مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية

فصلية علمية محكمة تصدر عن مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت

قانون الوصية الواجبة الكويتي رقم 5 لسنة 1971م دراسة فقهية

د.عيسى زكي شقره

جامعة الكويت

مجلس النشر العلمي

ISSN: 1029-8908

العدد ١١٧- السنة ٣٤

رمضان: ١٤٤٠هـ- يونيو ٢٠١٩م

البحث الثامن

قانون الوصية الواجبة الكويتي
رقم ٥ لسنة ١٩٧١م
دراسة فقهية

د.عيسى زكي شقره

أستاذ مساعد في قسم الدراسات الإسلامية – كلية التربية الأساسية

الهيئة العامة للتعليم التطبيقي

قانون الوصية الواجبة الكويتي
رقم ٥ لسنة ١٩٧١م
دراسة فقهية

د.عيسى زكي شقره*

تاريخ استلام البحث: فبراير ٢٠١٩م تاريخ إجازة البحث: إبريل ٢٠١٩م.

ملخص البحث

فهذه دراسة فقهية تحليلية تتناول قانون الوصية الواجبة في الكويت رقم ٥ لسنة ١٩٧١م، يقع القانون في أربع مواد، ويلحق به مذكرة إيضاحية، تبين المستند الفقهي القانون وأحكامه ومقاصده والمشكلة التي يسعى لحلها بهذا التشريع، وهي مساعدة الأبناء الذين توفي والدهم في حياة جدهم، ولم يبق لهم معيل ينفق عليهم.

واستند القانون على قول بعض الفقهاء الذاهبين إلى وجوب الوصية للأقارب غير الوارثين، فاعتمد عليه في وضع تشريع ملزم بإعطاء الأحفاد الذين مات والدهم في حياة جدهم مقدار ما كانوا سيرثونه من والدهم لو كان حيا عند وفاة الجد فورث منه.

وتناقش هذه الدراسة القانون من عدة جوانب، أولها دراسة الرأي الفقهي الذي اعتمد عليه القانون دراسة فقهية مقارنة مع الآراء الأخرى للفقهاء والوصول إلى ترجيح رأي منها، وثانيها التعارض بين ولاية القضاء العامة في الإلزام بالوصية وبين ولاية الإنسان الخاصة في أمواله وأثر ذلك على إلزامه بتصرف ما في أمواله كالوصية، وثالثها مناقشة الأحكام التفصيلية التي نظم بها القانون شروط استحقاق الوصية الواجبة والتزاحم بينها وبين الوصية الاختيارية.

وسعت الدراسة لتقديم بعض البدائل والحلول للإشكالات الفقهية التي ناقشها البحث، مساهمة في تحقيق المقصد الذي سعى القانون لتحقيقه.

الكلمات الدالة: وصية واجبة، نسخ، ولاية، حجب، نفقة، وصية اختيارية.

(*) د. عيسى زكي عيسى شقرة: حاصل على شهادة الدكتوراه في الفقه المقارن، عام ١٩٨٥م، والماجستير في الفقه المقارن، عام ١٩٨٢م، والليسانس من كلية الشريعة، عام ١٩٧٨م، وجميعهم من الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، السعودية، يعمل أستاذا مساعدا للفقه في قسم الدراسات الإسلامية بكلية التربية الأساسية، بالهيئة العامة للتعليم التطبيقي منذ عام ٢٠٠٥م، وهو عضو في عدة لجان للإفتاء والرقابة الشرعية في الشركات والبنوك الإسلامية وله مساهمة قي برامج الإذاعة والتلفزيون المتعلقة بالإفتاء والتثقيف الشرعي، ولديه أبحاث منشورة في مجلات محكمة، وفي المنتديات الفقهية.
الاهتمامات البحثية: القضايا الفقهية المعاصرة.

المقدمة

الغرض من البحث ومنهجه وخطته:

بسم الله الرحمن الرحيم والحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا عبدالله ورسوله محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

فهذه دراسة فقهية تحليلية تتناول قانون الوصية الواجبة في الكويت رقم ٥ لسنة ١٩٧١م، يقع القانون في أربع مواد، ويلحق به مذكرة إيضاحية، تبين المستند الفقهي للقانون وأحكامه ومقاصده والمشكلة التي يسعى لحلها بهذا التشريع.

وهذه المشكلة توضحها المذكرة الإيضاحية في الفقرة (أ)، ونصها: «يحدث كثيراً أن يموت الولد في حياة أبيه أو أمه ولو كان قد عاش إلى موتهما لورث عنهما ولكنه قد مات قبلهما أو قبل أحدهما فانفرد بالميراث أخوته وصار أولاده في فقر مدقع، واجتمع لهم مع اليتم وفقد العائل الكاسب الحرمان والفقر واضطراب ميزان التوزيع في الأسرى، فصار بعضها في متربة بسبب الحرمان الذي أصابهم بموت أبيهم المبكر»، ونتبين من ذلك المقصد الحسن الذي سعى المشروع لتحقيقه بتوظيف القانون في حل هذه المشكلة الاجتماعية.

واستند القانون على قول بعض الفقهاء الذاهبين إلى وجوب الوصية للأقارب غير الوارثين، فاعتمد عليه في وضع تشريع ملزم بإعطاء الأحفاد الذين مات والدهم في حياة جدهم مقدار ما كانوا سيرثونه من والدهم لو كان حيا عند وفاة الجد فورث منه.

وتهدف الدراسة إلى مناقشة الإشكالات الفقهية للقانون التي بتداركها يمكن إعادة صياغة القانون، لتحقيق المقصد الذي سعى إلى تحقيقه، كما يهدف البحث إلى اقتراح البدائل التي يمكن أن تكون أساساً لإعادة صياغة القانون.

منهج البحث:

يعتمد منهج البحث في هذه الدراسة على تتبع المستندات الفقهية التي بني عليها القانون والواردة في مواده ومذكرته الإيضاحية، ثم دراستها دراسة فقهية مقارنة تحليلية وفقاً لما هو مقرر في المذاهب الفقهية المعتبرة للوصول إلى ترجيح رأي منها اعتماداً على الأدلة.

وتدور هذه المستندات الفقهية حول المذهب الفقهي الذي بني عليه القانون الذاهب إلى وجوب الوصية، وأنه لم ينسخ في حق الأقارب غير الوارثين، وعلى جملة من المبادئ العامة كتحقيق المصلحة، وتعزيز العرف الاجتماعي، وولاية القضاء في إنشاء الوصية في مال من

مات ولم يوص لمن تجب له الوصية، وكذلك ولاية الدولة في استحداث الأحكام والتشريعات التي تحقق المقصد الذي سعى القانون لتحقيقه. ومن هذه المستندات الأحكام التفصيلية الواردة في مواد القانون.

ومن أبرزها التداخل بين أحكام الوصية وبين أحكام الميراث في مواد القانون، وعدم إعمال أحكام الحجب، وتقديم الوصية الواجبة على الوصية الاختيارية.

وسيسلك البحث منهج الدراسة الفقهية المقارنة بين المذاهب الفقهية في موضوع وجوب الوصية وخلاف الفقهاء فيه، وأدلتهم وترجيح ما ينتهي إليه البحث من رأي سيكون أساساً لمناقشة المبادئ العامة للقانون وأحكامه التفصيلية.

فالدراسة وفق هذا المنهج ليست دراسة تفصيلية لأحكام الوصية من حيث هي؛ ولذلك اقتصرت على ما يتعلق بقانون الوصية الواجب من مبادئ عامة وأحكام على نحو ما تقدم.

خطة البحث:

بناء على ما تقدم في بيان الغرض من البحث ومنهجه، ستسلك الدراسة الخطة التالية:

المقدمة: في بيان الغرض من البحث ومنهجه وخطته.

الدراسات السابقة في موضوع البحث.

الباب الأول : الحكم بوجوب الوصية.

الفصل الأول : مذاهب الفقهاء وأدلتهم في وجوب الوصية.

الفصل الثاني: مناقشة نسخ الحكم بوجوب الوصية.

الباب الثاني : المبادئ والأحكام التي بني عليها قانون الوصية الواجبة الكويتي.

الفصل الأول: المبادئ العامة للقانون.

الفصل الثاني : الأحكام التفصيلية للقانون.

نتائج البحث:

وقد أُرفق بالبحث قانون الوصية الواجبة الكويتي ومذكرته الإيضاحية؛ ليسهل على المطلع على البحث تتبع الإحالة إلى مواد القانون ومذكرته الإيضاحية.

الدراسات السابقة:

إن من المفيد عرض بعض ما توصلت إليه دراسات سابقة من نتائج في موضوع الوصية الواجبة وقوانينها قبل الدخول في أبواب البحث وفصوله؛ ليكون هذا البحث مكملاً لجهود

الباحثين والدارسين في هذا الشأن. فلقد حظى موضوع «الوصية الواجبة» باهتمام الباحثين في الدراسات الشرعية والقانونية، فكثرت حوله الدراسات التي يلاحظ عليها التكرار والتوارد في النقل، وذلك نظراً للتشابه بين قوانين الوصية الواجبة في الدول العربية، في المبادئ العامة التي بنيت عليها، وفي ما بني عليها من أحكام تفصيلية في مواد هذه القوانين. ولقد اخترت منها ثلاث دراسات أعرض هنا لما توصلت إليه من نتائج:

أما الدراسة الأولى: فهي بعنوان «أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية» لفضيلة الأستاذين زكي الدين شعبان وأحمد الغندور.

ولقد رجحت الدراسة القول: بوجوب الوصية للأقارب غير الواثين، وأن نسخ وجوب الوصية وارد على وجوب الوصية للأقارب الوارثين وتكون الوصية لهم مستحبة، كما أن الوصية تكون واجبة على من كانت عليه حقوق لله أو للعباد[١].

وتناولت الدراسة شرح قانون الوصية الواجبة الكويتي، وبينت أن السند الفقهي في وجوب الوصية قضاء هو رأي ابن حزم الظاهري وبعض فقهاء التابعين[٢]، كما بينت الدراسة أن ما ورد من أحكام تفصيلية في مواد القانون من تخصيص وقصر الأقارب غير الوارثين على فروع من مات في حياة أبيه أو أمه على الترتيب المبين في المادة الأولى من القانون، وتحديد الواجب لهم بمقدار حصتهم مما كان يرثه أبوهم عن أصله لو بقي حياً. واعتمدت هذه الدراسة على مبدأ أن هذه الأحكام هي مما استحدثه القانون استناداً إلى ما تقرر في الفقه من «أن لولي الأمر أن يأمر بالمباح لما يراه من المصلحة العامة، ومتى أمر به وجبت طاعته [٣].

وسنتناول في هذه الدراسة مناقشة هذه النتائج.

أما الدراسة الثانية: فهي بعنوان: «الوصية الواجبة دراسة مقارنة، للأستاذ مهند فؤاد استيتي[٤].

ومن أهم النتائج التي توصلت إليها الدراسة هي:

١. فكرة الوصية الواجبة هي من المشرع الوضعي، ولم يقل بها مذهب أو فقيه قبل

(١) أحكام الوصية والميراث والوقف ص٢٥.
(٢) أحكام الوصية والميراث والوقف ص ٢٠٦.
(٣) أحكام الوصية والميراث والوقف ص ٢٠٦ و ٢٠٧.
(٤) مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، العدد الثامن والعشرون، تشرين الأول ٢٠٠٢م.

تشريعها.

٢. خضعت الوصية الواجبة لمناقشة مشروعيتها من المعاصرين على اختلاف أفهامهم، وغالب من قال بالجواز يستند إلى ترجيح القول الفقهي القائل بوجوب حكم الوصية علي كل مكلف، ومن قال بعدم مشروعيتها يستند إلى كونها اعتراضاً على نظام الميراث وتدخلاً فيه، وكلاهما لم يوفق.

٣. لا علاقة بين القول بالوصية الواجبة وبين ترجيح حكم الوصية بالوجوب على المكلف، فالقانون وباقتصاره على التكليف بالوصية عند وجود الأحفاد المستحقين فقط، فإنه من الناحية العملية أقرب في عمله لرأي من قال باستحباب الوصية بالمقارنة بين حال الوصية الواجبة وبين باقي الصور الأخرى والتي لا يكلف فيها بشيء.

٤. بالدرجة الأولى لا يعتمد المشرع القانوني في اختياراته عند التقنين على الرأي الراجح من القول عند مجتهد ما، بقدر اعتماده علي حاجة الناس إلى هذا الرأي المختار، والذي لا يختلف عن غيره من الآراء من جهة كونه معتبراً موثقاً بالدليل السائغ.

٥. من منع الحكم بالوصية الواجبة قد اكتفي بالتحريم، ولم نجد عندهم البديل العملي الذي يضع حلاً للظاهرة التي من شأنها جاء التشريع.

٦. حقيقة الوصية الواجبة هي مدخل الترجيح لمشروعيتها، وقول من قال باقتراب الوصية الواجبة من حقيقة الميراث جدير بالعناية، وللقول بقبول الوصية الواجبة لا بد من تغيير ما يمكن تغييره من الأحكام القريبة من حقيقة الميراث وإلصاقها بأحكام الوصية.

٧. من باب السياسة الشرعية يحق لإمام المسلمين أن يكلف بالواجبات الدينية، وذلك يجعلها من الواجبات القضائية في حال تخلف الناس عن واجباتهم وما ينتج عنه من الضرر بالغير.

وتتفق هذه الدراسة مع ما توصلت إليه الدراسة الثانية من نتائج في الجملة، وإن كانت تختلف معها في بعضها؛ من ذلك أن القول بوجوب الوصية لم يقل به مذهب، بل هو مذهب معزو لفقهاء كابن حزم وله سلف من فقهاء التابعين، وهو قول تسنده الأدلة، إلا أنه مذهب مرجوح، فقد توصل البحث إلى ترجيح قول جمهور الفقهاء– كما سيأتي في الباب الأول منه.

كما أن البحث يتفق مع الدراسة في وجود تداخل بين أحكام الميراث وبين أحكام الوصية في مواد القانون، وهو ما جاء في النتيجة رقم (٦) من اقتراب الوصية الواجبة من حقيقة

الميراث، وقد تناولت هذه الدراسة توضيح هذا التداخل في الفصل الثاني من الباب الثاني.

ولم تتفق هذه الدراسة كذلك مع الدراسة في إطلاق حق إمام المسلمين بالتكليف بالواجبات الدينية والإلزام بها قانوناً، وتطبيق ذلك على الوصية الواجبة. وقد ناقشت هذه الدراسة هذا الموضوع في الفصل الأول من الباب الثاني.

أما الدراسة الثالثة: فهي بعنوان «نظرات فقهية في جديد قانون الوصية» – قانون الوصية الواجبة المصري، للأستاذ محمد إبراهيم شريف [١].

ومن أهم النتائج التي توصلت إليها هذه الدراسة هي:

١. ما أثاره بعض الفقهاء المعاصرين حول إجازة القانون الوصية للوارث كما تجوز لغيره لا يقوم على أساس صحيح، ولا تعد هذه الإجازة مبدأً خطيراً يغاير به الموصي قسمة الشارع، بل إن هذه الإجازة اعتمدت على أصل صحيح وفهم دقيق توخى فيه القانون سبيل العدل وحفظ التوازن بين الأسر التي تضطرب أحوال بعض أفرادها وتختل أمورهم الاقتصادية بعيداً عن إثارة البغضاء وإيغار الصدور بينهم.

٢. كما أن الوصية الواجبة بالقانون للأقارب هي من أهم المسائل الفقهية التي دونت في كتب اختلاف الفقهاء وعرضت بوضوح واستفاضة في تفاسير القرآن الكريم وشروح السنة النبوية، ولولا عدم شيوع القول بوجوبها وسيادة أحكام المذاهب الأربعة التي لا تقول بوجوبها؛ لبقيت حية قوية معروفة بأدلتها وأسانيدها، وما نفرت بعض النفوس من الأخذ بها، أو وصف قانونها بأنه وضعي على الإطلاق، وملزم بما تلزم به آيات الكتاب الكريم ولا مأثور السنة النبوية الصحيحة.

٣. أسفر التطبيق الفعلي لقانون الوصية – مع نيل المقصد منه وشرف غايته المقررة شرعاً – إلى الحيف والجنف على حقوق بعض الورثة، برغم التزام التطبيق أدق الشروط والقيود؛ ليتأكد لنا أن ما ينتهي إليه البشر يظل دائماً في دائرة القصور، وأن الإحاطة الكاملة بكل الأحوال والواقعات التي تتمخض عنها حياة البشر لم تكن لأحد من العباد ولن تكون، وهو ما لاحظناه واضحاً وسجلناه في وقائع عدة، واستدركنا به على القانون إن في مذكرته التفسيرية وإن في تطبيقاته الواقعية.

(١) مجلة كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، كلية دار العلوم، العدد ٣١، ٢٠٠٤م.

٤. من أهم ما استدركه البحث هنا وانتهى إليه: أن اختيار القانون للأحفاد المذكورين وتخصيص الوصية الواجبة بهم دون غيرهم من الأقارب – لم يؤت به مما رآه ابن حزم الظاهري – خلافاً للمشهور من تلك وما ذكره شراح هذا القانون – وإنما جئ به مما رآه قتادة بن دعامة وطاوس بن كيسان وزيد بن أسلم من التابعين، وإحدى الروايتين عن أحمد بن حنبل، وقول للعمانيين في مذهب الإباضية.

وهذه الدراسة تتفق في نتائجها مع النتيجة رقم ١ و ٢ من نتائج الدراسة الثالثة، فالقول الذي بني عليه القانون من وجوب الوصية للأقارب غير الوارثين له أدلة تسنده، وقال به علماء معتبرون، إلا أنها تختلف معها في أن هذا القول مرجوح، ومخالف للأدلة الصحيحة وللإجماع، ومن اختاره من واضعي قانون الوصية الواجبة اعتمدوا على ما يحققه من مصلحة، وقد ناقشت هذه الدراسة اختلاف الآراء ورجحت مذهب الجمهور بالأدلة كما هو في الباب الأول من الدراسة، ونلاحظ أن الدراسة الثالثة تشير في نتيجتها رقم ٣ إلى ما نتج عن تطبيق قانون الوصية الواجبة من الحيف والجنف على حقوق بعض الورثة، وهو ما يتوافق مع ما توصلت إليه هذه الدراسة من تداخل في أحكام الوصية وأحكام الميراث، نشأ عنه اضطراب في الأحكام المقررة في مواد القانون، كما هو وارد في الباب الثاني من هذه الدراسة.

الباب الأول

الحكم بوجوب الوصية

الوصية لغة: من وصى الشيء يَصي وَصْيا أي اتصل، وَوَصَّاه غيره يصيه أي وصله فهو لازم ومتعد [١].

وشرعاً: تبرع بحق مضاف ولو تقديرا لما بعد الموت[٢]، ووجه المناسبة بين المعنين أن الموصي وصل خير دنياه بخير عقباه في آخرته [٣].

وسنتناول في هذا الباب دراسة مذاهب الفقهاء في حكم وجوب الوصية وأدلتهم؛ وذلك تمهيداً لدراسة مواد قانون الوصية الواجبة تفصيلاً في الباب الثاني، فيكون هذا الباب توطئة

(١) تاج العروس، مادة وصي ٤٠/٢٠٧.
(٢) أسنى المطالب ٣/٢٥.
(٣) حاشية قليوبي وعميرة ٣/١٥٧.

لمناقشة مواد القانون استناداً إلى ما تم ترجيحه من مذاهب الفقهاء. حيث إن القانون قد بني على القول الذاهب إلى وجوب الوصية للأقارب غير الوارثين، فلزم إفراد هذا القول بالمناقشة في هذا الباب.

ويحسن أن نقسم هذا الباب إلى الفصلين التاليين:

الفصل الأول: مذاهب الفقهاء وأدلتهم في وجوب الوصية.

الفصل الثاني: مناقشة أقوال العلماء في نسخ الحكم بوجوب الوصية.

الفصل الأول

مذاهب الفقهاء وأدلتهم في وجوب الوصية

اختلف الفقهاء في القول بوجوب الوصية على قولين:

القول الأول: أن الوصية واجبة على كل من ترك مالاً لقرابته الذين لا يرثون إما لكفر؛ وإما لأن هناك من يحجبهم عن الميراث؛ أو لأنهم لا يرثون فيوصي لهم بما طابت به نفسه ولا حد في ذلك، فإن لم يفعل أعطوا ما رآه الورثة أو الوصي إذ هو حق لهم وجب في ماله.

وأن وجوب الوصية الثابت بقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ (١). للوارثين من الأقارب منسوخ، وبقي حكم الوصية لمن لا يرث منهم على الندب، وذهب إلى هذا القول داود وابن حزم من الظاهرية(٢)، وهو قول أبي بكر عبد العزيز من الحنابلة (٣)، وقال به من علماء السلف ابن عباس في رواية عنه ومسلم بن يسار والعلاء بن زياد ومسروق وعطاء وسعيد بن جبير والربيع ومقاتل بن حبان وطاوس والضحاك(٤) -رضي الله عنهم-.

واستدل القائلون بهذا المذهب على وجوب الوصية بحديث ابن عمر -رضي الله عنهما- قال: قال رسول الله ﷺ: «ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده مكتوبة»، قال ابن عمر: « ما مرت عليّ ليلة مذ سمعت رسول الله ﷺ قال ذلك إلا وعندي

(١) سورة البقرة، آية ١٨٠.
(٢) المحلى ٨/ ٣٥٤، ٣٥٦.
(٣) المغني ٦/ ١٣٧.
(٤) أحكام القرآن للجصاص ١/ ٢٣٢، والمحلى ٨/ ٣٥٥ و ٣٢٦)

وصيتي» [1]، وسيأتي في القول الثاني ما رد به الجمهور الاستدلال بقوله: (ما حق) على الوجوب.

كما استدلوا لوجوب الوصية بحديث أبي هريرة ﷺ« أن رجلاً قال لرسول الله ﷺ: إن أبي مات ولم يوص، فهل يكفر عنه أن أتصدق عنه؟ قال ﷺ: نعم»[2]، فهذا إيجاب للوصية؛ لأن التكفير لا يكون إلا في ترك واجب؛ لأن تركه ذنب، فبين الحديث أن من ترك الوصية يحتاج إلى أن يكفر عنه بالصدقة؛ لأنه ترك واجباً [3].

ويجاب عن استدلال ابن حزم بهذا الحديث: بأن الحديث وارد في استحباب الصدقة عن الميت وأن ثوابها يصله وينتفع بها، ومعنى قوله في السؤال: «فهل يكفر عنه أن أتصدق عنه» أي هل تكفر صدقتي سيئاته، وقد حصل الإجماع على أنه لا يجب على الوارث أن يتصدق عن ميته صدقة تطوع، بل هي مستحبة [4].

واستدلوا في هذا السياق كذلك بحديث آخر يوجب الصدقة على من لم يوص من حديث عائشة –رضي الله عنها – أن رجلاً قال للنبي ﷺ: «إن أمي افتلتت نفسها وأنها لو تكلمت لتصدقت، أفأتصدق عنها يا رسول الله فقال: «نعم، فتصدق عنها» [5].

ويجاب على استدلال ابن حزم بهذا الحديث بأن الحديث ليس في الوصية، وإنما في الصدقة عن الميت مما هو من باب هبة الثواب، يدل على ذلك ما جاء في رواية أخرى أن الصدقة كانت من مال ابنها وليس من مال أمه حتى يكون وصية، يوضح ذلك ما رواه في الموطأ: «خرج سعد بن عبادة مع النبي ﷺ في بعض مغازيه، وحضرت أمه الوفاة بالمدينة، فقيل لها: أوصي، فقالت: فيم أوصي؟ المال مال سعد، فتوفيت قبل أن يقدم سعد»[6] فذكر الحديث، فتحمل رواية البخاري أنها لم تتكلم بالصدقة ولو تكلمت لتصدقت، أي فكيف أمضي ذلك؟ . قال ابن

(١) صحيح البخاري، كتاب الوصايا، رقم الحديث ٢٧٣٨.
(٢) صحيح مسلم، كتاب الوصية، باب وصول ثواب الصدقات إلى الميت، رقم الحديث ١٦٣٠.
(٣) المحلى ٨/٣٥٣.
(٤) المنهاج شرح صحيح مسلم ١١/٢٥٢.
(٥) صحيح البخاري، كتاب الوصايا، باب ما يستحب لمن توفي فجأة أن يتصدقوا عنه، رقم الحديث ٢٦٩٠. والموطأ، كتاب الأقضية، باب صدقة الحي عن الميت، رقم الحديث ٦٠٩.
(٦) موطأ الإمام مالك. كتاب الأقضية، باب صدقة الحي عن الميت، رقم الحديث ٦٠٧.

المنير: «لعل البخاري أراد بهذه الترجمة أن من مات فجأة فليستدرك ولده من أعمال البر ما أمكنه مما يقبل النيابة»[٥] ، وقال ابن حجر: «وفي حديث الباب من الفوائد: جواز الصدقة عن الميت، وإن ذلك ينفعه بوصول ثواب الصدقة إليه ولاسيما إن كان من الولد» [٧].

القول الثاني: أن الوصية لا تجب للأقارب غير الوارثين، بل هي مستحبة مندوب إليها. ولا تجب إلا على من كان عليه حقوق لله تعالى، أو حقوقاً للناس. وأن وجوب الوصية للوارثين ولغير الوارثين قد نسخ وبقي الحكم على الندب.

وذهب إلى هذا القول الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، وقال به من علماء السلف ابن عباس في رواية عنه، وابن عمر، وأبو موسى، وسعيد بن المسيب والحسن ومجاهد ومحمد بن سيرين وعكرمة وزيد بن أسلم والسدي وإبراهيم النخعي وشريح وابن زيد وقتادة – رضي الله عنهم – [٨].

ونرى أن من المفيد عرض كل مذهب منها على حدة عرضا مستقلاً مفصلاً بأدلته؛ لأن هناك تفاوتا في بعض الفروع بين هذه المذاهب.

أولاً: المذهب الحنفي:

ذهب الحنفية إلى أن الوصية غير واجبة وهي مستحبة[٩]؛ لأنها مشروعة للمكلفين لا عليهم، وما كان مشروعاً لهم لا يكون فرضاً ولا واجباً، بل يكون مندوباً، ودليل ذلك من الكتاب قوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾[١٠]. فقد شرع الميراث مرتباً على الوصية فدل على أنها جائزة، ودليله من السنة حديث أبي هريرة ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «إن الله أعطاكم ثلث أموالكم عند وفاتكم، زيادة في أعمالكم »[١١].

كما استدلوا بالسنة بحديث سعد بن أبي وقاص ﷺ أنه كان مريضاً فعاده النبي ﷺ فقال: يا رسول الله، أوصي بجميع مالي، فقال: «لا»، فقال: بثلثي مالي، قال: «لا»، قال: فبنصف مالي، قال: «لا»، قال: فبثلث مالي، فقال ﷺ: «الثلث، والثلث كثير، إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير

(٧) فتح الباري ٥ / ٣٨٩.
(٨) أحكام القرآن للجصاص ١/ ٢٣٢، المغني ٦/ ١٣٧.
(٩) فتح القدير ١٠/ ٤١٣.
(١٠) سورة النساء: آية ١١.
(١١) سنن البيهقي: كتاب الوصايا، باب الوصية بالثلث رقم الحديث ١٢٦٩٥.

من أن تدعهم عالة يتكففون الناس» [1].

وذهب الحنفية إلى أن الوصية لا تجب إلا على من عليه حق لله تعالى كالصلاة والزكاة والصوم والحج التي فرط فيها، أو من عليه حق للآدميين كوديعة ومال مغصوب.

ودليله من الإجماع ما نقله ابن عبد البر من إجماع على أن الوصية غير واجبة إلا على من عليه حق بغير بينة وأمانة بغير إشهاد[2]، ولا يرى الحنفية وجوب الوصية للأقارب غير الوارثين، لنسخ الحكم بوجوب الوصية للوالدين والأقربين في قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾[3].

ونص الحنفية على أن الأفضل ترك الوصية إذا كان مال الموصي قليلاً وورثته فقراء لقوله ﷺ: «إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس»، فيكون الأولى ترك الوصية. فإن كان ماله كثيراً وورثته فقراء فالأفضل أن يوصي بما دون الثلث ويترك المال لورثته؛ لأن غنى الورثة يحصل بما زاد على الثلث إذا كان المال كثيراً ولا يحصل عند قلته[4].

ثانياً: مذهب المالكية.

ذهب المالكية إلى أن الوصية لمن لا دين عليه ولا حق عنده ليست بواجبة، وإن كانت مندوبا إليها مع اليسار[5]، واستدلوا على ذلك من الكتاب بقوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَآ أَوْ دَيْنٍ﴾[6] فتقديمها على الميراث يدل على وجوب تنفيذها وصحتها، واستدلوا من السنة بالحديث: «ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده»[7]، فقوله: «ما حق» معناه أنه ليس حقه أن يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده مكتوبة، وحملوه على من يكون عليه ديون أو تباعة أو كفارة وزكاة فتجب عليه الوصية، فيكون اللفظ أظهر في الوجوب في هذه الأحوال، أما إذا لم يكن شيء من ذلك فيستحب له أن يوصي حملا لقوله في الحديث: «ما

(١) صحيح البخاري: كتاب الجنائز. رقم الحديث ١٢٩٦.
(٢) البناية ١٣/ ٣٨٨.
(٣) سورة البقرة آية: ١٨٠.
(٤) فتح القدير ١٠/ ٤١٥، والبناية ١٣/ ٣٨٨، وبدائع الصنائع ٧/ ٣٣٠ – ٣٣١.
(٥) المنتقى ٥/ ١٤٥.
(٦) سورة النساء آية ١١.
(٧) صحيح البخاري: كتاب الوصايا. رقم الحديث ٢٧٣٨.

حق أمرئ مسلم له شيء» على الندب؛ لأنه أضاف الحق إليه فيكون اللفظ أظهر في الندب بأن يوصي في وجوه القرب، ويدل على عدم وجوب الوصية قوله تعالى في آية الوصية ﴿بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾، والمعروف يختص بالمندوب، والواجب لا يقال فيه: إنه معروف، كما أنه يستوي فيه المتقي وغير المتقي[١]، والمشهور عند المالكية[٢]. عدم وجوب الوصية للأقارب غير الوارثين لنسخ الحكم بوجوبها في قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾[٣]

وعند المالكية يختلف حكم الوصية باختلاف الأحوال فتعرض لها الأحكام التكليفية الخمسة، فتكون واجبة في حقوق الله تعالى كالزكاة والكفارات فرط فيها أو لم يفرط، وحقوق الآدمي كالدين والوديعة إذا لم يشهد عليها وكذلك الغصوب والتعدي، وتكون مندوبة فيما كان قربة، ولا يضر الوارث لكثرة المال ويظن فيها من الثواب أكثر من ثواب الترك، ومن أحوال استحبابها أن يكون الموصى له معسراً، ويستحب تقديم القريب على الأجنبي؛ لأنها وصية وصدقة[٤]، وتكون مكروهة إذا كان الثواب في تركها أكثر فيكون أولى؛ كأن يكون مال الوصية قليلاً. وتكون مباحة إذا كانت في مباح، واستوى الإيصاء والترك، ولم تتعلق بها طاعة ولا معصية كالبيع والشراء، وكان الموصي موسراً[٥].

ثالثاً: المذهب الشافعي:

ذهب الشافعية إلى أن الوصية من حيث ذاتها مندوبة: دل على ذلك الكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب، فقوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَآ أَوْ دَيْنٍ﴾[٦].

وأما السنة فقوله ﷺ: «ما حق أمرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده»[٧]، والمعنى أي ما الجزم أو ما المعروف من الأخلاق إلا هذا، فدل ذلك على أنها

(١) المنتقى ٥/ ١٥٤ – ١٥٥.
(٢) الذخيرة ٦/ ٣.
(٣) سورة البقرة آية: ١٨٠.
(٤) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٤/ ٥٧٩
(٥) الذخيرة ٦/ ٦. والمنتقي ٦/ ١٤٥ – ١٤٦. والمقدمات الممهدات ٣/ ١١٨ – ١١٩.
(٦) سورة النساء: آية ١١.
(٧) صحيح البخاري: كتاب الوصايا، رقم الحديث ٢٧٤٨.

مندوبة، وانعقد الإجماع على أنه سنة مؤكدة[١]، وتجب الوصية على من كانت عليه ديون وحقوق لا يوصل إلى أربابها إلا بالوصية[٢].

وتكون الوصية غير جائزة، كما في الوصية لوارث للحديث: «إن الله تعالى أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث» [٣]، وتكون الوصية جائزة وغير واجبة كالوصية للأجانب، وكذلك الوصية للأقارب، وقد ذهب الشافعية إلى أن الحكم بوجوب الوصية منسوخ وهو الوارد في قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ﴾[٤]، فقد نسخ وجوبها وبقي استحبابها في الثلث فأقل لغير الوارث [٥].

رابعاً: المذهب الحنبلي:

ذهب الحنابلة في المذهب إلى أن الوصية مستحبة بالثلث[٦]، دل على ذلك الكتاب والسنة والإجماع أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ﴾. وقد نسخ الوجوب وهو المنع من الترك، وبقي رجحان الفعل على الترك، وهو الاستحباب؛ لحديث ابن عمر مرفوعاً: قال رسول الله ﷺ إن الله يقول: «يا ابن آدم اثنتان لم تكن لك واحدة منهما: جعلت لك نصيباً من مالك حين أخذت بكظمك لأطهرك به ولأزكيك بصلاة عبادي عليك بعد انقضاء أجلك» [٧].

وأما السنة فقوله ﷺ: «إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم؛ ليجعلها لكم زكاة أعمالكم»[٨]، فهي من البر والمعروف. وأجمع العلماء في جميع الأمصار والأعصار على جواز الوصية[٩].

ولا تجب الوصية إلا على من عليه دين أو عنده وديعة أو عليه واجب يوصي بالخروج

(١) أسنى المطالب ٣/ ٢٩.
(٢) مغني المحتاج ٤/ ٦٦.
(٣) سنن البيهقي الكبرى: كتاب الفرائض الحديث رقم ١١٨٧٨.
(٤) سورة البقرة، آية: ١٨٠.
(٥) حاشية قليوبي وعميرة ٣/ ١٥٧. الحاوي الكبير ١٠/ ٥، ٧، ٨، ٩.
(٦) الإنصاف ٧/ ١٨٩.
(٧) سنن الدارقطني: كتاب الوصايا رقم الحديث ٤٢١٠.
(٨) سنن ابن ماجه: كتاب الوصايا رقم الحديث ٢٧٠٩.
(٩) المغني ٦/ ١٣٧.

منه[١]، كما أن الوصية لا تجب لأحد من الأقارب أو غيرهم وإنما تستحب في المذهب. وفي قول عن الإمام أحمد: إنها تجب للقريب غير الوريث، وتكره الوصية لمن لم يترك مالاً كثيراً، وتكره الوصية للفقير مطلقاً فيكره له أو يوصي بشيء، كما تكره الوصية إذا كان ورثة الموصي محتاجين [٢].

الفصل الثاني

مناقشة الخلاف في نسخ الحكم بوجوب الوصية

إن من المستندات الشرعية التي اعتمد عليها قانون الوصية الواجبة: هو أن الوصية للأقارب غير الوارثين واجبة، وأن وجوبها لم ينسخ فهو حكم ثابت؛ ولهذا كان من المفيد إفراد هذا المبحث بفصل مستقل؛ لنتمكن من استقصاء أقوال الفقهاء والمفسرين حوله، والوصول إلى القول الراجح منها.

ويدور البحث في هذا الفصل حول الخلاف في نسخ الحكم بوجوب الوصية الوارد في قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [٣]، وذلك من حيث: الخلاف بين القائلين بوجوب الوصية هل نسخ هذا الوجوب أم لا؟ وما الذي نسخ منه؟ ومن حيث: ما هو الناسخ لحكم هذه الآية.

والخلاف فيها على أربعة أقوال: الأول: أن الوصية مندوب إليها ولم تكن واجبة، والثاني: أنها كانت واجبة، ثم نسخ الوجوب في حق الوارث وغير الوارث وبقي الاستحباب في حق غير الوارث، والثالث: أنها كانت واجبة ونسخ الوجوب في حق الوارثين وبقي الوجوب في حق غير الوارثين الأقربين، والرابع: هي واجبة ولم تنسخ فتجب الوصية على كل ميت.

أما القول الأول:

فقد ذكره الجصاص في أحكام القرآن [٤]دون أن ينسبه لأحد واستدل له بأن الآية في سياقها وفحواها تدل على نفي الوجوب، وذلك في قوله: ﴿الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾، فإن المعروف لا يقتضي الإيجاب، كما أن الإيجاب لا يخصص

(١) كشاف القناع ٤/ ٣٣٨.
(٢) الإنصاف ٧/ ١٩١ – ١٩٢. كشاف القناع ٤/ ٣٣٨. مطالب أولى النهى ٤/ ٤٤٧.
(٣) سورة البقرة، آية: ١٨٠.
(٤) أحكام القرآن للجصاص ١/ ٢٣٢.

بالمتقين، ومقتضى هذا القول أن الآية محكمة غير منسوخة، وأن الوصية لم تكن واجبة، بل هي دالة على أن الوصية في أصلها مندوبة ولم يتطرق إليها نسخ. ورد القائلون بأنها كانت واجبة ثم نسخت، بأن إيجابها بالمعروف لا ينفي وجوبها؛ لأن المعروف هو العدل الذي لا شطط فيه ولا تقصير، فذكر المعروف لا ينفي الوجوب، بل يؤكده، كما جاء في قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[1]، ولا خلاف في وجوب هذا الرزق والكسوة. وكذلك قوله: ﴿حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾ هو تأكيد لوجوبها؛ لأن تقوى الله فرض، قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ﴾[2]، فلما جعل تنفيذ الوصية من شرائط التقوى فقد أبان عن إيجابها.

وفي مقابل القول الأول الذاهب إلى أن الوصية كانت مندوبة ولم يلحقها نسخ، فقد اتفقت الأقوال الأخرى على القول بأن الوصية كانت واجبة، وإنما وقع الخلاف بينها في نسخ الوجوب وما الذي نسخ منه وما هو الناسخ له على النحو التالي.

أما القول الثاني:

فقد ذهب قائلوه إلى أن الوصية كانت واجبة للوارثين وللأقارب غير الوارثين، وقد نسخ الوجوب في حق الوارثين وغير الوارثين، وأصبحت الوصية مندوبة. وهو القول الذي اتفق عليه الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة وتقدم تفصيل هذه المذاهب بأدلتها في الفصل الأول.

وقال بهذا القول من علماء السلف من الصحابة والتابعين ابن عباس في رواية عنه، وابن عمر وأبو موسى وسعيد بن المسيب والحسن ومجاهد ومحمد بن سرين وعكرمة وزيد بن أسلم والسدى وإبراهيم النخعي وشريح وابن زيد وقتادة – رضي الله عنهم –[3].

ونفصل هنا وجه استدلالهم بالآية الكريمة على ما ذهبوا إليه. فقد دلت الآية على أن الوصية كانت واجبة بقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ﴾، ومعناه فرض عليكم، ويؤكده قوله تعالى ﴿بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾. وتقدم أن من قال بأن الوصية كانت في أصلها

(١) سورة البقرة، آية: ٢٣٣.
(٢) سورة آل عمران، آية: ١٠٢.
(٣) المنتقى ٦/١٤٥، ١٤٦.

مندوبة، استدل بقوله تعالى: ﴿بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾ على الندب.

وقد وقع الخلاف في دلالة هذا الجزء من الآية بين من حمله على الوجوب وبين من حمله على الندب، إلا أن من ذهب إلى أن الوصية كانت في أصلها واجبة ثم نسخ الوجوب إلى الندب، رجحوا الدلالة على الندب بأن قوله: ﴿حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾ في الآية يعني ثابتاً ثبوت نظر وتخصيص، لا ثبوت فرض ووجوب[١]. كما استدلوا على الندب بما ورد من أحاديث تدل على الندب والاستحباب وتقدم بيانها عند عرض مذاهب الفقهاء في الفصل الأول.

القول الثالث:

أن آية الوصية منسوخة، والذي نسخ منها هو وجوب الوصية للأقارب الوارثين، وبقي وجوب الوصية ثابت في حق الأقارب غير الوارثين. وذهب إلى هذا القول ابن عباس في رواية عنه، ومسلم بن يسار والعلاء بن زياد ومسروق وعطاء، وسعيد بن جبير والربيع ومقاتل ابن حبان وطاوس والضحاك. وقال به أحمد بن حنبل في رواية عنه[٢]، وهو قول ابن حزم من الظاهرية[٣].

القول الرابع:

أن الوصية واجبة لم ينسخ وجوبها، فتجب الوصية على كل ميت، ونسب هذا القول للزهري وأبي مجلز وأشار ابن قدامة إلى شذوذ هذا القول[٤].

ووقع خلاف بين القائلين بنسخ الوجوب، وهما القول الثاني والثالث فيما نسخ به حكم وجوب الوصية على ثلاثة أقوال:

أما القول الأول:

فذهب إلى أن الناسخ هو آيات المواريث؛ لأنها نزلت بعد آية الوصية[٥].. ومنها قوله تعالى: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌ ۚ فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ

(١) أحكام القرآن لابن العربي ١/ ١٠٠، الذخيرة ٦/ ٣.
(٢) أحكام القرآن للجصاص ١/ ٢٣٢. والمغني ٦/ ١٣٧.
(٣) المحلى ٨/ ٣٨٩.
(٤) المغني ٦/ ١٣٧. أحكام القرآن للجصاص ١/ ٢٣٢.
(٥) تفسير ابن كثير ١/ ٣٠٢، تفسير ابن عطيه ٢/ ٩٥.

ٱلثُّلُثُۚ فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخۡوَةٞ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ﴾ (١)، وقوله تعالى: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٞ مِّمَّا تَرَكَ ٱلۡوَٰلِدَانِ وَٱلۡأَقۡرَبُونَ﴾(٢)، ووجه النسخ بهذه الآيات أن الإيجاب في آية الوصية كان بسبب أنهم كانوا يتوارثون بها، فلما قسم الله المواريث نسخ وجوب الوصية في حق الورثة؛ لكونهم ورثة فبقيت في حق غيرهم جائزة(٣). ودلت السنة كما تقدم على عدم جوازها للورثة، وعلى أنها مندوبة لغيرهم.

ونسخ وجوب الوصية في قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيۡكُمۡ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلۡمَوۡتُ إِن تَرَكَ خَيۡرًا ٱلۡوَصِيَّةُ لِلۡوَٰلِدَيۡنِ وَٱلۡأَقۡرَبِينَ﴾(٤) بآيات المواريث هو نسخ بطريق الحوالة، كما نسخت القبلة من بيت المقدس إلى الكعبة، فلم ينسخ أصل التوجه إلى القبلة، وإنما نسخت جهتها يوضح ذلك ما ذكره السرخسي وننقله بنصه:

«وَالثَّانِي نَسْخٌ بِطَرِيقِ الْحَوَالَةِ وَهُوَ أَنَّ تَحَوُّلَ الْحُكْمِ مِنْ مَحِلٍّ إلَى مَحِلٍّ آخَرَ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَنْتَهِيَ بِالْكُلِّيَّةِ كَنَسْخِ الْقِبْلَةِ مِنْ بَيْتِ الْمَقْدِسِ إلَى الْكَعْبَةِ، فَإِنَّ أَصْلَ فَرْضِ التَّوَجُّهِ إلَى الْقِبْلَةِ لَمْ يَسْقُطْ بِهِ وَلَكِنْ حُوِّلَ مِنْ بَيْتِ الْمَقْدِسِ إلَى الْكَعْبَةِ، وَكَنَسْخِ الْأَمْرِ بِذَبْحِ الْوَلَدِ إلَى الشَّاةِ عِنْدَ أَكْثَرِ الْأُصُولِيِّينَ وَهَذَا النَّسْخُ أَيْ نَسْخُ الْوَصِيَّةِ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ مِنْ النَّوْعِ الثَّانِي.

وَبَيَانُهُ أَيْ بَيَانُ كَوْنِهِ نَسْخًا بِطَرِيقِ التَّحْوِيلِ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى فَوَّضَ الْإِيصَاءَ فِي الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ إلَى الْعِبَادِ بِشَرْطِ أَنْ يُرَاعُوا الْحُدُودَ وَبَيَّنُوا حِصَّةَ كُلِّ قَرِيبٍ بِحَسَبِ قَرَابَتِهِ وَإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ بِالْمَعْرُوفِ ثُمَّ لَمَّا كَانَ الْمُوصِي لَا يُحْسِنُ التَّدْبِيرَ فِي مِقْدَارِ مَا يُوصِي لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِجَهْلِهِ وَرُبَّمَا كَانَ يَقْصِدُ إلَى الْمُضَارَّةِ فِي ذَلِكَ تَوَلَّى اللَّهُ تَعَالَى بِنَفْسِهِ بَيَانَ ذَلِكَ الْحَقِّ عَلَى وَجْهٍ يُتَيَقَّنُ بِهِ بِأَنَّهُ هُوَ الصَّوَابُ وَأَنَّ فِيهِ الْحِكْمَةَ الْبَالِغَةَ وَقَصَرَهُ عَلَى حُدُودٍ لَازِمَةٍ لَا يُمْكِنُ تَغْيِيرُهَا نَحْوُ السُّدُسِ وَالثُّلُثِ وَالثُّمُنِ وَغَيْرِهَا تَغَيُّرًا بِهَا الْحَقُّ أَيْ تَحَوَّلَ مِنْ جِهَةِ الْإِيصَاءِ إلَى الْمِيرَاثِ وَقَوْلُهُ فَتَحَوَّلَ تَفْسِيرُ التَّغْيِيرِ وَإِلَى هَذَا أَيْ إلَى مَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ نَسْخٌ بِطَرِيقِ التَّحْوِيلِ أَشَارَ اللَّهُ تَعَالَى بِقَوْلِهِ ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡ﴾(٥) حَيْثُ أَطْلَقَ لَفْظَ الْإِيصَاءِ أَيْ الْإِيصَاءُ الَّذِي

(١) سورة النساء، آية: ١١.
(٢) سورة النساء، آية: ٧.
(٣) الأم ٤/ ١٣، ١. الذخيرة ٦/ ٣.
(٤) سورة البقرة، آية: ١٨٠.
(٥) سورة النساء، آية: ١١.

فُوِّضَ إِلَيْكُمْ تَوَلاَّهُ بِنَفْسِهِ إِذْ عَجَزْتُمْ عَنْ مَقَادِيرِهِ لِجَهْلِكُمْ»[١].

أما القول الثاني:

فهو أن الناسخ هو قوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾[٢] الوارد في سياق آية المواريث، ووجه اعتبارها ناسخة للوجوب في آية الوصية هو ما ذكره الجصاص وننقله بنصه:

«والذي أوجب نسخ الوصية عندنا للوالدين والأقربين قوله تعالى في سياق آية المواريث: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾[٣]، فأجازها مطلقة ولم يقصرها على الأقربين دون غيرهم، وفي ذلك إيجاب نسخها للوالدين والأقربين؛ لأن الوصية لهم قد كانت فرضا، وفي هذه إجازة تركها لهم والوصية لغيرهم، وجعل ما بقي ميراثا للورثة على سهام مواريثهم، وليس يجوز ذلك إلا وقد نسخ تلك الوصية.

فإن قيل: يحتمل أن يريد بهذه الوصية المذكورة في آية المواريث، وإيجاب المواريث بعدها الوصية الواجبة للوالدين والأقربين، فيكون حكمها ثابتاً لمن لا يرث منهم، قيل له: هذا غلط من قبل أنه أطلق الوصية في هذا الموضع بلفظ منكور يقتضي شيوعها في الجنس، إذ كان ذلك حكم النكرات، والوصية المذكورة للوالدين والأقربين لفظها لفظ المعرفة، فغير جائز صرفها إليها؛ إذ لو أرادها لقال: «من بعد الوصية» حتى يرجع الكلام إلى المعرف المعهود من الوصية التي قد علمت، كما قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء فَاجْلِدُوهُمْ﴾ [٤] وقال في آية أخرى لما أراد الشهداء المذكورين: ﴿فإذا لم يأتوا بالشهداء﴾[٥]، فعرفهم بالألف واللام، إذ كان المراد أولئك الشهداء.

فلما أطلق الوصية في آية المواريث بلفظ منكور ثبت أنه لم يرد بها الوصية المذكورة للوالدين والأقربين، وأنها مطلقة جائزة لسائر الناس إلا ما خصته السنة أو الاجماع من الوصية للوارث أو للقاتل ونحوهما، وفي ثبوت ذلك نسخ الوصية للوالدين والأقربين»[٦].

(١) كشف الأسرار ٣/ ١٨٠.
(٢) سورة النساء، آية: ١٢.
(٣) سورة النساء، آية: ١٢.
(٤) سورة النور، آية: ٤.
(٥) سورة النور، آية: ١٣.
(٦) أحكام القرآن، للجصاص ١/ ٢٣٣.

ويتفق الباجي مع الجصاص في أن الناسخ هو قوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ﴾ فهو يرى أن النسخ هنا هو من قبيل نسخ الخاص بالعام. والخاص هو ما ذكر في آية الوصية من الوصية للوالدين والأقربين، والعام هو قوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ﴾؛ لأنه يقتضي جواز وصية لمن كان من الناس ويجعل الباقي للورثة، فلا يبقى للوالدين والأقربين وصية، فدل ذلك على نسخ إيجاب الوصية للوالدين وارثين كانوا أو غير وارثين[1].

أما القول الثالث:

فهو أن الناسخ هو حديث أبي امامة الباهلي، يقول سمعت رسول الله ﷺ في خطبة الوداع يقول: «إن الله أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث» [2].

وهذه الحديث مشهور وتلقته العلماء بالقبول، وهو متواتر لا من حيث الرواية، وإنما من حيث ظهور العمل به قرنا فقرنا، من غير ظهور المنع والنكير عليهم في العمل به، ومثله يوجب العمل به قطعاً[3]، ومع خلاف الفقهاء في نسخ القرآن بالسنة، إلا أنهم متفقون على صحته بالحديث المتواتر[4]، وروى هذا الحديث كذلك بلفظ مختصر عمر بن خارجة ﷺ عن الرسول ﷺ قال: «لا وصية لوارث»[5].

ووجه النسخ في هذا الحديث أنه نافى بين الوصية والفرض، وأن الحديث يرجح النسخ بآية المواريث لاحتمال أن تكون المواريث ناسخة للوصية، واحتمال أن تكون ثابتة معها. فقوله ﷺ: «لا وصية لوارث» يرجح نسخ وجوب الوصية للورثة ولغيرهم، ومن حيث المعنى

(١) الفصول ٢/ ٣٦٣ و ٣٥٨.

(٢) سنن أبي داود: كتاب الوصايا ورقم الحديث ٢٧٨٠، سنن ابن ماجه: كتاب الوصايا رقم الحديث ٢٧١٣، سنن البيهقي: كتاب الفرائض رقم الحديث ١١٨٧٨. جامع الترمذي: أبواب الوصايا، باب ما جاء لا وصية لوارث رقم الحديث ٢١٢١. مصنف عبد الرزاق: كتاب الزكاة، باب صدقة المرأة بغير إذن زوجها رقم الحديث ٧٢٧٧، المصنف لابن أبي شيبة كتاب الوصايا، باب ما جاء في الوصية لوارث رقم الحديث ٣١٣٥٩. وحسن إسناده شيخنا العلامة محمد عوامة في تحقيقه لمصنف ابن أبي شيبة ١٦/ ١٤١.

(٣) بدائع الصنائع ٧/ ٣٣١، الذخيرة ٦/ ٣، الأم ٤/ ١٠٤. كشف الأسرار ٣/ ١٧٩.

(٤) البناية ١٣/ ٣٨٨.

(٥) سنن ابن ماجه: كتاب الوصايا رقم الحديث ٢٧١٤، والمصنف لابن أبي شيبة: كتاب الوصايا رقم الحديث ٣١٣٦٠. وصححه بطرقه شيخنا العلامة محمد عوامة في تحقيقه لمصنف ابن أبي شيبة ١٦/ ١٤١.

فإن قوله ﷺ: «إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث» أراد به أن يبين أنه وإن حرم حظه من الوصية فإنه قد أعطي من الميراث، فلم يخله في الحالين قبل نسخ الوصية وبعدها من حظ في مال الميت(١).

الخلاصة:

مما تقدم في هذا الباب بفصليه يظهر رجحان ما ذهب إليه الجمهور من أن الوصية مندوب إليها ومستحبة للأقارب غير الوارثين، وأنها لا تجب إلا على من عليه حقوق لله أو للعباد لا بينة عليها إلا بالوصية. وأن الحكم بوجوب الوصية منسوخ، سواء للأقارب الوارثين أو غير الوارثين. وذلك لما أسند لهذا القول من أدلة من الكتاب والسنة والإجماع، ولما اعترى القول بوجوب الوصية من إيرادات تجعله مرجوحاً كما تقدم من ردود الجمهور عليه، ونحيل في إثبات نسخ القول بالوجوب على ما نقلناه نصا من كلام السرخسي و الجصاص وما ورد من قول الشافعي والباجي . ومما لا ينبغي إغفاله الإجماع على أن الوصية لا تجب إلا على من حق بغير بينة وأمانة بغير إشهاد .

الباب الثاني
مناقشة المبادئ والأحكام
التي بني عليها قانون الوصية الواجبة

تمهيدا لمناقشة المبادئ التي بني عليها قانون الوصية الواجبة، نلخص ما تم التوصل إليه في الباب الأول؛ ليكون توطئة لمناقشة هذه المبادئ:

١. إن الوصية لا تجب شرعاً إلا إذا كان على الموصي حقوقاً لله سبحانه كالزكاة والكفارات والنذور والودائع، أو كانت حقوقاً للناس كالديون والنفقات والديات، وليس عليها بينة فلا تعرف هذه الحقوق إلا من جهة الموصي، وقد نقل الإجماع على ذلك.
٢. الوصية في غير ما تقدم كأوجه الخير والبر والصلة هي مندوبة أو مستحبة، سواء أكانت لأشخاص معينين من الأقارب غير الوارثين أو من غير الأقارب، أو كانت لجهة من جهات الخير لا يعين فيها أشخاص بأعيانهم، كالوصية للفقراء أو الأيتام أو لطلبة العلم ونحوهم.
٣. الوصية للأقارب الوارثين لا تصح ولا تنفذ إلا بإجازة الأقارب الوارثين.

(١) الفصول ٢/ ٣٦١، والذخيرة ٦/ ٣، والأم ٤/ ١٠٤.

٤. قوله سبحانه وتعالى في الآية الكريمة: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾[1]، هي مما اختلف فيها الفقهاء في أمرين:

الأول: دلالتها على وجوب الوصية أو استحبابها.

الثاني: كونها منسوخة أو محكمة.

ووقع الخلاف بين من قال بنسخها فيما هو الناسخ لها: فمنهم من قال الناسخ لها آيات المواريث، ومنهم من قال هو قوله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾[2]، ومنهم من قال هو قوله ﷺ: «إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث». وقد رجح البحث دلالة الآية على استحباب الوصية لا وجوبها، كما رجح نسخ دلالة الآية على الوجوب وبقاء دلالتها على الاستحباب في الثلث فأقل لغير الوارث. وما رجحه البحث هو ما اتفق عليه الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، و يرجع في تفصيل هذه النتائج وأدلتها إلى الباب الأول بفصليه من هذا البحث.

وبناءً على هذه النتائج الأربعة، يمكن أن نشرع في مناقشة المبادئ والأحكام التي اعتمد عليها قانون الوصية الواجبة، ويحسن أن نقسم هذا الباب إلى قسمين نناقش كل قسم منها في فصل مستقل.

الفصل الأول: مناقشة المبادئ العامة. كما وردت في مذكرة القانون الإيضاحية.

الفصل الثاني: مناقشة الأحكام التفصيلية، كما وردت في مواد القانون ومذكرته الإيضاحية.

الفصل الأول
مناقشة المبادئ العامة

اعتمد القانون على جملة من المبادئ العامة نلخصها فيما يلي:

١. الوصية للأقارب غير الوارثين واجبة، ووجوب الوصية لهم حكم محكم غير منسوخ[3].

(١) سورة البقرة، آية: ١٨٠.

(٢) سورة النساء، آية: ١٢.

(٣) تراجع المذكرة الإيضاحية في المرفق، الفقرة (ب) ص ٢٥، والفقرتين (ج) و (د) ص ٢٦.

٢. إن في الأخذ بالقول بوجوب الوصية المنقول عن بعض الفقهاء تحقيقاً للمصلحة، وهي التي ذكرتها المذكرة الإيضاحية لقانون الوصية، من رفع الحرمان عن الأحفاد من ميراث والدهم أو والدتهم المتوفين قبل جدهم، بأن يعطوا من ميراث جدهم وصية واجبة بمقدار حصصهم مما كانوا سيرثونه من والدهم أو والدتهم لو كانوا أحياء عند موت الجد وذلك بما لا يتجاوز الثلث، وفي هذا إعانة لهم بعد فقد الكاسب المنفق عليهم، وإبقاء لحسن الصلات بين الأسر، وتفصيل ذلك ورد في المذكرة الإيضاحية[١].

٣. يجوز للقضاء إنشاء وصية في مال الميت إذا لم ينشئها حال حياته، فيقوم القاضي مقامه بإعطاء جزء من تركته لغير الوارثين من أولاد أولاده [٢].

٤. إيجاب الوصية بالقانون على الأجداد لأولاد أولادهم يعزز العرف الاجتماعي الذي كان يحملهم على هذه الوصية، فإن لم يفعلوا حتى عاجلتهم المنية، كانت هذه الوصية واجبة بحكم القانون[٣].

ومن الواضح ما بين هذه المبادئ من تداخل، فهي تمثل الأساس الفقهي التشريعي لإعطاء القانون حق إنشاء الوصية للأحفاد، وترجيح أقوال العلماء القائلين بوجوبها تحقيقاً للمصلحة وتعزيزاً للعرف، ومراعاة لهذا التداخل، وتجنباً للتكرار والإطالة فسنناقش هذه المبادئ جملة واحدة، دون إفراد كل مبدأ منها بالمناقشة على حدة.

فأول هذه المبادئ التي اعتمد عليها القانون هو أن الوصية للأقارب غير الوارثين واجبة شرعاً، فإذا لم يلتزم بإنشائها من وجبت عليه، كان للقانون أن يلزم بها، ويقوم القاضي مقام من لم يوص بإعطاء جزء من تركته على سبيل الوصية لأحفاده، ولقد سبق في الباب الأول مناقشة حكم الوصية، وانتهى البحث فيها إلى أنها لا تجب إلا إذا تعلق حق لله أو للناس في ذمة الإنسان، فلا حاجة إلى إعادة الكلام في حكم الوصية هنا.

أما ما رتبه القانون على هذا المبدأ الذي قرره من وجوب الوصية، وهو وجوب الإلزام بها وأن يقوم القانون والقضاء مقام صاحب المال بإنشاء وصية في تركته بعد وفاته، فهو

(١) يراجع في المرفق الفقرة (أ) ص ٢٥، والفقرة (ب) ص ٢٥، والفقرة (ج) و (د) ص ٢٦.
(٢) تراجع الفقرة (د) من المذكرة الايضاحية في المرفق ص ٢٦.
(٣) تراجع الفقرة (أ) من المذكرة الإيضاحية في المرفق ص ٢٥.

مناقض لأصل ثابت نص عليه الفقهاء في قواعدهم الفقهية من أن « الولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة» [1]، وبعبارة أخرى «الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة[2]، وبنى الفقهاء على هذه القاعدة فروعاً فقهية منها:

أن القاضي لا يتصرف مع حضور الولي الخاص وأهليته، فلا يزوج اليتيم واليتيمة إلا عند عدم وليهما في النكاح، وأن للولي الخاص استيفاء القصاص والعفو على الدية ومجاناً وليس للإمام العفو مجاناً، والقاضي لا يملك التصرف في مال اليتيم مع وجود وصيه أو منصوبه، كما لا يملك التصرف في الوقف مع وجود متوليه ولو كان منصوبه.

وبناء على ما تقدم فإن ولاية الموصي على أمواله هي ولاية خاصة، وولاية القاضي هي ولاية عامة، وهذه الولاية الخاصة للموصي يكتسبها شرعاً إذا استوفى شروط أهلية التصرف في أمواله، ومنها المال الذي يوصي به، بأن يكون عاقلاً بالغا رشيداً، فيكون له ولاية إنشاء الوصية حال حياته، وله أن يكسب الوصي التصرف فيما يوصي به بعد مماته، ونقل هذا التصرف بالوصية إلى الوصي متردد بين مرتبتين، فإن الوصية باعتبارها تفويضاً فهي تشبه الوكالة، وباعتبار أن الوصية إنما أجيزت للحاجة لشفقة الموصي على أولاده، وعلمه بمن هو أشفق عليهم بعد مماته فتشبه الولاية[3].

فولاية الموصي في الوصية ولاية خاصة ثبتت له؛ لكونه مالكاً للمال ملكاً صحيحاً مع كمال أهليته في التصرف فيه، فلا يكون للقضاء أية ولاية على هذا المال أو هذا التصرف، وبنى جمهور الفقهاء على ذلك أن الوصية سواء كانت مندوبة أو واجبة في بعض الأحوال هي أمر ديني، فإن أوصى الموصي خرج من العهدة وإن تركها أثم، ولا مدخل للقضاء فيها.

ولقد روعيت ولاية الموصي في الوصية فشرعت لمصلحته استثناء من الأصل، فإن الوصية هي تمليك مضاف لما بعد الموت، والموت يزيل الملك، فتقع الإضافة إلى زمان زوال الملك فلا يصح وقوعه تمليكاً، ولكنه أجيز استحساناً بالأدلة المثبتة للوصية، وفي هذا مراعاة لمصلحة مالك المال في انتفاعه به فلم تشرع له الوصية حال حياته لحقه ومنفعته بأن ينشأ

(١) حاشية الجمل على شرح المنهج ١/ ٤٥٥.
(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ١/ ١٥٤، غمز عيون البصائر ١/ ٤٥٥، المنثور في القواعد ٣/ ٣٤٥.
(٣) الأشباه والنظائر ١/ ١٥٥.

الوصية فتدخل في ملك الموصي، فلما مات لم تبق له منفعة في ماله غير ما يوصي به، فكانت مصلحته في إجازة الوصية[١].

وتقديم ولاية الموصي الخاصة على ولاية القاضي العامة في إنشاء الوصية، لا يختلف سواء على القول بأن الوصية مندوبة وهو ما رجحه البحث، أو على القول بأنها واجبة؛ لأنها على القول بأنها مندوبة لا ولاية للقضاء أصلاً في الالزام بالمندوبات؛ لغلبة معنى التعبد في الوصية؛ ولعدم تعلق حق للغير فيها، وعلى القول بوجوبها تكون ولاية القضاء فيها قاصرة على تنفيذها في حال ما إذا أنشأها الموصي حال حياته، ولكن لا ولاية للقضاء في إنشائها ابتداء.

أما فيما يتعلق بالمسوغ الذي بني عليه القانون العمل بقول من ذهب من الفقهاء بأن الوصية واجبة، لما فيه من ترجيح مصلحة الأحفاد عند فقدهم معيلهم، بأن يكون لهم فيما سيأخذونه من وصية واجبة عوناً لهم في حياتهم وإعالة لهم في فقرهم، ولما في ذلك من المحافظة على الترابط الأسري. فنرى أن هذا لا يحقق المصلحة التي يقصدها القانون؛ لأن مؤدّاه أن يبقى الأحفاد في الفقر إلى وفاة جدهم حتى ترفع عنهم هذه الحاجة؛ ولذلك اشترط القانون للاستحقاق ألا يكون الجد قد أعطى أحفاده بغير عوض عن طريق آخر كالهبة أو الوقف ما يساوي الوصية الواجبة، فإن أعطاهم ذلك فلا وصية لهم، وإن أعطاهم أقل منها وجبت لهم وصية بما يكمل المقدار الواجب[٢]، والإعطاء هبة أو وقفاً لا إلزام فيه؛ لأنه من قبيل البر والإحسان وإن جرى به العرف، فلا يتحقق به المقصود.

ونرى أن الذي يحقق هذه المصلحة هو إلزام الجد بالإنفاق على أحفاده الفقراء إعمالاً للمادة (٢٠٠) من قانون الأحوال الشخصية[٣]، ونصها: «لا نفقة للأقارب سوى الأصول وإن علوا والفروع وإن نزلوا»، وقد أخذ القانون في القرابة الواجبة للنفقة بمذهب الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة[٤]، وأبناء الابن أو البنت هم من الفروع وإن نزلوا، والتزامه بالإنفاق عليهم لا يمنع من أن يوصي لهم وصية بعد موته؛ لأنهم من غير الوارثين، فتصح

(١) بدائع الصنائع ٧/ ٣٣٠، المنتقى ٦/ ١٥٤.
(٢) تراجع الفقرة (هـ) من المذكرة الإيضاحية ص ٢٧.
(٣) قانون الأحوال الشخصية الكويتي ١٩٨٤.
(٤) بدائع الصنائع ٤/ ٢٥. مغني المحتاج ٣/ ٤٤٦. الانصاف ٩/ ٣٩٢.

الوصية لهم سواء على القول بأن الوصية واجبة أو أنها مندوبة.

وبإعمال هذا الحكم تنتفي معه الحاجة إلى إيجاب الوصية على النحو الوارد في القانون؛ لأن الجد إذا كان قد أنفق على أحفاده فيكون قد أعطاهم من ماله حال حياته بدون عوض، وبهذا يفقد الأحفاد أحد شرطي استحقاق الوصية الواجبة وفقاً للقانون؛ ولأنه إذا التزم بالإنفاق عليهم بعد وفاة والدهم ومعيلهم فلا يبقي المسوغ الذي بني عليه القانون المصلحة في الالزام بالوصية قائماً لانتفاء الفقر والحاجة عن الأحفاد.

فإذا كان الجد ملزماً بالإنفاق على أحفاده، فإن النفقة على أحفاده تصبح ديناً عليه في حال تقصيره أو امتناعه من الإنفاق عليهم. ولا تسقط هذه النفقة إذا اعتبرت ديناً بحكم القضاء وهو ما ذهب إليه المالكية والشافعية[1]، وقد أخذ به قانون الأحوال الشخصية الكويتي في المادة (٢٠٥) ونصها: «تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى، أو التراضي عليها، وتعتبر ديناً في ذمة من وجبت عليه، ولا يسقط إلا بالإبراء». وإذا صارت النفقة الواجبة للأحفاد على جدهم ديناً عليه، فإن هذه الديون تؤدي لهم من تركته، فيما إذا توفي ولم يكن قد أدى لهم حقهم، وتقدم على ما يكون في التركة من وصية[2].

هذا إضافة إلى أن مراعاة المقصد الذي سعى القانون؛ لتحقيقه غير مراعى في جميع الأحوال، ففي التطبيق العملي لا يلتفت إلى فقر الأحفاد أو حاجتهم؛ ليكون شرطاً في استحقاق الوصية الواجبة، وكذلك لا يلتفت إلى كون الجد قد أعطاهم حال حياته بغير عوض من طريق تصرف آخر كما اشترطه القانون في مادته الأولى، فيدرجون في حصر الورثة باعتبارهم موصى لهم، فنشأت هذه المزاحمة مع الورثة؛ لكونهم غير وارثين مستحقين للوصية، وظهر أثر ذلك في أن القانون راعى أحكام الميراث في استحقاق الموصى لهم كما سنبينه في الفصل الثاني من هذا الباب.

وقد يكون الأنسب عند الأخذ بالقول بوجوب الوصية لدفع هذه المزاحمة هو إلزام الجد بأن يوصي لأحفاده من فروع ابنه الذي توفى في حال حياة الجد، فتتميز بذلك الوصية بأحكامها الخاصة عن الميراث بأحكامه الخاصة، ويكون للجد الحق في تنفيذ وصيته

(١) مواهب الجليل ٤ / ٢١١. ومغني المحتاج ٣ / ٤٤٩.
(٢) قانون الأحوال الشخصية الكويتي ١٩٨٤م، ومذكرته الإيضاحية.

بالشروط التي يراها، ومنها مقدار استحقاقهم بالوصية، وترتيب المستحقين في طبقات ونحوها، وتكون هذه الشروط ملزمة عند تنفيذ الوصية، وهذا لا يتأتى إلا على القول بأن الوصية للأقارب غير الوارثين واجبة، وهو ما انتهى البحث إلى أنه قول مرجوح، وأن الوصية في هذه الحال ليست واجبة وإنما مندوبة، والمندوبات من أبواب القرب والعبادات ولا يصح الإلزام بها قانوناً.

ولذلك لم ينقل عن أحد من الفقهاء القائلين بوجوب الوصية لغير الوارث أنها تجب قضاء للاتفاق على أن الوصية تجب ديانة، فيما إذا كان على الموصي حقوقاً لله أو للناس لا تعرف إلا من جهته ولا تجب قضاء، وقد تقدم الإجماع على ذلك.

فإذا كان هذا فيما وجب من الوصية فإنه فيما كان مندوباً يكون أولى، والأوفق بكون الوصية مندوبة مستحبة شرعاً، أن يتجه المعنيون بحل هذه المشكلة إلى إحياء الوعي بأن يعنى الأجداد بالوصية لأحفادهم الفقراء بوصية تعينهم على أعباء الحياة بعد موته، وفي هذا إحياء لعرف كريم تعارف عليه الناس، لما في الوصية من معنى القربة وقصد الثواب الذي يحفز الناس على إنشائها حال حياتهم.

ونشير هنا إلى ما قدمنا في الدراسات الأولى من الدراسات السابقة ما ذكره فضيلة الأستاذ الدكتور زكي الدين شعبان[١]: أن السند الفقهي في وجوب الوصية قضاء إذا تركها من وجبت عليه هو رأي ابن حزم الظاهري، ولم أقف في المحلى على هذا الرأي لابن حزم، بل إن عبارته في المحلى لم تنص على الإلزام بالوصية الواجبة قضاء، وانقل عبارته هنا بنصها، فقد ذكر في الموضع الأول[٢]: «وفرض على كل مسلم أن يوصي لقرابته الذين لا يرثون إما لرق، وإما لكفر؛ وإما لأن هنالك 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».

وقال في موضع آخر: «فهذا فرض كما نسمع، فخرج منه الوالدان والأقربون الوارثون وبقي من لا يرث منهم على هذا الفرض، وإذ هو حق لهم واجب فقد وجب لهم من ماله جزء

(١) أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية ص٢٠٦.
(٢) المحلى ٨/٣٥٦.

مفروض إخراجه لمن وجب له إن ظلم هو، ولم يأمر بإخراجه» [١]، وليس في هاتين العبارتين ما يشير صراحة إلى وجوب الوصية قضاء.

كما ذكر فضيلة الأستاذ الدكتور زكي الدين شعبان أن المستند الفقهي لما استحدثه قانون الوصية الواجبة الكويتي من أحكام هو ما تقرر من «أن لولي الأمر أن يأمر بالمباح لما يراه من المصلحة العامة ومتى أمر به وجبت طاعته»[٢]، ولا أتفق مع فضيلته فيما قاله؛ لأن الوصية وأحكامها ليست من المباح فهي دائرة بين الوجوب والندب، وتتبع ولاية الموصي الخاصة في ماله، ولا مدخل للولاية العامة فيه كما تقدم إيضاحه، كما أن المقرر عند الفقهاء في قواعدهم «أن تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة»[٣]، وهي المصلحة المقيدة بمقاصد الشرع المرعية فيما شرع من أحكام، ومنها أحكام الميراث والوصية، لا أن يستحدث أحكاماً لا تتفق مع أحكام مقررة كما سيأتي توضيحه في الفصل الثاني من هذا الباب. خاصة أن القانون قد أخذ بالقول بوجوب الوصية بناء على المصلحة وبنى عليه القانون، وليس بناء على ترجيح فقهي قائم على النظر في الأدلة وترجيح بعضها على بعض.

الفصل الثاني

مناقشة الأحكام التفصيلية في القانون

يمكن أن نلخص الأحكام التي سنناقشها في هذا الفصل على الوجه التالي:

١. الالتزام بعدم مخالفة المبادئ المتبعة في استحقاق التركة، حتى لا يؤدي تطبيق القانون إلى أن يأخذ غير الوارث بموجب القانون أكثر مما يستحقه في حال ما إذا ورث من مورثه[٤].
٢. تجب الوصية الواجبة للطبقة الأولى من أولاد البنات ولا تجب لفروع أولادهن وتجب لأولاد الأبناء مهما نزلت درجتهم بشرط ألا يتوسط بين الفرع وأصله[٥].
٣. كل أصل يحجب فرعه ولا يحجب فرع غيره[٦].

(١) المحلى ٨/٣٥٦.
(٢) احكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية ص ٢٠٦، ٢٠٧.
(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ١٢١.
(٤) تراجع الفقرة (هـ) من المذكرة الإيضاحية في المرفق ص ٢٧.
(٥) تراجع الفقرة (هـ) من المذكرة الإيضاحية في المرفق ص ٢٧.
(٦) تراجع الفقرة (هـ) من المذكرة الإيضاحية في المرفق ص ٢٧.

٤. يقسم نصيب كل أصل على من يوجد من فروعه قسمة ميراث[١].

٥. تقديم الوصية الواجبة الواردة في القانون على الوصية الاختيارية التي أوصى بها الموصي في حال إذا لم يتسع الثلث لكليهما[٢].

من الملاحظ على هذه الأحكام التفصيلية، التي شكلت قواعد فقهية لمواد القانون، أن القانون أجرى أحكام الميراث على الوصية، فنشأ بذلك نوع من التداخل والتزاحم بينهما.

فمن ذلك مراعاة ألا يكون استحقاق الموصى له بالوصية الواجبة أكثر من نصيبه من الميراث لو كان وارثاً، فأعطى الحفيد بالوصية الواجبة ما كان يستحقه من ميراث والده الذي توفي قبل جده على ألا يزيد عن ثلث التركة، وبهذا تجاوز القانون الكويتي إشكالاً وقعت فيه بعض قوانين الوصية الواجبة أعطت الحفيد كل ما كان سيستحقه والده لو كان حياً من ميراث والده، فيؤدي في بعض الأحوال إلى الإخلال بقواعد استحقاق التركة، كما لو توفي الجد عن ابنتين وأخت شقيقة وبنت ابن توفي في حياة أبيه. فإن بنت الابن تستحق بالوصية الواجبة بمقدار ميراث والدها من أبيه كاملاً وهو ثلث التركة حسب قانون الوصية الواجبة المصري، بينما سيكون نصيب البنت الصلبية من ميراث والدها أقل من الثلث، فلو كانت التركة ١٠٠٠ مثلا فسيكون لبنت الابن بالوصية ٦٠٠ دينار، بينما سيكون للبنت الصلبية ٤٠٠ دينار فتفادى قانون الوصية الواجبة الكويتي هذا الإشكال بجعله مقدار الوصية الواجبة ما يستحقه الفرع في ميراث أصله، لا مقدار ما كان يرثه هذا الأصل من أصله، وبهذا يتفق مع مبادئ استحقاق التركة[٣].

ويستدرك على ذلك أنه لا يلزم أن يكون ما يستحقه الموصى له أقل مما يستحقه الوارث، وليس هناك في الشريعة ما يمنع ذلك، ولا دليل عليه من كتاب ولا سنة ولم نطلع على قول معتبر في المذاهب الفقهية يلزم بذلك، فاستحقاق الموصى له في الوصية يتبع فيه شرط الموصي، ففي المثال السابق لو اشترط الموصي الثلث كاملاً لابنة ابنه المتوفى قبله كان شرطاً صحيحاً يجب الوفاء به، بل إنه لو أوصى لها ما يزيد على الثلث وأجازه الورثة

(١) تراجع الفقرة (هـ) من المذكرة الإيضاحية في المرفق ص ٢٧.

(٢) تراجع الفقرة (و) و (ز) من المذكرة الإيضاحية في المرفق ص ٢٨.

(٣) الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية زكي الدين شعبان وأحمد الغندور ص ٢٠٩.

لنفذ شرطه وكان صحيحاً، فلا يلزم مراعاة انصبة الميراث في استحقاق الوصية، ومما يستدرك به على القانون من صور المزاحمة بين أحكام الميراث وبين أحكام الوصية في القانون، أن القانون لم يراع قواعد الحجب في الميراث في حالة استحقاق ابن الابن من ميراث جده بالوصية الواجبة، مع أنه محجوب بعمه، فابن الابن محجوب بالابن ، بينما راعى قواعد الحجب في استحقاق أولاد الظهور وإن نزلوا على أن يحجب كل أصله فرعه دون فرع غيره. ومن صور المزاحمة كذلك بين أحكام الميراث وبين أحكام الوصية في القانون: أنه أعمل أحكام ميراث ذوي الأرحام، وذلك في حالة إدلاء المستحق للوصية الواجبة بأنثى لأصله، فقصر القانون استحقاق الوصية الواجبة على الطبقة الأولى من أولاد البنات وعدم استحقاق فروع أولادهن، فتجب الوصية لأولاد البنت الصلبية ذكوراً وإناثاً ولا تجب لأولادهم، ولم يظهر وجه التفريق بين أولاد البنت الصلبية من الطبقة الأولى، وبينهم في الطبقات التالية، من حيث أنهم جميعاً يدلون لأصلهم بأنثى فيكونوا جميعاً غير وارثين فيستحقون الوصية. إلا إذا كان الموصي قد رتب الاستحقاق على طبقات، فلا تستحق الطبق الثانية إلا بفناء الأولى، وهو ليس من قبيل الحجب الحاصل بين الورثة وإنما عمل بشرط الموصي، كما هو الحال في الوقف.

ونجد أن القانون أعمل هذا الحكم كذلك على من نزل من أولاد الظهور، في أنهم يستحقون في الوصية الواجبة بشرط ألاّ يتوسط بين الفرع وأصله أنثى، كما هو مقرر في الميراث، أن من يدلي إلى مورثه بأنثى لا يرث منه؛ لأنه من ذوي الأرحام فيستحق الوصية؛ لأنه من غير الوارثين(١).

كما يستدرك على الأحكام التفصيلية للقانون، أن الوصية الواجبة مقدمة على الوصية الاختيارية(٢).

فإذا تزاحمت الوصية الواجبة مع الوصية الاختيارية قدمت الوصية الواجبة، فإذا أوصى لمن وجبت له الوصية الواجبة بأكثر من نصيبه الذي حدده القانون، كانت الزيادة وصية اختيارية، ويشترط لنفاذها إجازة الورثة جميعاً وإن لم يجيزوها بطلت. وإذا أوصى

(١) المذكرة الإيضاحية المرفقة (ه)، ص ٢٧ من المرفق.
(٢) المادة الثالثة من قانون الوصية الواجبة المرفق ص ٢٤.

لبعض من وجبت لهم الوصية دون البعض، وجبت لمن لم يوصى له من الثلث فإن ضاق عنه الثلث فيكمل حقه من الوصية الاختيارية، وإذا لم يستع الثلث إلا للوصية الواجبة خرجت منه وحدها ولا شيء للوصية الاختيارية[١].

ويلاحظ على أوجه رفع المزاحمة بين الوصيتين الواجبة والاختيارية، أنها تؤول إلى إبطال الوصية الاختيارية أو إلى تبديل شرط الموصي فيها. وكلاهما مخالف الأحكام الشرعية للوصية، فلا يجوز شرعاً تبديل شروط الوصي في وصيته، يدل على ذلك قوله تعالى: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُۥ بَعْدَ مَا سَمِعَهُۥ فَإِنَّمَآ إِثْمُهُۥ عَلَى ٱلَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُۥٓ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾[٢].

قال القرطبي في تفسيره لهذه الآية الكريمة والضمير في «إثمه» عائد على التبديل أي إثم التبديل عائد على المبدل لا على الميت، فإن الموصي خرج بالوصية عن اللوم وتوجهت على الوارث أو الولي[٣].

وبنحوه قال الطبري في تفسيره: «فمن غيّر ما أوصى به الموصي من وصيته بالمعروف لوالديه أو أقربائه الذين لا يرثون بعد ما سمع الوصية فإنما إثم التبديل على من بدل وصيته»، ونقل هذا عن مجاهد وابن عباس وقتادة والسدي وعطاء[٤].

وهذا التبديل المنهي عنه في الآية ظاهر في حال إذا تزاحمت الوصية الواجبة مع الوصية الاختيارية، فأدى ذلك إلى إبطال الوصية الاختيارية، أو النقص من مقدارها الذي أوصى به الموصي كما هو في نص القانون ومذكرته الإيضاحية.

(١) المادة الثالثة من قانون الوصية الواجبة المرفق ص ٢٤.
(٢) البقرة، آية: ١٨١.
(٣) تفسير القرطبي ٣/ ١١٥.
(٤) تفسير الطبري ١/ ٤٨٦.

نتائج البحث:

نخلص مما تقدم من دراسة قانون الوصية الواجبة للنتائج التالية:

١. حكم وجوب الوصية للأقارب غير الوارثين حكم منسوخ لا يصح الاستناد إليه في وضع تشريع ملزم بالوصية.

٢. الوصية للأقارب غير الوارثين مندوبة وليست واجبة.

٣. لا تجب الوصية إلا إذا كان على الإنسان حق لله أو حق لإنسان لا بينه عليهما ولا يعرفان إلا بالوصية، ونقل الإجماع على ذلك.

٤. الوصية تتعلق في ذمة الموصي ديانة لا قضاء، فلا مدخل للقضاء فيها.

٥. ولاية الإنسان في أمواله ولاية خاصة، وهي مقدمة على ولاية القضاء العامة، فلا يصح الإلزام قضاء بالوصية، وليس للقضاء ولاية في إنشاء الوصية وتنحصر ولايته في تنفيذها.

٦. لا يصح إعمال أحكام الميراث في الوصية كالحجب وميراث ذوي الأرحام، ولا يوجد لذلك مستند شرعي صحيح.

٧. لا يصح عند دفع التزاحم بين الوصية الواجبة المختلفة في مشروعيتها، وبين الوصية الاختيارية المتفق على مشروعيتها، أن يؤدي ذلك إلى إبطال الوصية الاختيارية أو تعطيل شروط الموصي فيها أو تبديلها.

٨. من البدائل المشروعة لحل مشكلة حاجة الأحفاد وعوزهم بسبب وفاة والدهم قبل جدهم، إلزام الجد بالإنفاق عليهم حال حياته إعمالاً لمواد قانون الأحوال الملزمة بذلك.

٩. من البدائل المشروعة لحل المشكلة التي وضع قانون الوصية الواجبة لحلها، إحياء العرف بوصية الأجداد لأحفادهم ندباً واستحباباً، على أن تنشأ في حياتهم فتنفذ بعد وفاتهم باعتبار أن الوصية من القرب التي يقصد بها الثواب.

مرفق

قانون رقم ٥ لسنة ١٩٧١م في شأن

الوصية الواجبة

نحن صباح السالم الصباح أمير الكويت

بعد الاطلاع على المادة ٦٥ من الدستور

وافق مجلس الأمة على القانون الآتي نصه، وقد صدقنا عليه وأصدرناه

مادة أولى:

إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذي مات في حياته أو مات معه ولو حكماً بمقدار حصته مما كان يرثه أصله عن أصله في تركته لو كان حياً عند موته وجبت للفرع في التركة وصية بمقدار هذه الحصة في حدود الثلث بشرط أن يكون غير وارث وألا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض من طريق تصرف آخر قدر ما يجب له، وإن كان ما أعطاه أقل منه وجبت له وصية بقدر ما يكمله.

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

مادة ثانية:

إذا أوصى الميت لمن وجبت له الوصية بأكثر من نصيبه كانت الزيادة وصية اختيارية، وإن أوصى له بأقل من نصيبه وجبت له ما يكمله.

وإن أوصى لبعض من وجبت لهم الوصية دون البعض الآخر وجب لمن لم يوص به قدر نصيبه.

ويؤخذ نصيب من لم يوص له ويوفى نصيب من أوصى له بأقل مما وجب من باقي الثلث فإن ضاق عن ذلك فمنه، ومما هو مشغول بالوصية الاختيارية.

مادة ثالثة:

الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا.

فاذا لم يوص الميت لمن وجبت لهم الوصية و أوصى لغيرهم استحق كل من وجبت لهم الوصية قدر نصيبه من باقي ثلث التركة إن وفى، وإلا فمنه ومما أوصى به لغيرهم

مادة رابعة:

على وزير العدل تنفيذ هذا القانون، ويعمل به من يوم نشره في الجريدة الرسمية.

أمير الكويت

صباح السالم الصباح

صدر في: ٨ صفر ١٣٩١هـ الموافق: ٤ ابريل ١٩٧١ م

المذكرة الإيضاحية

لمشروع قانون الوصية الواجبة

أ) يحدث كثيراً أن يموت الولد في حياة أبيه أو أمه ولو قد كان عاش إلى موتهما لورث عنهما ولكنه قد مات قبلهما أو قبل أحدهما فانفرد بالميراث أخوته وصار أولاده في فقر مدقع واجتمع لهم مع اليتم وفقد العائل الكاسب الحرمان والفقر وأضطرب ميزان التوزيع في الأسرة فصار بعضها في ثروة ترى عليه أثر النعمة مما وصل إليه من ميراث وصار بعضها الآخر في متربة بسبب الحرمان الذي أصابهم بموت أبيهم المبكر وكثيرا ما كانت الأسر المتعاطفة المتعاونة تحمل الأب أو الأم على الوصية لأولاد ولدهم المتوفى ولكن الزمن تغير وقل الوازع الديني وذهب التعاطف بين الأسر أو كاد ووجب أن تعالج مثل هذه الحالة بقانون مستمد من الشريعة الاسلامية يوجب أن يوصي الأجداد أو الجدات لأولاد أولادهم المتوفين فإن لم يفعلوا أو عاجلتهم المنية قبل أن ينفذوا ما هموا به كانت تلك الوصية واجبة بحكم القانون.

ب) ووجوب الوصية للأقربين غير الوارثين مروي عن جمع عظيم من فقهاء التابعين ومن بعدهم من أئمة الفقه والحديث، منهم: سعيد بن المسيب والحسن البصري والإمام أحمد بن حنبل وداود بن علي الظاهري وإسحاق بن راهوية وأبو محمد علي بن حزم

الظاهري – وقد استدلوا على ذلك بقوله تعالى في سورة البقرة: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾، وفي بيان وجه الاستدلال بالآية قال الإمام الجصاص في كتابه« أحكام القرآن» ودلالة الآية ظاهرة في إيجاب الوصية وتوكيد فرضها؛ لأن قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلصِّيَامُ﴾ثم أكده بقوله: ﴿بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾ ولا شيء في ألفاظ الوجوب آكد من قول القائل: «هذا حق عليكم»، وتخصيصه سبحانه وتعالى المتقين بالذكر على وجه التأكيد؛ لأن على الناس أن يكونوا متقين، قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ ٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ﴾، ولا خلاف بين المسلمين أن تقوى الله فرض، فلما جعل تنفيذ هذه الوصية من شرائط التقوى، فقد أبان عن إيجابها.

وعند هؤلاء العلماء أن هذه الآية بقيت دالة على وجوب الوصية للقريب غير الوارث؛ لأنها بعمومها تدل على وجوب الوصية للقريب مطلقا غير وارث وترك العمل بها في حق القريب الوارث إما بآية المواريث، وهي قوله تعالى في سورة النساء: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ ۖ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ..﴾، وإما بقوله ﷺ:«لا وصية لوارث»، وإما بالإجماع على أنه لا وصية لوارث.

واستدلوا أيضا على ما ذهبوا إليه بقوله ﷺ:«ما حق امرئ مسلم له مال أن يبيت ليلتين إلا وصيته مكتوبة عنده»، وبينوا وجه الاستدلال، فقالوا: إن الإجماع على أن الوصية لغير الأقارب غير واجبة فوجب أن تكون هذه الوصية الواجبة مختصة بالأقارب، وبذلك صارت السنة مؤكدة للقرآن الكريم في وجوب الوصية.

و يروون عن طاووس وهو من القائلين بوجوب الوصية للقريب غير الوارث أنه قال: «إن الله قسم بينكم فأحسن القسمة، وأنه من يرغب برأيه عن رأي الله عز وجل يضل، أوص لقرابتك ممن لا يرث، ثم دع المال على ما قسمه الله عليه»، وقال الضحاك وهو أيضا من القائلين بوجوب الوصية:« من مات من غير أن يوصي لأقربائه فقد ختم عمله بمعصية»، وقال طاووس:« إن أوصى للأجانب وترك الأقارب نزع منهم ورد إلى الأقارب».

ج) وذهب كثير من الفقهاء والمفسرين إلى أن وجوب الوصية للوالدين والأقربين في الآية المذكورة منسوخ في حق من يرث ومن لا يرث؛ لأن آية الوصية نسخت بآيات المواريث في

جملة معناها وأحكامها، إذ الوصية للوارث مجمع على نسخها بآيات المواريث وإذا كان قد نسخ أصل الوصية للوارث الذي تدل عليه الآية فقد نسخ كل ما تضمنته.

د) ومادام هناك من الفقهاء والمحدثين من يقول بعدم النسخ في الآية بالنسبة للقريب غير الوارث ويذهب إلى بقاء الحكم في وجوب الوصية له، وفي ذلك تحقيق مصالح لكثير من الناس وإبقاء لحسن الصلات بين الأسر وقضاء على ما قد يتولد في نفوس أفرادها من حقد وبغضاء إذا لم يشاركوا في الميراث، وتعويض لأولاد الأولاد عما فاتهم بسبب موت أبيهم أو أمهم من أجل ذلك فإنه يتعين الأخذ بهذا الرأي وجعله أساسا للقانون، وهو ما ذهبت إليه دول إسلامية وعربية حيث أوجبت الوصية لأولاد الأولاد بقانون يطبق منذ زمن ليس بالقليل اعتمادا على الرأي المذكور وعلى ما ذهب اليه ابن حزم الظاهري من أن المورث إذا مات ولم يوص للأقارب غير الوارثين قام القاضي مقامه بإعطاء جزء من تركته لهم على أنه وصية لهم من مال المورث – مستدلا بما روي عن السيدة عائشة – رضي الله عنها – أن رجلا قال للنبي ﷺ : « إن أمي افتلتت نفسها، وإنها لو تكلمت لتصدقت، أفأتصدق عنها يا رسول الله »، فقال رسول الله ﷺ: «نعم» فتصدق عنها، وروى أبو هريرة وغيره مثله، فهذا الحديث يدل على جواز إنشاء وصية في مال الميت إذا لم ينشئها.

هـ) والمادة الأولى نصت على أنه إذا لم يوص الميت لفرع ولده (ابنه او ابنته) الذي مات في حياته سواء أكان موته حقيقة أم اعتبر ميتا بحكم القاضي كالمفقود الذي حكم القاضي بموته بناء على ما ترجح لديه من القرائن والظروف أم ماتا معا بأن حصل حريق أو هدم أو غرق فمات الفرع والأصل فيه، ولم يعرف من الذي مات منهما قبل الآخر ففي كل ذلك تكون الوصية الواجبة؛ لأن الفرع لا يرث من الأصل إذ من المقرر في أحكام الميراث أن الحرقى والغرقى لا يتوارثون، وكذلك كل من لا يعلم من سبق إليه الموت ممن اشتركوا في سببه لا يتوارث بعضهم فلا يرث الفرع أصله، وإذا لم يرث الفرع الأصل وورث غيره كان هذا محل الوصية الواجبة فتكون ويجب لفرع من مات في حياة أصله وصية في تركته بمقدار حصته مما كان سيرثه عن أصله لو بقي حيا وورث، ثم مات وورثه الفرع.

فمثلا لو توفي رجل عن ابن وبنت وبنت ابن توفي أبوها في حياة المورث فإن لبنت الابن وصية واجبة في تركة جدها هي نصف ما كان يرثه أبوها، وقد ذهبت اللجنة إلى ذلك مخالفة بعض القوانين التي تجعل لبنت الابن وصية واجبة بمقدار نصيب أبيها – لأنه على الرأي المذكور تأخذ بنت الابن أكثر مما تأخذ بنت الابن أكثر مما تأخذ بنت المتوفي الصلبية، وذلك أمر لا يتفق والمبادئ المتبعة في استحقاق التركة وهو ما دعا الوزارة إلى المخالفة والأخذ بما ورد في المادة وكما نصت المادة فإن الوصية الواجبة تكون للفرع في حدود الثلث بشرطين: أولهما: أن يكون الفرع غير وارث؛ لأنه لا وصية لوارث فإن كان وارثا ولو قليلا لا يستحق شيئا من التركة، فإن أوصى الميت للفرع الوارث كانت وصيته من قبيل الوصية الاختيارية تجري عليها أحكامها بحسب ما يجري عليه العمل وفقا لمذهب الإمام مالك –.

والشرط الثاني لاستحقاق الوصية الوصية الواجبة ألا يكون الميت قد أعطى فرع من مات في حياته بغير عوض عن طريق آخر كطريق الهبة أو الوقف ما يساوي الوصية الواجبة، فإن أعطاهم ذلك فلا وصية لهم وإن أعطاهم أقل منها وجبت لهم وصية بما يكمل المقدار الواجب.

ونصت المادة على: أن الوصية على النحو المذكور تكون لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات ولا تجب لفروع أولادهن فتجب الوصية لأولاد البنت الصلبية ذكورا وإناثا ولا تجب لأولادهم وتجب لأولاد الظهور مهما نزلت درجتهم بشرط ألا يتوسط بين الفرع وأصله أنثى وكل أصل يحجب فرعه دون فرع غيره ويقسم نصيب كل أصل على من يوجد من فروعه قسمة الميراث.

وقد ذهبت الوزارة إلى إعطاء أولاد البنت الصلبية التي ماتت في حياة أصلها نصيب أمهم تعويضا لهم عما فاتهم بموتها، إذ هي لو بقيت حية إلى وفاة أبيها أو أمها لورثت فيهما ولكنها قد ماتت فوجب أن يعوض فرعها عما فاته.

و) ونصت المادة الثانية من القانون على: أن الميت إذا أوصى لمن وجبت له الوصية بأكثر من نصيبه كانت الزيادة وصية اختيارية، فإن أجازها الورثة جميعا خرجت من كل التركة وإن لم يجيزوها جميعا بطلت، وإن أجازها البعض الآخر نفذت في نصيب من أجازها، وإن أوصى له بأقل من نصيبه أو أن أوصى لبعض من وجبت لهم الوصية

دون الآخر وجب لمن لم يوص له من الثلث، فإن ضاق عن ذلك فمنه، ومما هو مشغول بالوصية الاختيارية؛ لأن الوصية الواجبة مقدمة على الوصايا الاختيارية، فإذا كان في تركة وصية واجبة فإن تسع لهما الثلث خرجا منه معا، وإن لم يتسع الا للوصية الواجبة خرجت منه وحدها، ولا شيء للوصية الاختيارية، وإن اتسع للوصية الواجبة وبعض الوصية الاختيارية فالباقي للوصية الاختيارية.

ز) ونصت المادة الثالثة على: أن الوصية الواجبة مقدمة على غيرها، وقد سبق بيان ذلك، ويترتب على هذا أن الميت إذا لم يوص لفرع ولده الذي مات في حياته و أوصى لغيرهم من الأقارب أو الأجانب فإن اتسع باقي الثلث من التركة للوصية الواجبة أخرجت من الباقي، وإن لم يتسع أخرجت الوصية الواجبة منه ومما أوصى به لغيرهم من الأقارب أو الأجانب؛ لأن الوصية الواجبة تقدم على ما سواها من الوصايا.

المصادر و المراجع

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: كتب التفسير:

١. ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبد الله الأندلسي (٥٤٣هـ). أحكام القرآن، طبعة دار الكتب العلمية.

٢. ابن كثير، إسماعيل بن عمر بن كثير أبو الفداء عماد الدين (٧٧٤هـ). تفسير القرآن العظيم، طبعة دار طيبة ١٩٩٩م.

٣. الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي (٣٧٠هـ). أحكام القرآن، طبعة دار الفكر ١٩٩٣م.

٤. ابن عطية، أبو عبدالله محمد عبد الحق بن عطية الأندلسي. تفسير ابن عطية، ط الأولى، قطر ١٩٨١م.

٥. الطبري، محمد بن جرير أبو جعفر (٣١٠هـ) جامع البيان عن تأويل آي القرآن، بيروت مؤسسة الرسالة، ١٩٩٤م.

٦. القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري (٦٥٦هـ). الجامع لأحكام القرآن، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط الأولى ٢٠٠٦م.

ثالثاً: كتب الحديث:

١. ابن أبي شيبة، عبد الله بن محمد تـ ٢٣٥هـ. المصنف، تحقيق شيخنا العلامة محمد عوامة. دار الفكر: بيروت ١٩٩٤م.

٢. ابن أنس، مالك ت١٧٩هـ الموطأ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي: بيروت.

٣. ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني (٨٥٢هـ). فتح الباري بشرح صحيح البخاري.

٤. ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني (٢٧٥هـ). سنن ابن ماجه، طبعة دار إحياء الكتاب العربي، عيسى البابي الحلبي.

٥. البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل تـ ٢٥٦هـ. الجامع الصحيح المسند من حديث رسول الله ﷺ.

٦. البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي (٤٥٨هـ). السنن الكبرى، سنن البيهقي، مطبعة دار الفكر: بيروت.
٧. الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة (٢٧٩هـ)، جامع الترمذي، طبعة المكتبة السلفية، المدينة المنورة، ١٩٦٤م.
٨. أبو داود، سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني (٢٧٥هـ). سنن أبي داود، طبعة دار القبلة، جدة.

رابعاً: كتب اللغة:

١. الزبيدي، محمد مرتضى الحسني، تاج العروس. إصدار المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت ٢٠٠١م.

خامساً: كتب أصول الفقه:

١. البخاري، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد (ت ٧٣٠هـ). كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، دار الكتب الإسلامي: دمشق.
٢. الجصاص، أحمد بن علي الرازي الجصاص، الفصول في الأصول. طبعة وزارة الأوقاف الكويتية، ط الثانية ١٩٩٤م.

سادساً: كتب الفقه:

١. ابن حزم، أبو محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري (ت ٤٥٦هـ). المحلى بالآثار، دار الكتب العلمية، بيروت.
٢. ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي. المقدمات الممهدات، دار الغرب الإسلامي، ط الأولى ١٩٨٨م.
٣. ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد (ت ٦٢٠هـ). المغني، الطبعة الأولى ١٩٨٥م، دار إحياء التراث العربي: بيروت.
٤. ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد الإسكندري السيواسي (ت ٨٦١هـ). فتح القدير شرح الهداية، دار الفكر، بيروت.
٥. الأنصاري، أبو يحيى زكريا (ت٩٢٦هـ). أسنى المطالب شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي، دمشق.
٦. الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف الأندلسي(ت٤٧٤هـ). المنتقى شرح الموطأ، الطبعة

الثانية، دار الكتاب الإسلامي.
٧. البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس (ت ١٠٥١هـ). كشاف القناع عن متن الإقناع. دار الكتب العلمية، بيروت.
٨. الجمل، سليمان بن منصور العجيلي (ت ١٢٠٤هـ). فتوحات الوهاب بتوضيح منهج الطلاب، حاشية الجمل على شرح المنهج، دار الفكر: بيروت.
٩. الحموي، أحمد بن محمد الحسيني الحموي شهاب الدين (ت ١٠٩٨م). غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، ط الأولى ١٩٨٥م.
١٠. الرحيباني، مصطفى السيوطي (ت ١٢٤٣ هـ)، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي: دمشق.
١١. الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبدالله الزركشي (ت ٧٩٤هـ). المنثور في القواعد الفقهية، ط وزارة الأوقاف الكويتية، ط الثانية ١٩٨٠م.
١٢. السيوطي، جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر بن محمد السيوطي (ت ٩١١هـ). الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، ط الأولى ١٩٩٠م.
١٣. الشافعي، أبو عبدالله محمد بن إدريس الشافعي (ت ٢٠٤هـ). الأم، دار الفكر، بيروت ١٩٩٠م.
١٤. الشربيني، شمس الدين محمد بن أحمد (٩٧٧ هـ). مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية: بيروت.
١٥. الصاوي، أحمد بن محمد الخلوتي (١٢٤١هـ). بلغة السالك لأقرب المسالك، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف.
١٦. العيني، بدر الدين العيني (ت ٨٥٥ هـ). البناية شرح الهداية، دار الكتب، بيروت، ط الأولى ٢٠٠٠م.
١٧. القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس (٦٨٤هـ). الذخيرة، طبعة دار الكتب العلمية ٢٠٠١م.
١٨. القليوبي، الشيخ شهاب الدين والشيخ عميرة. حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلى على المنهاج، دار إحياء الكتب العربية ١٩٩٥م.

١٩. الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود أحمد (ت٥٨٧هـ)، (بدائع الصنائع، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٦٨م.
٢٠. الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب (٤٥٠هـ). الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، طبعة دار الفكر، ٢٠٠٣م.
٢١. المرداوي، علاء الدين أبو الحسن بن سليمان (٨٨٥هـ) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

سابعا: كتب القانون:

١. أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية الدكتور زكي الدين شعبان، والدكتور أحمد غندور. مكتبة الفلاح، ط الثانية ١٩٨٩ م الكويت.
٢. قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤م.
٣. قانون الوصية الواجبة الكويتي رقم ٥ لسنة ١٩٧١م.