبيق الوصية الواجبة فى المحاكم الكويتية.

قائمة بأهم المصادر والمراجع

(١) أحكام الالتزام: للدكتور/ إبراهيم الدسوقى أبو الليل - دار الشريف للنشر - طبعة أولى ٩٥ / ٩٦م.

(٢) أحكام القرآن: للجصاص - ط مكتبة عبد الرحمن محمد - القاهرة.

(٣) الأشباه والنظائر: لابن نجيم - ط دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤٠٠هـ.

(٤) الأشباه والنظائر: للسيوطى - ط دار الكتب العلمية - بيروت - ١٣٩٩هـ.

(٥) الإقناع: شرف الدين موسى الحجاوى - بدون رقم الطبعة وتاريخها - دار المعرفة - بيروت - تحقيق عبد اللطيف محمد موسى السبكى.

(٦) الأم: محمد بن إدريس الشافعى - الطبعة الأولى - ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م - دار الكتب العلمية - بيروت - تحقيق محمود مطرجى.

(٧) الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف: على بن سليمان المرداوى - الطبعة الأولى - بدون سنة طبع - دار إحياء التراث العربى - بيروت - تحقيق محمد حامد الفقى.

(٨) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع: أبو بكر بن مسعود الكاسانى - بدون رقم الطبعة وتاريخها - دار الكتب العلمية - بيروت.

(٩) البحر الرائق شرح كنز الدقائق: زين الدين بن نجيم الحنفى - الطبعة الثالثة - ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م - دار المعرفة - بيروت.

(١٠) بلغة السالك لأقرب المسالك: أحمد الصاوى - الطبعة الأولى - ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م - دار الكتب العلمية - بيروت - تحقيق محمد عبد السلام شاهين.

(١١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: عثمان بن على الزيلعى - الطبعة الثانية مصورة على الطبعة الأولى - ١٣١٥هـ - الطبعة الأميرية - بولاق مصر - دار الكتاب الإسلامى - القاهرة.

(١٢) التحبير شرح التحرير فى أصول الفقه: لعلى بن سلمان المرداوى - ١٤٢١هـ - تحقيق: الدكتور عبد الرحمن بن عبد الله الجبرين.

(١٣) التفسير الكبرى: للإمام فخر الدين الرازى.

(١٤) تحفة المحتاج بشرح المنهاج: أحمد بن حجر الهيثمى - بدون رقم الطبعة وتاريخها - دار الفكر - بيروت - مطبوع معه حواشى الشيخ عبد الحميد الشروانى والشيخ أحمد بن قاسم العبادى.

(١٥) تفسير الطبرى: ط دار المعارف بمصر.

(١٦) تكملة شرح فتح القدير على الهداية: أحمد بن قودر قاضى زادة - الطبعة الأولى - ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م - دار الكتب العلمية - بيروت - تحقيق عبد الرزاق غالب مهدى.

(١٧) حاشية الخرشى على مختصر سيدى خليل: محمد بن عبد الله الخرشى - الطبعة الأولى - ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م - دار الكتب العلمية - بيروت - تحقيق زكريا عميرات.

(١٨) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير: محمد بن عرفة الدسوقى - بدون رقم الطبعة وتاريخها - دار إحياء الكتب العربية - بيروت - عيسى البابى الحلبى.

(١٩) حاشيتا قليوبى وعميرة على كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين: شهاب الدين أحمد بن سلامة قليوبى وشهاب الدين أحمد البرتسى عميرة - الطبعة الأولى - ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م - دار الكتب العلمية - بيروت - تحقيق عبد اللطيف عبد الرحمن.

(٢٠) الحاوى الكبير: على بن محمد الماوردى - الطبعة الأولى - ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م - دار الكتب العلمية - بيروت - تحقيق على محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود.

(٢١) الاختيار لتعليل المختار: عبد الله بن محمود الموصلى - بدون رقم الطبعة وتاريخها - دار الكتب العلمية - بيروت - تحقيق محمود أبو دقيقة.

(٢٢) رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار: محمد أمين بن عابدين - الطبعة الأولى - ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م - دار الكتب العلمية - بيروت - تحقيق عادل أحمد عبد الموجود، على محمد عوض.

(٢٣) روضة الطالبين: يحيى بن شرف النووى - بدون رقم الطبعة وتاريخها - دار الكتب العلمية - بيروت - تحقيق على محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود.

(٢٤) سنن أبى داود: ط دار الحديث - بيروت - ط أولى - تحقيق: عزت عبيد الدعاس وعادل السيد.

(٢٥) سنن ابن ماجة: ط دار الكتب العلمية - بيروت - تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقى.

(٢٦) شرح التنبيه: جلال الدين عبد الرحمن السيوطى - الطبعة الأولى ١٤١٩هـ - ١٩٩٦م - دار الفكر - بيروت.

(٢٧) شرح حدود ابن عرفة: محمد الأنصارى الرصاع - الطبعة الأولى - ١٩٩٣م - دار الغرب الإسلامى - بيروت - تحقيق محمد أبو الأجفان والطاهر المعمورى.

(٢٨) شرح غاية السول إلى علم الأصول: يوسف بن حسن بن عبد الهادى - دار البشائر الإسلامية - بيروت - ١٤٢١هـ، تحقيق الأستاذ/ أحمد بن طرخى العنزى.

(٢٩) شرح قانون الوصية: لمحمد أبو زهرة.

(٣٠) شرح منتهى الإرادات: منصور بن يونس البهوتى - الطبعة الأولى - ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م - عالم الكتب - بيروت.

(٣١) صحيح مسلم.

(٣٢) فتح البارى شرح صحيح البخارى: أحمد بن على بن حجر العسقلانى - الطبعة الأولى - ١٤١٠هـ - ١٩٨٩م - تحقيق عبد العزيز بن باز ومحمد فؤاد عبد الباقى.

(٣٣) القاموس المحيط: محمد بن يعقوب الفيروز آبادى - الطبعة الثانية - ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م - مؤسسة الرسالة - بيروت.

(٣٤) كتاب الفروع: محمد بن مفلح المقدسى - الطبعة الرابعة - ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م - عالم الكتب - بيروت - تحقيق عبد الستار أحمد فراج.

(٣٥) كشاف القناع عن متن الإقناع: منصور بن يونس البهوتى - بدون رقم الطبعة - ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م - دار الفكر - بيروت - تحقيق هلال مصيلحى مصطفى هلال.

(٣٦) كفاية الأخيار فى حل غاية الاختصار: أبو بكر بن محمد الحسينى الحصنى - الطبعة الأولى - ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م - دار الكتب العلمية - بيروت - تحقيق كامل محمد عويضة.

(٣٧) لسان العرب: محمد بن مكرم بن منظور - الطبعة الأولى - ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م - دار صادر - بيروت.

(٣٨) المحلى بالآثار: على بن أحمد بن حزم - بدون رقم تاريخ الطبعة - دار الكتب العلمية - بيروت - تحقيق د. عبد الغفار سليمان البندارى.

(٣٩) المصباح المنير: أحمد بن محمد بن على الفيومى - بدون رقم الطبعة - ١٩٨٧م - مكتبة لبنان - بيروت.

(٤٠) المغنى على مختصر الخرقى: عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسى - بدون رقم

الطبعة وتاريخها - دار الكتاب العربى - بيروت.

(٤١) المقدمات الممهدات: محمد بن أحمد بن رشد - الطبعة الأولى - ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م - دار الغرب الإسلامى - بيروت - تحقيق د. محمد حجى.

(٤٢) الممتع فى شرح المقنع: المنجى التنوخى الحنبلى - الطبعة الأولى ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م - دار خضر - بيروت - تحقيق د. عبد الملك بن عبد الله بن دهيش.

(٤٣) مطالب أولى النهى فى شرح غاية المنتهى: مصطفى السيوطى الرحيبانى - الطبعة الثانية - ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م - بدون ناشر - بيروت.

(٤٤) معجم مقاييس اللغة: لأحمد بن فارس بن زكريا - ط دار الجيل - بيروت - تحقيق: عبد السلام هارون - ط أولى - ١٤١١هـ - ١٩٩١م.

(٤٥) معونة أولى النهى شرح المنتهى: محمد بن أحمد الفتوحى - الطبعة الأولى - ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م دار خضر - بيروت - تحقيق د. عبد الملك بن عبد الله بن دهيش.

(٤٦) مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج: محمد الخطيب الشربينى - بدون رقم الطبعة وتاريخها - دار الفكر - بيروت.

(٤٧) المنثور للزركشى: ط وزارة الأوقاف الكويتية.

(٤٨) مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل: محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعينى - الطبعة الأولى - ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م - دار الكتب العلمية - بيروت - تحقيق زكريا عميرات.

(٤٩) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: محمد بن أبى العباس بن أحمد الرمى - بدون رقم الطبعة - ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م - دار الكتب العلمية - بيروت.

(٥٠) الوصية وأحكامها: محمود على أحمد إبراهيم.