الوصية الواجبة بين القصر والتمديد

أي أساس شرعي؟

الباحث: حسناء الوقيني

طالبة سلك الدكتوراه تخصص القانون الخاص بجامعة ابن زهر

المغرب

مقدمة

الوصية مفرد وصايا وهي من جنس عقود التبرعات، إذ تنشأ عن إرادة واحدة من الموصي ولاتتوقف على قبول الموصى له في بداية الوصية. والوصية إما وصية إرادية أو وصية واجبة طبقا لمدونة الأسرة[1]؛ هذه الأخيرة التي أفردت أربع مواد للوصية الواجبة {369،370،371،372}. مع العلم أن هذا النوع من الوصايا لم يكن معروفا من قبل في الدول الإسلامية. وتعتبر مصر أولى الدول التي أدخلتها ضمن مدونة الأحوال الشخصية وبعدها القانون السوري، ثم توالت الدول العربية في الأخذ بها كالمغرب في مدونة الأحوال الشخصية لعام 1958. وإذا كانت الوصية الإرادية تستمد أساسها الشرعي من القرآن الكريم؛ فإن الوصية الواجبة تستمد وجودها من النص القانوني الذي ليس له من الأساس الشرعي المتين ما يضفي عليه صفة القبول. على اعتبار أن سند وجوب الوصية قوله تعالى "**كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين**"[2].

إن هذه الآية الكريمة ليست مؤيدة لصورة ما أوجب فيه القائلون حكم الوصية الواجبة على الأحفاد الذين يموت أبوهم أو أمهم قبل جدهم دون باقي الأقارب؛ هذا مايوضح الصورة المضطربة للوصية الواجبة في القوانين الوضعية فتارة تقصرها على حفدة الابن وتارة أخرى على حفدة البنت.

هذا القصر والتمديد هو الذي سيكون محل البحث من خلال تحديد معنى الوصية الواجبة في ظل مدونة الأسرة، وكذا في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، مع الاستئناس ببعض الأنظمة المقارنة في هذا المجال كمصر وسوريا، على أن أعرج بتوضيح أوقوال الفقهاء والعلماء في الوصية الواجبة أصلا وفرعا.

انطلاقا مما سبق، يمكن مناقشة موضوع هذا البحث من خلال نقطتين أساسيتين على الشكل التالي:

النقطة الأولى: مدلو ل الوصية الواجبة وشروطها

النقطة الثانية: إشكالية التمديد والقصر في الوصية الواجبة

النقطة الأولى: مدلول الوصية الواجبة وشروطها

يقصد بالوصية[3] الواجبة حسب مقتضيات المواد المنظمة لها في مدونة الأسرة، قانون يقضي بتوريث أولاد الابن، وأولاد البنت، وأولاد ابن الابن، وإن نزلوا، من متروك جدهم، أو جدتهم إذا مات أبوهم، أو أمهم قبل، أو مع جدهم أو جدتهم[4]. من خلال هذا التعريف يتبين أن الوصية الواجبة تكون لبعض الأقارب غي الوارثين، وأنها لا تحتاج في تنفيذها إلى إنشاء من وجبت عليه؛ فإن أنشأها باختياره وإرادته نفذت، وإن تركها كانت واجبة بحكم القانون.

وتجب الإشارة إلى أن الوصية الواجبة تشترك مع الوصية الإرادية في كون مقدارهما محدد، فيما لم يزد عن ثلث التركة. وهما وصيتان مقدمتان على الميراث؛ ويختلفان في كون الوصية الاختيارية متروكة، لإرادة ورضى الموصي، أما الوصية الواجبة ملزمة للموصي، سواء اختارها، أم لم يخترها، لأن القانون أقرها وأنشأها، رغم إرادة الموصي. وكذلك كون الموصي في الوصية الاختيارية، يملك تحديد مقدارها، بما قل أو كثر، وبما لا يتجاوز الثلث، أما في الوصية الواحبة، فتكون بمقدار حصتهم مما يرثه أبوهم، وأمهم عن أصله المتوفى وبما لا يتجاوز.[5]

كما تختلفان في كون الموصى لهم في الوصية الاختيارية غير محددين، بشرط أن لا يكون الموصى لهم ورثة، أما في الوصية الواجبة فإن الموصى لهم محصورون في أولاد الابن، وأولاد البنت، وأولاد ابن الابن وإن نزلوا. أيضا الوصية الاختيارية تتوقف على القبول عند جماهير الفقهاء أما الوصية الواجبة لا تتوقف على القبول وتثبت بمجرد الوفاة[6].

بالرجوع لمدونة الأسرة نجدها حددت مستحقي النفقة في:

أ. أولاد الابن، والأولاد البنت وإن نزلوا، ذكورا كانوا أو إناثا، حسب تسلسل درجاتهم. فأولاد الابن يقدمون على أولادهم، وهؤلاء مقدمون على أولادهم، وهكذا بحيث يحجب كل أصل فرعه، إعمالا لقاعدة: من يدلي بغيره لا يرث مع وجوده. ولا يحجب كل أصل فرع غيره، وإن كان أسفل منه درجة في الوصية الواجبة، أما في الميراث فإن الأصل يحجب فرعه، وفرع غيره، كابن ابن يحجب في ميراث كل ابن ابن ابن سواء أكان من فرعه، أو من فرع غيره[7].

ب. أولاد البنت: أولاد البنت لم يكن لهم حق في الوصية الواجبة في ظل مدونة الأحوال الشخصية الصادرة 1958م، ولكن في ظل مدونة الأسرة الحالية تم إضافة أولاد البنت بمقتضى المادة 369 منها أن: "من توفي وله أولاد ابن أو أولاد بنت ومات الإبن أو البنت قبله أو معه وجب لأحفاذه هؤلاء في ثلث تركته وصية بالمقدار والشروط الآتية."

نصت مدونة الأسرة التي تناولت الوصية الواجبة على شروط استحقاقها؛ وهي كالآتي:

أ. الشرط الأول يتعلق بموت الابن أو البنت قبل موت المورث أو معه، حقيقة أو حكما كالمفقود الذي يحكم القاضي بموته، إذن إذا توفي الابن أو البنت بعد أصلهما، فيستحق ورثتهم كلهم أبناء أو بنات حصتهم كلها إرثا عنهم، لا وصية واجبة. أما إذا توفيا قبل المورث فتجب الوصية لأولادهما ذكورا و إناثا. أما موتهما {الابن أو البنت} معا {يعني مع والدهما} في حادثة الغرق أو الحرق أو زلزال أو حادثة سير فتجب الوصية للحفدة مثل موتهما قبله؛ لأن من شروط الإرث تحقق حياة الوارث بعد موت المورث[8]؛ والموت مصدر الشك، والشك من موانع الميراث، قال الرسموكي:

يمنع الإرث عدم الاستهلال شك لعان كفر ذي اعتزال[9]

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا ظهر المفقود الذي حكم بموته، وأخذ مستحقو الوصية الواجبة نصيبهم من جدهم أو جدتهم، فإنه يرجع على مستحقي الوصية الواجبة، بما أخذوا إذا كان في أيديهم، ولا يضمنون ما استهلكوا أو تصرفوا فيه.

ب. ألا يكون مقدار الوصية الواجبة يفوق الثلث، فلايستحق الأحفاد أكثر من ثلث تركة الجد أو الجدة، وإلا رد إلى الثلث، على اعتبار أن الوصية محددا شرعا في الثلث، والباقي يعتبر وصية اختيارية يخضع لإجازة الورثة؛

ت. أن لا يكون المشمولون بالوصية الواجبة من الورثة، فإن كانوا ذلك فلا وصية لوارث ؛

ث. يجب أن لا يكون الأحفاد قد حصلوا من جدهم أو جدتهم المورثون على عطية بغير عوض عن طريق الهبة أو الوقف، ما يساوي الوصية الواجبة، وإن كان قد أعطاهم أقل، وجبت لهم وصية بما يكمل المقدار الواجب في الوصية ألا وهو الثلث؛[10]

ج. أن يكون والد أو والدة الأحفاد في حياة الجد أو الجدة مستحقا للميراث، وغير ممنوع منه، أما إذا قام مانع بهما مانع من موانع الإرث كالقتل مثلا، فالوصية لا تجب لأولادهما، لأنهم لم يفتهم شيء حتى يعوضوا عنه، ومع هذا فإنه إذا أوصى لهم الميت بشيء استحقوه على أنه وصية اختيارية، وطبقت عليهم أحكامها[11].

هكذا، نجد من يؤكد على أن الوصية الواجبة مقدمة في الإخراج على الوصية الاختيارية، فإذا تزاحمت الوصايا، فإن الوصية الواجبة مقدمة على الوصايا الاختيارية، وما بقي بعد ذلك من الوصايا ينفذ بالمحاصة[12]. وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة النقض ما يلي: "من المقرر قانونا وقضاء أنه عند اجتماع الوصية الواجبة مع الوصية الإدارية أن الأولوية تكون للوصية الواجبة، لأن وجوبها مقرر بقوة القانون، طبقا للمادة 369 من مدونة الأسرة التي تنص على أن من توفي وله أولاد ابن أو أولاد بنت مات الابن أو البنت قبله أو معه وجب لأحفاده هؤلاء في ثلث تركته وصية بالمقدار والشروط الآتية."[13]

النقطة الثانية: إشكالية التمديد والقصر في الوصية الواجبة

استمر العمل في المغرب بعدم توريث ذوي الأرحام وهو المشهور في المذهب المالكي، وبعدم توريث الأحفاد الذين يموت أبوهم قبل جدهم إذا كان معهم أعمامهم إذ يطبق على الأحفاد حينئذ قاعدة: "كل من كان أقرب إلى الهالك كان أولى بالميراث من غيره". وهي قاعدة مطردة في باب الحجب. ولم يعرف المذهب المالكي ولا غيره من المذاهب الأربعة حكم الوصية الواجبة، وذلك أن الوصية على وجه العموم ليست مشمولة بالوجوب، وإنما هي على جهة الندب[14]. وظل الأمر على ما ذكر إلى عام 1957م وهو تاريخ صدور مدونة الأحوال الشخصية.

وإذا كانت مدونة الأسرة وقبلها مدونة الأحوال الشخصية قد نصت على الوصية الواجبة، بناء على اجتهاد فقهي، مراعاة لمصلحة الأحفاد سواء كانوا أولاد بنت أو أولاد ابن، من خلال تخفيف معاناتهم وحمايتهم من الضياع، كي لا يجتمع عليهم مع مرارة اليتم وفقد العائل الحرمان من الميراث ، فيصبح مسكينا ذا مترية بمجرد موت الأب المبكر[15]، فإنه من الناحية الشرعية اختلف فيها الفقهاء على قولين؛ قول المعتقدين صحتها، وقول المنتقدين لها؛ بالنسبة للقول الأول الذي يقول بوجوب الوصية يستند على قوله تعالى: **"كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين"** ، وكذا فسروا وجوب الوصية بوجه عام فيما هو واجب الآداء على الموصي كدين مستحق يجب إخراجه، أو زكاة أو غيرها وهو المستفاد[16] من قوله صلى الله عليه وسلم: "ما حق امرئ مسلم له شيء يوصى فيه يبيت ليلتين –في رواية ثلاث ليال– إلا و وصيته مكتوبة عنده." [17].

كما استدل هذا القول ببعض القواعد الفقهية منها؛ قاعدة "تصرف الإمام بالرعية منوط بالمصلحة"، وكذا قاعدة "حكم الحاكم يرفع الخلاف" لأن المسألة تدور عند الفقهاء بين الاستحباب والوجوب، وكذا قاعدة "جواز ارتكاب أخف الضررين لاتقاء اشدهما"؛ على اعتبار أن هناك ضرر محققا يعاني منه اليتامى بسبب حرمانهم من ميراث جدهم، فأغلبهم يكون يتامى لا حول لهم ولا قوة، وغالبا ما يتعرضون للظلم من طرف الأعمام، وإن كان في الوصية ضرر بابناء الصلب فهو أخف من الضرر الذي ينزل باليتامى وهم ضعفاء، إذا حرموا من الميراث، والاتكاب أخف الضررين لاتقاء أشدهما جائز[18].

أما القول الثاني فهو الذي ينقد القول بالوصية الواجبة أصلا وفرعا، فيقول أن الآية الكريمة أعلاه، منسوخة كما جاء في قول ابن العربي، وقد ذكر كيفية الوصية للوالدين والأقربين قائلا: "وقد اختلف الناس في ذلك اختلافا كثيرا، لبابه ما صح عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: كان المال للولد، وكانت الوصية للوالدين، فنسخ الله تعالى من ذلك ما أحب، فجعل للذكر مثل حظ الأنثيين، وجعل للوالدين لكل واحد منهما السدس لكل واحد منهما السدس، وفرض للزوج، وللزوجة فرضيهما، وهذا نص لا معدل لأحد عنه، فمن كان من القرابة وارثا دخل مدخل الأبوين، ومن لم يكن وارثا قيل له: إن قطعك من الميراث الواجب إخراج لك عن الوصية الواجبة، ويبقى الاستحباب لسائر القرابة."[19].

والمستفاد من كلام ابن العربي أن الوصية كانت واجبة في حق الوالدين والأقربين، من غير تحديد لقدرها، ولا تمييز بين يستحقها من ذوي القرابة، ثم نسخ ذلك بآية المواريث التي بينت لكل وارث ما يستحقه، كما بين ذلك الرسول صلى الله عليه وسلم، والنسخ الذي حصل لآية الوصية هنا حصل في غيرها من الآيات[20] بناء على سنة التدرج في الأحكام التي تميز بها نزول القرآن الكريم بل طانت ميزة الوحي عموما. لهذا فآية الوصية منسوخة بالرغم من إثبات لفظها في المصحف ورفع حكمها بآية المواريث وهوراي الجمهور[21].

وأكد محمد رياض أنه لو ذهب مع القائلين بالوصية الواجبة، فالقول بها عندهم لا يحصرها في طائفة معينة أو فريق من الأقارب، وإنما يجعلها عامة لهم لقوله: "الوصية للوالدين والأقربين"، ولاشك أن لفظ الأقربين عام يؤخذ على عمومه ما لم يرد ما يخصصه. وهذا إن سلم بأن آية الوصية غير منسوخة، وإلا كيف يستفاد من نص منسوخ، ومن القواعد الأصولية أن الدليل لا يعمل به متى كان منسوخا، لأنه يشترط فيه أن يكون مستمر الأحكام[22].

والآية الكريمة توجه الوصية أولا للوالدين غير الوارثين وللأقربين، والقانون يتناسى الوالدين، ويقصر الأقربين على الحفدة.

والكيفية التي شرعت بها الوصية الواجبة لا يوجد لها نظير من كل وجه في الوصايا المشروعة، بل هي أشبه بالميراث منها بالوصية، ولذلك قيل عنها {إنها ميراث قانوني}.

وإذا كانت على هذا الوصف فهي زيادة في أحكام الشرع، وتغيير في موازينه وضوابطه مما لا يجب أن يكون[23].

إن الأخذ بالوصية الواجبة وقصرها على الأحفاد زيادة في التحجير والتضييق، فقد خصل في الأخذ بالوصية الواجبة أمران أساسيان:

الأول: مخالفة الأصول والخروج عن مذهب الجمهور.

الثاني: مخالفة من يقول بالوصية الواجبة نفسها، إذ من يقول بها لا يقصرها على الأحفاد من جهة الذكور.

ولذلك كانت القوانين الأخذة بالوصية الواجبة مضطربة في الأخذ بها، فالقانون المصري يجعلها للأحفاد من جهة الذكور والإناث، كما هو الحال بالنسبة للمشرع المغربي الذي جعلها واجبة على الأحفاذ ذكورا وإناثا بمقتضى المادة 369 من مدونة الأسرة، بعدما كانت في مدونة الأحوال الشخصية تقصرها على الأحفاد من جهة الذكور فقط كما هو الأمر بالنسبة للقانون السوري كذلك ولعل الاضطراب الحاصل في القوانين على مستوى إشكالية تمديد وقصر الوصية الواجبة بين الأحفاد الذكور والإناث راجع بالأساس إلى عدم إستنادها على أي أساس شرعي في القرآن الكريم والسن النبوية.

خاتـــمة

عموما، فالوصية الواجبة بهذا المدلول مخالفة للأصول والفروع معا وبيان ذلك أن القول بالوجوب لا سند له لكون الآية المستدل بها منسوخة عند الجمهور، ثم لو ذهبنا مع فريق القائلين بالوجوب للأقارب، وأن الآية غير منسوخة وهو عند الأقلين، فقصر الوجوب على الأحفاد الذين يموت أبوهم قبل جدهم من باب التخصيص دون مخصص. لهذا أهيب بالمشرع الأسري أن يعمل على تعديل نصوص مدونة الأسرة فيما تعلق بالوصية الواجبة ونسخ مقتضياتها تماشيا مع أحكام الشرع الحكيم على اعتبار أنها زيادة في أحكامه وتغيير في موازينه وضوابطه وهي أشبه بالميراث منها بالوصية ولذلك قيل عنها أنها ميراث قانوني. كما أقترح على المشرع الأسري العمل على فتح باب الوصية الواجبة لتشمل جميع الأقارب المحجوبون وخاصة المعوزرين منهم.

الهوامش:

(1). ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004)، بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 (5 فبراير 2004)، الصفحة: 418.

(2). الآية 179 من سورة البقرة.

(3) . الوصية في اللغة مشتقة من وصى وهو أصل يدل وصل شيء بشيء، ووصيت الشيء وصلته، ويقال: وطئنا أضا واصية، أي إن نبتها متصل قد امتلأت منه، ووصيت الليلة باليوم، أوصلتها، وذلك في عمل تعمله. يستفاد أن الوصية في اللغة بمعنى الوصل، فكأن الموصى لما أوصى بالشيء وصل ما بعد الموت بما قبله في نفوذ التصرف. وفي الاصطلاح عرفها ابن عرفة بقوله: "عقد يوجب حقا في ثلث عاقده يوم موته، أونيابة عنه بعده". وقي اصطلاح الفرائض هي: "عقد يوجب حقا في ثلث عاقده". وبهذا الأخير أخذت المدونة الأسرة في المادتها 277. هذا التعريف أورده، محمد رياض، أحكام المواريث بين النظر الفقهي و التطبيق العملي وفق مدونة الأسرة الجديدة، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الرابعة1437-2017، الصفحة: 199 و 200.

(4). يحي بوهكو، المواريث والحقوق المالية، مطبعة قرطبة، أكادير، الطبعة الثانية، 1440هـ/2019م، الصفحة: 154.

(5). يحي بوهكو، المرجع السابق، الصفحة: 155.

(6) . محمد الزحيلي، الفرائض والمواريث، والوصايا، دار الكلم الطيب بيروت، الطبعة الأولى، 1422هـ-1988م، الصفحة: 587.

(7) . يحي بوهكو، المرجع السابق، الصفحة: 157.

(8). ابن الطاهر، عبد الله، الوصية الواجبة: مدلولها-تأصيلها-تطبيقاتها، مقال منشور بمجلة المذهب المالكي، العدد 10، السنة 2010 الصفحة: 28.

(9). دليل الفارض للفقيه صالح الصالحي، الصفحة: 18.

(10). يحي بوهكو، مرجع سابق، الصفحة: 159.

(11). محمد سلام مذكور، الوصايا في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الثانية، 1962، الصفحة:587.

(12). دليل علمي لمدونة الأسرة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد 1، مطبعة فضالة، سنة 2004، الصفحة: 217.

(13). قرار رقم 74 صادر عن محكمة النقض، بتاريخ 14 فبراير 2023، في الملف الشرعي رقم 2019/1/2/832، منشور بالبوابة القضائية للمملكة على الرابط الآتي:https://juriscassation.cspj.ma ، تاريخ الاطلاع: 18/04/2025، على الساعة: 19:22.

(14). محمد رياض، مرجع سابق، الصفحة: 233.

(15). ابن الطاهر، عبد الله، مرجع سابق، الصفحة: 24.

(16). محمد رياض، مرجع سابق، الصفحة: 233.

(17). رواه مسلم.

(18). ابن الطاهر، عبد الله، مرجع سابق، الصفحة: 21.

(19). محمد رياض، رجع سابق، الصفحة:234.

[20]. جاء الآية 240 من سورة البقرة ما يلي: {والذين يتوفون منكم ويذرون أزوجا وصية لأزواجهم متاعا إلى الحول غير إخراج}، فحكم العدة للمتوفى عنها زوجها كان مقررا من قبل بمكث المرأة في منزل زوجها المتوفى مدة سنة، وينفق عليها من ماله وذلك وصية لها؛ فنسخ حكم هذه الآية وبقي نصها مثبتا في القرآن الكريم.أورده محمد رياض، مرجع سابق، الصفحة: 235.

[21]. محمد رياض، رجع سابق، الصفحة: 235.

[22]. محمد رياض، رجع سابق، الصفحة: 236.

[23]. محمد رياض، رجع سابق، الصفحة: 236.