

بسم الله الرحمن الرحيم

قال الله تعالى: "من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار و وصية من الله والله عليم حكيم".

(آية 11 من سورة النساء)

صدق الله العظيم

المقدمة:

الحمد لله الذي انفرد بالبقاء، و كل ما سواه هالك و في طريقه إلى الفناء، خلق الإنسان في أحسن تقويم، و أورثه الأرض يتبوا منها حيث يشاء، وجعله نسبا وصهرا، ثم فرض عليه الفروض، وأوصاه بأولي الأرحام و العشيرة خيرا، و حثه على الإكثار في العاجلة من الإحسان و العطاء مما إستخلفه فيه ليكون له في الأجلة خير جزاء. و أشهد أن لا إله إلا هو وحده لا شريك له، و أشهد به إنه الهادي الكريم، و أسأله العون و التوفيق، و أشكره على عظيم نعمه شكرا يزيد و لا يبيد، و أستغفره فهو الغفور الرحيم. و الصلاة و السلام على نبي الهدى سيدنا محمد الذي أنزل الله عليه القرآن تنزيلا، و أرسله إلى الناس جميعا ليخرجهم من الظلمات و ينير لهم طريق الحق المبين (1).

و بعد فإن علم الفرائض و أحكام الوصايا من أوكد ما يجب أن يعرف و يدرك، و قد حث الرسول عليه الصلاة و السلام على الأخذ بعلم الفرائض تعلمًا و تعليما فقال: "تعلموا الفرائض و علموها الناس فإنها نصف العلم، و إنها تنسى و أول ما يرفع" صدق رسول الله ﷺ. حيث إعتنى الإسلام بهذا الموضوع و تعرضت إليه عدة آيات قرآنية فضبطت له فرائضه و حدوده و أصبح من المسائل الفقهية التي جلبت إهتمام الفقهاء و شغلتهم فتناولوها بالتوضيح و التحليل، إلا أن هذا الميدان بقي صعب المراس و استعصت عدة جوانب منه حتى على رجال القانون. و رغم ذلك، بقي موضوع الوصية إلى جانب الميراث من الأمور التي تتطلب دراية كبيرة و تمكن من جزئيات تشريعاته و هو ما يدعو القاضي إلى مزيد الدرس و التمحيص قبل إصدار الأحكام، و هذا ليس بالأمر الهين خاصة من الناحية العملية التطبيقية التي تتطلب علاوة على التعمق في كنه أسرارها تجربة طويلة في العمل القضائي.

(1) الشيخ الحاج يوسف ابن الحاج فرج بن يوسف "المواريث الشرعية و الوصية و مجلة

الأحوال الشخصية" دار الميزان للنشر سوسة ص 11.

ولقد سعت مجلة الأحوال الشخصية إلى جمع مختلف التشريعات المتعلقة بالحياة العائلية وروابطها جامعة بذلك بين "الأصالة و المعاصرة" لتصبح المرجع القانوني و التنظيمي لكل هذه القضايا، فالمشرع التونسي عند سنه لأحكام هذه المجلة حرص على إدخال مجموعة من الإصلاحات على الأحكام المتعلقة بالأسرة ولو

بدرجة أقل على أحكام المواريث و الوصايا مما جعل المجلة المذكورة من أكثر التشريعات الحديثة في البلاد الإسلامية تطورا و مسايرة لروح العصر.

وإذا كانت أحكام المجلة مستمدة من قواعد الشريعة الإسلامية، فإن المشرع قد سعى لإستنباط الحلول الأكثر ملاءمة لتطور المجتمع باستعمال طرق طريفة توفيق بين عدم الخروج عن مصادر الشريعة من جهة و ضرورة تطوير التشريع بحسب ما تقتضيه روح العدل و متطلبات التطور الاجتماعي من جهة أخرى. ومن أبرز الطرق المستعملة اللجوء إلى آراء المذاهب الأخرى في كثير من المسائل دون التقيّد في جميع الحالات بالمذهب المالكي السائد في البلاد، وكذلك الرجوع إلى **الإجتهد** لإيجاد الحلول العادلة كلّما كانت موافقة لمقاصد الشريعة و مراميها السامية.

أمّا على مستوى الأبواب المتعلقة بالمواريث و الوصايا فإن الفقهاء و رجال القانون متفقون على أن القواعد الفقهية و أحكام الشريعة "وردت جُلّها على التفصيل و التعيين و الضبط و البيان" ممّا يجعلها أقل قابلية للتغيير و الاجتهاد. ولكن لا يعني هذا أن أبواب المواريث و الوصايا خالية من كل تنقيح أو إصلاح، فالأحكام المتعلقة بالرد و الوصية الواجبة على سبيل المثال هي أحكام أدخلت على المجلة بعد ثلاث سنوات من صدورها، يمكن إعتبارها من أهم الإصلاحات التي شملت هذه الأبواب من مجلة الأحوال الشخصية، بعد أن وجد المشرّع في إختلاف المذاهب و المدارس حول بعض المسائل مجالا للأخذ بما يتناسب منها مع وضع المجتمع و حاجات الناس، حتى ولو كانت هذه المدارس بعيدة عن المدارس المعروفة عندنا كالتأثيرية مثلا في قضية الحال.

ونحن نجد من خلال هذه الأحكام و منها بالخصوص حصر الوصية الواجبة في الأحماد من الطبقة الأولى، وكذلك تفضيل الفروع من الإناث بمفعول الرد على بعض الحواشي حتى و لو كانوا من العصابة، لا فقط تطبيقا للقاعدة العامة التي يتم بها تفضيل الأقرب على الأبعد في الميراث، بل و كذلك تجسيما لأحد مظاهر تطور الحياة و المجتمع وهو أن تكوين التركات أصبح اليوم ثمرة عمل الزوجين و الأبناء، أكثر منه نتيجة للتوارث بين الأقارب.

و القانون التونسي تحدث عن الوصية في الكتاب الحادي عشر من مجلة الأحوال الشخصية بفصوله من 171 إلى 199، و هذه البنود ألحقت بالمجلة بمقتضى القانون عدد 77 المؤرخ في 19 جوان 1959 المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية عدد 34 الصادر في 23 و 26 جوان 1959.

حيث عرف الفصل 171 من م أش الوصية بقوله: " الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان عينا أو منفعة".

وهذا التعريف مأخوذ حرفياً من فقرتين إثنين أحدهما للعلامة الفقيه الحنفي "عبد الله النسفي" المتوفى سنة 710 هـ في كتابه "كنز الحقائق في الفقه الحنفي" و عبارته: الوصية تملك مضاف لما بعد الموت، والفقرة الثانية زادها شارحه العلامة الفقيه الحنفي "فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي" المتوفى سنة 745 هـ في شرحه "تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق" و هي قوله: "بطريق التبرع سواء كان عينا أو منفعة (1) .

و قد عرف القانون المصري عدد 71 لسنة 1946 الوصية بقوله: "تصرف في التركة مضاف لها بعد الموت" وهذه التعاريف كلها وان اختلفت ألفاظها و تغيرت تراكيبها فهي مفضية إلى غاية واحدة تتفق عليها المذاهب و الآراء وإن حصلت بعض الاختلافات فهي في الفروع و الصور التطبيقية.

و لكن بالتأمل في الفصل 171 من مجلة الأحوال الشخصية و في بقية التعاريف المقارنة العربية منها و الغربية، تشريعية كانت أم فقهية، يستشف حقيقة وجود إشكالات تقنية و عملية جمة طرحها هذه التعاريف و ذلك رغم الإختصار في الصياغة الذي تتميز به.

و يجدر بنا في تعريف هذه المؤسسة أن ننظر إليها من وجهتين:

- أولهما الوجهة اللغوية.

- و ثانيهما الوجهة الإصطلاحية.

(1) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي "كتاب الكنز" جزء 6 ص 182 طبع بولاق.

فمن الوجهة اللغوية:

يقال أوصى له بشيء أي جعله له، و منه قوله تعالى: "من بعد وصية توصون بها"، ويقال أوصاه بشيء و وصاه توصية أي عهد إليه القيام بأمر معين، و منه قوله تعالى: " و تواصلوا بالحق وتواصلوا بالصبر" و قوله سبحانه: " ثم كان من الذين آمنوا و تواصلوا بالصبر وتواصلوا بالمرحمة" و في السنة قوله ﷺ: "استوصوا بالنساء خيرا فإنهن عندكم عوان".

و الاسم: الوصاية و الوصاة، و منه قوله تعالى: " فلا يستطيعون توصية ولا الى اهلهم يرجعون". و تجمع الوصية على وصايا و الوصية و التوصية و الايضاء كلها عبارات ذات معنى واحد .

و الوصية لغة كذلك هي وصل الشيء بالشيء. فأوصى له أو إليه، جعله يواصل التصرف في الموصى به بعد الوفاة، أو جعله نائباً و قائماً مقامه بعد الموت، ليواصل التصرف و النظر في أمور ولده وشؤونه مثلما كان هو في قائم حياته يتصرف في حق ابنه. و تكون لمجرد الطلب كأوصاه بحسن السلوك من الآن مع المواصلة، و تطلق على نفس الشيء الموصى به كهذه الدار وصية فلان، و تكون بمعنى المصدر مثل إن وصية فلان خالصة لوجه الله. و الوصية و الإيصال و التوصية بمعنى واحد لإشتقاقها من مادة واحدة، وهي الدالة على الوصل و الإيصال، بما في ذلك من وصل التصرف بالتصرف.

أما من الناحية الإصطلاحية:

فيرى الفقهاء أن المعنى يختلف باختلاف الأداة المستعملة لتعدية الفعل. فإذا كانت تلك الأداة مالا انصرف المعنى لتمليك العين أو الانتفاع بالموصى به، وإذا كانت إلى تكليف الغير والعهد إليه برعاية الأبناء الصغار و من في حكمهم بعد الوفاة، و النظر في أمورهم و شؤونهم، و المعهود إليه بذلك يسمى وصياً، ثم شاع عندهم استعمال الوصية في تمليك العين أو المنفعة كخلف، واستعمال الإيصال في إقامة الغير وصياً ليكون بعد الموت ناظراً في شؤون من ليست لهم أهلية التصرف من الأبناء.

كما جرى العرف على أن إقامة الإنسان لشخص آخر وصياً على ماله أو أولاده يسمى إيصال، وأن تمليك المال أو المنفعة بعد الوفاة يعرف بالوصية و هو ما جعلته مجلة الأحوال الشخصية موضع إهتمامها بفصولها 171 و ما بعدها، دون الإيصال، و قد اتبع المشرع في هذا المضمار التمييز الوارد بلائحة الأحكام الشرعية للشيخ جعيط حيث ميزت هذه الأخيرة بين الوصية و الإيصال، اذ نظمت بالكتاب الثاني من اللائحة الوارد تحت عنوان "في التبرعات"، على وجه التحديد بالباب الأول منه تحت عنوان "في الوصايا" (1)، أمّا الإيصال فقد نظمته اللائحة في موضع آخر متعلق بـ "الوصاية" وذلك بالفصل الثاني منها الوارد تحت عنوان "في الوصي و تصرفاته" (2).

و من هذا المنطلق يمكن التطرق إلى المعنى الإصطلاحي للوصية حيث قسم الفقهاء الوصية إلى وصية بالمال و وصية بالنظر.
فبالنسبة للوصية بالنظر و التي تعرف بالإيصال، فقد عرفها الفقهاء بأنها عقد في نيابة منشئة بعد موت الموصي لفائدة شخص آخر يتعلق بإدارة شؤون المحجور بموجب ذلك العقد.

وأما بالنسبة للوصية بالمال، فقد عرفها المشرع **بفصله 171** من م أ ش : " بأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان عينا أو منفعة". و تعتبر لائحة الأحكام الشرعية للشيخ "جعيط" المصدر المباشر لهذا التعريف المأخوذ حرفيا منها (3). وبالرجوع إلى المصدر التاريخي المذكور لهذا الفصل يستشف - كما سبقت الإشارة إلى ذلك - أنه عبارة عن الجمع بين إجتهادين إثنين.

كما تعددت التعاريف باختلاف المذاهب الفقهية، حيث عرفها **الحنفية** بأنها تمليك مضاف لما بعد الموت على سبيل التبرع (1) في حين **اعتبرها المالكية** بأنها هبة الرجل ماله لشخص أو أشخاص بعد موته سواء **صرّح** بلفظ الوصية أو لم **يصرّح** (2) كما عرفها **الشافعية** بأنها تبرع بحق مضاف لما بعد الموت و لو تقديرا (3) **أما الحنابلة** فقد عرفوها بأنها تبرع بالمال بعد الموت أو بالأمر بالتصرف بعد الموت (4).

- (1) من الفصل 1125 إلى الفصل 1190 من اللائحة في تحريرها حسب المذهب الحنفي.
- (2) الفصول 2384 إلى 2463 من اللائحة في تحريرها حسب المذهب الحنفي.
- (3) لائحة الأحكام الشرعية - الكتاب الثاني - في التبرعات - الباب الأول الوارد تحت عنوان "في الوصايا" حيث نصت المادة 1125 منها بالجزء المتعلق بالمذهب الحنفي أن الوصية "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان عينا أو منفعة".

ومن الواضح أن اختلاف عبارات الفقهاء وإصطلاحاتهم في بيان معنى الوصية و تحديد مرماها مرده إلى إختلافهم في شمولها الإيضاء و الوصية معا أو قصرها على الوصية بالمال، أما المعاني والمقاصد فتبدو متقاربة.

أما القوانين المقارنة كالتشريع المصري و اللبناني و السوري، فقد عرفت الوصية بأنها تصرف في التركة مضاف لها بعد الموت، كما عرّفها بعض الفقهاء بأنها "عهد خاص يضاف إلى ما بعد الموت" (5). وقال بعضهم "ما أوجبه الموصى في ماله تطوعا بعد موته أو في مرضه الذي مات فيه" (6).

وقد عرفها المشرع الفرنسي بفصله 895 من المجلة المدنية الفرنسية بأنها "تصرف يتجرد بموجبه الموصي في الوقت الذي لن يوجد فيه أبدا من جزء أو من جميع ما يملكه والذي يمكنه الرجوع فيه" (7).

ولئن اختلفت هذه التعاريف و تنوعت فإن هذا الإختلاف لا يعدو أن يكون إلا إختلافا على مستوى الصياغة و التراكيب، بما أنها مؤدية إلى معنى واحد، وهي بالتالي تتفق على تقسيم تعريف الوصية إلى عناصر ثلاث، أولها أن الوصية هي

تمليك، وثانيها أنه تمليك مضاف لها بعد الموت، أما ثالثها فيتمثل في أنه يتم بطريق التبرع سواء كان ذلك عينا أو منفعة.

- (1) أحمد فراج حسين "أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية" جامعة الاسكندرية 1986 ص 21.
- (2) "بداية المجتهد و نهاية المقتصد" لابن رشد - ج 2 - ص 330.
- (3) حاشية عبد الله قليوبي علي المصلي - ج 3 - ص 156.
- (4) "الغني" لابن قدامة - ج 6 - ص 414.
- (5) وهو التعريف الوارد بقانون الوصية عدد 71 لسنة 1946 بالمادة الأولى منه.
- (6) وهو تعريف الفقيه الكاساني في كتابه "بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع" ج 7 ص 216.
- (7) Article 895: "le testament est un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps ou il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens et qu'il peut révoquer".

1 - الوصية تمليك:

التمليك لغة هو جعل ملكية شيء من شخص لآخر و نقول ملكه الشيء أي جعله مالكا له، أما اصطلاحا فيقصد بالتمليك إحالة ملكية الشيء من شخص لآخر بطريق الإرادة وبصورة أخص هل أن هذا التمليك يتم في إطار عقد من جانب واحد (contrat unilatéral de volanté) أم في إطار عمل من جانب واحد (Acte unilateral).

طرح هذا الإشكال في إطار الفقه الفرنسي وذلك من خلال التمييز بين نوعين من أعمال التبرع التي أوردها **الفصل 893 م م ف** و المتمثلة في الهبة و الوصية، حيث نص هذا الفصل أنه: "لا يمكن للشخص التصرف في ماله بطريق التبرع إلا بواسطة الهبة بين الأحياء أو بواسطة الوصية، وذلك على مقتضى الشكليات المبينة في ما بعد".

أمّا في ما عدا القانون الفرنسي، فإن الإشكال المتعلق بالطبيعة القانونية للتصرف موضوع التبرع في التشريع التونسي في تعريفه للوصية وكذلك هو الشأن بالنسبة للفقه الإسلامي و القانون المقارن المعاصر بإعتبار أن هذه التشريعات تتحدث عن "تصرف" في التركة أو عن "تمليك". ويتجه إعتبار الوصية عقدا من جانب واحد أي إلزاما ناشئا بمقتضى الإرادة المنفردة للموصى لكن ما يشد الانتباه في هذا المضممار هو أن التعريف المالكي لهذه المؤسسة جاء في تعبيره عن معنى تمليك الشيء الموصى به بعبارة "هبة الرجل ماله لشخص آخر أو لأشخاص بعد موته سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح". ورغم انه يتجه التأكيد بأن هذا

التعريف لا يخلط بين مفهوم الوصية ومفهوم الهبة، إلا أنه يبدو أن الصياغة كانت غير مبسطة، إذ يتحدث التعريف المالكي عن هبة إلى ما بعد الموت لكن في الحقيقة فإن ذلك يتفق حتما ومعنى مؤسسة الوصية.

وبقطع النظر عن الجدل الفقهي المتعلق بالطبيعة القانونية لمؤسسة الوصية، تجدر الملاحظة بأن جل التعاريف الفقهية و التشريعية للوصية قد إستعملت عبارة "تمليك" أو "تصريف" وهو ما يوصي بإعطاء التشريعات المتعلقة بالوصية معنى واسعا للغاية، بحيث يشمل حق الملكية وبالتالي فإنه يمكن إحالة حق الملكية بعناصره الثلاث المتمثلة في حق الإستعمال (Usus) وحق الانتفاع (Fructus) وكذلك حق التفويت (Abusus)، كما يمكن أن تقتصر على حق الإنتفاع أو أن تشمل الإبراء من الدين أي تملكه. أما النقطة الثانية المكونة لتعريف الوصية، فتتمثل في زمن التمليك.

2 - زمن التمليك:

يتميز زمن التمليك في إطار مؤسسة الوصية بأنه "مضاف لما بعد الموت"، كما عرفته معظم التشريعات المنظمة لهذه المادة ومنها القانون التونسي في **فصله 171 من م أ ش**، وبالتالي فإن قيمة العقد لا تتجسم إلا بحصول الوفاة. وهذا ما ذهبت إليه محكمة التعقيب في إحدى قراراتها معتبرة بأن "الوصية تصريح ينقل التملك إلى الموصى إليه بعد وفاة الموصي" (1).

ويقصد بالوفاة الموت الفعلي كما يقصد بذلك الموت القانوني المصرح به من طرف المحاكم بسبب الغيبة، وهي غيبة يغلب معها عدم احتمال ظهور الشخص من جديد (2) لكن يبقى الإشكال مطروحا في حالة الغيبوبة التي يعيشها الشخص؟ في هذه الحالة لا يمكن بحال إعتبار هذا الشخص ميتا لأن حالة الغيبوبة لا تستوجب حصول الوفاة فعلا بل أن المريض يظل على قيد الحياة وبالتالي لا يمكن التصريح بوفاة طبقا لمقتضيات قانون الحالة المدنية، وهذا التصريح هو الذي يؤدي إلى إخفاء الصبغة القانونية على حادثة الوفاة.

وعلى هذا الأساس فإن التمليك لا يكون إلا بموت الموصي، وهذا يشكل إستثناء لمبدأ الأثر الفوري للعقد، كما أنه يعد إستثناء لمبدأ عدم إمكانية التعامل في التركات المستقبلية حسبما إقتضاه **الفصل 66 من م إ ع** الذي ينص في فقرته الثانية أنه "... لا يسوغ التسليم في ميراث قبل وفاة المورث ولا التعاقد عليه أو على شيء من جزئياته ولو برضى المورث، فالتعاقد في ما ذكر باطل مطلقاً".

فالمشرع بتنظيمه مؤسسة الوصية عمد إلى خرق المبدأ المنصوص عليه **بالفصل 66 من م إ ع** إذ سمح بالتعاقد في التركة المستقبلية بتوفر رضى الموصى،

وبالتالي فإن العقد لا يعد نافذا إلا بحصول حادثة الوفاة بإعتبار أن الوصية هي إمكانية خولها المشرع للشخص في حياته بما لا يمكنه حتما أن يقوم بها عند وفاته.

- (1) قرار تعقيبي مدني عدد 9842 مؤرخ في 29 جانفي 1974 - ن 1974 ق.م.ج 1 ص 175.
(2) الفصل 81 من م أ ش: "يعتبر مفقودا كل من إنقطع خبره ولا يمكن الكشف عنه حيا".

ولعل عنصر الوفاة هو ما يميز بوضوح الهبة عن الوصية بإعتبار أن هذين العقدين، وإن كانا من قبيل أعمال التبرع، فإن الأولى تنفذ مباشرة (1) في حين أن الوصية معلقة في تنفيذها على الوفاة مثلما سبق ذكره آنفا.
ولكن حصول الوفاة وإن كان عنصرا حتميا في تعريف الوصية، إلا أنه يبقى غير كاف مثله مثل عنصر التمليك، بإعتبار أنه يتعين أن يكون هذا الأخير على سبيل التبرع مهما كانت طبيعة الشيء الموصى به.

3 - نية التبرع:

يقصد بالتبرع إعطاء الشيء بدون بمقابل، ولهذا كانت الوصية من قبيل عقود التبرع لا من قبيل عقود المعاوضة كعقد البيع و الكراء و الشغل و غيرها... التي تتميز بتبادل المصالح ولا توجد فيها رغبة في إثراء الغير بدون مقابل، هذا مع ضرورة التمييز بين عدم الحصول على مقابل و بين تقييد الوصية بشرط مباح قانونا، كما لا يجوز الخلط بين المقابل المادي و المقابل المعنوي بإعتبار أن هذا الأخير جائز في عقود التبرع و منه في الوصية، بل يمكن القول بأنه يكون أحيانا الدافع للتبرع إذ أن سبب مشروعية الوصية و الحكمة منها هو بالأساس عمل الخير و مساعدة ضعفاء الحال و المحتاجين ودعم صلة الرحم ولا يرجى من وراء ذلك سوى الإحساس بإرتياح نفسي في الدنيا و الحصول على ثواب الآخرة كجزاء أخروي و حسن الذكر من قبل الأحياء دون أن يرجو من وراء ذلك أي مقابل مادي.

فالمشرع بتنظيمه مؤسسة الوصية عمد إلى خرق المبدأ المنصوص عليه **بالفصل 66 من م أ ش** إذ سمح بالتعاقد في التركة المستقبلية بتوفر رضى الموصى، وبالتالي فإن العقد لا يعد نافذا إلا بحصول حادثة الوفاة بإعتبار أن الوصية هي إمكانية خولها المشرع للشخص في حياته بما لا يمكنه حتما أن يقوم بها عند وفاته.

ويتضح من خلال ما سبق عرضه أنه بالرغم من تعدد التعاريف و تنوعها فإن مؤسسة الوصية لا تعدو أن تكون ملمة لهذه العناصر الثلاث المكون لها، بإعتبار أنها تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع.

- (1) الفصل 201 م أ ش: "تتم الهبة بتسليم الشيء الموهوب إلى الموهوب له و الهبة باطلة إذا مات الواهب أو الموهوب له قبل التسليم وإن إجتهد الموهوب له في طلبه".

ويقابل هذا التعريف تساؤل بخصوص مشروعية الوصية وعن مدى إلزاميتها لمن له مال؟

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على مشروعية الوصية بإعتبارها عملاً خيرياً يرمي من ورائه الموصي إما لتدارك ما فاته من عمل في قائم حياته أو إبتغاء مرضاة الله حبا في الخير وسعياً لإعانة مستحقه.

وقد استدل هؤلاء الفقهاء وكذلك الفقهاء المعاصرين على مشروعية الوصية بالكتاب و السنة مستشهدين بقوله تعالى: "من بعد وصية يوصى بها أو دين" (1)، وقد إحتد النقاش بخصوص هذه الآية فيما يتعلق بتقديمها للوصية على الدين، والحال أنه مقدم عليها. وقد حسم الرسول ﷺ هذا الخلاف لما بيّن أن التقديم هو "تقديم في الذكر لا يفيد التقديم في الحكم، فالقصد هو تقديم الوصية و الدين في الترتيب على الميراث" (2).

أمّا بالنسبة للسنة، فقد استند هؤلاء الفقهاء بأكثر من حديث شريف كقوله ﷺ: "إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم فضعه حيث شئتم"، وقوله أيضاً: "ما حق امرئ مسلم يبني ليلتين وله شيء يريد أن يوصي فيه إلا و وصيته مكتوبة عند رأسه" - وفي ذلك حث على المبادرة بكتابة الوصية - وآخر ما ورد على لسان الرسول ﷺ في هذا المعنى بخطبته في حجة الوداع حيث قال: "إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث".

ولكن هذا الاتفاق على مشروعية الوصية يقابله إختلاف في حكمها من حيث الوجوب من عدمه. فهل أن الوصية فرض و واجب على كل من ترك مالا أم أنها مندوبة لا غير؟

حول هذا الموضوع إنقسم فقهاء الشريعة الإسلامية فيما بينهم، فتمسك البعض بوجوبيتها في حين دفع البعض الآخر بأن الوجوبية تنحصر في الأقربين دون غيرهم، أما الشق الآخر فقد رأى فيها صدقة لا تتعداها لمرتبة الوجوب.

(1) الآية 11 من سورة النساء.

(2) أحمد فراج حسين "أحكام الوصايا و الأوقاف في الشريعة الإسلامية" ص 25.

أمّا الشق الأول من الفقهاء و من أبرزهم "ابن حزم الظاهري"، فقد رأى في الإيصاء فرضاً على كل من ترك مالا، فإن تخلف عن القيام بهذا الواجب في قائم حياته، قام وراثته مقامه في إخراج الثلث أو ما دونه من خلفه. وإستدل "ابن حزم الظاهري" على الرأي المذكور بالآية الكريمة: "كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن

ترك خيرا الوصية للوالدين و الأقربين بالمعروف حقا على المتقين" (1) معتبرا أن عبارات هذه الآية تدل قطعا على فرض الوصية و وجوبيتها.

و يتميز الفقيه المذكور عن بقية الفقهاء المتمسكين بالوجوب بان يستوعب الأقربين من غير الوارثين لأن الوارثين حددتهم آية المواريث، مدعما رأيه بقوله ﷺ: **"لا وصية لوارث"** بحيث يكون مستحق الوصية من لا يرث من الأقربين لوجود مانع ما كالحجب أو لكونه لا يرث من الأساس.

في حين يذهب الشق الثاني مذهبا مغايرا، و من أبرز ممثليه أصحاب المذاهب الأربعة الذين يرون في الوصية تبرع وصدقة مضافة إلى ما بعد الموت وبالتالي فهي مستحب فعلها غير معاقب على تركها. غير أنهم يستثنون من ذلك حالات تكون فيها الوصية واجبة أو مكروهة أو محرمة.

فهي واجبة على المدين بدين الله أو العباد، إذا ما فاته إنجازها في حياته. وهي محرمة إذا ما كان الباعث عليها منافع للاخلاق الحميدة و الشريعة الإسلامية، كمن يوصي لخليلته بجزء من تركته حثا لها على الإستمرار في معاشرته معاشرة غير شرعية أو مكافأة لها على ما أسدت له من خدمات.

وهي مكروهة إذا كان الهدف من ورائها الإضرار بالورثة وهو ما يعرف بوصية الضرار وهو ما نهى عنها تعالى: **"من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار"**، كمن كان له مال قليل وورثة كثيرون وأوصى لأجنبي عنهم. وقد أيد هؤلاء الفقهاء رأيهم بأن الوصية مندوبة فحسب بالحديث الشريف: **"إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في حسناتكم فضعوه حيث شئتم"**، بالإضافة إلى أن النبي ﷺ لم يترك وصية، فلو كانت فرضا لكان الرسول أول من قام به، و تمسك فقهاء المذاهب الأربعة بأن الحديث جاء ليقر للمسلم الحق في الإيصال وبعد ذلك حقا له لاحقا عليه، زد على ذلك أن صبغة الحديث إتسمت بالليوننة لما أوكلت مسألة الإيصال لمحض إرادة الموصي.

(1) الآية 179 من سورة النساء.

وبالتالي يمكن القول بأن هذه الآراء وإن اختلفت فإن معظم التشاريع ومنها التشريع التونسي قد أخذت بالموقف الفقهي القائل بجواز الوصية على سبيل الاستحباب لا الوجوب إقتداء برأي جانب من الفقهاء المسلمين مثلما أخذ التشريع المتعلق بالوصية في معظمه عن التشريع الإسلامي، ومنه تظهر هذه المؤسسة كمظهر من مظاهر تأصل مجلة الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية وليس من الفقه الإسلامي فحسب إذ أن الشريعة أشمل منه (1)، فمصدر الوصية هو أولا وبالذات القرآن ثم السنة ثم إجتهد الفقهاء الذي جاء متمما وشارحا لأحكام هذه الأخيرة.

ولكن في هذا الإطار المتعلق بالجدال الفقهي القائم حول مدى إنصهار مجلة الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية نتساءل حول طبيعة مؤسسة الوصية الواجبة كمؤسسة دخيلة على القرآن والسنة أوجدها الفقه في إطار إجهاده وإعتمدها بعض التشريعات كالتشريع التونسي و المصري و المغربي ... دون غيرها من التشريعات الأخرى ومنها التشريع العراقي.

ولعل سبب الاختلاف حول مسألة الوصية الواجبة يتمثل في عدم فرضها و تنظيمها بمقتضى آيات القرآن الكريم صراحة أو بالسنة كما هو الحال بالنسبة للوصية العادية، بل كانت هذه المؤسسة من خلق الفقه في إطار الإجهاد ومحاولة لتنمية الرصيد الإسلامي في ميدان التشريع و السعي إلى جعله مستجيبا لمقتضيات العصر، مسايرا لرغبات المجتمع الإسلامي، وفي هذا الإطار ظهر الإجهاد المتعلق بالوصية الواجبة، مقترحا حلا جديدا تساهم في دعم التوازن الإقتصادي بين مختلف أفراد العائلة - بمفهومها الواسع و الشامل - وبالتالي تحقيق عدالة أكبر بواسطة خلق إضافات لنظام الأثر (1).

(1) الشريعة هي مصدر الفقه و إليها رجعا، ولأن الشريعة أرحب صدرا وأوسع أفقا وأكثر شمولاً لميادين الحياتين ... أما الفقه فهو العلم بالقواعد التفصيلية و التطبيقية و العملية التي وضعت لينتهجها الناس عند القيام بعبادتهم وإنجاز معاملاتهم لتحقيق مقاصد الشريعة - الاستاذ محمد الحبيب بون - "تأصل مجلة الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية" محاضرة ألقاها بمناسبة السنة القضائية لسنة 1983/82 ص 29 و 30.

ولهذا الغرض تم إستنباط مؤسسة الوصية الواجبة (2) التي تمكن الأقارب الذين لا يمكنهم الحصول على نصيب من التركة بسبب منعهم من الأثر لسبب من الأسباب فيحصلون عليه بمقتضى الوصية الواجبة، ويرجع خلق هذه المؤسسة إلى إجهاد العلامة "ابن حزم الأندلسي" (3)، و منطلق نظريته في ذلك هو تأويله للآية 179 من سورة البقرة أنفة الذكر على أنها نسخت نسخا نسبيا بآية المواريث، وعلى هذا الأساس فإن آية الوصية هذه تبقى عاملة في خصوص الأقارب الذين لا يرثون بسبب حرمانهم من الإرث وبالتالي فالوصية تكون واجبة في شأنهم، وقد نحى جانب من الفقه هذا المنحى في حكم الوصية لكن ما يميز به "ابن حزم" في هذا المجال هو نقل هذا الوجوب من صبغته الدينية إلى المجال القانوني (4).

كما إستند "ابن حزم" في تبرير رايه بأية أخرى وردت بسورة النساء "إذا حضر القسمة أولوا القربى و اليتامى و المساكين فارز قوهم منه" (1) كما يستند هذا الرأي إلى عدة أحاديث للرسول ﷺ كقوله: "ما من مسلم يموت لم يوصى إلا و أهله أحق أن يوصوا عنه".

- (1) هشام قبلان "الوصية الواجبة في الإسلام" ص 30.
 - (2) يعود مصدرها إلى المذهب الظاهري الذي أسسه "أبو سليمان داود ابن علي ابن خلف البغدادي الاصبهاني" المولود في ما بين سنتي 200 و 202 هـ وهو فقه إعتد طريقه إستنباط الأحكام من القرآن والسنة وينبذ القياس. وقد عرف بالمذهب الظاهري لإعتماده على ظاهر النص وهو القائل لا علم في الإسلام إلا بالنص ولا نص إلا في الكتاب والسنة - هشام قبلان - المرجع المذكور ص 45.
 - (3) هو من أبرز وأشهر فقهاء المذهب الظاهري، وهو "علي ابن أحمد ابن سعد ابن غالب ابن صالح ابن زيد"، ولد بقرطبة سنة 384 هـ من أصل فارسي وتوفي سنة 456 هـ، سليل بيت عريق، طلب العلم منذ صغره فدرس الفقه المالكي ثم الفقه الشافعي ثم تركه إلى المذهب الظاهري.
 - (4) وحده "ابن حزم" قال بالالزام القانوني، فاذا تخلف المتوفى عن تنظيم وصية لأقربائه الذين لا يرثون وجب على الورثة أن يفعلوا ذلك، فإن إمتنعوا إلزمهم ولى الأمر أو القاضي "هشام قبلان" - الوصية الواجبة في الإسلام - ص 49.
- و من هذا الفقه نهلت عديد التشرييع الوضعية المقارنة فاعتمدت الوصية الواجبة كاختيار تشريعي منبعه التشريع الإسلامي كمصدر أساسي فنكون بذلك "مدينين لتشرييعنا الخالد في هذه التشرييعات الثورية في ميدان الإصلاح العائلي و الإجتماعي" (2) وأول هذه التشرييع القانون المصري (3) الذي تلتته عديد التقنيات الأخرى (4) ومنها التشرييع التونسي كما سبق ذكره (5) و الذي ركز بذلك دعائم الأسرة التي تقوم بالأساس على التآزر و التكافل العائلي هذا مع بعض الفوارق مع فقه "ابن حزم" في الوصية الواجبة مثلما هو الشأن بالنسبة لبقية التشرييع الوضعية التي تبنت مذهبه في خصوص هذه المؤسسة.

ولكن تجدر الإشارة في هذا الإطار إلى أن الناس قبل صدور قانون الوصية الواجبة في تونس اعتادوا العمل بطريقة التنزيل وذلك في محاولة إنصافهم مع الورثة ولا تعتبر هذه الممارسة حكرا على القانون الإسلامي، بل ترجع إلى القانون الروماني في عهد جستنيان، و التنزيل هو إنزال شخص غير وارث منزلة الوارث سواء كان حفيدا للهالك أو أجنبيا عنه وهي حالة نادرة في التطبيق لكونها لا تقع إلا

بمحض التبرع و الفضل من الجدّ، ثم جاء قانون الوصية الواجبة الذي عوّض التنزيل باعتباره عملا تبرعيا خاضعا للإرادة المحضة للشخص. و تتميز الوصية الواجبة عن الوصية الإختيارية بإعتبارها ميراث إستثنائي أحدثت لإعادة توازن مفقود ولتعديل المصالح المالية بين أفراد العائلة الواحدة تحقيقا لمقتضيات العدل و الإنصاف الذين كان يتوصل إليهما في بعض الحالات عن طريق العمل بمؤسسة التنزيل التي لم يكرسها المشرع التونسي، خلافا للعديد من التشريعات التي أخذت بها بصفة موازية مع الوصية الواجبة كالتشريع المغربي.

- (1) المصلي لـ "ابن حزم" المسألة عدد 1747
- (2) الوصية الواجبة في التشريع التونسي - مقال للاستاذ الطيب بسيس - مجلة القضاء و التشريع عدد 10 لسنة 1965 - ص 9
- (3) القانون عدد 71 لسنة 1946
- (4) كالتشريع السوري و المغربي و الكويتي و اللبناني
- (5) الفصلان 191 و 192 من م أش

وفي الحقيقة، ونظرا لما هو عليه تشريعنا الحالي يجدر القول أن الوصية الواجبة هي مؤسسة تقع بين الوصية و الإرث وبالتالي فإن إعتقاد حل وسط يكون منتجها خلافا لما رآه عديد الدارسين (1)

ولكن وعلى المستوى العملي، وبالنظر لموقع هذه المؤسسة من المجلة، نجد أنفسنا أمام تنظيم تشريعي محكم من حيث التبويب للوصية الواجبة التي أحتواها الكتاب الحادي عشر من مجلة الأحوال الشخصية إلى جانب الوصية العادية وبذلك فإنه ولئن كانت هذه المؤسسة الإستثنائية ولا تزال محل نقاشات فقهية حول طبيعتها القانونية نظرا للغموض التشريعي الذي يغمرها في هذا الشأن، فإنها تظل حاليًا كحالة من حالات الوصية بمفهومها العام و الشامل.

ولتحديد الطبيعة القانونية لهذه المؤسسة فإن المشرع التونسي لم يحسم هذا الأمر مثلما فعل بالنسبة للهبنة حينما عرفها على أنها عقد ناقل لملكية الموهوب للموهوب له، في حين جاء **الفصل 171 من م أش** معرفا الوصية بأنها "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"، وهو تعريف غامض إلى حد ما نتج عنه جدل، إذا إعتبرها بعض الفقهاء عقدا تام الشروط في حين رأى فيها البعض الآخر شبه عقد لإفتقارها للقبول كشرط للقيام ولانبثاقه عن الإرادة المنفردة (2) بينما تمسك شق ثالث بكونها لا تعدو أن تكون سوى تصرفا قانونيا منفردا (3).

وهذا الإختلاف حول الطبيعة القانونية للوصية يقابله إتفاق تام حول الطابع التبرعي لها خاصة وأن المشرع حسم هذا الأمر **بالفصل 171 من م أش** حينما

عرف الوصية بأنها تملك مضاف إلى ما بعد الموت **بطريق التبرع**، فضلا عن أن وجود الرد و القبول ضمن النظام القانوني لهذه المؤسسة يؤيدان هذه الصبغة لأن الموصى له يكون مخيرا في قبول الوصية أو ردها، إلى جانب الإمكانية المخولة للموصي في الرجوع في إيصائه مادام حيا.

(1) الوصية الواجبة للأستاذ بهاء الدين البكاري - مقال وارد بمجلة القضاء و التشريع مارس 1990 ص 14 و 15.

(2) رأي للأستاذ محمود شمام - الوصية في الفقه والقانون - دار النجاح للطباعة و النشر والتوزيع - ص 104.

(3) رأي للأستاذ محمد كمال شرف الدين - دروس في القانون المدني - للسنة الأولى من الأستاذية في الحقوق - ج 2 ص 64.

أما بالنسبة للطبيعة القانونية للوصية، فقد تعددت المواقف منها في غياب حسم تشريعي للأمر، فمثلا دأبت محاكم الأصل على إعتبار الوصية بمثابة العقد دون أن يقدموا تبريرا في ذلك كما لو كانت مسألة الطبيعة القانونية أمر مفروغ منه. أما محكمة التعقيب فلم تنقيد بذلك إذا إكتفت في بعض قراراتها بإعادة ماجاء به المشرع من كون الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت، دون أن تكلف نفسها مشقة البحث في الطبيعة القانونية.

ولكن إغفال المشرع التونسي عن تحديد الطبيعة القانونية للوصية لا يشكل في حد ذاته ثغرة قانونية لا يمكن سدها، وقد تدارك المشرع هذا الشغور من خلال اعتنائه بالتنظيم القانوني لهذا التصرف المذكور بإعتباره سببا إراديا مكسبا للملكية، وذلك بتخصيصه 28 فصلا في مجلة الأحوال الشخصية للوصية.

وبالتالي فإن مؤسسة الوصية الممتدة جذورها في الفقه الإسلامي و المتصلة بمصادره المقدسة هي في القانون الوضعي مؤسسة ضبطتها عدة فصول من مجلة الأحوال الشخصية، ثم أن هذا التمازج بين القانون الوضعي و المصدر المادي التاريخي للمؤسسة يضيف عليها خصوصيات و يولد صعوبات تأويلية يتجه الوقوف عندها، لذلك فإننا سنحاول تقسيم دراستنا هذه إلى جزئين:

**الجزء الأول: الشريعة الإسلامية هي المصدر الأول والأساسي
لأحكام الوصية.**

**الجزء الثاني: التكريس التشريعي للوصية الواجبة ومدى إرتباطها
بالشريعة الإسلامية.**

الجزء الأول:

الشريعة الإسلامية هي المصدر الأوّل و
الأساسي لأحكام الوصية

كانت الوصية في الجاهلية تصرفاً لا يخضع لقيود منطقية و لا لموازن أخلاقية إذ يبرمها أصحابها لينتفع بها حتى من ليسوا في حاجة إليها وليسوا ممن تربطهم بهم رابطة القرابة وذلك إتباعاً لأهوائهم و تحقيقاً لرغباتهم ولو على حساب قريب محتاج يعاني مرارة العوز، فجاء الإسلام و نحا بها منحى إنسانياً و حوّلها من طريق إلى طريق وأجمعت الأمة الإسلامية بمختلف مذاهبها على جوازها ومشروعيتها منذ عهد النبوة إلى اليوم وذلك لذوي القرابة أو لغيرهم، وللمحتاجين، شرط أن لا تقترن بنية الأضرار بالورثة أو الإعانة على الفساد، بحيث تكون موافقة لمقاصد الشريعة.

و المشرع التونسي لم يخرج عن هذا المنحى، حيث سعى منذ الإستقلال إلى إبراز مجلة الأحوال الشخصية بما في ذلك أحكام الوصية حتى لا تبقى أحكام غير مقننة في عهد إسترجعت فيه البلاد مقاليد أمورها، فكانت الشريعة الإسلامية هي المصدر الأوّل و الأساسي لقانون الأحوال الشخصية في تونس حيث إعتد المشرع على لائحة مجلة الأحكام الشرعية (1) بنصّيها المستمد أحدهما من المذهب الحنفي و الآخر من المذهب المالكي على أن يبقى إختيار النص المناسب في النهاية للمشرع.

وتم إعداد هذا المشروع الذي أدخلت عليه تعديلات جوهرية هامة في تأليف واحد باسم مجلة الأحوال الشخصية (2) في تقنين عصري مستمد من الشريعة الإسلامية.

وبعد قرابة الثلاثة أعوام برزت أحكام الوصية تحت عنوان الكتاب الحادي عشر المشتمل على سبعة أبواب، وألحقت بالمجلة بمقتضى القانون عدد 77 المؤرخ في 19 جوان 1959 المنشور بالرائد الرسمي عدد 34 الصادر في 23 و 26 جوان 1959.

(1) ذكر هذه اللائحة في الأوساط القضائية يأتي منسوباً لرئيس لجنة إعدادها الشيخ "محمد العزيز جعيط" الأمر العلي المؤرخ في 20 شعبان وفي 19 جوان عامي 1949/1368 متعلق بتأليف لجنة يترأسها الشيخ "جعيط" وهو وزير العدالة آنذاك مهمتها إعداد لائحة مجلة الأحكام الشرعية.

(2) صدرت في 6 محرم سنة 1376 الموافق لـ 13 أوت 1956.

ونظرا لما تمثله هذه المؤسسة من أهمية بالغة على مستوى التطبيق خاصة، فقد حاول الفقه والقانون تنظيم أحكامها وذلك بتحديد شروطها من جهة (الفصل الأول) ثم بيان الآثار المترتبة عنها (الفصل الثاني).

الباب الأول :

شروط الوصية

للوصية شروط متعددة و متنوعة منها ما يكون شرطا لإنشائها و منها ما يكون لصحتها ومنها ما يكون لنفاذها و منها ما يتعلق بالموصي ومنها ما يتعلق بالموصى له و منها ما يتعلق بالموصى به.

ورغم الإختلاف البسيط لدى بعض الفقهاء و الأئمة في تحديد شروط الوصية بوجه عام فإن المالكية و الشافعية و الحنابلة ترى و أن الوصية لها اركان أربعة، فهذه المؤسسة لا بد أن يكون فيها موصي و موصى له و موصى به، وصيغة دالة على إنشائها.

حيث جاء في "بداية المجتهد" (1) أن أركان الوصية أربعة: الموصي و الموصى له و الموصى به و الوصية (أي إنشاؤها) كما جاء في "الشرح الكبير" (2) أن أركانها أربعة موصى و موصى له و موصى به وصيغة.

ونفس هذه الشروط جاءت بها معظم التشريعات العربية وخاصة قانون الوصية المصري لسنة 1946 و المشرع التونسي في سنة لأحكام الوصية بمقتضى القانون عدد 77 لسنة 1959 المؤرخ في 19 جوان 1959 لم يخرج عن هذا المنحى. لذلك يتجه بنا التعرض إلى بيان مختلف هذه الشروط الأربعة:

- الشروط المتعلقة بالموصي (مبحث أول)
- الشروط المتعلقة بالموصى له (مبحث ثاني)
- الشروط المتعلقة بالموصى به (مبحث ثالث)
- الشروط المتعلقة بصيغة الوصية و طرق إثباتها (مبحث رابع)

-
- (1) بداية المجتهد ونهاية المقتصد للإمام "محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي".
(2) الشرح الكبير لمختصر خليل لـ "أبي البركات أحمد الدرديري" وحاشية الشيخ "محمد عرفه الدسوقي".

المبحث الأول :

الشروط المتعلقة بالموصي:

لقد نظم المشرع أهلية الشخص تنظيمًا محكمًا بما يمكنه من التمتع بحقوقه المالية و التصرف بمقتضاها، وعلى هذا الأساس فإن الإنسان بمجرد ولادته حيًا تترتب له أهلية قانونية تمكنه من إمتلاك أي نوع من المال يخوّل القانون إمتلاكه بسبب من أسباب الملكية التي حدد لها أحكام الفصل 22 من م ح ع، وهي ما يعرف في اصطلاح الفقهاء بأهلية الوجوب (capacité de Jouissance)

ولكن رغم هذا المجهود الضخم الذي بذله المشرع في هذا الميدان فإنه يفاجؤنا بالكتاب الحادي عشر من مجلة الأحوال الشخصية وبالتحديد **بالفصل 178** والذي يستفاد منه أن المشرع قد حاد عن المبادئ العامة المسلم بها في المادة المدنية حيث نص بهذا الفصل أنه: "تجوز الوصية من المحجور عليه لسفه أو ضعف عقل و من البالغ ثمانية عشر عاما إذا أمضاها الحاكم". وعلى هذا الأساس فإن الأحكام المنطبقة في عقد الوصية جاءت كاستثناء للمبادئ العامة الواردة في المادة العقديّة، وذلك على مستوى الأهلية.

فالمفروض في **الموصي** وهو أحد أركان الوصية أن تكون له الأهلية التي تخول له القيام بهذا التصرف حتى يكون لوصيته أثرها القانوني و الشرعي، ذلك أن من كان صغيرا ليست له القوة الفكرية التي تؤهله للتمييز بين ما هو من قبيل النفع و الفائدة وما هو ضارّ، ومن لا يعقل معنى التصرفات لا يدرك ما يترتب عنها من الفوائد و العواقب وبالتالي لا يقبل منه التزام أو تصرف.

وقد أخذ المشرع التونسي بمبدأ عدم اشتراط أهلية الموصي من المذهب المالكي الذي تبنى هذا التوجه بالرجوع إلى أعمال أحد الصحابة وهو "عمر بن الخطاب" - رضي الله عنه - و الذي أقرّ إمكانية الإيضاء حتى مع عدم بلوغ الحلم (1)، وقد رأى المالكية إمكانية صدور تبرع بطريق الوصية عن الموصي الذي لم يصل إلى البلوغ (2) وذلك بشرط التمييز، وهو ما ذهب إليه كذلك الحنابلة و الشافعية و الجعفرية.

ومهما يكن فإن الشروط المتعلقة بالموصي و الوارد في الفقه و القانون،

يمكن بسطها في الجوانب التالية:

الفرع الأول:

يشترط في الموصي أن يكون رشيدا

الأساس في كل التصرفات المالية هو أن يكون الشخص رشيدا قادرا على فهم وإستيعاب محتوى الأعمال و التصرفات التي يقوم بها لذلك يعرف بعض الفقهاء الرشد القانوني بأنه حسن التصرف في المال. و سن الرشد القانوني كما نصت عليه المادة السابعة من مجلة الإلتزامات و العقود هو عشرين عاما كاملة بالنسبة للذكر و الأنثى لذلك فكل من بلغ هذا السن يكون له كامل الأهلية في انشاء وصيته.

وهذا الحق لم تنص عليه أحكام الوصية لإندراج حكمها في التصرفات العامة الصادرة من ذوي الأهلية الكاملة و إنها إقتصرت على بيان من تجوز منهم الوصية ممن ليست لهم تلك الأهلية و هم المحجور عليه لسفه أو لضعف العقل و من لم يبلغ

سن الثمانية عشر من عمره. و يستفاد من الحصر في هذه الأصناف الثلاثة أن وصية من لم يبلغ 18 عاما دون ترشيد من القضاة غير جائزة إطلاقا. لذلك يتجه بنا توضيح هذه الاستثناءات الثلاثة.

(1) روى الإمام مالك في الموطأ عن عبد الله ابن أبي بكرة عن أبيه أن عمرا بن سليم أخبره بأنه قيل لعمر ابن الخطاب إن ههنا غلاما يافعا من غسان لم يحتلم وهو ذو مال و وارثه بالشام وليس له ههنا إلا ابنة عمّ له فقال عمر فليوصى لها فأوصى لها بمال يقال له بئر جشم - الوصية في الفقه والقانون - محمود شمام ص 39.

(2) المقصود بالبلوغ: بلوغ الحلم أي بلوغ النكاح، و البلوغ لغة: الوصول والإدراك، واصطلاحا: إنتهاء حد الصغير، وهو إما طبيعي أو تقديري، فالطبيعي يكون برؤية العلامات، أما التقديري فيكون بالسن. وقد اختلف الفقهاء في خصوص تحديد سن البلوغ إختلافا كبيرا، من ذلك أن بعضهم جعلها بخمسة عشر سنة سواء بالنسبة للذكر أو للأنثى، وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، ومنهم من جعلها بإستكمال ثمانية عشرة سنة سواء بالنسبة للذكر والأنثى، وهو ما ذهب إليه المالكية وكذلك أبو حنيفة، غير أن هذا الأخير جعل بلوغ الأنثى سبعة عشر سنة - أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية - د. أحمد فراج حسين - طبعة 1989 لبنان ص 80.

الفقرة الأولى: حالة السفه

السفه هو البالغ المتمتع بالمدارك العقلية، المكلف شرعا بأمر العبادات كالرشيد، المسؤول جزائيا عن أعماله مسؤولة كاملة غير أنه سيء التدبير في ماله لا يحسن التصرف فيه وإستثماره على أفضل الوجوه (1).

ولكن رغم ذلك فقد إتفق الفقهاء المسلمين على جواز الوصية الصادرة من السفه، حيث أقر الحنفية إمكانية الإيضاء من هذا الشخص بإعتبار تمتعه بكامل الأهلية، أمّا المذاهب الأخرى كالحنبلي والمالكي و الشافعي، فقد إعتبروا وصية السفه جائزة لأنها تمليك مضاف لها بعد الموت، وبالتالي لا يخشى من تبذير الموصي ولا يجوز على هذا الأساس الحجر عليه مثلما ذهب إلى ذلك المشرع التونسي في الفصل 164 من م أ ش (2) بإعتبار أن تصرف الموصي لا يؤثر عليه بتاتا في قائم حياته بل بالعكس فإن هذا التصرف فيه مصلحة وحماية له من نفسه بسبب سوء تصرفه في ماله.

هذا وقد إشتراط الفصل 178 من م أ ش لصحة وصية السفه إجازة الحاكم لها، كما حدد وضعية هذا الأخير بكونه في حالة حجر و حكمته في ذلك هو أن تصرفات هذا الأخير قبل صدور حكم الحجر عليه هي بطبيعتها نافذة (3) وبالتالي لا يطرح الإشكال بالنسبة للفترة السابقة على حكم الحجر

(1) الشيخ يوسف بن الحاج فرج بن يوسف - المواريث الشرعية و الوصية و مجلة الأحوال الشخصية - ص 395 دار الميزان للنشر.
(2) الفصل 164 من م أ ش : "السفيه هو الذي لا يحسن التصرف في ماله و يعمل فيه بالتبذير والإسراف و الحجر عليه يتوقف على حكم من الحاكم".
(3) فقد نص الفصل 165 من م أ ش على أن : "جميع التصرفات التي باشرها السفيه قبل الحكم صحيحة نافذة و لا رجوع فيها، أما التي باشرها بعد الحكم فيتوقف نفاذها على إجازة وليه".
حتى بدون إجازة الولي القانوني للسفيه، وهو ما سار عليه المشرع المصري (1) وكذلك المشرع السوري (2).
ونفس هذا الإتجاه هو الذي إعتده المشرع المغربي الذي تبني كذلك المذهب المالكي.

الفقرة الثانية: حالة ضعف العقل

يمكن تعريف ضعيف العقل بأن الشخص المحدود التفكير الذي لا يهتدي إلى حسن التصرف إلا بعد التوضيح و الأفهام لذلك يسهل التغرير به و لا يسلم من الغبن في معاملاته.

والمشرع التونسي في هذا الشأن إتخذ نفس الموقف الذي إتخذه في حالة السفه، فقد عرف الفصل 160 من م أ ش في فقرته الثانية ضعيف العقل بأنه: "الشخص غير كامل الوعي، السيء التدبير، الذي لا يهتدي إلى التصرفات الراجحة ويغبن في المبيعات".

وقد أجاز المشرع وصية هذا الأخير بإعتبار أن الغبن الذي يتعرض إليه بمناسبة تعاقد له لن يؤثر عليه ولن يلحق به ضررا يذكر بإعتبار أن وصيته مؤجلة إلى ما بعد الموت، في حين أكد المشرع الفرنسي على عدم جواز وصية ضعيف العقل بشرط أن يؤثر ذلك تأثيرا هاما على قدرته على التعاقد بأن لا يكون في حالة سلامة للمدارك العقلية (3).

وبالتالي فإن إشتراط إمضاء الحاكم على صحة الوصية المبرمة من ضعيف العقل يعد منطقي لإكسائها صبغتها الشرعية وإلا فإنها تعد باطلة وهذا ما كرسته محكمة التعقيب التونسية ضمن إحدى قراراتها (4).

- (1) بإشتراطه موافقة المجلس الحسبي (وعندنا المحكمة الابتدائية)
(2) بإشتراطه موافقة القاضي المختص.

(3) que du testament militaire - Paris 1916.

"mais seulement à l'un quelconque de ses parents jusqu'au 16 éme degrés inclusivement" -Donations et testament- Mai 1987 F.K.L lomoithésie.

(4) "لا يجيز المذهب الحنفي الوصية إلا لمن كان أهلا للتبرع، فهي باطلة إذا صدرت من ضعيف العقل" قرار تعقيبي مدني عدد 48/40 مؤرخ في 4 أكتوبر 1960 ن 1960، ق.م ص 16.

الفقرة الثالثة: حالة البالغ ثمانية عشر عاما

البالغ ثمانية عشر عاما هو المعتبر بالغا بحكم الفقه، و القاصر بحكم القانون، ولا يصير رشيدا إلا ببلوغ العشرين عاما أو بحكم قضائي في ترشيده قبل بلوغها.

لقد ذهب المالكية إلى اعتبار أن الصغير المميز وإن كان محجورا عليه لحق نفسه حفاظا على أمواله ومكاسبه فإنه لا يتضرر من الوصية ولا يجب أن يمنع منها، فوصيته صحيحة إذا تجاوز العشرة أعوام، بحيث يقول الإمام مالك: "إذا أوصى وهو ابن عشر سنين أو إحدى عشرة سنة أو اثني عشرة سنة جازت وصيته".

والمشرع التونسي قد أخذ بالمذهب الماكي إلا أنه حدد السن بثمانية عشر عاما لمن يوصي من الصبيان دون سن البلوغ أي الرشد المحدد في القانون التونسي بعشرين عاما وجعل تلك السن ثمانية عشر عاما لأنها مظنة التمييز.

الفقرة الرابعة:

المبررات الشرعية والقانونية لجواز الوصية من هؤلاء

الأصناف الثلاثة

وصية المحجور عليه للسفه أو لضعف العقل و من كان عمره ثمانية عشر عاما جائزة إذ أمضاها الحاكم (الفصل 178 من م أ ش) و مبرر ذلك هو أن هؤلاء الأصناف الثلاثة مطالبون بالقيام بواجبات العبادات وإجتنب المعصية، و محاسبون عن أفعالهم وأقوالهم، ومكلفون التكليف الشرعي، لذلك فقد يحتاجون إلى إنشاء الوصية مثلما يحتاج إليها الرشداء كأن تفوتهم واجبات دينية أو تعرض عليهم أخلاقهم الأخذ بيد قريب محتاج أو فقير معاق ولا سبيل إلى تحقيق ذلك إلا عن طريق الوصية. لذلك فمن حقهم أن يوصوا في الحدود الشرعية لتحقيق رغبتهم، إذ لا ضرر لهم في حياتهم من إنشاء وصاياهم ما دامت الوصية تملكا مضافا لها بعد الموت، إذ بالموت يستغنى الإنسان عن ماله ويبقى له الأثر الحسن والذكر الطيب في الدنيا

ويكتب له الثواب في الآخرة. كما أن هذا التصرف لا يضر بالوارث لأن حقه يتعلق خاصة بمال الشركة بعد صرف الوصية الشرعية لأهلها.

تلك هي المبررات الشرعية والقانونية لجواز الوصية من هؤلاء الأصناف الثلاثة، وخشية من سوء التقدير وحتى لا تقع منهم في غير ما شرعها الله فتأتي مخالفة لأحكام الشريعة أو للنظام العام أو القانون فقد فرض المشرع لنقادها مصادقة الحاكم عليها، والحاكم المؤهل لذلك هو الحاكم الحسبي وهو عندنا رئيس المحكمة الابتدائية الذي يجب أن لا يتعدى دوره دور المراقبة للتحقق من سلامتها من البطلان المترتب عن مخالفة بعض الشروط الأخرى مثل شرط عدم توفر رضى الموصى.

الفرع الثاني:

يشترط في الموصي أن يكون رضاه موجودا وسالما من

العيوب

لقد إتفق الفقهاء على وجوب صدور رضى تام وغير معيب عن الموصي لصحة الوصية ولكن المشرع التونسي لم يتحدث عن هذا الشرط في مادة الوصية لذلك يتجه بنا الرجوع إلى القواعد العامة للقانون المدني وبالتحديد النظرية العامة للعقود في مادة الرضى، وعلى هذا الأساس فإن الوصية لا تعتبر صحيحة ونافذة إلا إذا صدرت عن شخص يكون رضاه موجودا وسالما من العيوب بسبب الأكراه مثلا أو الغلط أو السكر أو الإغماء (1).

فبالنسبة لركن الرضى كشرط يجب توفره لدى الموصي فإنه يجب أن يكون **موجودا** بمعنى معبرا عنه بطريقة واضحة وإرادة صريحة ناتجة عن عملية فكرية تمكن الإنسان من تحليل معطيات التصرف الذي يقصده ثم من تقييمه قبل أخذ القرار في شأنه (2) وبالتالي صحة هذا الرضى وسلامته من كل العيوب.

(1) أحكام الوصايا و الأوقاف في الشريعة الإسلامية - أحمد فراج حسين - ص 86.

(2) محمد الزين - النظرية العامة للإلتزامات - العقد 1 - ص 120.

وأما فيما يتعلق بـ **العيب الإكراه** فإن هذا الأخير قد يكون ماديا و أمّا معنويًا، فيكون الإكراه مادياً وذلك باستعمال طرق القوة في تحرير الوصية كإجبار الشخص على توقيعها أو استخدام ختم الموصي عنوة لختم الوصية. كما قد يكون الإكراه معنوياً وذلك بأن يقع حمل الموصي على الإيذاء بتهديده بإلحاق ضرراً بأبناءه أو زوجته بعد موته أو تلوّث سمعته وغالباً ما يقع تهديد الموصي بإهماله وتركه إذا لم يعقد الوصية لفائدة المكره. أمّا التشريع الإسلامي فإنه يكتفي بالإكراه المادي دون الإكراه المعنوي، مع إعتبار أن الإكراه هو العيب الأساسي في مادة عيوب الرضى.

وأما في ما يتعلق بـ **الغلط** وهو عدم تطابق الإرادة الباطنة الكامنة في النفس مع الإرادة الظاهرة المعبر عنها بصفة صريحة و خارجية (1).

وإلى جانب الغلط في القانون الذي إشتراط فيه المشرع بالفصل 44 من م إ ع أن يكون جوهرياً ومما يعذر بجهله، و الغلط في نوعية أو معدن الشيء موضوع العقد فإن المشرع جاء بحالة ثالثة للغلط وهي الغلط في الشخص أو في صفته (2)، لذلك تبرز أهمية الغلط في الشخص من قبل الوصي بإعتبار أن جوهر تصرفه هي رغبته في مكافأة شخص معيّن دون سواه أو رغبته في الرفع من مستواه المادي، وغيرها من المرامي التي يهدف إليها، وإلا كان هذا الأخير في حالة غلط جوهرى وفادح يمكن على أساسه إبطال الوصية.

وأما فيما يتعلق بـ **بحالة السكر** فإن جل القوانين الوضعية أخذت بإمكانية إبطال عقد الوصية إذا كان صادراً عن شخص ثبتت حالة السكر لديه.

ولا شيء يمنع من تطبيق هذا الإتجاه في القانون التونسي اعتماداً على **الفصل 58 من م إ ع (3)**، مع أن جمهور الفقهاء قالوا بصحة وصية السكران محتجين في ذلك بفكرة العقاب (4) إذ إستثنوا من ذلك السكران بطريق مباح وذلك بأن يضطر إلى السكر تحت تأثير دواء مخدر يستعمله للتداوي، أمّا

(1) voir cours de droit civil - 2eme année droit - le contrat - El Ajmi Bel Hadj Hammouda - op - cit page 33.

(2) الفصل 46 من م إ ع .

(3) الفصل 58 من م إ ع : "إذا وقع العقد في حال السكر المغيّر للشعور وجب فسخه".

(4) بالنسبة لوصية السكران، فإنها باطلة لعدم توفر الرضى، مع أن جمهور الفقهاء قالوا بصحتها عقوبة له على جرم السكر - الوصية الواجبة في الإسلام - للاستاذ هشام قبلان - ص 103.

السكر المحضور فلا يعيب الرضى، وهو ما ذهب إليه بعض الحنفية و الشافعية من أن هذا الأخير ليس من شأنه التأثير على تصرفات الموصي وبالتالي فإن وصيته تعتبر صحيحة وذلك تأسيساً على فكرة العقاب و الزجر له، في حين ذلك جانب آخر من الفقه إلى أن السكر المحضور يعيب الرضى مثله مثل السكر المباح لأن النتيجة

واحدة وهي الإسكار بما يغير الشعور، ولعلّ هذا التوجه هو الأرجح بإعتبار إتحاد الحالة عند إبرام العقد بفقدان الموصي للتمييز التام.

كما أن تطبيق قواعد الرضى في عقد الوصية يبقى محدودا بالنظر إلى عدم إمكانية الحديث عن **تغيير** أو **غبن** في هذا المجال، فجل المؤلفات الفقهية لم تتحدث عن هذه العيوب في مجال الوصية إذ لم يرد ذلك بأراء فقهاء المسلمين. ومنطقيا لا يمكن الحديث عن ذلك بخصوص عمل تبرعي ومنه الوصية لأن الموصي لا يقصد من وراء تبرعه الحصول على أية منفعة، وبالتالي لا يمكن تصور إمكانية إدعائه بعد إيصائه لشخص معين بأن هذا الأخير قد إستعمل معه حيلة أو مختلات أو كنايات مثلما نص على ذلك **الفصل 56 من م إ ع**، ومن هنا فلا مجال للحديث عن غبن تغريبي في إطار الوصية.

الفرع الثالث:

حالة مرض الموصي

لا تعتبر حالة المرض لدى الموصي سببا لعدم إجازة الوصية الصادرة عنه، حتى وإن كان هذا المرض حادا مادام الموصي متمتعا بمداركة العقلية وإرادة واعية عند تبرعه وهو ما يفهم من رأي المذهب الحنفي الذي نظم المسألة وهو ما نجده في المادة 1130 من لائحة الأحكام الشرعية (1)، وبالتالي يمكن للموصي أن يعبر عن رغبته في الإيضاء في حالة مرضه بمجرد الإشارة مع عدم إمكانية النطق بسبب ضعفه وذلك يشترط أن يفهم من إشارته أنه واع بما ينوي القيام به من عمل تبرعي. وهو ما ذهب إليه كذلك الفقه و فقه القضاء الفرنسي متبعا في ذلك ما إقتضاه المشرع الفرنسي في هذا الشأن، إذ يمكن مجرد قدرته على إمضاء الوصية وهو كذلك ما سار عليه فقه القضاء المصري.

(1) المادة 1130 من لائحة الأحكام الشرعية: "المريض إذا أوصى وهو لا يقدر على الكلام لضعفه، فأشار برأسه، ويعلم منه أنه يعقل، إن فهمت منه الإشارة جازت وصيته وإلا فلا، وهذا إذا مات لا يقدر على النطق حيث يعتبر إعتبار الأخرس لوقوع اليأس من كلامه".

أمّا فيما يتعلق بتصرفات المريض **مرض الموت** (les actes de dernière maladie) فإن وصيته جائزة وذلك أخذا عن قول الرسول ﷺ: "إن الله تبارك و تعالی تصدق عليكم بثلاث مالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم فضعوه حيث شئتم"، إضافة إلى أن المذهب الحنفي يعتبر أن الوصية هي ما أوجبه الموصي في ماله تطوعا بعد موته أو في مرضه الذي مات فيه وهو ما أخذ به المشرع التونسي صلب الفصول 354 و 355 و 565 من مجلة الإلتزامات و العقود (1)، وذلك بالإعتماد على قياس الوصية لغير وارث على البيع لغير وارث وذلك في حدود الثلث، وبالتالي فإنه وحسب رأي الأستاذ "محمود شمام" يمكن قياس ما ورد في هذه الفصول على

الوصايا حتى و إن لم يقع التخصيص صراحة على ذلك في باب الوصايا طالما أن القانون المدني أورد في ذلك مبدأ عاماً .
وبالتالي فإن الوصية في مرض الموت تدخل في إطار الإمكانية التي خولها المشرع لكل شخص في أن يتصرف في ثلث ماله بحرية و دون أي قيد بشرط أن يكون ذلك بغير وارث أي بمقتضى إمكانية التبرع المخولة له من قبل المشرع.
كما لا يفوتنا في هذا المجال التعرض إلى أحكام الفصل 206 من م أ ش الذي نص على أنه "إذا صدرت الهبة خلال مرض متصل بالموت إعتبرت وصية".
فهذا الفصل كان صريحاً في إعتبار الهبة التي تصدر عن الواهب أثناء مرض موته فإنها تقوم مقام الوصية وبالتالي في حكم هذه الأخيرة.

الفرع الرابع:

يشترط في الموصي أن لا يكون مديناً بديون تتجاوز أمواله

لم يقع التخصيص على هذا الشرط صراحة ولكنه يستشف من الفصل 188 من م أ ش الذي

أجابت مذاهب الشريعة الإسلامية عن هذا الإشكال، فالحنفية تشترط أن لا يستغرق الدين كل مال الموصي وإلا فإن وصيته باطلة في حين أن المالكية لم يشترطوا هذا الشرط ولكنهم إعتبروا أن الوصية تخرج من مال الميت وذلك بعد تسديد كامل الديون، وهكذا يتضح و أن المذهبين يلتقيان في التطبيق. ولكن يمكن التساؤل عن مصير الوصية الصادرة من موصي أحاطت بماله الديون ؟

ينص: "من لا دين عليه ولا وارث تنفذ وصيته ولو بكل ماله بدون التوقف على ميراث صندوق الدولة"، و السؤال الذي يطرح في هذا الإطار هو هل يجوز لمن إستغرقت الديون جميع أمواله أن يوصي بشيء من هذا المال ؟ .

لقد إستعمل المشرع صلب الفصل 188 المذكور عبارة "من لا دين عليه" وبالتالي فهو يشترط خلاص كامل الديون أولاً، ولا يعني ذلك أن الوصية باطلة ذلك أنه لا يمكن أن يسلم أي شخص من دين ما، غير أن الدين يستخلص قبل الوصية وقبل الميراث أيضاً وذلك عملاً بأحكام الفصل 87 من م أ ش .

(1) الفصل 354 من م إ ع : "إذا اسقط الدائن في مرض موته ماله على أحد ورثته سواء كان الإسقاط في الكل أو في البعض فإن الإسقاط لا يصح إلا بمصادقة جميع الورثة عليه".

الفصل 355 م إ ع : "الإسقاط الصادر من الدائن لغير وارثه في مرض موته يعتبر في ثلث مخلفه بعد إستيفاء الديون ومصاريف جنازته".

الفصل 565 م إ ع : "بيع المريض في مرض موته يجري عليه حكم الفصل 354 إذا كان لو ارث ... وإذا كان البيع لغير وارث ينتزل عليه حكم الفصل 355".

المبحث الثاني :

الشروط المتعلقة بالموصى له

لا يكفي تحقق الشروط المتعلقة بالموصي لقيام وصية صحيحة بل يجب كذلك أن تكتمل بتحقق الشروط المتعلقة بالموصى له بإعتبار أن هذا الأخير هو المستفيد من عملية الإيضاء، والسؤال الذي يطرح في هذا المجال هو: هل يجوز للإنسان أن يوصي لمن يشاء بدون قيد أو شرط أو هناك قيود وشروط وضعها التشريع الإسلامي وإقتباسها عنه مجلة الأحوال الشخصية ؟

هذا هو الموضوع الذي سنحاول بيانه من خلال التعرض إلى الشروط المتعلقة بالموصى له مثلما ورد في مجلتنا للأحوال الشخصية و شريعتنا الإسلامية.

الفرع الأول:

يشترط في الموصى له أن يكون موجوداً

لقد إتفقت جل التشريعات الوضعية على ضرورة أن يكون الموصى له موجوداً زمن الإيضاء ولكن لمزيد التحري في هذا الشرط يجب أن نفرق بين أن يكون

الموصى له موجودا حقيقة (فقرة أولى) وبين أن يكون الموصى له موجودا تقديرا (الوصية للحمل) (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: أن يكون موجودا حقيقة

الموصى له في التشريع الإسلامي هو ذات مادية -1- كالأفراد العاديون حيث لا يشترطوا فيهم البلوغ ولا الرشد فكل من له أهلية الوجود يصح أن يكون موصى له وكذلك يمكن أن يكون ذات معنوية -2- مثل المرافق العامة والمساجد والمدارس والمستشفيات وغيرها ...

1 - الموصى له ذات مادية:

يعتبر التصرف العقدي لفائدة شخص مادي الحالة الغالبة في هذه المادة، ولكن يتجه التمييز بين الوصية لفائدة ذات مادية عن تلك الصادرة لدابة والتي تعتبر غير جائزة بالمرّة، بإعتبار أنه يتعين أن يكون الموصى له أهلا للتملك و الإستحقاق، فالمبدأ العام في المادة المدنية يتمثل في أن كل شخص بمجرد ولادته حيا تترتب له أهلية تمكنه من الحصول على ما يمكن الحصول عليه بطريق التملك وهو ما يعرف بأهلية الوجوب (capacité de jouissance) بصرف النظر عن تمتعه بأهلية التصرف (capacité d'exercice) من عدمه فجوهر الإيضاء في هذا المجال يتمثل في أن يكون الشخص أي الموصى له أهلا للإستحقاق وهي أهلية تصاحب الشخص من يوم ولادته إلى حين وفاته، وهو مبدأ متعارف عليه في القوانين الوضعية فلا تجوز على أساسه الوصية للدابة مثلما تعارف عليه فقهاء التشريع الإسلامي إذا إتفقوا على أنه لا يمكن تملك الدابة بإعتبارها لا تتمتع بأهلية التملك من أساسه كالفرس و الإبل و غيرها وهو ما قال به الحنفية و الشافعية و المالكية.

2 - الموصى له ذات معنوية:

ينص الفصل 173 من م أ ش: " تجوز الوصية لأماكن العبادة وللجمعيات ذات الصبغة القانونية" وعلى هذا الأساس فقد إترف المشرع التونسي للأشخاص غير الماديين بحقهم في الحصول على ملكية أو منفعة بسبب الوصية، ولكن ما يلاحظ من خلال صياغة هذا الفصل هو أن مقننه قد أورد حالتين وردا ذكرهما على سبيل الحصر بما لا يدع مجالاً لإقحام حالات أخرى حسبما تفرضه عبارة "الواو" التي ربطت بين أماكن العبادة و الجمعيات ذات الصبغة القانونية، لكن الصياغة العامة والشاملة التي تميز هاتين الحالتين كقيلة بأن تشمل معظم الحالات الممكنة التي تشملها عبارة "الجهات العامة" و الواردة على لسان الفقهاء.

و المقصود بأماكن العبادة هي الأماكن العمومية المفتوحة في وجه أصحاب العقائد الدينية ليؤدوا فيها بخشوع مناسكهم و عباداتهم من صلوات و تلاوة و أدعية و تبرك و إستغفار و ما يصدق عليها لفظ التعبد بوجه عام و من ذلك المساجد و الكنائس و ما في حكمها. و هي على هذا الأساس ذات صبغة دينية بحتة، بحيث لا مجال لأغراض المالية في إطارها، و تقييد الأماكن بالعبادة يجعل الوصية لأماكن اللهو و الفساد ممنوعة حتى ولو كان لها ترخيص من السلطة.

أما المقصود بالجمعيات ذات الصبغة القانونية فإن المشرع التونسي لم يشذ عن بقية التشريعات العربية المقارنة كالتشريع المصري و السوري رغم الإختلاف في الصياغة (1) بإعتبار أنه لم يتولى تصنيف هذه الجمعيات القانونية بل ترك بذلك المجال للقانون المنظم للجمعيات (2).

كما يتضح من ذلك أن الوصية لا تجوز للجمعيات التي لم تكن في وضع قانوني كالتي لم تحظى بترخيص في تعاطي النشاط المقصود من تكوينها إذ لا بد من التقيد بالقانون و بالتالي يمكن للجمعيات ذات الصبغة القانونية قبول العطايا و الهبات و الإعانات و الوصايا أي التملك عموما وهو ما خوله له **الفصل 173 من م أ ش** وكذلك القانون المتعلق بالجمعيات.

الفقرة الثانية: أن يكون موجودا تقديرا: الوصية للحمل

الأئمة و الفقهاء وإن اختلفوا في صحة الوصية للمعدوم فإنهم إتفقوا على صحتها للحمل متى ثبت وجوده في بطن أمه زمن إنشائها حتى لا يكون له حكم المعدوم.

فإذا ثبت وجوده جاز أن يكون خلفا للموصي لأنه أهلا للتملك بهذا الوجه على خلاف الهبة فهي لا تصح له نظرا لما تقتضيه أحكامها من لزوم القبض و التملك بالموهوب في الحال، و التملك يستوجب وجود المالك على وجه اليقين بخلاف التملك بالوصية فلا يكون إلا مضافا لها بعد موت الموصي، لذلك فالعبرة بمجرد الوجود عند الإنشاء في بطن الأم فإذا تبين خلاف ذلك بطلت.

ولقد إتبع المشرع التونسي هذا المسلك مقرا بإجازة الوصية للحمل و لكن مقترنا ذلك ببعض الشروط حيث نصّ **الفصل 184 من م أ ش** على أنه: "تصح الوصية للحمل بشرط أن يكون موجودا في تاريخ الإيصاء وأن يوضع حيا في المدة المعينة **بالفصل 35**".

(1) نصت هذه التشريعات على جواز الوصية للمؤسسات الخيرية و العلمية و سائر المصالح العامة و غيرها من جهات البر و الإحسان ...

(2) وهو القانون عدد 154 لسنة 1959 المؤرخ في 1959/11/07 و المتعلق بالجمعيات و المنقح بالقانون الأساسي لسنة 1992 المؤرخ في 1992/04/02 الصادر بالرائد الرسمي عدد 21 بتاريخ 03 و 07 افريل 1992.

وبقراءة هذه الفقرة الأولى من الفصل المذكور يتبين وأن المشرع إشتراط لصحة الوصية للحمل أن يكون عالقا بطن أمه زمن إنشائها و أن يولد حيا خلال مدة لا تتجاوز المدة القصوى للحمل و المقدرة بعام بمقتضى **الفصل 35 من م أ ش** و العام هو خمسة و ستون و ثلاثمائة يوم. وهذا ما ذهبت إليه محكمة التعقيب في إحدى قراراتها معتبرة أنه "يصح الإيصاء للحمل على شرط أن يكون موجودا عند الإيصاء وأن يولد الموصى له حيا في غضون سنة طبق الفصلين **184 و 35 من م أ ش**" (1).

كما يجب الإشارة إلى شرط آخر يفهم من محتوى **الفصل 184 من م أ ش** ومن الأحكام المتعلقة بالنسب (2) وهو **غياب إشتراط ثبوت النسب**، فالوصية صحيحة لحمل امرأة زوجيتها غير قائمة دون ربط بأبيه بشرط ولادته حيا في مدة لا تتجاوز الخمسة و الستين و ثلاثمائة يوم من وقت الإنشاء بحكم القانون، وأمّا إذا ولد بعد إنقضائها بطلت الوصية لإنتفاء وجوده في بطنها وقت الوصية بدليل ولادته بعد المدة المعينة **بالفصل 35 من م أ ش**.

وحسب المادة **36** من قانون الوصية المصري - المطابقة للمذهب الحنفي - فإنه إذا جاءت المرأة الحامل بولدين توأمين حيين ولدا متعاقبين، أو في وقتين مختلفين و الزمان الفاصل بينهما يكون أقل من ستة أشهر فالموصى به يقسم بينهما بالتساوي ما لن تنص الوثيقة على المفاضلة بين الذكر و الأنثى وأمّا إذا انفصل أحدهما ميتا إستحق الحي كل الوصية.

و أمّا في ما يتعلق بمآل غلة الشيء الموصى به فإن **الفصل 184 من م أ ش** نص في فقرته الثانية أنه: "**تحفظ غلة الموصى به من حين وفاة الموصي إلى أن ينفصل الحمل**". ويتبين من ذلك أن المشرع التونسي قد تبنى مذهب القائلين بالتوقيف فأوجب حفظها من حين وفاة الموصي إلى أن ينفصل الحمل، فإن ولد حيا إستحقها على أساس أنها من نماء الموصى به وإلا كانت للورثة لبطلان الوصية.

وهنا لا بد من الإشارة إلى جواز التحبّيس حسب رأي القاضي "أبي يوسف" تلميذ "أبي حنيفة" على من سيولد من أبناء المحبّس دون شرط وقوع الحمل بهم.

(1) قرار تعقيبي مدني عدد 3903 مؤرخ في 20 جانفي 1981 ن 1981 ق.م ج 1 ص 26.

(2) الفصول 68 إلى 78 من م أ ش .

الفرع الثاني:

يشترط في الموصى له أن لا يكون وارثا

لقد جاء الفصل 179 من م أ ش صريحا في هذه المسألة حيث نصّ على انه: "لا وصية لوارث ولا فيما زاد عن الثلث إلا بإجازة الورثة بعد وفاة الموصي" و تعتبر هذه القاعدة دعما لما أجمع عليه الفقهاء الأربعة من عدم جواز الوصية لوارث، ويقصد بالوارث من كان له الحق على التركة بسبب القرابة أو المصاهرة وهو ما حدده الفصل 89 من م أ ش و ما يليه من الفصول، وقد إقتدى الفقهاء في ذلك بقوله ﷺ: "إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث".

ولكن ذهب جانب آخر من الفقهاء المسلمين إلى جواز الوصية حتى ولو كانت لوارث وهو ما قال به الشيعة الزيدية والشيعة الإمامية والإسماعلية، وما ذهب إليه أيضا أبو مسلم الأصفهاني بحيث إعتبروها جائزة من أساسها معتمدين في ذلك على ظاهر الآية الكريمة "كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف وحق على المتقين" (1) وهو ما أخذ به القانون المصري بالمادة 37 من قانون الوصية والذي جاء به "تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره".

ويعتبر المشرع المصري بموقفه هذا قد حاد عما إرتأه الفقه الإسلامي من عدم إمكانية الوصية لوارث إلا بإجازة الورثة، ولكن المشرع التونسي وإن كان متفقا مع هذا الفقه من حيث مبدأ عدم جواز الوصية للوارث فإنه قد تميز بإطلاقه لهذا المبدأ و رفضه له من أساسه وبالتالي عدم تعليقه على إجازة الورثة لمثل تلك الوصية مثلما أجمع على ذلك فقهاء التشريع الإسلامي ومن إتبعهم من المقننين المعاصرين. فالمشرع التونسي إعتد مذهب الحنفية ورأى من المالكية و الشافعية المعتمد عند الحنابلة فأجاز الوصية للوارث على أن يتوقف نفاذها على إجازة الورثة، فإذا أجازوها إستحق الوارث وصيته من يد الموصي مباشرة، وإذا أجازها البعض مضت في حقه، بقدر حصته، وبطلت في حق من أبي، وإستحق منابه كاملا من التركة بدون نقصان.

(1) الآية 180 من سورة البقرة.

وفي هذا الإطار تجدر الإشارة إلى أن الفصل 179 من م أ ش قد ورد بالباب الثاني تحت عنوان "الموصي" وكان من الأجدر بالمشرع أن ينص على هذا الإختيار التشريعي بالباب الثالث المتعلق "بالموصى له" وهو ما يعتبر عيبا شكليا كان لا بد من تقيده إثر التنقيحات المدخلة على مجلة الأحوال الشخصية.

الفرع الثالث:

إذا كان الموصى له أجنبياً يشترط المعاملة بالمثل

يمكن أن يتساءل المرء هل تصح الوصية لشخص غير مسلم من مسلم وهل يمكن أن يوصي التونسي لشخص أجنبي أي جنسيته غير تونسية؟ وهذا السؤال أجاب عنه التشريع الإسلامي وكذلك القانون التونسي، إذ لا خلاف بين الفقهاء في جواز الإيصال لشخص أجنبي، حيث إشتراط الإمام أبو حنيفة أن يكون غير محارب محتجا بقوله تعالى: "لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبرؤهم وتقسطوا إليهم إن الله يحب المقسطين" (1). فإختلاف الدين لا يمنع صحة الوصية وتنفيذها بإعتبار أن الدين الإسلامي هو دين تقارب وتوادم، إذ لا يشترط لصحة الوصية إتحاد المعتقد والهوية بين الموصى له بل هي صحيحة حتى مع إختلاف الدين والملة.

ومثلما تجوز الوصية من المسلم للمسلم تجوز من المسلم لغير المسلم ومن غير المسلم للمسلم ومن غير المسلم لغير المسلم فهذه الصور الأربعة جائزة لأن أعمال البرّ مباحة بين أهل الأديان المختلفة والشريعة الإسلامية بالخصوص تدعو للتواصل و التراحم والتسامح و مساعدة الفقراء والمحتاجين ولو تباينت اديانهم و معتقداتهم.

(1) الآية 8 من سورة الممتحنة.

وقد أخذ القانون التونسي بذلك من **الفصل 174 من م أ ش** إذ يقول: "تصح الوصية مع إختلاف الدين بين الموصي و الموصى له" **أمّا الفصل 175** من المجلة المذكورة فإنه ينص: "إذا كان الموصى له أجنبياً تشترط المعاملة بالمثل" و معنى ذلك أن الوصية جائزة حتى و لو إختلفت الأديان وكذلك **الدول** و لكن على شرط المعاملة **بالمثل**، فإذا كان الموصى له تابعا لدولة أجنبية تمنع قوانينها الوصية لغير رعاياها فوصية التونسي لرعايا تلك الدولة غير نافذة وذلك تحقيقا للمساواة في التعامل.

وبالتالي فإن الفقه يبيح الوصية مع إختلاف الدين و أمّا القانون فيبيحها للأجنبي بشرط أن يسمح بذلك قانون بلاده أي أن الوصية لا تكون لمن حاربنا ولمن منع قانونه الوصية لنا وهو عين ما جاء به المذهب الحنفي الذي إستمد منه **الفصلين 174 و 175 من م أ ش**.

المبحث الثالث :

الشروط المتعلقة بالموصى به

لا يكفي توفر الشروط السابق التعرض إليها و المتعلقة بالأشخاص (الموصي و الموصى له) لصحة التصرف القانوني موضوع البحث، بل لا بد أن تتوفر في موضوع الوصية جملة من الشروط التي تتطافر مع الأولى لتكون عملية الإيضاء صحيحة قابلة للنفاد.

فالموصى به يعتبر جوهر الوصية أي موضوعها فلا جدال في أن يكون قابلا للتملك (فرع أول) فضلا عن رجوع ملكيته للموصي إذ لا يصح الإيضاء بملك الغير لصبغة التصرف التبرعية (فرع ثاني) على أن لا يتجاوز المقدار الموصى به ثلث التركة (فرع ثالث).

الفرع الأول:

يشترط أن يكون الموصى به قابلا للتمليك

والمقصود بذلك أن يكون مما يجري فيه الأثر أو ما يصلح أن يكون موضوعا للتعاقد حال حياة الموصي. فما يصلح أن يكون تركة يصلح أن يوصى به بمعنى آخر أن يكون مالا أو مقوما بالمال (فقرة أولى) شريطة أن يكون مشروعا (فقرة ثانية)

الفقرة الأولى: أن يكون مالا أو مقوما بالمال

أهمل المشرع هذا الشرط رغم أهمية التصرف القانوني موضوع البحث إذ كان عليه أن يستهل به الفصل الخاص بالموصى به قبل الخوض في هلاكه أو إستحقاقه. ويمكن إرجاع غياب هذا الشرط في مجلة الأحوال الشخصية إلى غيابه في لائحة الأحكام الشرعية التي إستمدت منها الأحكام المتعلقة بالوصية.

وقد كان الإتفاق حول هذا الشرط موجودا لأنه لا يملك غير المال و تعرف مجلة الحقوق العينية في فصلها الأول المال بأنه: "كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون و من شأنه أن يكون موضوع حق ذي قيمة نقدية". هذا وقد

عرف المشرع في **الفصل 171 من م أ ش** الوصية بان تمليك و التملك لا يمكن أن يكون موضوعه شيئاً آخر غير المال والمال يمكن أن يكون **عينا** او **منفعة** .

1 - الوصية بالعين:

الوصية قد تكون بالنقد أو بالعين و يقصد بالعين العقار أو المنقول و العقار ممكن أن يكون كذلك بحكم طبيعته أو بحكم القانون و يشترط في الموصى به إذا كان عينا معينة أن يكون موجودا حين إنشاء الوصية إذا كان معيناً بالذات، أما إذا كان معيناً بالوصف فيكفي وجوده حين وفاة الموصي.

2 - الوصية بالمنفعة:

الوصية بالأعيان، وإن كانت جائزة باتفاق الأئمة و الفقهاء، فإنها ليست كذلك بالنسبة للمنافع، وقد اخذت المجلة برأي الجمهور القائل بالجواز (1) إستنادا إلى أنه إذا كان من حق الموصي تمليك الموصى له بالعين و المنفعة معا فكيف لا تجوز له الوصية بالأقل وهو المنفعة، والله جعل له حق التصرف في ثلث ماله بالوصية بعد وفاته مثلما جعل له حق التصرف المطلق في كل ماله حال حياته.

و المقصود بالمنافع هو كل ما يمكن أن يترتب على العين من مصلحة بحسب ما أعدت له تلك العين . ومن الوصية بالمنافع سكنى الدار، وإستغلال الحمام و الطاحونة و المجزرة و الإنتصاب لمباشرة المهنة أو الحرفة بالمحلات المعدة لذلك، و الإنتفاع بمال كراء العين ومحصولات الزراعة وما ينتجه الشجر من غلة وغيرها ...

و لا لزوم أن يكون الموصي مالكا للعين بل يكفي أن يكون ذا حق في منفعتها غير محجر عليه إحلال غيره محله كما قال بذلك المالكية. ولا يكفي أن يكون الموصى به قابلا للتمليك بل يجب أن يكون المال الموصى به مشروعاً.

الفقرة الثانية: أن يكون مشروعاً

حرص المشرع على أن يكون موضوع الإلتزام مشروعاً، فجاء **الفصل 62 من م إ ع** ناصاً على أنه: "لا يصوغ التعاقد إلا فيما يصح فيه التعامل من الأشياء والأعمال و الحقوق المجردة فما لم تصرح القوانين بمنع التعاقد فيه يصح التعامل فيه".

(1) الفصل 181 من م أ ش: "الموصى له يستحق الوصية مع ما زاد فيها من زمن وفاة الموصي".

الفصل 182 من م أ ش: "لا تصح الوصية بالمنافع إلا لطبقة واحدة وبإنقراضها تعود العين لتركه الموصي".

أما الوصية فتفتقر أحكامها لمثل هذا الشرط، غير أن ذلك لا يمنع من تطبيق النص المذكور عليها باعتبارها تصرفاً قانونياً لذلك فيجب أن لا يخرج الموصى به عن دائرة المعاملات لأن ما كان خاضعاً للمعاملات كان مشروعاً بصريح أحكام الفصل 62 من م أ ش.

إن اشتراط إمكانية التعامل في الموصى به تندعم بشرط ملكيته من الموصي.

الفرع الثاني:

يشترط أن يكون الموصى به ملكاً للموصي عند إنشاء الوصية

الموصى به هو موضوع الوصية و محلها الذي يظهر أثرها فيه، لذلك يجب أن يكون موجوداً ومملوكاً من طرف الموصي عند إنشاء وصيته بمعنى أن يكون على ملكه يوم وفاته، لأن الوصية بمجرد المال وإن كانت تملكها مضافاً لما بعد الموت يكفي فيها وجود ذلك المال على ملك الموصي وقت الموت، وإلا كان التملك صادراً من غير المالك إذ لا يجوز للإنسان أن يتصرف في مال غيره على أساس أنه مالكه، فإذا أوصى بشيء معين ولم يوجد بعد، أو كان موجوداً ولكنه على ملك غيره وهو يأمل أن يمتلكه فلا تصح وصيته حتى ولو أصبح على ملكه بعد العقد وتوفي عنه.

و لقد ذهب المشرع التونسي في هذا الإتجاه وذلك عملاً بالقاعدة العامة الواردة **بالفصل 551 من م أ ش (1)** والتي تجد صدى لها **بالفصل 186 من م أ ش** المتعلق بالوصية و الذي نص على أن: "الموصى به يجب أن يكون موجوداً عند الوصية في **ملك الموصي** إذا كان معيناً بالذات". وقد أجمع على ذلك الفقهاء المعاصرون وكذلك فقهاء الشريعة الإسلامية. أما إذا كان الموصى به معيناً **بالوصف** فيكفي توفره في ملك الموصي عند وفاته، فالمشرع رغم إعتناؤه بملكية المتعاقد عليه في العديد من التصرفات القانونية التبادلية خاصة فقد أغفل ذلك بالنسبة للوصية بحيث لم يفردها بنص خاص مثلما فعل بالنسبة لبيع وكراء و رهن ملك الغير، ولكن الأكد أن الشخص لا يمكنه أن يتبرع بما هو لغيره.

(1) الفصل 551 من م إ ع: "لا يجوز لشخص أن يمنح غيره أكثر مما لنفسه من الحقوق".

الفرع الثالث:

يشترط أن لا يتجاوز مقدار الموصى به ثلث التركة

خول القانون للشخص الحق في الإيضاء، لكنه في المقابل حد من حريته في ممارسته هذا الحق فحصره في ثلث ماله أو ما دونه محققا بذلك نوعا من التوازن بين حق المورث في الإيضاء وحق الورثة في ثلثي مخلفه، لكن يرد على هذا المبدأ (فقرة أولى) عدة استثناءات نتولى بسطها لاحقا (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: المبدأ

تخضع الوصية لمبدأ هام وهو إستخراجها من ثلث التركة فما دونه لأن تجاوز هذا القدر يعتبر تعسفا من الموصي في ممارسة حقه في الإيضاء وتعد منه على حقوق ورثته. و تتميز القوانين العربية الإسلامية عامة بتكريس هذا المبدأ، خلافا للقانون الفرنسي مثلا الذي لا نجد فيه أثرا لمثل هذا التحديد. ولم يفرق المشرع التونسي بين الوصيتين الإختيارية و الواجبة من حيث المقدار إذ نص **الفصل 179 من م أ ش** المتعلق بالوصية الإختيارية أنه: "**لا وصية لوarith ولا فيما زاد على الثلث إلا بإجازة الورثة بعد وفاة الموصي**" (1) في حين إعتنى الفصل 191 من نفس المجلة بالوصية الواجبة فنص بدوره على المبدأ نفسه.

وينتقد الأستاذ هشام قبلان هذا الإختيار الذي بينته كل التشريعات العربية مناديا بتجاوز هذه القيمة كحد أقصى على الأقل بالنسبة للوصية الواجبة وإعتبر أن الثلث ينطبق على الوصية الإختيارية وما إنطبقه على الوصية الواجبة إلا قياسا بإعتبارها وصية (2) وهو ما نوافق فيه الفقيه المذكور لأن عملية القياس لا تستقيم بوصف الوصية الواجبة ميراث إستثنائي (وهو ما نستوضحه بمزيد التفسير أثناء تعرضنا إلى الجزء الثاني من هذا البحث).

(1) "...لا وصية لوarith ولا فيما زاد على الثلث إلا بإجازة الورثة بعد وفاة الموصي" قرار إستئنافي مدني - تونس - عدد 59966 مؤرخ في 31 جويلية 1967 ق.ت 6/1968 ص 64.

(2) الدكتور هشام قبلان - الوصية الواجبة في الإسلام - منشورات البحر الأبيض المتوسط ومنشورات عويدات بيروت ص 59 - 82.

وقد أخذ المشرع التونسي أحكام الفصل 179 المذكور عن المذهبين المالكي و الحنفي (1) الذي إستندا لتحديد هذه القيمة لحديث شريف رواه سعد بن أبي وقاص قال: "جاءني رسول الله يعودني من وجع إشدت بي فقلت يا رسول الله إني قد بلغ بي من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا ترثني إلا إبنة لي، أفأتصدق بثلث مالي؟

قال : لا
قلت : فالشطر
قال : كلا
قلت : فالتث يا رسول الله
قال : التث، والتث كثير، أنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم يتكفون الناس".

كما روى عن رسول الله ﷺ أنه قال: "إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم بعد وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في اعمالكم فضوه حيث شئتم".

ولا يختلف التشريع الجزائري والسوري وقانون الأحوال الشخصية الكويتي (2) عن التشريع التونسي في هذا المجال على أن الوصية لا تنفذ للوارث ولا بما زاد عن الثلث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي. أما وقد تعرضنا للمبدأ فماذا عن الإستثناءات؟

(1) لائحة الأحكام الشرعية - للشيخ جعيط - ص 387.

(2) المادة 189 من قانون الأسرة الجزائري.

المادة 238 من القانون السوري.

المادة 245 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

الفقرة الثانية: الإستثناءات

هناك 3 إستثناءات تتجاوز فيه مقدار الموصى به ثلث التركة.

1 - صحة الوصية بما يفوق الثلث إذا أجازها الورثة:

إذا وقع الإيصال بأكثر من الثلث، كان ورثة الموصي أمام خيارين وهما الإجازة عن الزائد عن الثلث أو الإمتناع من ذلك. فإن أجازوها نفذت وكان ذلك تحقيقاً لإرادة مورثهم، وأما إذا إمتنعوا نفذت الوصية في الثلث فحسب وبطلت في الزائد عنه ويشترط في الإجازة إن وجدت أن تكون بعد وفاة الموصي لأن حق الورثة في الميراث لا يبرز إلا وقتئذ، وتكون إجازتهم تلك بمثابة التخلي عن الحماية القانونية التي خص بها المشرع الثلثين ويشترط في المجيز أن يكون أهلاً للتبرع لأن الإجازة تعد تبرعاً بما فاق الثلث.

2 - صحة الوصية بكامل التركة في غياب وارث:

يفهم هذا الإستثناء من خلال قراءة الفصل 188 من م أ ش الذي نص على أنه: "من لا دين عليه ولا وارث تنفذ وصيته ولو بكل ماله بدون توقف على ميراث صندوق الدولة". ولقد أخذ المشرع التونسي هذا الفصل عن مذهب الحنفية التي أجازت وصية من لا وارث له بكامل ماله دون التوقف على ميراث صندوق الدولة، وهو ما وردت به المادة 1148 من اللائحة في قسمها الحنفي التي جاء فيها أنه إذا أوصى بجميع ماله وليس له وارث نفذت الوصية، ولا يحتاج إلى إجازة بيت المال بعد أن أضاف إليها (من لا دين عليه) إحتراما للعبارة الواردة في أقوال السادة فقهاء المذهب الحنفي، و لو أن الأمر يدعو إلى إيرادها وإضافتها لأن إخراج أي وصية نافذة يأتي بطبيعته بعد أداء الحقوق المتعلقة بعين التركة، فمصاريف التجهيز والدفن فالديون الثابتة في الذمة كما ورد ذلك بالفصل 87 من م أ ش .

3 - صحة الوصية للوارث بمثل نصيبه الشرعي الذي يفوق الثلث :

أجاز المشرع للمورث الإيصال في قائم حياته لورثته حسب أنصبتهم الشرعية حتى يجنبهم الخلاف بعد مماته - وخاصة إذا لم يكونوا من أم واحدة - فجاء الفصل 180 من م أ ش ناصا على: "تخصيص الموصي في حياته جميع ورثته أو بعضهم بأعيان من ماله يعادل منابهم من الإرث جائز ويلزم بالوفاء، والزائد على المناب يجري عليه احكام الوصية للوارث".

فهذه الوصية صحيحة إذا ما احترمت فيها قواعد الميراث التي تهتم النظام العام و التي يترتب عن خرقها البطلان فإذا ما كان نصيب الوارث الشرعي أكثر من الثلث نفذت الوصية دون أي إشكال.

المبحث الرابع :

الشروط المتعلقة بصيغة الوصية وطرق إثباتها

لا خلاف بين الفقهاء في عدم وجود صيغة خاصة للوصية تدل عليها و تنبرم بها، فهم متفقون على أن الإيصال يحصل بما يدل عليه من لفظ وإشارة مفهومة ولو من قادر على النطق، أمّا غير القادر عليه كالأخرس ومعتقل اللسان فإنه إذا فهمت إشارته ودلت على مقصده وأصبحت معبرة عن مراده، فإن وصيته تصح بالإشارة المعبرة عما يقصد و يرمي إليه. قال "ابن رشد" في لباب اللباب: "الصيغة لفظ أو ما يقوم مقامه يدل على معنى الوصية ويحصل الإكتفاء بقريئة الحال، فلو قال هذا لفلان كانت الوصية نافذة" ويقول "ابن عرفة": "إن الصيغة هي كل ما يدل على معنى الوصية فيدخل الكتب و اللفظ وحتى الإشارة".

والقانون التونسي لم يفرض لإنشاء الوصية شكل خاص أو بلفظ دون سواه، مكتفيا بقبول كل عبارة من شأنها أن تدل على قصد العطاء بعد الموت على وجه التبرع كأوصيت أو وهبت أو تبركت أو جعلت لفلان بعد موتي حق التملك بثلاث تركتي أو تصدقت لمؤسسة كذا أو لمسجد كذا ... فكل هذه الألفاظ و ما شابهها من

التركيب، تتصرف بوضوح للوصية وتدل على إنشائها، لأن الإرادة برزت واضحة في عقدها وقيامها وإبرامها.

وبالتالي فالمشرع لم يشترط فيما لفظ معين مخصوص، فالعبرة بما يقصده الموصي في عقد إيصائه و ما يفسره عند اللزوم القاضي عملا بقاعدة القانون المدني (1) وحينئذ فالوصية يملئها الموصي كسائر العقود الأخرى على عدلي الإشهاد أو يكتبها بخط يده موضحا مقصوده و مراده، وعند النزاع في فهم المقصد و تفسيره فالقاضي وحده المؤهل لشرح ذلك، ولذا فإن تشريعنا التونسي لم يهتم بهذا الأمر ولم يخصص له بنود قانون الوصية، إكتفاء منه بالقواعد العامة المدنية و تماشيا مع روح الفقه الإسلامي كمصدر أول و أساسي له.

(1) الفصول 513 و 514 و 515 من م إ.ع.

وبخلاف ذلك فقد نص القانون المصري بالمادة الثانية من قانون الوصية على أنه: "تتعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة فإذا كان الموصي عاجزا عنها إنعقدت الوصية بإشارته المفهومة"، وهو حينئذ متفق مع القانون التونسي الذي أغنته المبادئ العامة عن تخصيص الصيغة بمادة خاصة من مواد الوصية الذي ألحقه بمجلة الأحوال الشخصية.

أما عن طرق الإثبات، فمن البديهي أن للإثبات أهمية كبرى عند التنازع و الخلاف والإلتجاء إلى المحاكم و القضاء، و التشريع الإسلامي يحث على السعي لإثبات العقود إثباتا يردع الدعاوي الفاسقة الباطلة و يرد الإدعاءات الكاذبة و المجردة و الضعيفة و يقلل من التناحر و التنازع و الإختلاف، فكل إدعاء لا بد لصاحبه من حجة و دليل و وسيلة إثبات، و الإثبات معناه تقديم الحجة و إقامة الدليل حتى يقتنع القاضي بصحة الحق المدعى به. فهل تشترط إذا وسيلة خاصة لإثبات الوصايا ؟

هذا السؤال محل إختلاف بين الفقهاء، إذ يرى البعض أن الوصية لا يجب فيها الإشهاد أي تحرير حجة عادلة رسمية فيها، و يرى آخرون أنه لا بد فيها من الإشهاد أي تحرير حجة عادلة تكون قائمة الذات نافذة المفعول مستدلين بذلك بقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا شهداء بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية إثنان نوا عدل منكم أو آخران من غيركم إن كنتم ضربتم في الأرض فأصابكم مصيبة الموت" (1) هذه الآية جاءت دالة على إعتبار الإشهاد في الوصية بإعتبار أن القرآن الكريم يؤكد على صحة الوصية كما يؤكد على إثباتها و يسمح بالإشهاد عليها.

و حينئذ فالوصية في التشريع الإسلامي يجب فيها إشهاد عدلين إلا إذا كانت محررة بخط الموصي نفسه و عرف خطه. وهذا عين ما جنح إليه التشريع التونسي الحديث، إذ جاء بالفصل 176 من م أش أنه: "لا تثبت الوصية إلا بالحجة الرسمية أو بكتب محرر و مؤرخ و ممضي من الموصي".

و يستفاد من هذا النص أن الوصية لا تثبت إلا بواحد من أمرين إثنين أولهما **الحجة الرسمية** و التي عرفها **الفصل 442 من م أ ع (2)**، وهذه الحجة معتمدة و عاملة و نافذة بالنسبة

(1) الآية 105 من سورة المائدة.
(2) الفصل 442 من م أ ع : "الحجة الرسمية هي التي يتلقاها المأمورون المنتصبون لذلك قانونا في محل تحريرها على الصورة التي يقتضيها القانون".

للمتعاقدين وحتى بالنسبة لغيرهم و لا يمكن معارضتها بأي وسيلة إثبات أخرى سوى دعوى الزور أو التدليس (1) وثانيها **خط اليد** وذلك أخذا عن التشريع الإسلامي الذي يجوز إثبات الوصية بخط يد الموصي، وهذا ما درج عليه القانون التونسي الذي أجاز إثبات الوصية بالكتب الخطي بشرط أن يكون هذا الكتب محررا من الموصي نفسه أي بخطه و أن يؤرخه و يمضيه بإمضاءه .

ونفس هذه الشروط جاءت بها المادة الثانية من قانون الوصية المصري التي تتفق مع مقتضيات الفصل 176 من القانون التونسي للوصية.

و الملاحظ أخيرا في هذا الصدد أن الموصي الذي يريد أن يوصي بشيء من ماله عليه أن يقصد العدول المنتصبين لتلقي الإشهاد بصورة قانونية ليحرروا له وصيته في حدود ما يسمح به القانون أو أنه يكتبها بخط يده و يؤرخها و يمضيتها. ولكن السؤال الذي يطرح من مفهوم عبارة الفصل 176 من وجوب "كتب محرر ومؤرخ و ممضى من الموصي" يتمثل في صورة ما إذا وقع إملاء الموصي على المحرر أو بعبارة أخرى عند التحرير بواسطة الآلة دون خط اليد ؟

إن تضمين الكتب للكتابة شرط بديهي لأن التوقيع ليس مطلوبا إلا لإعتماد الكتابة والإلتزام بها، كما لا يشترط في الكتابة أي شرط خاص لا من حيث صبغتها ولا من حيث طريقة تدوينها، فكل عبارة دالة على المعنى المقصود تصلح بعد توقيعها أن تكون صحيحة و نافذة.

وبالتالي فإن الوصية جائزة سواء كانت بخط موقعها أو بخط غيره (الفصل 452 من م أ ع (2))، كما يمكن أن تكون مطبوعة بأية وسيلة من وسائل الطباعة أو مكتوبة على الآلة الكاتبة ولكن بشرط التوقيع والإمضاء من طرف الموصي.

بعدما تعرضنا إلى مجموعة هذه الشروط المتعلقة بمؤسسة الوصية كيفما وردت في الفقه والقانون، فإننا سنحاول بيان الآثار المترتبة عن هذه الوصية في الفصل الثاني.

(1) الفصلان 444 و 445 من م أ ع.
"عدم إعتماد المحكمة المطعون في حكمها الوصية المحررة من طرف عدل إشهاد وبحضور شاهدين، وإبطالها بناء على تقرير الإختبار الطبي، رغم ما شهد به المأمور العمومي من أن الموصي يتمتع بمداركة العقلية، يعد في طريقة لأن ذلك الكتب يكتسي صبغة الحجة الرسمية التي

لا يمكن دحضها إلا عن طريق القيام بدعوى الزور الذي لم يقع في قضية الحال". قرار تعقيبي مدني عدد 3868 مؤرخ في 13 جوان 1981 - ن 1981 ق.م.ج 2 ص 242.
(2) الفصل 452 من م.إ.ع:
"يجوز أن يكون الكتب الغير الرسمي بغير خط العاقد بشرط أن يكون ممضي منه".

الباب الثاني :

آثار الوصية:

إذا ما توفرت شروط العقد فمن الطبيعي أن تنتج عن ذلك آثار متعددة، و بالنظر إلى خصوصية عقد الوصية بإعتبارها تمليكاً مضافاً لها بعد الموت، فإن هذه الأخيرة تنتج آثاراً مميزة لها.
وعلى هذا الأساس يتجه النظر في مبدأ إنجرار الحق بموجب الوصية بمعنى إنتقال ملكية الموصى به للموصى له (المبحث الأول)، لكن هذا المبدأ قد تطرأ عليه إستثناءات تجعله غير منطبق، وهو ما سنتعرض إليه عند النظر في الحدود الواردة على هذا المبدأ المذكور (المبحث الثاني).

المبحث الأول :

مبدأ إنتقال ملكية الموصى به للموصى له:

إن أبرز تساؤل يفرض نفسه هو الآتي: هل تنتقل ملكية الموصى به للموصى له بالوفاة كما هو الشأن في الميراث؟ وإذا كان كذلك ماهو مفعول القبول الواقع تنظيماً في إطار الوصية؟

إن الطبيعة الخاصة لعقد الوصية بإعتبارها "تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرّع"، تجعلها تتميز عن بقية العقود وخاصة منها التبادلية بحيث يتغير وقت ترتب آثار العقد من جهة وتتغير هذه الآثار في حد ذاتها. فنظراً لكونها تصرفاً مضافاً لما بعد الموت فإن إنجرار الحق بموجبها يختلف عن مبدأ الأثر المباشر للعقود عموماً بحيث وجب التعرف على ماهية القبول في مادة الوصية ودوره في إنتقال الملكية (فرع أول).

وإذا تحققتنا من حجة إنتقال الملكية للموصى له فإننا سنجد أنفسنا أمام الإشكال المتعلق بتنفيذ الوصية (فرع ثاني).

الفرع الأول:

ماهية القبول ودوره في إنتقال الملكية:

القبول هو أن يعرب الموصى له صراحة أو دلالة بعد موت الموصى عن رضاه بالحلول محله في إمتلاك الموصى به كلاً أو بعضاً وهو عكس الردّ (1).

ولتحديد ماهية القبول ودوره في إنتقال الملكية وجب التعرف أولاً عن كيفية التعبير عنه (فقرة أولى) ثم عن مداه (فقرة ثانية) وكذلك عن إمكانية الرجوع فيه (فقرة ثالثة), كما وجب التعرض أخيراً إلى زمن هذا القبول (فقرة رابعة).

الفقرة الأولى: كيفية القبول

إن أول ما تجدر الإشارة إليه في هذا الشأن هو أنه يجب أن يكون القبول موافقاً للإيجاب فإذا كان مخالفاً له, فلا يعتبر قبولاً من شأنه أن يتم الرضا كعنصر أساسي في العقد, وبالتالي يظل الإيجاب دون قبول مما يؤدي إلى عدم نشوء العقد من أساسه كما أنه يجب أن يكون المقبول من الوصية مساوياً للمقدار الذي أوصى به الموصى, فإذا ما كان القبول مستجيباً لإرادة الموصى من حيث محتواه

وبمجرد إقرار حتمية القبول في مادة الوصية, يتجه النظر أولاً في كيفية التعبير عن القبول -1- ثم في الأشخاص الذين لهم صفة القبول - 2 -

(1) الردّ هو أن يعرب الموصى له بعد وفاة الموصى صراحة عن رفضه إمتلاك الموصى به كلاً أو بعضاً, رفضاً يؤدي إلى إلغاء الوصية, وإعتبارها كأن لم تقع فيما تعلق به الرفض - المواريث الشرعية والوصية ومجلة الأحوال الشخصية - للشيخ "يوسف ابن الحاج فرج بن يوسف" - دار الميزان للنشر - ص 494.

ومقداره إكتمل العقد بتلاقي الإرادتين, وهذا ما يختلف مع ما ذهب إليه جانب من الفقه القائل بأن الوصية من أشباه العقود التي تنشأ بإرادة فردية محضة لمنشأها, ولئن كان منطلقها الإرادة الفردية, فإنها لا تكتمل إلا بتلاقي هذه الأخيرة بإرادة الطرف الآخر بحيث لا يمكن فرضها فرضاً عليه.

1- كيفية التعبير عن القبول:

يتجه التساؤل هنا عن صيغة القبول التي تكون صريحة - أ - وكذلك ضمنية -

ب -

أ - القبول الصريح: (Acception expresse)

لا وجود لإشكال في صورة ما إذا كان القبول صريحاً كقول الموصى له: " قبلت الوصية" وذلك دون إشتراط أي صيغة معينة لهذا القبول, وهو ما ذهب إليه الفقهاء المسلمين بالإجماع حيث لم يشترطوا صيغة خاصة للقبول, وهذا ليس خاصاً

بهذه الحالة فحسب بل يعتبر مجرد مظهر من مظاهر تجسيم إنعدام الشكلية في مادة العقود من وجهة نظر التشريع الإسلامي بإعتباره تشريعاً يعتمد بالأساس مبدأ الرضائية في تكوين العقود ونكران الشكلية في هذا المجال.

وعلى هذا الأساس لم ينص المشرع التونسي على حالة القبول الصريح بإعتبارها من المسلمات خلافاً لما جاءت به المادة 20 من قانون الوصية المصري: "تلتزم الوصية بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصى...". وذلك خلافاً لما هو الشأن بالنسبة لحالة القبول الضمني للوصية.

ب - القبول الضمني: (Acception tacite)

نظم المشرع التونسي هذه الحالة بفصله 194 من م أ ش في فقرته الثانية حيث نص على أن "سكوت الموصى له مع سابق إعلانه بالوصية إلى إنقضاء الأجل المذكور يعتبر قبولا...".

و يستشف من هذا الفصل أن مجرد السكوت عن الجواب يعتبر قبولا (1) خلافاً لما هو الشأن في مادة العقود عموماً حيث يعتبر مجرد السكوت سبباً لفك الإلتزام من طرف الموجب و ذلك طبق لأحكام الفصل 33 من م إ ع (2).

و يجد هذا الشذوذ عن القاعدة تبريره في أن الأمر يتعلق بتبرع محض لا يرجى من ورائه أي مقابل، بحيث لا مجال للحديث هنا عن حماية الموجب من حيث إرادته و مصالحه، وبالتالي فإن عدم رد الوصية يجعلها نافذة في حق الموصى له.

كما يتعرض الفصل 194 المذكور إلى ساقية الإعلام، إذ يشترط أن يقع إعلام الموصى له بالوصية، بحيث يكون سكوته خلالها قبولا ضمناً، و هذا أمر ذو أهمية بإعتبار أنه طالما لم يقع إعلام الموصى له بالوصية فإنه حقه في ردها يبقى قائماً. هذا و لا يشترط في الإعلام أية صيغة معينة، فقد يكون بمكتوب مضمون الوصول أو عن طريق عدل الإشهاد المحررة لديه الوصية أو حتى قولياً ما لم يكن ذلك محل نكران فيما بعد.

2 - الأشخاص الذين لهم صفة القبول:

مبدئياً يكون القبول من الموصى له بل أنه هو المعني الوحيد بذلك لكن هناك حالات يتعذر عليه فيها التعبير عن إرادته.

خلافاً لما ذهب إليه فقهاء المسلمين من الحنابلة من عدم جواز قبول الوصية من طرف القاصر غير ذي الولاية الكاملة على نفسه أو المحجور عليه فإن فقهاء المذهب الحنفي ذهبوا إلى خلاف ذلك

(1) قرار إستئنافي مدني - تونس - مؤرخ في 1972/11/23 - ق ت 1973/9 ص 70.
"إذا سكت الموصى له بعد وفاة الموصي ولم يرد الوصية يعتبر ذلك قبولا ولا داعي للإعلان عن ذلك بكتب أو غيره".

(2) الفصل 33 من م إ ع : "من صدر منه الإيجاب و عين أجلا لقبوله فهو ملزوم للطرف الآخر إلى إنقضاء الأجل فإن لم يأتته الجواب بالقبول في الأجل المذكور إنفك إلتزامه".

معتبرين أن الوصية هي من الأعمال النافعة نفعا محضا و هو ما ذهب إليه القانون التونسي في هذا المجال حيث خوّل لهؤلاء الأشخاص قبول ما كان نافعا لهم نفعا محضا (1).

و على هذا الأساس، وفي إطار الحماية المطلقة التي أولاها المشرع للقاصر و عديم الأهلية، فإن هذين الآخرين يقبلان الوصية مثل سائر التبرعات الأخرى بمفردهما خلافا لما رآه الفقهاء من تمثيلهما وهو رأي ناتج عن مبدأ عدم إمكانية القبول من هؤلاء الأشخاص.

ولكن و لئن أعطى المشرع حلا تشريعيًا صريحًا في خصوص القصر و عديمي الأهلية فإنه لم يسلك نفس المسلك في خصوص الجنين رغم إقراره بجواز الوصية للحمل، فبالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي نجد أن المذهب الحنفي ذهب إلى أن الوصية للجنين لا تحتاج بالمرّة إلى القبول بل أنها : " تدخل ملكه إستحسانا لأن الجنين ليس له وليّ يقبل عنه". بإعتبار أن ولاية الأب على الحمل لا تثبت إلا بعد ولادته.

في حين ذهب بعض الحنابلة و الشافعية إلى أن الوصية تحتاج فعلا إلى القبول و الذي يتجه صدوره عن ولي الجنين وهو وليه بعد الولادة.

ويمكن إعتبار هذا الرأي معقول لأن الولادة ستقرر وجوده وصحة الوصية له، وهو الرأي الذي ذهب إليه القانون المصري في خصوص الوصية للحمل بإعتبار الولي وصيا على الجنين خلافا لما هو الشأن بالنسبة للفقهاء الإسلاميين حيث يعتبر تصرف الولي من باب المحافظة على املاك الجنين مثله مثل السفينة وناقص الأهلية. أما إذا كان الموصي له جهة معينة أي شخصا غير مادي فإن قبول الوصية لفائدته يكون من طرف ممثله القانوني بإعتبار أن "الوصية لهذه الجهات وصية لمعين يقبل التملك، وممثله هو الذي يقبل عنه" (1) ولكن ومهما اختلفت أوجه القبول باختلاف الوضعيات فإن مدى القبول يبقى واحدا.

(1) الفصل 9 من م إ ع: "المن ليس له اهلية التعاقد و الصغير الذي تجاوز ثلاثة عشر عاما القدرة على تحسين حالهما ولو بلا مشاركة الب أو الولي وذلك بقبول هبة أو غيرها من التبرعات التي من شأنها الزيادة في كسبها أو إبراء ذمتها بدون أن يترتب عليهما شيء من جرّاء ذلك".

الفقرة الثانية: مدى القبول

مما لا جدال فيه أنه يمكن للموصي له قبول الوصية بأكملها، لكن خوّل له المشرع كذلك حق القبول الجزئي إذا تعلق الأمر بمفرده -1- وكذلك هو الشأن بالنسبة لحالة تعدد الموصي لهم - 2 -

1 - القبول الجزئي للوصية من طرف الموصي له بمفرده:

لقد خوّل المشرع هذه الإمكانية للموصي له وذلك من خلال أحكام الفصل 195 (فقرة أولى) من م أش الذي ينص على أنه: "إذا قبل الموصي له بعض الوصية و رد بعضها الآخر تلزم فيها قبل وتبطل في البعض الآخر". و ينتج عن ذلك أن أثر الوصية سيكون نسبيا من حيث النطاق بإعتبار أنها "تلتزم" في الجزء الذي وقع قبوله دون الجزء الآخر. إن القبول الذي هو شرط في وجوب الوصية أو لزومها إذا تحقق في جانب يكون له حكمه في ذلك الجانب، و الجانب الذي لم يتحقق فيه فمآله الإلغاء و البطلان. وعلى أساس جواز التجزئة، فالموصي له بثلاث التركة له مطلق الحرية في قبول بعض ذلك الثلث و رد بعضه. فمثلا الموصي له بشيء معين كالدار أو المتجر أو الشاحنة أو الحيوان يمكن له قبول بعضه و رد البعض الآخر، إذ التجزئة جائزة فيما يقبل القسمة وما لا يقبلها.

إذا كانت الوصية لأشخاص متعددين وقبلها بعضهم دون البعض الآخر فإنها تنفذ في حق القابلين و تبطل في حق الراضين لها، إذ في صورة تعدد الموصي لهم

فلكل منهم الحرية في قبول حصته أوردتها، وهو ما ورد بذكره نص الفصل 195 (فقرة ثانية) من م أ ش حيث نص على أنه: "في صورة تعدد الموصى لهم وقبول بعضهم دون البعض الآخر، تنفذ بالنسبة لمن قبل وتلغى بالنسبة للآخر"، وبالتالي لن تكون الوصية ذات تأثير بالمرّة على من ردّها من الموصى لهم.

2 - قبول بعض الموصى لهم المتعددين دون البعض الآخر:

ولكن مهما كان مدى القبول، فإن إمكانية الرجوع فيه واردة حسب الشروط الواردة بالفصل 196 من م أ ش.

(1) كتاب شرح قانون الوصية" - للإمام محمد أبو زهرة ص 31.

الفقرة الثالثة: إمكانية الرجوع في القبول

نص الفصل 196 من م أ ش على هذه إمكانية (1)، كما نصّ على إمكانية التراجع بالقبول بعد الردّ، و في كلتا الحالتين راعى المشرع مصلحة الموصى له الذي يخوّل له التصرف حسبها لكن بشرط إجازة الورثة على ذلك.

وبالتالي فإن رد الوصية بعد موت الموصي يترتب عليه بطلانها بطلانا تاما، وبهذا البطلان يصبح الموصى به تابعا للتركة وحقا من حقوق الورثة. وإذا ظهر للموصى له القبول بعد الرد فلا يكون لقبوله محل، أو إعتبار لأن ملكية الموصى له كانت قد إستقرت بيد الورثة، فلا ترجع إليه إلا بوجه من الوجوه التي تنتقل بها الملكية قانونا. وهذا مما لا خلاف فيه بين الفقهاء.

و ذهب الحنفية إلى جواز الرد بعد القبول، إن رضي الورثة لأن الرد عليهم فسخ للوصية وسندهم أن فسخ العقد يلاحظ فيه أصل إنعقاده، فإن كان ينقذ بالإيجاب والقبول، فذلك يجب فسخه بالتراضي، وعلى هذا يصير الردّ كأنه لم يسبقه قبول، ويكون الموصى به ميراثا للورثة (1). فعدم الجواز في صورتين يؤخذ على عمومته عند الجمهور، وعند الحنفية يجوز الرد بعد القبول إن وافق الورثة.

و المشرع التونسي خصص العموم الوارد في الصورتين صلب الفصل 196 المذكور، وذلك تيسيرا على الناس لحل مشاكلهم فيما بينهم بالتراضي، وبأقل التكاليف، وتحقيقا للوئام و الوفاق بين من جمعت بينهم بعض المصالح الذاتية.

و لكن نتساءل في هذا الشأن عن الأثر وهو نفس ما نصّت عليه المادة 23 من قانون الوصية المصري المترتب عن عدم الإجازة للتراجع في القبول أو التراجع بالقبول، فما هو الجزاء في هاتين الحالتين ؟

(1) الفصل 196 م أ ش: "لا يعتبر القبول بعد الرد ولا الرد بعد القبول إلا إذا قبل الورثة".

لا يمكن الحديث في هذا الشأن عن البطلان سواء كان مطلقاً أو نسبياً، بل أن الأمر يتعلق بالأحرى بعدم نفاذ أو بصورة أدق بعدم أخذ بالتصرف المتعلق بالتراجع، حيث أن العبارة الواردة بذكرها الفصل 196 "لا يعتبر القبول بعد الرد..." تدل على عدم الفاعلية و النجاعة، وهو ما يختلف بوضوح عن المفهوم الإصطلاحي للبطلان بنوعيه، ولو كان المشرع قصد البطلان لنص على ذلك عوضاً عن عبارة "لا تعتبر". و عموماً فإن القبول سواء كان لاحقاً للرد أو سابقاً له، يظل محددًا من حيث إطاره الزمني بما يؤثر مباشرة على إستحقاق الوصية.

(1) "كتاب شرح قانون الوصية" للإمام محمد أبو زهرة صفحتي 23 و 24 .

الفقرة الرابعة: زمن القبول

يتجه في هذا الشأن تحديد زمن القبول بإعتبار أن الوصية هي "تمليك مضاف لما بعد الموت"، وبالتالي فإن حق القبول من عدمه لا يكون إلا بعد وفاة الموصي الذي تظل سلطته على ماله قائمة إلى حين وفاته، فلا يجوز للموصى له أن يتصرف في الموصى به قبل وفاة الموصي خلافا لما هو الشأن في الهبة. و الهدف من تحديد زمن القبول هو معرفة فيما كان هذا الأخير هو التصرف الذي بمقتضاه ينجر إنتقال الملكية لفائدة الموصى له، وهي مسألة ذات أهمية بالغة تتمثل بالأساس في مآل ما زاد على الوصية في الفترة الفاصلة بين وفاة الموصي و الوقت الذي حصل فيه، لذلك يتجه تحديد موقف الفقه الإسلامي في هذه المسألة - 1 - ثم بيان موقف المشرع التونسي في هذا الموضوع.

1 - موقف الفقه الإسلامي من المسألة:

لئن إتفق الفقهاء على ضرورة صدور القبول بعد وفاة الموصى (1)، بإستثناء الجعفرية الذين ذهبوا إلى جواز القبول قبل وفاة الموصي، فإنهم إختلفوا حول تحديد زمن القبول ولنا هنا أن نستشف في هذا الخصوص موقف القائلين بإنتقال الملكية بموجب القبول، وهو ما ذهب إليه الحنابلة و بعض المالكية، إذ إعتبروا ملكية الشيء الموصى به قبل القبول آلية لورثة الموصي، وبالتالي فإن كل ما يزيد في الموصى به تؤول ملكيته بدورها إلى الورثة، محتجين بذلك بأن ملكية الموصي به لا تكون إلا بالقبول.

(1) و هو ما جسمته بوضوح محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها: "مفاد نص المادتين 20 و 23 من قانون الوصية أن المشرع أخذ بالرأي المعول عليه في المذهب الحنفي من أن وقت قبول الموصى له الوصية إنما يجب أن يكون بعد وفاة الموصي حيث يثبت للموصي له الملك". (طعن رقم 196 لسنة 1972 ق جلسة 1972/02/15 ص 23 ص 176) وهذا ما ذهب إليه كذلك الأستاذ "محمود شمام" (1) معتبرا الموصى به في الفترة الفاصلة بين وفاة الموصي و القبول "على ملك الورثة ملكا لا يسمح لهم بالتصرف في موضوعه كملك الإنسان لما هو مرهون".

و قد ظهر خلاف بين المالكية أنفسهم حول ملكية غلة الموصى به الواردة بعد وفاة الموصي وقبل القبول، ففي حين إعتبرها بعضهم للموصى له بالنظر إلى المفعول الرجعي للقبول، فإن البعض الآخر إعتبرها ملكا للورثة وحدهم في حين ذهب آخرون إلى كونها تستحق في حدود الثلث من طرف الموصى له عند قبوله للوصية.

أما الحنفية و الشافعية فقد ذهبوا إلى القول بأن إنتقال الملكية يكون بعد وفاة الموصي بما أن الوصية هي تمليك مضاف لما بعد الموت، وبالتالي فإن القبول يثبت ملكية نتجت بالوفاة، وعلى هذا الأساس فإن غلة العين الموصى بها و الحاصلة منذ الوفاة إلى حين القبول ملكا للموصى له و ليس للورثة. فما هو موقف المشرع التونسي من هذه المسألة؟

2 - موقف المشرع التونسي:

لقد اتخذ المشرع التونسي موقفا من المسألة مقتديا في ذلك بجانب من الفقه الإسلامي القائل بإنتقال الملكية في الوصية منذ وفاة الموصي وهو موقف الحنفية و الشافعية كما سبق ذكره. وبذلك فإن الموصى له مستحق للوصية مع ما نما منها، ويستشف هذا الموقف بوضوح من نص **الفصل 181 من م أ ش** الذي جاء به أن: **"الموصى له يستحق الوصية مع ما زاد فيها من زمن وفاة الموصي"**. وعلى هذا الأساس يعتبر المشرع التونسي قد أقر بإستحقاق الموصى له للوصية "مع ما زاد فيها من زمن وفاة الموصي" و ما القبول إلا دعم لهذا الإستحقاق و مثبت له، وقد إنتهى فقه قضائنا التونسي هذا المنحى كما يستشف ذلك من احد قراراته (2).

(1) محمود شمام - "الوصية في الفقه و القانون" ص 110 دار النجاح للطباعة و النشر و التوزيع - تونس.

(2) المبدأ: "... لا لزوم للرخصة الإدارية من الولاية في الوصايا لأن إستحقاق الموصى له فيها لا يكون إلا بعد وفاة الموصي و تركه مخرفا، و الرخصة لا تجب إلا بين الأحياء".
قرار إستئنافي مدني عدد 3329 مؤرخ في 1972/11/23 م.ق.ت 1973/9 ص 70.

و ممّا يدعم موقف المشرع التونسي في هذا المجال هو ما أورده **بالفصل 184 من م أ ش** في خصوص الوصية للحمل حيث نص على أنه "تحفظ غلة الموصى به من حين وفاة الموصي". و بالتالي يفهم من نص الفصلين 181 و 184 من المجلة، أن المشرع قد رتب إستحقاق الوصية للموصى له بمجرد وفاة الموصي وهو ما يستجيب بوضوح و عمق جليين من التعريف الوارد بالفصل 171 من المجلة و المتعلق بالوصية بإعتبارها "تمليك مضاف لما بعد الموت".

ولكن ما يستحق الموصى له الموصى به مع زوائده منذ تاريخ وفاة الموصي فإنه يتحمل كذلك نتائج تلفه و هلاكه و تعيينه من ذلك التاريخ أيضا، فكأن المشرع هنا قد أقرّ بالقاعدة الفقهية الشهيرة "بأن من له النما فعليه التوا" (1).

فبعد ما تعرضنا إلى ماهية القبول و دوره في إنتقال الملكية ندخل الآن في الناحية العملية لهذه المؤسسة و المتعلق بتنفيذها.

(1) الفصل 554 من م أ ع.

الفرع الثاني:

تنفيذ عقد الوصية

إذا ما تم العقد بإعتباره صحيحا و نافذا تأتي فيما بعد مرحلة تنفيذ الوصية، و يتميز هذا التنفيذ بصورة عميقة عن التنفيذ في اطار العقود عموما و خاصة العقود التبادلية ولكن نظرا لطبيعة الخاصة التي تميز عقد الوصية عن غيره من العقود فإنه يطرح عدة إشكاليات تطبيقية عند تنفيذه، ولعل من أهم هذه الإشكاليات تلك المتعلقة بكيفية القسمة (فقرة أولى) وكيفية الإثبات (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: كيفية القسمة

يجب التمييز هنا بين حالتين:

- حالة التسوية بين الموصى لهم.

- حالة التفاوت بين الموصى لهم في مدى الإستحقاق.

1 - حالة التسوية بين الموصى لهم:

لا وجود لإشكال في هذا الخصوص، حيث تقع قسمة الموصى به بين الموصى لهم بالتساوي دون مراعاة الجنس إذ لا مجال هنا لتطبيق قاعدة "للذكر مثل حظ الأنثيين" لأن الأمر يتعلق بتنفيذ عقد الوصية - وإن أنصب على التركة عند التنفيذ - وليس بإرث كما هو الحال في نظام الإرث العادي أو الإستثنائي المقرر بمقتضى الوصية الواجبة حيث نص في شأنها الفصل 192 من م أ ش على أنه: "لا تنصرف هذه الوصية إلا للطبقة الأولى من أولاد الأبناء ذكورا أو إناثا، و تقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين". بل على العكس من ذلك فإن القسمة في إطار عقد الوصية

تقع طبقاً لنية الموصي و في ذلك إحتراماً لمبدأ سلطان الإرادة في مادة العقود. و هو ما أقتضاه الفصل 183 من المجلة المذكورة "... و تقع القسمة مع مراعاة قصد الموصي في المفاضلة و التساوي". وهو ما نص عليه كذلك الفصل 191 من المجلة: "... و الوصايا الاختيارية متساوية، وإن تزاومت تقسم على التناسب". فكما تراعى نية الموصي في التسوية تراعى كذلك في المفاضلة.

2 - حالة المفاضلة بين الموصي لهم:

تكون المفاضلة بين الموصي لهم سواء عند تعددهم في وصية واحدة لا تتجاوز ثلث التركة أو عند تعددهم بسبب صدور وصية لفائدة كل منهم على حده دون أن تتجاوز الوصيتان أو الوصايا كلها الثلث. و ليس في المفاضلة خرقاً لقانون الإرث لأن الوصية كما سبق ذكره عقد.

و قد أحسن المشرع التونسي في أخذه بهذا المنهج الحميد الذي لا ينافي أحكام التشريع الإسلامي والذي من شأنه أن يحفظ التركة و الشيء الموصى به منها من شر التناحر و التنازع و الخصام وأن يؤكد أو اصر المودة و الألفة بعد وفاة الموصي كما كان الحال في حياته.

إلى جانب هذا الإشكال المتعلق بكيفية القسمة هناك إشكال آخر نتعرض إليه عند تنفيذ عقد الوصية و هي المتعلق بكيفية الإثبات.

الفقرة الثانية: كيفية الإثبات

إحتلت شهادة الشهود صدارة الترتيب في مجال الإثبات يوم كانت الأمية و الجهالة هي الغالبة على الناس، ولم تكن الكتابة منتشرة بينهم، فكانت لها القوة المطلقة لإثبات سائر التصرفات القانونية و كذلك الوقائع المادية.

ولمّا لحقت الكتابة بأدلة الإثبات بعد نزول قول الله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه و ليكتب بينكم كاتب بالعدل و لا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب و ليمثل الذي عليه الحق و ليتق الله ربّه و لا يبغض منه شيئاً ... " (1) أصبحت هذه الأخيرة تحتل طليعة أدلة الإثبات و خاصة بالنسبة للتصرفات القانونية، لما لها من عظيم الأثر في تنظيم التعامل بين الناس.

و المشرع لمّا جعل إثبات الوصية أو الرجوع فيها مقصوراً على الحجة الرسمية أو على كتب محرر و مؤرخ و ممضي من الموصي دون سواهما ولم يأخذ بما نصت عليها المادة 1170 من لائحة الأحكام الشرعية المتعلقة بإثبات الوصية كان أكثر واقعية و أكثر مسايرة للوقت و الحال و فيه الكفاية لتحقيق الإستقرار في التعامل بأيسر السبل و ضمان السلامة من التحيل و الحد من النزاعات و الخصومات و شهادة الزور. لذلك جاء الفصل 176 من م أش ناصاً على أنه: " لا تثبت الوصية إلا بالحجة الرسمية أو بكتب محرر و ممضي من الموصي".

وقد يتبادر بادئ ذي بدء أن المقصود بالكتب في هذا الفصل هو المتعلق بإعتباره شرط صحة على أساس أن إشتراط الكتب كشرط إثبات يفترض وجوبا وجود هذا الكتب، و لكن المتأمل في هذا

(1) الآية 282 من سورة البقرة.

الفصل يجد أن صيغة الحصر في إثبات الوصية لا تعنى وجوبا إشتراط الكتب لصحة هذه الأخيرة بإعتبار أن مسألة الكتب لا تطرح إلا عند نشوب نزاع أو حصول إشكال حول وجود الوصية أو نطاقها أو محتواها، وعلى هذا الأساس فإن الكتب المقصود بالفصل 176 من م أ ش ليس بشرط صحة بل هو شرط إثبات، فعبارة المشرع جاءت صريحة "لاتثبت" بحيث لا يمكن أن يتعلق الأمر بصحة الوصية وزيادة على ذلك فإن عقد الوصية هو عقد رضائي بحيث لا مجال للشكالية فيه بالمرّة، هذا وقد إقتدى المشرع التونسي بالفقهاء الإسلامي حيث تم الإجماع بين الفقهاء على عدم وجود صيغة خاصة للوصية ينتج عن عدم إحترامها بطلان العقد مثلما هو الشأن بالنسبة لبيع العقارات أو الحقوق العقارية الوارد بذكره **الفصل 581 من م إ ع**. وقد يرجع عدم إشتراط الشكالية في هذا النوع من العقود إلى تأثير مشرع الأحوال الشخصية تأثيرا شديدا بأحكام الفقه الإسلامي لذلك غلب الجانب الرضائي عن الجانب الشكلي. وقد نحا فقه قضائنا التونسي هذا المنحى على غرار بعض التشريعات المقارنة كالتشريع المصري بمادته الثانية من قانون الوصية، مبينا الصبغة الرضائية لعقد الوصية و ذلك من خلال عدم إشتراطه رخصة الولاية في صحة هذا العقد رغم أنه ناقل للملكية (1).

وبالرجوع إلى أحكام **الفصل 176 من م أ ش** يتضح أن هذا الفصل يحتوي على نوعين من الكتائب، حجة رسمية وهي التي عرفها **الفصل 442 من م إ ع** وأخرى غير رسمية بإعتبارها محررة من قبل الأفراد فيما بينهم لتكون دليلا على إثبات ما تضمنته من تعهدات و إلتزامات، و قيمة الحجة غير الرسمية (أو الورقة العرفية) في مجال الإثبات محددة بالقانون، وهي أقل قوة من الحجة الرسمية. لذلك تتميز القوة الثبوتية للكتب الرسمي بكونها مطلقة بحيث لا يمكن دحضها إلا بدعوى الزور الجزائية طبقا لأحكام **الفصل 444 من م إ ع**، على خلاف الكتب غير الرسمي الذي يتمتع بقوة ثبوتية نسبية وبالتالي لا يمكن دحضها بالحجة المعاكسة.

و إلى جانب هذه الإشكاليات التي يثيرها مبدأ إنجرار الحق بموجب الوصية، فإن هناك بعض الإستثناءات التي قد تطرأ على هذا المبدأ مما تجعله غير منطبق الشيء الذي يؤدي إلى عدم إنتقال ملكية الشيء الموصى به إلى الموصى له.

(1) قرار تعقيبي عدد 9842 مؤرخ في 29 جانفي 1974 ن 74 ق.م ج 1 ص 175. "الوصية تصريح ينقل التملك إلى الموصى إليه بعد وفاة الموصي وصحتها لا تستلزم لذلك التحصيل على رخصة الوالي التي إشتراطها المشرع في إنتقال الملك والحقوق العينية فيما بين الأحياء".

المبحث الثاني :

الإستثناءات الواردة على مبدأ الإستحقاق بموجب

الوصية

قد ترد على الوصية بمفهومها الواسع حالات تجعلها غير مستحقة وذلك لأسباب متعددة ومتنوعة، و منها ما يسلط مباشرة على تركة المورث بإعتبار أن المبدأ العام في القانون التونسي والتشريع الإسلامي هو أن الإرث يمنع بقتل المورث عمدا و قياسا على ذلك يكون بالمثل بالنسبة للوصية وهو ما يطرح مسألة القتل العمد وشهادة الزور (فرع أول).

وهناك أسباب أخرى تختلف بحسب طبيعة الوصية تؤدي إلى عدم إستحقاق الشيء الموصى به و منها رجوع الموصي عن الوصية (فرع ثاني) و بطلان الوصية لأحدى الأسباب الواردة بالفصل 197 من م أ ش (فرع ثالث) إذ في هذا الإطار لا مجال للحديث عن وصية ولا عن عقد صحيح.

الفرع الأول:

القتل العمد و شهادة الزور

يتجه في هذا الإطار الحديث عن القتل العمد أولاً (فقرة أولى) وعن شهادة الزور ثانياً (فقرة ثانية) وهما حالتان شملهما **الفصل 198 من م أ ش (1)**.

(1) الفصل 198 من م أ ش: "الوصية الاختيارية أو الوصية الواجبة تمنع بقتل الموصى له للموصي عمداً أو تسبب في قتله سواء بصفة فاعل أصلي أو شريك أو كان شاهد زور أدت

شهادته للحكم بإعدام الموصي، كل ذلك إذا كان القتل بلا عذر شرعي وكان القاتل عاقلا بالغاً من العمر ثلاثة عشر عاماً".

الفقرة الأولى: القتل العمد للموصي

ميّز المشرع في الفصل 198 بين حالتين يعتبر فيها الموصى له محروماً من إستحقاق الوصية، وهما حالتان تتفقان في النتيجة و بالتالي في الحكم المتمثل في العقوبة الناجمة عن القتل العمد، وهو ما فعله المشرع في خصوص هذه الجريمة كمانع للإرث، حيث نص الفصل 88 من المجلة على حرمان القاتل عمداً سواء كان فاعلاً أصلياً أم شريكاً...".

وقد إتبع المشرع في ذلك التصنيف الوارد بالمجلة الجنائية في خصوص هذه الجريمة عموماً، إذ أن عقوبته تسلط على الفاعل الأصلي و كذلك على الشريك الا في حالات استثنائية اوردتها المشرع ويتمتع بها الشريك أحياناً ككونه غير مسؤول جزائياً بسبب قصره أو جنونه فيتمتع على هذا الأساس بالوصية رغم مشاركته في قتل الموصي. ولكن المبدأ هو حرمانه من الوصية بسبب مشاركته في الجريمة كإعانة الفاعل الأصلي على الإنتحار، وقد أخذ المشرع في هذا الشأن في **الفصل 198 من م أ ش** عن الفصل 32 من المجلة الجنائية عبارتي المشاركة في القتل، ولكن ما يؤخذ على المشرع في سنة لنص الفصل 198 هو تمييزه بين "الشريك" و "المشارك"، فهذا التمييز لا فائدة منه إذ أن العبارتين مترادفتان، وعلى هذا الأساس فإنه يعد تمييز من باب التزويد في العبارة لا غير، لكن الذي لم يحدده المشرع التونسي من خلال الفصل 198 و لا من خلال غيره من الفصول هو زمن القتل العمد للموصي.

ولتفسير ذلك يمكن إعتبار أن عدم تحديد المشرع لزمن القتل يعني الإطلاق لكل حالات القتل سواء كانت سابقة للوصية أو لاحقة لها، ونحن نطرح هذا الإشكال لأن جانباً من التشريعات المقارنة (1) وكذلك الفقه الإسلامي ميزت بين القتل السابق للوصية و القتل اللاحق لها.

كما ذهب جانب من الفقه الإسلامي إلى أن الوصية تمنع بقتل الموصي حتى ولو أجازها الورثة (1) وذلك أخذاً عن قول الرسول ﷺ "لاوصية لقاتل وليس للقاتل شيء". وهو حكم عام ينطبق على الوصية و غيرها، وهو ما ينطبق حتماً على الفصل 198 من المجلة الذي تعرض بدوره إلى مانع آخر من موانع الوصية وهي شهادة الزور.

(1) المادة 9 من المدونة المغربية نصت في فقرتها الثانية في خصوص الموصى له على إشتراط "عدم قتله للموصي عمداً أو عدواناً إلا إذا علم الموصي قبل موته ولم يغير".

الفقرة الثانية: شهادة الزور ضد الموصي

لقد إشتراط المشرع في فصله 198 المذكور أن تكون شهادة الزور التي أدلى بها الموصى له ضد الموصي قد أدت بذاتها و بمفردها إلى الحكم بإعدام هذا الأخير و تنفيذ هذا الحكم بحيث يقتضي حرمانه من الوصية أن تكون هناك رابطة وثيقة و مباشرة بين محتوى شهادة الزور المدلى بها و الحكم بإعدام الموصي "أو كان شاهد زور أدت شهادته بإعدام الموصي". كما يستشف من الفصل 198 وذلك باتباع منهاج القراءة العكسية أن مجرد شهادة الزور وإن ترتب عنها عقاب ضد المدلى بها و وقع التظن إلى جريمته تلك لا يمكن بأي حال أن تحرمه من إستحقاق الوصية إذا لم تكن هذه الشهادة هي السبب المباشر في الحكم على الموصي بالإعدام، بل قد تكون تضافرت معها عوامل إثبات أخرى أو أدت هذه الأخيرة دون شهادة الزور إلى الحكم بالإعدام، و تعتبر هذه العقوبة أخطر عقوبة جزائية على الإطلاق و يرجع ربطها بالفصل 198 إلى أنه لا يمكن أن يمنع الموصى له بما ميزه به الموصي من تبرعات لفائدته من ماله - وما أعز المال على صاحبه - كما أنه قد يكون الهدف من وراء شهادة الزور ضد الموصي هو التعجيل إلى موت هذا الأخير بسبب علمه بالعقوبة المنجرة عن الجريمة المنسوبة له و المتمثلة في الإعدام.

أما إذا لم تؤدي الشهادة المذكورة إلى الحكم بالإعدام ضد الموصى (2) فإنه لا مجال لمنع الوصية، وهذا لا يمثل تأثيرا سلبيا على الموصي الذي وجد في الموصى له الجود و النكران بإعتبار أن له الحق في الرجوع في وصيته متى شاء و دون أي مبررات كما هو الحال في خصوص الهبة (1) هذا مع إستثناء حالات عدم المؤاخذه الجزائية التي قد يكون عليها الموصى له كالإختبال أو عدم بلوغ سن المؤاخذه الجزائية و هو نفس الحكم الوارد بشأن القتل العمد. لكن الفصل 198 أورد حالة عدم مؤاخذه لا يمكن أن يتمتع بها شاهد زور بإعتبار أنه لا يعقل و رودها في جريمة شهادة الزور وهي "القتل بلا عذر شرعي" والتي تعد من أهم الإستثناءات الواردة على مبدأ الحرمان من الوصية بسبب قتل الموصي. كذلك من أسباب عدم استحقاق الوصية رجوع الموصى في وصيته.

- (1) وهو ماذهب إليه أبو يوسف الحنفي.
- (2) خلافا لما هو الشأن في خصوص الشهادة زورا على المورث الوارد بذكرها الفصل 88 من م أ ش الذي إقتضى زيادة على صدور الحكم بالإعدام تنفيذه على الموصي وهو ما إقتضته بدوره المادة 17 من قانون الوصية المصري.

الفرع الثاني:

رجوع الموصى عن الوصية

لقد نظم القانون التونسي هذه الإمكانية في الفصل 177 من م أ ش الذي نص على أنه: "يجوز الرجوع في الوصية من الموصى.. " مقتديا في ذلك بما إتفق عليه

فقهاء الشريعة الإسلامية من أن الوصية هي عقد غير لازم بإعتبار أنها "تمليك الموصى الذي يظل في حياته حرا في إقرار وصيته أو الرجوع فيها متى شاء ودون أي قيد أو شرط، بإعتبار أنه لا وجود لحق للموصى له في حياة الموصى خصوصا وأن المسألة تتعلق بتبرع محض لا ينجر عنه أي أثر بإعتبار أن تمام العقد لا يكون إلا بالإيجاب من طرف وقبول من طرف آخر وهذا الأخير لا يمكن أن يتحقق إلا بوفاة الموجب.

كما يلاحظ من عبارات الفصل 177 أنها جاءت عامة مقرة بمبدأ الرجوع في الوصية من الموصى دون أي تفصيل في خصوص "كيفية هذا الرجوع" وذلك خلافا لما ذهب إليه عديد التشريعات المقارنة كالتشريع المصري مثلا (2) وعلى هذا الأساس فإن التعبير عن الرجوع يمكن أن يكون **صريحا** كما يمكن أن يكون **ضمينيا**، إذ لا إشكال يطرح في الرجوع الصريح والذي يكون بصور بعض العبارات عن الموصي تدل صراحة وبما لا يدع مجالا للشك كقوله مثلا: "رجعت عن الوصية" أو "فسخت وصيتي" أو "أبطلتها"، ولكن مفهوم الرجوع الضمني هو الذي لا يمكن حصره بإعتبار تعدد وتنوع الطرق المعبرة عنه ضمينا بما يفهم منه بصورة غير مباشرة تراجع الموصي عما أوصى به سابقا، وقد عرف جانب من الفقه مثل هذا التصرف بأنه "كل فعل أو تصرف يدل بقرينته أو عرف على الرجوع" (1) وهو ما عبرت عنه المادتين 18 و 19 من قانون الوصية المصري.

(1) أنظر الفصل 210 من م أ ش.
(2) المادة 18 من قانون الوصية المصري: "يجوز للموصي الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها صراحة أو دلالة. ويعتبر رجوعا عن الوصية كل فعل أو تصرف يدل بقرينة أو عرف على الرجوع عنها. ومن الرجوع دلالة كل تصرف يزيل ملك الموصي عن الموصى به".
كما أن الرجوع قد يكون **كليًا** بمعنى سريانه على الوصية بأكملها، وهذا لا يطرح إشكالا بإعتباره يمتد على كامل الشيء الموصى به سواء كان عينا أو منقولاً أو منفعة، وقد يكون الرجوع **جزئيا** بمعنى لا يمتد أثره إلى كامل الشيء الموصى به بل يبقى هذا الأخير نسبيا بما يبقى إستحقاق الجزء الذي لم يسر في شأنه الرجوع متوفرا بوفاة الموصي.

ولكن مهما كان مدى الرجوع أو كفيته فإنه لا يثبت إلا بالكتب مثله في ذلك مثل ثبوت الوصية ذاتها، إذ نص الفصل 177 المذكور على أنه: "... ولكن لا يثبت إلا على معنى الفصل 176". وعلى هذا الأساس فإن الكتب على معنى الفصل 176 أي سواء كان حجة رسمية أو غير رسمية هو شرط إثبات للرجوع في الوصية وبالتالي فإن الكتب هنا ليس بشرط صحة كما هو الشأن بالنسبة للوصية ذاتها، إذ أن مشرنا قد إقتدى في هذا المضمار بأحكام الفقه الإسلامي بإعتبار أن العقد في إطاره

هو عقد رضائي فلا يكون إثبات إلغاء الوصية بالرجوع فيها إلا بثبوت الوصية نفسها، وباعتبار أن هذه الأخيرة ثابتة بكتب فلا يمكن على هذا الأساس أن يعتمد خلاف الكتب إلا بكتب. هذا ولعل أهم سبب يؤدي إلى عدم إستحقاق الوصية هو بطلانها.

(1) أحكام الوصايا و الأوقاف في الشريعة الإسلامية - أحمد فراج حسين - ص 234.

الفرع الثالث:

بطلان الوصية

يقتضي موضوع بطلان الوصية التعرض إلى أسبابها (فقرة أولى) ثم إلى آثارها (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: أسباب بطلان الوصية

نصّ الفصل 197 من م أش على أنه: "تبطل الوصية بـ :

- جنون الموصي جنونا مطبقا إذا إتصل بموته.
 - موت الموصى له قبل الموصي.
 - هلاك الموصى به المعين قبل وفاة الموصي.
 - رد الموصى له بعد وفاة الموصي".
- لذلك فسوف نتعرض إلى هذه الأسباب تباعا:

1 - الجنون المتصل بالموت:

هذا السبب مأخوذ عن الفقه الإسلامي وبالتحديد عن المذهب الحنفي الذي إعتبر الوصية باطلة في هذه الحالة مبررين ذلك بأن ما يشترط في عقود التبرعات إبتداءا يشترط بقاء، فيما أنه يشترط إبتداءا في مثل هذه العقود كون المتبرع أهلا للتبرع ومنه بطريق الوصية يجب كذلك بقاء هذه الأهلية إلى حين وفاة الموصي، وبإعتبار أن الوصية من قبيل التصرفات غير الملزمة للموصي طوال حياته بحيث يمكن له الرجوع متى شاء عن تبرعه، وبالتالي فإن إفتقاد الموصي لأهليته بعد الوصية من شأنه حرمانه من حقه في الرجوع.

وقد أضاف الحنفية حالة العته كسبب يبطل للوصية لنفس الأسباب التي دعتهم إلى الإبطال بسبب الجنون، وهو ما لم يتعرض إليه المشرع التونسي من خلال سنه لأحكام البطلان بسبب إنعدام الأهلية (1).

كما أن الجنون الوارد بتنظيمه الفصل 197 فإنه يتميز بكونه منطبقا و متصلا بالموت معنى ذلك أن المشرع إشتراط أن يكون الجنون مطبقا لينجر عنه بطلان الوصية فإذا لم يكن مطبقا فلا مجال للحديث عن هذا الأثر، ولعل المقصود بالجنون المطبق هو الجنون الطارئ (2) وليس الجنون الأصلي (3) بإعتبار قد يطرأ على الشخص بعد إنشاء الموصي وصيته مع إكتمال كامل قواه العقلية جنون منطبق وهذا الجنون يقتصر تأويله من خلال التشريع التونسي على كونه الجنون غير المتقطع بحيث تعتري المعني به فترات يثوب إليه رشده وهو ما نصت عليه كذلك المادة 14 - فقرة أولى - من قانون الوصية المصري (4).

أمّا الخاصية الثانية المميزة للجنون كسبب يبطل للوصية فيتمثل في كونه **متصل بالموت**، ومفهوم خاص بمادة الوصية، إذ لا يوجد في أي موضع آخر من القانون ما يعرف "الجنون المتصل بالموت" ولا يعتبر المشرع التونسي بذلك قد تميز عن غيره من المشرعين بإعتبار أنه مفهوم مستوحى من أحكام الفقه الإسلامي الذي أخذ بالجنون المطبق كسبب من أسباب بطلان الوصية، ومثال ذلك ما ذهبت إليه محكمة التعقيب في إحدى قراراتها معتبرة أنه: "يستخلص من الفصلين 197 و160 من م أ ش أن الوصية تبطل بجنون الموصي جنونا مطلقا إذا إتصل بموته، والمجنون هو الشخص الذي فقد عقله سواء كان جنونه مطبقا يستغرق جميع أوقاته أو متقطعا تعتريه فترات يثوب إليه عقله فيها" (5).

- (1) خلافا لما إنتهجه المشرع المصري من خلال المادة 16 من قانون الوصية: "لا تبطل الوصية بالحجز على الموصي للسفه أو الغفلة". ويقصد بالحجز ذلك الحجز اللاحق لنشوء الوصية.
- (2) الجنون الطارئ هو الجنون الذي يصيب الشخص بعد بلوغه عاقلا.
- (3) الجنون الأصلي هو الذي يولد الشخص مصابا به أو يصاب به بعد ولادته ويستمر معه طوال صغره إلى حين بلوغه وبعده.
- (4) المادة 14 - فقرة ثانية - من قانون الوصية المصري:
"تبطل الوصية بجنون الموصي جنونا مطبقا إذا إتصل بالموت".
- (5) قرار تعقيبي مدني عدد 23089 مؤرخ في 1989/12/5 - ن 1989 ق.م ص 460.

2 - وفاة الموصى له قبل الموصي:

لا تعتبر حادثة وفاة الموصى له مبطللة للوصية إلا بحصولها قبل وفاة الموصي، بحيث لا يطرح الإشكال عند وفاة الموصى له بعد الموصي إذ يصبح الأول مستحقا للوصية بوفاة الثاني في حياته، وهذا ما أكده المشرع ضمن **الفصل 197 من م أ ش** إذ أنه لم يتبع في هذا الشأن أحكام مذهب دون آخر بإعتبار إتفاق الفقهاء الأربعة على مثل هذا الموقف، مبررين ذلك بأن الوصية عطية وقد صادفت المعطى ميتا فلا تصح كالهبة للميت ولأن الوصية لا تلزم إلا بوفاة الموصي وقبول الموصى له" (1) وقد إستندوا في ذلك إلى القول بأن التبرع بطريق الوصية صادرا له لا لورثته لأسباب معينة فأكدوا بالتالي على الصبغة الشخصية البحتة لعقد الوصية لا المالية (2). وهذا التوجه منطقي لأن الوصية هي في جوهرها "تمليك مضاف لما بعد الموت".

3 - هلاك الموصى به المعين قبل وفاة الموصي:

تختلف هذه الحالة عن تلك المتمثلة في هدم العين الموصى بها من طرف الموصى بإعتبارها رجوعا عن الوصية وبإعتبار هلاك الموصى به الوارد بذكره **الفصل 197** هو أمر غير إرادي بالنظر إلى الموصى له، فليس من المنطقي أن يقوم هذا الأخير بإتلاف العين، وعلى هذا الأساس فإن هلاك الشيء الموصى به يحصل بفعل قوة قاهرة أو أمر طارئ أو بفعل الغير كالورثة وغيرهم ...

فإذا كان هلاك الموصى به كليًا، فإن الوصية تبطل بأكملها، خلافا لما هو الشأن بالنسبة للهلاك الجزئي، حيث تبقى الوصية نافذة في جزء منها دون الجزء الآخر، ولئن سكت المشرع عن ذلك فإنه لا يتنافى بأية حال وأحكام **الفصل 197** بإعتباره جاء مطلقا، والتالي لا يتنافى مع إمكانية القول بوجود بطلان جزئي في هذه الحالة .

4 - رد الموصى له بعد وفاة الموصي: (ردّ الوصية)

تقتضي هذه الوصية أنه من الحق الموصى له رد الوصية ولكن يشترط أن يكون ذلك بعد وفاة

(1) "أحكام الوصايا و الأوقاف في الشريعة الإسلامية" - أحمد فراج حسين ص 116.
(2) "تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصى لأن العقد وقع له لا لغيره فلا يمكن الإبقاء عليه مع زواله بالموت" - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - لـ "علاء الدين الكستاني" ج 7 ص 394.

الموصي. وهذا ما نصّ عليه الفصل 194 من م أ ش حيث أقر بمبدأ وجوب الردّ بعد وفاة الموصي كما قيده بأجل شهران من تاريخ إعلام الموصى له بالوصية فنصّ على أن "الرد يجب أن يكون بعد وفاة الموصي في أجل أقصاه شهران من تاريخ إعلام الموصى له بالوصية". ويهدف المشرع من وراء تحديد مثل هذا الأجل إلى تحقيق نوع من الاستقرار في وضعية الورثة الذين يعرفون بسرعة مقدار مالهم من حقوق على التركة وفي وضعية التركة عموماً كي تقسم بسرعة و نجاعة طبق ما أقتضاه قانون الأثر.

وهذا الرد قد يكون كلياً كما يكون جزئياً، فإذا كان كلياً فلا إشكال بإعتبار أن الوصية تكون باطلة و أما إذا كان جزئياً فإن الوضعية تختلف عن الوضعية السابقة بإعتبارها تقتصر فقط على الجزء المردود، وذلك في صورة قبول الوصية في جزء منها من قبل الموصى له ورفضه لجزء آخر، وهناك صورة تعدد الموصى لهم وقبول بعضهم للوصية دون البعض الآخر وهي الصورة التي أوردتها الفصل 195 من م أ ش "و في صورة تعدد الموصى لهم وقبول بعضهم دون البعض الآخر تنفذ بالنسبة لمن قبل وتلغى بالنسبة للآخر". وعلى هذا الأساس فإنه يعتد بمبدأ القبول في مادة العقود، إذ لا يلزم الشخص إلا بما قبله، و في مادة الوصية فإن المنتفع بها لا يتمتع إلا بقبوله ذلك، فإذا رأى رده لها لسبب أو لآخر، فإن الوصية تعد على ذلك الأساس باطلة بالنسبة له، لكنها تبقى صحيحة تجاه الموصى لهم الآخرين الذين عبروا عن قبولهم لها.

بعد عرض أسباب البطلان الوارد ذكرها بالفصل 197 من م أ ش، فما هي

الآثار المترتبة عن بطلان الوصية ؟

الفقرة الثانية: آثار بطلان الوصية

مهما اختلفت أسباب البطلان من كونها إرادية و غير إرادية، فإن الآثار التي رتبها المشرع واحدة بالنظر إلى الصبغة الشمولية التي أتى بها الفصل 199 من م أ ش حيث نصّ على أن "بطلان الوصية كلاً أو بعضها يرجع بالموصى به إلى تركة الموصي".

و هذا الفصل يقتصر على أسباب البطلان التي حددها الفصل 197 على وجه الحصر لذلك وجب معرفة طبيعة البطلان الذي يعنيه هذا الفصل ؟

لا مجال للحديث في هذا الشأن إلا عن بطلان مطلق، وهو ما يستشف من الأسباب المؤدية له، بإعتبار أن البطلان المطلق هو بطلان يقوم في مواجهة الكافة إلا في حالة واحدة تتمثل في رد الوصية بإعتبار أنه يمكن التراجع عنه بالقبول، وكذلك الرد بعد القبول كل ذلك يشترط إجازة الورثة. هذا مع مراعاة أحكام البطلان الجزئي الذي راعاه المشرع و مكن بمقتضاه من تلافى خطر حرمان الوضعيات، ويتعلق مثل هذا البطلان بحالتي **هالك الموصى** به المعين قبل وفاة الموصى وردّ الوصية من قبل الموصى له.

أما فيما يتعلق بمأل الشيء الموصى به كله أو بعضه إذا هلك بعضه الآخر، وقد نصّ الفصل 199 صراحة على حل قطعي يتمثل في رجوع الموصى به "إلى تركة الموصى" وهو أمر طبيعي، فبالبطلان سواء كان مطلقا أو نسبيا لم تقع المصادقة عليه من طرف من كان رضاه معيبا، يرجع بالطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إنشاء العقد وبالنظر إلى الصبغة الخاصة لعقد الوصية بإعتبارها "تمليك مضاف لما بعد الموت" فإن رجوع الموصى به بسبب البطلان يكون إلى تركة الموصى، فلأن هذا العقد لا ينصب أثره على الذمة المالية للموصى في حياته، فإنه ينصب بالتالي مباشرة على تركته هذا في خصوص الوصية العادية بإعتبارها عقدا، أما في خصوص **الوصية الواجبة** فإن الأمر يختلف بإعتبارها ضربا من **ضروب الإرث**، وهو ما نظمه الفصل 191 من المجلة والذي سنحاول تحليلها في هذا الجزء الثاني من خلال بيان التكريس التشريعي للوصية الواجبة ومدى إرتباطها بالشريعة الإسلامية.

الجزء الثاني :

التكريس القانوني للوصية الواجبة و مدى إرتباطها بالشريعة الإسلامية

تحدث القانون التونسي عن الوصية الواجبة في الباب الخامس من مجلة الأحوال الشخصية بالفصلين 191 و192 منها، ومن المعلوم أن باب الوصية بصفة عامة هو الكتاب الحادي عشر من هذه المجلة وقعت إضافته بمقتضى القانون رقم 77 المؤرخ في 19 جوان 1959.

لذلك يعتبر البحث في مؤسسة الوصية الواجبة ومدى إرتباطها بالشريعة الإسلامية عملاً بالغ الدقة، لما أحاط هذه المؤسسة من هالة غموض يمكن تفسيرها بالتناقض الموجود بين الطبيعة القانونية لها والنظام القانوني الذي أقره المشرع.

ويعود سبب الإشكال في مادة الوصية الواجبة إلى الهالة من الغموض و التشابك الذين يغمرانها دون أن يتولى المشرع مهمة التوضيح و التدقيق في المسألة بل إقتصر على بعض النصوص المنظمة لها، كما أن العذر الأساسي للفقهاء في الإختلاف حول هذه المسألة يتمثل في أن مؤسسة الوصية الواجبة لم يقع ذكرها صراحة لا في القرآن ولا في السنة بل كانت من إستنباط الفقه و ذلك في إطار الإجتهد لمحاولة تنمية الرصيد في ميدان التشريع الإسلامي و السعي إلى جعله مستجيبا لمقتضيات العصر.

لذلك يتّجه البحث في الجذور الفقهية لهذه المؤسسة (الباب الأول)، بإعتبار أن القواعد المنظمة للوصية الواجبة هي مزيج مستمد من الميراث وكذلك من الوصية (1)، ولكن إرتباط هذه المؤسسة بالوصية لا يعدو أن يكون صوريا حيث عمد المشرع إلى تعديل نظام الميراث عبر هذه المؤسسة لجعلها حصة قارة تؤخذ من تركة الهالك وهو ما يدعونا إلى الحديث عن الوصية الواجبة كإستنباط تشريعي قصد تطوير نظام المواريث. (الباب الثاني).

(1) يذهب جانب من الفقه إلى إعتبار أن الوصية الواجبة ذات طبيعة قانونية مزدوجة إعتماذا على إزدواجية الأحكام المنطبقة عليها. من ذلك ما يذهب إليه الأستاذ "بهاء الدين البكاري" بقوله: "الوصية الواجبة لها طبيعة قانونية متنوعة، فهي من جهة تشارك الميراث في الأحكام، و من جهة أخرى تخالفه لتكون أقرب للوصية منه للميراث".
"بهاء الدين البكاري" - الوصية الواجبة - مجلة القضاء و التشريع - ماي 1990 ص 14.

الباب الأول :

الجذور الفقهية

المقصود بالجذور الفقهية لمؤسسة الوصية الواجبة هو البحث في مصادرها وأسانيدها، فقد جرت العادة عند أغلب الناس في تونس على إنزال أو تنزيل أبناء الإبن المتوفي أو البنت المتوفاة منزلة أبويهما، فإذا مات لرجل إبن مخلفا أبناء عمه إلى تنزيلهم منزلة أبيهم المتوفي لأنهم لا يرثون الجد، إذ هم محجوبون بالأعمام. وهذه العملية تقع غالبا بعامل العاطفة والحنان وربما الإنصاف ضرورة أن الميت إذا مات في حياة والديه لم يكن له طبعاً نصيب في ميراثها. ويمتد الحرمان إلى أبنائه و ذريته وتنتج عن ذلك حالة مؤسفة بالنسبة لهؤلاء الأبناء الذين قد يجتمع عليهم اليتيم و الفقر. وهذا ما دعا الناس إلى سلوك هذا السبيل سبيل التنزيل أي تنزيل الأحفاد مكان

الأبناء، وقد عرفت هذه القاعدة في الفقه الإسلامي وكذلك في القانون الروماني في عهد جستينيان ومنه إنتقلت إلى القانون الفرنسي إلا أن مفهومها إختلف بحسب إختلاف فكرة الأثر ومفهومه.

كما أن التشريع التونسي إعتد كذلك على هذا الإختلاف في مفهوم الأثر وأساسه بين الفقهاء والمجتهدين في التشريع الإسلامي حيث كان له سند ومأخذ فيما سنه من تقنين يتعلق بالوصية الواجبة.

لذلك فإن أهم المباحث التي تثار في هذا الإطار تتعلق بـ :

- الوصية الواجبة وظاهرة النسخ في القرآن (مبحث أول)
- الوصية الواجبة مدخل فقهي للتجديد (مبحث ثاني)
- الوصية الواجبة ومدى إرتباطها بالوصية (مبحث ثالث)

المبحث الأول :

الوصية الواجبة و ظاهرة النسخ في القرآن

النسخ لغة هو الإزالة، نقول نسخت الشمس الظل أي أزالته، كما نقول نسخت الريح الأثر فلم يبق له وجود وهو أيضا النقل كنسخ الكتاب. والنسخ في علم الأصول هو رفع حكم شرعي بدليل شرعي لاحق للتفسير و التدرج في التشريع و لتغيير أحكام المعاملات بتغير الأزمان (1)

وللنسخ ثلاث أقسام وهي نسخ القرآن بالقرآن وهذا جائز عند جمهور العلماء بناء على أنه لا مانع من نسخ حكم آية مع بقاءه في الكتاب يعبد الله بتلاوتها وتذكر نعمته بالإنتقال من حكم كان موافقا للمصلحة ولحال المسلمين في أول الأمر إلى حكم يوافق المصلحة في كل زمان و مكان، ثم نسخ السنة بالسنة والأمثلة على ذلك عديدة من أشهرها قوله ﷺ: "كنت نهيتكم عن زيارة القبور". و الوجه الأخير هو نسخ القرآن بالسنة وفيه خلاف كبير بين جمهور الأئمة و الفقهاء.

وسنرى عند الحديث عن الوصية الواجبة المستحدثة في القانون وعن سندها وما أعتده المشرع في الأخذ بها بسطا إضافيا لموضوع حكم الوصية يتعلق بالرأي

القائل بوجوب الوصية لصنف من الأقارب المحرومين من الأثر بناء على أن آية الوصية عاملة و محكمة وغير منسوخة و طالما أن معيار الإستحقاق في تركة المتوفي هو قوة صلة القرابة به، كما أن الجمهور الذي قرر أن آية الوصية منسوخة بأية المواريث إنشق عنه جماعة يرون أنها نسخت في حق من يرث دون الأقارب الذين لا يرثون فإنها عاملة وهذا الرأي هو الذي إعتده تشريعنا و التشريع المصري من قبلنا. ولمزيد التعمق في تحليل هذه المسألة يتجه بنا التعرض إلى بيان السند الشرعي للوصية الواجبة وأسباب الأخذ بها (فرع أول) ثم التطرق إلى بيان الوصية الواجبة في الفقه الظاهري (فرع ثان).

(1) محمود شمام - "الوصية في الفقه والقانون" - دار النجاح للطباعة والنشر والتوزيع تونس ص 26.

الفرع الأول:

السند الشرعي للوصية الواجبة وأسباب الأخذ بها

الأصل في إعطاء جزء من مال المتوفي على وجه الوصية الواجبة لأحفاده الذين مات أبوهم أو أمهم قبل موته، قوله تعالى: "كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للأقربين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين" (1) هذه الآية التي قال بعض التابعين والأئمة بأنها نسخت بآيات المواريث وإن حكم وجوب الوصية باق على إطلاقه، وقال فريق ثاني بأنها نسخت جزئيا، وبقي حكمها قائما بالنسبة للأبوين والأقربين الذين حال بينهم وبين الإرث حائل كإختلاف الدين أو الحجب وقال فريق ثالث بأنها نسخت تماما بآيات المواريث، ولم يبق لها ذلك الحكم، و الوصية تكون بعد النسخ على الندب.

و الوصية الواجبة تكون للأحفاد من الطبقة الأولى في تركة الجد و الجدة أخذا بمذهب القائلين بوجوبها في تركة من لم يوص لأقاربه الذين لم يجدوا للإرث سبيلا. ونضيف إلى ذلك أنه حتى على مذهب القائلين بالندب فلولي الأمر أن يجعل المباح واجبا كما له أن يمنع إتيانه إذا إقتضته الضرورة ودعت إليه الحاجة، لأن الأحكام تتغير بتغير الأزمان والأمكنة والأحوال. وهذا مبدأ من مبادئ الشريعة، جاهر به الكثير من الفقهاء والعلماء كـ "ابن خلدون" و "ابن التيم الجوزية" و نادى به كذلك الكثير من المصلحين المجددين أمثال الإمامين "جمال الدين الأفغاني" و "محمد عبده". وفي ربوعنا جرت عادة الناس في الكثير على تنزيل أولاد الإبن المتوفي في حياة أبويه منزلة والدهم ليأخذوا من المخلف ما يأخذه والدهم لو كان حيا أو مثل ما يأخذه أحد أعمامهم.

وإن ما جرت به العادة من تنزيل الأحماد منزلة أصلهم الميت لا تخفى فوائده، ولا تنكر محاسنه، والمصلحة فيه واضحة، والشريعة تدعو إليه، وإن الحالات الكثيرة والمؤسفة التي يكون عليها الأحماد الذين فقدوا العائل، وحرموا من الإرث لوجود من يحجبهم، وما تتطلبه تلك الأوضاع من

(1) الآية 179 من سورة البقرة.

علاج هي التي دعت المشرع إلى فرض الوصية وجعلها حقا واجبا بالقانون، بشرط حفظ حقوق الورثة، وتحقيق رغبة الجد و الجدة في عدم حرمان أحمادهم الذين فقدوا أصلهم، والضرب لهم بنصيب من التركة في حدود الثلث، على أن يقسم عليهم للذكر مثل حظ الأنثيين تعويضا عما كان سيؤول إليهم من المال لو تحقق الإرث لأصلهم.

وهذا الإستعراض لآراء الفقهاء والمجتهدين يوضح لنا السند الذي إعتده المشرع التونسي عند وضعه لأحكام الفصلين 191 و192 من م أ ش، حيث نص الفصل 191 المشار إليه على أن من مات أبوه أو أمه قبل وفاة جده أو جدته وجبت له وصية في تركة الجد أو الجدة، بقدر ما كان سيرثه أصله من ذلك الجد أو الجدة لو بقي حيا. فأولاد الإبن ذكورهم وإناثهم يستحقون في تركة جدهم للأب وجدتهم للأب مقدارا مساويا للمقدار الذي كان سيرثه أبوهم لو بقي على قيد الحياة إلى ما بعد وفاة أصله. وأولاد البنت ذكورهم وإناثهم يستحقون كذلك في تركة جدهم للأم وجدتهم للأم مقدارا مساويا للمقدار الذي كانت سترثه أمهم لو بقيت على قيد الحياة، إلى ما بعد وفاة أصلهم. و الوصية كما تجب لأولاد من مات في حياة أصله، فإنها تجب كذلك لأولاد من مات في وقت واحد مع أبيه وأمه دون أن يعرف من مات منهما الأول و من مات الثاني، كالغرقى والحرقى وأموات الكوارث والحوادث، إذ الشك في معرفة السابق لا يبنى عليه حق الإرث لهذا أو ذلك، فكان من المنطق إعتبارهما غير متوارثين، وكل ترثه ورتته، وإن إعتبار الإبن والبنت الذين ماتا مع أصلهما غير متوارثين كما هو الحكم الذي إقتضاه الفصل 86 من م أ ش (1) معناه أنهما في الإعتبار غير متوارثين، ولكن إيجاب الوصية لهؤلاء الأحماد مبناه أن أصلهم لم يرث لعدم تحقق حياته عند موت الجد أو الجدة، فوجب لهم الوصية تعويضا عما كان من الممكن أن يؤول إليهم من المال لو حصل الإرث لأصلهم.

وزاد أئمة المذهب الظاهري وفي مقدمتهم "ابن حزم" في كتابه "المحلى" بأن الوصية واجبة في مثل هذه الحالة وفاقا للآية الكريمة المذكورة سالفا (كتب عليكم (...، ويقول الأستاذ السنهوري (2)

- (1) الفصل 86 م أ ش: "إذا مات إثنان ولم يعلم أيهما مات أولاً فلا إستحقاق لأحدهما في تركة الآخر سواء كان موتهما في حادث واحد أم لا".
- (2) عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني المصري - ج 9 ص 218. بأن "القول بوجوب الوصية للأقربين غير الوارثين مروى عن جمع عظيم من فقهاء التابعين ومن بعدهم من أئمة الفقه والحديث ومن هؤلاء "سعيد بن المسيب" و"الحسن البصري" و"طاووس" والأمام "أحمد" و"داوود" و"الطبري" و"إسحاق بن راهوية".

وجاء في لائحة المشرع المصري للوصية الواجبة أنه: "يمكن القول بأن لولي الأمر أن يتدخل ويحدد الأقربين بالأحفاد ويأمر بإعطائهم جزءاً من التركة هو نصيب أصلهم في الميراث لو بقي حياً".

وآية الوصية ظاهرة في أن الوصية الواجبة للأقربين هي الوصية بالمعروف وكلمة بالمعروف يراد منها ما تطمئن إليه النفوس ولا تنبو عنه المصلحة. وعلى هذا الأصل يكون لولي الأمر أن يأمر الناس بالمعروف في الوصية الواجبة للأحفاد بأن تكون بمثل نصيب أصلهم في حدود الثلث لأن هذا هو العدل الذي لا وكس فيه ولا شطط.

وهكذا يتضح لنا السند الذي إعتمده التشريع الوضعي في الأخذ بهذه الوصية والسبب الذي دعاه إلى تطبيق أحكامها. وننتقل الآن إلى الحديث عن الوصية الواجبة في الفقه الظاهري.

الفرع الثاني:

الوصية الواجبة في الفقه الظاهري

ليس كل ما أنتجته مدارس المذاهب الأربعة المعروفة هو كل ما في الشريعة الإسلامية بل كذلك ما أنتجته مدارس المذاهب الأخرى التي إندثرت بإنقراض علمائها ودعاتها، فهذه المدارس الأخرى قد تركت تراثا لا يقل روعة وتقديرا عما جاء في المذاهب الأربعة وفيها جانب من روعة التفكير وقوة الاستدلال مما يجعل الباحث المتجرد في ميدان المقارنات التشريعية ينصفها للفوز بالرأي الصائب والفكرة النيرة عن منازعها في المذاهب الأخرى.

ولعل من بين هذه المذاهب نذكر **المذهب الظاهري** الذي إنبثقت مبادئه وطرقه في الإستنباط عن فكر أحد عمالقة إعلام التشريع الإسلامي وهو أبو سليمان داوود بن علي بن خلف البغدادي الأصبهاني. ولقد كان لهذا المذهب مبادئ وطرق في إستنباط الأحكام التشريعية وإستخراجها من القرآن الكريم والسنة نابذا القياس و التأويل.

وبناء على ذلك إتجه هذا المذهب إتجاهات في تفريع المسائل والأحكام كادت تكون معاكسة مع إتجاهات المذاهب الأخرى من بينها مسألة الوصية الواجبة وهي كما عرفها علماء المذهب الظاهري بالوصية بجزء من المال للبعض من الأقارب غير الوارثين حسبما يستفاد من نصوص "**ابن حزم**" في كتابه "**المحلى**" الذي خالف فيه كل المذاهب الأخرى حيث يرى أن التركة لا تنحصر في الورثة والوصايا بل هناك صنف آخر وهم الأقارب الذين لا يرثون بسبب من الأسباب المانعة، وليسوا موصى لهم بوصية إختيارية وإنما يأخذون بوجه الوصية الواجبة. لذلك إرتبطت هذه المؤسسة بإبن حزم إذ يعتبر هذا الفقيه الظاهري أول من قال بها في إطار الثورة التي قادها على صعيد العدالة الإجتماعية وذلك بفهم جديد لآيات القرآن الكريم.

ولقد إعتد إبن حزم فيما ذهب إليه الآية الواردة في سورة البقرة (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت ...)، مخالفا بذلك بقية الفقهاء الذين رأوا أنها نسخت بآيات المواريث الواردة في سورة النساء، إذ يرد "**ابن حزم**" على ذلك بعدم وجود دليل على وقوع النسخ لعدم تعارض الأحكام (1). وقد ذهب "**ابن حزم**" إلى القول بوجود الوصية لثلاث من الأقارب على الأقل لم يرثوا سواء لرق أو لكفر وإما لأن هناك من يجلبهم عن الميراث أو لأنهم لا يرثون فيوصي لهم بما طابت به نفسه. كما توسع في نظريته لقواعد توزيع الثروة بالميراث إذ جعل لقرابة الميت والمسكين نصيبا في تركة الهالك إذا حضروا القسمة.

ورغم أن "ابن حزم" قد قاد ثورة حقيقية على صعيد النتائج المتوصل إليها، إلا أنها لم تكن مؤازرة بتجديد منهجي من شأنه أن يضمن لها البقاء وذلك بأخذه بظاهر النصوص ورفضه القياس والرأي، فإندثر مذهبه بوفاته وإنحصرت شهرته بعد ذلك في الجانب الأدبي من مؤلفاته حتى سنة 1946 تاريخ صدور قانون الوصية المصري المتضمن لما إصطلح عليه بالوصية الواجبة حيث طفق الجانب الفقهي لهذا الأديب من جديد.

وبالتالي أخذت بعض القوانين العربية، مؤسسة الوصية الواجبة عند تدوينها لقواعد الأحوال الشخصية، لكنها قصرتها على حالة أولاد الأولاد فقط وأضفت عليها طابع الإلزام القانوني، فكان أول

(1) ابن حزم الأندلسي - المحلى - جزء 9، دار التراث القاهرة ص 314 وما بعدها المسألة 1751.

من ذهب إلى ذلك المشرع المصري بموجب قانون الوصية الصادر سنة 1946 وعنه أخذ المشرع التونسي وذلك بمقتضى القانون عدد 77 لسنة 1959 المؤرخ في 19 جوان 1959، وكذلك المشرع المغربي والكويتي والسوري، إلا أن فكرة الوصية الواجبة ظلت غامضة بسبب إقتضاب النصوص المؤطرة لها إذ هي تعلق بتعويض بعض قرابة الهالك الذين حرموا من الميراث، وهي كثيرا ما إقتربت من مفهوم التنزيل والنيابة التوريثية، لذلك تولد عن هذا الغموض جدل فقهي وصل إلى حد التناقض حول مؤسسة الوصية الواجبة في القانون الوضعي حيث إنقسم فقهاء القانون حول ذلك إلى إتجاه يقربها من الوصية وإتجاه معارض يرى أنها للميراث أقرب، في حين سقط بعض الفقهاء في دائرة الحلول الوسطى فقالوا بإزدواجية هذه المؤسسة بإعتبار أنها مزيج بين الميراث والوصية. ولكن مهما كانت الطبيعة القانونية لمؤسسة الوصية الواجبة فإنها تعد بمثابة المدخل الفقهي للتجديد.

المبحث الثاني :

الوصية الواجبة مدخل فقهي للتجديد

لمحاولة الوقوف على الأسباب التي دفعت المشرع بالإعتماد مؤسسة يكتنفها التناقض ما بين طبيعتها القانونية من جهة وجانب هام من النظام القانوني المنطبق عليها، فلا بد من الرجوع إلى الظروف التاريخية التي نشأت فيها هذه المؤسسة، حيث يتضح أن ذلك إنما يندرج في إطار إشكال حضاري أعم وهو كيفية التوفيق بين الحداثة والأصالة الذي طرح في البلدان العربية والإسلامية فترة إستقلالها بصفة

حادة وما زالت تفاعلاته مستمرة إلى اليوم، وما لعبه التشريع من دور أساسي في هذا الإتجاه حيث تحول القانون إلى قرار سياسي يتخذ في مستوى أعلى هيكل الدولة بغية إدخال تغييرات في الحياة الإجتماعية، وذلك خلافا للمجتمعات الغربية التي إكتفت بسن القوانين التي تسجل التحولات التي شهدتها الحياة الفعلية.

ولقد إمتد الإستنباط الفقهي والتجديد إلى وقت متقدم من مراحل تدوين أحكام الفقه الإسلامي حيث كانت أحد الأدوات التي يلجأ إليها المشرعون لإقرار العديد من التعديلات في ميدان الأحوال الشخصية، وبصورة خاصة في باب المواريث ولعل خير مثال على إتباع هذا الأسلوب هو الوصية الواجبة التي تعد أهم مدخل فقهي للتجديد ضمن مجلة الأحوال الشخصية، هذا ما سنحاول إبرازه من خلال التجديد بالرجوع إلى جميع المذاهب الفقهية (فرع أول) مع التأكيد على محدودية هذا التجديد (فرع ثان).

الفرع الأول:

التجديد بالرجوع إلى جميع المذاهب الفقهية

مثلت هذه المنهجية في التجديد، وسيلة أساسية تبناها المشرعون العرب للقيام بتغييرات في مجال الأحوال الشخصية الذي بقي لقرابة الألف سنة ميدانا للتقليد والجمود بإمتياز.

وعلى خلاف التجديد الحاصل في بقية المجالات القانونية، سواء بالنسبة للقانون المدني أو الجنائي أو التجاري والذي يرتبط بإرادة المستعمر إدخال مثل هذه التغييرات الهادفة أساسا إلى حماية مصالحه، فإن الأحوال الشخصية بقيت من مشمولات الفقه الإسلامي سواء على صعيد الإختصاص الحكمي (المحاكم الشرعية) وكذلك على مستوى القانون المنطبق (قواعد الفقه الإسلامي)، لذلك تميزت محاولات التجديد بمرحلة ولادة عسيرة أجهضت خلالها عديد المحاولات، لعل أهمها محاولة المساواة بين الجنسين في الإرث (1) في حين لم يكتب لغيرها النجاح إلا عن طريق

القوة بينما وقع تمرير جزء منها عن طريق طابع التجديد وذلك بربطها بأحد المذاهب الفقهية.

ولقد وقع التطرق إلى هذه المنهجية، والتي تعتبر ثورية مقارنة بما كان سائدا من روح المحافظة والتقليد والتشبث بمذهب دون آخر، عند إصدار مجلة الأحوال الشخصية، فالمذكرة التفسيرية المصاحبة لها تعلق التوصل إلى وضع قانون عصري "يتماشي مع الزمان ولا يصطدم مع مبادئ

(1) وقعت مناقشة مشروع قانون المساواة بين الأخ والأخت في الميراث سنة 1973 إلا أنه سرعان ما وقع سحبه خوفا من ردود الفعل العنيفة

Yadh Ben Achour - "politique religion et droit dans le monde arabe" - edt C.E.R.E.S Tunis 1992.

الدين الإسلامي ... بأخذ نصوصها من مناهل الشريعة ومختلف مصادر ها بدون التقيد بمذهب دون آخر وبرأي طائفة من الفقهاء دون أخرى". (1)

ولقد سبق المشرع المصري في الأخذ بهذه المنهجية، إذ أن اللجنة التي وقع تكليفها سنة 1936 لتدوين الأحوال الشخصية كانت مفوضة لأخذ الأحكام من جميع المذاهب المعترف بها على حسب المصلحة (2). وفي لبنان صدرت بعض القوانين الخاصة المنقولة عن مختلف المذاهب الإسلامية منها قانون الأوقاف الصادر سنة 1947، ونفس الأمر بالنسبة لقانون الأحوال الشخصية العراقي الصادر سنة 1959 الذي أوجب عند عدم وجود نص الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية دون أن يعين مذهباً خاصاً، وهي نفس المنهجية التي إتبعت لوضع مدونة الأحوال الشخصية المغربية حيث أكد الملك "محمد الخامس" محدداً لهامش عمل اللجنة المكلفة بذلك، أن الفقه الإسلامي كاف في ميدان الأحوال الشخصية وإن كل ما ينقصه هو نفص الغبار عليه (3).

وتتدرج التعديلات التي قام بها المشرع التونسي بالنسبة لقواعد الميراث وعلى قلتها في هذا الإطار، وهي القواعد المتعلقة بالرد في الميراث بما في ذلك الرد على البنت ولو مع وجود العسوبة بالنفس من الأخوة والعمومة وصندوق الدولة، ثم قواعد الوصية الواجبة، ففي حين وقع إرجاع قواعد الرد على البنت إلى المذهب الشيعي المعمول به في إيران إرتبطت الوصية الواجبة بالمذهب الظاهري وعلى وجه التحديد بإبن حزم وذلك رغم الإختلاف البين ماهي عليه اليوم في القانون الوضعي وما ذهب إليه ابن حزم، ذلك أنه لم يذهب إلى القول بإلزام الحاكم وإنما إكتسبت الوصية الواجبة عنده مفهوماً دينياً أكثر منه دنيوياً خلافاً لقوله إلزام الورثة إن أبوا أعطى قرابة الميت أو الورثة، اليتامى و المساكين الذين يحضرون قسمة

التركة حيث فرض على الورثة البالغين وعلى وصي الصغار وعلى وكيل الغائب أن يعطوهم ما طابت به أنفسهم مما لا يجحف بالورثة (4).

-
- (1) مذكرة صادرة عن وزارة العدل بتاريخ 3 أوت 1956 بمناسبة إصدار مجلة الأحوال الشخصية - مجلة القضاء والتشريع - ديسمبر 1972 ص 43.
 - (2) صبحي المحمصاني - مقدمة في أحياء علوم الشريعة - دار العلم للملايين - بيروت ص 124.
 - (3) هشام الحاجي - المرأة والجنسانية في تونس - مذكرة للإحراز على شهادة الكفاءة في البحث - كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية - قسم على الاجتماع - نوفمبر 1989.
 - (4) ابن حزم الأندلسي - "المحلي" - مسألة عدد 1747 و 1751 ص 310 وما بعده.

ويؤكد هذا الاختلاف البين الأستاذ "مصطفى شلبي" بقوله: "ولعل واضعي مشروع القانون حينذاك نظروا للأحفاد وهم في الغالب أطفال ضعاف بين عاطفة وأخرى مشفقة مقدرين ما ينتظر هؤلاء من بؤس فحملهم هذا وذاك على تشريع مشاركتهم لبقية الورثة في ما تركه جدهم أو جدتهم وهم لا يملكون تشريكهم بطريق الإرث فلم يجدوا أمامهم إلا باب الوصية فلجؤوا إليه باحثين عما يحقق غرضهم فوجدوا في أقوال بعض الفقهاء ما يصلح سندا لما ذهبوا إليه فلفقوا وتكلفوا في النسبة حتى خرج التشريع آخر الأمر على وضع فيه غموض في بعض صورته". (1)

ولهذا يمكن القول أن تأثر المشرع بإبن حزم يتعلق أساسا بالأسلوب المتبع في صياغة النظرية وتميرها دون ضجة وهو ما يؤكد نسبية هذا التأثير، إلى جانب ذلك فإن جدوى التجديد عن طريق الرجوع إلى المذاهب الفقهية تظل محدودة.

الفرع الثاني:

محدودية التجديد بالرجوع إلى المذاهب الفقهية

تعتبر منهجية التجديد بالرجوع إلى جميع المذاهب الفقهية في محاولة للخروج بالفقه الإسلامي من مرحلة الجمود التي آل إليها خطوة أساسية لا مناص منها نحو هذه الغاية، فلا يقع التوقع داخل مذهب معين ورفض البقية إعتباراً لما مثله الجمود من طابع لفترة التقليد، وعلى العكس من ذلك فإن محاولة إقامة ربط مصطنع بين هذا المذهب أو ذاك والقاعدة القانونية المستحدثة يعتبر أمراً منتقداً فعلاوة على النتيجة التي يعمل على تحقيقها، فإنه كثيراً ما يسيء إلى الفقه الإسلامي بالتعسف به، وبالتالي تمثل هذه المنهجية سلاحاً ذا حدين بحسب الغاية من إستعمالها.

(1) مصطفى شلبي - كتاب الوقف والوصية - ص 302، دار النهضة العربية بيروت 1978.

الفقرة الأولى: الرجوع إلى المذاهب الفقهية لنفي

التجديد

تمثل الوصية الواجبة مثالا واضحا لهذا التعامل غير السليم مع الفقه الإسلامي باعتبارها حيلة حاول المشرع عبرها تمرير تعديله لنظام الميراث، ولقد وصفت هذه الوسيلة بالدغمائية، فلا تقع المبادرة إلى التجديد، وإنما يتدخل المشرع بعد أن يفرض التجديد بنفسه، عندها يقع ربطه بطريقة مصطنعة بأحد المذاهب الإسلامية (1) ولئن كان الدافع إلى الإلتجاء لمثل هذه الوسيلة والخشية من ردود الفعل والتخوف من النقد بالإتيان بمؤسسة مجهولة من جميع المذاهب، لذا بدا المشرع أكثر تماشيا مع روح التقليد مما يدعو إلى الشك في إعتبر ما أدخله تجديدا.

إلا أن جدوى تقبل الأفراد لهذا التعديل تبقى رهينة تطور الثقافة السائدة، موازاة مع ما تم إقراره، ولما كانت أخلاق المجتمع مهينة لمثل هذا التعديل المحدث بواسطة مؤسسة الوصية الواجبة فلم تسجل اعتراضات على ذلك، فمؤسسة التنزيل كانت تقوم مقام الوصية الواجبة، ولم تختلف عنها إلا من حيث عنصر الإلزام، فكل ما قام به المشرع هو إصباغه صفة الإلزام على عمل بقي إراديا، لكنه كان محبذا دينيا سوى أن البون بين الإختيار والإلزام كان واسعا جدا وتطلب من المشرع سلوك سبيل غير مباشر عبر الوصية الواجبة وإختار بذلك الوفاء للتقليد.

الفقرة الثانية: محدودية النتائج

تتجلى النتائج المتوصل إليها عبر هذه المنهجية في نقطتين:

أولا: أن ما توصل إليه المشرع بإعتماد الوصية الواجبة كان محتشما جدا، فلم يستفد منها إلا من حرم بسبب الحجب، وبالنسبة لأولاد الأولاد من الطبقة الأولى فقط، في حين لم يلتفت إلى الأشخاص الذين هم في حاجة توازي حاجة الفروع من الطبقة الأولى إلى أن يكون لهم نصيب في تركة الهالك، هذا إلى جانب عدم تلبية هذا النصيب لأغراض الوصية الواجبة في كثير من الأحيان.

(1) Mohamed Charfi - Le droit Tunisien de la famille entre l'islam et la modernité - op cit P 25.

ثانياً: مدى مساهمة هذه النتيجة التي إستعملت لا لخدمة الفقه الإسلامي وإنما لتمرير تعديل بعض القواعد المتعارف عليها منذ أمد طويل في إيجاد نسق تدريجي للقيام بتعديلات محتملة، فتنكير التجديد وسلب هذه الصفة من القاعدة القانونية التي وقع إدخالها إلى النسق القانوني، يجعل من القيام بمزيد من التعديلات أمراً صعباً، فكأن المشرع بإقراره الوصية الواجبة، لم يرد إلا الإستجابة للدواعي الأكثر إلحاحاً مع المحافظة وبشكل أساسي على إنغلاق النسق القانوني، أي نظام الميراث، ولم يعمد إلى فتح منافذ جديدة لهذا النظام على بقية النسق القانونية المتواجدة، لغاية توفير التلاحق ضماناً للإستمرارية.

وعلى العكس من ذلك، حاول المشرع الباكستاني تجاوز هذه المنهجية، وإعتماد الإجتهد في تفسير النصوص القرآنية و الذهاب بعيداً إلى مطابقة روح الإسلام حيث إعتبرت اللجنة المكلفة (1) بتنقيح قانون الأسرة عدم تنزيل الأبناء منازل آبائهم عادة تعود إلى الجاهلية وقد وقع الحفاظ عليها خطأ من قبل الفقهاء وهي مخالفة لروح الإسلام، لذا وجب إلغاؤها (2).

كما أن إستعمال هذه المنهجية من شأنه أن يؤدي إلى التعسف بالفقه الإسلامي، وذلك بإعتماد تأويلات مصطنعة للمبادئ الإسلامية، وهو النقد الذي وجه للمشرع الباكستاني، فتوريث أولاد البنات إلى جانب أولاد الإبن بل وتقديمتهم على العصابة حسب ترتيب القرابة بالجهة و الدرجة والقوة،

كما ورد في جريدة "Dawn" الصادرة بكراتشي في 5 مارس 1961 أن إعطاء أبناء المتوفي قبل أهله حق الإرث يتماشى مع مبادئ العدالة الإسلامية مهما قال فقهاء المذاهب التقليدية، فالقانون الجديد لا يبتعد عن المقتضيات الصريحة للقرآن بالرغم من أن القانون لا يعتد ببعض التغييرات التي وقع قبولها إلى حد الآن بالنسبة للنص المتعلق بالموضوع. يتجاوز تعديل القاعدة التي أقرها الحديث المروي عن ابن عباس "والباقي فلأولى رجل ذكر"، حيث أنهم ليسوا بعصابة للميت وعليه فصورة هذا التأويل تبدو مشكوكاً فيها، وهو ما يفسر معارضة رجال الدين في الباكستان لهذا التعديل الذي رأوا فيه خرقاً واضحاً للآيات المقدسة.

(1) تكونت هذه اللجنة في أوت 1955 للبحث في إمكانية تغيير القوانين المعمول بها فيما يتعلق بالأحوال الشخصية.

(2) Jules Roussier - l'ordonnance du 2 Mars 1961 sur le droit de famille au Pakistan - Rev.int.dt.comp.1961. P80 ets.

ومن جهة أخرى فالإجتهد يتطلب معرفة دقيقة ومعقدة بمبادئ الشرع الإسلامي، إلى جانب حذق معين لأساليب التأويل والإجتهد علاوة عن ضرورة توفر أرضية ملائمة لفكر إبداعي متفتح وحر بالأساس (1) وهو ما لم يكن بالنسبة

للمثال الباكستاني حيث مثل الإجتهد غشاءا لتمرير تعديلات لم تثبت إلا بمساندة إكراه السلطة العسكرية.

وخلافا لهذه الأساليب غير المباشرة لتعديل قواعد الميراث، سواء تعلقت بإستعمال حيل مقتبسة عن بعض الفقهاء أو محاولة لتمرير ذلك تحت غشاء الإجتهد، توخى المشرع العراقي الوضوح فيما قام به من تعديل وصل إلى حد قطع الصلة مع الفقه الإسلامي حيث جاء في المذكرة التوضيحية للمشروع: "أن الغاية من ذلك، توحيد الأحكام ومنع التحايل على القانون والشرع بانتحال الأديان والمذاهب" (2).

أمّا الوصية الواجبة المستحدثة في القانون التونسي فإن أساسها الإيصاء وليس الميراث ولذلك فإنها لا تكون في أكثر من الثلث وأن تجاوز مناب الأصل الثلث ردت إليه، ومع هذا فإنه عند تعدد الأحماد بين ذكور وإناث فإنهم يقتسمون مناب والدهم أو والدتهم أي مقدار الوصية الواجبة حسب قواعد الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين، وهو ما إعتده المشرع التونسي ضمن الفصل 192 من م أ ش.

ولكن مهما يكن من أمر فإن مؤسسة الوصية الواجبة تعد مدخلا فقهيا إستعان به المشرع التونسي قصد تنظيم بعض الوضعيات التي بقيت دون تنظيم أخذًا بذلك من مناهل الشريعة الإسلامية

(1) يذهب الأستاذ هشام الحاجي في هذا الصدد إلى القول: "إن إنعدام الديمقراطية السياسية وإحتواء المجتمع السياسي للمجتمع المدني منع التحديث من أن يطال مداه، بل تحول إلى معيق من معيقاته، حائلا دون أن يقع تغير التصورات السائدة". المرجع المذكور ص 45.

(2) المذكرة الإيضاحية للقانون العراقي للإرث - صبحي المحمصاني - المرجع المذكور ص 131.

فكان قانون 19 جوان 1959 والذي أضاف أحكامها إلى مجلة الأحوال الشخصية وبخاصة الباب الخامس منه (الفصلين 191 و192)، فكانت الوصية الواجبة إسما إختاره المشرع لهذه المؤسسة القانونية لتكون بمثابة الملجأ لهؤلاء الأبناء الذين قد يجتمع عليهم اليتيم والفقير.

لذلك فإن إستنباط هذا الإسم لهذه المؤسسة يجعلنا نبحت عن مدى إرتباطها بمؤسسة الوصية كيفما أقرها الفقه والقانون ؟

المبحث الثالث :

الوصية الواجبة ومدى إرتباطها بالوصية

من خلال التسمية التي أختارها المشرع - الوصية الواجبة - يتبادر إلى أذهاننا سؤال يتعلق بمدى إرتباطها بمؤسسة الوصية؟ لذلك يمكن الوقوف على بعض النقاط المشتركة بين الوصية الواجبة من جهة والوصية من جهة أخرى سواء من حيث الشكل أو من حيث المحل، إلا أن هذا الإرتباط لا يعدو أن يكون سوريا.

الفرع الأول:

من حيث الشكل

كانت الوصية الواجبة، كإسم إختاره المشرع لهذه المؤسسة القانونية محل نقد شديد، إذ أنها تتركب من كلمتين متناقضتين لا يمكن التوفيق بينهما، فالوصية كما عرفها الفصل 171 م أ ش هي "تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان عينا أو منفعة" أمّا الوجوب فهو إصطلاح شرعي يراد به الإلزام المصاحب بجزء أخروي، ولئن أمكن التوفيق بين الإصطلاحين إذا أخذنا الوصية الواجبة بالمفهوم الذي ذهب إليه فقهاء المذاهب، حيث أن الإنسان مجبر على إبرام وصية قبل وفاته لتدارك مافات من الواجبات الدينية، كالزكاة والكفارة، تحت تهديد جزاء أخروي (ديني)، فمثل هذا التوفيق يصعب بل يستحيل على المستوى القانوني لتعارض التبرع وهو فعل إرادي محض، مع الإلتزام القانوني المنطوي على عنصر الإكراه المادي، ومن جهة أخرى فإن مثل هذا الإلتزام لا ينصرف إلى عمل الهالك أصلا.

ولقد تفادى المشرع الجزائري (1) هذا التناقض على مستوى العنوان، فعمل على إطلاق إسم التنزيل على هذه المؤسسة ومعناه تنزيل غير وارث منزلة وارث، ورغم أن التنزيل كثيرا ما كان يأخذ شكل الوصايا فتسري عليه أحكامها، إلا أن ذلك محصور في حالة قيام الموصى به، أمّا في غير هذه الحالة فلا علاقة له بالوصايا إطلاقا.

ويذهب الأستاذ "الطيب بسيس" إلى الدعوة لمحاكاة المشرع الجزائري على مستوى العنوان فيقول: "ولو أن للمشرع التونسي مندوحة عن هذه التسمية، إلى إسم آخر كان ولا يزال عنوانا لعمل قانوني يدخل تحت إطار ما يسمى بالوصية الواجبة وهي التنزيل" (2).

كما أن المشرع الجزائري قد أصاب مرة أخرى فيما يتعلق بالتبويب، بوضعه هذه المؤسسة في إطار الكتاب الثالث من قانون الأسرة المتعلق بالميراث في حين خصص الكتاب الرابع للتبرعات من وصية وهبة و وقف (3) وذلك على خلاف المشرع التونسي الذي أدمج الوصية الواجبة ضمن الكتاب الحادي عشر و المخصص للوصية وهو ما مثل سببا شكليا هاما، دفع ببعض فقهاء القانون إلى تغليب الطبيعة القانونية للوصية على هذه المؤسسة، من ذلك ما أعلنه صراحة الأستاذ "بهاء الدين البكاري" حين قال: "ولكننا في آخر الأمور، نغلب على الوصية الواجبة كونها وصية، وذلك للضرورة العلمية حتى تتم مراجعة فصولها ... ولسبب آخر شكلي، ونراه هاما وهو أن المشرع إختار لها إسم الوصية، وإن وصفها بالوجوب، وأهم من ذلك المكان الذي تحتله أحكام الوصية من مجلة الأحوال الشخصية (4).

إلا أن المشرع الجزائري وعلى خلاف الشكل، لم يحالف الصواب بحصره مقدار الوصية الواجبة في ثلث التركة كحد أقصى وذلك ما ذهب إليه كذلك جميع القوانين الآخذة بمؤسسة الوصية الواجبة

- (1) يعتبر قانون الأسرة الجزائري من أحدث القوانين العربية حيث أنه صدر بمقتضى القانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 9 جوان 1984.
- (2) الطيب بسيس "الوصية الواجبة في التشريع التونسي" ص 11 - مقال بمجلة القضاء والتشريع عدد 10 لسنة 1965.
- (3) وهو ماذهب إليه كذلك المشرع المغربي حيث وردت أحكام الوصية الواجبة في القانون المتعلق بالميراث لا في القانون المتعلق بالوصية. "هشام قبيلان" - "الوصية الواجبة في الإسلام" ص 63.
- (4) بهاء الدين البكاري - "الوصية الواجبة" مقال وارد بمجلة القضاء والتشريع ماي 1970 ص 14.

الفرع الثاني:

من حيث المحل

تتجلى صورية العلاقة بين الوصية الواجبة والوصية فيما يتعلق بمحل كلا المؤسساتين أي ثلث التركة من خلال نسبية تلبية هذا المقدار لأغراض الوصية الواجبة (فقرة أولى) إضافة إلى الآثار الجانبية المتولدة عن هذا الربط الصوري حيث أصبحت حرية الفرد في إبرام الوصايا محدودة (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: مدى تلبية ثلث التركة أغراض الوصية

الواجبة

على خلاف حق الخلفية المعمول به في فرنسا وكذلك في لبنان لغير المسلمين، وقع حصر نصيب الوصية الواجبة في حدود الثلث، ويعتبر هذا التحديد من أهم النقاط المميزة للوصية الواجبة عن حق الخلفية.

والوصية الواجبة في حدود هذا النصاب، كثيرا ما تؤدي إلى تعويض الحفيد عن حالة الحرمان، سوى أن تعدد المستحقين للوصية الواجبة يضع هذا التعويض موضع تساؤل، خاصة إذا انفرد الإبن الوارث من الدرجة الأولى ليقبل معه النصيب المخصص لهؤلاء الأحفاد إلى درجة تجعل من التعويض أمرا رمزيا.

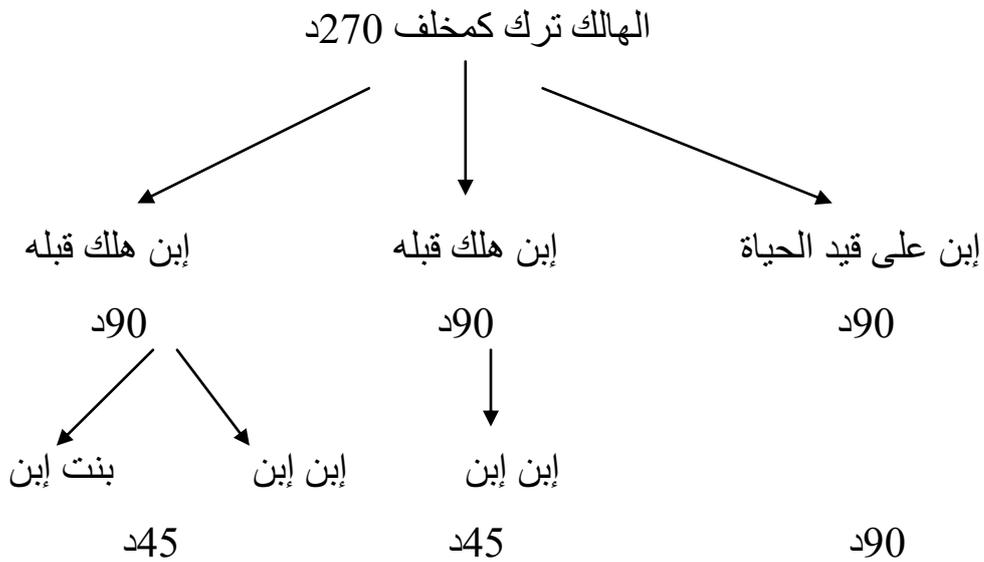
ومثال ذلك:

وفاة شخص عن ابن وثلاثة أبناء ابن (مات قبل أصله) وترك 270د

الإبن ← 180د
 أبناء الإبن ← 90د يقتسمونها فيكون للواحد 30د

وعلى خلاف ذلك فإن الحل المتبع بالنسبة لحق الخلفية، يمتاز بإغراء شديد حيث لا يضار الأحفاد بتعدد لهم لعدم وجود حد أقصى لما يأخذونه من نصيب أصلهم الهالك.

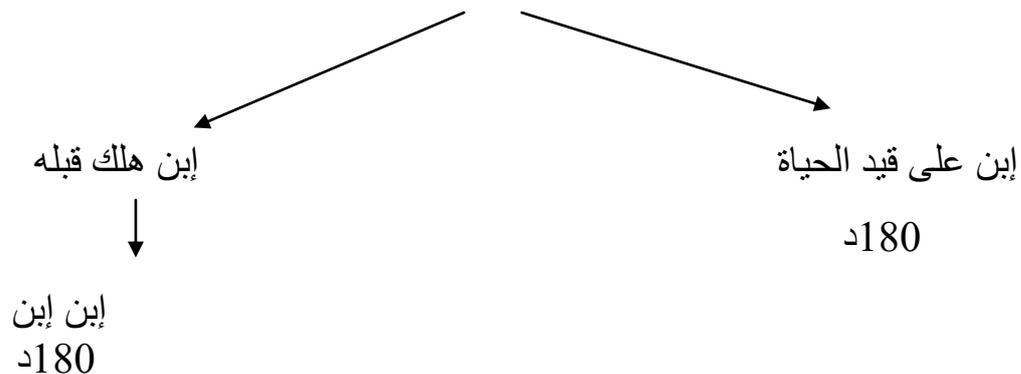
مثال:



إلا أن هذا الحل يصطدم بمبدأ الإستحقاق بالقرب الذي يمثل أصلا من أصول نظام المواريث في الإسلام، ذلك أنه لا يراعي إختلاف الدرجة، فيرث إبن الإبن بالتساوي مع الإبن الأقرب منه إلى الهالك وهو ما يتجلى خاصة إذا لم يترك الهالك سوى إبن وإبن إبن.

ومثال ذلك:

وفاة شخص عن إبن وإبن إبن وترك 360د



وفي هذا الصدد يعيب الأستاذ "هشام قبلان" على المشرع موقفه غير المنطقي، بحصره تعويض الحفيد في ثلث التركة. ويرى أن الوصية الواجبة فرض يجب أن يختلف نصابها باختلاف الحالات حتى لو تجاوزت الثلث (1). وهذا الرأي لا يخلو من الأهمية رغم صعوبة تطبيقه عمليا، إذ هو دعوة إلى البحث عن نوع من الموازنة بين الحد الأقصى لمقدار الوصية الواجبة من جهة وعدد المستحقين مع عدد الورثة من جهة أخرى، وبمعنى آخر البحث في كل حالة على حده، على غرار المنهجية المعتمدة بالنسبة لحالات الإرث، ومثال ذلك أن يقع الرفع من الحد الأقصى لمقدار الوصية الواجبة إلى نصف التركة إذا فاق المستحقون لها الإثنان ولم يترك الهالك إلا ابنا واحدا على قيد الحياة من الدرجة الأولى.

ويبرز الأستاذ "هشام قبلان" دعوته إلى تجاوز ثلث التركة عند الضرورة، بأن الثلث هو نصاب الوصية الاختيارية لا الواجبة، وأنه إنما طبق على الوصية الاختيارية عن طريق القياس أو ظنا بأن الوصية الواجبة والوصية الاختيارية ذات مضمون واحد هو الوصية (2).

الفقرة الثانية: الحد من حرية الإيصال

يطرح هذا الإشكال، عند إجتماع الوصية التي أصبح الفقهاء يطلقون عليها الوصية الاختيارية مع الوصية الواجبة للتمييز بينهما. وقد عمل المشرعون على محاولة حل هذا الإشكال بتقديم وصية القانون (الواجبة) على وصية الجد في الإستحقاق وذلك بحكم الفقرة الأخيرة من الفصل 191 من م أ ش (3) ويبدو هذا الحل متماشيا ولكن القانون المغربي لم يرد فيه التنصيص على ذلك

(1) هشام قبلان - "الوصية الواجبة في الإسلام" ص 58

(2) هشام قبلان - المرجع المذكور ص 82

(3) الفقرة الأخيرة من الفصل 191 من م أ ش: "الوصية الواجبة مقدمة على الوصية الاختيارية والوصايا الاختيارية متساوية وإن تراحت تقسم على التناسب".

مع الطبيعة القانونية لمؤسسة الوصية الواجبة فهي فرض لا يجوز للموصي التدخل فيه لا بإلغائه ولا بالتنقيص من مقداره قبل وفاته، وحتى في صورة تعدد الوصايا الاختيارية وتجاوزها مجتمعة الثلث المخصص للوصية، فذلك لا ينطبق على الوصية الواجبة حيث لا تدخل مع بقية الوصايا في التزام وإنما جعل لها القانون مركزا ممتازا تكون به في مأمّن من تصرفات الهالك المضافة إلى ما بعد الموت.

وعليه، فإن حرية الإنسان لتنظيم ميراثه في حدود الثلث، تقلصت إلى درجة كبيرة وصلت إلى حدود المصادرة النهائية لهذا الحق فكلما كان هناك مستحقون للوصية الواجبة، ليس للجد إبرام الوصايا لسواهم إن عادلته نسبة ما يرث أصلهم

ثلث التركة، فإن لم تصل إليه، كان ذلك الفارق هو المقدار الجديد الذي للإنسان حرية الإيضاء به .

ويعتبر هذا التحديد لحرية الإنسان في التصرف في ثلث التركة من التعسف وذلك لتفويته الغرض من تقسيم الميراث إلى قانوني وإيصائي. فالإنسان وهو يشعر بدنو أجله يكون في مرحلة من الصفاء النفسي تجعله يحاول تدارك ما فاتته في الحياة الدنيا من واجبات دينية لم يقم بها، إلى جانب محاولته إصلاح ما إقترفه من ذنوب تجاه الأفراد أو المجتمع عامة، أو مكافأة أشخاص مدوا له يد المساعدة وهم بدورهم في حاجة إلى ذلك، فتكون مصادرة المشرع لحقه المقدس هذا، حائلا بينه وبين ما يرمي إليه من أغراض نبيلة، فكأن المشرع قد حاول إنصاف أشخاص بظلم آخرين ويرجع ذلك أساسا إلى محاولة إقحام تعديله لنظام الميراث صلب الوصية رغم وجود إختلاف جذري بينهما، وهو ما يدفعنا إلى محاولة إبراز الوصية الواجبة كإستنباط تشريعي لتطوير نظام المواريث.

الباب الثاني :

الوصية الواجبة إستنباط تشريعي لتطوير نظام

المواريث

إن دراسة أحكام الفقه الإسلامي تعتبر من الضروريات بالنسبة للحقوقيين، وخاصة في مادة المواريث، والمواريث كما يراها رسول الله ﷺ تعتبر نصف العلم لقوله: "المواريث نصف العلم فتعلموها وعلموها لأبنائكم".

وينقسم الميراث بصفة عامة إلى نوعين: ميراث قانوني حيث يتولى القانون تحديد الورثة ونسبة إرثهم وقواعد إستحقاقهم للتركة و ميراث إيصائي يرجع فيه للهالك أن يعين لورثته أو لبعضهم نسبة من تركته تعود لهم بعد وفاته. وحول الأخذ بهذين النوعين من الميراث، إختلفت الشرائع تبعاً لمدى إقرارها حرية الإنسان في تنظيم ميراثه بواسطة الوصيّة من جهة وحمايتها لورثته القانونيين من جهة أخرى.

وفي هذا الإطار يمكن تنزيل مؤسسة الوصيّة الواجبة كإستتباط تشريعي حاول من خلالها المشرع إيجاد حلول لبعض الوضعيات الإجتماعية التي لم يقع تنظيمها ضمن قواعد الميراث، فكانت القواعد المنظمة للوصية الواجبة بمثابة مزيج أو بصفة أدق مستمدة من الميراث وكذلك من الوصية وذلك قصد تعديل وتطوير نظام المواريث.

هذا ما سنحاول تحليله من خلال النظر في المباحث التالية:

- الوصية الواجبة ميراث إستثنائي (مبحث أول)
- مشكل تزام الوصايا ونظام المواريث (مبحث ثاني)
- آثار إستحقاق الوصيّة الواجبة (مبحث ثالث)

المبحث الأول :

الوصية الواجبة ميراث إستثنائي

الميراث هو خلافة للميت في ذمته المالية، وأساس الميراث القانوني، الذي يتولى تحديد مراتب الورثة وشروط و وقت إستحقاقهم الإرث وكذلك نصيبهم منه، فهو إذن يتعلق بانتقال الملكية بسبب واقعة الوفاة (1).

والوصية الواجبة لا تخرج في مفهومها عن الميراث القانوني، فهي خلافة للهالك في ذمته المالية أساسها القانون الذي يعين المستفيد منها وكذلك شروط

إستحقاقها ومقدار ذلك (فرع أول) وذلك بهدف إدخال بعض التعديلات على القواعد المتحكمة في نظام المواريث التي وإن أقرت في الغالب إستجابة لدواعي العدل، فإنها من جهة أخرى قد أحدثت بعض الشروخ على هذا النظام وصل إلى حد الإضطراب (فرع ثان).

(1) ينص الفصل 22 م ح ع : "تكتسب الملكية بالعقد والميراث والتقدم والإلتصاق و مفعول القانون وفي المنقول بالإستيلاء ايضاً".

الفرع الأول:

القانون أساس الوصية الواجبة

يعتبر القانون المصدر الأول للحقوق، غير أن القانون لما كان مجموعة من القواعد العامة، تنظم علاقات الناس وترتب مصالحهم وتنشئ لبعضهم مراكز ممتازة هي الحقوق، فإن أحكامه لا توضع لحالات فردية معينة بالذات بل لحالات نموذجية مجردة بقصد إنشاء حقوق مكوّنة من أركان معينة.

والوصية الواجبة بإعتبارها حقاً، أي مركزاً ممتازاً لصالح المستفيد، يجوز له المطالبة به رضاء أم قضاء فإنها لا تخرج عن كونها واقعة قانونية غير إرادية (فقرة أولى) لم يخاطب القانون الهالك بها وإنما جعل عنصر الإلزام مرتباً على تركته يستخلص منها حسب ترتيب معين (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: الوصية الواجبة واقعة قانونية

يقصد بالوقائع القانونية، كل حدث أو عمل مادي يرتب القانون عليه أثراً معيناً وخاصة إنشاء حق أو نقله أو تغييره أو زواله.

وبالرجوع إلى أحكام الفصل 191 من م أ ش، نلاحظ أن المنهجية التي إتبعها المشرع لا تترك مجالاً للشك في إتجاه تأطير واقعة مادية معينة وهي الوفاة وهي نفس المنهجية التي تميزت بها المذاهب الفقهية في مرحلة التقليد (1).

والوفاة التي يعنيها الفصل المذكور هي التي تحدث إستثناء، فتخالف السير العادي للوقائع الطبيعية، و ترجمة ذلك بالنسبة للميراث، أن القانون يرتب على تحقق وفاة الإنسان إنتقال ذمته المالية إلى أشخاص عينهم وضبط شروط إرثهم و مقدار ما يرثون ورتبهم إعتباراً لقرابتهم من الهالك، فإن وجد الأقرب ألت التركة إليه وإلا كان الأبعد، إلى أن يؤول الأمر إلى صندوق الدولة، هذا مع مراعاة نوع من القرابة خصهم القانون بنسبة معينة من التركة يأخذونها بقطع النظر عن مزاحمة من هم أقرب منهم للهالك، فإذا توفي شخص مثلاً ولم يترك سوى زوجة وإبنين ذكرين أعطيت الزوجة ثمن مخلف زوجها وآل الباقي إلى إبنيه يتقاسمانه بالتساوي، فإذا هلك الأبناء قبله كان الباقي إلى آخر ذلك.

ويطلق الفقهاء على هذا الترتيب للإستحقاق بترتيب الدرجات داخل الجهة أي جهة الفروع في المثال المتقدم، أمّا إذا تبعثت هذه الواقعة الطبيعية بأن توفي إبن منهما في قائم حياة أبيه وترك بدوره فروعا نتج عن ذلك شذوذا قانونيا حيث يختص الإبن الباقي على قيد الحياة بعد وفاة أبيه بالباقي من التركة بعد نصيب الزوجة ولا يأخذ أبناء أخيه شيئاً وهو ما يعبر عنه بقاعدة الحجب، ويخلق هذا السير غير العادي للوفاة في غالب الأحيان نتائج سلبية تتمثل أساسا في الحرمان الذي صار إليه الحفيد بعد أن إختص عمه بالتركة بما فيها النصيب الذي كان سيؤول إلى أبيه، في حين أن ميراث هذا الحفيد من تركة أصله الهالك غالبا ما يكون تافها نظرا للسن التي توفي فيها (2).

لذلك كانت القاعدة القانونية سببا للتباغض و الحقد وأصبحت محلا للتساؤل، مما جعل من تدخل المشرع أمرا لا مناص منه لإعادة الأمور إلى نصابها، وهو ما قام به المشرع حيث جعل لهؤلاء الحفدة المحرومين نصيبا من تركة جدهم. وقد ألحق القانون بهذه الحالة، حالة أولاد البنت رغم أنهم ليسوا ورثة للجد إلا أن تضررهم من تبعثت الوقائع الطبيعية يظهر من خلال تهاة ميراثهم من والدتهم مع حرمانهم مما كانوا سيتلقونه عنها لو توفيت بعد أصلهم. وقد رأى المشرع في ذلك حالة حرمان توجب التعويض، فنص على أنه بتوفر هذه الواقعة المادية على النحو الذي يسبب حرمانا للحفدة وإعتبار لشروط تتعلق أساسا بعدم أخذهم من جدهم ما يجعلهم في غنى عن حالة الحرمان هذه، فإنهم يختصون بنصيب من تركة الجد على نسبة حددها القانون وبتقسيم أوضحه، لهذا كان القانون هو المصدر المباشر لمؤسسة الوصية الواجبة وأساسها .

وهو ما يمكن إستجلاؤه بوضوح عند التعرض إلى محل الجزاء الذي رتبته القانون في صورة الإخلال بمقتضيات الوصية الواجبة.

(1) يرجع عصر التقليد إلى أواخر الدولة العباسية حيث دبّ الإنحطاط في جميع المظاهر السياسية والإجتماعية لذا توقف إزدهار علم الفقه وإكتفى الفقهاء بتدوين المذاهب المشهورة وبعصر إجتهدهم في المسائل الفرعية، وبعد سقوط بغداد (أواخر القرن 13) أجمع الفقهاء

السنيون على سد باب الإجتهد خوفا من الإضطهاد وأجمعوا على الإكتفاء بالمذاهب الأربعة المعروفة.

صبحي المحمصاني - "المبادئ الشرعية في الحجز والنفقات والمواريث و الوصية في المذهب الحنفي والتشريع اللبناني" - دار العلم للملايين بيروت.

(2) راجع المذكرة التفسيرية لقانون الوصية المصري - هشام قبلان - الوصية الواجبة بين الفقه والقانون مطابع كورنوغرافور - بيروت 1980 ص 54.

الفقرة الثانية: ترتيب الإلزام على التركة

بالرجوع إلى الفصلين 191 و192 من م أ ش، لا يمكن الوقوف على أي جزء رتبته القانون تجاه الجد الذي لم يتم بإبرام وصية لحفيده تقوم مقام الوصية الواجبة وإنما جعل القانون من ذلك أمرا إختياريا تبعا لطبيعة الوصية التي هي من قبيل التبرع وهو تصرف إرادي محض، ولا يمكن إكراه الإنسان على التبرع بأمواله قسرا.

أما عن إستخلاص نصيب الوصية الواجبة من تركة الجد بعد وفاته فلا يمكن أن يمثل جزء للإخلال لإنتفاء ركن الجزاء بموت الجد، وعلى عكس ذلك فإن العبارات التي إستعملها المشرع صلب الفصل 191 من م أ ش، لا يترك مجالا للشك في إنصراف عنصر الإلزام إلى التركة فهي عبارات تقع زمنيا بين وفاة الهالك وقسمة التركة، إذ إنطلق الفصل المذكور من زمن حدوث الوفاة (من توفي)، إثر ذلك يتكون عنصر الإلزام أو الوجوب كما سماه الفصل المذكور (وجب لهؤلاء) وأخيرا يشير المشرع صراحة إلى التركة (بدون أن يتجاوز ذلك ثلث التركة).

وبالتالي فإن قيام الجد بالإيصال لحفيده لا يقوم مقام الوصية الواجبة إلا إذا روعيت فيها أحكام الفصلين 191 و192 من م أ ش سواء فيما يتعلق بالمقدار أو المستفيد منها، إلى جانب بقية الشروط المادية والذاتية، ثم أنه لا يقع الأخذ بها عمليا إلا إذا تضمنت تخصيصا لفائدة أصحاب الوصية الواجبة ببعض أعيان التركة، أما بخلاف ذلك، فلا شأن لإرادة الموصي في قيام الوصية الواجبة، بل أن معارضته ولو صراحة لذلك لا يعتد بها.

وهو ما يبرهن على تعلق الوصية الواجبة بباب الميراث لا بباب الوصايا، كما يؤكد ذلك الدور الذي تلعبه هذه المؤسسة في تعديل نظام الميراث.

الفرع الثاني:

تعديل الوصية الواجبة لنظام المواريث

تعتبر المواريث نقطة الارتباط القسوى بين مجلة الأحوال الشخصية والفقهاء الإسلامي، فعلى خلاف العديد من المسائل التي أمكن إدخال بعض التعديلات عليها إلى درجة التناقض التام والصريح أحيانا مع قواعد الشريعة الإسلامية مثل إقرار مؤسسة التبني (1) فلقد بقي باب المواريث في حصن من هذه التعديلات، ولعل ذلك راجع بالأساس لورود الجانب الغالب من أحكامه صلب آيات قرآنية مفصلة تحدد بوضوح الورثة وأنصبتهم من التركة ولما أحيطت به هذه الآيات من قدسية لدى الأفراد.

وفي هذا الصدد يمكن الوقوف على ثلاث محاور أساسية للتعديل التي أدخلته مؤسسة الوصية الواجبة على هذا النظام:

- تعديل قواعد الحجب (فقرة أولى)
- المساواة بين الجنسين (فقرة ثانية)
- توريث أولاد البنت (فقرة ثالثة)

(1) وقع الأخذ بمؤسسة التبني بمقتضى القانون عدد 27 لسنة 1958 المؤرخ في 4 مارس 1958 المتعلق بالولاية العمومية والكفالة و التبني.

الفقرة الأولى: تعديل قواعد الحجب

الحجب هو منع شخص من الميراث كله أو بعضه بعد وجود سبب الإرث و إنتفاء موانعه عند وجود شخص آخر غير مشارك له في سهمه (1).

وبهذا المعنى فالحجب يعد إستثناءً يطرأ على الميراث بعد توفر شروطه، وترجع الحكمة في ذلك أن الأصل في إستحقاق التركة **تقديم الأقرب**، فالأقرب حماية للتركة من التشتت وأعمالاً للإقتراض بمدى المساهمة في تكوين ثروة، إضافة إلى مراعاة بعض الورثة الذين هم في تبعية للمورث وعليه يمكن تقسيم الورثة إلى أربع أنواع بحسب ضرر الحجب:

- من لا يحجبون أبداً وهم أبناء الهالك من الدرجة الأولى الذكور والإناث.
 - من يحجبون حجب نقصان فقط وهم الأبوان والزوجان.
 - من يحجبون حجب نقصان أو حجب حرمان وهم ثلاثة: بنت الإبن والأخت الشقيقة أو لأب.
- وهؤلاء الأصناف الثلاثة من الورثة هم أصحاب الفروض وكذلك بعض العصابة إذا ما ورثوا فرضاً وهم الأب والجد.

أمّا الصنف الرابع من الورثة فهم الذين يرثون بالتعصيب من العصابة بالنفس (2) فهؤلاء لا يدخل عليهم إلا حجب حرمان فقط (3) وقد رتبهم الفصل 115 من م أ ش إلى 6 مراتب:

- 1 - البنوة، 2 - الأبوة، 3 - الجدود والأخوة، 4 - بنو الأخوة، 5 - العمومة وبنوهم، 6 - صندوق الدولة.

(1) محمد مصطفى شلبي - أحكام الموارث بين الفقه والقانون - دار النهضة العربية بيروت 1978 ص 237.

الفصل 122 من م أ ش: "الحجب منع وارث معين من كل الميراث أو بعضه بشخص آخر وهو نوعان:

- 1 - حجب نقصان عن حصة من الإرث إلى أقل منها.
 - 2 - حجب حرمان من الميراث".
- (2) العاصب بنفسه هو كل ذكر لا تصله بالميت أنثى وله جميع المال عند إنفراده والبقية لأصحاب الفروض إن كانت والحرمان إن لم تكن.
- (3) بإستثناء الأخوة لأم والجددة حيث أنهم لا يحجبون إلا حجب حرمان وهم من أصحاب الفروض.

فورثة كل مرتبة يحجبون ورثة المرتبة الموالية حجب حرمان ما عدا مرتبة الأبوة حيث أن الأب يحجبه الإبن عن التعصيب فيكون له نصيب من التركة نظراً لكونه من أصحاب الفروض وإعتماداً على هذه الصفة ونفس الحكم يجري على الجد إن لم يوجد الأب.

وبإعتماد مؤسسة الوصية الواجبة، وقع تحويل لهذا النظام، إذ أصبح **أولاد الإبن** يتمتعون بإمتياز الصنف الثاني من الورثة، أولئك الذين لا يحجبون إلا حجب نقصان، وهم الأبوين والزوجين، ولقد ذهب المشرع بإبن الإبن إلى أكثر من ذلك وهو الوارث بالتعصيب. فأضحى له إمتياز الأب فإمّا أن يرث بصفته هذه أي الباقي

من التركة بعد أصحاب الفروض وإلا في حالة حجه بالإبن الأعلى منه درجة إلى الهالك، فيكون له نصيب معين وبذلك فإنه لا يحرم أبدا. ونفس الأمر كذلك بالنسبة **لبنت الإبن** حيث لم يعد يحجبها الإبن الأعلى درجة منها حجب حرمان وإنما حجب نقصان من نصف التركة فرضا ولا باقي ردا إلى ثلث التركة فرضا كحد أقصى، نفس الأمر إذا اجتمعت بنت الإبن مع إبنيتين صليبتين للهالك.

الفقرة الثانية: المساواة بين الجنسين

أثار فرض بنت الإبن على خلاف إبن الإبن إضطرابا على نظام الإستحقاق وصل إلى حد الشذوذ، حيث كثيرا ما يفوق نصيبها بعنوان الوصية الواجبة البنت الصلبية التي هي أقرب درجة إلى الهالك ومثال ذلك وفاة شخص عن إبن وبنت وبنت إبن وترك مخلف قدره 180 د فيكون تقسيم هذا المخلف كالآتي:

الإبن: 80 د ————— البنت: 40 د ————— بنت الإبن:

60 د

وبالتالي يكون نصيب بنت الإبن (60 د) أكثر من نصيب البنت الصلبية (40 د).

ويرى الأستاذ "محمود شمام" أن هذا الشذوذ لا يدعو إلى الإستغراب "لإعتبار الوصية مقدمة على الميراث"، وهي إستثناء من القاعدة. وقد يتصور هذا حتى في الوصية الإختيارية، فهذا يأخذ الثلث وقد يأخذ الأبناء الصليبون إذا تعددوا دون ذلك بكثير ولا بد لكل قاعدة من إستثناء (1).

(1) محمود شمام - الوصية في الفقه والقانون - ص 134، دار النجاح للطباعة والنشر والتوزيع - تونس.

إلا أن هذا القول لا يمكن مجاراته لسببين:

1 - قياس الوصية الواجبة على الوصية هو قياس خاطئ (1) نظرا لإختلاف الطبيعة القانونية لكل منهما.

2 - إغفاله السبب الحقيقي وراء ذلك الشذوذ وهو المساواة التي أقامها المشرع بين الذكر والأنثى في الحصة التي يرثانها من تركة جدهما، لقياس المشرع هذه الحصة على نسبة حصة ما يرثه أصلهما لو بقي على قيد الحياة إلى حين وفاة الجد، فتأخذ الأخت ما يأخذه أخوها إلا في صورة إجتماعهما معا، عندها يقع الرجوع إلى تطبيق قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين.

ويمكن القول بهاته المناسبة أن المشرع أراد التمهيد عبر هذه المساواة الجزئية التي أقامها بين نصيب الأخ والأخت عند إنفراد أحدهما عن الآخر في محاولة منه إلى إقامة مساواة شاملة بينهما بالنسبة لمقدار ما يرثانه، لا سيما وأن القانون المتعلق بالوصية الواجبة قد صاحبه العمل بقواعد الرد على البنت مع وجود العسوبة بالنفس من الأخوة والعمومة وصندوق الدولة، فكانت مؤسسة الوصية الواجبة وتبعاً لغموضها المميز مناسبة لتكريس هذا الإتجاه في المساواة بين الذكر والأنثى إلا أن المشرع لم يذهب بعيدا في ذلك حيث مثل رجوعه لتطبيق قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين حالة إجتماع الأخت مع الأخ حدا لهذا الإتجاه وقصر له فقط على صورة الإنفراد، إلا أن ذلك قد تسبب في ظهور حالات شاذة في ما يتعلق بنصيب ابنة الإبن مقارنة بنصيب البنت الأقرب منها إلى الهالك عند إجتماع هذه الأخيرة مع أخ لها، فيكون لها نصف نصيبه بينما تحضى ابنة الإبن بنصيب الإبن بشرط عدم تجاوزه ثلث كامل التركة.

ولقد حاول مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية (2) تفادي هذا الوضع حيث نصت المادة 237 منه، على أنه وفي جميع الأحوال لا يجوز أن يتجاوز نصيب أحد من هؤلاء نصيب أي من أولاد المتوفي، إلا أن هذا الحل يبقى دون المطلوب رغم مماثلته لقواعد حق الخلفية، فالمساواة بين نصيب الورثة على إختلاف درجاتهم تهدم مبدأ الإستحقاق بالقرب، وهو ما تفادته اللجنة التي أعدت مشروع القانون الكويتي للأحوال الشخصية، حيث قدرت نصيب ابنة الإبن بنصف حصة أصلها (1).

وبهذا الحل يقع تفادي الخلل الذي أحدثته تعديل نظام الحجب، مع الإستجابة في نفس الوقت لدواعي العدل التي حتمت ذلك. إلا أن دور الوصية الواجبة، لا يقف عند هذا الحد وإنما يمتد إلى توريث أشخاص ليسوا أصلا من الورثة.

(1) القياس هو إعطاء حكم مسألة لمسألة مشابهة بسبب وحدة العلة ويسمى هذا النوع بقياس الطرد ويوجد قياس آخر وهو قياس العكس (a contratrio) وهو نفي الحكم عن مسألة جديدة إذا كانت العلة الشرعية مختلفة عن علة المسألة المنصوص عليها. أحمد أمين - صحى الإسلام - جزء 3 ص 86.

(2) مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية الذي أعده وزراء العدل العرب - جامعة الدول العربية - الكتاب الرابع: الوصية.

الفقرة الثالثة: توريث أبناء البنت

يعتبر أولاد البنت من ذوي الأرحام، وهم كل قريب لم يفرض له سهم مقدر، ولم يكن من العصبات، ولقد وقع إختلاف في توريثهم من قبل الصحابة، أما المانعينهم من الأثر فهم الذين لم يأخذوا بالرد على أصحاب الفروض، إلا أنه عند فساد نظام بيت المال، اضطر أتباع هؤلاء من المالكية والشافعية إلى القول بالرد، وبإعطاء ذوي الأرحام بدلا من بيت المال (2).

ولقد خالف المشرع التونسي هذا الترتيب ولم يأخذ بتوريث ذوي الأرحام إلا أنه إستثنى أبناء البنت بإقراره مؤسسة الوصية الواجبة، فجعل لهم حظا في تركة جدهم وجدتهم للأم، بل أنه جعلهم في مرتبة متقدمة في إستحقاق التركة. فالمشرع التونسي قد وافق في طريقه توريثه ذوي الأرحام مذهب أهل التنزيل، وهي الطريقة التي ذهب إليها جمهور الشافعية والمالكية والحنابلة، حيث يقع صرف النظر عن الموجود فعلا من ذوي الأرحام، وينظر إلى من يدلون به إلى الميت من أصحاب الفروض أو العصبات وينزل كلا من الموجودين منزلة من يدلي به إلى المتوفي فيعطى النصيب الذي كان يستحقه لو كان حيا.

ولم يتبع كل من المشرع السوري والمغربي بقية القوانين في توريث أولاد البنت عن طريق الوصية الواجبة، تبعا لكونهم من ذوي الأرحام. وجاء تعليل المذكرة التفسيرية للقانون السوري بأن: "أولاد البنت ليسوا محرومين بسبب وفاة أمهم قبل أصلها، بل هم من ذوي الأرحام، يرثون في مرتبة متأخرة، كما أن لهم في تركة أخرى هم فيها أساسيون من جهة أبيهم بخلاف أولاد الإبن" (1).

-
- (1) المذكرة التفسيرية للقانون الكويتي - هشام قبلان - الوصية الواجبة بين الفقه والقانون - مطابع كورنوغرافور - بيروت 1980 ص 68.
- (2) محمد مصطفى شلبي - أحكام المواريث بين الفقه والقانون - دار النهضة العربية - بيروت 1978 ص 283.

ويعد هذا في رأينا أمر منطقي بإعتبار أن من توفيت امه قبل أصلها لا يعتبر محروما من ميراث هذا الأصل إذ لا حق له في تركته وإنما الأصل أن يكون ميراثه من تركة أبائه.

وعليه فالقانون السوري والمغربي قد حالفا الصواب حين اخذا بعين الإعتبار أساس الميراث القائم على العصوبة، ذلك أن أي تعديل يدخل على هذا النظام من شأنه الإضلال بإعتبارات العدالة التي يرمي إلى تحقيقها. وربما كان التخوف من المس بهذه الإعتبارات هو السبب الكامن وراء لجوء المشرع إلى وسائل غير مباشرة في محاولة لتغطية تعديله لهذا النظام.

ومهما يكن من أمر فإنه بمقتضى مؤسسة الوصية الواجبة يكتسب الشخص سوى كان إبن أو إبن بنت صفة الوارث ويكون بالتالي مستحقا لنصيب من تركة جدهم الهالك، ولكن ما يلفت الإنتباه هو أن الثلث كحد أقصى للإيصاء يمكن أن تنقاسه أكثر من وصية وهو ما يعبر عنه بمشكل تراحم الوصايا.

المبحث الثاني :

تزام الوصايا ونظام المواريث

تزام الوصايا هو أن تتعدد ويتعدد إستيفاؤها كاملة لأن ثلث المال المخصص للوصايا لا يتسع لتنفيذها ويأبى الورثة إجازة الزائد أو يجيزون ولكن التركة ذاتها تضيق بإستيفائها، لذلك فسوف

(1) محمد مصطفى شلبي - المرجع المذكور - ص 288 و 289.
نتعرض إلى مواقف المذاهب الفقهية من هذه المسألة (فرع أول) وصولاً إلى موقف
المشرع التونسي من خلال مجلة الأحوال الشخصية (فرع ثان).

الفرع الأول:

إتجاهات المذاهب الفقهية في هذه المسألة

1 - المذهب الحنفي:

يرى الحنفية أن الإنسان قد يوصي بوصايا متعددة ولا يتسع الثلث لها كلها،
ولم يجز الورثة القدر الزائد على الثلث أو أجازوا ولم تتسع التركة كل ما أوصى به
الميت، حينئذ يحصل التزام بين الوصايا. ولبيان حكم هذه الحالة نقول أن الوصايا
إذا تعددت لا يخلو حالها عن أحد الأمور الثلاث:

1 - أن تكون الوصايا كلها للعباد كأن يوصى بوصية لزيد وباخرى لعمر وبنالثة
لخالد ولها حالتان:

* **الحالة الأولى:** أن تكون كل وصية منها على إنفراد ولم تتجاوز الثلث كأن
يوصى لشخص بثلث ماله ولآخر بربعه وثلثا سدسه، وفي هذه الحالة إن أجازها
الورثة فإنها تنفذ حتى فيما زاد عن الثلث ويكون لكل موصى له حقه الذي أوصى له
به، أمّا إذا لم يجز الورثة الوصية فينحصر حق الموصى لهم في ثلث التركة، ولكل
واحد منهم في الثلث حصة بنسبة سهمه.

* **الحالة الثانية:** أن تكون الوصايا كل واحدة منها أكثر من الثلث، كأن
يوصى بنصف ماله لمحمد وبنالته لخالد، وفي هذه الحالة إن أجازها الورثة نفذت
الوصية وأخذ الموصى له بالنصف نصف التركة، والموصى له بالثلث ثلثها، والباقي

يكون للورثة يقسم بينهم حسب الفريضة الشرعية. أمّا إذا لم يجر الورثة فإن الوصية ترد إلى الثلث وتبطل فيما زاد عن ذلك.

2 - أن تكون الوصايا كلها لله تعالى كأن يوصى بفدية صوم أو صدقة تطوع، أو عمارة مسجد أو مستشفى أو مدرسة أو نحو ذلك.

3 - أن تكون الوصايا من كلا النوعين السابقين فيكون بعضها لله تعالى وبعضها الآخر للعباد (1).

(1) أنظر "التركات والوصايا والقضايا المتعلقة بهما في الفقه الإسلامي المقارن" - الدكتور أحمد الحصري - دار الجيل بيروت ص 695 وما يليه.

2 - المذهب الحنبلي:

يرى أصحاب هذا المذهب أنه إذا تجاوزت الوصايا المال، يقسم المال بينهم على قدر وصاياهم مثل العول وتجعل وصاياهم كالفروض التي فرضها الله تعالى للورثة إذا زادت على المال. وإن ردوا قسم الثلث بينهم على تلك السهام، وهذا كذلك قول الحنفي ومالك والشافعي.

3 - المذهب الظاهري:

قال ابن حزم: ومن أوصى بما يزيد على الثلث بدىء بما بدأ به الموصي في الذكر أي شيء كان حتى يتم الثلث، فإذا تم بطل سائر الوصية، فإن كان أجمل الأمر تحاصوا في الوصية. فإن يبدأ الموصي بشيء لكن قال: فلان، وفلان، يعطى كل واحد منهم كذا وكذا فلم يجمل الثلث ذلك، فهنا يتحاصون، ولا بد لأنه ليس لهم إلا الثلث، فيجوز لهم ما أجازة الله تعالى، ويبطل لهم ما أبطله الله تعالى وكذلك سائر القرب (1).

4 - الشيعة الزيدية:

فيما يتعلق بتزاحم الوصايا، قال صاحب المجموع (2): سألت زيد بن علي عليهما السلام عن رجل أوصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بربعه، فقال عليه السلام، خذ ما لا له ثلث وربع وهو **إثنا عشر**، فالثلث أربعة، والربع ثلاثة، فيكون الثلث بينهما على **سبعة**. قال صاحب "تنمة الروض النضير" شارحا هذا الحديث: هذه المسألة هي المعروفة بمسألة تزاحم الوصايا وفيها يكون الثلث بين ذوي الوصايا على قدر وصاياهم على نحو ما تقدم في مسائل "العول" في الفرائض.

هذا فيما يتعلق بموقف المذاهب الفقهية، فما هو إذا موقف المشرع التونسي من هذا المسألة.

(1) المغني لابن قدامة الحنبلي - جزء 6 ص 199.

(2) "تنمة الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير" الجزء 5 ص 176 و 177، للعلامة السيد إلتقي العباس ابن أحمد الحسني.

الفرع الثاني:

موقف المشرع التونسي من خلال مجلة الأحوال الشخصية

لم يخرج المشرع التونسي عن موقف الفقه الإسلامي من هذه المسألة، فإذا تعددت الوصايا وكان الثلث يسعها نفذت جميعا، أما إذا تجاوزته أوقف الزائد منها على إجازة الورثة، إن أجازوه نفذت وإن إمتنعوا خصص الثلث فحسب لتنفيذها على التناسب حسبما إقتضاه الفصل 191 من م أ ش في فقرته الأخيرة (1).

أمّا إذا وجدت وصيتان إختيارية و واجبة فإن الواجبة تتمتع بمرتبة أعلى من الإختيارية من حيث التنفيذ دون أن تدخل في تزامم مع هذه الأخيرة على الثلث، فإن كان يستوعبها نفذتا معاً، أمّا إذا ضاق عنهما قدمت وصية القانون. والجدير بالملاحظة هو أنه في هذه الصورة لا يمكن الحديث عن تزامم الوصايا، لأن التزامم لا يوجد إلا متى إجتمعت أكثر من وصية إختيارية، أمّا إذا وجدت وصية واجبة إلى جانب وصايا إختيارية ونفذت في الثلث وبقي منه شيء تزاممت عليه بقية الوصايا.

ويعود سبب تقديم الوصية الواجبة إلى أنها وصية أقرب للميراث منها للوصية. هكذا برر بعض الفقهاء ذلك، غير أنني لا أرى في ذلك مبرراً قوياً لأن الفصل 87 من م أ ش قدم الوصية على الميراث، وإذا ما إعتبرنا الوصية الواجبة ميراث إستثنائي فإن ذلك سيكون سبباً لتنفيذها بعد الوصية الإختيارية لا قبلها.

الأكيد أن المشرع أفرد هذه الوصية بنظام خاص أغناها مؤونة التزامم وبوأها منزلة تكون معها في "مأمّن من تصرفات الهالك المضافة إلى ما بعد الموت" (2).

(1) الفصل 191 من م أ ش (الفقرة الأخيرة):

"الوصية الواجبة مقدّمة على الوصية الإختيارية والوصايا الإختيارية متنسوية وإن تزاممت تقسم على التناسب".

(2) لؤى عطاء الله "الوصية الواجبة" - مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات المعمّقة في القانون الخاص - كلية الحقوق والعلوم السياسية تونس، 1992 - 1993 ص 32.

وفي نقد منه لهذا الحل يرى صاحب المذكرة وأشاطره في ذلك الرأي، إن حرية الإنسان في الإيضاء بثلث ماله وصلت إلى حدود المصادرة النهائية لإستيعاب الثلث من الوصية الواجبة إن وجدت. فتتعدم بذلك إمكانية تنفيذ الوصية الإختيارية فيكون المشرع بهذا الإختيار قد رفع مظلمة عن أبناء الفرع المتوفي بتكريسه للوصية

الواجبة لكنه في المقابل إقترف أخرى حين حرم الموصى له بوصية إختيارية من التمتع بها في وجود الوصية الواجبة.

إن إنشاء الجد في قائم حياته لوصية إختيارية لفائدة أبناء فرعه المتوفي لا يمنع من تقديمها عن الوصية الإختيارية العادية وهو ما يمكننا من القول بأن هذا النوع من الوصايا إختياري عند نشأته وواجب عند تنفيذه.

ومهما يكن من أمر فإن المشرع التونسي بتكريسه لمؤسسة الوصية الواجبة ضمن الفصلين 191 و 192 من م أش قصد رفع الحرمان والغبن عن الأحفاد الذين لم يتمكنوا من الارث وقصد مساواتهم في المناب مع أخ أو أخت أصلهم الهالك وذلك عندما نص على أنه ينوبهم الحصة التي كان سيتركها لو بقي حيا، وبالتالي لا ضرورة في تسبيق إحتساب الوصية قبل الميراث إلا في حالة وجود وصية إختيارية أو تزام بين وصيتين أحدهما إختيارية والأخرى واجبة قصد التمكن من مراعاة حدهما الأقصى الذي هو ثلث كامل التركة.

وبقطع النظر عن مشكل تزام الوصايا، وسواء ورث الحفيد أصله أم لم يرثه، فإنه يأتي تركة جده أو جدته بكل إستقلال عن مدى توفر أهليته لميراث أصله وهو ما يتضح عند التعرض إلى الآثار القانونية الناتجة عن إستحقاق صفة الوارث بواسطة الوصية الواجبة.

المبحث الثالث :

آثار إستحقاق الوصية الواجبة

بتوفر الشروط المادية والذاتية لإستحقاق الوصية الواجبة، يصبح المستفيد متمتعاً بمركز الوارث، بإعتباره خلفاً عاماً للهالك في ذمته المالية فيكتسب ملكية التركة بقدر نصيبه منها عن طريق الإنتقال (فرع أول).

هذا وإن كانت أغلب المشاكل القانونية التي يثيرها إنتقال التركة مشتركة عن طريق الوصية الواجبة أو الميراث العادي فإن الميراث بواسطة الوصية الواجبة ينفرد ببعض المشاكل القانونية الراجعة أساساً إلى كيفية إحتساب مقدار الوصية الواجبة (فرع ثان).

الفرع الأول:

إنتقال ملكية التركة

لا يعني إستحقاق الميراث إكتساب الملكية بالنسبة لأموال التركة، فقد تكون التركة مستغرقة بالدين وفي هذه الحالة لا يكتسب الوارث شيئاً، ولما كانت خلافة الوارث للمورث في الفقه الإسلامي تختلف في مفهومها عن القانون الفرنسي، حيث تنتقل ملكية التركة بمجرد وفاة المورث بجانبها الإيجابي والسلبي، فإن خلافة الهالك في الجانب الإيجابي من تركته دون السلبي، أثارَت الإختلاف فيما يتعلق بتأويل قاعدة لا إرث قبل أداء الدين سواء بين المذاهب الفقهية وكذلك بالنسبة للقانون الوضعي.

إلى جانب ذلك فإن تاريخ إنتقال الملكية ينعكس على صحة ونفاذ التصرفات التي يجريها الوارث سواء بقسمة التركة أو التفويت فيها إلى الغير، حيث يعتبر هذا التصرف صادراً من غير مالك إذا كانت ملكية التركة لا تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة، بخلاف إنتقالها من ذلك التاريخ، ولكن قبل محاولة التعرض إلى هذه المسألة

في القانون الوضعي (فقرة ثانية) وجب إلقاء نظرة على الوضع في الفقه الإسلامي (فقرة أولى).

الفقرة الأولى: زمن انتقال الملكية في الفقه الإسلامي

اختلفت المذاهب الفقهية حول زمن انتقال الملكية بسبب الوفاة، فالشافعية مثلا يرون أن انتقال التركة إلى الوارث يكون فور وفاة المورث، إلا أنه مع ذلك لا يجوز للوارث أن يتصرف في أموال التركة المدينة ولو كان الدين غير مستغرق للتركة، حيث أن التركة تنتقل إلى الوارث مثقلة بالدين، فيعلق الدين بها كما يتعلق الرهن والرهن يعد مانعا من بيع العين المرهونة، وفي رواية ثانية يرون أن تصرف الوارث في التركة المدينة صحيح، لأن الدين حق تعلق بالمال من غير رضاء المالك، فلم يمنع التصرف كمال المريض، فإن قضى الوارث الدين نفذ تصرفه، وإن لم يقضه فسخ التصرف (1).

كما ذهب الحنابلة إلى مثل هذا الرأي، حيث يرون في قول مشهور بانتقال التركة إلى ملك الوارث فوراً مع تعلق الدين بها، فإن تصرف الوارث في التركة قبل سداد الدين صح تصرفهم ولزمهم أداء الدين، فينفذ التصرف وإلا فسخ (2).

أما الأحناف فإنهم يميزون بين حالة إستغراق الديون التركة، حيث تبقى على ملك الميت ويكون تصرف الوارث في مال التركة باطلا، فإن لم تكن الديون مستغرقة لأموال التركة يكون تصرف الوارث في هذه الحالة صحيحا نافذا ما بقي من ما يفي بسداد الدين أو أجاز الدائن التصرف، وهنالك قول آخر يرى أنه وبالرغم من انتقال التركة إلى ملك الورثة، فلا يجوز رغم ذلك لهم التصرف في هذه الأموال، فإن تصرفوا فيها كان ذلك باطلا (3).

ويخالف المالكية بقية المذاهب، بقولهم أن أموال التركة لا تنتقل إلى الوارث إلا بعد سداد الديون، فتبقى في ملك الميت إلى ذلك الحين، وعليه فإن تصرف الوارث في أحد أعيانها قبل ذلك يعد باطلا سواء كان الدين مستغرقا للتركة أو لم يكن، حيث يفسخ التصرف بظهور الدين، وهناك من فقهاء المالكية من يرى بصحة التصرف إذا لم يمس حق الدائن ولم يتضرر هذا به، كأن يأذن فيه قبل أن يباشره الوارث أو أن ينزل عن دينه، أو يبقى من التركة بعد التصرف ما يكفي سداد الديون (4).

ويلاحظ من خلال إستعراض آراء المذاهب السنية الأربعة، وجود إتجاهين في كل منها وذلك فيما يتعلق بصحة تصرف الوارث في التركة تبعا لتاريخ إمتلاكه لها.

(1) أحمد الخليلي - مسؤولية الورثة عن ديون الهالك - مجلة القانون والسياسة والإقتصاد - الرباط 1977 ص 155.

(2) عبد الرزاق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي - الجزء 5 ص 83.

(3) عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق - ص 85.

(4) عبد الرزاق السنهوري - المرجع المذكور ص 85.

أما الأول، فيرى نفاذ التصرف إذا توفرت بعض الشروط تختلف من مذهب إلى آخر، فيشترط أداء الدين في كل من المذهب الشافعي والحنبلي، ويشترط ألا يكون الدين مستغرقا للتركة بالنسبة للمذهب الحنفي، أما المالكية فإنهم يشترطون في أحد أقوالهم عدم مساس التصرف بحقوق الدائن وعدم علم الوارث وعدم شهرة المورث بالدين (1).

أما الإتجاه الثاني، فيرى وجوب فسخ التصرف بظهور دين في جميع الأحوال، وأساس الفسخ إما تصرف الوارث فيما لا يملك بالنسبة للقائلين بتوقف

إنتقال الملكية على سداد الدين (المالكية)، وإمّا حماية حق الدائن، فالوارث وأن تصرف في ملكه فإن أسبقية الدين يترتب عنها، عدم نفاذ التصرف (2).

الفقرة الثانية: موقف القانون التونسي

بخلاف تنظيم إستحقاق الميراث، لم يدرج المشرع التونسي الفصول المتعلقة بانتقال الملكية بسبب الوفاة صلب مجلة الأحوال الشخصية، وإنما تفرقت هذه الفصول ما بين مجلة الإلتزامات والعقود ومجلة الحقوق العينية إضافة إلى مجلة الأحوال الشخصية، مما أحدث إضطرابا بينها تبعا لإختلاف مصدر كل تدوين (3).

فالفصل 87 وهو الفصل الوحيد الذي إهتم بانتقال ملكية التركة صلب مجلة الأحوال الشخصية، يجعل من سداد ديون المورث تاريخا لإنتقال الحقوق إلى الورثة والموصى لهم. ويوافق هذا الفصل مجلة الإلتزامات والعقود في فصلها 553 الذي جعل من "الدائن مقدما على الوارث ولا إرث إلا

(1) أحمد الخليلي - مسؤولية الورثة عن ديون الهالك - مجلة القانون والسياسة والإقتصاد - الرباط 1977 ص 117.

(2) أحمد الخليلي - المرجع السابق - ص 117.

(3) كانت هذه المسألة محل نقاش في عهد التقنين المصري القديم، إذا كان هناك خلاف حول تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في كيفية إنتقال المال بالإرث. فحسم التقنين الجديد هذا الخلاف وصرح بوجوب تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية صلب المادة 875 منه.

عبد الرزاق السنهوري - مصادر الحق في الفقه الإسلامي - ج 5 - ص 87.

بعد سداد الديون". وهو ما يوحي ببقاء الديون في التركة إلى حين سدادها، كما يؤكد هذا الرأي المفهوم العكسي للفصل 194 م إ ع المقر مبدأ التضامن بين الورثة في أداء ديون التركة.

وهنا بدأ تأثر المشرع التونسي بالمذهب المالكي فيما يتعلق بوقت إنتقال ملكية التركة وما ينجر على ذلك من مسؤولية الورثة عن ديونها، وإعتبار تصرفهم فيها تصرفا غير صحيح إذ تم قبل الإنتقال، سوى أن الرجوع إلى بقية الفصول المنظمة لإنتقال التركة بالوفاة الواردة في مجلة الإلتزامات والعقود، يجعل هذا القول موضع شك، فالفصل 219 منها يبدو صريحا في إعتباره لخلافة تبدأ من تاريخ الوفاة، بمعنى أن للوارث التصرف في التركة بإحالتها قبل سداد ديونها.

هذا إضافة لأخذ المشرع بمبدأ إنقسام الدين بين الورثة، فلا يحق لدائن التركة مطالبة الوارث إلا بقدر منابه من الإرث طبقا للفصلين 241 و196 من م إ ع، بل أن الفصل 241 المذكور ذهب إلى حد إقرار حق الورثة رفض التركة، وهو الحق الذي منحه القانون الفرنسي للورثة نظرا لأنهم مسؤولون عن ديون مورثهم مسؤولية شخصية.

وينتج عن أخذ المشرع التونسي صلب نفس الفصول 241 و196 م إ ع بمبدأي عدم مسؤولية الورثة عن ديون مورثهم المأخوذ عن الفقه الإسلامي، وكذلك إنقسام الدين بين الورثة المأخوذ عن القانون الفرنسي، إضرار جسيم بدائني التركة.

ولقد وجد نفس هذا التضارب بين الفصول في القانون المغربي، ويرجع الأستاذ أحمد الخليلي ذلك إلى محاولة الجمع بين أحكام الفقه الإسلامي من جهة والقانون الفرنسي من جهة أخرى، في حين أن الإجتهد القضائي المغربي عمل على الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي.

وخلافا لذلك، خير فقه القضاء التونسي التقيد بنصوص مجلة الإلتزامات والعقود المتأثرة بالمفهوم الفرنسي للخلافة، وما ينتج عن ذلك من تحديد لزمان إنتقال ملكية التركة وكذلك مسؤولية الورثة عن ديونها، بل لقد ذهبت محكمة التعقيب إلى أكثر من ذلك بإعتبار الوارث خليفة للهالك في شخصه وماله (1).

(1) قرار تعقيبي مدني عدد 7990 بتاريخ 1959/02/26 نشرية 59 القسم المدني ص 87.

بالإضافة إلى كل هذا، فقد يتوقف إنتقال الملكية على ضرورة القيام بإجراءات معينة تتعلق بترسيم نقل الملكية بالوفاة لإمكانية التصرف في عقارات التركة الخاضعة لنظام التسجيل العقاري، إضافة إلى ضرورة الحصول على رخصة بالنسبة لإمتلاك الأجنبي أرضا فلاحية وهنا يطرح التساؤل حول وضعية الموصى له إذا كان أجنبيا ؟

هذا فيما يتعلق بمسألة إنتقال ملكية التركة فكيف يكون الأمر بالنسبة لإحتساب مقدار الوصية الواجبة ؟

الفرع الثاني:

إحتساب مقدار الوصية الواجبة

بالرجوع إلى أحكام الفصول المنظمة لمؤسسة الوصية الواجبة، نلاحظ أن المشرع إكتفى بذكر بعض القواعد العامة فقط ولم يتعرض إلى كيفية إحتساب نصيب الوصية الواجبة.

ومن جهة أخرى فإن إمكانية الرجوع إلى قواعد الفقه الإسلامي، فيما يتعلق بالوصية بالتنزيل لإستجلاء بعض ما غمض من هذه القواعد الحسابية يبدو أمرا غير مقبول، لإختلاف الطبيعة القانونية بين الوصية الواجبة والوصية بالتنزيل، نفس الأمر بالنسبة لإمكانية الإستنتاج بقواعد التنزيل كطريقة توريث ذوي الأرحام التي رغم مشابهتها للوصية الواجبة، فإن نية المشرع صريحة في إستبعادها.

أمّا بالنسبة للفقهاء الظاهري فإن ابن حزم لم يصل بنظريته إلى حد بيان القواعد الحسابية المتعلقة باستخراجها من التركة، غير أن سكوت المشرع وإكتفاؤه بذكر القواعد العامة دون الخوض في المسائل الحسابية يترك هذه الأخيرة لعمل الفرضيين (فقرة أولى) إلا أن هؤلاء اختلفوا حول ذلك إلى حدود التناقض وهو ما سيتم التعرض له في مرحلة لاحقة (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى: أسس حساب الوصية الواجبة

بالرجوع إلى أحكام فصول الوصية الواجبة بمجلة الأحوال الشخصية يمكن إجمال هذه الأسس في ثلاث قواعد وهي:

1 - القياس على نسبة حصة الفرع الهالك:

المقصود من ذلك أن تكون حصة الوصية الواجبة على نسبة حصة ما كان يرثه الولد المتوفي في حياة أبويه على إفتراض وقوع موته إثر وفاة أحد أبويه، وهو مستمد من الفصل 191 من م أ ش في فقرته الأولى: "وجبت لهؤلاء الأولاد وصية على نسبة حصة ما يرثه أبوهم أو والدتهم عن أصله الهالك".

2 - عدم تجاوز ثلث التركة:

بخصوص مسألة عدم تجاوز ثلث التركة، يبيح أن التشريع العربية الإسلامية قد اجتمعت حول هذه القاعدة وجعلت من ثلث التركة السقف الأقصى للوصية الواجبة إن انفردت أو لم تنفرد، أي حتى في صورة ما إذا وجدت إلى جانبها وصية إختيارية، فإن نصيبهما معا يجب أن لا يتجاوز ثلث التركة.

كما لا يعني ذلك إستقرارها في حدود هذا النصاب، بإعتبار أن الأمر يطرح بحدة في الحالات التي يكون فيها مقدار صاحب الوصية الواجبة يتجاوز الثلث، عندها يجب علينا النزول بنصيب الموصى له وجوبا إلى حدود ثلث التركة.

أما في الصورة التي لا يصل فيها نصيب الموصى له الثلث، فالأمر لا يطرح والمستفيد من الوصية يكتفي بما حدد له دون إمكانية المطالبة بإيصال نصيبه إلى حدود الثلث وهذا ما يعود دائما إلى قاعدة "حسب نسبة حصة أبيه لو بقي حيا إلى إفتتاح التركة".

3 - تقديم الوصية الواجبة على الوصية والميراث:

جعلت الفقرة الأخيرة من الفصل 191 من م أ ش الوصية الواجبة مقدمة على الوصية الاختيارية وإعتبارا للترتيب الوارد في الفصل 87 من نفس المجلة، فإن المرتبة التي تحتلها الوصية الواجبة تكون موالية الديون الثابتة في الذمة وقبل الوصية الصحيحة النافذة.

إلا أن هذا الترتيب لا يعني أن الميراث لا يستحق إلا بعد إخراج نصيب الوصية سواء كانت واجبة أو إختيارية، بل إن تاريخ إستحقاق الميراث هو ذات تاريخ إستحقاق الوصية حيث أن الباقي من التركة بعد إخراج الحقوق المتعلقة بأعيان التركة ومصاريف التجهيز والدفن فالديون الثابتة في الذمة، يكون مشتركا بين أصحاب الوصية والورثة الشرعيين الذين ينوبهم ثلثي التركة ما لم تقل الوصايا على حدود الثلث.

ويكون نصيب الوصية الواجبة والوصية مشتركا في حدود ثلث التركة فإن فاق الثلث عن الوفاء بها جميعها وقع تقديم الوصية الواجبة عن نصيب الوصية وذلك لطابعها الإلزامي وتماشيا مع إعتبارها ميراثا يستحق كلما فضل شيء بعد الوفاء بالديون خلافا للوصية الإختيارية التي لا يكون لها محل داخل الثلث إلا إذا لم يتجاوز نصيب الوصية الواجبة الثلث وإلا ما بقي منه.

الفقرة الثانية: طرق إحتساب الوصية الواجبة

بعد أن وقع التعرض إلى القواعد الواجبة الإتباع لإحتساب الوصية الواجبة بحيث يقع ضمان أن ضررها قد دخل على جميع الورثة دونما تمييز بين أصحاب الفروض وأصحاب العصابات. وكذلك قياس نسبتها على نسبة حصة الأصل الهالك لو بقي حيًا إلى حين وفاة الجد، بحيث تتأثر بوجود الوصية مثل بقية نسب الورثة الآخرين. هذا بالإضافة إلى أن ميدانها الثلث لا تتجاوزه إلا بإجازة بقية الورثة. كما أنها من جهة أخرى تفضل الوصية إن فاق الثلث عنهما سوى أن الفرضيين إختلفوا في مدى التقيد بهذه القواعد وفقا لذهابهم لطرق ثلاث:

* الطريقة الأولى:

تقوم هذه الطريقة على إفتراض أن الوصية الواجبة هي وصية بمثل نصيب أحد الورثة، فكأن واضعي القانون إفترضوا أنه إذا كان الموجود فرع ابن توفي في قائم حياة أحد أبويه، تكون له وصية واجبة بمثل نصيب الإبن، وأنه إذا كان الموجود فرع بنت توفيت في حياة المورث فإن المقنن يكون أوجب لها وصية بمثل نصيب البنت وعليه يقع إعتداد "العول" في إحتساب الفريضة.

ومثال ذلك وفاة امرأة عن زوج وإبن وبنت وبنت ابن توفي أبوها في قائم حياة أمه التي تركت كمخلف 360د، فلا يقع قياس حصة الوصية الواجبة على نسبة الفرع الهالك وإنما تقسم التركة على الموجودين فعلا فيناب كل منهم:

المسألة من 4

الابن:

البنت: سهم واحد

الزوج: سهم واحد

سهمان

ثم بعد ذلك تضاف سهام الإبن إلى المسألة فتعول إلى 6 وتقسم كالآتي:

الزوج: 60د - البنت 60د - الإبن: 120د - وبنت الإبن: 120د (وصية واجبة) (1).

وقد كانت هذه الطريقة متبعة في إحتساب الوصية بالتنزيل، في حالة ذهاب المنزل (بالكسر) إلى تنزيل حفيده منزلة ولده الهالك على أن يأخذ كواحد من الأبناء الموجودين (2)، وتمتاز هذه الطريقة ببساطتها وقلة تشعبها، إلا أنها لا تستجيب لقواعد تقدير الوصية الواجبة المذكورة سابقا حيث وإن تمت مراعاة قاعدة عدم تجاوز الثلث وكذلك إستخراجها قبل الميراث، فإنه لم يقع إعتداد نسبة الفرع الهالك للقياس عليها، مع ما يؤدي إليه ذلك من أخذ ابنة الإبن بعنوان الوصية الواجبة لنصيب أكبر من النصيب الذي يناله أصلها ميراثا لو بقي حيا إلى وفاة والدته:

الزوج: 90د - البنت: 54د - الإبن: 108د - الإبن المفترض حيا: 108د

ففاق هنا ما أخذته ابنة الإبن كوصية واجبة حصة أصلها ميراثا ب 12د.

ولقد كانت هذه الطريقة لإحتساب مقدار الوصية الواجبة محل جدل بين مفتي الديار المصرية الذي سار عليها في العديد من فتاويه وبين الشيخ أبو زهرة الذي عاب عنها ما وجه إليها من نقد سابق (3).

(1) الشيخ محمد أبو زهرة - أحكام التركات والمواريث - دار الفكر العربي 1954 ص 286.

(2) محمد القروي - أحكام الوصية و التنزيل في الشرع الإسلامي - مجلة القضاء والتشريع عدد 5 لسنة 1959 ص 9.

(3) الشيخ محمد أبو زهرة - المرجع المذكور - ص 287 وما بعدها.

* الطريقة الثانية:

تقع مساواة نصيب الفرع الهالك ببقية سهام إخوته، أي يقع إستخراج الوصية الواجبة على إعتبارها ميراثا، ومثل ذلك، وفاة شخص عن زوجة وإبن وبنت وإبن إبن توفي قبله فيناب كل واحد منهم:

المسألة من 40:

الزوجة: 5 - الإبن: 14 - الإبن المفترض حيا: 14 -
والبنت: 7

فتعطى سهام الإبن المفترض حيا إلى فروعه. فيأخذ تبعا لذلك ما أخذه الأولاد الأقرب منه إلى الهالك.

ويعاب على هذه الطريقة إدخال ضرر الوصية الواجبة على سهام الورثة بالتعصيب دون أصحاب الفروض لعدم إحترام إستخراجها قبل الميراث على غرار بقية الوصايا، وبرغم مراعاتها للطبيعة القانونية للمؤسسة إلا أنها لا تحترم نصوص القانون الصريحة في النص على إستخراجها قبل الميراث من التركة (1).

أما إدارة الملكية العقارية فقد درجت على إتباع هذه الطريقة بل أنها رفضت ترسيم أي عملية نقل للملكية بسبب الوفاة تختلف فريضتها الشرعية على منابات الورثة المتوصل إليها عبر هذه الطريقة.

* الطريقة الثالثة:

تتميز هذه الطريقة بانقسامها إلى مرحلتين:

1 - يقع إفتراض حياة الفرع الهالك قبل أصله لمعرفة نسبة حصة ميراثه لو بقي حيا إلى تاريخ وفاته، ومثال ذلك وفاة شخص عن زوجة وإبنين وبنت وإبن إبن توفي في حياة أبيه الذي ترك كمخلف بعد سداد الديون 160د فينوب كل وارث:

(1) الفصل 191 من م أش (فقرة أخيرة):

"الوصية الواجبة مقدمة على الوصية الإختيارية والوصايا الإختيارية متساوية وإن تزامت تقسم على التناسب".

الزوجة: 20د - الإبنين: 40د للواحد - الإبن المفترض حيا: 40د

البنت: 20د

وعليه يكون النصيب الذي سيأخذه الفرع الهالك في حياة أبيه ميراثا 40د، فيعطى لفروعه بعنوان الوصية الواجبة، حيث لم يتجاوز ثلث التركة، ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين (1):

إبني الإبن: 16د للواحد إبنة الإبن: 8د

2 - بعد ذلك يقسم الباقي من التركة وهو 120د على الورثة الموجودين فعلا

فينوبهم من ذلك: الزوجة: 15د - الإبنين: 42د للواحد -

البنت: 21د

وهذه الطريقة المرفوضة من قبل إدارة الملكية العقارية رغم مراعاتها قواعد التقدير الثلاثة المستخلصة من الفصل 191 من م أش، حيث لم يتجاوز نصيب الوصية الواجبة ثلث التركة، كما أنه قد وقع قياسها إعتقادا على نسبة حصة ميراث الأصل الهالك وأخيرا وقع إخراجها من التركة قبل قسمة الميراث على بقية الورثة.

ورغم تقيد هذه الطريقة بنص الفصل 191 من م أ ش، إلا أنها تتميز بكثرة تشعبها وتعقيدها، وهو ما يتجلى خاصة عند إجتماعها مع وصية إختيارية، حيث يقع إحتساب مقدار الوصية الواجبة مما بقي من ذلك، وفق المرحلتين المبنيتين بهذه الطريقة الثالثة، على أن يقع إستخراج هذا المقدار من الثلث المخصص للوصايا، فإن فاقه أو ساواه، لم يكن لأصحاب الوصية الإختيارية شيء، أما إذا قل عنه فيعطون الفارق، وفي مرحلة أخيرة يقسم ما بقي من التركة بعد إخراج نصيب الوصية الواجبة والإختيارية على بقية الورثة.

وربما إنطلاقاً من هذا التشعب والتعقيد، يمكن تبرير مواقف بعض الفرضيين وكذلك إدارة الملكية العقارية لأتباعهم أيسر السبل، التي ورغم مخالفتها قواعد التقدير الواردة بالفصل 191 من م أ ش، فإنها تعتبر نتيجة منطقية لروح المؤسسة وطبيعتها القانونية.

(1) الفصل 192 من م أ ش:

"لا تنصرف هذه الوصية إلا للطبقة الأولى من أولاد الأبناء ذكورا أو إناثا وتقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين".

الخلاصة:

كان إعتناء المشرع التونسي بتنظيم أحكام الوصية ملحوظا وذلك حين أفردها بنصوص قانونية إمتدت إلى ثمانية وعشرين فصلا، الشيء الذي يبرز الأهمية التي أولاها إلى هذه المؤسسة مقارنة ببقية التصرفات القانونية الأخرى سواء في مجلة الأحوال الشخصية أو خارجها.

وقد جعلت الطبيعة الفقهية لهذه المؤسسة المشرع يستوحي أحكامها أساسا من الفقه الإسلامي الذي يعد المصدر الأول والأساسي لها لكونه وقع إستنباط أغلب فصول مجلة الأحوال

الشخصية منه، وتحديدًا من المذهبين المالكي والحنفي اللذين كان معمول بهما قبل صدور مجلة الأحوال الشخصية (لائحة الشيخ جعيط) وهو ما نلمسه من خلال قراءة معمقة للفصول المؤطرة لمؤسسة الوصية.

غير أن ما يلاحظ في هذا الإطار أن المشرع ولئن أخذ عن المذهبين المذكورين تنظيمهما لهذه المؤسسة، فإنه إقتصر رغم تعدد الفصول على تناول أبرز المسائل المتعلقة بها دون الخوض في التفاصيل، مما يجعل التنظيم القانوني لهذا التصرف التبرعي المضاف إلى ما بعد الموت في إطار مجلة الأحوال الشخصية يتسم بنوع من النقص و الشغور الذي من شأنه أن يحدث إشكالات على الصعيد العملي الشيء الذي تلافاه المشرع المصري (أنظر قانون الوصية المصري عدد 71 سنة 1946) الذي أفرد مؤسسة الوصية بنظام قانوني محكم أتى فيه على مختلف النقاط المتعلقة بها وأحاط بكل جزئيات هذه المؤسسة. ومع ذلك فإن النقص الذي شاب القانون التونسي على مستوى تنظيم هذه المؤسسة، لا يرقى إلى درجة الإخلال ذلك أنه يمكن سد الثغرات الموجودة سواء بالرجوع للقواعد العامة للإلتزامات بإعتبار أغلب أحكامها مستمدة من الفقه الإسلامي أو عملاً بالقياس كمصدر من مصادر التشريع الإسلامي إذا ما توفرت شروطه وإستقام العمل به.

ولكن المشرع التونسي ومن ورائه المشرعين العرب والمسلمين المتبنين لهذه المؤسسة، فإن تنظيمهم لها كان دائماً يشكو من عديد النقائص وعدم الإحاطة بصفة دقيقة و معمقة لهذا التملك المضاف لما بعد الموت، ولعل هذا ما يبرز من خلال إستنباط المشرع التونسي لمؤسسة الوصية الواجبة كحل فقهي وقانوني لتجاوز وضعيات الحرمان من الميراث بواسطة الدرجات لأن المعمول به في نظام

الإرث أن الأقرب درجة يحجب الذي يليه، ونظرا لما يمكن أن يترتب عن هذا المبدأ من حرمان لبعض الأقارب فإنه تم الإنتباه لهذه المسائل. وبالتالي فالغاية من وراء هذا كله هو منح ولو جزء مادي كتعويض عن الضرر الحال بالمعنيين بذلك وهم الأحفاد أو المستحقين بصفة عامة.

وإذا كان الأمر كذلك فإننا نتساءل عن مدى إمكانية التوسع في مؤسسة الوصية الواجبة لتشمل أقرباء الهالك ذوي الصلة الوثيقة به والذين ليست لهم صفة وارث كالجدة لأم أو الزوج أو الزوجة عند الإختلاف في الدين خاصة إذا كان هؤلاء الأقرباء قد ساهموا في الإنفاق على الهالك وإحتضانه أو شاركوا في تكوين ثروته وإيمائها.

غير أن الملفت للإنتباه أن المشرع التونسي يضع قواعد عامة بحتة لا يحدد من خلالها الطرق التي يجب أن تقام أو تعتمد لإخراج نصيب المستحق لهذه الوصية القانونية وخاصة عند إجتماعها مع وصية إختيارية. وهذا الأمر يعتبر من أكثر المسائل التي تطرح العديد من المشاكل في الواقع عند إقامة الفرائض، وهو ما يؤدي إلى الإختلاف في طريقة إحتساب الوصية سواء كانت واجبة أو إختيارية وبالتالي رفض العديد من الفرائض المقامة من قبل عدول الإشهاد من طرف إدارة الملكية العقارية والمطالبة بإعادة تصحيحها وهذا يعود بالأساس إلى عدم وجود طريقة معينة و واحدة متفق عليها في العمل.

كما يمكن أن نتساءل في ختام هذا البحث وذلك قياسا على مؤسسة الوصية الواجبة كإستنباط تشريعي لتطوير نظام الموارث عن إمكانية التخلي عن القوانين الآمرة بخصوص الإرث

وترك الأمر للمعني قصد الإيضاء بكل حرية في ماله بعد موته وذلك تماشياً مع مبادئ حقوق

الإنسان وتكريس الإرادة الحرة للفرد؟

تمت بعون الله

الملاحق

قائمة المراجع

I - باللغة العربية:

أ - المؤلفات:

- أحمد ابراهيم بك
التركة والحقوق المتعلقة بها، المواريث،
الوصية وتصرفات المريض مرض الموت،
جامعة الإسكندرية طبعة 1987.
- أحمد حجي الكردي
الأحوال الشخصية: الأهلية والنيابة الشرعية
والوصية والوقف والتركات، منشورات
جامعة حلب 1988 - 1989.
- أحمد فراج حسين
أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة
الإسلامية، جامعة الإسكندرية، الدار
الجماعية 1986.
- أبو الحسن التسولي
البهجة في شرح التحفة، الجزء الثاني -
الطبعة الثانية، دار الفكر القاهرة 1951.
- ابن رشد
بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج 2، القاهرة
مكتبة الكليات الأزهرية 1969.
- بدران أبو العنين
المواريث والوصية والهبة في الشريعة
الإسلامية والقانون ونصوص القوانين
الصادرة بشأنها، الإسكندرية مؤسسة شباب
الجامعة 1981
- حافظ محمود
قضايا المواريث والوصية في الفقه
الإسلامي والتشريع المعاصر، القاهرة،
مكتبة النهضة المصرية 1954.
- زهير الخبثاني
عقد الهبة في القانون التونسي مع مقارنته
بالشريعة الإسلامية، تونس 1988.
- صبحي المحمصاني
المبادئ الشرعية في الحجر والنفقات
والمواريث والوصية في المذهب الحنفي
والتشريع اللبناني، بيروت دار العلم للملايين
1954.
- محمد جواد مغنية
الوصايا والمواريث على المذاهب الخمسة،
بيروت المكتبة الأهلية 1986.

- محمد الزين
- محمد أبو زهرة
- : النظرية العامة للإلتزامات، العقد، 1993.
: شرح قانون الوصية، دراسة مقارنة لمسائله
وبيان لمصادره الفقهية.
- محمود شمام
- : الوصية في الفقه والقانون، دار النجاح
للطباعة والنشر والتوزيع، تونس.
- محمد المالقي
- : محاضرات في شرح القانون المدني، مركز
الدراسات والبحوث والنشر، كلية الحقوق
والعلوم السياسية والإقتصادية.
- هشام قبلان
- : الوصية الواجبة في الإسلام، منشورات
البحر الأبيض المتوسط ومنشورات
عويدات، بيروت.
- د. وهبة الزحيلي
- : الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، جامعة
الإمارات 1987
- لا ئحة الشيخ جعيط
- : المستمدة من المذهبين المالكي والحنفي.
- الشيخ يوسف بن الحاج بن فرج بن يوسف :
المواريث الشرعية
والوصية ومجلة الأحوال الشخصية، دار
الميزان للنشر سوسة أفريل 1996.
- ابن جزري
- : "القوانين الفقهية" دار الفكر للطباعة والنشر
والتوزيع.
- جمال الدين العياشي
- : "المعاملات المالية في الإسلام" طبع شركة
العمل للنشر والصحافة أفريل 1973.
- أبو القاسم هبة الله بن سلامة
- : "الناسخ والمنسوخ" مطبعة مصطفى البابي
الحلبي وأولاده بمصر - القاهرة 1960.
- ابن حزم الأندلسي
- : "المصلي" دار الآفاق الجديدة، بيروت.
- د. أحمد الحصري
- : التركات والوصايا والقضايا المتعلقة بهما في
الفقه الإسلامي المقارن" - دار الجيل،
بيروت.
- عبد الرزاق السنهوري
- : "الوسيط في شرح القانون المدني
المصري".
- د. عبد العزيز عامر
- : الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية.
: "كتاب الوقف والوصية".
- محمد مصطفى شلبي
- : "أحكام المواريث بين الفقه والقانون"، دار
النهضة العربية - بيروت 1978.
- سعيد عبد السلام
- : "المشاكل العلمية في قانوني المواريث
والوصية".
- حمدي كمال
- : "المواريث والهبة والوصية".

ب - الأطروحات والمذكرات: 1 - الأطروحات:

- راشد راشد
: الإرادة المنفردة كمصدر من مصادر الإلتزام
في الفقه والقانون، أطروحة قانون خاص،
تونس، كلية الحقوق والعلوم والسياسية
والاقتصادية 1984.

2 - المذكرات:

- ألفة فرشيبي
: الحجر على الرشد، مذكرة للإحراز على
شهادة الدراسات المعمقة قانون خاص، كلية
الحقوق والعلوم السياسية بتونس 1992 -
1993.

- عواطف شلفوح
: جزاء البيع في مرض الموت، مذكرة
للإحراز على شهادة الدراسات المعمقة،
قانون خاص كلية الحقوق بتونس 1989 -
1990.

- فتحي الورتاني
: العقد الموقوف: مذكرة للإحراز على شهادة
الدراسات المعمقة قانون خاص، كلية الحقوق
بتونس 1991 - 1992.

- لؤى عطاء الله
: الوصية الواجبة، مذكرة للإحراز على شهادة
الدراسات المعمقة قانون خاص، كلية الحقوق
بتونس 1992 - 1993.

- مهدي قريميط
: الجنين في القانون المدني التونسي مذكرة
للإحراز على شهادة الدراسات المعمقة قانون
خاص، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية
سوسة 1992 - 1993.

- فاتن بن الأمين
: "الوصية" رسالة تخرج من المعهد الأعلى
لل قضاء 1992 - 1993.

- لطيفة العرفاوي
: "الوصية الاختيارية في القانون التونسي"
مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات
المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق
والعلوم السياسية بتونس 1993 -
1994.

- إيمان فخفاخ : "حدود الإيحاء في القانون التونسي" مذكرة
مرحلة ثالثة في القانون كلية الحقوق والعلوم
السياسية بتونس 1999.

ج - دروس ومقالات ومحاضرات:

1 - دروس:

- عبد الله الأحمدى : دروس في القانون الجنائي الخاص، السنة
الثالثة من الإجازة في الحقوق، درس غير
مرفون 1991 - 1992.
- محمد الهادي الأخوة : دروس في القانون الجنائي العام، درس
مرفون 1982.
- محمد كمال شرف الدين : دروس في القانون المدني، السنة الأولى من
الأستاذية في الحقوق، الجزء 2، الأموال
1993 - 1994.

2 - مقالات:

- الجيب الشطي : ملكية الأراضي الفلاحية بتونس، م ق ت
1990 عدد 4
- الوصية الواجبة في التشريع التونسي م ق ت
1965.
- بهاء الدين البكاري : الوصية الواجبة، م ق ت ماي 1970.
- محمد القروي : أحكام الوصية والتنزيل في الشرع الإسلامي
م ق ت ماي 59.
- محمد العربي هاشم : مفهوم الدفع بالنظام العام عند القاضي
التونسي، المجلة التونسية للقانون 1978، ح
2.
- محمد الطيب بسيس : "الوصية الواجبة في القانون التونسي" مجلة
القضاء والتشريع عدد 10 لسنة 1965 ص
7.

3 - محاضرات:

- محمد كمال شرف الدين : المفعول المنشئ للترسيم، محاضرة غير منشورة.
- محمد الحبيب بون : "تأصل مجلة الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية" محاضرة ألقاها بمناسبة إفتتاح السنة القضائية لسنة 82 - 83 مجلة القضاء والتشريع 1983.

د - المجالات القانونية:

- مجلة الأحوال الشخصية : م أش
- مجلة الإلتزامات والعقود : م إ ع
- مجلة الحقوق العينية : م ح ع
- المجلة الجنائية : م ج
- بعض النصوص القانونية المتفرقة.

II - باللغة الفرنسية:

A/ Ouvrages:

- Andre Touleman** : comment faire testaments et donations, 5éme édition - Paris, Ed - j - delmas 1972.
- Andre Dubrujeaux** : des conflits de lois relatifs à la forme du testament sous seing privé, Paris lib. Nouvelle de droit et de jurisprudence 1908.
- Ibrahim Najjar** : les libéralites théorie générale testaments, donations, lib du liban, 1973.
- Maître Etienne Riondet** : "votre succession" des avocats répondent à vos questions de droit. Editions générales FIRST février 1995

B/ Les thèses et les Mémoires:

1- Les Thèses:

- Mohamed Kamel Charffeddine** : les droits des tiers et les actes translatifs de propriété immobilière, thèse pour le doctorat d'Etat en droit, faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 1989.
- Youssef Knani** : la protection juridique du malade, réflexion sur la politique législative tunisienne, thèse pour le doctorat d'Etat en droit, Paris 1980.

2- **Les Mémoires:**

- Mohamed Habib Merchaoui** : le malade et l'acte juridique patrimonial. Mémoire pour le D.E.S droit privé, Faculté de droit de Tunis 1976.
- Mezougui Chaker** : les prélèvements d'oranges, mémoire pour le D.E.A droit privé général 1991 - 1992.
- Ezzeddine Arfaoui** : l'autorisation du gouverneur dans le contrat de vente immobilière mémoire de D.E.S droit privé 1978.

C/ Articles:

- Marty et Raynaud** : succession et libéralités sirey 83.
- Youssef Knani** : la lésion est-elle une entité juridique autonome, R.T.D 1978, N 1.
- Jurisclasseur** : Jurisclasseur civil, Fasc A,B,C,D,E,F, G,H,I,J,H,K analyse des articles 967 à 1001 code civil, article 725 et 726, Fasc E.P: capacité de succéder 1982.

الفهرس

الصفحة	العنوان
1	المقدمة
7	1 - الوصية تمليك
8	2 - زمن التمليك
9	3 - نية التبرع
	الجزء الأول:
	الشريعة الإسلامية هي المصدر الأول والأساسي لأحكام الوصية..... 17
	* الباب الأول : شروط الوصية
19	
	المبحث الأول : الشروط المتعلقة
20	بالموصي.....
	الفرع الأول : يشترط في الموصي أن يكون رشيدا
21
22	الفقرة الأولى : حالة السفه
	الفقرة الثانية : حالة ضعف العقل
23

.....	الفقرة الثالثة	: حالة البالغ ثمانية عشر عاما
24		
.....	الفقرة الرابعة	: المبررات الشرعية والقانونية لجواز الوصية من هؤلاء
.....		: الأصناف الثلاثة
24		
.....	الفرع الثاني	: يشترط في الموصي أن يكون رضاه موجودا
.....		: وسالما من العيوب
25		
.....	الفرع الثالث	: حالة مرض الموصي
27		
.....	الفرع الرابع	: يشترط في الموصي أن لا يكون مدينا بديون تتجاوز
28		أمواله
.....	المبحث الثاني	: الشروط المتعلقة بالموصى له
29	
.....	الفرع الأول	: يشترط في الموصى له أن يكون موجودا
30	
.....	الفقرة الأولى	: أن يكون موجودا حقيقة
30		
.....	1	- الموصى له ذات مادية
30	
.....	2	- الموصى له ذات معنوية
31	
.....	الفقرة الثانية	: أن يكون موجودا تقديرا: الوصية للحمل
32	
.....	الفرع الثاني	: يشترط في الموصى له أن يكون وارثا
33	
.....	الفرع الثالث	: إذا كان الموصى له أجنبيا يشترط المعاملة بالمثل
34	
.....	المبحث الثالث	: الشروط المتعلقة بالموصى به
35	
.....	الفرع الأول	: يشترط أن يكون الموصى به قابلا للتمليك
36	

الفقرة الأولى	: أن يكون مالا أو مقوماً بالمال	36
	1 - الوصية بالعين	36
	2 - الوصية بالمنفعة	37
الفقرة الثانية	: أن يكون مشروعاً	37
الفرع الثاني	: يشترط أن يكون الموصى به ملكاً للموصي	
	: عند إنتشاء الوصية	38
الفرع الثالث	: يشترط أن لا يتجاوز مقدار الموصى به ثلث التركة	39
الفقرة الأولى	: المبدأ	39
الفقرة الثانية	: الإستثناءات	40
	1 - صحة الوصية بما يفوق الثلث إذا أجازها الورثة	41
	2 - صحة الوصية بكامل التركة في غياب وارث	
	3 - صحة الوصية للوارث بمثل نصيبه الشرعي	
	الذي يفوق الثلث	41
المبحث الرابع	: الشروط المتعلقة بصيغة الوصية وطرق إثباتها	42
* الباب الثاني	: آثار الوصية	45
المبحث الأول	: مبدأ إنتقال ملكية الموصى به للموصى له	45
الفرع الأول	: ماهية القبول ودوره في إنتقال الملكية	46
الفقرة الأولى	: كيفية القبول	46

الفرع الأول	: القتل العمد وشهادة الزور	59
الفقرة الأولى	: القتل العمد للموصي	60
الفقرة الثانية	: شهادة الزور ضد الموصي	61
الفرع الثاني	: رجوع الموصي عن الوصية	62
الفرع الثالث	: بطلان الوصية	64
الفقرة الأولى	: أسباب بطلان الوصية	64
1	- الجنون المتصل بالموت	64
2	- وفاة الموصي له قبل الموصي	66
3	- هلاك الموصي به المعين قبل وفاة الموصي	66
4	- رد الموصي له بعد وفاة الموصي (رد الوصية)	66
الفقرة الثانية	: آثار بطلان الوصية	67

الجزء الثاني:

التكريس القانوني للوصية الواجبة ومدى إرتباطها بالشريعة الإسلامية

* الباب الأول	: الجذور الفقهية	71
المبحث الأول	: الوصية الواجبة وظاهرة النسخ في القرآن	72

- الفرع الأول : السند الشرعي للوصية الواجبة وأسباب الأخذ بها
73
- الفرع الثاني : الوصية الواجبة في الفقه الظاهري
75
- المبحث الثاني : الوصية الواجبة مدخل فقهي للتجديد
77
- الفرع الأول : التجديد بالرجوع إلى جميع المذاهب الفقهية
78
- الفرع الثاني : محدودية التجديد بالرجوع إلى المذاهب
الفقهية
80
- الفقرة الأولى : الرجوع إلى المذاهب الفقهية لنفي التجديد
81
- الفقرة الثانية : محدودية النتائج
81
- المبحث الثالث : الوصية الواجبة ومدى ارتباطها بالوصية
84
- الفرع الأول : من حيث الشكل
84
- الفرع الثاني : من حيث المحل
86
- الفقرة الأولى : مدى تلبية ثلث التركة أغراض الوصية الواجبة
86
- الفقرة الثانية : الحد من حرية الإيضاء
88
- * الباب الثاني : الوصية الواجبة إستنباط تشريعي لتطوير نظام المواريث
89
- المبحث الأول : الوصية الواجبة ميراث إستثنائي
90
- الفرع الأول : القانون أساس الوصية الواجبة
91

91	الفقرة الأولى	: الوصية الواجبة واقعة قانونية
93	الفقرة الثانية	: ترتيب الإلزام على التركة
94	الفرع الثاني	: تعديل الوصية الواجبة لنظام المواريث
95	الفقرة الأولى	: تعديل قواعد الحجب
96	الفقرة الثانية	: المساواة بين الجنسين
98	الفقرة الثالثة	: توريث أبناء البنت
99	المبحث الثاني	: تزاحم الوصايا ونظام المواريث
100	الفرع الأول	: اتجاهات المذاهب الفقهية في هذه المسألة
100		1 - المذهب الحنفي
100		2 - المذهب الحنبلي
101		3 - المذهب الظاهري
101		4 - الشيعة الزيدية
101	الفرع الثاني	: موقف المشرع التونسي من خلال مجلة الأحوال الشخصية ...
102	المبحث الثالث	: آثار إستحقاق الوصية الواجبة
103		

104	الفرع الأول	: إنتقال ملكية التركة
104	الفقرة الأولى	: زمن إنتقال الملكية في الفقه الإسلامي
104	الفقرة الثانية	: موقف القانون التونسي
106	الفرع الثاني	: إحتساب مقدار الوصية الواجبة
108	الفقرة الأولى	: أسس حساب الوصية الواجبة
108		1 - القياس على نسبة حصة الفرع الهالك
109		2 - عدم تجاوز ثلث التركة
109		3 - تقديم الوصية الواجبة على الوصية والميراث
109	الفقرة الثانية	: طرق إحتساب الوصية الواجبة
110		الطريقة الأولى
110		الطريقة الثانية
112		الطريقة الثالثة
112		

الخاتمة

.....
114

الملاحق

.....
116

قائمة المراجع

.....
117

الفهرس

.....
124