

مقالة بحثية

الوصية الواجبة بين التأصيل الفقهي وموقف القانون اليمني "دراسة استقرائية مقارنة"

صلاح سالم صالح بن رشيد*1

¹ قسم الشريعة الإسلامية، كلية الحقوق، جامعة عدن، عدن، اليمن

* الباحث الممثل: صلاح سالم صالح بن رشيد؛ البريد الإلكتروني:

استلم في: 17 أغسطس 2020 / قبل في: 21 سبتمبر 2020 / نشر في: 07 أكتوبر 2020

الملخص

تناول هذا البحث مسألة هامة من مسائل الفقه والقانون وهي الوصية الواجبة للحفدة الذين توفي أبهم في حياة جدهم أو جدتهم، وجمعت هذه الوصية بين التأصيل القديم من حيث تأصيلها الفقهي المذهبي، وبين التنزيل الحديث من حيث تنزيل القانون اليمني لأحكامها بصورة مستحدثة مستندا إلى أصلها القديم، وقد تم التدرج في بيان موضوع البحث عبر ثلاثة مباحث، جاء المبحث الأول منها ليقدّم تصوّرًا حقيقيًا للوصية الواجبة ببيان مفهومها، ومفهوم الوصية الاختيارية، والمقارنة بينهما تمهيدًا لموضوع المبحث الثاني الذي جعلته في بيان التأصيل الفقهي للوصية الواجبة في ضوء المذاهب الفقهية. ثم جاء المبحث الثالث في بيان موقف القانون اليمني من الوصية الواجبة ومدى التزامه بالتأصيل الفقهي لها، وختمت البحث بمجموعة من النتائج والتوصيات.

الكلمات الرئيسية: أحكام الوصية الواجبة، التأصيل الفقهي، موقف القانون اليمني.

مقدمة:

الحمد لله العزيز الحكيم، والصلاة والسلام على النبي المختار رحمة للعالمين، وعلى آله وصحبه أجمعين. وبعد:

فإن الوصية الاختيارية منصوص عليها في شريعتنا على وجه الاستحباب، وتعدّ لونها من ألوان التكافل الاجتماعي مصدره إرادة الموصي؛ إذ لها في شريعتنا نظام دقيق قائم على الحق والعدل والرحمة ونشر الخير؛ لتحقيق النفع العام والخاص. أما الوصية موضوع بحثنا فهي أمر جديد فرضه القانون بعيدًا عن إرادة الموصي واختياره، إذ يصطلح عليه القانونيين في القوانين العربية اسم " الوصية الواجبة"، ومع ذلك فهي اجتهاد فقهي معاصر يعود تأصيله الشرعي إلى رأي جمع من الفقهاء القدامى، يأتي في مقدمتهم على وجه الخصوص الفقيه الأصولي محمد بن حزم الظاهري، فالوصية الواجبة هي استحداث جديد أقره القانون للفروع الذين تُوفي أصلهم في حياة أبيه أو أمه، مراعاة لمصلحتهم بعد فقد العائل، فأنزلهم منزلة أصلهم المتوفى في الميراث استئناسًا واستنادًا لمقاصد الشريعة وبعض القواعد الفقهية؛ لأن فروع الأصل المتوفى سيفقدون حق الحصول على نصيب من تركه جدهم أو جدتهم بناء على قاعدتين أساسيتين في علم الميراث: الأولى: فقدان أحد شروط استحقاق الميراث وهو تحقق حياة الوارث قبل موت المورث، والثانية: قاعدة الحجب فالقريب (أعمام الفروع) يحجب البعيد (الفروع أبناء الأصل المتوفى قبل أبيه أو أمه).

وقد أخذت جل دول العالم العربي والإسلامي بهذه الوصية، ونصت قوانين الأحوال الشخصية فيها على فرض هذه الوصية، ولكن بشيء من الاجتهاد والتوفيق، فتابنت فيما بينها في تحديد المستحقين لهذه الوصية، ومقدار ما يستحقونه، وشروط استحقاقهم. وكان للقانون اليمني مسلكه الخاص والمتميز في تنظيم أحكام الوصية الواجبة.

ولذلك رأيت أن يكون عنوان هذا البحث: "الوصية الواجبة بين التأصيل الفقهي وموقف القانون اليمني"؛ لما لاحظته من كثرة النقاش حول الميراث بطريق الوصية التي يوجبها القانون، فجعلت تسلسل موضوع البحث على ثلاثة مراحل: الأولى: تعطي تصور حقيقي للوصية الواجبة ببيان مفهومها ومفهوم الوصية الاختيارية؛ إذ بضعدها تعرف الأشياء، فيسهل على القارئ بعدها استيعاب التأصيل الفقهي للمسألة؛ لأن الحكم على الشيء فرع من تصوره، والثانية: جعلتها في بيان التأصيل الفقهي للوصية الواجبة، أما الثالثة: وكانت في بيان الأحكام التي نظم بها القانون اليمني موضوع الوصية الواجبة وصولاً إلى عمل مقارنة بين موقف القانون اليمني وبين التأصيل الفقهي الذي استند عليه في تشريعها من حيث درجة الموافقة والمخالفة.

أسباب اختيار الموضوع:

- 1- إن الموضوع من المسائل التي يكثر السؤال عنها بسبب النزاع الحاصل بين الحفدة وأعمامهم، فالأعمام يتهمون أبناء أخيهام المتوفى بأنهم يأخذون حقًا لا يقره الشرع، في حين يدافع الحفدة عن صحة التشريع القانوني الذي راعى حالهم.
- 2- موضوع الوصية الواجبة من الموضوعات المستجدة التي تحتاج إلى مزيد بحث وتأصيل؛ للتباين الحاصل في تفاصيل أحكامها بين القوانين التي تبنت القول بها.
- 3- معرفة حقيقة الوصية الواجبة فقهيًا وقانونيًا؛ لجهل أغلب الناس بالأحكام المتعلقة بها.

أهداف الموضوع:

- 1- محاولة الوصول إلى الحكم الشرعي الصحيح القائم على الدليل بشأن الوصية الواجبة، وذلك عن طريق تأصيل فقهي مقارن للموضوع.
- 2- بيان الفرق بين الوصية الاختيارية التي شرعها الله وبين الوصية الواجبة قانوناً.
- 3- إعادة النظر في مدى شرعية الوصية الواجبة قانوناً، ومحاولة استبدالها بفكرة التزويل بوصية اختيارية خروجاً من الخلاف.
- 4- بيان الأحكام المنظمة للوصية الواجبة في القانون اليمني، وتتبع الإغفالات والنقائص التي اعترت تلك الأحكام بغية الوصول إلى توصية بتعديلها.
- 5- إبراز الأحكام التي خالف فيها القانون اليمني التأصيل الفقهي للوصية الواجبة.

مشكلة موضوع البحث:

تتمثل مشكلة البحث في التساؤلات الآتية:

- 1- ما الفرق بين الوصية الاختيارية والوصية الواجبة؟
- 2- هل الوصية الواجبة في حقيقتها ميراثاً للحفدة أم وصية اختيارية؟
- 3- هل للوصية الواجبة قانوناً مستند شرعي تسند إليه؟ أو ما هو التأصيل الفقهي للوصية الواجبة؟
- 4- ما هو المخرج الشرعي للخروج من الخلاف الفقهي بشأن الوصية الواجبة.
- 5- ما هي الحكمة التي دفعت القانون اليمني إلى القول بالوصية الواجبة خلافاً لقول جمهور العلماء باستحبابها؟
- 6- ما مدى التزام القانون اليمني بالقول الفقهي الذي استند عليه في تشريع الوصية الواجبة؟

منهجية موضوع البحث:

اتبعت في هذا البحث المنهج الاستقرائي المقارن؛ إذ تتبعت جزئيات هذا الموضوع في كتب فقهاء المذاهب الأربعة، وتتبع الأدلة من مظانها الأصلية، ومن ثم وازنت بين المذاهب بغية الوصول إلى القول الراجح للخروج بتأصيل فقهي قديم ومعاصر للوصية الواجبة، كما تتبعت الأحكام المنظمة للوصية الواجبة إجمالاً في بعض القوانين العربية، وتفصيلاً في القانون اليمني للكشف عن مدى التزام القانون اليمني بحثبات القول الفقهي الذي استند عليه في تشريع الوصية الواجبة، ومن ثم بيان موقف القانون اليمني من الوصية الواجبة على وفق المنهج المقارن.

خطة موضوع البحث:

- المبحث الأول: مفهوم الوصية وحقيقتها فقهاً وقانوناً**
- المطلب الأول: بيان معنى الوصية الاختيارية**
- المطلب الثاني: تحديد معنى الوصية الواجبة وحقيقتها**
- المطلب الثالث: المقارنة بين الوصية الاختيارية والوصية الواجبة**
- المبحث الثاني: التأصيل الفقهي للوصية الواجبة**
- المطلب الأول: آراء الفقهاء القدامى في الوصية الواجبة**
- المطلب الثاني: حجج الفقهاء المعاصرين والرد عليها**
- المطلب الثالث: المخرج الشرعي للخروج من الخلاف**
- المبحث الثالث: الوصية الواجبة في القانون اليمني**
- المطلب الأول: مفهوم الوصية الواجبة وحكمها**
- المطلب الثاني: النص القانوني المنظم للوصية الواجبة وتطبيقاتها**
- المطلب الثالث: المقارنة بين موقف القانون اليمني والتأصيل الفقهي**

المبحث الأول: مفهوم الوصية وحقيقتها فقهاً وقانوناً

الوصية من حيث وجوبها وعدم وجوبها يمكن تقسيمها على قسمين: **الأول:** وصية اختيارية إرادية - بنص الشارع - ينشئها الموصي بإرادته المنفردة عن طوعية واختيار قاصداً بذلك رضا الله تبارك وتعالى، **والثاني:** وصية واجبة بحكم الشرع أو بمقتضى القانون، والوصية الواجبة بحكم القانون هي محل هذه الدراسة وموضوعها.

لذلك كان من المناسب أن نتعرض إلى بيان معنى الوصية الاختيارية وحقيقة الوصية الواجبة والفرق بينهما في المطالب الآتية:

المطلب الأول: بيان معنى الوصية الاختيارية**أولاً- معنى الوصية لغة:**

الوصية: ما أوصيت به، وسميت وصية لاتصالها بأمر الميت، والاسم الوصاية والوصاية بالكسر والفتح، والوصية مشتقة من وصى الشيء بالشيء إذا وصله به كأن الموصي لما أوصى بها وصل ما بعد الموت بما قبله في نفوذ الوصية⁽¹⁾.

وسميت وصية؛ لأن الموصي يصل بها ما كان في حياته بعد مماته، أو لأن الموصي يصل خير دنياه بخير آخرته؛ لقول النبي صلى الله عليه وسلم ((إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له))⁽²⁾.

1- المصباح المنير للفيومي 962/2، مختار الصحاح للرازي ص740، الصحاح تاج اللغة للجوهرى 2525/6، معجم مقاييس اللغة لابن فارس 116/6 .
2- أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الوصية، باب ما يلحق المسلم من الثواب بعد وفاته، 3/1255 رقم (1631) .

وتطلق الوصية على اسم المفعول ويراد به الموصى به، كأن يقول شخص داري وصية لفلان، ومنه قوله تعالى: ((مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دِينٍ))⁽³⁾.
وتطلق الوصية على اسم المصدر ويراد بها فعل الموصي، ومنه قول الله تعالى: ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ))⁽⁴⁾
وللوصية معان عدة في اللغة نذكر منها⁽⁵⁾ :

- 1- **العهد إلى الغير في القيام بفعل أمر:** ومنه قوله تعالى: ((أَتَوَصَّوْا بِهِ))⁽⁶⁾، أي أوصى به أولهم آخرهم، ومنه قوله تعالى: ((وَتَوَصَّوْا بِالصَّبْرِ))⁽⁷⁾
- 2- **جعل المال للغير:** ومنه قولهم: وصيت بكذا أو أوصيت، أي جعلته له.
- 3- **الاتصال:** ومنه قولهم توأصى النبت إذا اتصل، وأرض واصية أي متصلة النبات.
- 4- **الفرض:** ومنه قول الله تعالى: ((يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ))⁽⁸⁾، أي يفرض عليكم، ومنه قوله تبارك وتعالى: ((ذَلِكُمْ وَصَّاكُم بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ))⁽⁹⁾

والوصايا جمع وصية تعم الوصية بالمال، والإيصاء أو الوصاية فهي بمعنى واحد في اللغة، إلا أنه جرى العرف في اصطلاح الفقهاء على أن إقامة الإنسان وصيًا على ماله أو أولاده بعد موته يسمى إيصاء أو وصاية، وأن تملك المال بعد الموت يسمى وصية، ويعدى الأول بإلى، والثاني باللام، تقول أوصى ماجد إلى صالح جعله وصيًا، وأوصى له بكذا أي ملكه إياه بعد موته⁽¹⁰⁾.
أما اللغويون فلا يفرقون بين المتعدي باللام أو بإلى، ولا بين الوصية والإيصاء، وأنه يراد منها جميعًا العهد إلى الغير في القيام بفعل أمر في حياة الموصي أو بعد وفاته.

ثانيًا- تعريف الوصية الاختيارية عند الفقهاء:

اختلف الفقهاء في تعريف الوصية مابين موسع ومضيق، ولكن اختلافهم يرجع إلى العبارة والأسلوب أكثر منه إلى تحديد المعنى والمفهوم.

تعريف فقهاء الحنفية:

عرفت الوصية بأنها: "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء أكان المملك عيناً أم منفعة"⁽¹¹⁾، وعرفت بأنها: "اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد موته"⁽¹²⁾

والتعريف الأول هو الشائع عند الأحناف جاء في البحر الرائق بعد أن ذكر التعريف قوله: " وكذا في عامة الشروح"⁽¹³⁾

تعريف فقهاء المالكية:

الوصية هي: "عقد يوجب حقاً في ثلث مال عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده"⁽¹⁴⁾
وجاء عندهم أن الوصية: "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"⁽¹⁵⁾، كما هو التعريف عند الحنفية.

تعريف فقهاء الشافعية:

وهي عندهم: " تبرع بحق مضاف ولو تقديراً لما بعد الموت"⁽¹⁶⁾

تعريف فقهاء الحنابلة:

الوصية تطلق ويراد بها: "الأمر بالتصرف بعد الموت"⁽¹⁷⁾، أو " التبرع بالمال بعد الموت"⁽¹⁸⁾
إن تعريف الفقهاء للوصية الاختيارية مع اختلاف ألفاظه وتنوع عباراته ميّز الوصية عن التملكيات المنجزة لعين كالبيع والهبة، ولمنفعة كالإجارة، والإضافة لغير الموت كالإجارة المضافة لوقت في المستقبل كأول الشهر المقبل. وتميزت عن الهبة التي هي تبرع أو تملك بغير عوض بكونها بعد الموت، والهبة حال الحياة. كما شمل التعريف الإبراء عن الدين؛ لأن الإبراء تملك الدين لمن عليه دين⁽¹⁹⁾.
وما أريد أبرزه هنا وتسلط الضوء عليه، هو كون الوصية عقد أو تصرف مضاف إلى ما بعد الموت بغير عوض بإرادة الموصي واختياره. وقد توسع الحنابلة وعرفوا الوصية بما هو أعم مما ذكر، فشمل تعريفهم الوصية لإنسان بتزويج بناته أو غسله أو الصلاة عليه إماماً ومع هذا التوسع فإن التصرف في أصله يعد صادراً بإرادة الموصي واختياره في أثناء حياته.

ثالثًا- تعريف الوصية الاختيارية في القانون:

- 3- سورة النساء الآية (111) .
- 4- سورة المائدة الآية (106) .
- 5- لسان العرب 15/394، الفاموس المحيط للفيروز أبادي ص1343، 1731، المخصص لابن سيدة 120/3.
- 6- سورة الذاريات الآية (53) .
- 7- سورة العصر الآية (3) .
- 8- سورة النساء الآية (11) .
- 9- سورة الأنعام الآية (151) .
- 10- مغني المحتاج للشربيني 4/66، نهاية المحتاج للرملي 6/40، أحكام الوصية في الشريعة الإسلامية، أحمد فراج حسين ص12 .
- 11- تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق للطوري 8/459، فتح القدير لابن الهمام 10/411، البناء شرح الهداية للعيني 13/387، رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين 6/648.
- 12- بدائع الصنائع للكاساني 7/333، فتح القدير لابن الهمام 10/411.
- 13- تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق للطوري 8/459.
- 14- حاشية الدسوقي 4/422، البهجة شرح التحفة للتسولي 2/511، كفاية الطالب الرباني لأبي الحسن المالكي 2/289.
- 15- الشامل في فقه الإمام مالك لأبي البقاء الدميري 2/975.
- 16- نهاية المحتاج للرملي 6/40، مغني المحتاج للشربيني 4/66، حاشية الجبرمي 3/333.
- 17- كشاف القناع للبهوتي 4/335، المبدع شرح المقنع لابن مفلح 3/6، الإنصاف للمردوي 7/183.
- 18- العدة شرح العمدة لبهاء الدين المقدسي 1/321، المبدع شرح المقنع لابن مفلح 4/6، الإنصاف للمردوي 7/183.
- 19- الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي ص8-9 .

لم تختلف القوانين العربية في تعريفها للوصية الاختيارية بل جاءت ألفاظها متقاربة و عباراتها متشابهة إلى حد كبير، وفيما يلي بعضاً من تلك التعريفات:

- 1- عرف قانون الأحوال الشخصية اليمني رقم (20) لسنة 1992م المعدل بالقرار الجمهوري رقم (27) لسنة 1998م الوصية في المادة (227) بأنها: "تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، ويخرج ما يجب الإيصاء به كتجهيز الميت والزكاة والحج والديون المتعلقة بالذمة من رأس مال التركة".
- 2- وعرفها قانون الوصية المصري رقم (71) لسنة 1946م في المادة (1) بأنها: "تصرف في التركة، مضاف إلى ما بعد الموت"
- 3- وعُرفت الوصية في المادة (207) من قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (95) لعام 1953م، المعدل بالقانون رقم (34) لعام 1975م بأنها: "تصرف في التركة، مضاف إلى ما بعد الموت".
- 4- وعرفها قانون الأسرة الجزائري رقم (84-11) المؤرخ في 9 رمضان 1404 هـ الموافق لـ9 يونيو 1984، والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، في المادة (184) بأنها "تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت"
- 5- نصت المادة (213) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم (51) لسنة 1984م المعدل بالقوانين أرقام: (61) لسنة 1996م، و(29) لسنة 2004م، و(66) لسنة 2007م على أن الوصية: "تصرف في التركة، مضاف إلى ما بعد الموت".
- 6- عرفت المادة (240) من القانون الاتحادي (الإماراتي) رقم (28) لسنة 2005م في شأن الأحوال الشخصية الوصية بأنها: "تصرف في التركة، مضاف إلى ما بعد موت الموصي"
- 7- عرفت الوصية في المادة (198) من المرسوم السلطاني رقم (97/32) بشأن إصدار قانون الأحوال الشخصية العماني بأنها: "تصرف على وجه التبرع، مضاف إلى ما بعد موت الموصي"

بالنظر في تعريفات الفقهاء نجد أنها لم تكن جامعة مانعة وإن جاءت متقاربة تنصب في معنى واحد، فبعضها قاصر وإن طالت ألفاظه، وبعضها أشمل فاقد لبعض عناصر المُعرّف، والتعريف - كما هو مقرر - يجب أن يكون جامعاً مانعاً يجمع عناصر المُعرّف، مانعاً من دخول غيره عليه. وهذا المعنى لا يوجد في تعريفات الفقهاء؛ لذلك استدركت معظم القوانين العربية هذا النقص ووضعت تعريفاً للوصية يعد أشمل وأدق وأضبط من تلك التعريفات؛ إذ عبرت عن الوصية بأنها "تصرف"، والتعبير بهذا اللفظ أشمل من التعبير بلفظ "تمليك" أو لفظ "تبرع"، ذلك أن لفظ التصرف يشمل كل صور الوصية من تمليكات وإسقاطات، ويشمل ما يكون بالمنافع وما يكون بالأعيان، ويشمل أيضاً الوصاية التي هي إقامة مكلف مكلّف آخر يقوم مقام نفسه بعد موته في بعض الأمور. لذلك كان التعريف الأولي بالتقديم هو تعريف القانون للوصية الاختيارية لشموله وانضباطه.

وأياً كان اللفظ المستعمل في التعبير عن الوصية: "تمليكا"، أو "عقداً"، أو "تبرعاً"، أو "تصرفاً" فإن جميع هذه الألفاظ تتفق في مدلولها على أن الوصية تنشأ في حياة الموصي بإرادته واختياره على سبيل التبرع والاستحباب، وليس على سبيل الفرض والإلزام إلا ما دل النص على وجوبه شرعاً⁽²⁰⁾، ولا تنفذ آثارها إلا بعد وفاته كونها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت.

المطلب الثاني: تحديد معنى الوصية الواجبة وحقيقتها

لم يتطرق الفقهاء القدامى إلى تعريف الوصية الواجبة؛ لأنها وصف جديد أقره القانون وعمل به لحل بعض المشكلات الأسرية التي تظهر عند تقسيم تركة الأصل (الجد أو الجدة) الذي توفي فرعه قبله، وكان للفرع أولاد يطالبون بنصيبه من تركة جدهم المتوفى، وفيما يلي سنتعرض لتعريف الوصية الواجبة لغة واصطلاحاً، ونذكر الحكمة من تشريعها، وأهم شروطها، ومقدارها، والمستحقون لها في ضوء ما نصت عليه بعض القوانين العربية، للوصول إلى تصور شامل عن حقيقة هذه الوصية تمهيداً لبيان حكمها وتأصيلها الفقهي كون الحكم على الشيء فرع من تصوره.

أولاً- تعريف الوصية الواجبة لغة:

الوصية: الوصية الواجبة مركب لفظي وقد تقدم تعريف الوصية في المبحث الأول⁽²¹⁾

الواجبة: الواجب مشتق من الجوب. يقال: وجب الشيء يجب وجوباً ووجبة إذا لزم⁽²²⁾، والواجب اسم فاعل اشتق من الإيجاب بوصفه أثرًا له. ولم يشتقوا له اسم مفعول كما اشتقوا المندوب، والمباح والمكروه، وكما اشتقوا لمتعلق التحريم والحرام والمحرم⁽²³⁾.

ويأتي الواجب بمعنى الثبوت والاستقرار. يقال: وجبت الشمس إذا ثبت غروبها واستقر، أو إنها استقرت في الفلك، ووجب الميت ثبت موته واستقر، وقوله تعالى: ((فَأِذَا وَجِبَتْ جُنُوبُهَا))⁽²⁴⁾، أي ثبتت واستقرت على الأرض بعد ذبحها (الأضاحي)، ووجب المهر والدين ثبت في محله واستقر⁽²⁵⁾.

ومادة وَجِبَ لها تفرعات في كتب اللغة والأصول، والذي يعيننا هنا الجوب بمعنى اللزوم والثبات والاستقرار.

ثانياً- تعريف الوصية الواجبة اصطلاحاً:

الوصية الواجبة في اصطلاح جمهور فقهاء الشريعة: "وصية الشخص بتوفية ما عليه من حق الله أو العباد من تركته بعد وفاته عندما لا يقوم دليل على ثبوت هذا الحق بذمته"⁽²⁶⁾. وهذا المعنى للوصية الواجبة بحكم الشرع لا خلاف فيه بين العلماء غير أنه ليس المراد من موضوع دراستنا ولا يعيننا هنا.

- 20- كالوصية برد الودائع والديون المجهولة، وكل ما يشغل الذمة كحج أو زكاة أو كفارة، وغيرها من الواجبات وهذا متفق عليه، ينظر: الجامع لأحكام القرآن للقرطبي 2/259، فتح الباري لابن حجر 359/5، سبل السلام للصنعاني 103/3.
- 21- ينظر ص 4 من البحث.
- 22- القاموس المحيط للفيروز أبادي ص316، لسان العرب لابن منظور 793/1، مختار الصحاح للرازي ص333.
- 23- التقرير والتحرير بشرح التحرير لابن أمير الحاج 114/2، وينظر: تاج العروس للزبيدي 333/4.
- 24- سورة الحج الآية (36).
- 25- شرح مختصر الروضة لنجم الدين الطوفي 267/1.
- 26- البناية شرح الهداية للعيبي 388/3، المعونة في مذهب أهل المدينة للثعلبي 1619/1، البيان للعرمانى 154/8، المغني لابن قدامة 444/6، فتح الباري لابن حجر 359/5، سبل السلام للصنعاني 103/3..

والجدير نكره أن الوصية في غير المعنى السابق تكون اختيارية إرادية غير واجبة، إذ الأصل فيها النذب والاستحباب عند جمهور العلماء⁽²⁷⁾. وفي اصطلاح بعض الفقهاء: "هي الوصية للوالدين والأقربين الذين لا يرثون لمانع من موانع الميراث أو لانقضاء شرط من شروطه أو لوجود حاجب أقرب درجة"⁽²⁸⁾، وهذا المعنى للوصية الواجبة قرره ابن حزم الظاهري ودافع عنه دفاعاً مستميتاً، ويُعدُّ المستند الفقهي لما استحدثه القانون من معنى جديد للوصية الواجبة سواء في مقدارها أو تحديد صفة المستحقين لها .

الوصية الواجبة في اصطلاح القانون:

لما كانت الوصية الواجبة وصفاً جديداً محدثاً مصدره القانون جاء تعريفها الاصطلاحي عند الفقهاء المحدثين سواء ممن تبني فكرتها ودافع عنها أم من عارضها وأفتى بعدم جواز العمل بها. وقد عرفوها بتعريفات متقاربة ومن هذه التعريفات:

- 1- الوصية الواجبة هي: "افتراض وصية الجد أو الجدة للحفدة بقدر حصة والدهم أو والدتهم إذا مات الوالد أو الوالدة قبل وفاة الجد أو الجدة على أن لا تزيد هذه الحصة عن ثلث التركة.
- والوصية بهذا المعنى الأخير يفترض القانون وجودها، ويلزم القاضي بالحكم بها وتنفيذها سواء أوصى المتوفى أو لم يوص"⁽²⁹⁾
- 2- وقيل هي: "التي تكون لفرع من يموت في حياة أحد أبويه حقيقة أو حكماً كالمفقود"⁽³⁰⁾.
- 3- أو هي: "التنزيل بجعل أحفاد الشخص منزلة أصلهم في تركة الجد أو الجدة"⁽³¹⁾.
- 4- وعُرفت بأنها: "قدر من المال يستحقه فرع ولد الميت إذا مات أبوه في حياة جده فيأخذ نصيب والده كما لو كان حياً فيما لا يزيد عن الثلث، ويأخذ هذا القدر إلزاماً حكم القانون"⁽³²⁾.
- 5- وعُرفت بأنها: "وصية وجبت في ثلث تركه الميت لفرع ولده الذي مات في حياته أو مات معه ولو حكماً"⁽³³⁾
- 6- وعرفها آخر بأنها: "وصية أوجبها القانون بشروط معينة لفرع من يموت في حياة أحد أبويه وفرع من يموت مع أحد أبويه حقيقة أو حكماً"⁽³⁴⁾

بالنظر في تعريفات الوصية الواجبة في القانون نجد أنها تدور حول معنى واحد وإن تعددت عباراتها، والتعريف الأول جاء شاملاً لكل مباحث الوصية الواجبة رغم ما فيه من إطالة، غير أنه يمكن الاستغناء عنها بوضع تعريف جامع مانع بعبارة موجزة تدل على المعنى المطلوب. وعليه يمكن تعريف الوصية الواجبة - استناداً إلى محتوى التعريفات السالف ذكرها - بأنها: "نصيب من التركة يستحقه فرع ولد الميت الذي مات قبل أصله أو معه إن لم يكونوا وارثين، بضوابط خاصة يأخذونه إلزاماً بحكم القانون"⁽³⁵⁾.

- 1- مخصصة للأقارب غير الوارثين وتحديداً أولاد الابن أو أولاد البنت على خلاف بين القوانين في ذلك كما سيأتي.
- 2- أنها لا تحتاج إلى إصدار إيجاب من الأصل الذي وجبت عليه، فإن أوجبها في حياته بإرادته واختياره نفذت، وإن تركها حتى توفي كانت واجبة بحكم القانون، وإن رفضها ورثة الأصل المتوفى؛ إذ لا يعتد برفضهم قانوناً.
- 3- أنها مستحقة لمن وجبت لهم بمقتضى نص القانون.
- 4- أن المستند في وجوبها لزوم تنفيذها بقوة القانون، ويلزم قاضي التنفيذ بتنفيذها قضاءً.

ثالثاً- الحكمة من تشريع الوصية الواجبة:

أخذت معظم قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية برأي المذهب القائل بوجوب الوصية لبعض المحرومين من الإرث، وهم الحفدة الذين يموت آباؤهم في حياة أبهم أو أمهم.

ففي نظام الإرث الإسلامي لا يستحق هؤلاء الحفدة شيئاً من ميراث الجد أو الجدة لوجود أعمامهم أو عماتهم على قيد الحياة. وقد يكون هؤلاء الحفدة في فقر وحاجة؛ إذ غالباً ما يكونون صغار السن.

فاستحدث القانون الوصية الواجبة لمعالجة هذه المشكلة تمثيلاً مع روح التشريع الإسلامي في توزيع الثروة على أساس من العدل والمنطق؛ إذ ما ذنب ولد المتوفى في الحرمان من نصيب والده الذي توفي مبكراً قبل والده، ويكون قد ساهم في تكوين ثروة الجد بنصيب ملحوظ، فيجتمع عليهم الفاقة وفقد الوالد. وبما أن الحفدة غير ورثة في حال موت أبهم، فلولي الأمر قصر صفة غير الوارث عليهم للمصلحة، ولأنهم أولى الناس بمال الجد، فتكون الوصية الواجبة مستحقة لهم وحدهم دون الأقارب الآخرين وإن كانوا غير وارثين.

فإذا لم يوص الجد أو الجدة له بمثل نصيب أصلهم تجب لهم الوصية بحكم القانون بمثل هذا النصيب على ألا تزيد عن الثلث⁽³⁶⁾.

وكان أول من قال بالوصية الواجبة هو القانون المصري في قانون الوصية رقم (71) لعام 1946م بتاريخ 1946/6/24م، الذي تم العمل به ابتداء من تاريخ 1946/8/1م، وتبعه قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (59) لعام 1953م، ثم قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (61) لعام 1976م، وشاعت الفكرة بعد ذلك وصارت قضية عمت بها البلوى في العديد من القوانين العربية منها: (الكويت، الإمارات، عمان، العراق، اليمن، تونس، السودان، المغرب، الجزائر، ليبيا)⁽³⁷⁾

27- المراجع السابقة نفسها.

28- المحلى لابن حزم 312/9 بتصرف .

29- أحكام الميراث والوصية، مصطفى إبراهيم الزلمي ص177 .

30- أحكام التركات والميراث، محمد أبو زهرة ص244.

31- أحكام الميراث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، بلحاج العربي ص218-219 .

32- الميراث والوصية بين الشريعة والقانون، صلاح سلطان ص220 .

33- أحكام الميراث، محمد طه أبو العلا خليفة ص336.

34- الرائد في علم الفرائض، أشرف عبد الرزاق ويح ص463.

35- ينظر: الوصية الواجبة، ريم عادل الأزعر ص41 .

36- الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي ص 122-123، الميراث والوصية والهبة، بدران أبو العينين ص197، أحكام التركات، عبد الناصر أبو البصل ص167، أحكام التركات والميراث، محمد أبو زهرة ص230 .

37- ينظر: قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم (51) لسنة 1984م المعدل بالقانون رقم (66) لسنة 1996م، والقانون رقم (66) لسنة 2007م، والقانون الاتحادي (الإماراتي) رقم (28) لسنة 2005م في شأن الأحوال الشخصية، ومرسوم سلطاني رقم (97/32) بشأن إصدار قانون الأحوال الشخصية العماني، قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959م وتعديلاته، قانون الأحوال الشخصية اليمني رقم (20) لسنة 1990م المعدل بالقرار الجمهوري

رابعاً- شروط الوصية الواجبة:

اتفقت معظم القوانين العربية على شروط محددة لاستحقاق فرع الولد (الحفدة) وصية واجبة في تركه جده أو جدته المتوفى، غير أن تلك القوانين اختلفت فيما بينها في إضافة بعض الشروط واستبعاد بعضها الآخر كل بحسب نظريته للحكمة من تشريع الوصية الواجبة، وظروف البيئة الاجتماعية التي صدر في ظلها القانون.

وفيما يلي نذكر الشروط الموحدة المتفق عليها في معظم قوانين الأحوال الشخصية العربية⁽³⁸⁾:

الشرط الأول: ألا يكون فرع الولد وارثاً من تركه المتوفى؛ لأن سبب وجوب الوصية تعويض الفرع عما كان يستحقه من تركه أصله إذا كان حياً، فإن ورث منه ولو ميراثاً قليلاً لم يستحق هذه الوصية⁽³⁹⁾ كما لو مات عن: زوجة، وبنت، وبنت ابن توفي في حياة أبيه، فإن الفرع وهو بنت الابن تأخذ السدس فرضاً مع البنت الصلبية تكملة للثلاثين، ثم تشاركها في الباقي بطريق الرد فلا تستحق وصية واجبة؛ لأنها وارثة من تركه جدتها بطريق الفرض والرد.

أما لو مات عن زوجة وبنتين وبنت ابن، فإن الفرع وهو بنت الابن تستحق وصية واجبة؛ لأنها غير وارثة؛ بسبب حجبها بالبنتين الصليبتين لاستكمالهما الثلثين.

الشرط الثاني: ألا يكون المتوفى قد أعطى ذلك الفرع بغير عوض ما يساوي الوصية الواجبة، كأن يهبه أو يوصي له بدون عوض أو يبيعه بيعاً صورياً أو بأي طريق آخر من طرق العطاء. فإن أعطاه ما يجب له بالوصية فلا تجب له في التركة وصية⁽⁴⁰⁾. وإذا أعطاه أقل مما يجب له، وجب له في تركته ما يكمل مقدار الوصية الواجبة، وإذا أعطى بعض المستحقين دون غيرهم، وجب للمحروم وصية بقدر نصيبه⁽⁴¹⁾.

وإن كان قد أعطاه أكثر مما وجب له بالوصية الواجبة كان الزائد وصية اختيارية، تطبق عليها أحكام الوصية الاختيارية، أي يكون القدر الزائد موقوفاً على إجازة الورثة فإن أجازوه نفذ وإلا عادت الزيادة إلى تركه المتوفى⁽⁴²⁾.

الشرط الثالث: ألا يقوم في الفرع المستحق للوصية الواجبة مانع من موانع الإرث لتركه أصله، فلا يكون قاتلاً له، أو مخالفاً له في الدين، أو يكون عبداً رقيقاً مملوكاً للغير⁽⁴³⁾. فإن قام به مانع من تلك الموانع لم تجب له الوصية؛ لأن الوصية الواجبة تعد تعويضاً عما فاتته من ميراث أصله، ومن ثم فهو والحالة هذه لا يستحق شيئاً إذ لم يفته شيء يعوض عنه. وكذلك والد ذلك الفرع يشترط فيه أن يكون وارثاً لو كان حياً وقت وفاة أبيه، أي لم يلحقه مانع من الميراث⁽⁴⁴⁾.

خامساً- المستحقون للوصية الواجبة:

اختلفت القوانين العربية التي أخذت بنظام الوصية الواجبة حول دائرة المستفيدين منها، ففي حين قصرها القانون السوري والأردني واليمني⁽⁴⁵⁾ على خصوص ولد الابن وإن نزل دون ولد البنت، نجد أن القانون المغربي والجزائري والكويتي⁽⁴⁶⁾ وسّعوا هذه الدائرة وأوجبوا لفروع الطبقة

رقم (27) لسنة 1998م، وقانون الأحوال الشخصية التونسي مجلة الأحوال الشخصية (أضيف بالقانون عدد 77 لسنة 1959 المؤرخ في 19 جوان 1959م)، قانون الأحوال الشخصية السوداني للمسلمين لسنة 1991م وأطلق عليها المقنن السوداني اصطلاح (الوصية بالتزويل)، والقانون رقم (70،03) بمثابة مدونة الأسرة المغربي، والقانون الجزائري رقم (84-11) المؤرخ في 9 رمضان 1404ه الموافق لـ9 يونيو 1984، والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، وإن كان أطلق على الوصية الواجبة مصطلح (التزويل) كسمى غير أنه عد التزويل وصية واجبة قضاءً وتأخذ أحكامها، خلافاً للقانون السوداني الذي عدا التزويل وصية اختيارية تأخذ أحكامها، والقانون الليبي رقم (27) لسنة 1423ه الموافق 1993م بشأن أحكام الوصايا، أخذ بحكم الوصية الواجبة قانوناً، غير أنه ألغى العمل بها بالقانون رقم (12) لسنة 2015م وأبقى على نظام التزويل وعده في حكم الوصية الاختيارية كما هو الحال في القانون السوداني.

38- ينظر: المادتين (76،77) من قانون الوصية المصري رقم (71) لسنة 1946م، والمادة (257/ب) من قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (95) لعام 1953م المعدل بالقانون رقم (34) لعام، (279/ب/ج) من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (61) لعام 1976م المعدل بالقانون رقم (36) لسنة 2010م، والمادة (259) قانون الأحوال الشخصية اليمني رقم (20) لسنة 1992م المعدل بالقرار الجمهوري رقم (27) لسنة 1998م، والمادتين (287 مكرر)، (288 مكرر أ) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم (51) لسنة 1984م المعدل بالقوانين أرقام: (61) لسنة 1996م، و(29) لسنة 2004م، و(66) لسنة 2007م، والمادة (272/أ/ب) من القانون الاتحادي (الإماراتي) رقم (28) لسنة 2005م في شأن الأحوال الشخصية، والمادة (2/1/191) من قانون الأحوال الشخصية التونسي مجلة الأحوال الشخصية (أضيف بالقانون عدد 77 لسنة 1959 المؤرخ في 19 جوان 1959م)، والمواد (170،171،172) من القانون الجزائري رقم (84-11) المؤرخ في 9 رمضان 1404ه الموافق لـ9 يونيو 1984م، والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

39- أحكام الوصية في الشريعة الإسلامية، أحمد فراج حسين ص196-197 شرح قانون الوصية، محمد أبو زهرة ص200، الأوقاف والوصايا بين الشريعة والقانون اليمني، غالب عبد الكافي القرشي ص158، الوجيز في الميراث والوصية، يوسف قاسم ص265.

40- أحكام الوصية في الشريعة الإسلامية، أحمد فراج حسين ص196، الموارث والوصية والهبة، بدران أبو العينين بدران ص169، الوجيز في الميراث والوصية، يوسف قاسم ص265، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، عمر سليمان الأشقر ص319.

41- الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي ص124.

42- الوصية الواجبة، ريم عادل الأزعر ص54.

43- "الرق حكم شرعي في كتاب الله وسنة رسوله - صلى الله عليه وسلم - وليس ظاهرة مؤقتة ولكنه ظاهرة مرهونة بأسبابها فالرق في الإسلام ليس عن طريق سرقة الناس بعضهم بعضاً، إنما الرق عن طريق جهاد شرعي، هذا هو الرق في أصل منشئه الشرعي، وهو باق أمس واليوم وغداً، وكونه اختفى لسبب أو آخر أو الناس حرروا أرقاءهم، أو تبنت الدول تحريرهم، هذا شيء آخر، ولا يعني أن الحكم الشرعي تغير، فالحكم الشرعي باق، وآيات القرآن محكمة في هذا الأمر وليست منسوخة ولا أحد يستطيع أن يمسحها من المصحف"، ينظر: من يملك حق الاجتهاد، سلمان بن فهد العودة ص75.

44- الوجيز في الميراث والوصية، يوسف قاسم ص266 الوصية الواجبة، ريم عادل الأزعر ص54.

45- ينظر: المادة (1/257) من قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (59) لعام 1953م، والوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي ص123، والمادة (279/ج) من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (61) لعام 1976م المعدل بالقانون رقم (36) لسنة 2010م، والحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، أحمد محمد علي داود ص167، والمادة (259) من قانون الأحوال الشخصية اليمني رقم (20) لسنة 1990م المعدل بالقرار الجمهوري رقم (27) لسنة 1998م، والأوقاف والوصايا بين الشريعة والقانون اليمني، غالب عبد الكافي القرشي ص155-156.

46- ينظر: المادة (169) من القانون الجزائري رقم (84-11) المؤرخ في 9 رمضان 1404ه الموافق لـ9 يونيو 1984، والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، والتزويل في قانون الأسرة الجزائري، دغيش ص143، والمادة (372) من القانون رقم (70،03) بمثابة مدونة الأسرة المغربي، والمادة (287 مكرر) م قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم (51) لسنة 1984م المعدل بالقانون رقم (66) لسنة 2007م.

الأولى من أولاد البنات، وفروع أولاد الأولاد وإن نزلوا، وأوسع من هذا فإن القانون المصري أوجبها لذرية الفرع وإن نزل سواء أكان هذا الفرع ذكراً أم أنثى⁽⁴⁷⁾. هذا هو وصف المستحقين للوصية الواجبة في القانون. أما الفقهاء القائلون بوجود الوصية للوالدين والأقربين غير الوارثين - كابن حزم الظاهري وغيره - فلم يقصروا الأقارب غير الوارثين على الحفدة من أولاد الابن أو البنت.

سادساً- مقدار الوصية الواجبة:

معظم القوانين العربية جعلت الأساس في تقدير الوصية الواجبة القياس على مقدار الوصية الاختيارية التي تكون في حدود الثلث، وخالف القانون اليمني هذا القياس، فكان له مسلك آخر في تحديد مقدار الوصية الواجبة ووافقته في ذلك بعض القوانين العربية، وسيرد تفصيل ذلك عند بيان موقف القانون اليمني من الوصية الواجبة في المبحث الأخير من هذا البحث بمشيئة الله تعالى. وعليه يستحق الحفدة - على اختلاف وصفهم من قانون لآخر - حصة أبيهم المتوفى لو أن أصله مات في حياته على ألا يزيد النصيب عن ثلث التركة، فإن زاد عنه كان الزائد موقوفاً لإجازة الورثة⁽⁴⁸⁾. أما الفقهاء القائلون بوجود الوصية للوالدين والأقربين غير الوارثين - كابن حزم الظاهري - فلم يحددوا مقدار هذه الوصية بل ظل النصاب في الوصية الواجبة بدون تحديد لإفساح المجال إلى إعطاء المستحقين قدرًا وافيًا من التركة.

المطلب الثالث: المقارنة بين الوصية الاختيارية والوصية الواجبة

بعد بيان معنى الوصية الواجبة وحقيقتها - قانوناً - يتبين وجود علاقة بينها وبين الوصية الاختيارية؛ ذلك أن الوصية الواجبة اشتملت على مجموعة أحكام مأخوذة من الوصية الاختيارية، لذلك نجد تشابه بينهما في بعض الجوانب واختلاف في جوانب أخرى، وعليه سوف نتعرض للمقارنة بين النوعين بذكر أوجه الاتفاق والاختلاف بينهما بغية الوصول إلى تصور كامل عن الوصية الواجبة قانوناً، إذ بوضوحها تعرف الأشياء.

أولاً- أوجه الاتفاق بين الوصية الواجبة والوصية الاختيارية:

- 1- من حيث التسمية: تشترك الوصية الواجبة مع الوصية الاختيارية في التسمية، فكلاهما يسمى وصية.
- 2- من حيث المقدار: مقدار الوصيتين محدد فيما لم يزد عن ثلث التركة، عند معظم القوانين العربية إلا أن القانون اليمني كان له مسلك آخر في تحديد مقدار الوصية الواجبة بحسب نوع الحفدة وطبيعة اجتماعهم وسيأتي بيان ذلك لاحقاً بمشيئة الله.
- 3- من حيث التقديم: كلاهما مقدم على الميراث، فالوصية مقدمة على الميراث سواء أكانت واجبة أم اختيارية، بل إن الوصية الواجبة مقدمة على سائر الوصايا⁽⁴⁹⁾ كما هو منصوص عليه في بعض القوانين العربية كالقانون المصري والسوري والكويتي⁽⁵⁰⁾.

ثانياً- أوجه الخلاف بين الوصية الواجبة والوصية الاختيارية:

- 1- من حيث الحكم: الوصية الواجبة حكمها الوجوب قضاءً بحكم القانون، وديانة على مذهب ابن حزم، أما الوصية الاختيارية الأصل فيها النذب والاستحاب ديانةً وقضاءً، وقد تدور على الأحكام التكليفية الخمسة كما هو عند جمهور أهل العلم⁽⁵¹⁾.
- 2- من حيث الحكمة: شرعت الوصية الواجبة لحل مشكلة حرمان الحفدة الذين يموت أبواهم في حياة أبيهم (الجد) أو أمهم (الجدة). أما الوصية الاختيارية فشرعت ليتدارك الإنسان بماله ما فاته في الماضي من العمل الصالح وقصر في تحصيله وغير ذلك من وجوه البر والإحسان⁽⁵²⁾.
- 3- من حيث الاختيار: الوصية الواجبة تكون بإرادة الموصي أو من دون إرادته وبحكم القانون الذي أقرها وأنشأها رغم إرادة الموصي، في حين الوصية الاختيارية لا تكون إلا بإرادة الموصي، ومتروكة لرضاه واختياره⁽⁵³⁾.
- 4- من حيث زمن الوجود: تنشأ الوصية الواجبة بعد الموت بحكم القانون وهذا في حال وفاة الجد دون أن يوصي للأحفاد، أما الوصية الاختيارية فيستحيل وجودها بعد موت الموصي، لانقضاء إرادته بالوفاة، وزوال ملكه بعدها وانتقاله إلى ملك الورثة⁽⁵⁴⁾.
- 5- من حيث المستفيدون: الموصى لهم في الوصية الاختيارية غير محددين؛ إذ إنها تجوز للقریب والبعيد، والأجنبي، وللجهات العامة، شريطة أن لا يكون الموصى له وارثاً، أما الوصية الواجبة محددة، فهي لا تجوز إلا للحفدة من أولاد الابن أو البنت⁽⁵⁵⁾.

47- ينظر: المادة (76) من قانون الوصية المصري رقم (71) لعام 1946م بتاريخ 1946/6/24م، وأحكام الوصية في الشريعة الإسلامية، أحمد فراج حسين ص 194-195.

48- الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي ص124، أحكام الوصية في الشريعة الإسلامية، أحمد فراج حسين ص199.

49- الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي ص 124، الحقوق المتعلقة بالتركة في الفقه والقانون، أحمد محمد علي داوود ص175.

50- ينظر: المادة (78) من قانون الوصية المصري، والمادة (257) من قانون الأحوال الشخصية السوري.

51- سيأتي بيان هذا الوجه عند الحديث عن التأصيل الفقهي للوصية الواجبة، ينظر ص 17، ص 23 من البحث.

52- أحكام الوصية في الشريعة الإسلامية، أحمد فراج حسين ص14-15، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي ص11، وينظر ص 10-11 من البحث.

53- الحقوق المتعلقة بالتركة في الفقه والقانون، أحمد علي داوود ص185، الوصية الواجبة، ريم عادل الأزعر ص60.

54- أحكام الوصية في الشريعة الإسلامية، أحمد فراج حسين ص194،58، الأوقاف والوصايا بين الشريعة والقانون اليمني، غالب عبد الكافي القرشي ص107،155، الوصية الواجبة في القانون الجزائري، بلعقاب عائشة ص55.

55- أحكام الوصية في الشريعة الإسلامية، أحمد فراج حسين ص195،68، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي ص61،123، الأوقاف والوصايا بين الشريعة والقانون، غالب عبد الكافي القرشي ص143،158.

- 6- **من حيث المقدار:** الموصي في الوصية الاختيارية يملك تحديد مقدارها، وبما لا يتجاوز الثلث، أما الوصية الواجبة، فتكون بمقدار نصيب أبوه، أو أمهم مما يرثه عن أصله المتوفى بما لا يتجاوز الثلث⁽⁵⁶⁾.
- 7- **من حيث القبول والرد:** الوصية الاختيارية تحتاج إلى قبول، أما الوصية الواجبة لا تحتاج إلى قبول وتثبت بمجرد الوفاة، ولا ترد بالرد لأنها تكتسب قوتها بحكم القانون، أما الوصية الاختيارية ترد بالرد إذا ردها الموصي له أي لم يقبلها⁽⁵⁷⁾.
- وبعد هذا البيان لمعنى الوصية الاختيارية والوصية الواجبة والموازنة بينهما نكون قد توصلنا إلى تصور شامل وحقيقي عن الوصية الواجبة قانوناً، ومن ثم بات من المنطقي الحديث عن تأصيلها الفقهي وحكمها الشرعي باعتبار أن الحكم على الشيء فرع من تصوره.

المبحث الثاني: التأصيل الفقهي للوصية الواجبة المطلب الأول: آراء الفقهاء القدامى في الوصية الواجبة

الأصل في الوصية عند المذاهب الأربعة النذب والاستحباب، ولا تجب على الشخص إلا إذا قد فرط في حياته في حق من الحقوق المالية الواجبة لله تعالى كالزكاة والكفارات المالية، أو يكون عليه حق للعباد كالدين والوديعة ولم يكن شيء منها ثابتاً بطريق من طرق الإثبات الشرعية⁽⁵⁸⁾. غير أن المشرع في القانون الوضعي - كما أسلفنا - أوجب نوعاً من الوصية لأولاد الابن المتوفى قبل أصله أو معه إن لم يكونوا وارثين، وذلك بمقدار وشروط خاصة يأخذونه وصية لا ميراثاً، وقد تقرر هذا الجواب قانوناً ليسد الحاجة والفاقة ويدفع الإجحاف الذي قد يلحق بأولاد الابن نتيجة حبسهم ممن هم أولى منهم (أعمامهم الذكور) بميراث جدهم.

وقد استند القانون في تقرير هذا الجواب على اجتهاد بعض الفقهاء المعاصرين الذين اعتمدوا في أصل الجواب على آية الوصية ((كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ))⁽⁵⁹⁾، وعلى رأي ابن حزم - رحمه الله - ومذهب بعض التابعين القائل بوجود الوصية للأقربين غير الوارثين دون تحديدها في فئة منهم، ولتحديد التكليف الفقهي لهذا النوع من الوصايا في مذاهب الفقهاء نجد أنهم - رحمهم الله - اختلفوا في حكمها على ثلاثة أقوال.

تحرير محل الخلاف:

إن سبب الخلاف في المسألة يرجع إلى اختلافهم في تأويل قوله تعالى: ((كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ))⁽⁶⁰⁾، فمن رأى أن الآية محكمة لا نسخ فيها في حق الأقربين غير الوارثين قال بوجود الوصية لأولاد الابن المتوفى قبل أصله وهو عندهم من قبيل العام المخصوص، فظاهر الآية وجوب الوصية للوالدين والأقربين مطلقاً، ومعناها في الأقربين غير الوارثين⁽⁶¹⁾، ومن قال أن الآية كلها منسوخة - وهو قول عامة الفقهاء وأهل التفسير⁽⁶²⁾ - بآيات الموارث، وبالحدِيث الشريف: ((إِنَّ اللَّهَ قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ فَلَا وَصِيَّةَ لِرِثِّ))⁽⁶³⁾ لم يقل بوجود الوصية لأولاد الابن المتوفى قبل أصله، وعدها من الوصايا المنذوبة المستحب فعلها.

وفيما يأتي التأصيل الفقهي لحكم الوصية الواجبة بصورتها الموجودة في بعض القوانين العربية⁽⁶⁴⁾، وذلك بعرض أقوال الفقهاء وأدلتهم في المسألة:

القول الأول: ذهب ابن حزم الظاهري وأبو بكر بن عبد العزيز من الحنابلة إلى القول بوجود الوصية للوالدين والأقربين غير الوارثين، ومنهم أولاد الولد المتوفى قبل أصله، وإذا لم يوص من فرض الله عليه الوصية وجب على القاضي إخراج جزء من ماله وإعطائه لمن وجبت لهم الوصية، أي أن الوصية واجبة لهم ديناً وقضاء⁽⁶⁵⁾. وبهذا قال من الفقهاء المعاصرين الدكتور محمد الزحيلي⁽⁶⁶⁾، والدكتور مصطفى السباعي، والدكتور عبد الرحمن الصابوني⁽⁶⁷⁾، والدكتور يوسف القرضاوي⁽⁶⁸⁾، والدكتور أحمد فراج حسين⁽⁶⁹⁾، وغيرهم .

- 56- الموارث والوصية والهيئة، بدران أبو العينين بدران ص169، الوجيز في الميراث والوصية، يوسف قاسم ص265، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، عمر سليمان الأشقر ص319 .
- 57- الوصية والميراث، محمد رازم عبد الفتاح العريزي ص123، الحقوق المتعلقة بالتركة في الفقه والقانون، أحمد محمد علي داؤود ص137، شرح قانون الوصية، محمد أبو زهرة ص194 .
- 58- المبسوط للسرخسي 124/27، المقدمات الممهدة لابن رشد 3 119-118، البيان للعرمانى 154/8، المغني لابن قدامة 444/6 .
- 59- سورة البقرة الآية (180) .
- 60- سورة البقرة الآية (180) .
- 61- الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم 92، 114/4 .
- 62- الجامع لأحكام القرآن للقرطبي 99/3، جامع البيان عن تأويل آي القرآن للطبري 384/3-385، أحكام القرآن لابن العربي 102/1، معالم التنزيل للبيهقي 212/1، ابن ماجة في سننه، كتاب الوصايا، باب ما جاء لا وصية لوارث، 433/4 رقم (2120)، والبيهقي في السنن الكبرى 212/6 رقم (12564)، وابن ماجة في سننه، كتاب الوصايا، باب لا وصية لوارث، 905/2 رقم (2713)، وأبو داؤود في سننه، كتاب الوصايا، باب ما جاء في الوصية للوارث، 73/3 رقم (2872)، وأحمد في مسنده 228/36 رقم (22294)، والحديث صححه الألباني، ينظر: صحيح الجامع 354/1 رقم (1720)، ومشكاة المصابيح 925/2 رقم (3073).
- 64- لفظ الأقربين غير الوارثين عام في جميع الأقربين فيشمل الحفدة والإخوة وأولادهم، والأعمام والأخوال وأولادهم، وغيرهم من الأقارب، غير أن القوانين العربية خصت بالوصية الواجبة الحفدة، وتباينت القوانين فيما بينها في تحديد الحفدة المستحقين فبعضها خص بالوصية أولاد الأبناء فقط، وبعضها شمل إلى جانبهم أولاد البنات أيضاً، ينظر للفائدة: ص 39 - 40 من البحث.
- 65- المحلى لابن حزم 314/9، الإغراب عن الحيرة والالتباس في مذاهب أهل الرأي والقياس لابن حزم ص475، الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم 86/4 .
- 66- الفرائض والموارث والوصايا، محمد الزحيلي ص593 .
- 67- الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية والتركات، مصطفى السباعي، وعبد الرحمن الصابوني ص305 .
- 68- ينظر: موقع سماحة الشيخ يوسف القرضاوي، مقال بعنوان حكم ما يسمى الوصية الواجبة، al-qaradawi.net/node/3934 .
- 69- أحكام الوصية في الشريعة الإسلامية، أحمد فراج حسين ص23 .

قال ابن حزم - رحمه الله - " فمن مات ولم يوص ففرض أن يتصدق عنه بما تيسر، ولا بد؛ لأن فرض الوصية واجب كما أوردنا، فصح أنه قد وجب أن يُخرج شيء من ماله بعد الموت، فإن كان كذلك فقد سقط ملكه عما وجب إخراجه من ماله، ولا حد في ذلك إلا ما رآه الورثة، أو الوصي مما لا إحفاف فيه". إلى أن قال - رحمه الله - : " فرض على كل مسلم أن يوصي لقرابته الذين لا يرثون إما لرق، وإما لكفر، وإما لأن هناك من يحجبهم عن الميراث، أو لأنهم لا يرثون فيوصي لهم بما طابت به نفسه"⁽⁷⁰⁾. وإلى هذا القول وأدلته استندت معظم قوانين الأحوال الشخصية العربية في إيجاب الوصية لأولاد الفرع المتوفى قبل أصله، وأضاف بعض الفقهاء المعاصرين أدلة من المعقول تعزز القول بوجود الوصية لهم.

الأدلة والمناقشة:

استدل القائلون بالوصية الواجبة بأدلة من الكتاب والسنة والمعقول والقواعد الفقهية:

الكتاب:

قال تعالى: ((كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ))⁽⁷¹⁾ وجه الدلالة: دلت الآية في ظاهرها على وجوب الوصية للوالدين والأقربين؛ لأن لفظ "كتب" بمعنى فرض، ولفظ "حقاً على المتقين" من الألفاظ التي تدل على الوجوب، ثم نسخ الوجوب بآيات الموارث والسنة النبوية⁽⁷²⁾ في حق من لا يرث من الوالدين والأقربين⁽⁷³⁾. وذهبت طائفة من الفقهاء وبعض المعاصرين إلى أن الوصية واجبة على ظاهر الآية القرآنية، سواء أكان المال قليلاً أم كثيراً، كما أن الآية فسرها القائلون بالوجوب أنها محكمة غير منسوخة⁽⁷⁴⁾، فدللت على العموم وفي معناها على الخصوص كما سبق معنا عند تحرير محل الخلاف في المسألة⁽⁷⁵⁾.

وبناقش هذا الاستدلال من وجهين :

الأول: أن الحق المقرر في الآية تحول من الإيصاء إلى الميراث؛ لأن الآية نسخت بآيات الموارث، وبقوله صلى الله عليه وسلم: ((إِنْ أَلَّفَ قَدْ أُعْطِيَ كُلُّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ فَلَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ))⁽⁷⁶⁾.

الثاني: أن قوله تعالى: ((حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ)) يدل على أن الوصية غير واجبة، ولو كانت واجبة لكانت فرضاً على جميع المسلمين المكلفين، فلما خص الله من يتقي دل على أن التكليف بالوصية غير واجب⁽⁷⁷⁾.

السنة:

عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ((مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُوصِي فِيهِ يَبِيْتُ لِيَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ))⁽⁷⁸⁾

وجه الدلالة: دل الحديث في ظاهره على وجوب الوصية للأقربين غير الوارثين⁽⁷⁹⁾؛ ذلك أن قوله "ما حق امرئ مسلم" يفيد فرض الوصية على كل من ترك مالا؛ لأن الحق هو الشيء الثابت الذي لا يسوغ إنكاره، والكانن الذي لا مرد له، ولا محالة لوقوعه⁽⁸⁰⁾. وبنقاش هذا الاستدلال من أربعة وجوه:

الأول: أن كل ما دل عليه الحديث هو الحث على المبادرة بالوصية فلا يمضي عليه يوم إلا ووصيته مكتوبة عنده، والحديث فيه إشارة إلى اغتفار الزمن اليسير، وليس فيه دلالة على وجوب الوصية بل ظاهر المعنى على استحبابها⁽⁸¹⁾.

الثاني: الحديث ليس فيه دلالة على وجوب الوصية، ويؤكد ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الوصية فيه حقاً للمسلم لا حقاً عليه، ولو وجبت لكانت عليه لا له، وهو خلاف ما يدل عليه اللفظ⁽⁸²⁾.

الثالث: الحديث دلالاته على الندب أقوى منه على الوجوب؛ لأن تعليق الوصية بإرادة الموصي نص في سقوط وجوبها؛ لأنها لو كانت واجبة لم يجعلها إلى إرادة الموصي، وكان ذلك لازماً على كل حال⁽⁸³⁾.

70- المحلى لابن حزم 313/9-314.

71- سورة البقرة الآية (180).

72- حديث: ((إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث))، سبق تخريجه ص 17 من البحث.

73- جامع البيان عن تأويل أي القرآن للطبري 384/3-385، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي 262/2-263، أحكام القرآن لابن العربي 102/1-103، أحكام القرآن للجصاص 175، 178، تفسير البيان لأحكام القرآن ابن نور الدين 218/1.

74- جامع البيان في تأويل القرآن للطبري 385/3، أحكام القرآن للجصاص 202/1-203، نيل الأوطار للشوكاني 42/6، 50.

75- ينظر ص 16 - 17 من البحث.

76- سبق تخريجه ص 17 من البحث، وينظر: المقدمات الممهدة لابن رشيد 119/3، فتح الباري لابن حجر 358/5.

77- أحكام القرآن للجصاص 203/1، أحكام القرآن لابن فرس الأندلسي 178/1، أحكام القرآن لابن العربي 104/1 روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني للألوسي 54/2، الذخيرة للقرافي 7/7.

78- أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الوصايا، باب الوصايا وقول النبي صلى الله عليه وسلم: ((وصية الرجل مكتوبة عنده))، 2/4 رقم (2738).

79- المحلى لابن حزم 312/9، 314، أحكام القرآن للكياهراسي 43/1، فتح الباري لابن حجر 358/5.

80- سبل السلام للصنعاني 103/3 أحكام الوصية في الشريعة الإسلامية، أحمد فراج حسين ص 21.

81- فتح الباري لابن حجر 358/5، سبل السلام للصنعاني 103/3، نيل الأوطار للشوكاني 42/6.

82- أحكام القرآن للجصاص 202/1، أحكام القرآن لابن العربي 103/1، سبل السلام للصنعاني 103/3، المبسوط للسرخسي 142/27.

83- فتح الباري لابن حجر 385/5، نيل الأوطار للشوكاني 42/6، المقدمات الممهدة لابن رشيد 119/3 الحاوي الكبير للماوردي 189/8.

الرابع: دلالة الحديث تحتمل معان متعددة: أن الوجوب في الحديث كان ابتداءً قبل نزول آية المواريث، أو أن الحديث يحمل على من كان عليه واجب أو عنده وديعة، أو أن المراد به الحث على كتابة الوصية حتى لا يفاجأ المسلم بالموت وهو على غير وصية⁽⁸⁴⁾، ومن المقرر في قواعد الترجيح أن الدليل إذا ورد عليه الاحتمال سقط به الاستدلال.

1- عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رجلاً قال للنبي صلى الله عليه وسلم: **إِنَّ أَبِي مَاتَ وَتَرَكَ مَالًا، وَلَمْ يُوصِ، فَهَلْ يُكْفَرُ عَنْهُ أَنْ أَتَصَدَّقَ عَنْهُ؟ قَالَ: ((نَعَمْ))**⁽⁸⁵⁾.

وجه الدلالة: دل الحديث على وجوب الوصية عمن لم يوص؛ لأن التكفير لا يكون إلا من ذنب، فجاءت الإشارة في الحديث إلى أن ترك الوصية يحتاج فاعله إلى أن يكفر عنه، وذلك بأن يتصدق عنه وهذا مالا يسع أحد خلافه⁽⁸⁶⁾.

ويناقش هذا الاستدلال من ثلاثة وجوه:

الأول: أن الحديث ليس فيه ما يدل على وجوب الوصية؛ لأنه لم يرد في الشرع نص يقرر أن الإنسان إن لم يوص فعليه كفارة، فتصدق الابن عن أبيه من باب البر وليس له علاقة بالوصية، ولا هو نوع من أنواع الكفارات⁽⁸⁷⁾.

الثاني: أن السائل في الحديث لم يسأل عن الوصية، بل سأل هل تكفر ذنوب أبيه بصدقته عنه، كما تكفر لو كان أبوه أوصى في حياته، فليس في الحديث أي أمر بالوصية، ولا بالصدقة فضلاً عن كونه أمر إيجاب، فكيف يصح الاستدلال به على وجوب الوصية ووجوب إخراجها من التركة بغير إيصاء، فلا وجود لأي صيغة من صيغ الأمر في الحديث⁽⁸⁸⁾.

الثالث: أن الحديث يحتمل أمرين:

- أن يكون هذا الحديث قبل نزول آيات المواريث ونسخ وجوب الوصية.

- أن تكون كلمة "يُكْفَر" بمعنى الزيادة في الحسنات⁽⁸⁹⁾.

2- ما صح عن عائشة رضي الله عنها: **أَنَّ رَجُلًا قَالَ لِلنَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِنَّ أُمَّيْ افْتُلِنْتُ (90) نَفْسَهَا وَأَطْنَهَا لَوْ تَكَلَّمْتُ تَصَدَّقْتُ فَهَلْ لَهَا أَجْرٌ إِنْ تَصَدَّقْتُ عَنْهَا قَالَ: ((نَعَمْ))**⁽⁹¹⁾.

وجه الدلالة: دل الحديث على وجوب الصدقة عمن لم يوص، وأمره - صلى الله عليه وسلم - فرض يفيد الوجوب⁽⁹²⁾. ويناقش هذا الاستدلال بما نوقش به حديث أبي هريرة السالف ذكره؛ لاشتراك الحديثين في دلالة واحدة والله تعالى أعلم.

القواعد الفقهية:

استدل القائلون بالوصية الواجبة بالقاعدة الفقهية: "التصرف على الرعية منوط بالمصلحة" ومعنى القاعدة: أن نفاذ تصرف ولي الأمر على الرعية متوقف على وجود المصلحة في تصرفه، ويكون لولي الأمر حق تقييد المباح لما يراه من المصلحة العامة، ومتى أمر به وجبت طاعته، وأن أمره ينشئ حكماً شرعياً نافذاً⁽⁹³⁾.

وبناء عليه يحق لولي الأمر أن يحدد الأقربين الوارثين بأولاد الأبناء والبنات، وإعطائهم نصيب أبيهم من الميراث كما لو كان حياً أو أي مقدار آخر يحقق مصلحة الحفدة⁽⁹⁴⁾، ويكون للقاضي أن يفرض لهم وصية واجبة في حالة ما إذا لم يوص الجد لهم مراعاة لمصلحتهم ويكون حكمه نافذاً.

ويناقش الاستدلال بالقاعدة الفقهية من وجهين:

الأول: أن صلاحيات ولي الأمر محصورة في تنظيم الأمور المباحة وهذا مسلم به، أما فيما يتعلق بمسائل الميراث فهي توقيفية منصوص عليها، وليس لولي الأمر أن يغير فيها بالزيادة أو النقصان⁽⁹⁵⁾.

الثاني: من المقرر شرعاً أن ولي الأمر أو غيره لا يملك أخذ مال أحد (مال الجد المتوفى) أو إعطائه لغيره (الحفدة) إلا بوجه حق⁽⁹⁶⁾، بل يُخشى أن يكون أخذ المال بهذه الوصية (الوصية الواجبة) داخلاً في باب أكل أموال الناس بالباطل من غير مسوغ شرعي يبيح ذلك.

84- سبل السلام للصنعاني 103/3، فتح الباري لابن حجر 385/5، الحاوي الكبير للماوردي 196/8، أحكام الوصية في الشريعة الإسلامية، أحمد فراج حسين ص22.

85- أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الوصية، باب وصول ثواب الصدقات إلى الميت 1254/3، رقم (1630).

86- المحلى لابن حزم 313/9، أحكام القرآن للجصاص 203/2، فتح الباري لابن حجر 385/5.

87- الوصية الواجبة، ريم عادل الأزعر ص47.

88- الوصية الواجبة في الفقه الإسلامي، محمد بن محمد قاسم التاويل ص39-40.

89- الوصية الواجبة، ريم عادل الأزعر ص47.

90- افْتُلِنْتُ: أي ماتت بغتة، يقال: اسْتُبِلَ فُلْتُهُ، أي فجأة، ينظر: فتح الباري لابن حجر 255/3، النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير 911/3، غريب الحديث لابن الجوزي 204/2.

91- أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الجنائز، باب موت الفجأة، 102/2 رقم (1388)، ومسلم في صحيحه، كتاب الزكاة، باب وصول الصدقة عن الميت 696/2 رقم (1004).

92- المحلى لابن حزم 313/9.

93- المنثور في القواعد الفقهية للزركشي 309/1، الأشباه والنظائر لابن نجيم 104/1، 123، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، محمد الزحيلي 493/1.

94- الوصية الواجبة في الإسلام، هشام قبيلان ص57، الفرائض والمواريث والوصايا، محمد الزحيلي ص594، الوجيز في الوصايا والمواريث، فؤاد عبداللطيف السرطاوي ص42.

95- الوصية الواجبة، ريم عادل الأزعر ص48، أحكام المواريث محمد رياض ص234.

96- الوصية الواجبة، ريم عادل الأزعر ص48، الميراث والوصية، محمد رامت عبدالفتاح العزيمي ص131.

القول الثاني: ذهب داوود الظاهري، والحنابلة في رواية، والشافعي في القديم إلى أن الوصية واجبة للأقربين غير الوارثين ديناً، فإذا لم يوص لهم ترتب على ذلك حصول الإثم، ولا يجب قضاء إخراج شيء لهم من مال الموصي بعد موته⁽⁹⁷⁾. وبهذا قال فقيه الحجاز فضيلة الشيخ محمد بن صالح العثيمين⁽⁹⁸⁾

الأدلة والمناقشة:

استدل أصحاب هذا القول بأدلة من الكتاب، والسنة، والمعقول:

الكتاب:

قال تعالى: ((كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ))⁽⁹⁹⁾ وجه الدلالة: أنه نسخ من الوصية الوالدين كونهم وارثين، أثبتت الوصية للأقربين الذين لا يرثون وجوباً بنص الآية⁽¹⁰⁰⁾. ويناقش بما نوقش به استدلال القول الأول بالآية⁽¹⁰¹⁾.

السنة:

عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ((مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُوصِي فِيهِ يَبِيتُ لَيْلَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ))⁽¹⁰²⁾ وجه الدلالة: دل الحديث في ظاهره على وجوب الوصية للأقربين غير الوارثين⁽¹⁰³⁾؛ ذلك أن قوله "ما حق امرئ مسلم" يفيد فرض الوصية على كل من ترك مالا ديانة بنص الحديث. ويناقش بما نوقش به استدلال القول الأول بحديث ابن عمر رضي الله عنهما⁽¹⁰⁴⁾

المعقول:

إذا لم يوص للأقربين غير الوارثين في حياة الموصي كان أثماً، ولا يجب على الورثة أو غيرهم إخراج شيء من ماله بعد موته؛ لأنه بالموت قد زال عنه ملكه، فلم يبق له فيه حق حتى يجب إخراج جزء منه وإعطائه لهم لأنه يصير ملكاً للورثة⁽¹⁰⁵⁾

القول الثالث: ذهب جماهير الفقهاء ومنهم أصحاب المذاهب الأربعة من الحنفية والمالكية والشافعية في الجديد والحنابلة إلى أن الوصية ليست فرضاً على كل من ترك مالا، وليست واجبة للأقربين غير الوارثين سواء أكانوا أولاد الولد المتوفى قبل أصله أو غيرهم من الأقارب، بل إن الأصل في الوصية أنها مستحبة ندب إليها الشارع براً للأقربين، ولا توجد وصية واجبة إلا إذا تعلق الوصية بحق أو دين أو ما شابه ذلك⁽¹⁰⁶⁾، وبهذا قال من المعاصرين محمد أبو زهرة⁽¹⁰⁷⁾، وأحمد حجي الكردي⁽¹⁰⁸⁾، وعبد الفتاح البرز مفتي دمشق⁽¹⁰⁹⁾، إذ اعترضوا على تشريع الوصية الواجبة بصورتها القانونية.

الأدلة والنقاش:

استدل جمهور العلماء بأدلة من الكتاب والسنة والآثار والمعقول:

الكتاب:

قال تعالى: ((كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ))⁽¹¹⁰⁾ وجه الدلالة: دلت الآية - عند أكثر المفسرين - على وجوب الوصية للوالدين والأقربين في الابتداء، ثم نسخ هذا الوجوب بعد نزول آيات المواريث وثبوت الحديث الشريف⁽¹¹¹⁾ إلى استحباب الوصية للوالدين والأقربين غير الوارثين دون الوارثين منهم⁽¹¹²⁾. ويناقش بأن الحديث خبر آحاد نسيخ القرآن به على قول الجمهور، ونسخ القرآن بخبر الأحاد لا يصح⁽¹¹³⁾.

- 97- المحلى 314/9، الأم للشافعي 118/4، المغني لابن قدامة 140/6، نيل الأوطار للشوكاني 50/6، تيسير البيان لأحكام القرآن لابن نور الدين 121/1، جامع البيان في تأويل أي القرآن للطبري 385/3.
- 98- تفسير الفاتحة والبقرة، محمد بن صالح العثيمين 306/2-307.
- 99- سورة البقرة الآية (180).
- 100- جامع البيان في تأويل أي القرآن للطبري 390/3، أحكام القرآن لابن الفرس الأندلسي 176/1، أحكام القرآن للجصاص 204/202/2.
- 101- ينظر ص 18 - 19 من البحث.
- 102- سبق تخريجه ص 19 من البحث.
- 103- المحلى لابن حزم 314، 312/9، أحكام القرآن للكيهاسي 43/1، فتح الباري لابن حجر 358/5.
- 104- ينظر ص 19 من البحث.
- 105- المغني لابن قدامة 140/6، المحلى لابن حزم 114/9، أحكام الوصية في الشريعة الإسلامية، أحمد فراج حسين ص 21.
- 106- المبسوط للرخسي 124/27، البناء شرح الهداية للعيني 388/3، المقدمات الممهدة لابن رشد 118/3-119، المعونة في مذهب أهل المدينة للثعلبي 1619/1، الأم للشافعي 103، 118/4، البيان للعراني 154/8، المغني لابن قدامة 444/6، كشف القناع للبهوتي 338/4.
- 107- شرح قانون الوصية، محمد أبو زهرة ص 239، أحكام التركات والمواريث، محمد أبو زهرة ص 244.
- 108- الأحوال الشخصية: الأهلية والنيابة الشرعية والوصية والوقف والتركات، أحمد الحجي الكردي ص 189-192.
- 109- وزارة الأوقاف السورية، دائرة الإفتاء العام، بتاريخ 24/ربيع الأول/1439هـ الموافق 2017/11/20م
- 110- سورة البقرة الآية (180).
- 111- حديث: ((إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث))، سبق تخريجه ص 17 من البحث.
- 112- أحكام القرآن للجصاص 202/1، أحكام القرآن لابن العربي 102/1، أحكام القرآن للشافعي 149/1، تيسير البيان لأحكام القرآن لابن نور الدين 218/1-219، أحكام القرآن لابن فرس الأندلسي 175/1، 178.
- 113- أحكام القرآن لابن فرس الأندلسي 175/1، أحكام القرآن للكيهاسي 43/1.

ويجاب بأنه لا يمتنع من طريق النظر في الأصول، فإن بقاء الحكم مظنون فيجوز أن ينسخ بمثله، وضعف هذا القول مبين في كتب الأصول. وقد قيل إن الإجماع منعقد على تلقي الخبر بالقبول ومثل ذلك يجوز أن ينسخ به الكتاب⁽¹¹⁴⁾.

ويؤيد هذا الاستدلال ما صح عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أنه قال: ((كَانَ الْمَالُ لِلْوَلَدِ، وَالْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ فَسَخَّ اللَّهُ سُبْحَانَهُ مِنْ ذَلِكَ مَا أَحَبَّ فَجَعَلَ لِلذَّكَرِ مِثْلَ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ، وَجَعَلَ لِلْأَبْيُونِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسَ، وَجَعَلَ لِلْمَرْأَةِ الثَّمَنَ وَالرَّبْعَ، وَلِلرَّوْحِ الشَّطْرَ وَالرَّبْعَ))⁽¹¹⁵⁾ ويقول ابن العربي: " وهذا نص لا معدل - يقصد أثر ابن عباس - لأحد عنه فمن كان من القرابة وارثاً دخل مدخل الأبوين، ومن لم يكن وارثاً قيل له: إن قطعك من الميراث الواجب إخراج لك من الوصية الواجبة، ويبقى الاستحباب لسائر القرابة"⁽¹¹⁶⁾.

السنة:

عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله - صل الله عليه وسلم - قال: ((إِنَّ اللَّهَ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ عِنْدَ وَفَاتِكُمْ زِيَادَةً فِي أَعْمَالِكُمْ))⁽¹¹⁷⁾.

وجه الدلالة: دل الحديث أن الوصية شرعت لنا في حدود الثلث لا علينا، والمشروع لنا، ما لا يكون فرضاً ولا واجباً، بل يكون مندوباً بمنزلة سائر المندوبات من النوافل وغيرها⁽¹¹⁸⁾.

الأثار:

1- عن عاصم، عن زر بن حبیش، قال: سألت عائشة عن ميراث رسول الله - صلى الله عليه وسلم-، فقالت: ((تَسْأَلُونِي عَنْ مِيرَاثِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، مَا تَرَكَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دِينَارًا، وَلَا دِرْهَمًا، وَلَا شَاةً، وَلَا بَعِيرًا، وَلَا أَوْصَى بِشَيْءٍ))⁽¹¹⁹⁾.

2- عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ((مَاتَ وَلَمْ يُوصِ))⁽¹²⁰⁾.

وجه الدلالة من الأثرين: أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يترك شيئاً يورث عنه، وإنما ترك ماله صدقة جارية من بعده، فلم يجب الإيصاء بشيء إلى أقاربه غير الوارثين، فإن كانت الوصية لهم واجبة لأوصى إليهم بشيء من ماله⁽¹²¹⁾.

وتناقش هذه الآثار بأن ما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه لم يوص خاص بعدم وصيته بالخلافة، بدليل أنه ثبت عنه صلى الله عليه وسلم أنه أوصى بعدة أمور منها: إيصاؤه أن ينفذ جيش أسامة بن زيد، وإيصاؤه بالأب يترك في جزيرة العرب دينان⁽¹²²⁾. ويجاب عن هذه المناقشة من ثلاثة وجوه:

الأول: أن ما ذكر من وصايا وغيرها جاءت في أثر لعبيد الله بن عبد الله بن عتبة عند البيهقي، وبعد أن ذكره قال: هذا مرسل⁽¹²³⁾.

الثاني: أن تخصيص دلالة أثر عائشة وابن عباس تخصيص بدون دليل، إذ هو مجرد احتمال أورد على الاستدلال.

الثالث: الرد بما ورد عن النبي - صلى الله عليه وسلم - من وصايا جاء في غير محل الاستدلال ولا يناسب المقام؛ ذلك أن المقام يتناول حكم الوصية للأقربين غير الوارثين ومنهم أولاد الولد المتوفى قبل أصله.

المعقول:

1- أن أكثر أصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم - لم ينقل عنهم وصايا، ولم يُنقل نكير لذلك، ولو كانت واجبة لم يخلوا بها، ولنقل عنهم العمل بها نقلاً ظاهراً⁽¹²⁴⁾.

2- ويناقش هذا الاستدلال بأنه ليس في صنيع الصحابة على فرض صحته حجة فيما روي عنهم، بل الحجية فيما صح عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم-⁽¹²⁵⁾.

ويجاب عنه بالوجه التي أجيب بها عن مناقشة أثر عائشة وابن عباس - رضي الله عنهما - والله تعالى أعلم.

3- أن الوصية عطية، والعطية تجب في الحياة، فلا تجب بعد الوفاة؛ كما أنها تملك مضاف إلى ما بعد الموت ينشأ في حياة الموصي ويثبت بعد وفاته⁽¹²⁶⁾.

4- أن الوصية الواجبة بمفهومها الحالي صارت في حقيقة الأمر ميراثاً وإن سموها وصية، ولذلك يأخذ الحفدة هذا النصيب وإن لم يوص الميت لهم بشيء، وإن كانت ميراثاً فهي باطلة بطلاناً قطعياً؛ لأن فيها استندراك وتعديل على الله في قسمة الموارث⁽¹²⁷⁾.

¹¹⁴ المرجع السابق نفسه، وينظر للفائدة: الناسخ والمنسوخ في القرآن الكريم لابن العربي ص 35، "ناسخ القرآن العزيز ومنسوخه لابن البارزي ص 25.

¹¹⁵ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الوصايا، باب لا وصية لوارث، 4/4 رقم (2747).

¹¹⁶ أحكام القرآن لابن العربي 103/1.

¹¹⁷ أخرجه ابن ماجة في سننه، كتاب الوصايا، باب الوصية بالثلث، 904/2 رقم (2709)، قال شعيب الأرنؤوط: "إسناده ضعيف جداً. طلحة بن عمر - وهو المكي- متروك الحديث. وقد روي الحديث عن عدد من الصحابة بأسانيد ضعيفة، ولكن بمجموعها يدل على أن للحديث أصلاً، والله تعالى أعلم"، ينظر: سنن ابن ماجة بتحقيق شعيب الأرنؤوط 14/4، وقال رحمه الله: "حديث محتمل للتحسين بشواهد، وهذا إسناده ضعيف"، ينظر: المسند الموضوعي الجامع للكتب العشرة، صهيب عبد الجبار، 422/016، وقال الألباني رحمه الله: "حديث حسن" ينظر: إرواء الغليل 77/6، رقم (1641).

¹¹⁸ البناء شرح الهداية للعيني 388/3، المبسوط للسرخسي 142/27، سبل السلام للصنعاني 103/3.

¹¹⁹ أخرجه ابن حبان في صحيحه، كتاب التاريخ، باب مرض النبي صلى الله عليه وسلم، 572/14 رقم (6606)، قال شعيب الأرنؤوط محقق صحيح ابن حبان: "إسناده حسن"، وصححه الألباني في التعليقات الحسان على صحيح ابن حبان 317/9 رقم (6572).

¹²⁰ أخرجه أبو يعلى في المسند 434/4 رقم (2560)، قال حسين سليم أسد محقق المسند: "إسناده صحيح".

¹²¹ تفسير القرآن العظيم لابن كثير 58-59 بتصرف.

¹²² جاء في السنن الكبرى للبيهقي، كتاب الوصايا، باب من قال بنسخ الوصية للأقربين الذين لا يرثون وجوازها للأجانب، من أثر عبيد الله بن عبد الله بن عتبة رقم (12554)، وينظر: المحلى لابن حزم 113/9.

¹²³ المرجع السابق نفسه.

¹²⁴ المغني لابن قدامة 444/6، منار السبيل في معرفة الدليل، ابن ضويان 34/2، الملخص الفقهي، صالح الفوزان 209/2.

¹²⁵ أحكام الوصية في الشريعة الإسلامية، أحمد فراج حسين ص 24.

¹²⁶ الفقه على المذاهب الأربعة عبد الرحمن الجزيري 230/3.

¹²⁷ شرح قانون الوصية، محمد أبو زهرة ص 239، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي 123.

الترجيح:

بالنظر في أدلة القائلين بالوصية الواجبة، وأدلة جماهير أهل العلم القائلين بندب الوصية واستحبابها أجد النفس تميل إلى ترجيح قول جمهور أهل العلم؛ لقوة أدلته وضعف أدلة المخالفين بما ورد عليها من مناقشة، كما أن الوصية الواجبة بصورتها الحالية المطبقة في كثير من القوانين العربية ترد عليها جملة من الانتقادات من أهمها:

- 1- أن الوصية لا تكون إلا في حياة الموصي فإذا مات الإنسان ولم يوص في حياته استحالت الوصية، ومن ثم فلا يستقيم القول بوجودها بعد موته، لاسيما أن ماله يتحول لحظة موته إلى ملك ورثته⁽¹²⁸⁾.
- 2- الوصية الواجبة تخالف القواعد العامة لأحكام الوصية؛ ذلك أن الوصية اختيارية من حيث الأصل، فلا يُجبر الشخص بالإبضاء، بل الوصية متعلقة بإرادته ورغبته، وهذا ما أقرته الشريعة الإسلامية⁽¹²⁹⁾.
- 3- القول بالوصية الواجبة يحقق مصلحة الحفدة لاسيما إذا كانوا فقراء، لكنه في الوقت نفسه يمكن أن يعود بالضرر على الورثة الأصليين (أصحاب الفروض) وينقص من حقهم، وفي هذا تعدي على حقوق أوجبها الله سبحانه وتعالى وسماها في كتابه العزيز حدوداً.
- 4- الوصية الواجبة في وضعها الحالي جاءت مخالفة لما هو مقرر في التأصيل الفقهي للوصية من كل وجه، ولم يوجد لها نظير في الفقه من كل وجه⁽¹³⁰⁾، ولكن واضعي القانون حاولوا أن يجعلوا لها سنداً ملقاً من مذاهب الفقهاء وبعض القواعد الفقهية⁽¹³¹⁾.

المطلب الثاني: حجج الفقهاء المعاصرين والرد عليها

بعد أن اطلعنا على التأصيل الفقهي للوصية الواجبة في ضوء آراء الفقهاء القدامى، وتبين أن القول الراجح هو قول جمهور العلماء بعدم وجوب الوصية القانونية (الواجبة)، كان من المناسب إفراد مطلب مستقل نستعرض فيه حجج الفقهاء المعاصرين القائلين بالوصية الواجبة قانوناً، وذلك بغية جمع شمل المسألة في ضوء القديم والحديث من الأقوال، وزيادة في تحرير القول بالوجوب وأدلته بعرضها ومناقشتها والرد عليها. وقد استدلوا - إضافة إلى استدلالهم بما ذكره ابن حزم - بأدلة من المعقول نذكرها فيما يأتي مع بيان الرد عليها:

أولاً- أن الوصية الواجبة تعد مسألة خلافية اجتهادية داخلية تحت قواعد الاجتهاد والخلاف المحمود، وليست مخالفة لنص قطعي لامناص من الوقوف عنده، فلا يخرجها من دائرة الصحة رفض بعض العلماء لها، وتبقى كونها مسألة اجتهادية⁽¹³²⁾.

الرد:

الاجتهاد المقبول هو الاجتهاد الذي له حظ من النظر كما يقول العلماء، ومن قال بالوصية الواجبة قانوناً من الفقهاء المعاصرين خالف النص⁽¹³³⁾ الذي استدل به على وجوب الوصية من عدة وجوه:

الأول: قوله تعالى: ((إن ترك خيراً))، هو تقييد للأمر بوجوب الوصية فلا يؤمر بالوصية إلا من ترك خيراً، وهو المال الكثير⁽¹³⁴⁾، أي هو شرط لوجوبها، والقانون أهمل هذا الشرط وأعطى الحفدة جزءاً من التركة سواء ترك الميت مالا كثيراً أم قليلاً.

الثاني: قوله تعالى: ((والأقربين)) عام في جميع الأقربين، فيشمل الحفدة والإخوة وأولادهم، والأعمام والأخوال وأولادهم، وغيرهم من الأقارب⁽¹³⁵⁾، فتخصيصه بالحفدة مخالفة أخرى لنص الآية.

الثالث: الآية لم تحدد الوصية بقدر معين، لا نصيب الأب ولا غيره، فإذا أوصى الرجل مثلاً لحفيده بالسدس فقد امتثل الأمر الوارد في الآية، غير أن القانون لا يكتفي بهذا، بل يكمل له نصيب أبيه الذي لو فرض أنه كان حياً لأخذه، بشرط ألا يزيد على الثلث، وهذه مخالفة ثالثة للآية.

ثانياً- الاجتهاد وإن كان ضعيفاً يعمل به إذا حكم به الحاكم عند غالبية العلماء، إذ باختيار الحاكم يرتفع الخلاف في المسألة من الناحية العملية⁽¹³⁶⁾، ويبقى الأمر متعلقاً بالترجيح الفقهي مادام أنه اجتهاد مُخْرَج على قواعد الاجتهاد، ولا مانع من أن يتمسك كل فريق بما يراه صواباً ويقوم الدليل عليه وفق المنهج العلمي وقواعد الترجيح.

الرد:

تحرير المسائل الخلافية الهدف منه الوصول إلى القول الراجح الذي تفرزه الأدلة بمجموعها وليس بأفراها، وتتحقق به المصلحة من غير ضرر أو ضرار، والقانون في تنظيمه لأحكام الوصية الواجبة راعي مصلحة الحفدة وإن كانوا أغنياء على حساب مصلحة الأعمام (أولاد الميت) وإن كانوا فقراء، فالقانون يعطي الحفدة جزءاً من التركة تحت مسمى (الوصية الواجبة) ولو كانوا أغنياء مع أن أعمامهم أولى بهذا المال منهم، لأنهم أقرب إلى الميت منهم، ولحاجتهم إليه، إذ لم تشترط كثير من القوانين العربية أن يكون الحفدة فقراء لاستحقاق الوصية⁽¹³⁷⁾، وكان الأولى الاقتصار على حالة الفقر والحاجة، وخالف القانون اليمني واشترط هذا الشرط لاستحقاقها كما سيأتي معنا بإذن الله تعالى.

128- أحكام وآثار الزوجية، محمد سمارة ص448، الميراث والوصية محمد رامي عبد الفتاح العزيمي ص136، الوصية الواجبة، ريم عادل الأزعر، ص49.

129- أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، فشار عطا الله ص68، الوصية الواجبة في قانون الأسرة الجزائري، بلعاقب عائشة ص49.

130- ينظر: أوجه الخلاف بين الوصية الاختيارية والوصية الواجبة ص15 - 16 من البحث، وينظر: حجج الفقهاء المعاصرين والرد عليها ص27 - 34 من البحث.

131- أحكام الوصايا والأوقاف، محمد مصطفى شلبي ص230، شرح قانون الوصية، محمد أبو زهرة ص239.

132- أحكام الوصية في الشريعة الإسلامية، أحمد فراج حسين ص193.

133- نقصد بالنص قوله تبارك وتعالى: ((كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين)) الآية (180) من سورة البقرة.

134- ينظر: الجامع لأحكام القرآن للقرطبي 2/260، أحكام القرآن للجصاص 1/202، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني للألوسي 1/450.

135- ينظر: تفسير القرآن العظيم لابن كثير 1/361، أحكام القرآن للجصاص 1/207، المحلى لابن حزم 9/314.

136- ينظر: الأحكام في أصول الأحكام للأمامي 1/313، 4/209، التقرير والتحرير في علم أصول الفقه لابن أمير الحاج 2/415.

137- الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي ص123، أحكام الوصية في الشريعة الإسلامية، أحمد فراج حسين ص195، الأوقاف والوصايا بين الشريعة والقانون اليمني، غالب عبد الكافي القرشي ص155-156.

هذا من جانب ومن جانب آخر من المقرر شرعاً أن الضرر يزال، ولن يزول وهذه الحالة إلا بوقف تنفيذ الوصية الواجبة، فالأمر ليس متعلقاً بالترجيح الفقهي النظري كما ادعى أنصار الوصية الواجبة، بل الأمر يتعلق بمصالح مطلوب شرعاً تحقيقها ومفاسد من الواجب شرعاً رفعها، إذ ليس الخبر كالمعاينة.

كما أن قصر القانون الوصية الواجبة على الحفدة فقط، قد يفهم منه أن هذا هو مذهب ابن حزم، وليس هذا مذهبه، فابن حزم -رحمه الله- لا يخص الوصية بالحفدة بل تكون لجميع الأقارب غير الوارثين، ويوجب على الموصي أن يوصي لثلاثة من أقاربه على الأقل؛ لأن هذا هو أقل الجمع، كما أن ابن حزم لم يحدد مقدار المال الموصى به بمقدار معين⁽¹³⁸⁾، كما فعل واضع قانون الوصية الواجبة الذين حددوه بمثل نصيب الأصل إذا كان وارثاً.

وبهذا الخروج عن مذهب ابن حزم الذي هو عمدة قولهم بالوصية الواجبة، يَضَعُ استدلاليهم بأنه اجتهاد مُخَرَّج على الاجتهاد وقواعد الترجيح العلمي.

ثالثاً- الوصية الواجبة مضى العمل بها في مصر والشام قرابة ستين عامًا، وشاع العمل بها في كثير من الدول العربية والإسلامية بعد ذلك⁽¹³⁹⁾، وقد أيدتها جمهرة من علماء العصر الذين لا يشك في دينهم⁽¹⁴⁰⁾، فهي ليست قراراً سياسياً لدولة معينة، أو حاكم، أو حزب.

الرد:

الوصية الواجبة بالتفصيل الوارد في معظم القوانين العربية، لم يقل بها أحد من علماء الإسلام قاطبة على مدار أربعة عشر قرناً من الزمان، وكفى بهذا دليلاً على بطلان هذا القانون؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - يقول: ((إن الله لا يجمع أمتي على ضلالة))⁽¹⁴¹⁾، فلو كانت هذه الوصية بهذا التفصيل حقاً، لما تركت الأمة بأسرها العمل بها، حتى يأتي هؤلاء المتأخرون وينصفون من ظلمه الأئمة والعلماء والمسلمون على مدار أربعة عشر قرناً.

رابعاً- نص القانون على أنها وصية، وهي مذكورة في باب الوصايا وليس في باب الميراث، وهي فوق ذلك مشروطة بعدم إيذاء الجد للحميد أو هبته له ما يساوي الوصية في حياته من غير مقابل⁽¹⁴²⁾، وهذا شرط مهم يغفل عنه منتقدو قانون الوصية الواجبة.

الرد:

الوصية الواجبة - وإن كانوا يسمونها (وصية) - إلا أنها في حقيقة الأمر (ميراث)، و لذلك قال فضيلة الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة بعد أن ذكر أحكام الوصية في القانون: " هذه خلاصة أحكام الوصية الواجبة ... وهذه الأحكام في غايتها مرامها وفي الغرض منها والسبب الباعث عليها تنحو نحو الميراث، فالقانون جعل بهذه الوصية لأولاد من يموت في حياة أبويه ميراثاً مفروضاً، وهو ميراثه الذي كان يستحقه لو بقي بعد وفاة أصله، على ألا يتجاوز الثلث، وإذا كان هذا غاية القانون، فكل الأحكام تنجبه إلى جعل هذه الوصية ميراثاً، ولذا تجب من غير إيجاب، وإذا وجبت صارت لازمة، ولا تقبل عدم التنفيذ، وبذلك تشابهت مع الميراث.

وإذا كانت ميراثاً فهي باطلة بطلاناً قطعياً؛ لأن الله تعالى قسم الميراث بنفسه وبينها في كتابه تفصيلاً، ثم قال تبارك وتعالى: ((تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ يُدْخِلْهُ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا ذَلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ))⁽¹⁴³⁾، فهذه الوصية ما هي إلا استدراك وتعديل على حكم الله تعالى، وكفى بهذا إثماً وضلالاً مبيناً، فإنه لا أحد أحسن حكماً من الله عز وجل⁽¹⁴⁴⁾.

خامساً- شرعت الوصية الواجبة لحل مشكلة الأولاد الذين يموتون في حياة أبائهم ويتركون أولاداً لهم، وذلك بهدف المحافظة على كيان الأسرة وحدة متماسكة لكي لا يضطرب ميزان توزيع الثروة في الأسرة فيصبح بعضهم في مترية بسبب موت الأب المبكر، وبعضهم الآخر من الأعمام يكونون في سعة ورغد من العيش، علماً بأنهم لا ذنب لهم سوى أن الأقدار اختارت وفاة أبيهم في حياة جدهم⁽¹⁴⁵⁾.

الرد:

إن الله عندما شرع الميراث وبينها رسول الله صلى الله عليه وسلم قال بحجب الأبناء لأبناء الأبناء، وأن الله عندما شرع ذلك كان يعلم يقيناً أنه ستحدث حوادث يموت فيها أحد الأبناء في حياة أبيه ويترك أبناءه، والله سبحانه وتعالى أرحم الراحمين وأعدل العادلين ومع ذلك كله لم يستثن حجب الأبناء لأبناء الأبناء فالبشر ليسوا بأرحم ولا أعدل من الله تعالى⁽¹⁴⁶⁾.

سادساً- القول بعدم وجوب الوصية يترتب عليه تضرر الأيتام المحتاجين الذي فقدوا مربيهم، ومن المقرر شرعاً أن الضرر يزال، وهم في أقل الأحوال لهم بهذه الوصية حق بحكم القضاء، وشبهة حق إذا سلمنا بضعف دليل وجوب الإيذاء لهم، وفي حال وجود هذه الشبهة لا يصح الإفتاء

¹³⁸ ينظر: المحلى لابن حزم 315/9.

¹³⁹ ينظر: أحكام وآثار الزوجية، محمد سمارة ص 437، الوصية الواجبة في قانون الأسرة الجزائري بلعاقب عائشة ص 36.

¹⁴⁰ منهم: د. محمد الزحيلي، د. مصطفى السباعي، د. عبد الرحمن الصابوني، د. يوسف القرضاوي، د. أحمد فراج حسين، ينظر: ص 17 من البحث.

¹⁴¹ أخرجه أحمد في المسند 200/45 رقم (27224)، والطبراني في المعجم الكبير 280/2 رقم (2171)، وابن أبي عاصم في السنة 100/2 رقم (79)، والحديث جاء بألفاظ مختلفة، قال الألباني: "حسن مجموع طرقه"، ينظر: الجامع الصغير وزياداته برقم (1848)، سلسلة الأحاديث الضعيفة 279/4 رقم (1797).

¹⁴² أحكام الوصية في الشريعة الإسلامية، أحمد فراج حسين ص 196، الميراث والوصية والهبة، بدران أبو العينين بدران ص 169، الوجيز في الميراث والوصية، يوسف قاسم ص 265، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، عمر سليمان الأشقر ص 319.

¹⁴³ سورة النساء الآيات: (13-14).

¹⁴⁴ ينظر: شرح قانون الوصية محمد أبو زهرة ص 239.

¹⁴⁵ الميراث والوصية والهبة، بد ران أبو العينين بدران ص 197، أحكام التركات والميراث، محمد أبو زهرة ص 230، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي ص 122-123، أحكام التركات، عبدالناصر أبو البصل ص 167.

¹⁴⁶ أحكام وآثار الزوجية، محمد سمارة ص 449، الميراث والوصية محمد رامي عبد الفتاح العزيمي ص 138، الوصية الواجبة، ريم عادل الأزعر، ص 51.

للأعمام بحرمان أولاد أخيه من نصيب أبيهم بطريق الوصية، فعند النزاع مع الأيتام ينبغي الخروج من الخلاف لا الهجوم عليه تقديرًا لحالهم وللصلحة الظاهرة⁽¹⁴⁷⁾.

الرد:

ويجاب عن هذا الاستدلال من وجهين:

الأول: يجاب عنه بما أجيب عن الدليل الثاني السالف ذكره

الثاني: أن فرضية هذه الشبهة جاءت مراعاة لحال الحفدة دون غيرهم على أساس قاعدة الضرر يزال، في حين لم يراع واضعو القانون حال الأجداد والجدات غير الوارثين، مع أنهم في الغالب أشد حاجة ويكونون مرضى، وعاجزين عن العمل، ويحتاجون إلى علاج ونفقات فلماذا يعطي القانون بنت البنت ولا يعطي أم الأب غير الوارثة مع أنها من ذوي القرابة؟

الثالث: تخصيص الحفدة بالوصية الواجبة قد يترتب عليه إعطاء غير الوارث أكثر من الوارث، مع أنهما في درجة قرابة واحدة، ذلك أن بنت البنت قد تأخذ أكثر مما ترثه بنت الابن، فلو مات شخص عن بنت، وبنت بنت متوفاة، وبنت ابن، وترك (300000 ألف ريال)، فإن مقدار الوصية الواجبة لبنت البنت هو ثلث التركة وهو (100000 ألف ريال) نصيب أمها لو كانت حية باعتبار أن لا يزيد نصيب أمها عن الثلث، وتأخذ البنت النصف فرضاً وبنت الابن السدس فرضاً ولهما الباقي بالرد بنسبة (1:3)، فيكون نصيب بنت الابن (50000 ألف ريال) أي نصف ما أخذته بنت البنت مع أن بنت الابن أحق منها، لذلك كان الاتفاق منعقداً بين الفقهاء على توريث بنت الابن، وعدم توريث بنت البنت إذا اجتمعا في مسألة واحدة، كونها من (ذوي الأرحام).

وكذلك بنت الابن قد تأخذ أكثر من البنت، فلو مات شخص عن بنتين، وبنت ابن متوفى، وأخت شقيقة، وترك (180000 ألف ريال)، فإن مقدار الوصية الواجبة لبنت الابن ثلث التركة وهو (60000 ألف ريال)، أما الباقي فيقسم بين البنتين والأخت الشقيقة، فتأخذ البنتان الثلثين (80000 ألف ريال)، لكل منهما (40000 ألف ريال)، وتأخذ الأخت الشقيقة الباقي تعصيباً وهو (40000 ألف ريال)، وهذا الشذوذ والاختلاف دليل على قصر البشر، وتصديق لقوله تعالى: ((وَلَوْ كَانَ مِنْ عِنْدِ اللَّهِ لَوُجِدُوا فِيهِ اخْتِلافًا كَثِيرًا))⁽¹⁴⁸⁾.

سابعاً: إن الناظر إلى ما آلت إليه أحوال المسلمين في هذا العصر من ضياع جل أحكام الإسلام وخصوصاً أحكام بيت المال ونفقاته التي تحمل جميع الضعفاء والمحتاجين أدركنا مدرك الفقهاء الذين وضعوا قانون الوصية الواجبة وأقروه، ذلك أنهم يرون هؤلاء الأيتام المحرومين من الميراث لا معيل لهم ولا شقيق عليهم، فكان تشريع الوصية الواجبة بشروطها السالف ذكرها هو المخرج الشرعي الذي ساقهم إليه الاجتهاد وقد رأوا أنفسهم في موقع التشريع لسد هذه الحاجة.

بل يمكن القول أن هذا اختلاف عصر وأوان وليس اختلاف حجة وبرهان، والمسلمون اليوم لا يملكون لإقانون الأحوال الشخصية في جل العالم الإسلامي لتحقيق المصالح ودفع المفاسد⁽¹⁴⁹⁾.

الرد:

إن الاستدلال بفساد بيت المال ليس قاعدة مطردة، فكثير من الدول العربية والإسلامية بيت المال فيها منتظم وبؤدي ما عليه من حقوق للأيتام والفقراء والمحتاجين بكفالة النفقة والضمان الاجتماعي. هذا من جانب، ومن جانب آخر يمكن حل إشكالية بيت المال متى وجدت بطرق لا تتعارض مع الشرع:

الطريقة الأولى: حث الأغنياء على الإيصال لأقاربهم الفقراء المحتاجين غير الوارثين بجزء من أموالهم وترغيبهم في ذلك وتعليمهم فضل هذه الوصية عند الله.

الطريقة الثانية: حث الورثة الأغنياء عند عدم الإيصال على أن يعطوا الحفدة أو غيرهم من الأقارب الفقراء غير الوارثين جزءاً من مال التركة، ويكون صدقة منهم وصلة للرحم، مع تنبيههم على فضل هذه الأعمال عند الله⁽¹⁵⁰⁾.

على أن يكون تنفيذ كلا الطريقتين بإشراف ورعاية الجهات الرسمية في الدولة، لما لها من هيبة وولاية الإلزام، فتفعيل نظام النفقات في الإسلام يجعله صالحاً لكل زمان وعصر وأوان.

ثامناً: إن إفتاء الشيوخ الأفاضل بمقتضى مذهبهم خلافاً للحكم الشرعي القضائي في مسألة الوصية الواجبة وغيرها ينشئ خلافاً كبيراً في المجتمع وصراعاً بين أفراد الأسرة الواحدة، كما أنه يحدث إرباكاً من الناحية التنفيذية، فالذي يفتي بعدم الاستحقاق هل يملك محكمة وسلطة تنفيذية لإمضاء الحكم؟! أم أنه يغري الناس بعضهم ببعض، بين حكم القاضي الشرعي في المحكمة، وإفتاء الشيخ في المسجد⁽¹⁵¹⁾.

الرد:

لا يصح عد التعارض بين فتاوى العلماء وأحكام القضاء سبباً لوجود الخلل الاجتماعي والصراع بين أفراد الأسرة والواحدة؛ لأن كل من العالم والقاضي له عمله الموكل إليه والواجب عليه شرعاً أداءه بحرص وأمانة وإتقان، ومهما حصل التعارض بين فتوى العالم وحكم القاضي يظل الحكم ملزماً والفتوى غير ملزمة، لذلك جرى العرف على أن الناس بالخيار بين الذهاب إلى العالم وطلب الفتوى والالتزام بها وإن خالفت الحكم القضائي، وبين الذهاب إلى القضاء والخروج بحكم قضائي ملزم ابتداءً.

وبناء عليه لا حجة في الاحتجاج على العلماء والشيوخ مخالفتهم لحكم القضاء في فتوَاهم، فالكل ملزم شرعاً بما أوكل إليه من أمانة يؤديها كما أمره الله جل علا.

ومن جانب آخر فإن الوصية فعل إرادي يصدر من الموصي حال حياته فإن لم يتركها لا تفرض على الورثة الشرعيين خلافاً لرغبة المورث الذي لم يترك وصية حال حياته، وإن كانت الوصية أمراً مستحباً فهي أمر ديني وليس قضائي ويحث الشرع الكريم عليه لكنها بالنهاية ليست أمراً إلزامياً فمن شروطها الاختيار.

147- ذكره الأستاذ الشيخ عبد القادر الخطيب، خطيب جامع بني أمية الكبير، المحكم لدى المحاكم الشرعية بدمشق، وأستاذ العلوم الشرعية بمعاهده، نقلاً عن الوصية الواجبة بين القبول والرفض، علي أحمد إبراهيم، هاني عبدالحق الحيري ص13 بتصرف.

148- سورة النساء الآية: (82).

149- ذكره الأستاذ الشيخ عبد القادر الخطيب، نقلاً عن الوصية الواجبة بين القبول والرفض، علي أحمد إبراهيم، هاني عبد الحق البحيري ص13 بتصرف.

150- ينظر: موقع الإسلام سؤال وجواب مقال بعنوان: حكم ما يسمى بالوصية الواجبة (بتصرف)، /480 18/ islamqa. Info/answer/

151- ذكره الأستاذ الشيخ عبد القادر الخطيب، نقلاً عن الوصية الواجبة بين القبول والرفض، علي أحمد إبراهيم، هاني عبد الحق البحيري ص13 بتصرف.

تاسعاً- إن الاجتهاد داخل في العديد من مسائل المواريث المحتملة للنظر، وبعضها أظهر من بعض، ومن أهمها مسألة العول الذي ذهب إليه الجمهور عند زيادة السهام على التركة، فقد ذهب ابن عباس - رضي الله عنهما - إلى عدم القول به أصلاً مما يؤسس إلى مذهب إرثي مخالف لما ذهب إليه جماهير العلماء، وكذلك مسألة الجد مع الإخوة ذهب الجمهور إلى إشراف الجد مع الإخوة في الميراث وعدم حجبهما بالجد وهو ما نص القانون في كثير من الدول العربية، في حين خالف الحنفية وذهبوا إلى حجب الأخوة بالجد وإقامته مقام الأب في حجبهما، فهل يسوغ للجد الذي شرّكه القانون مع الإخوة في الميراث أن يعتصم بفتاوى الحنفية ويرمي الإخوة بأنهم يتناولون مآلاً حراماً لا يحل لهم؟! والإخوة بدورهم هل سيسلكون هذا المسلك في حال اعتماد قو الحنفية فضاءً، ساعين للعمل بمذهب الجمهور الذي يورثهم مع الجد؟ إن في هذا المسلك خللاً واضحاً؛ لأن القضاء لا يأخذ إلا بقول واحد في كل مسألة بعكس الفتاوى التي تتعدد بعدد الأقوال، بل إن القضاء ملزم والفتوى ليست كذلك (152).

الرد:

ويجاب عن هذا الاستدلال من وجهين:

الأول: ما ذكر يعد قياساً مع الفارق، لأنه لا يصح قياس القول بالوصية بالواجبة على القول بحجب الجد للإخوة كما هو عند أبي حنيفة، كما لا يستقيم القياس على قول ابن عباس بمنع العول بجامع أن الكل قول أحاد الفقهاء أو القلة منهم، وذلك لوجود الفارق الكبير بين تلك المسائل سواء من حيث قوة الأدلة وضعفها، أو من حيث مقتضياتها العملية عند التطبيق، وقد سبق معنا مثال ذلك في وجوه الرد على الدليل السادس.

الثاني: أن ما ذكر مجرد افتراضات لا تقوى على إسقاط قول المعارضين للوصية الواجبة، كما أن من أهداف المناقشة وتحرير المسائل الفقهية تصحيح مسار القضاء إذا جانب اجتهاده الصواب، من خلال رفع النتائج إلى جهة الاختصاص لتعديل القانون المنتقد، ومن ثم الحكم القضائي الذي يبنى عليه. فمتى ما تم تعديل القانون فقد الحكم القضائي المبني عليه صفة الإلزام.

وبناء على ما تقدم نخلص إلى أن أدلة القول بالوصية الواجبة للحفدة لا تقوى على معارضة قول جمهور العلماء باستحباب الوصية لهم ديانة وقضاء، وغاية ما في الأمر أن الوصية القانونية لهم يستند وجوبها إلى قوة القانون الملزم، مادام القضاء الشرعي يحكم لهم بذلك بغض النظر عن التأصيل الفقهي للمسألة وترجيح القول بعدم الوجوب، فما يذكر في حلقات الدروس ومدركات الجامعات شيء، وما يصدر حكماً قضائياً شرعياً واجب الإلتزام شيء آخر وإن كان دليلاً ضعيفاً سيراً على قاعدة اختيار الحاكم يرتفع به الخلاف.

ومع ذلك لم يأل الفقهاء والباحثون جهداً في إيجاد المخرج الشرعي المناسب لهذا الخلاف الظاهر بين حكم الشرع وحكم القانون.

المطلب الثالث: المخرج الشرعي للخروج من الخلاف

إن بعض الفقهاء ولجان الإفتاء في المساجد عندما يُسألون عن حكم ميراث الحفدة بوجود أعمامهم (أبناء المورث المتوفى) يفتون بأنهم محجوبون بأعمامهم (أبناء المتوفى)، وهذا حكم محل إجماع (153)، ولا يخفى أن السائل هو أحد اثنين إما أن يكون ابن المتوفى أو حفيده (ابن ابن المتوفى).

فإن كان ابن المتوفى: فهو يعرف هذه الإجابة في الغالب ومتأكد منها بالتام، ولكنه يستنطقك ليحاجج أبناء أخيه المطالبين بحقهم الذي يوجبها القانون (بالوصية الواجبة).

وإن كان حفيد المتوفى: فقد جاء ليتأكد من صحة ما سمع من قولهم بأنه لاحظ له في الميراث، ولن يمنعه هذا التأكد في الغالب من اللجوء إلى القانون الذي يضمن له نصيباً مؤكداً.

وهكذا يظل هنالك نزاع بين هؤلاء الحفدة وأعمامهم، فالأعمام يتهمون أبناء أخيه بأنهم يأخذون حقاً لا يقره الشرع، فيما يدافع الحفدة عن صحة التشريع القانوني الذي راعى حالهم.

وحرصاً على عدم وقوع هذا النزاع بين أولي الأرحام والأقارب وهو نزاع واقع، وسيقع كثيراً ولنسين طويلة قادمة، وذلك كلما توفي شخص كان قد مات ولده في حياته، وما أكثر هذه الحال لدينا في اليمن من جراء أحداث سنين الحرب الماضية والحالية؛ لذلك ذكر بعض الفقهاء المعاصرين مخرجاً شرعياً للخروج من الخلاف بين قول المعارضين للوصية الواجبة قانوناً وقول المؤيدين لها في محاولة لإثبات شيء للحفدة الأيتام من تركة جدهم معالجةً لحالهم كما هو عمدة المؤيدين، ودون أن يترتب على ذلك أخذ للمال من غير سبب شرعي كما هو حجة المعارضين. والمتأمل لمحل الخلاف بين الحكم الشرعي والقانوني سيجد أن الخروج من هذا الخلاف وتدارك ذلك النزاع يسير جداً، فلو راجعنا الموضوع بتعمق - كما سبق في التأصيل الفقهي - للاحظنا ما يلي:

1- أن حجب الحفدة بالأبناء محل إجماع عند العلماء وقره القانون كذلك

2- أن الجد الذي لا يوصي لحفدته غير الوارثين أتم عند بعض الفقهاء (154).

وأما محل الخلاف فهو: هل ينوب ولي الأمر عن الجد الذي لم يوصي؟ أو بعبارة أخرى (هل إن وصية الجد لحفدته واجبة أم اختيارية؟): رأي جمهور العلماء: إن هذه الوصية اختيارية. ورأي الظاهرية: بأنها واجبة. (ويمكن لولي الأمر أن ينوب فيها)

152. المرجع السابق نفسه.

153. الإجماع لابن المنذر ص71، الإقناع في مسائل الإجماع لابن القطان 111/2، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، أسامة بن سعيد القحطاني وأصحابه 578-579/8

154. وهو قول داود الظاهري والحنابلة في قول أبي بكر بن عبد العزيز والشافعي في القديم وغيرهم، ينظر: ص17 من البحث، وبهذا قال فقيه نجد فضيلة الشيخ محمد بن صالح العثيمين - رحمه الله - في تفسير سورة البقرة، ينظر: تفسير الفاتحة والبقرة، محمد بن صالح العثيمين 306/2-307.

وعليه فإن السبيل للخروج من هذا الخلاف مع ضمان حصول الحفدة على شيء من تركه جدهم دون مخالفة للشرع يمكن أن يعالج بالأمور الآتية⁽¹⁵⁵⁾:

الأول: أن يوصي الجد لهؤلاء الحفدة بشيء (ولو بمقدار نصيب أبيهم)، وهذه الوصية واجبة ومفروضة عند بعض الفقهاء القدامى، فهم يرون أن فرضاً على الإنسان الوصية لبعض الأقارب ولا سيما إذا كان هؤلاء الأقارب قريبين وغير وارثين، ويأتى في حال عدم الإيصاء لهم، والحفدة أشد حاجة إلى وصية جدهم فقد اجتمع عليهم اليتيم والفقير والحرمان.

وبناء على هذا المخرج الشرعي ينبغي على الجد أن يبادر بتسجيل وصية لأبناء ابنه المتوفى بمقدار نصيب أبيهم لو كان حياً، ويقيدها لدى قاضي التوثيق بالمحكمة المختصة، وبذلك تكون وصيته هذه اختيارية صادرة بمحض إرادته واختياره وفي الوقت نفسه تكون ملزمة شرعاً وقانوناً، ويتجنب بهذا التصرف البسيط النزاع المحتمل بين أولاده وأحفاده من بعده، كما أنه يبرئ ذمته من الإثم المترتب على تركه الوصية لغير الوارثين من حفدته.

الثاني: أن يتدارك الأعمام تقصير الجد في عدم الوصية لحفدته (أولاد أخيه)، وذلك بأن يعطوهم شيئاً عند قسمة التركة، وهذا ما نص عليه القرآن، حيث جاء في سورة النساء التي ذكرت فيها الموارث: ((وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينُ فَأَرْزُقُوهُمْ مِنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا))⁽¹⁵⁶⁾؛ إذ كيف يحضر هؤلاء القسمة، والأموال توزع، وهم ينظرون، ولا يعطون شيئاً؟ وقد قدم أولى القربى لأنهم أحق، فما بالك بأبناء الأخ اليتامى الذي كان أبوهما واحداً منهم، فكان على الأعمام أن يعطوا هؤلاء شيئاً يتفق عليه الأعمام بحيث يكون كافياً يكفل حاجتهم، ولا سيما إذا كانت التركة كبيرة.

الثالث: تفعيل قانون النفقات في الإسلام، فديننا الإسلامي تميز عن سائر الشرائع بفرض النفقة على المورس من أجل قربه المعسر، وخاصة إذا كان من حق أحدهما أن يرث الآخر، كما عند الحنابلة، وكذلك إذا كان ذا رحم محرم كما هو عند الحنفية، مثل: ابن الأخ، ففي هذه الحال تكون النفقة واجبة، وتحكم بها المحكمة، إذا رفعت إليها قضية من هذا القبيل، فلا يصح شرعاً للعم أن يكون ذا بسطة وثروة، وعنده أولاد أخ وليس لديهم شيء ومع هذا يدعهم، ويدع أهمهم المسكينة تكدح عليهم وهو من أهل اليسار والغنى.

ومن التطبيقات العملية لهذا المخرج الشرعي المسلك الذي سلكه قانون الأحوال الشخصية السوداني للمسلمين لسنة 1991م، إذ أخذ المقتن السوداني بصورة الوصية بالتنزيل بوصفه بديلاً للوصية الواجبة قانوناً، وأعطى الوصية بالتنزيل حكم الوصية الاختيارية، حيث نصت المادة (315) منه على: ((التنزيل هو وصية، بإلحاق شخص غير وارث بميراث الموصي، وبنصيب معين في الميراث))، كما نصت المادة (316) على: ((يستحق المنزل مثل نصيب المنزل منزلته، ذكراً كان أو أنثى، في حدود ثلث التركة)).

ويلاحظ من نص المادتين أن المقتن السوداني أعطى الموصي الحق في إلحاق من يريد من الأشخاص (ومنهم الحفدة غير الوارثين) بنصيب معين من التركة (كنصيب والد الحفدة المتوفى أو غيره) شريطة ألا يزيد النصيب المُنزَل عن ثلث التركة، والوصية بالتنزيل - كما هو ظاهر نص المادتين - تكون بإرادة الموصي واختياره حال حياته - كما هو الحكم في الوصية الاختيارية - ولا تفرص بقوة القانون بعد موته - كما هو الحكم في الوصية الواجبة - إذا لم يوص بها أو نسي الإيصاء بها لحفدته من أولاد ابنه المتوفى.

وبهذا يكون المقتن السوداني قد تجنب الانتقادات الشرعية التي وجهت للوصية الواجبة قانوناً، وفي الوقت نفسه لم يَغفل عن معالجة الوضع المادي والأسري للحفدة.

وفي ختام هذا المطلب أود التوضيح أن عبارة **(الخروج من الخلاف)** المستعملة عند بعض الباحثين للجمع بين قولي المعارضين للوصية الواجبة والمؤيدين لها، تعد عبارة محل نظر من الناحية الأصولية إذا ما قرئت بمسألة الوصية الواجبة؛ لأن الخروج من الخلاف اصطلاحاً أصولي، وقاعدة شريفة يتحقق بها الورع للمستفتي، وتحقيق العدل في القضايا التي يصعب البت فيها بحكم، والقول بالوصية الواجبة قضاءً - كما سبق - على خلاف ذلك لضعف دليلها، كما أن الخروج من الخلاف إنما يسوغ في الخلاف المعتبر، أي بين اجتهدين معتبرين. فهل القول الذي أحدث ميراً جديداً بتفاصيل محدثة، وأنقص فروضاً قرآنية بغير سلطان شرعي، وخرق إجماعاً - أعني حجب الأبناء لبني إخوانهم - يعدّ اجتهداً معتبراً؟⁽¹⁵⁷⁾

وبعد هذا التأصيل الفقهي للوصية الواجبة قديماً وحديثاً يمكن القول إن الوصية الواجبة اقترنت باسم الفقيه ابن حزم الظاهري، الذي دافع عنها دفاعاً مستميتاً، إذا لا تذكر في الفقه الإسلامي إلا مقرونة باسمه ونظريته فقد قرر أنها واجبة ديانة وقضاءً غير أن ابن حزم - رحمه الله - لم يجعل لهذه الوصية مقداراً محدداً، ولم يحصر عدد الأقربين الذين تجب لهم ولم يسمهم كما قرر واضع القانون، ولكنه - رحمه الله - حدددهم في الأدنى فقال: "فإن أوصى لثلاثة من أقربه المذكورين أجزاءه"⁽¹⁵⁸⁾.

وباجتهاد ابن حزم أخذ قانون الأحوال الشخصية اليمني، إذ نص على فرض هذه الوصية شأنه شأن القوانين العربية الأخرى، ولكن بشيء من الاجتهاد والتعديل، حيث قصرها على أقارب معينين وبشروط خاصة مع تحديدها في مقدار محدد تختلف قيمته باختلاف جنس الأقارب الواجب لهم الوصية، وصفة اجتماعهم، وفيما يأتي نتناول أحكام الوصية الواجبة على وفق ما ورد في قانون الأحوال الشخصية اليمني في محاولة لتفسير نص المادة (259) منه والتي تضمنت معظم أحكام الوصية الواجبة.

¹⁵⁵ ينظر: موقع سماحة الشيخ يوسف القرضاوي، مقال بعنوان حكم ما يسمى الوصية الواجبة، al-qaradawi.net/node/3934، وموقع الإسلام سؤال وجواب مقال بعنوان: حكم ما يسمى بالوصية الواجبة (بتصرف)، islamqa.info/answer/48018، ميراث الحفدة المحجوبين بطريق الوصية الواجبة، مولود مخلص الراوي ص7،

¹⁵⁶ سورة النساء الآية: (8)

¹⁵⁷ قال العز بن عبد السلام: "والضابط في هذا أن مأخذ المخالف إن كان في غاية الضعف والبعد عن الصواب، فلا نظر إليه ولا التفات عليه"، ينظر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام 253/1، وقال الشاطبي: "إذا كان بيننا ظاهراً أن قول القائل مخالفاً للقرآن أو للسننة لم يصح الاعتدال به ولا البناء عليه، لأنه حكم بغير ما أنزل الله"، ينظر: الموافقات للشاطبي 138/5.

¹⁵⁸ المحلى لابن حزم 315/9.

المبحث الثالث: الوصية الواجبة في القانون اليمني المطلب الأول: مفهوم الوصية الواجبة وحكمها

تعد الوصية الواجبة سبباً من أسباب كسب الملكية في القانون اليمني⁽¹⁵⁹⁾؛ وذلك لما تحققه من مصلحة الحفدة، لأنها تجعلهم ينزلون منزلة أصلهم الذي توفي في حياة أبيه. وتؤول إليهم ملكية ما كان سيرثه أصلهم لو بقي حياً، فقد جاء في نص المادة (259) من قانون الأحوال الشخصية اليمني رقم (20) لسنة 1992م المعدل بالقانون رقم (24) لسنة 1999م: ((إذا توفي أي من الجد أو الجدة عن ولده أو أولاده الوارثين وعن أولاد ابن أو أبناء الأبناء ما نزلوا وكانوا فقراء وغير وارثين لوفاة آبائهم في حياته وقد خلف خيراً من المال ولم يقدهم فيرضخ لهم مما خلفه بعد الدين كالتالي))

وبالنظر في نص المادة السالفة نجد أن مفهوم الوصية الواجبة في القانون اليمني - في الجملة - لم يختلف كثيراً عن مفهومها في اصطلاح التشريعات العربية الأخرى⁽¹⁶⁰⁾. ولكن لما كانت دراستنا مقارنة بالقانون اليمني كان من المفيد أن نستنبط من نص المادة (259) تعريفاً جامعاً للوصية الواجبة يتحدد به مفهومها في القانون اليمني.

وبناء عليه يمكن تعريف الوصية الواجبة في القانون اليمني بأنها: ((نصيب من تركة كبيرة مستحق بحكم القانون لفرع ولد الميت الذي مات قبل أصله، وكانوا فقراء، ولم يكونوا وارثين، ولم يقدهم جدهم أو جدتهم مقعد أبيهم، وذلك على وفق ضوابط خاصة قررهما القانون)). والوصية بهذا المعنى يفترض القانون اليمني وجودها، ويُزَمُّ القاضي بالحكم بها وتنفيذها سواء أوصى المتوفى أم لم يوص، فالقاضي ينوب عن المتوفى بالحكم بالوصية وتنفيذها في حدود المقدار الذي نص عليه القانون في المادة (259).

أما عن حكم الوجوب القانوني لهذا النوع من الوصية فلم يكن نابغاً عن هوى في نفس المقتن اليمني - بحسب رؤيته - وإنما كان له مستند شرعي اعتمده القانون اليمني كما فعلت معظم القوانين العربية الأخرى، وقد أشرت عند التأصيل الفقهي للوصية الواجبة إلى أن القوانين العربية - ومنها القانون اليمني - استندت في تشريعها إلى مذهب ابن حزم الظاهري - رحمه الله - تحت مسوغ أنها تحل مشكلة الحفدة الذين فقدوا العائل الذي يوفر لهم احتياجات الحياة لاسيما إذا كانوا صغاراً وفقراء، فهم يحرمون من أخذ حق أصلهم الذي توفي في حياة أبيه، لوجود من يحجبهم (أعمامهم).

وقد حرص القانون اليمني على تنظيم الوصية الواجبة بأحكام تفصيلية وضوابط دقيقة، محاولاً بذلك تجنب النقد الذي طال بعض القوانين العربية في تنظيمها لباب الوصية الواجبة، ويوضح هذا الحرص قيام المقتن اليمني بتعديل نص المادة (259) السالف ذكرها، حيث شملها التعديل بالقانون رقم (24) لسنة 1999م، وذلك بإلغاء بعض الأحكام المجملة وإضافة أحكام أخرى أكثر تفصيلاً تناسب بحسب رؤية المقتن - الحكمة من تشريع الوصية الواجبة قانوناً.

المطلب الثاني: النص القانوني المنظم للوصية الواجبة وتطبيقاتها

جاء ذكر الأحكام المتعلقة بالوصية الواجبة في قانون الأحوال الشخصية اليمني في كتابه الخامس من بابه الأول في الفصل الخامس منه وتحديداً في نص المادة (259)، فقد نصت المادة (259) من قانون الأحوال الشخصية اليمني رقم (20) لسنة 1992م المعدل بالقانون رقم (24) لسنة 1999م على أنه: ((إذا توفي أي من الجد أو الجدة عن ولده، أو أولاد الوارثين، وعن أولاد ابن أو أبناء الأبناء ما نزلوا، وكانوا فقراء، وغير وارثين لوفاة آبائهم في حياته وقد خلف خيراً من المال، ولم يقدهم، فيرضخ لهم مما خلفه بعد الدين كالتالي:

- 1- لبنات الابن الواحدة أو أكثر، مثل نصيب بنات الابن الإرثي مع بنات الصلب السدس.
- 2- للذكور من أولاد الابن الواحد، إذا انفردوا، أو مع أخواتهم بمثل نصيب أبيهم لو كان حياً، بما لا يزيد على الخمس.
- 3- إذا تعدد المتوفون من الأبناء عن أولاد لهم بنين وبنات، فلكل صنف منهم مثل نصيب أبيهم لو كان حياً بحيث لا يزيد ما يرضخ لمجموع الأصناف على الثلث. وفي كل هذه الثلاث الحالات يشترط أن لا تزيد حصة الذكر أو الأنثى الواحد من أولاد المتوفين على حصة الذكر الواحد أو البنت من أولاد الصلب، وإلا ألغيت الزيادة، واقتصر لهم على ما يتساوون به مع أولاد أو بنات الصلب، ويشترك المتعددون فيما تعين لهم. لكل بقدر أصله وللذكر مثل حظ الأنثيين، ويحجب كل أصل فرعه لا فرع غيره، وتقدم هذه الوصية على غيرها من الوصايا)).

وفيما يلي نتناول الأحكام المنظمة للوصية الواجبة كما وردت في القانون اليمني على وفق التبويب الآتي:

أولاً- قاعدة العمل بالوصية الواجبة:

صدر قانون الأحوال الشخصية اليمني رقم (20) لسنة 1992م في 25/ رمضان/ 1412هـ الموافق 29/ مارس/ 1992م، واعتمد العمل به من تاريخ صدوره وفقاً لنص المادة (351) من القانون نفسه، ثم عدلت المادة (259) المنظمة لأحكام الوصية الواجبة بالقانون رقم (24) لسنة 1999م. وعلى ذلك إذا كانت وفاة الجد أو الجدة قبل مارس 1992م فإن أحكام الوصية الواجبة تسري على تركته استناداً إلى الأثر الفوري للقانون، وكذلك إذا مات الجد أو الجدة بعد ذلك التاريخ، فإنه تسري عليها أحكامه من غير مراعاة لتاريخ موت الفرع، الذي توفي في حياة أحد أبويه، فسواء مات قبل العمل بالقانون أو بعده، فإن ورثته يستحقون وصية واجبة، لأن العبرة بوفاء المورث.

ثانياً- المستفيدون من الوصية الواجبة:

تجب الوصية في القانون اليمني - بموجب نص المادة (259) السالف ذكرها - لأولاد الابن الذي يموت في حياة أبيه (جد أو ولده) أو أمه (جدة أو ولده)، فإنه على كل من الجد والجدة، أن يقعد أولاد ابنه مقعد، أي أن يوصي لهم بما كان يستحقه من تركته ميراثاً لو كان حياً عند موته. فإن لم يقدهم، قام القاضي مقامه في فرض الوصية من تركته بعد وفاته وفقاً للمقدار الذي حدده القانون.

¹⁵⁹- نصت المادة (1224) من القانون المدني اليمني رقم (14) لسنة 2002م على: ((أسباب كسب الملكية هي: 1- التصرف الشرعي، 2- الميراث الشرعي،

3- الاستيلاء على منقول لا مالك له، إحياء الأرض الموات))، والوصية الواجبة مختلف في تكييفها الفقهي، فعدها بعض الفقهاء المعاصرين - كما سبق معنا - من الميراث الشرعي وليس من الوصية، وعدها آخرون تصرف شرعي يأخذ حكم الوصية بنص القانون وليس بإرادة الموصي الذي توفي في حياة ولده ولم يوص لحفدته من ذلك الولد.

¹⁶⁰- ينظر ص 9 - 13 من البحث.

ووجوب الوصية لأولاد الابن في القانون اليمني ليس على إطلاقه، فقد قصرها القانون على خصوص ولد الابن أو أبناء الأبناء وإن نزلوا دون ولد البنت، ولفظ الولد يشمل الذكر والأنثى. فتكون الوصية واجبة لابن الابن وإن نزل، ولبنات الابن واحدة أو أكثر وإن نزل أبوه، أما ابن البنت أو بنت البنت سواء انفردوا أو تعددوا ليس لهم وصية واجبة في القانون اليمني. وقد اختلفت القوانين العربية التي أخذت بنظام الوصية الواجبة حول دائرة المستفيدين منه، ففي حين قصرها القانون اليمني والسوري والأردني على خصوص ولد الابن وإن نزل دون ولد البنت⁽¹⁶¹⁾، نجد أن القانون المغربي والكويتي والجزائري وسعا هذه الدائرة، وأوجبها لفروع الطبقة الأولى من أولاد البنات، وفروع أولاد الأبناء مهما نزلت طبقته⁽¹⁶²⁾. وبهذه التوسعة أخذ القانون اليمني قبل التعديل⁽¹⁶³⁾. وأرى أن استبعاد القانون اليمني - بعد التعديل - للطبقة الأولى من أولاد البنات، وحصر الوصية الواجبة في أولاد الأبناء وإن نزلوا يخالف الحكمة التي من أجلها شرعت الوصية الواجبة قانوناً؛ ذلك أن فقدان العائل مع الفقر واليتم يصيب أولاد البنات كما يصيب أولاد الأبناء بوفاء أبيهم، فعلة التشريع واحدة فيهم جميعاً. هذا هو وصف المستحقين للوصية الواجبة في القانون اليمني. أما الفقهاء القائلون بوجوب الوصية للوالدين والأقربين غير الوارثين - كابن حزم الظاهري وغيره - لم يقصروا وجوبها على الحفدة من أولاد الابن أو البنت دون غيرهم، وبذلك يتضح مخالفة القانون اليمني- بهذا الحصر- للتأصيل الفقهي الذي استند عليه في تشريع الوصية الواجبة.

ثالثاً- شروط الوصية الواجبة:

يشترط القانون اليمني - بموجب نص المادة (259) سالف الذكر - لاستحقاق الوصية الواجبة الشروط الآتية:

1- موت الأب حال حياة أبيه أو أمه (الجد، والجدة). ثم وفاة الجد أو الجدة عن ولده أو أولاده الوارثين، وعن أولاد الابن.

2- أن يكون أولاد الابن غير وارثين من جدهم أو جدتهم. بسبب وفاة آباؤهم في حياة جدهم أو جدتهم، كونهم محجوبين شرعاً بأعمامهم، فإن ورث أولاد الابن من جدهم أو جدتهم، ولو ميراثاً قليلاً لم يستحقوا هذه الوصية. هذا مع ملاحظة أن سياق نص المادة (259) ينطق بأن أولاد الابن - الحفدة - لا يكونوا وارثين في تركة جدهم بسبب موت أبيهم قبل أبيه، ومؤدى هذا أن الحفدة إذا كانوا وارثين أبيهم فإن لا يمنعهم من الاستحقاق بالوصية الواجبة إلا إذا كان إرثهم من أبيهم ينفي عنهم شرط الفقر.

3- أن يكون أولاد الابن وإن نزلوا فقراء.

وهذا الشرط يحسب للقانون اليمني؛ لأنه يوافق الحكمة التي من أجلها فرضت الوصية الواجبة للحفدة الصغار. خلافاً لبعض القوانين العربية التي تجاهلت هذا الشرط، وجعلت استحقاق الوصية الواجبة للغني والفقير من الحفدة على حد سواء. وبناء عليه إذا لم يكن أولاد الابن (الحفدة) فقراء لم يستحقوا وصية واجبة من تركة جدهم أو جدتهم. ولكن ما الضابط أو المعيار الذي يتحقق به وصف الحفدة بأنهم فقراء؟ الحقيقة أن لفظ "الفقراء" الوارد في نص المادة (259) جاء مطلقاً غير مقيد بحد أو ضابط، ولمعرفة ذلك يرجع إلى أقوى الأدلة في الشريعة الإسلامية استناداً إلى نص المادة (349) من قانون الأحوال الشخصية⁽¹⁶⁴⁾، وبالرجوع إلى كتب الفقه نجد أن الفقهاء - رحمهم الله - اختلفوا في معنى الفقر وحده على ثلاثة أقوال، والقول الأقوى منها هو قول الإمام الشافعي⁽¹⁶⁵⁾ - رحمه الله - الذي حدد وصف الفقير بمن لا يملك ما يكفيه من المال مع عدم القدرة على الكسب والعمل، وملك الدار لا يسلبه اسم الفقير، وهذا المعنى يقرب من تعريف الفقير الوارد ذكره في لائحة تنظيم أمور العون القضائي⁽¹⁶⁶⁾ بأنه: ((الذي لا يزيد دخله الشهري عن الحد الأدنى للأجور والمرتببات، وليس له ممتلكات ثابتة أو منقولة عدا سكنه الشخصي...)). ومن المعلوم في عرف القانون أن اللوائح قانون فرعي يتوجب العمل بها عندما غياب النص في القانون العادي، وبالجمع بين نص المادة (394)، ولائحة تنظيم أمور العون القضائي يمكن الخروج بمعنى محدد للفقير يبني عليه استحقاق الحفدة للوصية الواجبة أو عدم استحقاقهم لتخلف شرط الفقر. وبناء على ذلك يمكن تحديد معنى الفقير في حاله الأعلى بأنه: ((الذي لا يزيد دخله الشهري عن الحد الأدنى للأجور والمرتببات، وليس له ممتلكات ثابتة أو منقولة عدا سكنه الشخصي)).

وفي حاله الأدنى بأنه ((من لا يملك ما يكفيه من المال مع عدم القدرة على الكسب والعمل)). وبالنظر في الحالين نجد أن المواطن اليمني الذي دخله الشهري لا يزيد عن الحد الأدنى للأجور يعد في وقتنا الحاضر ممن لا يملك ما يكفيه من المال؛ بسبب انخفاض قيمة

¹⁶¹ ينظر: المادة (1/257) من قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (59) لعام 1953م، والمادة (279/ج) من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (61) لعام 1976م المعدل بالقانون رقم (36) لسنة 2010م.

¹⁶² ينظر: المادة (169) من القانون الجزائري رقم (84-11) المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق لـ9 يونيو 1984، والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، والمادة (372) من القانون رقم (70،03) بمثابة مدونة الأسرة المغربي، والمادة (287مكرر) م قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم (51) لسنة 1984م المعدل بالقانون رقم (66) لسنة 2007م.

¹⁶³ نصت المادة (259) قبل التعديل على ((إذا توفي شخص ذكراً كان أو أنثى عن أولاد ابن غير وارثين له أو كانوا وارثين موصى لهم بقدر يقل عن ميراث أبيهم فيه لو كان حياً عند موته وكانوا فقراء أو أولاد بنت من الطبقة الأولى والدم فقير وكانوا فقراء ولم يعدهم المتوفى أو يوصي لهم)).

¹⁶⁴ نصت المادة (349) من قانون الأحوال الشخصية اليمني رقم (20) لسنة 1992م المعدل بالقرار الجمهوري بالقانون رقم (27) لسنة 1998م على: ((كل ما لم يرد به نص في هذا القانون يعمل فيه بأقوى الأدلة في الشريعة الإسلامية)).

¹⁶⁵ قوة قول الشافعي تأتي من حيث كونه القول الأقرب إلى العقل، وهو أنسب ما يطلق على الفقر في الاصطلاح، أما الأقوال الأخرى استندت إلى أدلة لم تسلم من المقال، ينظر للفايدة: البيان للعمراني 409/3، الحاوي الكبير للماوردي 488/8، المبسوط للسرخسي 8/3، رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين 196/4، بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد 276/1، المعونة للثعلبي 441/1، الشرح الممتع على زاد المستنقع، محمد بن صالح بن محمد العثيمين 176/14.

¹⁶⁶ لائحة تنظيم أمور العون القضائي الصادرة من مجلس الوزراء برقم (70) لعام 2006م، والمنشورة في الجريدة الرسمية العدد (7) بتاريخ 5/ إبريل/2006م.

العملة الوطنية وقوتها الشرائية في مقابل أسعار السلع والخدمات الضرورية للحياة. وإن كان له سكن شخصي يملكه فلا يسلبه ذلك - كما أسلفت- وصف الفقير.

4- أن يكون الجد قد خلف خيرًا من المال بعد وفاته.

فإذا كان ما خلفه الجد قليلاً من المال، فلا يستحق الحفدة (أولاد الابن) وصية واجبة من تركته، والسبب في ذلك مراعاة حال وراثته الأصليين (أعمام الحفدة) لاسيما إذا كانوا فقراء أو عددهم كبير؛ إذ يخصم قيمة الوصية الواجبة من التركة يقل نصيبهم منها ويلحقهم الضرر لقلّة مال التركة.

والملاحظ أن هذا الشرط ورد في نص المادة (259) بعبارة فضفاضة غير منضبطة لا يتضح منها المقدار المطلوب للتركة - في حددها الأعلى أو الأدنى - لتكون محلاً لاستحقاق الوصية الواجبة¹⁶⁷. ولمعرفة ذلك يرجع إلى أقوى الأدلة في الشريعة الإسلامية استناداً إلى نص المادة (349) من قانون الأحوال الشخصية السالف ذكرها، وبالرجوع إلى أمهات الكتب نجد أن أهل العلم - رحمهم الله - اختلفوا في مقدار المال الذي يستحب فيه الوصية أو تجب عند من أوجبها على أقوال متعددة، وبالنظر فيها نجد أن القول ذو السقف الأعلى حدد مقدار المال بثلاثة آلاف درهم، وأما ذو السقف الأدنى فقد حدده بستمانه درهم، والدراهم على وفق أسعار الذهب والفضة اليوم يساوي (1,6) دولار أمريكي. فإذا اعتمدنا القول ذا السقف الأعلى وجعلناه القول الأقوى تغليباً لمصلحة الورثة الأصليين أبناء الجد المتوفى (أعمام الحفدة)، نجد أن قيمة التركة التي تصلح أن تكون محلاً للوصية الواجبة تساوي ($1,6 * 3000 = 4.800$ دولار أمريكي) أي ما يعادل (3,360,000 ريال يمني) بسعر صرف اليوم (الدولار مقابل سبعمائة ريال يمني). ومع ذلك أرى أن يترك الأمر إلى السلطة التقديرية للقاضي عند الفصل في دعوى الوصية الواجبة، مراعيًا في ذلك ارتفاع وانخفاض أسعار الصرف وارتباط ذلك بالقوة الشرائية للعملة؛ لأن مبلغ الـ (3,360,000 ريال يمني) اليوم قد لا تكون له القيمة الشرائية نفسها بعد عام أو عامين، نظرًا لتغير الظروف الاقتصادية على المستوى الوطني والإقليمي والدولي.

5- ألا يكون الجد أو الجدة قد أوصى في حياته بأقصاد أولاد ابنه وما نزلوا مقدع أبيهم.

فإن لم يوص الجد بذلك استحقوا وصية واجبة في تركته، مع ملاحظة أن هذا الشرط جاء مجملًا في سياق نص المادة (259) ويحتاج إلى بيان وتوضيح، فقد جاء فيها: ((وقد خلف خيرًا كثيرًا من المال - أي الجد - ولم يقعدهم - أي أولاد الابن -))، ولما كان الإقصاد يعني إثبات نصيب أبيهم وإقامتهم مقامه بما يساوي مقدار الوصية الواجبة، فإن أعطى الجد أولاد ابنه ما يساوي الوصية الواجبة بغير عوض عن طريق آخر كالهبة أو الوصية أو البيع الصوري، فلا تجب لهم وصية في تركته، وإن أعطاهم أقل منها، وجب لهم ما يكمل مقدار الوصية الواجبة. وإذا أعطى بعض المستحقين دون بعضهم الآخر، وجب للمحروم وصية بقدر نصيبه. أما إن أعطاهم لأكثر مما وجب لهم بالوصية الواجبة كان الزائد - في رأبي وفقًا لشروط صحة الوصية - وصية اختيارية، تطبق عليها أحكام الوصية الاختيارية، أي يكون القدر الزائد موقوفًا على إجازة الورثة، فإن أجازوه نفذ وإلا عادت الزيادة إلى تركة المتوفى.

6- أن يكون الاستحقاق بالوصية الواجبة بعد سداد ديون الجد صاحب التركة.

وهذا الشرط محل اتفاق في الفقه والقانون، فلا وصية ولا تركة إلا بعد سداد الديون.

وفي ختام البيان لهذه الشروط نلاحظ أن المقنن اليمني لم ينص في المادة (259) على بعض الشروط المهمة، مثل:

- 1- اشتراط أن يكون الابن الذي مات في حياة أحد والديه وارثًا لو كان حيًا وقت الوفاة، فلا يكون ممنوعًا من الميراث بقتل أو رق أو اختلاف الدين أو الردة.
 - 2- واشتراط ألا يكون أولاد الابن المتوفى قبل أبيه (الحفدة) ممنوعين من الميراث بأحد الموانع السابقة.
- وأرى في هذه الحال أن تطبق أحكام الوصية الاختيارية عند قيام مانع من الموانع في المستفيد من الوصية الواجبة مع مراعاة أحكام المادة (349) من قانون الأحوال الشخصية اليمني¹⁶⁸.

رابعًا- مقدار الوصية الواجبة:

يتنوع مقدار الوصية الواجبة في القانون اليمني بحسب صفة الفئة المستفيدة منها، وقد حدد القانون - كما في المادة (259) السالفة - شروطًا لكل مقدار - تضاف إليها شروط الاستحقاق العامة - نوضحها على النحو الآتي:

1- السدس: إذا كان المستحق للوصية الواجبة بنت ابن واحدة، أو أكثر، بشرط ألا يزيد حصة بنت الابن الواحدة (الحفيدة) على حصة

البنت الصلبية الواحدة، وإلا ألغيت الزيادة، واقتصرت حصة بنت الابن على ما تتساوى به مع البنت الصلبية، كما يجب التأكد قبل ذلك من تحقق الشروط العامة للوصية.

مثال: مات عن: ابن، وبنت، وبنت ابن أو بنات ابن أو أبناء توفي أبوهم حال حياة أبيه. في هذه الحالة تكون التركة كلها لابن ولابنت وللذكر مثل حظ الأنثيين بحسب قواعد الميراث، لكن وفقًا لنص القانون يُعطى السدس لبنت أو بنات الابن كوصية واجبة تستقطع من التركة قبل قسمتها على الورثة الأصليين (الابن والبنت)، وذلك لتحقيق شروط استحقاق الوصية الواجبة السالفة ذكرها، ولأن حصة بنت الابن أو بنات الابن بالوصية الواجبة لم يزد عن نصيب البنت الصلبية من الميراث.

مثال: مات عن ابن، وسبع بنات، وبنت ابن أبوها توفي حال حياة أبيه، في هذا المثال لا تستحق بنت الابن (السدس) كوصية واجبة، لأنه يزيد عن حصة البنت الصلبية من التركة وهو هنا (تسع التركة) باعتبار أنه للذكر مثل حظ الأنثيين، فتلغى الزيادة، وتستحق بنت الابن (تسع التركة) مساواة لها بالبنت الصلبية.

2- مثل نصيب الأب: إذا كان المستحق للوصية الواجبة أولاد ذكور لابن واحد منفردين أو مع أخواتهم، مع مراعاة الشروط الآتية:

أ- ألا يزيد نصيب أبيهم إذا كان حيًا عن الخمس، فإن زاد عن الخمس ألغيت الزيادة واعتمد لهم الخمس فقط.

¹⁶⁷ جاء هذا الشرط في المادة (259) بلفظ: ((... وقد خلف خيرًا من المال (...)).

¹⁶⁸ نصت المادة (349) من قانون الأحوال الشخصية اليمني رقم (20) لسنة 1992م المعدل بالقرار الجمهوري بالقانون رقم (27) لسنة 1998م على: ((كل ما لم يرد به نص في هذا القانون يعمل فيه بأقوى الأدلة في الشريعة الإسلامية)).

- ب-** يقسم النصيب في حال تعدد الذكور والإناث من أولاد الابن المتوفى بنسبة (1:2) أي للذكر مثل حظ الأنثيين.
ج- ألا تزيد حصة الذكر أو الأنثى الواحدة من أولاد الابن (الحفدة) المتوفى على حصة الذكر الواحد أو البنت من أولاد الصلب (أعمام وعمات الحفدة) وإلا ألغيت الزيادة، واقتصرت حصة كل منهم على ما يتساوون به مع أبناء أو بنات الصلب.
د- كل أصل يحجب فرعه لا فرع غيره عند تعدد الأبناء المتوفين في حياة أبيهم أو أمهم.
ه- التأكد من تحقق الشروط العامة للوصية الواجبة.

مثال: مات عن: ابن، وبنيتين، وثلاثة أبناء ابن توفي قبل أبيه، في هذا المثال نفترض أن للجد المتوفى اثنين من الأبناء أحدهما والد الثلاثة الأبناء المستحقين للوصية الواجبة، لنستخرج نصيبه من التركة، وبقسمة التركة على الورثة نجد أن نصيب الابن الواحد يساوي سهمان من ستة، وهو يعادل ثلث التركة، ونصيب البنت الواحد يساوي سهمًا واحدًا من ستة، فإذا أعطينا أبناء الابن مثل نصيب أبيهم - وهو هنا الثلث - كوصية واجبة كان نصيبهم زيادة عن الخمس؛ لأن الثلث أكبر من الخمس، والشرط في القانون ألا يزيد نصيبهم عن الخمس، فتلغى الزيادة ويأخذون الخمس يقسمونه بالتساوي على عدد رؤوسهم. ولو فرضنا وجود بنت ابن واحدة أو أكثر بجانب أبناء الابن الثلاثة - كما في المثال السابق - فإن القسمة بينهم تكون بنسبة (1:2) أي للذكر مثل حظ الأنثيين، وبعد القسمة نلاحظ أن حصة أبناء أو بنات الابن المتوفى قبل أبيه - كما في المثال - لم يزد على حصة ابن أو بنت ولد الصلب، وبهذا تكتمل شروط استحقاق الوصية الواجبة لأبناء وبنات الابن المتوفى قبل أبيه.

3- مثل نصيب الأب: إذا تعدد المتوفون من الأبناء حال وفاة أبيهم وكانوا قد تركوا أولادًا بنين وبنات، فلكل صنف منهم (أولاد كل ابن) مثل نصيب أبيهم لو كان حيًا بالشروط الآتية:

- أ-** ألا يزيد ما يعطى لمجموع الأصناف على ثلث التركة.
ب- يقسم النصيب في حال تعدد الذكور والإناث من أولاد الابن المتوفى بنسبة (1:2) أي للذكر مثل حظ الأنثيين.
ج- ألا تزيد حصة الذكر أو الأنثى الواحدة من أولاد الابن (الحفدة) المتوفى على حصة الذكر الواحد أو البنت من أولاد الصلب (أعمام وعمات الحفدة) وإلا ألغيت الزيادة، واقتصرت حصة كل منهم على ما يتساوون به مع أبناء أو بنات الصلب.
د- كل أصل يحجب فرعه لا فرع غيره عند تعدد الأبناء المتوفين في حياة أبيهم أو أمهم.
ه- التأكد من تحقق الشروط العامة للوصية الواجبة.

مثال: مات عن: ثلاثة أبناء، وبنيتين، وأولاد ثلاثة أبناء توفي أبائهم في حياة الجد، وكل ابن من الثلاثة ترك ابنًا وبناتًا. في هذا المثال نفترض أن للجد المتوفى ستة أبناء ثلاثة منهم الذين توفوا قبل أبيهم، لنستخرج نصيبهم من التركة ومن ثم نصيب أولادهم. وبقسمة التركة على الورثة (الأصليين والافتراضيين) نجد أن نصيب الابن الواحد يساوي (سهمين) من أربعة عشر، فيكون مجموع سهام الثلاثة الأبناء الذين توفوا قبل أبيهم (ستة) أسهم وهو نصيب يزيد على ثلث التركة التي قدرها (أربعة عشر) سهمًا، ولما كان شرط استحقاق الوصية الواجبة ألا يزيد مجموع حصص الأصناف عن الثلث، تلغى الزيادة ونعطيهم ثلث التركة يقسمونه للذكر مثل حظ الأنثيين. كما نلاحظ أن حصة أولاد الأبناء الثلاثة المتوفين قبل أبيهم - كما في المثال - لم تزد على حصة الواحد من أبناء وبنات ولد الصلب. وهكذا تتحقق شروط الاستحقاق.

خامسًا- تقديم الوصية الواجبة:

نص القانون اليمني في المادة (3/259) على أن الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا، ويفهم من نص المادة - بفروعها الثلاثة - أن استيفاء الوصية الواجبة يكون من ثلث التركة، فإن استوعب الثلث جميع الوصايا (الواجبة والوصايا الاختيارية الأخرى) نفذت كلها، وإن لم يستوعبها نفذت الوصية الواجبة أولاً، ثم بقية الوصايا بحسب أحكام تراحم الوصايا. فإذا لم يوص الجد لأولاد ابنه المتوفى قبله، وأوصى لغيرهم، استحق كل واحد من أولاد الابن قدر نصيبه بالوصية الواجبة من باقي الثلث إن كان يسعه، وإلا فمنه ومما أوصى به لغيرهم. والسبب في أحقية الوصية الواجبة بالتقديم يرجع إلى كونها مستحقة بقوة القانون، في حين الوصية الاختيارية إنما تستحق بإرادة الموصي، والواجب بالقانون أولى بالتقديم من الواجب بإرادة الموصي؛ ولأن تقديم الوصية الاختيارية على الوصية الواجبة نقض لما أوجبه القانون.

المطلب الثالث: المقارنة بين موقف القانون اليمني والتأصيل الفقهي

تقدم أن القانون اليمني استند في تأصيله للوصية الواجبة إلى مذهب ابن حزم الظاهري - رحمه الله - شأنه في ذلك شأن كثير من القوانين العربية الأخرى، غير أنه بالنظر في نص المادة (259) من قانون الأحوال الشخصية اليمني، وبالرجوع إلى التأصيل الفقهي للوصية الواجبة عند فقهاء المذاهب نجد أن القانون اليمني خالف مذهب ابن حزم في الأحكام التفصيلية، كما خالف ما عليه جمهور العلماء في أحكام أخرى نبيها في النقاط الآتية:

- 1-** قصر القانون اليمني الأقارب الذين يستحقون الوصية الواجبة على الحفدة وحصرهم في أولاد الأبناء دون أولاد البنات، وقد يفهم من القانون أن هذا مذهب ابن حزم - رحمه الله - وليس هذا مذهبه، فابن حزم لا يخص الوصية بالحفدة بل تكون عنده لجميع الأقارب غير الوارثين فيشمل الحفدة، والإخوة وأولادهم، والأعمام والأخوال وأولادهم، وغيرهم. قال ابن حزم - رحمه الله - : " وفرض على كل مسلم أن يوصي إلى قرابته الذين لا يرثون، إما لرق، وإما لكفر، وإما لأن هناك من يحجبهم عن الميراث، أو لأنهم لا يرثون فيوصي لهم بما طابت به نفسه، لا حد في ذلك، فإن لم يفعل أعطوا ولا بد ما رآه الورثة، أو الوصي" (169).
- 2-** ابن حزم - رحمه الله - لم يحدد الجزء من المال الموصى به بمقدار معين، بل بما شاء الميت، فإن لم يوص فالورثة أو الوصي هم الذين يحددون مقدار ما يخرجونه من المال للأقارب، في حين نجد أن القانون اليمني حدد مقدار الوصية الواجبة في مقدار معين فتارة يحددها بالسدس، وتارة بالألأ تزيد عن الخمس، وتارة بمثل نصيب وارث بشرط ألا يزيد عن الثلث.

قال ابن حزم رحمه الله: "..... ولا حد في ذلك - يقصد مقدار الوصية الواجبة - إلا ما رآه الورثة أو الوصي مما لا إجحاف فيه على الورثة"⁽¹⁷⁰⁾

3- جاء في نص المادة (259): ((...ويحجب كل أصل فرعه لا فرع غيره))، والمقرر في قواعد الميراث المتفق عليها أن الأصل كما يحجب فرعه يحجب فرع غيره ممن هو أبعد منه، فالمقتن اليمني في تشريعه للوصية الواجبة انطلق من فكرة توريث الحفدة مع وجود أعمامهم، ولما صعب عليه إقرار ذلك لجأ إلى ما سماه الوصية الواجبة مادامت تحقق ما يحققه الإرث كي يتجنب مخالفة الشرع، وفي هذا دلالة واضحة على مخالفة القانون اليمني لما هو محل اتفاق بين عند جماهير العلماء، إذ جعل الوصية الواجبة خلافة إجبارية مثلها مثل الميراث في حين أن الخلافة الإجبارية الوحيدة عند فقهاء المذاهب هي الميراث، ولا وجود لغيرها.

4- وإضافة إلى ما تقدم نجد -أيضاً- أن هذه الوصية - بموجب أن المادة (259) - صارت ميراثاً، حيث أعطت للحفدة نصيباً من تركه جدهم وإن لم يوص، فهي تجب من غير إيجاب، وإذا وجبت صارت لازمة، ولا تقبل عدم التنفيذ، وهذا يدل أنها ميراث، وإذا كانت ميراثاً فهي باطلة بطلاناً قطعياً، كونها بمثابة اعتراض على حكم الله وتغيير له؛ لأن الله تعالى قد قسم الميراث بنفسه وبينها في كتابه تفصيلاً ثم قال: ((تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ يُدْخِلْهُ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا وَذَلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ))⁽¹⁷¹⁾

5- كما يُخشى أن يكون أخذ المال بهذه الوصية من الحرام؛ لقوله تعالى: ((لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ))⁽¹⁷²⁾، وأخذ المال بالباطل هو أخذه من غير سبب شرعي يبيح ذلك. ولقول النبي - صلى الله عليه وسلم - في حجة الوداع: ((إِنَّ بِمَاءِكُمْ وَأَمْوَالِكُمْ وَأَعْرَاضِكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ، كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا، فِي شَهْرِكُمْ هَذَا، فِي بِلَدِكُمْ هَذَا))⁽¹⁷³⁾

ومما سبق نخلص إلى أن مصطلح الوصية الواجبة تسمية مستجدة أطلقتها القوانين العربية ومنها القانون اليمني لتعبر عن حق واجب في التركة لأولاد الفرع المتوفى في حياة أصله مراعاة لحالهم المادي والاجتماعي، إذ غالباً ما يكونون صغاراً.

ولكن هذا الباعث العاطفي والإنساني للوصية الواجبة لا يعطيها صفة المشروعية؛ إذ لا ميراث إلا بنص، ولا وصية إلا بإرادة الموصي، والوصية الواجبة المطبقة اليوم جمعت في حقيقتها بين الإرث بلا نص، والوصية بلا موصي، كما خرجت في بعض أحكامها عن التاصيل الفقهي لموضوعها فهي لا تخرج أن تكون اجتهاداً محضاً من واضعي القانون.

الخاتمة:

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات والصلاة والسلام على أشرف خلق الله محمد بن عبد الله وبعد، فهذه أهم ما توصلت إليه من نتائج وتوصيات في هذا البحث المتواضع الخِصها على النحو الآتي:

أولاً- النتائج:

- 1- جمهور العلماء على القول باستحباب الوصية في الأصل، ولا تجب ديانة إلا في حال وجود دين، أو وديعة على الموصي.
- 2- الوصية الواجبة ديانة تختلف عن الوصية الواجبة قانوناً، فهي تنشأ بإرادة الموصي واختياره، أما الوصية الواجبة قانوناً مصدر وجوبها القانون، ولا مدخل لإرادة الموصي واختياره فيها.
- 3- إن التاصيل الفقهي للوصية الواجبة قانوناً مُخرَج في جانب منه على قول ابن حزم - رحمه الله - ومعلل بما ذكره من مصلحة الحفدة اليتامى والفقراء، أما جمهور العلماء وأصحاب المذاهب المعروفة فمذهبهم على عدم وجوب هذا النوع من الوصية.
- 4- مصطلح الوصية الواجبة تسمية مستجدة أطلقتها القوانين العربية ومنها القانون اليمني لتعبر عن حق واجب في التركة لأولاد الفرع المتوفى في حياة أصله.
- 5- إن الباعث العاطفي والإنساني للوصية الواجبة لا يعطيها صفة المشروعية؛ إذ لا ميراث إلا بنص، ولا وصية إلى بإرادة الموصي، والوصية الواجبة المطبقة اليوم جمعت في حقيقتها بين الإرث بلا نص، والوصية بلا موصي، فهي لا تخرج أن تكون اجتهاداً محضاً من واضعي القانون.
- 6- اختلاف القوانين العربية - ومنها القانون اليمني - في تقدير الوصية الواجبة، وتحديد المستفيدين منها، وطرائق استخراجها، يؤكد أنها محض اجتهاد يفتقر إلى الدليل الشرعي.
- 7- تميَّز القانون اليمني عن القوانين العربية بالنص على شرطي سعة تركه الجد، وفقر الحفدة، لاستحقاقهم الوصية الواجبة، ومع ذلك غفَلَ عن ذكر شرط انقضاء الموانع - مع أهميته - في حق الحفدة وأبيهم المتوفى قبل جدهم.
- 8- لم يبيِّن القانون اليمني طريقة حسابية محددة لاستخراج الوصية الواجبة، ولكنه بين القواعد التي تبنى عليها المسائل وقيد استخراج الوصية الواجبة بقبول ثلاثة كما جاء في نص المادة(259) من قانون الأحوال الشخصية.

ثانياً- التوصيات:

- 1- أوصي السلطة التشريعية في الجمهورية اليمنية وتحديدًا لجنة تقنين أحكام الشريعة الإسلامية إعادة النظر في قانون الوصية الواجبة، واستبداله بنظام التنزيل الشرعي بالوصية الاختيارية كبديل للوصية الواجبة قانوناً، وإن كان قانون الوصية الواجبة يحقق مصلحة الحفدة فهو يصطدم مع حقوق أخرى، وقواعد ثابتة، ويشوبه بعض النقائص.

¹⁷⁰ - المرجع السابق نفسه.

¹⁷¹ - سورة النساء الآيات: 13-14 .

¹⁷² - سورة النساء الآية: 30.

¹⁷³ - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الجمعة، باب النظر حتى تدفن، 176/2 رقم (1741)، ومسلم في صحيحه، كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال، 1305/3 رقم(1679).

<https://ejua.net>

- 2- أوصى الجهات المجتمعية، والمجالس المحلية، وذوو العلاقة بتتقيف المجتمع وتوعيته على حث الأجداد إنصاف الحفدة بتنزيلهم منزلة أبيهم بوصية اختيارية، أو بالعطية، أو بالهبة، أو بغيرها من طرق نقل الملكية، ليغنيهم عن اللجوء إلى القضاء وما يترتب عليه من شقاق أسري واجتماعي.
- 3- أوصى في حال بقاء العمل بالوصية الواجبة تعديل نص المادة (259) من قانون الأحوال الشخصية اليمني باستكمال ما اعترأها من نقص - كما ورد في متن البحث- ، أو تحرير مذكرة تفسيرية للقانون يبين فيها ما أجمل من ألفاظ، وتقييد ما أطلق منها حتى يكون المخاطب بالقانون على فهم واضح لا لبس فيه ولا غموض.

المصادر والمراجع

- [1] القرآن الكريم
- [2] الإجماع، محمد بن إبراهيم بن المنذر، دار المسلم للنشر والتوزيع، ط(1)، 1425هـ - 2004م.
- [3] الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معبد التميمي، ترتيب الأمير علاء الدين بن بليان الفارسي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط(1)، 1408هـ - 1988م.
- [4] أحكام التركات في الفقه والقانون، د/ عبد الناصر موسى أبو البصل، دار النفائس، ط(1)، 1999م.
- [5] أحكام التركات والموارث، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، دار البيان العربي، القاهرة، 1383هـ - 1963م.
- [6] أحكام القرآن، أبو محمد عبد المنعم بن عبد الرحيم المعروف بابن الفرس الأندلسي، دار ابن حزم، بيروت، ط(1)، 1427هـ - 2006م.
- [7] أحكام القرآن، أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1405هـ.
- [8] أحكام القرآن، علي بن محمد بن علي أبو الحسن الطبري الملقب بعماد الدين المعروف بالكنيا الهراسي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط(2)، 1405هـ.
- [9] أحكام القرآن، محمد بن إدريس الشافعي أبو عبد الله، دار الكتب العلمية، بيروت، 1400هـ.
- [10] أحكام القرآن، محمد بن إدريس الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1400هـ.
- [11] أحكام القرآن، محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري، دار الكتب العلمية، بيروت، ط(3)، 1424هـ - 2003م.
- [12] أحكام الموارث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، د/ بلحاج العربي، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر.
- [13] أحكام الموارث والوصية وحق الانتقال في الفقه الإسلامي، مصطفى إبراهيم الزلمي، دار وائل للطباعة والنشر، 2006م.
- [14] أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية، د/ جمعة محمد براج، دار يافا، عمان، 1420هـ - 1999م.
- [15] أحكام الوصية في الشريعة الإسلامية، د/ أحمد فراج حسين، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، مصر، 1984م.
- [16] الأحكام في أصول الأحكام، أبو الحسن علي بن محمد الأمدى، دار الكتاب العربي، بيروت، ط(1)، 1404هـ.
- [17] الأحكام في أصول الأحكام، علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، دار الآفاق الجديدة، ط(2)، 1403هـ - 1983م.
- [18] أحكام وأثار الزوجية، محمد سمارة، الدار العلمية الدولية، الأردن، ط(1)، 2002م.
- [19] الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية والتركات، مصطفى السباعي، عبد الرحمن والصابوني، مطبعة جامعة دمشق، 1966م.
- [20] الأحوال الشخصية: الأهلية والنيابة الشرعية والوصية والوقف والتركات، أحمد الحجى الكردي، جامعة حلب، كلية الشريعة، 1995م.
- [21] إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، محمد بن ناصر الألباني، المكتبة الإسلامية، بيروت، ط(2)، 1405هـ - 1985م.
- [22] الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، زين الدين إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري، دار الكتب العلمية، بيروت.
- [23] الإعراب عن الغيرة والالتباس الموجودين في مذهب أهل الرأي والقياس، علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، أضواء السلف، ط(1)، 1425 - 2005م.
- [24] الإقناع في مسائل الإجماع، علي بن محمد بن عبد الملك الكتاوي الحميري الفارسي أبو الحسن ابن القطان، دار الفراق الحديثة للطباعة والنشر، ط(1)، 1424هـ - 2000م.
- [25] الأم، محمد بن إدريس الشافعي، دار المعرفة، بيروت، 1410هـ - 1990م.
- [26] الأم، محمد بن إدريس الشافعي، دار المعرفة، بيروت، 1410هـ - 1990م.
- [27] الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، علاء الدين علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الحنبلي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط(2).
- [28] الأوقاف والوصايا بين الشريعة والقانون اليمني، أ.د/ غالب عبد الكافي القرشي، مكتبة ومركز الصادق للطباعة والنشر والتوزيع، صنعاء، اليمن، ط(12)، 2012م.
- [29] بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط(2)، 1406هـ - 1986م.
- [30] البناية شرح الهداية، محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد القيتاني الحنفي بدر الدين العيني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط(1)، 1421هـ - 2000م.
- [31] البهجة شرح التحفة، أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط(1)، 1418هـ - 1998م.
- [32] البيان في مذهب الإمام الشافعي، أبي الحين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، دار المنهاج، بيروت، ط(1)، 1421هـ - 2000م.
- [33] التعليقات الحسان على صحيح ابن حبان وتمييز سقيمته من صحيحه، وشأده من محفوظه، محمد ناصر الدين الألباني، دار باوزير للنشر والتوزيع، جدة، السعودية، ط(2)، 1424هـ - 2003م.
- [34] تفسير الفتاحة والبقرة، محمد بن صالح بن محمد العثيمين، دار ابن الجوزي، السعودية، ط(1)، 1423هـ.
- [35] التقرير والتحبير بشرح التحرير، محمد بن محمد الحلبي ابن أمير الحاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ط(2)، 143هـ - 1983م.
- [36] التقرير والتحرير في علم أصول الفقه، ابن أمير الحاج محمد بن محمد، دار الفكر، بيروت، 1417هـ - 1996م.

- [37] **تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، محمد بن حسين بن محمد الطوري الحنفي القادري، دار الكتب الإسلامي، عمان، ط (2).
- [38] **تيسير البيان لأحكام القرآن**، محمد بن علي بن عبدالله بن إبراهيم بن الخطيب اليمني الشافعي المعروف بان نور الدين، دار النوادر، سوريا، ط (1)، 1433هـ - 2012م.
- [39] **جامع البيان عن تأويل آي القرآن**، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب، أبو جعفر الطبري، مؤسسة الرسالة، ط (1)، 1420هـ - 2000م.
- [40] **جامع البيان في تأويل القرآن**، محمد بن جرير بن يزيد أبو جعفر الطبري، مؤسسة الرسالة، ط (1)، 1420هـ - 2000م.
- [41] **الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه**، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، دار طوق النجاة، ط (1)، 1422هـ.
- [42] **الجامع لأحكام القرآن**، محمد بن أحمد بن فرج الأنصاري الخزرجي القرطبي، دار عالم الكتب، الرياض السعودية، 1423هـ - 2003م.
- [43] **حاشية البجيرمي على الخطيب**، سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي المصري الشافعي، دار الفكر، بيروت، 1415هـ - 1995م.
- [44] **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، دار الفكر، بيروت.
- [45] **الحاوي الكبير**، علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري الشهير بالماوردي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419هـ - 1999م.
- [46] **الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه الإسلامي والقانون**، أحمد محمد علي داود، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط (2).
- [47] **الذخيرة**، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط (1)، 1994م.
- [48] **الرائد في علم الفرائض**، أشرف عبد الرزاق ويح، دار النهضة العربية، القاهرة، 1420هـ - 1999م.
- [49] **رد المحتار على الدر المختار**، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن عابدين دمشقي الحنفي، دار الفكر، بيروت، ط (2)، 1412هـ - 1992م.
- [50] **روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني**، محمد بن عبد الله الحسيني الألوسي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (1)، 1415هـ.
- [51] **سبل السلام شرح بلوغ المرام**، محمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، مكتبة مصطفى الباب الحلي، مصر، ط (2)، 1379هـ - 1960م.
- [52] **سنن ابن ماجة**، محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني، دار الفكر، بيروت.
- [53] **سنن أبي داود**، أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، دار الكتاب العربي، بيروت.
- [54] **سنن الترمذي**، محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، مطبعة مصطفى الباب الحلي، مصر، ط (2)، 1395هـ - 1975م.
- [55] **سنن الدارمي**، عبد الله بن عبد الرحمن أبو محمد الدارمي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط (1)، 1470هـ.
- [56] **السنن الكبرى وفي ذيله الجواهر النقي**، أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، مجلس دائرة المعارف النظامية، حيدر آباد، الهند، ط (1)، 1344هـ.
- [57] **الشامل في فقه الإمام مالك**، بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز بن عمر بن عوض أبو البقاء تاج الدين السلمي الدميري، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، ط (1)، 1429هـ - 2008م.
- [58] **الشرح الممتع على زاد المستقنع**، محمد بن صالح بن محمد العثيمين، دار ابن الجوزي، الرياض، 1422هـ - 1428هـ.
- [59] **شرح قانون الوصية**، محمد أبو زهرة، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، ط (2)، 1369هـ - 1950م.
- [60] **شرح مختصر الروضة**، سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم الطوفي الصرصري أبو الربيع نجم الدين، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط (1)، 1407هـ - 1987م.
- [61] **الصاحح تاج اللغة وصحاح العربية**، أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، دار العلم للملايين، بيروت، ط (4)، 1407هـ - 1987م.
- [62] **العدة في شرح العدة**، عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد أبو محمد بهاء الدين المقدسي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (2)، 1426هـ - 2005م.
- [63] **غريب الحديث**، أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد بن علي بن عبد الله المعروف بابن الجوزي، دار الكتب العلمية بيروت، ط (1)، 1985م.
- [64] **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني الشافعي، دار المعرفة، بيروت، 1379هـ.
- [65] **فتح القدير**، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، دار الفكر، بيروت.
- [66] **الفرائض والمواريث والوصايا**، محمد الزحيلي، دار الكلم الطيب، دمشق، بيروت، ط (1)، 1422هـ.
- [67] **الفقه على المذاهب الأربعة**، عبد الرحمن الجزيري، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (2)، 1424هـ - 2003م.
- [68] **قواعد الأحكام في مصالح الأنام**، أبو محمد عز الدين بن عبد العزيز بن عبد السلام الدمشقي الملقب بسلطان العلماء، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1414هـ - 1991م.
- [69] **القواعد الفقهية وتطبيقاتها المعاصرة في المذاهب الأربعة**، د/ محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط (1)، 1427هـ - 2006م.
- [70] **كشاف القناع**، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، دار الفكر، بيروت، 1402هـ.
- [71] **كفاية الطالب الرباني**، أبو الحسن علي بن خلف المالكي، دار الفكر بيروت، 1421هـ.
- [72] **اللباب في شرح الكتاب**، عبد الغني بن طالب جمعة الغنيمي الميداني الحنفي، المكتبة العلمية، بيروت.
- [73] **لسان العرب**، محمد بن مكرم بن منظور الأفرقي المصري، دار صادر، بيروت، ط (1).
- [74] **المبدع شرح المقنع**، إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، دار عالم الكتب، الرياض، 1423هـ - 2003م.
- [75] **المبسوط**، شمس الدين السرخسي، دار المعرفة، بيروت، 1409هـ - 1989م.
- [76] **المحلى**، أبو محمد علي بن أحمد بن سعد بن حزم، المطبعة المنيرية، مصر، ط (1)، 1351هـ.
- [77] **مختار الصحاح**، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت، صيدا، لبنان، ط (2)، 1420هـ - 1999م.
- [78] **المخصص**، أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط (1)، 1417هـ - 1996م.
- [79] **مستخرج أبي عوانة**، يعقوب بن إسحاق بن إبراهيم النيسابوري، دار المعرفة، بيروت، ط (1)، 1419هـ - 1998م.

- [80] مسند أبي يعلى، أحمد بن علي المثنى أبو يعلى الموصلي التميمي، دار المأمون للتراث، دمشق، ط (1)، 1404 هـ - 1984 م.
- [81] مسند الإمام أحمد بن حنبل، أحمد بن حنبل الشيباني، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط (2)، 1420 هـ - 1999 م.
- [82] المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، دار إحياء التراث العربي بيروت.
- [83] المسند الموضوعي الجامع للكتب العشرة، صهيب عبد الجبار، برنامج المكتبة الشاملة، 2014 م.
- [84] مشكاة المصابيح، محمد بن عبدالله الخطيب العمري، تحقيق/ محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، ط (3)، 1415 هـ.
- [85] المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المكتبة العلمية، بيروت.
- [86] معالم التنزيل في تفسير القرآن (تفسير البغوي)، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط (1)، 1420 هـ.
- [87] معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكريا، دار الفكر، بيروت، 1399 هـ - 1979 م.
- [88] المعونة في مذهب أهل المدينة، محمد بن عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز، مكة المكرمة، السعودية.
- [89] مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط (1)، 1415 هـ - 1994 م.
- [90] المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، دار الفكر، بيروت، ط (1)، 1405 هـ.
- [91] المقدمات الممهدة، محمد بن أحمد بن رشد القطبي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1408 هـ - 1988 م.
- [92] الملخص الفقهي، صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان، دار العاصمة، الرياض، السعودية، ط (1)، 1423 هـ.
- [93] من يملك حق الاجتهاد، سلمان بن فهد العودة، دار الوطن للنشر، الرياض، السعودية، ط (1)، 1421 هـ.
- [94] منار السبيل في شرح الدليل، إبراهيم بن محمد بن سالم ابن ضويان، المكتب الإسلامي، بيروت، ط (7)، 1409 هـ - 1989 م.
- [95] المنثور في القواعد الفقهية، بدر الدين محمد بن عبدالله بن بهادر الزركشي، وزارة الأوقاف الكويتية، ط (2)، 1405 هـ - 1985 م.
- [96] الموارث والوصية والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون، د/ بدران أبو العينين بدران مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية.
- [97] الموافقات، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي، دار ابن عفان، ط (1)، 1417 هـ - 1997 م.
- [98] موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، د/ أسامة بن سعيد القحطاني وأصحابه، دار الفضيحة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 1433 هـ - 2012 م.
- [99] الميراث والوصية بين الشريعة والقانون، صلاح سلطان، دار السلام للطباعة والتوزيع والنشر والترجمة، القاهرة، ط (3)، 2007 م.
- [100] ناسخ القرآن العزيز ومنسوخه، هبة الله بن عبد الرحيم بن إبراهيم أبو القاسم، شرف الدين ابن البارزي الجهني الحموي، مؤسسة الرسالة، ط (4)، 1418 هـ - 1998 م.
- [101] الناسخ والمنسوخ في القرآن الكريم، أبو بكر بن العربي المعافري، مكتبة الثقافة الدينية، ط (1)، 1413 هـ - 1992 م.
- [102] نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، محمد ابن العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي، دار الفكر، بيروت، ط (أخيرة)، 1404 هـ - 1984 م.
- [103] النهاية في غريب الحديث والأثر، أبو السعادات المبارك محمد الجزري ابن الأثير، المكتبة العلمية، بيروت، 1399 هـ - 1979 م.
- [104] نيل الأوطار من أسرار منقذ الأخيار، محمد بن علي الشوكاني اليمني، دار الحديث، مصر، ط (1)، 1413 هـ - 1993 م.
- [105] الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، عمر سليمان الأشقر، دار النفائس، الأردن، عمان، ط (4)، 2007 م.
- [106] الوجيز في الميراث والوصية، د/ يوسف قاسم، دار النهضة العربية، القاهرة، ط (1)، 1408 هـ - 1987 م.
- [107] الوجيز في الوصايا والميراث، فؤاد عبداللطيف السرطاوي، دار البيارق، ط (1)، 1421 هـ - 2000 م.
- [108] الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط (2)، 1414 هـ - 1993 م.
- [109] الوصية الواجبة دراسة مقارنة، ريم عادل الأزعر، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية غزة.
- [110] الوصية الواجبة في الإسلام، هشام قبلان، منشورات عويدات، بيروت، ط (2)، 1985 م.
- [111] الوصية الواجبة في الفقه الإسلامي، محمد بن محمد قاسم التاويل، معهد الإمام، سيدي سليمان، المغرب، ط (1)، 1430 هـ - 2009 م.
- [112] الوصية الواجبة في قانون الأسرة الجزائري دراسة فقهية مقارنة، بلعاقب عاتشة، بحث لنيل شهادة الماستر، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، تلمسان، الجزائر.
- [113] الوصية والميراث ووصية القانون والبدل الشرعي لها، محمد رامز عبد الفتاح العزيمي، دار الفرقان للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2003 م.

RESEARCH ARTICLE**THE LEGAL COMMANDMENT BETWEEN THE ROOTING JURISPRUDENCE AND THE POSITION OF YEMENI LAW "A COMPARATIVE INDUCTIVE STUDY"****Salah Salem Ben Rasheed^{1,*}***Department of Islamic law, Faculty of Law, Aden University, Aden, Yemen****Corresponding author: Salah Salem Ben Rasheed; E-mail:****Received: 17 August 2020 / Accepted: 21 September 2020 / Published online: 07 October 2020****Abstract**

This research deals with an important issue of jurisprudence and the law, which is the legal commandment for the grandchildren whose father died during the life of their grandfather or grandmother. This commandment combines the old rooting in terms of its jurisprudential doctrinal origin, and the modern jurisprudence in terms of the Yemeni law issuing modern judgments based on its ancient origin. The research is divided into three sections, the first one presents the true perception of the legal commandment by stating its concept and the optional commandment comparing them to introduce the second section, which comes in the statement of explaining the rooting jurisprudence of the legal commandment in light of the doctrines of jurisprudence. Then the third section clarifies the position of the Yemeni law from the legal commandment and its commitment to this rooting jurisprudence. The research concludes with a set of findings and recommendations.

Keywords: Legal Commandment Provisions, Rooting Jurisprudence, Position Of Yemeni Law.