

**مؤلف الوصية الواجبة
في الاجتهاد القضائي المغربي**

**اعداد مصطفى علاوي المستشار
بمحكمة الاستئناف بفاس**

تقديم :

الوصية الواجبة :

الوصية عقد يوجب حقا في ثلث مال عاقده يلزم بموته .

و عرفها ابن عرفة في حدوده بقوله: "عقد يوجب حقا في ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده ."

و حكم الوصية بِالْمَالِ أنها مَنْدُوبَةٌ .

و لا وصية لو ارث إلا إذا أجازها بقية الورثة، غير أن ذلك لا يمنع من تلقي الإشهاد بها.

لَقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: (إِنَّ اللَّهَ قَدْ أَعْطَى لِكُلِّ ذِي حَقِّ حَقَّهُ فَلَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ) ، إِلَّا أَنْ يَجِيزَهَا بَقِيَّةِ الْوَرِثَةِ فَهُوَ ابْتِدَاءٌ عَطِيَّةٌ مِنْهُمْ عَلَى الْمَشْهُورِ مِنَ الْمَذْهَبِ الْمَالِكِيِّ .

و تكون الوصية نافذة بوفاة الموصي وتحقق وجود الموصى له .

تأتي الوصايا في الرتبة بعد الديون و الحقوق المستحقة للغير .

و الوصية الواجبة تكون لمن توفي وله أحفاد ، أولاد ابن أو أولاد بنت ومات الإبن أو البنت قبله أو معه و جب لأحفاده هؤلاء في ثلث تركته وصية بمقدار حصتهم مما يرثه أبوهم أو أمهم عن أصله المتوفى على فرض موت موروثهم إثر وفاة أصله المذكور على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة .

و إذا تعلقت الوصية بمن يُولد له مُسْتَقْبَلًا وَمَاتَ قَبْلَ أَنْ يُوَلَدَ لَهُ أَوْ أَيْسَ مِنْ وِلَادَتِهِ رَجَعَتْ الْوَصِيَّةُ مِيرَاثًا، وَكَذَا إِذَا مَاتَ الْمُوصِي لَهُ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي .

و قد وردت احكامها في الكتاب السادس : الميراث من مدونة الأسرة المغربية .

و تعد الوصية عقد غير لازم، إذ يجوز للموصي الرجوع فيها أو إلغاؤها كما يصح له إشراك الغير فيها، كما يشاء وفي أي وقت يشاء في حال صحته أو مرضه ، دون قيد.

و المشهور و ما جرى به العمل في الفقه المالكي المعمول به في المملكة المغربية قبل العمل بمدونة الأحوال الشخصية التي نسخت بمدونة الأسرة هو الإرث بالتنزيل ، و ليس بالوصية الواجبة.

و أسباب بطلان الوصية وردت في القانون على سبيل الحصر كما نصت عليه المادة من مدونة الأسرة 314 :

تبطل الوصية بما يلي:

1 - بموت الموصى له قبل الموصي؛

2 - بهلاك الموصى به المعين قبل وفاة الموصي؛

3 - برجوع الموصي عن الوصية؛

4 - برد الموصى له الراشد الوصية بعد وفاة الموصي.

و تعتبر الوصية حقا من حقوق التركة كما تنص على ذلك المادة 322 من مدونة الأسرة، وهي كاشفة للحق الذي ينشأ من تاريخ وفاة الموصي وليس من تاريخ تسجيل الوصية في الرسم العقاري.

و كل تبرع مضاف إلى ما بعد الموت يعتبر وصية .

و الواهب الذي اشترط في عقد الهبة لفائدة وارث حيازتها بعد وفاته، تعتبر وصية باطلة، إذ لا وصية لو ارث .

و الوصية الواجبة على المشهور مقدمة على الوصية الإرادية لأن القانون وصفها بالوصية الواجبة فتخرج من التركة وجوبا بقوة القانون، وأنه إذا لم تستغرق الوصية الواجبة الثلث فإن الباقي تنزاحم فيها الوصايا الإرادية بالمحاصة ما لم يجز الورثة الرشاء ما تعدى الثلث،

.....
.....
المقتضيات التشريعية :

مدونة الأسرة المغربية :

.....
.....

مدونة الأسرة صيغة محينة بتاريخ 29 يوليو 2021 .

القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة

كما تم تعديله بالقانون رقم 65.21 القاضي بتغيير وتتميم المادة 15 من القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.21.73 بتاريخ 3 ذي الحجة 1442 (14 يوليو 2021)، الجريدة الرسمية عدد 7008 بتاريخ 18 ذو الحجة 1442 (29 يوليو 2021)، ص 5774؛

ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة

الكتاب السادس

الميراث

القسم الأول

أحكام عامة

المادة 321 :

التركة مجموع ما يتركه الميت من مال أو حقوق مالية.

المادة 322 :

تتعلق بالتركة حقوق خمسة تخرج على الترتيب الآتي :

الحقوق المتعلقة بعين التركة.

نفقات تجهيز الميت بالمعروف.

ديون الميت.

الوصية الصحيحة النافذة.

المواريث بحسب ترتيبها في هذه المدونة.

المادة 323 :

الإرث انتقال حق بموت مالكة بعد تصفية التركة لمن استحقه شرعا بلا تبرع ولا معاوضة.

المادة 324 :

يستحق الإرث بموت الموروث حقيقة أو حكما، وبتحقق حياة وارثه بعده.

القسم الثامن

وصية واجبة

المادة 369 :

من توفي وله أولاد ابن أو أولاد بنت ومات الإبن أو البنت قبله أو معه وجب لأحفاده هؤلاء في ثلث تركته وصية بالمقدار والشروط الآتية.

المادة 370 :

الوصية الواجبة لهؤلاء الأحفاد تكون بمقدار حصتهم مما يرثه أبوهم أو أمهم عن أصله المتوفى على فرض موت موروثهم إثر وفاة أصله المذكور على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة.

المادة 371 :

لا يستحق هؤلاء الأحفاد وصية، إذا كانوا وارثين لأصل موروثهم جدا كان أو جدة، أو كان قد أوصى لهم أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحقون بهذه الوصية الواجبة، فإن

أوصى لهم بأقل من ذلك، وجبت تكملته، وإن أوصى بأكثر، كان الزائد متوقفا على إجازة الورثة، وإن أوصى لبعضهم فقط، وجبت الوصية للآخر بقدر نصيبه على نهج ما ذكر.

المادة 372 :

تكون هذه الوصية لأولاد الإبن وأولاد البنت ولأولاد ابن الإبن وإن نزل، واحدا كانوا أو أكثر، للذكر مثل حظ الأنثيين، يحجب فيها كل أصل فرعه دون فرع غيره ويأخذ كل فرع نصيب أصله فقط.

المادة 392 :

يتولى المصفي بعد تسوية ديون التركة بالترتيب المنصوص عليه في المادة 322، تسليم وثيقة الوصية للموكل إليه تصفيتها طبقا للمادة 298.

القسم العاشر

تسليم التركة وقسمتها

المادة 393 :

يتسلم الورثة بعد تنفيذ التزامات التركة، ما بقي منها كل بحسب نصيبه الشرعي. يجوز للورثة بمجرد الانتهاء من إحصاء التركة المطالبة بأن يتسلموا كل حسب نصيبه تحت الحساب، الأشياء والنقود التي لا يتوقف عليها في تصفية التركة.

كما يجوز لكل واحد من الورثة أن يتسلم بعضا من التركة، شريطة أن لا تتجاوز قيمته نصيب المتسلم في الإرث إلا إذا وافق الورثة على ذلك.

المادة 394 :

لكل وارث، الحق في أن يتسلم من العدلين نسخة من الإرث ونسخة من إحصاء التركة تبين مقدار نصيبه في الإرث، وتعين ما آل لكل واحد من أموال التركة.

المادة 395 :

لكل من استحق نصيبا من التركة بطريق الفرض أو التعصيب أو بهما أو بالوصية، الحق في أن يطلب فرز حصته بطريقة شرعية.

كتاب البهجة في شرح التحفة

الامام الشُّسُولِي

الجزء 2 فصل في الوصية

ص: 522

(فصل في الوصية)

وَهِيَ كَمَا لِابْنِ عَرَفَةَ عَقْدٌ يُوجِبُ حَقًّا فِي ثَلَاثٍ عَاقِدَهُ يَلْزِمُ بِمَوْتِهِ أَوْ نِيَابَةِ عَنْهُ بَعْدَهُ فَقَوْلُهُ:
يُوجِبُ حَقًّا الْخ. أَخْرَجَ بِهِ مَا يُوجِبُ حَقًّا فِي رَأْسِ مَالِهِ مِمَّا عَقَدَهُ عَلَى نَفْسِهِ مِنْ دِينٍ وَنَحْوِهِ وَلَوْ
بِإِقْرَارٍ فِي صِحَّتِهِ أَوْ مَرَضِهِ لَمَنْ لَا يَتَّهَمُ عَلَيْهِ أَوْ هَبَةً وَنَحْوَهَا فِي صِحَّتِهِ لَا فِي مَرَضِهِ، فَإِنَّهَا
فِي ثَلَاثِهِ. وَقَوْلُهُ: يَلْزِمُ بِمَوْتِهِ أَخْرَجَ بِهِ الْمَرْأَةَ إِذَا وَهَبَتْ أَوْ التَّزَمَتْ ثَلَاثَ مَالِهَا وَلِهَا زَوْجٌ، أَوْ مَنْ
التَّزَمَ ثَلَاثَ مَالِهِ لِشَخْصٍ فَإِنَّهُ يَلْزِمُ بَعْدَهُ لَا بِمَوْتِهِ، وَكَذَا يَخْرُجُ بِهِ التَّدْبِيرُ أَيْضًا لِأَنَّهُ يَلْزِمُ بَعْدَهُ،
وَقَوْلُهُ: أَوْ نِيَابَةَ عَنْهُ بَعْدَهُ عَطْفٌ عَلَى حَقًّا، وَالتَّقْدِيرُ أَوْ يُوجِبُ نِيَابَةَ عَنْ عَاقِدِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ فَيَدْخُلُ
الإِيصَاءُ بِالتَّنْظُرِ الَّذِي تَضَمَّنَهُ الْكَلَامُ عَلَى الْأَوْصِيَاءِ فِي الْبَابِ قَبْلَهُ. (وَمَا يَجْرِي مَجْرَاهَا) : مَنْ
عَدِمَ مَحَاسِبَةَ الْأَوْلَادِ بِمَا أَنْفَقَ الْأَبُ عَلَيْهِمْ إِذَا أَوْصَى بِذَلِكَ أَوْ كَانَ مَالَهُمْ عَيْنًا، وَهِيَ أَيُّ
الْوَصِيَّةِ بِالْمَالِ مَنْدُوبَةٌ مِنْ خَصَائِصِ هَذِهِ الْأُمَّةِ تَكْثِيرًا لِلزَّادِ وَأَهْبَةٌ لِلْمَعَادِ، وَفِي صَحِيحِ مُسْلِمٍ:
(مَا مِنْ حَقٍّ أَمْرِيءٌ مُسْلِمٌ لَهُ شَيْءٌ يُوصِي بِهِ يَبِيْتُ لِيْلَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَ رَأْسِهِ) اه.
أَيُّ: لَيْسَ مِنْ حَقِّهِ أَنْ يَبِيْتُ لِيْلَتَيْنِ دُونَ أَنْ يَكْتُبَ وَصِيَّتَهُ وَقَدْ تَجِبُ كَدَيْنٌ لَا يَتَوَصَّلُ لَهُ إِلَّا بِهَا
وَتَحْرِمُ بِمَحْرَمٍ كَنِيَاحَهُ وَتَكْرَهُ بِمَكْرُوهِ كَوْصِيَّةٍ بِإِطْعَامِ كَافِرٍ مِنْ أَضْحِيَّتِهِ الْمَذْبُوحَةِ فِي حَيَاتِهِ،
أَوْ يُوصِي بِجِزِّ صَوْفِهَا قَبْلَ الذَّبْحِ ثُمَّ تَذْبِحُ وَتَبَاحُ بِمَبَاحٍ كَبِيْعٍ كَذَا وَتَنْفِيذُ الْوَاجِبِ وَالْمَنْدُوبِ
وَاجِبٌ وَغَيْرُهُمَا حَكْمُهُ حَكْمُ أَصْلِهِ. فِي ثُلُثِ الْمَالِ فَادْنَى فِي الْمَرَضِ أَوْ صِحَّةٍ وَصِيَّةٌ لَا
تُعْتَرِضُ (فِي ثُلُثِ الْمَالِ فَادْنَى) كَالرَّبْعِ وَالْخُمْسِ، وَقَدْ اسْتَحَبَّ بَعْضُ الْعُلَمَاءِ أَنْ لَا تَبْلُغَ الثُّلُثُ
لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: (وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ) . (فِي الْمَرَضِ) الَّذِي مَاتَ مِنْهُ (أَوْ صِحَّةٍ وَصِيَّةٍ)
مُبْتَدَأٌ (لَا تَعْتَرِضُ) خَبَرُهُ وَفِي ثُلُثِ الْخ. يَنْعَلِقُ بِهِ، وَالتَّقْدِيرُ: وَالْوَصِيَّةُ لَا تَعْتَرِضُ فِي ثُلُثِ
الْمَالِ فَادْنَى سِوَاءِ كَانَتْ فِي الْمَرَضِ أَوْ فِي الصِّحَّةِ بَلْ هِيَ صَحِيحَةٌ. حَتَّى مِنَ السَّفِيهِ
وَالصَّغِيرِ إِنْ عَقَلَ الْقُرْبَةَ فِي الْأُمُورِ (حَتَّى مِنَ السَّفِيهِ وَالصَّغِيرِ) بِشَرْطٍ وَهُوَ (إِنْ عَقَلَ الْقُرْبَةَ
فِي الْأُمُورِ) فَإِنْ لَمْ يَعْقِلِ الْقُرْبَةَ فَلَا تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ، وَأَمَّا إِصَابَتُهُ وَجَهَ الْوَصِيَّةِ بِأَنْ لَا يَكُونَ فِيهَا
تَنَاقُضٌ وَلَا تَخْلِيْفٌ فَإِنَّهُ شَرْطٌ فِي صِحَّةِ كُلِّ وَصِيَّةٍ كَانَتْ مِنْ صَغِيرٍ أَوْ غَيْرِهِ كَمَا يَشْتَرِطُ أَنْ
يَكُونَ الْمُوصَى لَهُ غَيْرَ وَارِثٍ وَإِلَّا بَطَلَّ كَمَا يَأْتِي فِي قَوْلِهِ: وَامْتَنَعْتَ لَوَارِثِ الْخ. وَظَاهِرُهُ

أَنَّ الْوَصِيَّةَ بِالثَّلَاثِ فَدُونَ نَافِذَةٌ، وَلَوْ قَصِدَ الْمُوصِي بِهَا الضَّرَرَ بِالْوَرِثَةِ وَهُوَ كَذَلِكَ عَلَى الصَّحِيحِ، وَبِهِ الْحُكْمُ كَمَا فِي ابْنِ نَاجِي عَلَى الْمُدَوَّنَةِ. وَالْعَبْدُ لَا تَصِحُّ مِنْهُ مُطْلَقًا وَهِيَ مِنَ الْكُفَّارِ لَيْسَتْ تُنْتَقَى (وَالْعَبْدُ لَا تَصِحُّ) الْوَصِيَّةُ (مِنْهُ مُطْلَقًا) كَانَ خَالِصَ الرَّقِّ أَوْ ذَا شَائِبَةٍ، وَكَذَا لَا تَصِحُّ مِنَ الْمَجْنُونِ إِلَّا أَنْ يُوصَى حَالَ إِفَاقَتِهِ الَّتِي يَعْقِلُ فِيهَا مَا يُوصَى بِهِ فَإِنْ شَهِدُوا بِأَنَّهُ أَوْصَى حَالَةَ إِفَاقَتِهِ وَشَهِدَ آخَرُونَ أَنَّهُ كَانَ ذَاهِبَ الْعَقْلِ فَشَهَادَةُ الْإِفَاقَةِ أُولَى. (وَهِيَ مِنَ الْكَافِرِ لَيْسَتْ تُنْتَقَى) بَلْ تَمْضِي وَإِنْ لِمُسْلِمٍ إِلَّا بِكُخْمَرٍ (خ) صَحَّ إِبْصَاءُ حُرِّ مُمَيَّزٍ وَإِنْ سَفِيهَا وَصَغِيرًا وَكَافِرًا إِلَّا بِكُخْمَرٍ لِمُسْلِمٍ. وَلَهَا أَرْكَانٌ: أُولَاهَا: الْمُوصَى وَقَدْ تَقَدَّمَ، وَثَانِيهَا: الْمُوصَى لَهُ وَالِإِلَيْهِ أَشَارَ بِقَوْلِهِ: وَهِيَ لِمَنْ تَمَلَّكَ مِنْهُ يَصِحُّ حَتَّى لِحَمَلٍ وَاضِحٍ أَوْ لَمْ يَضِحْ (وَهِيَ) تَصِحُّ (لِمَنْ تَمَلَّكَ مِنْهُ يَصِحُّ) حَقِيقَةً كَادِمِي أَوْ حَكْمًا كَقَنْطَرَةَ وَمَسْجِدٍ بَلْ تَصِحُّ أَيْضًا (حَتَّى لِحَمَلٍ وَاضِحٍ) أَي ظَاهِرٍ (أَوْ لَمْ يَضِحْ) أَي لَمْ يَظْهَرِ كَقَوْلِهِ: أَوْصِيَتْ لِمَنْ سَيُوجَدُ مِنْ وَلَدِ فُلَانٍ أَوْ فُلَانَةٍ أَوْ لِمَنْ يُولَدُهُمَا (خ) صَحَّ إِبْصَاءُ لِمَنْ يَصِحُّ تَمَلُّكُهُ كَمَنْ سَيَكُونُ إِنْ اسْتَهَلَ. لَكِنَّهَا تَبْطُلُ إِنْ لَمْ يَسْتَهَلْ وَلِلْعَبِيدِ دُونَ إِذْنٍ تَسْتَقِلُّ (لَكِنَّهَا تَبْطُلُ إِنْ لَمْ يَسْتَهَلْ) صَارِخًا وَلَا تَحَقَّقَتْ حَيَاتِهِ بِكَثْرَةِ رِضَاعٍ وَنَحْوَهَا لِأَنَّ الْمَيِّتَ لَا يَمْلِكُ (وَالْعَبِيدِ) وَلَوْ (دُونَ إِذْنٍ) مِنَ السَّيِّدِ فِي قَبُولِهَا (تَسْتَقِلُّ) وَتَصِحُّ وَتَكُونُ لِلْعَبْدِ حَتَّى يَنْتَزِعَهَا مِنْهُ السَّيِّدُ (خ) وَلَمْ يَحْتَجْ رِقَ لِإِذْنٍ فِي قَبُولِ كَيْصَانِهِ بِعِثْقِهِ الْخ. أَي بَلْ يَقْبَلُهَا وَإِنْ بَغِيْرَ إِذْنِ سَيِّدِهِ وَتَنْفِذَ وَصِيَّتِهِ بِالْعِثْقِ وَإِنْ لَمْ يَقْبَلْ، وَإِذَا بَطَلَتْ حَيْثُ لَمْ يَسْتَهَلْ فَتَرْجِعُ مِيرَاثًا ثُمَّ إِذَا أَوْصَى لِمَنْ سَيُوجَدُ مِنْ وَلَدِ فُلَانٍ فَإِنَّهُ يَخْتَصُّ بِهَا مَا يَتَكُونُ مِنْ حَمْلِ زَوْجَتِهِ أَوْ أُمَّتِهِ وَلَا يَدْخُلُ الْحَمْلُ الْمَوْجُودَ إِلَّا أَنْ يَعْلَمَ أَنَّهُ قَصِدَ دُخُولَهُ بِقَرِيْنَةٍ خَارِجَةٍ عَنِ اللَّفْظِ فَإِنْ قَالَ: أَوْصِيَتْ لِمَنْ يُولَدُ لَهُ فَالظَّاهِرُ شُمُولُ اللَّفْظِ لِلْحَمْلِ الْمَوْجُودِ بِوَقْتِ الْإِبْصَاءِ، وَأَمَّا لَوْ قَالَ: أَوْصِيَتْ لَوْلَدِهِ وَالْحَالُ أَنَّهُ لَا وَلَدَ لَهُ حِينَ الْوَصِيَّةِ وَلَا حَمْلَ فَلَا يَخْلُو فِيمَا أَنْ يَعْلَمَ الْمُوصَى بِذَلِكَ أَمْ لَا. فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ كَمَا فِي الرَّزْقَانِي، وَإِنْ تَنَازَعَا فِي الْعِلْمِ وَعَدَمِهِ فَالْقَوْلُ لِلْوَرِثَةِ كَمَا فِي (ح) وَإِنْ عِلْمُ فَهِيَ صَحِيْحَةٌ وَتَكُونُ لِكُلِّ مَنْ يُولَدُ لَهُ، وَإِذَا صَحَّتْ فِي هَذِهِ الصُّوَرِ وَوُلِدَ لَهُ وَلَدٌ وَاسْتَهَلَ فَيَكُونُ جَمِيعُ الْوَصِيَّةِ بِيَدِهِ عَلَى مَعْنَى الْإِنْتِفَاعِ عَلَى الرَّاجِحِ وَكُلِّ مَنْ وَلِدَ بَعْدَ ذَلِكَ يَدْخُلُ فِيهَا وَالذَّكَرُ وَالْأُنْثَى فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ إِلَّا أَنْ يَنْصَ عَلَى النَّفْضِ، وَمَنْ مَاتَ مِنْهُمْ لَمْ يُمَكَّنْ وَرِثَتُهُ مِنَ الدُّخُولِ فِي حَقِّهِ حَتَّى يَنْقَرَضُوا جَمِيعًا ثُمَّ يَكُونُ لَوَرِثَتِهِمْ أَجْمَعِينَ، وَإِذَا أَخَذَ الْمَالُ مِنْ وَجَدٍ مِنَ الْأَوْلَادِ فَإِنَّهُ يَشْتَرِي بِهِ أَسْلَ لَتَبْقَى عَيْنُهُ وَيَنْتَفِعَ بِغَلَّتِهِ، وَقِيلَ يَنْتَجِرُ لَهُ بِذَلِكَ الْمَالِ ثُمَّ كَذَلِكَ كَلِمَا وَلِدَ يَنْتَجِرُ لَهُ مَعَ الْأَوَّلِ، وَمَنْ بَلَغَ النَّجْرَ تَجَرَّ لِنَفْسِهِ فَإِنْ خَسِرَ فِيهِ أَوْ ضَاعَ مِنْهُ شَيْءٌ فِي حِينِ النَّجْرِ لِلصَّغِيرِ لَمْ يَضْمَنْ لِأَنَّ الصَّغِيرَ لَا تَعْمُرُ ذِمَّتَهُ بِذَلِكَ وَقَدْ رَضِيَ الْمُوصَى بِالْوَصِيَّةِ لَهُ عَلَى مَا تَوَجَّبَهُ الْأَحْكَامُ فِي الضَّمَانِ وَإِنْ بَلَغَ وَتَجَرَّ لِنَفْسِهِ فَإِنْ خَسِرَ فِيهِ أَوْ ضَاعَ مِنْهُ شَيْءٌ ضَمِنَ الْخَسَارَةَ وَالتَّلْفَ قَالَهُ الرَّجْرَاجِيُّ وَاخْتَلَفَ إِذَا قَالَ: أَوْصِيَتْ لَوْلَدِ فُلَانٍ وَالْحَالُ أَنْ لَهُ وَلَدًا مَوْجُودًا وَحَمَلًا تَابِتًا هَلْ يَخْتَصُّ بِهَا الْمَوْجُودُ مِنَ الْحَمْلِ وَالْوَالِدِ أَوْ تَعْمُرُ الْمَوْجُودَ وَمَنْ لَمْ يُولَدِ وَهُوَ الرَّاجِحُ كَمَا فِي تَكْمِيلِ الْمُنْهَجِ قَالَ: وَالْخَلْفُ فِي وَادِهِ وَلَمْ يَزِدْ هَلْ يَدْخُلُ الْوُجُودَ قَطُّ أَوْ يَشْتَمِلُ جَمِيعَهُمْ وَذَا ارْتَضَى إِذْ يَنْتَقِلُ خِلَافًا

لما في الرَّزْقَانِي، وَعَلَيْهِ فَيَجْرِي عَلَى حَكْمِ الْأَقْسَامِ قَبْلَهُ فِي النَّجْرِ وَغَيْرِهِ، وَأَمَا إِنْ قَالَ: أَوْصِيَتْ لِأَوْلَادِ فَلَانَ وَهُمْ عَشْرَةٌ مِثْلًا وَلَا تَرَجَى لِفُلَانٍ وَلَادَةً بَعْدَ، فَإِنْ مَاتَ مِنْهُمْ قَبْلَ الْقِسْمِ فَوَرَّثَتْهُ يَقُومُونَ مَقَامَهُ سِوَاءَ سَمَاةٍ أَوْ عَيْنِهِمْ بِإِشَارَةِ كَهَوْلَاءِ النَّفَرِ أَوْ لَمْ يَسْمَهُمْ وَلَمْ يَعِينَهُمْ بِإِشَارَةِ وَلَا غَيْرَهَا اتِّفَاقًا فِي الْأَوَّلِ وَعَلَى الْمَشْهُورِ فِي الثَّانِي، وَكَذَا إِذَا كَانَ لَهُ أَوْلَادٌ وَتَرَجَى لَهُ وَلَادَةٌ فَإِنَّهُ إِذَا سَمَاَهُمْ أَوْ عَيْنَهُمْ بِإِشَارَةِ فَإِنَّ الْوَصِيَّةَ مَقْصُورَةٌ عَلَيْهِمْ، وَمَنْ مَاتَ مِنْهُمْ فَوَارِثُهُ قَائِمٌ مَقَامَهُ وَلَمْ يَدْخُلْ مَعَهُمْ مَنْ يُوجَدُ بَعْدَ وَإِنْ لَمْ يَسْمَهُمْ وَلَا عَيْنَهُمْ بِإِشَارَةٍ فَتَقْدَمُ أَنَّ الرَّاجِحَ دُخُولُ مَنْ يُوجَدُ بَعْدَ. تَنْبِيهَاتُ. الْأَوَّلُ: مَسْأَلَةُ النَّزِيلِ وَهِيَ أَنْ يَنْزِلَ الْإِنْسَانُ أَوْلَادًا وَوَلَدَهُ الْمَيِّتِ مَنْزِلَةٌ أَبِيهِمْ جَارِيَةٌ مَجْرَى الْوَصِيَّةِ وَتَقْسَمُ بَيْنَ الْمَنْزِلِينَ لِلذَّكَرِ مِثْلَ حَظِّ الْأُنثَى، كَمَا أَفْتَى بِهِ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ الْمَنْصُورِيُّ وَالشَّيْخُ (ت) وَغَيْرُهُمَا. الثَّانِي: اخْتَلَفَ فِي الْغَلَّةِ الْخَاصِلَةِ قَبْلَ الْوَضْعِ وَالِاسْتِهْلَالِ هَلْ هِيَ لَوَرِثَةِ الْمُوصِي لِأَنَّ الْمُوصِي لَهُ لَا يَكْمَلُ إِلَّا بَعْدَ اسْتِهْلَالِهِ وَتَحَقُّقِ الْحَيَاةِ فِيهِ أَوْ هِيَ لِلْمُوصِي لَهُ أَوْ لَوَرِثَتِهِ إِلَى أَنْ يَسْتَهْلَ فَتَوَقَّفَ إِلَى وَضْعِهِ وَالْمُعْتَمَدُ الْأَوَّلُ قَالَ نَازِمُ الْعَمَلِ: وَغَلَّةٌ قَبْلَ وَجُودِ الْمُوصِي لَهُ لَوَارِثٍ أَنْ تَخْصِيصًا الثَّلَاثُ: إِذَا تَعَلَّقَتْ الْوَصِيَّةُ بِمَنْ يُوَلَدُ لَهُ مُسْتَقْبَلًا وَمَاتَ قَبْلَ أَنْ يُوَلَدَ لَهُ أَوْ أَيْسَ مِنْ وَلَادَتِهِ رَجَعَتْ الْوَصِيَّةُ مِيرَاثًا، وَكَذَا إِذَا مَاتَ الْمُوصِي لَهُ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِهِ: عَلَى مَا يُوجَدُ فِي بَعْضِ النَّسَخِ. وَلَيْسَ مِنْ شَيْءٍ لِمَنْ يُوصَى لَهُ إِلَّا إِذَا الْمُوصِي يَمُوتُ قَبْلَهُ وَظَاهِرُهُ أَنَّهُ لَا شَيْءَ لَهُ إِذَا مَاتَ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي وَلَوْ كَانَ قَبْلَهَا وَهُوَ كَذَلِكَ ثُمَّ أَشَارَ إِلَى الرُّكْنِ الثَّلَاثِ وَهُوَ الْمُوصِي بِهِ فَقَالَ: وَهِيَ بِمَا يُمْلِكُ حَتَّى الثَّمَرِ وَالذَّيْنِ وَالْحَمْلِ وَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ (وَهِيَ) تَصِحُّ (بِمَا يَمْلِكُ) أَي بِكُلِّ مَا يَصِحُّ مَلِكُهُ وَإِنْ مَجْهُولًا (حَتَّى الثَّمَرِ) الْمَوْجُودُ فِي رُؤُوسِ الشَّجَرِ أَوْ قَبْلَ وَجُودِهَا كَغَلَّةِ هَذَا الْعَامِ (وَالذَّيْنِ) وَلَوْ عَلَى غَائِبٍ أَوْ مَعْدَمٍ (وَالْحَمْلِ) الظَّاهِرُ فِي جَارِيَتِهِ أَوْ نَاقَتِهِ بَلْ (وَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ) كَقَوْلِهِ: مَا تَلَدَهُ أُمَّتِي أَوْ نَاقَتِي فِي هَذِهِ السَّنَةِ أَوْ إِلَى عَشْرِ سِنِينَ فَهُوَ لِفُلَانٍ وَتَصِحُّ أَيْضًا بِأَبْقٍ وَبَعِيرٍ شَارِدٍ وَلَا تَصِحُّ بِمَا لَا يَمْلِكُ كَخَمْرِ وَخَنْزِيرٍ. تَنْبِيهَانِ. الْأَوَّلُ: قَبُولُ الْوَصِيَّةِ شَرْطٌ فِي لُزُومِهَا (ح): وَقَبُولُ الْمُعِينِ شَرْطٌ بَعْدَ الْمَوْتِ فَالْمَلِكُ لَهُ بِالْمَوْتِ وَقَوْمُ بَغَلَةٍ حَصَلَتْ بَعْدَهُ أَي بَعْدَ الْمَوْتِ وَقَبْلَ الْقَبُولِ وَيَكُونُ لَهُ مَا حَمَلَهُ الثَّلَاثُ مِنْ ذَلِكَ، فَإِذَا أَوْصَى لَهُ بِحَائِطٍ يُسَاوِي أَلْفًا وَهِيَ ثَلَاثُ الْمَيِّتِ وَحَصَلَ فِيهِ بَعْدَ الْمَوْتِ وَقَبْلَ الْقَبُولِ

غَلَّةٌ تَسَاوِي مَائَتَيْنِ فَإِنَّهُ يَكُونُ لَهُ خَمْسَةٌ أَسْدَاسِ الْحَائِطِ وَثَلَاثُ سُدُوسِهِ كَمَا فِي طَفِي. قُلْتُ: وَهَذَا فِي الْوَصِيَّةِ، وَأَمَا مَا بَتَلَهُ الْمَرِيضُ مِنْ حَبْسٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نَحْوِهِمَا، فَهُوَ وَإِنْ كَانَ يَجْرِي عَلَى حَكْمِ الْوَصِيَّةِ فِي كَوْنِهِ يَصِحُّ فِي الثَّلَاثِ أَوْ فِيمَا حَمَلَ مِنْهُ لَكِنْ الْغَلَّةُ إِذَا حَدِثَتْ بَعْدَ التَّبْتِيلِ فَإِنَّهَا تَكُونُ لِلْمَعْتَبَرِ لَهُ حَيْثُ حَمَلَ الثَّلَاثُ قَالَهُ أَبُو الْحَسَنِ فِي كِتَابِ الْحَبْسِ. قَالَ: وَالْفَرْقُ أَنَّ لَهُ الرُّجُوعَ فِي الْوَصِيَّةِ وَلَا رُجُوعَ لَهُ فِي التَّبْتِيلِ قَالَ: فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَلْفِظَ بِالْفُظِّ الْبَتْلَ أَوْ بِالْفُظِّ الْوَصِيَّةِ أَوْ بِالْفُظِّ يَصْلُحُ لِهَمَا، فَإِنْ لَفِظَ بِالْبَتْلِ كَانَ بَتْلًا، وَبِالْوَصِيَّةِ كَانَ وَصِيَّةً، وَبِالْمَحْتَمَلِ يَنْظُرُ لِلْقَرَائِنِ فَإِنْ لَمْ تَكُنْ قَرِينَةً فَإِنْ كَانَ فِي الصِّحَّةِ حَمَلَ عَلَى الْبَتْلِ لِأَنَّهُ الْعَالِبُ فِي الصَّحِيحِ،

وَإِنْ كَانَ فِي الْمَرَضِ حَمْلٌ عَلَى الْوَصِيَّةِ لِأَنَّهُ الْغَالِبُ فِيهِ اه. الثَّانِي: إِذَا مَاتَ الْمُوصِي لَهُ فِي حَيَاةِ الْمُوصِي بطلت الوصية كما مر، وَإِنْ مَاتَ بَعْدَهُ مِنْ قَبْلِ الْعِلْمِ بِالْوَصِيَّةِ أَوْ عِلْمٌ وَلَمْ يَقْبَلْ كَانَ وَرَثَتُهُ مَكَانَهُ قَالَهُ اللَّحْمِيُّ وَنَحْوَهُ فِي الْمُدَوَّنَةِ. ابْنُ رِحَالٍ: وَهَذَا هُوَ الرَّاجِحُ وَأَنَّ الْوَارِثَ يَنْتَزِلُ مِنْزَلَةَ الْمُوصِي لَهُ عِلْمٌ بِذَلِكَ أَمْ لَا. قَبْلَ ذَلِكَ الْمُوصِي لَهُ قَبْلَ مَوْتِهِ أَمْ لَا. فَإِذَا قَبِلَ بَعْضُهُمْ وَرَدَ الْبَعْضُ الْآخَرَ فَحُظِّمَ مِنْ رَدِّهِ وَلَمْ يَقْبَلْ يَرْجِعُ مِيرَاثًا، وَإِذَا رَدَّ الْمُوصِي لَهُ الْوَصِيَّةَ فِي حَيَاةِ الْمُوصِي فَلَهُ قَبُولُهَا بَعْدَ مَوْتِهِ كَمَا لِابْنِ الْحَاجِّ عَنِ مَالِكٍ قَائِلًا: لِأَنَّهُ رَدَّهَا فِي وَقْتٍ لَمْ تَجِبْ لَهُ لِأَنَّهَا إِنَّمَا تَجِبُ بِالْمَوْتِ. وَامْتَنَعَتْ لِوَارِثٍ إِلَّا مَتَى إِنْفَازُ بَاقِي الْوَارِثِينَ ثَبَتًا (وَامْتَنَعَتْ لِوَارِثٍ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: (إِنَّ اللَّهَ قَدْ أَعْطَى لِكُلِّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ فَلَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ) (إِلَّا مَتَى إِنْفَازُ بَاقِي الْوَارِثِينَ ثَبَتًا) أَيِ إِلَّا أَنْ يَجِيزَهَا بِقِيَّةِ الْوَرِثَةِ فَهُوَ ابْتِدَاءٌ عَطِيَّةٌ مِنْهُمْ عَلَى الْمَشْهُورِ فَتَفْتَقِرُ لِلْحَوْزِ بِمَعَايِنَةِ الْبَيْتَةِ كَسَائِرِ الْعَطَايَا، وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي الْحَبْسِ أَنَّ الْحَوْزَ أَقْوَى فِي الدَّلَالَةِ عَلَى الْقَبُولِ فَلَا وَجْهَ لاعتراض الشيخ الرهوني على مصطفى بأن القبول العاري عن الحوز والقَبْضِ لَا أَثَرَ لَهُ، فَإِنْ لَمْ تَحْزْ حَتَّى حَصَلَ الْمَنَاعُ مِنْ اسْتِحْدَاثِ دِينِ وَنَحْوِهِ بَطَلَتْ وَلَوْ كَانَ قَدْ قَبِلَهَا لِأَنَّ الدِّينَ الْحَادِثَ لِلْمَجِيزِ مِنْ مَوَانِعِ الْحِيَاةِ. (خ): وَبَطَلَتْ إِنْ تَأَخَّرَ لِدِينِ مُحِيطٍ وَقَوْلُهُ فِي التَّوْضِيحِ: إِذَا أُجَازَ الْوَارِثُ الْوَصِيَّةَ وَلَا دِينَ عَلَيْهِ وَلَمْ يَقْبَلْ ذَلِكَ الْمُوصِي لَهُ حَتَّى اسْتَدَانَ الْوَارِثَ أَوْ مَاتَ الْخ. صَوَابُهُ وَلَمْ يَقْبِضْ مِنَ الْقَبْضِ الَّذِي هُوَ الْحَوْزُ كَمَا فِي نَقْلِ (ح) وَالمِطِيطِي وَكَمَا فِي مُصْطَفَى وَشَارِحِ الْعَمَلِ، وَاعْتَرَضَ الرَّهُونِيُّ عَلَى مُصْطَفَى سَاقِطٌ لَا وَجْهَ لَهُ كَمَا مَرَّ. تَنْبِيْهَانِ. الْأَوَّلُ: ظَاهِرُ النِّظْمِ أَنَّ إِجَازَةَ الْوَارِثِ لِأَزْمَةٍ لَهُ وَلَوْ أُجَازَ فِي مَرَضِ الْمُوصِي الَّذِي مَاتَ مِنْهُ وَهُوَ كَذَلِكَ لَكِنْ بِشُرُوطِ أَشَارَ لَهَا (خ) بِقَوْلِهِ: وَلَزُومِ إِجَازَةِ الْوَارِثِ بِمَرَضٍ لَمْ يَصِحْ بَعْدَهُ إِلَّا لِتَبْيِينِ عِذْرِ كَكُونِهِ فِي نَفَقَتِهِ الْخ.

الثَّانِي: قَالَ الْبَاجِي: تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ لِابْنِ وَارِثِهِ أَوْ لِأَحَدٍ مِنْ قَرَابَتِهِ مِمَّنْ يَظُنُّ أَنَّهُ يَرُدُّهَا لِلْوَارِثِ. رَوَى ذَلِكَ يَحْيَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ وَقَالَهُ مَالِكٌ فِي الْمَجْمُوعَةِ، وَوَجْهُهُ أَنَّهُ وَصِيَّةٌ لِغَيْرِ وَارِثٍ وَمَا يَظُنُّ بِهِ مِنْ صَرَفِ ذَلِكَ لِلْوَارِثِ لَا يَمْنَعُ الْوَصِيَّةَ لِأَنَّ مُقْتَضَى مَلِكِهِ لِمَنْ أَوْصَى لَهُ بِهِ أَنَّهُ يُعْطِيهِ لِمَنْ شَاءَ، فَإِنْ قَصِدَ ذَلِكَ الْمُوصِي فَهُوَ أَتَمُّ قَالَ: وَلَا يَمِينُ عَلَى الْمُوصِي لَهُ أَنَّ الْوَصِيَّةَ عَلَى وَجْهِ التَّوَلِيحِ لِأَنَّهَا يَمِينُ تَهْمَةٌ فِيمَا لَا يُمَكِّنُ الْإِحْتِرَازَ مِنْهُ وَلَا الْمَنْعَ ثُمَّ قَالَ: وَإِذَا صَرَفَهُ الْمُوصِي لَهُ إِلَى الْوَارِثِ جَازَ ذَلِكَ وَكَانَ لِلْوَارِثِ أَخْذَهُ أَوْ تَرْكَهُ اه. وَمَا ذَكَرَهُ مِنْ عَدَمِ الْيَمِينِ نَحْوَهُ فِي ابْنِ سَلْمُونَ عَنِ أَصْبَغٍ، لَكِنْ قَالَ ابْنُ رِشْدٍ: هُوَ جَارٍ عَلَى الْخِلَافِ فِي يَمِينِ التَّهْمَةِ يَعْنِي: وَالْمَشْهُورُ تَوْجِيْهِهَا. قَالَ: وَإِنْ قَطَعَ الْوَارِثُ بِأَنَّ ذَلِكَ كَانَ تَوْليجًا وَوَجْهَ الدَّعْوَى بِذَلِكَ فَالْيَمِينِ وَاجِبَةٌ بِاتِّفَاقِ اه. وَنَقَلَ (م) عَنِ أَوَائِلِ وَصَايَا الْمَعْيَارِ إِنَّهُ إِذَا اتَّهَمَ أَنْ يَكُونَ اتَّفَقَ مَعَ الْمُوصِي لَهُ أَنْ يَرُدَّهَا عَلَى الْوَارِثِ وَأَنَّ ذَلِكَ تَحِيلٌ عَلَى الْوَصِيَّةِ لِلْوَارِثِ فَإِنَّ الْمُوصِي لَهُ يَحْلِفُ لِلتَّهْمَةِ الْمَذْكُورَةِ، فَإِنْ لَمْ يَحْلِفْ لَمْ يُعْطِ الْوَصِيَّةَ اه. فَهُوَ جَارٍ عَلَى تَوْجِيهِ يَمِينِ التَّهْمَةِ. وَفِي الْمُنْتَخَبِ وَصِيَّتَهُ لِأُمِّهِ وَوَلَدِهِ وَمَعَهَا وَلَدٌ جَائِزَةٌ وَلَا تَرُدُّ الْوَصَايَا بِالْمِظَنَّةِ إِذْ الْأُمَّةُ غَيْرُ

وارثته، وفيه أن الرُّوَجَةَ لَا تَوْصِي لَأُمٍ وَلَدَ زَوْجَهَا إِلَّا بِالْيَسِيرِ قَالَ: وَأَمَّا لِأَقْرَبِ زَوْجَهَا كَأَبُوَيْهِ وَصَدِيقِهِ الْمَلَاطِفِ وَكُلِّ مَا يَخْشَى أَنْ يَكُونَ أَرَادَتْ أَنْ يَرِدَ ذَلِكَ عَلَى زَوْجِهَا فَهُوَ مَاضٍ، وَلَوْ كَانَ الْإِيصَاءُ بِالْمَهْرِ الَّذِي عَلَى زَوْجِهَا اه. وَهَذَا كُلُّهُ إِذَا لَمْ يَثْبُتْ أَنَّهُ أَرَادَ صَرْفَهَا لِبَعْضِ الْوَرَثَةِ. قَالَ فِي الْمَعْيَارِ عَنِ ابْنِ لُبٍّ: إِنْ قَامَتْ شَهَادَةٌ فِي الْعَهْدِ بِالثَّلْثِ أَنَّهُ كَانَ مِنَ الْمَعَاهِدِ عَلَى وَجْهِ الصَّرْفِ عَلَى بَعْضِ الْوَرَثَةِ دُونَ بَعْضِ فَسَدَ الْعَهْدُ وَصَارَ الْمَعْهُودُ بِهِ مِيرَاثًا، وَالشَّهَادَةُ تَكُونُ بِالسَّمَاعِ أَيْ الْفَاشِي أَوْ بِالشَّيْرَاطِ مِنَ الْعَاهِدِ أَوْ بِاعْتِرَافِ الْمَعْهُودِ لَهُ بِذَلِكَ وَإِنْ لَمْ تَقَمْ بَيِّنَةٌ بِذَلِكَ حَلْفَ الْمَعْهُودِ لَهُ أَنَّ الْعَهْدَ لَمْ يَكُنْ مِنَ الْعَاهِدِ عَلَى وَجْهِ الصَّرْفِ وَكَانَ لَهُ مَلَكًا اه. وَلِلَّذِي أَوْصَى ارْتِجَاعُ مَا يَرَى مِنْ غَيْرِ مَا بَتَّلَ أَوْ مَا دَبَّرَا (وَالَّذِي أَوْصَى فِي صِحَّةٍ أَوْ مَرَضٍ بِعَتَقٍ أَوْ غَيْرِهِ (ارْتِجَاعُ مَا يَرَى) مِنْ وَصِيَّتِهِ كُلِّهَا أَوْ بَعْضِهَا أَوْ تَغْيِيرَهَا لِأَنَّهَا لَا تَلْزَمُ إِلَّا بِالْمَوْتِ كَمَا مَرَّ (مِنْ غَيْرِ مَا بَتَّلَ) فِي مَرَضِهِ مِنْ صَدَقَةٍ وَعَتَقٍ وَأَخْرَى فِي صِحَّتِهِ (أَوْ مَا دَبَّرَا) فِيهِمَا أَيْضًا فَإِنَّهُ لَا رُجُوعَ فِيمَا بَتَّلَ أَوْ دَبَّرَ. قَالَ فِي الْمَعُونَةِ: الْوَصِيَّةُ فِي الصِّحَّةِ وَالْمَرَضِ سَوَاءٌ لِأَنَّهَا تَنْفُذُ بَعْدَ الْمَوْتِ وَلا يَسْتَبَلِزُّ بِالزَّمَانِ وَلَهُ الرُّجُوعُ فِيهَا مَتَى شَاءَ إِلَّا التَّدْبِيرَ فَلَا رُجُوعَ فِيهِ لِأَنَّهُ إِجَابٌ فِي الْحَيَاةِ، وَإِنْ كَانَ لَهُ حُكْمُ الْوَصِيَّةِ مِنْ بَعْضِ الْوُجُوهِ وَهُوَ خُرُوجُهُ مِنَ الثَّلْثِ، وَكَذَلِكَ الْعَتَقُ الْمَبْتَلُ فِي الْمَرَضِ اه. وَالصَّدَقَةُ وَنَحْوُهَا فِي الْمَرَضِ مِثْلُ الْعَتَقِ فِيهِ فَإِنَّهَا تَخْرُجُ مِنَ الثَّلْثِ إِنْ مَاتَ مِنْهُ وَلَا رُجُوعَ لَهُ فِيهَا. انظُرْ مَا تَقَدَّمَ فِي التَّدْبِيرِ، وَظَاهِرُ قَوْلِهِ: ارْتِجَاعُ مَا يَرَى الْخ. سَوَاءٌ كَانَ الْارْتِجَاعُ فِي الصِّحَّةِ أَوْ فِي الْمَرَضِ كَانَ بِالْقَوْلِ كَرَجَعْتَ عَنْهَا أَوْ أَبْطَلْتَهَا أَوْ لَا تَنْفُذُهَا أَوْ بِالْفِعْلِ كَبَيْعِهَا أَوْ عَتَقِهَا (خ): وَبَطَلْتَ بِرُجُوعِ فِيهَا وَإِنْ بِمَرَضٍ بِقَوْلٍ أَوْ بَيْعٍ أَوْ عَتَقٍ وَكِتَابَةِ وَإِبْلَادِ الْخ. تَنْبِيهِ: ظَاهِرُ النَّظْمِ أَنَّ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ وَإِنْ التَّرَمُّ فِيهَا عَدَمُ الرُّجُوعِ وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيْنِ، وَذَكَرَ ابْنُ نَاجِي فِي الرَّهُونِ وَكِتَابِ التَّخْيِيرِ وَالتَّمْلِيكِ أَنَّ بِهِ الْعَمَلَ، وَصَرَّحَ بَعْضُهُمْ بِمَشْهُورِيَّتِهِ وَالْقَوْلُ الْآخِرُ إِنَّهُ لَا رُجُوعَ لَهُ. قَالَ ابْنُ عَرَفَةَ: إِنَّهُ الْأَصَحُّ، وَقَالَ (ح) فِي التَّزَامَاتِ: أَنَّهُ الرَّاجِحُ، وَذَكَرَ الْقُورِي عَنِ الْعَبْدُوسِيِّ أَنَّ بِهِ الْعَمَلَ وَالْقَضَاءَ وَهُوَ الْأَقْوَى مِنْ جِهَةِ النُّقْلِ إِذْ بِهِ أَقْنَى أَكْثَرَ الشُّيُوخِ، وَقَدْ عَلِمْتَ أَنَّ عَمَلَ فَاسٍ لَا يَتَّبِعُ عَمَلَ تُونِسَ، وَإِنَّمَا يَتَّبِعُ عَمَلَ الْأَنْدَلُسِ كَمَا مَرَّ، وَعَلَيْهِ فَلَا وَجْهَ لِمَا ذَكَرَ نَاطِمُ عَمَلَ فَاسٍ مِنْ جَرِيَانِ الْعَمَلِ بِالصَّلْحِ فِيهَا حَيْثُ قَالَ: وَالصَّلْحُ فِي الْوَصِيَّةِ الَّتِي التَّرَمُّ أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ فِيهَا قَدْ حُكِمَ وَإِنْ قَالَ إِنَّهُ قَدْ حُكِمَ بِهِ سَيِّدِي عَلِيِّ بْنِ هَارُونَ وَسَيِّدِي عَبْدِ الْوَاحِدِ الْوَنَشْرِيْسِيِّ لِأَنَّ الْعَمَلَ لَا يَثْبُتُ بِحُكْمِ قَاضٍ أَوْ قَاضِيَيْنِ، وَأَيْضًا فَإِنَّ ذَلِكَ الْعَمَلَ لَا يُؤَافِقُ قَوْلًا مِنْ أَقْوَالِ الْمَسْأَلَةِ فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَلْتَفِتَ إِلَيْهِ لِأَنَّ الْعَمَلَ لَا بُدَّ أَنْ يَسْتَنْدَ فِيهِ إِلَى قَوْلٍ، وَإِنَّمَا يَنْبَغِي التَّعْوِيلَ عَلَى قَوْلِ الْأَكْثَرِ الْمَعْمُولِ بِهِ فِي هَذَا الْقَطْرِ مِنْ لُزُومِ عَدَمِ الرُّجُوعِ وَمَحَلِّ الْخِلَافِ مَا لَمْ يَقُلْ فِي التَّرَمُّ كَمَا رَجَعْتَ عَنْهَا فَرَجُوعِي تَأْكِيدٌ لَهَا. أَوْ مَهْمَا وَجَدَ رِسْمَ بَرَجُوعِي عَنْهَا فَهُوَ كَذِبٌ فَإِنَّ ذَلِكَ لَازِمٌ لَهُ خَارِجٌ عَنِ مَحَلِّ الْخِلَافِ كَمَا فِي أَجُوبَةِ الْفَاسِيِّ. وَفِي الَّذِي عَلَّمَ مَوْصٍ تَجَعَلَ وَدَيْنٍ مَنْ عَنِ الْيَمِينِ يَنْكُلُ (و) الْوَصِيَّةُ (فِي الَّذِي عَلَّمَ مَوْصٍ) بِهِ قَبْلَ مَوْتِهِ (تَجَعَلَ) وَلَوْ أَفَادَهُ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ وَلَوْ عَمَرَى كَانَ مَرْجِعُهَا إِلَيْهِ بَعْدَ انْقِضَاءِ مَدَّتِهَا أَوْ بَعِيرًا شَارِدًا أَوْ أَبَقَا رَجَعَا بَعْدَ

مَوْتَهُ أَوْ هَبَةً أَوْ صَدَقَةً لَمْ تَقَعْ فِيهِمَا حِيَازَةٌ حَتَّى مَاتَ عَلَى مَا رَجَحَهُ ابْنُ مَنْظُورٍ وَلِأَنَّ ذَلِكَ كُلَّهُ مَعْلُومٌ لَهُ لَا فِيمَا جَهَلَهُ قَبْلَ مَوْتِهِ وَلَمْ يَعْلَمْ بِهِ فَإِنَّهَا لَا تَكُونُ فِيهِ (خ) : وَهِيَ وَمَدِيرٌ إِنْ كَانَ يَمْرُضُ فِيمَا عِلْمُ الْخ. أَيْ لَا فِيمَا أَقَرَّ بِهِ فِي مَرَضِهِ لِمَنْ يَتَّهَمُ عَلَيْهِ، وَهُوَ يَظُنُّ أَنَّ إِقْرَارَهُ عَامِلٌ فِي ذَلِكَ أَوْ أَقَرَّ بِهِ فِي صِحَّتِهِ وَكَذِبَهُ الْمَقْرَرُ لَهُ وَلَمْ يَعْلَمْ بِتَكْذِيبِهِ حَتَّى مَاتَ وَلَا فِيمَا وَرَثَتُهُ وَلَمْ يَعْلَمْ بِهِ وَلَا فِيمَا أَوْصَى بِهِ لِوَارِثٍ وَلَمْ تَجْزِهِ الْوَرِثَةُ، وَإِنَّمَا تَجْعَلُ فِيمَا عِلْمَهُ قَبْلَ مَوْتِهِ كَمَا مَرَّ وَنَحْوَهُ (و) فِي (دِينٍ مِنْ عَنِ الْيَمِينِ يَنْكُلُ) قَالَ ابْنُ سَلْمُونٍ: وَلَا تَدْخُلُ الْوَصَايَا إِلَّا فِيمَا عِلْمَهُ الْمَوْصِي دُونَ مَا لَمْ يُعْلَمُهُ مِنْ إِرْثٍ وَنَحْوِهِ، ثُمَّ قَالَ: فَإِنْ أَقَرَّ بِدِينٍ لِمَنْ يَجِبُ إِقْرَارُهُ لَهُ فَانْكَرَ عَنِ يَمِينِ الْقَضَاءِ فَإِنَّ الْوَصِيَّةَ تَدْخُلُ فِي ذَلِكَ أ.هـ.

وَكَذَا إِذَا نَكَلَ عَنِ يَمِينِ النَّصَابِ حَيْثُ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا شَاهِدٌ وَاحِدٌ فَيَجْمَعُ ذَلِكَ الدِّينَ لِبَقِيَّةِ مَالِهِ وَتَخْرُجُ الْوَصِيَّةُ مِنَ الْمَجْمُوعِ. قَالَ ابْنُ زُرْبٍ: لَوْ قَالَ الْوَرِثَةُ بَعْضُ الْمَالِ لَمْ يَعْلَمْ بِهِ الْمَوْصِي، وَقَالَ الْمَوْصِي لَهُ: بَلْ عِلْمُهُ فَعَلَى الْمَوْصِي لَهُ إِثْبَاتٌ أَنَّهُ عِلْمُهُ وَإِلَّا فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا مَا أَقَرَّ الْوَارِثُ بِعِلْمِهِ. وَصَحَّحَتْ لِوَالِدِ الْأَوْلَادِ وَالْأَبِ لِلْمِيرَاثِ بِالْمَرَصَادِ (وَصَحَّحَتْ) الْوَصِيَّةَ (لِلْوَالِدِ الْأَوْلَادِ) (و) الْحَالِ أَنْ (الْأَبِ) وَهُوَ أَبُ الْمَوْصِي لَهُ (لِلْمِيرَاثِ بِالْمَرَصَادِ) خَبِرَ عَنِ قَوْلِهِ الْأَبِ لِلْمِيرَاثِ يَتَعَلَّقُ بِهِ أَيْ يَرِصِدُ مِيرَاثَ أَبِيهِ الْمَوْصِي وَيَرْتَقِيهِ. قَالَ تَعَالَى: إِنْ رَبُّكَ لِبِالْمَرَصَادِ { الْفَجْرُ: 14 } أَيْ يَرِصِدُ أَعْمَالَ الْعِبَادِ لَا يَفُوتُهُ مِنْهَا شَيْءٌ فَيَجَازِيهِمْ عَلَيْهَا يُقَالُ: رَصَدْتَهُ أَيْ ارْتَقَيْتَهُ، وَإِنَّمَا صَحَّتْ لَوْلَا لِأَنَّهُ غَيْرُ وَارِثٍ، وَلِذَا صَارَ وَارِثًا كَمَا لَوْ مَاتَ أَبُوهُ قَبْلَ مَوْتِ الْمَوْصِي لَمْ تَصِحْ (خ) : وَالْوَارِثُ يَصِيرُ غَيْرُ وَارِثٍ وَعَكْسُهُ الْمُعْتَبَرُ مَالُهُ الْخ. وَظَاهِرُ النَّظْمِ كَانَ الْوَالِدُ الْمَوْصِي لَوْلَا مَوْجُودًا وَقَدْ الْإِيصَاءُ أَمْ لَا. وَهُوَ كَذَلِكَ كَمَا تَقَدَّمَ عِنْدَ قَوْلِهِ: حَتَّى لَحْمٍ وَاضِحٍ أَوْ لَمْ يَضَحْ لِكِنَّهَا تَبْطُلُ إِنْ لَمْ يَسْتَهْلِ ... الْخ. وَهَذَا الْبَيْتُ رُبَّمَا يَسْتَعْنَى عَنْهُ بِذَلِكَ وَبِمَفْهُومِ قَوْلِهِ: وَامْتَنَعَتْ لِوَارِثٍ وَلَعَلَّهُ إِنَّمَا ذَكَرَهُ دَفْعًا لِمَا يَتَوَهَّمُ مِنْ أَنَّ الْوَصِيَّةَ لَوْلَا الْوَالِدِ وَصِيَّةٌ لِلْوَالِدِ، وَأَنَّهَا تَبْطُلُ بِالتَّهْمَةِ. وَقَدْ تَقَدَّمَ أَنَّهَا لَا تَبْطُلُ، وَتَقَدَّمَ أَيْضًا أَنَّ مَا حَصَلَ مِنَ الْغَلَّةِ قَبْلَ وَجُودِ الْأَحْفَادِ هُوَ لِلْوَرِثَةِ عَلَى الْمَعْمُولِ بِهِ، وَأَنَّهَا إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهَا لَفْظُ حَبْسٍ فَهِيَ مَحْمُولَةٌ عَلَى التَّمْلِيكِ وَتَقْسَمُ رِقَبَتُهَا عَلَى الْأَحْفَادِ بِالسَّوِيَّةِ بَعْدَ انْقِطَاعِ وِلَادَةِ الْأَبِ بِيَأْسٍ مِنْهَا أَوْ مَوْتِهِ، وَتَقَدَّمَ أَيْضًا أَنَّ مَنْ وَجَدَ مِنَ الْأَحْفَادِ يَخْتَصُّ بِالْغَلَّةِ وَتَقْسَمُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَنْ وَجَدَ مَعَهُ بِالسَّوِيَّةِ إِلَّا أَنْ يَنْصِبَ الْمَوْصِي عَلَى التَّفْضِيلِ وَيَنْتَقِضَ الْقِسْمُ كُلَّمَا وَجَدَ وَلَدًا أَوْ مَاتَ إِلَى أَنْ يَنْتَهَوْا بِمَوْتِ الْأَبِ، أَوْ الْيَأْسِ مِنْ وِلَادَتِهِ فَيَقْسَمُ الْأَصْلُ عَلَى الْمَوْجُودِينَ مِنَ الْأَحْفَادِ وَلَا يَحْيَى الْمَيِّتَ بِالذِّكْرِ، وَمَنْ مَاتَ مِنْهُمْ فَيَكُونُ نَصِيبُهُ لِبَاقِي الْأَحْفَادِ فَإِنْ مَاتُوا كُلُّهُمْ قَسَمَ الْأَصْلُ عَلَى وَرَثَتِهِ مَنْ تَقَدَّمَ فِي الْمَوْتِ، وَمَنْ تَأَخَّرَ فَيَحْيَى الْمَيِّتَ بِالذِّكْرِ وَيَكُونُ نَصِيبُهُ لَوَرِثَتِهِ فَإِنْ قَالَ: ثَلَاثَ مَالِي لِأَوْلَادِ أَوْلَادِي فَلَانَ وَفُلَانَ وَفُلَانَ فَمَاتَ أَحَدُهُمْ بَعْدَ مَوْتِ الْمَوْصِي وَقَبْلَ أَنْ يُوَلَدَ بِهِ رَجَعَ حَظُّهُ لِأَوْلَادِ أَحْوَيْهِ وَلَا يَرْجِعُ لَوَرِثَةِ الْمَوْصِي، وَإِذَا عَقَبُوا وَوُلِدَ لِكُلِّ مِنْهُمْ فَإِنَّهُ يَقْسَمُ الثَّلَاثَ عَلَى عَدَدِ مَنْ حَضَرَ مِنَ الْأَحْفَادِ يَوْمَ الْقِسْمِ دُونَ مَنْ مَاتَ قَبْلَهُ، وَهَذَا إِذَا أُجْمِلَ فِي الْوَصِيَّةِ،

وَأَمَّا إِذَا عَيْنَ لِأَوْلَادِ كُلِّ قَدْرًا مِنْ ذَلِكَ كَمَا لَوْ قَالَ: ثَلَاثَ مَالِي لِأَوْلَادِ زَيْدٍ وَأَوْلَادِ عَمْرٍو وَأَوْلَادِ بَكْرٍ لِأَوْلَادِ كُلِّ وَاحِدٍ ثَلَاثَةً، فَإِنَّ حَظَّ مَنْ مَاتَ مِنْهُمْ قَبْلَ أَنْ يُوَلَدَ لَهُ يَكُونُ لِلْوَرَثَةِ وَتَبْطُلُ الْوَصِيَّةُ فِيهِ وَلَا تَدْخُلُ الْوَصَايَا فِيمَا بَطُلَ مِنْ ذَلِكَ وَتَقْسَمُ الْغَلَّةُ أَثَلَاثًا لِأَوْلَادِ كُلِّ فَرِيقٍ ثَلَاثًا قَلُوا أَوْ كَثُرُوا، وَمَحَلُّ بَطْلَانِ حَظِّ مَنْ مَاتَ إِذَا لَمْ يَقُلْ مِنْ مَاتَ عَنْ غَيْرِ عَقْبٍ يَرْجِعُ نَصِيبُهُ لِأَوْلَادِ أَحْوَيْهِ فَإِنَّ ذَلِكَ فَلَا تَبْطُلُ وَيَرْجِعُ لِأَوْلَادِهِمَا، وَهَلْ يَقْسَمُ هَذَا الرَّاجِعُ عَلَى عَدَدِ الرُّؤُوسِ أَوْ لَا يَجْرِي فِيهِ مَا تَقَدَّمَ فِي الْحَبْسِ عِنْدَ قَوْلِهِ: وَكُلِّ مَا يَشْتَرُطُ الْمُحْبَسُ الْخ. فَرَع: قَالَ فِي الْمُتَنَبِّطِيَّةِ فِي بَابِ الصَّدَقَةِ: مَنْ تَصَدَّقَ عَلَى ابْنِهِ الصَّغِيرِ وَعَلَى مَنْ يُوَلَدُ لِلْمُتَصَدِّقِ جَزَاءً، فَإِنْ مَاتَ الْإِبْنُ الْمُتَصَدِّقُ عَلَيْهِ فِي حَيَاةِ أَبِيهِ وَقَفَتِ الصَّدَقَةُ بِيَدِ الْأَبِّ حَتَّى يَنْظُرَ أَيُّوَلَدَ لَهُ شَيْءٌ أَمْ لَا. وَلَا يَجُوزُ لَهُ بَيْعُهَا فَإِنْ مَاتَ الْأَبُّ عَنْ زَوْجَةٍ فِي حَيَاةِ الْإِبْنِ فَلَا يَجُوزُ لِلْإِبْنِ أَنْ يَحْدِثَ فِيهَا شَيْئًا إِلَّا بَعْدَ أَرْبَعِ سِنِينَ أَوْ خَمْسَ عَلَى الْإِخْتِلَافِ فِي أَفْصَى أَوْ بِالْحَمْلِ، وَذَلِكَ إِذَا لَمْ تَنْزَوِجِ الْمَرْأَةَ بَعْدَهُ فَإِنَّ لَمْ يَثْرِكِ الْأَبُّ زَوْجَةً انْطَلَقَتْ يَدُ الْإِبْنِ فِي الصَّدَقَةِ، وَقَدْ قِيلَ أَنَّهُ إِذَا تَصَدَّقَ عَلَى ابْنِهِ وَعَلَى مَنْ يُوَلَدُ لِلْأَبِّ مِنْ مَجْهُولٍ مِنْ يَأْتِي فَذَلِكَ حَبْسٌ لَا سَبِيحًا إِذَا أُدْخِلَ فِيهِ أَعْقَابَهُمْ اه. وَتَقَدَّمَ فِي الصَّدَقَةِ أَنَّ الْقَوْلَ بِأَنَّهَا حَبْسٌ هُوَ قَوْلُ مَالِكٍ، وَانْظُرِ التَّرَاثِمَاتِ (ح) فِي الْكَلَامِ عَلَى الشَّرْطِ فِي الْهَبَةِ. فَرَع: لَوْ قَالَ الْمُوصِي الَّذِي كَتَبَ وَصِيَّتَهُ بِحَطِّهِ: فَلْيَشْهَدْ عَلَى خَطِيٍّ مِنْ وَقَفَ عَلَيْهِ فَإِنَّهَا تَنْفُذُ وَلَوْ لَمْ يَشْهَدْ عَلَيْهَا قَالَه اللَّحْمِيُّ. وَنَقَلَهُ فِي الْمَجَالِسِ وَمِثْلُهُ لِعِيَاضٍ قَائِلًا: وَأَمَّا لَوْ كَتَبَهَا بِحَطِّهِ وَقَالَ: إِذَا مِتُّ فَلْيَنْفُذْ مَا كَتَبْتُ بِحَطِّي فَإِنَّهَا تَنْفُذُ إِذَا عَرَفَ أَنَّهُ خَطَهُ اه. فَقَوْلُهُ: وَقَالَ الْخ. يَعْنِي كَتَبَ لِذَلِكَ لِيُؤَافِقَ كَلَامَ اللَّحْمِيِّ لَا أَنَّهُ قَالَ ذَلِكَ لِلنَّاسِ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْإِشْهَادِ عَلَيْهَا، وَلَا خِلَافَ حِينَئِذٍ فِي تَنْفِيزِهَا وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِ (خ): وَإِنْ ثَبِتَ أَنَّ عِنْدَهُ خَطَهُ أَوْ قَرَأَهَا وَلَمْ يَشْهَدْ أَوْ يَقُلْ أَنْفَذُوهَا لَمْ تَنْفُذْ الْخ. فَمَفْهُومُهُ أَنَّهُ لَوْ كَتَبَ بِحَطِّهِ أَنْفَذُوهَا فَإِنَّهَا تَنْفُذُ وَنَحْوَهُ قَوْلُ صَاحِبِ الْعَمَلِ:

وَكَاتَبَ بِحَطِّهِ لَمْ يَشْهَدْ عَلَيْهِ أَوْ يَقُلْ تَنْفُذْ أُرْثِدْ وَإِنْ أَبُّ مِنْ مَالِهِ قَدْ أَنْفَقَ عَلَى ابْنِهِ فِي حَجْرِهِ تَرَفَّقًا (وَإِنْ أَبُّ مِنْ مَالِهِ قَدْ أَنْفَقَ عَلَى ابْنِهِ) الصَّغِيرِ وَلَهُ مَالٌ وَقَدْ الْإِنْفَاقَ حَالَ كَوْنِ الْإِبْنِ (فِي حَجْرِهِ تَرَفَّقًا) أَيُّ عَلَى وَجْهِ التَّرَفُّقِ فَهُوَ رَاجِعٌ لِقَوْلِهِ فِي حَجْرِهِ لَا لِلْإِنْفَاقِ لِأَنَّهُ لَوْ أَنْفَقَ عَلَيْهِ تَرَفَّقًا لَمْ يَكُنْ لَهُ عَلَيْهِ رُجُوعٌ. فَجَائِزٌ رُجُوعُهُ فِي الْحَالِ عَلَيْهِ مِنْ حِينَ اكْتِسَابِ الْمَالِ (فَجَائِزٌ رُجُوعُهُ فِي الْحَالِ) أَيُّ حَالَ قِيَامِهِ (عَلَيْهِ مِنْ حِينَ اكْتِسَابِ الْمَالِ) بِإِزْتِ أَوْ هَبَةٍ أَوْ وَصِيَّةٍ، وَمَفْهُومُهُ أَنَّ مَا أَنْفَقَهُ عَلَيْهِ قَبْلَ كَسْبِهِ الْمَالِ لَا رُجُوعَ لَهُ بِهِ عَلَيْهِ وَهُوَ كَذَلِكَ لِأَنَّ نَفَقَتَهُ حِينَئِذٍ وَاجِبَةٌ عَلَى أَبِيهِ قَالَ فِي الْمُدَوَّنَةِ: يَلْزَمُ الْأَبُّ نَفَقَةَ أَوْلَادِهِ الذُّكُورِ حَتَّى يَحْتَلِمُوا وَالْإِنَاثِ حَتَّى يَدْخُلَ بَهَنٌ أَوْ رَاجِحَةٌ إِلَّا أَنْ يَكُونَ لِلصَّبِيِّ كَسْبٌ أَيُّ عَمَلٌ يَدٌ يَسْتَعْنِي بِهِ أَوْ مَالٌ يَنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْهُ اه. وَمَحَلُّ رُجُوعِ الْأَبِّ عَلَى وَلَدِهِ إِذَا كَانَتْ عَادَةُ الْأَبَاءِ الرُّجُوعَ بِالنَّفَقَةِ عَلَى أَوْلَادِهِمْ كَمَا تَقَدَّمَ عَنِ السِّيُورِيِّ فِي النَّفَقَةِ، وَظَاهِرُهُ أَنَّهُ لَا يَمِينُ عَلَى الْأَبِّ أَنَّهُ أَنْفَقَ لِيَرْجِعَ وَهُوَ كَذَلِكَ كَمَا قَالَ (خ) فِي الْفَلَسِ كَالْيَمِينِ الْمَتَوَجِّهَةِ عَلَى أَحَدِ أَبْوَيْهِ فَإِنَّهُمَا لَا يَحْلِفَانِ وَأَمَّا إِذَا مَاتَ الْإِبْنُ وَطَلَبَ

الأب النَّفَقَةَ فَأَرَادَ وَرَثَةَ الابْنِ إِحْلَافَهُ فَسَيَّأَتِي آخِرَ الْبَابِ، هَذَا حَكْمُ رُجُوعِ الْأَبِ بِنَفْسِهِ فَإِنْ مَاتَ
 الْأَبُ وَأَرَادَ الْوَرِثَةَ أَنْ يَحَاسِبُوا الْابْنَ بِمَا أَنْفَقَهُ عَلَيْهِ أَبُوهُ مِنْ وَقْتِ اِكْتِسَابِهِ لِلْمَالِ فَقَالَ ابْنُ
 رَشْدٍ: لَا يَخْلُو مَالُ الْوَالِدِ مِنْ أَرْبَعَةِ أَوْجِهٍ. أَحَدُهَا: أَنْ يَكُونَ عَيْنًا قَائِمًا فِي يَدِ الْأَبِ. وَالثَّانِي: أَنْ
 يَكُونَ عَرْضًا قَائِمًا فِي يَدِهِ أَيْضًا. وَالثَّلَاثُ: أَنْ يَكُونَ الْأَبُ قَدْ اسْتَهْلَكَ مَالَ ابْنِهِ الْعَيْنَ وَحَصَلَ
 فِي ذِمَّتِهِ. وَالرَّابِعُ: أَنْ يَكُونَ مَالُ الْابْنِ لَمْ يَصِلْ إِلَى يَدِهِ. فَأَشَارَ النَّاطِمُ إِلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ بِقَوْلِهِ:
 وَإِنْ يَمُتْ وَالْمَالُ عَيْنٌ بَاقِي وَطَالَبَ الْوَارِثُ بِالْإِنْفَاقِ (وَإِنْ يَمُتِ) الْأَبُ (و) الْحَالُ أَنْ (الْمَالُ)
 أَي مَالِ الْابْنِ (عَيْنٌ بَاقِي) فِي تَرْكَةِ الْأَبِ مَعْرُوفٌ بِالْكِتَابَةِ عَلَيْهِ أَوْ الشَّهَادَةِ عَلَيْهِ أَنَّهُ مَالُهُ
 (وَطَالَبَ الْوَارِثُ) الرَّجُوعَ عَلَى الْابْنِ (بِالْإِنْفَاقِ) مَصْدَرٌ بِمَعْنَى الْمَفْعُولِ أَي بِالْمَالِ الْمُنْفَقِ
 عَلَيْهِ. فَمَا لَهُمْ إِلَيْهِ مِنْ سَبِيلٍ وَهُوَ لِلْابْنِ دُونَ مَا تَعْلِيلُ (فَمَا لَهُمْ) أَي الْوَرِثَةَ (إِلَيْهِ) أَي الرَّجُوعَ
 (مِنْ سَبِيلٍ وَهُوَ) أَي الْمَالِ الْمُنْفَقِ (لِلْابْنِ دُونَ مَا)

زَائِدَةٌ (تَعْلِيلٌ) لِأَنَّ تَرْكَ الْأَبِ الْإِنْفَاقَ مِنْهُ عَلَيْهِ مَعَ تيسره دَلِيلٌ عَلَى تَبَرُّعِهِ. إِلَّا إِذَا أَوْصَى عَلَى
 الْحِسَابِ وَقَيَّدَ الْإِنْفَاقَ بِالْكِتَابِ (إِلَّا إِذَا أَوْصَى) الْأَبُ (عَلَى الْحِسَابِ وَ) كَانَ قَدْ (قَيَّدَ الْإِنْفَاقَ
 بِالْكِتَابِ) بِأَنْ كَتَبَهَا بِخَطِّهِ وَأَحْرَى إِنْ أَشْهَدَ عَلَيْهِ عَدْلَيْنِ أَنَّهُ يُحَاسِبُ، فَحِينَئِذٍ يُمَكِّنُ الْوَارِثُ مِنْ
 الرَّجُوعِ فِي الْمَالِ الْعَيْنِ، وَمَفْهُومُهُ أَنَّهُ إِذَا أَوْصَى وَلَمْ يَكْتُبْهَا أَوْ كَتَبَهَا وَلَمْ يُوَصِّ لَمْ يَكُنْ
 لِلْوَارِثِ رُجُوعٌ عَلَى الْوَالِدِ وَهُوَ كَذَلِكَ كَمَا صَرَّحَ بِهِ ابْنُ رَشْدٍ، وَوَجْهُهُ فِي الْأَوَّلِ أَنَّهَا وَصِيَّةٌ
 لَوَارِثٍ، وَفِي الثَّانِي أَنَّهُ قَدْ يَكْتُبُهَا مَتْرُوبًا كَمَا يَأْتِي عِنْدَ قَوْلِهِ: وَتَرَكَ الْكُتُبَ فَلَنْ يُطَالِبُوا. ثُمَّ
 أَشَارَ إِلَى الْوَجْهِ الثَّانِي وَهُوَ مَا إِذَا كَانَ مَالُ الْابْنِ عَرْضًا فَقَالَ: وَإِنْ يَكُنْ عَرْضًا وَكَانَ عِنْدَهُ
 فَلَهُمْ الرَّجُوعُ فِيهِ بَعْدَهُ (وَإِنْ يَكُنْ عَرْضًا) كَأَثَاتٍ وَلِبَاسٍ وَفِرَاشٍ وَأَصُولٍ وَرِثَتِهَا مِنْ أُمِّهِ أَوْ
 تَصَدَّقَ بِهَا عَلَيْهِ (وَكَانَ) ذَلِكَ (عِنْدَهُ) أَي عِنْدَ الْابْنِ مَوْجُودًا بِعَيْنِهِ فِي تَرْكِهِ (فَلَهُمَا الرَّجُوعُ)
 عَلَى الْابْنِ كَتَبَهَا عَلَيْهِ الْأَبُ أَمْ لَا (فِيهِ) أَي فِي ذَلِكَ الْمَالِ بِعَيْنِهِ (بَعْدَهُ) أَي بَعْدَ الْأَبِ فَإِنْ زَادَ
 الْإِنْفَاقَ عَلَى ذَلِكَ الْمَالِ فَلَا تَبَاعَةَ عَلَى الْابْنِ بِالزَّائِدِ. إِلَّا إِذَا مَا قَالَ لَا تُحَاسِبُوا وَتَرَكَ الْكُتُبَ
 فَلَنْ يُطَالِبُوا (إِلَّا إِذَا مَا) زَائِدَةٌ (قَالَ لَا تُحَاسِبُوا وَ) كَانَ قَدْ (تَرَكَ الْكُتُبَ فَلَنْ يُطَالِبُوا) الْابْنَ
 بِشَيْءٍ، وَمَفْهُومُهُ أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَقُلْ لَا تُحَاسِبُوا فَإِنَّهُ يُحَاسِبُ وَلَوْ كَتَبَهَا لِأَنَّهُ قَدْ يَكْتُبُهَا مَتْرُوبًا غَيْرَ
 عَازِمٍ عَلَيْهِ، وَمَفْهُومُ وَتَرَكَ الْكُتُبَ أَنَّهُ إِذَا كَتَبَ فَإِنَّهُ يُحَاسِبُ وَإِنْ أَوْصَى أَنْ لَا يُحَاسِبُ لِأَنَّهُ لَمَّا
 كَتَبَ تَقْوَى جَانِبِ عَدَمِ التَّبَرُّعِ فَكَانَتْ وَصِيَّتُهُ بِعَدَمِ الْمَحَاسِبَةِ وَصِيَّةٌ لَوَارِثٍ. وَكَالْعُرُوضِ
 الْحَيَوَانِ مُطْلَقًا فِيهِ الرَّجُوعُ بِالَّذِي قَدْ أَنْفَقَا (وَكَالْعُرُوضِ الْحَيَوَانِ مُطْلَقًا) عَاقِلًا كَانَ كَالرَّقِيقِ أَوْ
 غَيْرِ عَاقِلٍ كَالدَّوَابِّ وَالْأَنْعَامِ (فِيهِ)

الرَّجُوعِ) لِلْوَارِثِ عَلَى الْابْنِ (بِالَّذِي قَدْ أَنْفَقَا) عَلَيْهِ أَبُوهُ إِلَّا أَنْ يَقُولَ: لَا تُحَاسِبُوا وَيَتَرَكَ الْكُتُبَ
 كَمَا مَرَّ فِي الْعَرْضِ. ثُمَّ أَشَارَ لِلْوَجْهِ الثَّلَاثِ، وَهُوَ مَا إِذَا كَانَ الْأَبُ قَدْ اسْتَهْلَكَ مَالَ الْابْنِ الْعَيْنَ
 فَقَالَ: وَإِنْ يَكُنْ عَيْنًا وَرَسْمًا أُصْدِرَا بِأَنَّهُ ذِمَّتُهُ قَدْ عَمَّرَا (وَإِنْ يَكُنْ عَيْنًا) سِوَاءَ كَانَ عَيْنًا

بِالْأَصَالَةِ أَوْ كَانَ عَرْضًا وَاسْتَهْلَكَه الْأَبُ وَتَرْتَبَتْ قِيَمَتُهُ فِي ذِمَّتِهِ أَوْ بَاعَهُ وَاسْتَهْلَكَ ثَمَنَهُ (ورسماً أُصْدِرَا) أَي أَشْهَدَ الْأَبُ عَدْلَيْنِ فِي رِسْمٍ (بِأَنَّهُ) أَي الْمَالُ الْعَيْنُ أُدْخِلَهُ فِي (ذِمَّتِهِ) وَأَنَّهُ (قَدْ عَمِرَا) ذِمَّتَهُ بِهِ. فَمَا تَحَاسَبُ لِمُسْتَحَقٍّ وَهُوَ كَالْحَاضِرِ دُونَ فَرْقٍ (فَمَا تَحَاسَبُ لِمُسْتَحَقٍّ وَهُوَ) أَي الْمَالُ الْمَشْهُودُ بِهِ فِي الذِّمَّةِ (كَالْحَاضِرِ) عَيْنًا (دُونَ فَرْقٍ) بَيْنَ هَذَا الْوَجْهِ وَالْوَجْهِ الْأَوَّلِ فَكَمَا لَا يُحَاسَبُ فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ إِلَّا إِذَا أُوصِيَ وَقِيدَ بِالْكِتَابِ فَكَذَلِكَ الْحُكْمُ هَهُنَا. وَقَدْ سَأَلَ ابْنُ رِشْدٍ عَنِ وَصِيِّ أَشْهَدَ عِنْدَ مَوْتِهِ أَنَّ لِي تَيْمِيمَةً عِنْدَهُ عَشْرِينَ دِينَارًا، فَلَمَّا طَالَبَتْ بِهَا قَالَ لَهَا الْوَرِثَةُ: إِنَّهُ كَانَ يَنْفِقُ عَلَيْكَ وَاتَّبَعُوا ذَلِكَ فَقَالَ إِشْهَادُ الْوَصِيِّ لَهَا عِنْدَ مَوْتِهِ بِالْعَشْرِينَ دِينَارًا يُوجِبُهَا لَهَا وَتَبَطَّلَ حِينَئِذٍ دَعْوَى الْوَرِثَةِ عَلَيْهَا وَلَا يَحَاسِبُونَهَا بِشَيْءٍ اه. وَأَشَارَ لِمَفْهُومِ قَوْلِهِ: وَرِسْمًا أُصْدِرَا وَالْمَوْضُوعُ بِحَالِهِ فَقَالَ: وَإِنْ يَكُنْ فِي مَالِهِ قَدْ أُدْخِلَهُ مِنْ غَيْرِ إِشْهَادٍ بِذَلِكَ أَعْمَلُهُ (وَإِنْ يَكُنْ) الْمَالُ الْعَيْنُ (فِي مَالِهِ قَدْ أُدْخِلَهُ) بِأَنَّ لَمْ يُوجَدْ بِعَيْنِهِ فِي تَرْكَةِ الْأَبِ وَلَا أَشْهَدَ بِأَنَّهُ أُدْخِلَهُ فِي ذِمَّتِهِ كَمَا قَالَ: (مَنْ غَيْرَ إِشْهَادٍ بِذَلِكَ أَعْمَلُهُ. مَعَ عِلْمِ أَصْلِهِ فَهَاهُنَا يَجِبُ رَجُوعُ وَارِثٍ بِإِنْفَاقٍ طُلِبَ مَعَ عِلْمِ أَصْلِهِ) أَي عِلْمِ أَصْلِ مَالِ الْإِبْنِ بَيِّنَةٌ شَهِدَتْ أَنَّهُ كَانَ وَرِثَ مِنْ أُمِّهِ مِائَةَ مِثْلًا أَوْ تَصَدَّقَ عَلَيْهِ بِهَا وَلَمْ تُوجَدْ بِعَيْنِهَا فِي تَرْكَةِ الْأَبِ، وَلَا أَشْهَدَ أَنَّهُ أُدْخِلَهَا فِي ذِمَّتِهِ فَالْفَرْقُ بَيْنَ هَذَا الْوَجْهِ وَالَّذِي قَبْلَهُ يَلِيهِ هُوَ الْإِشْهَادُ وَعَدَمُهُ وَالْمَالُ عَيْنٌ عَلَى كُلِّ حَالٍ (فَهَهُنَا) أَي فِي عَدَمِ الْإِشْهَادِ (يَجِبُ رَجُوعُ وَارِثٍ بِإِنْفَاقٍ طُلِبَ) صِفَةٌ لِإِنْفَاقٍ أَي طُلِبَ مِنَ الْإِبْنِ، وَلَوْ قَدِمَ النَّاطِمُ قَوْلَهُ: وَإِنْ يَكُنْ عَيْنًا وَرِسْمًا أُصْدِرَا إِلَى قَوْلِهِ: طُلِبَ. إِثْرُ قَوْلِهِ: وَقِيدَ بِالْكِتَابِ، لَكَانَ أَحْسَنَ لِأَنَّ الْمَالُ الْعَيْنُ فِيهِ ثَلَاثَةٌ أَقْسَامٍ: إِمَّا أَنْ يُوجَدْ فِي التَّرِكَةِ بِعَيْنِهِ فَلَا حِسَابَ إِلَّا إِذَا أُوصِيَ وَقِيدَ فِي الْكِتَابِ، وَإِمَّا أَنْ لَا يُوجَدْ فِي التَّرِكَةِ فَإِنْ أَشْهَدَ أَنَّهُ فِي ذِمَّتِهِ فَلَا حِسَابَ أَيْضًا كَالْأَوَّلِ، وَإِنْ لَمْ يَشْهَدْ حُوسِبَ. تَنْبِيهِ: لَمْ يَذْكَرِ النَّاطِمُ حُكْمَ مَا إِذَا لَمْ يُوجَدْ الْعَرْضُ فِي تَرْكَةِ الْأَبِ وَلَمْ يَشْهَدْ بِعِمَارَةِ ذِمَّتِهِ ..

بِثْمَنِهِ، وَالْحُكْمُ أَنَّ الْإِبْنَ يُحَاسَبُ بِالنَّفَقَةِ بِالْأُخْرَى مِمَّا إِذَا وَجَدَ قَالَهُ (م): ثُمَّ أَشَارَ إِلَى الْوَجْهِ الرَّابِعِ وَهُوَ مَا إِذَا لَمْ يَدْخُلْ مَالُ الْإِبْنِ بِيَدِ الْأَبِ فَقَالَ: وَغَيْرُ مَقْبُوضٍ عَلَى الْإِطْلَاقِ كَالْعَرْضِ فِي الرَّجُوعِ بِاتِّفَاقٍ (وَغَيْرُ مَقْبُوضٍ) مِنْ مَالِ الْإِبْنِ (عَلَى الْإِطْلَاقِ) عَيْنًا كَانَ أَوْ عَرْضًا (كَالْعَرْضِ فِي الرَّجُوعِ) إِلَّا أَنْ يَقُولَ: لَا تَحَاسَبُوا وَتَرَكَ الْكِتَابَ فَلَا رَجُوعَ (بِاتِّفَاقٍ). ثُمَّ أَشَارَ إِلَى حُكْمِ مَوْتِ الْإِبْنِ قَبْلَ الْأَبِ وَطُلِبَ الْأَبُ مَحَاسِبَتَهُ فَقَالَ: وَمَوْتُ الْإِبْنِ حُكْمُهُ كَمَوْتِ الْأَبِ وَقِيلَ فِي يُسِرُّ أَبٍ حَلْفٌ وَجَبَ (وَمَوْتُ الْإِبْنِ) فِي حَيَاةِ أَبِيهِ إِذَا أَرَادَ الرَّجُوعَ عَلَيْهِ (حُكْمُهُ كَمَوْتِ الْأَبِ) فِي جَمِيعِ التَّفْصِيلِ الْمُتَقَدِّمِ مِنْ كَوْنِ الْمَالِ عَيْنًا أَوْ عَرْضًا الْخ. وَلَا يَمِينُ عَلَى الْأَبِ إِذَا أَرَادَ الْوَرِثَةَ إِحْلَافَهُ أَنَّهُ أَنْفَقَ لِيَرْجِعَ لِأَنَّهُمْ قَائِمُونَ مَقَامَ الْإِبْنِ وَلَا يَرِثُونَ عَنْهُ إِلَّا مَا كَانَ لَهُ وَلَيْسَ لِلْإِبْنِ أَنْ يَحْلِفَ أَبَاهُ. (وَقِيلَ) وَهُوَ لِمَالِكٍ فِي سَمَاعِ ابْنِ الْقَاسِمِ يَفْرُقُ فِي عَدَمِ الْأَبِ وَأَمَانَتِهِ لَا يَمِينُ عَلَيْهِ وَ (فِي يُسِرُّ أَبٍ) وَعَدَمِ أَمَانَتِهِ (حَلْفٌ وَجَبَ) عَلَيْهِ، قَالَ فِي الْمُقْرَبِ: سَأَلَ مَالِكٌ عَنِ الرَّجُلِ يَمُوتُ وَلَدَهُ وَقَدْ كَانَ لِلْوَالِدِ مَالٌ فَتَقُومُ جَدَّتُهُ أَوْ أُمُّهُ تَطْلُبُ مِيرَاثَهَا فَيَقُولُ

الأب: قد أنفقت عليه أترى عليه يمينا؟ فقال: إن كان رجلا مقلماً مأمونا فلا أرى ذلك عليه، وإن كان مؤسراً غير مأمون أرى أن يحلف لأن جلّ الأباء يُنفقون على أبنائهم وإن كان لهم مال اه. وقوله: لأن جلّ الأباء الخ. يقتضي أن العالِب هو إنفاقهم بَعْدَ قصد الرجوع، ولذا قال السيوري كما مر في النفقات ينظر للعادة. فرع: سئل ابن لب عن الذي يلتزم لزوجته النفقة على أولادها على أن يستغل ما يكون لأولادها من المال مدّة الرّوحيّة؟ فقال: الأصل في المنع لوجوه لا تخفى إلا أن المتأخّرين من الموثقين جرت عادتهم بالتخفيف في ذلك إذا كان فائد المال المستغل يسيرا بحيث أن العرّض المقصود إنّما هو التبرّع بالنفقة، ويكون فائد المال لا يبلغ إلا بعض النفقة.

مجلة قضاء محكمة النقض - الإصدار الرقمي 2012 - العدد 75 - مركز النشر و التوثيق
القضائي ص 136 .

أقسام الوصية :

تنقسم الوصية من حيث الحكم أيضا إلى وصايا بحقوق العباد ووصايا بحقوق الله مثل الزكاة والكفارات والحج، والنذور، والمذاهب الأربعة على صحة الوصية بالعبادات المالية والبدنية، ومذهب المالكية أن كل ما أشهد الموصى ببقائه في ذمته مما يتعلق بالعبادات المالية فإنه يخرج من رأسمال أما إن أوصى ولم يشهد ببقائه في ذمته أو تعهد به وهو في حال مرض فإنه يخرج من الثلث. أما إن تعلقت الوصية بالعبادات البدنية ومنها الحج على وجه التغليب وإن تعلق جزء منه بالمال. فمذهب المالكية كراهة الوصية بالحج مطلقا إن فرضا أو نفلا أو ندرا وإن وقعت وجب تنفيذها مراعاة للخلاف ولقول من يقول بجوازها كالشافعية في وصية حج الفرض،

وتخرج من الثلث وأن قوله تعالى: من بعد وصية يوصى بها أو دين شامل لدين الله ودين الأدمي.

- محمد التاويل، م س، ص 467 وما بعدها إلى 480 .

التقرير السنوي لمحكمة النقض

2015 .

-وصية واجبة - العبرة بتاريخ سريان قانونها.

لما كان المطلوبين يدعون أنهم أحفاد الهالك الذي توفي سنة 1943 من جهة ابنه الذي توفي قبل أبيه المذكور سنة 1942 ، فإن الوصية الواجبة لم يكن معمولاً بها بالنظر إلى تاريخ سريانها قانوناً، والمحكمة لما التفتت عن التحقيق في الدفع المذكور رغم ما له من تأثير على مسار الدعوى، تكون قد عللت قرارها تعليلاً ناقصاً وهو بمثابة انعدامه.

(القرار عدد 15 الصادر بتاريخ 13 يناير 2015 في الملف الشرعي عدد
1751/1/4/2013)

-وصية - شهادة عدلي التلقي بأتمية الموصي وقت عقدها - استبعاد المحكمة للشواهد
الطبية - استصحاب الأصل وهو تمام الأهلية.

بمقتضى المادة 279 من مدونة الأسرة فإن الوصية تصح من المجنون حال إفاقته، والمحكمة لما اعتمدت الوصية التي ورد بها أن عدلي التلقي شهداً بأتمية الموصي وقت عقدها، مما يعني أنه كان حين إبرامها يتوفر على الإدراك والتمييز، واستبعدت في إطار سلطتها التقديرية الشهادات الطبية المستدل بها باعتبار أنها لا تفيد أن الموصي كان وقت إبرام عقد الوصية مختلاً عقلاً ، واستصحب الأصل الذي هو تمام الأهلية، فإنها جعلت لما قضت به أساساً وعللت قرارها بما فيه الكفاية.

(القرار عدد 191 الصادر بتاريخ 21 أبريل 2015 في الملف الشرعي عدد
722/2/1/2013)

-وصية - الإشارة إلى أرقام العقارات غير لازم - إحصاء المرتوك بعد الوفاة.

لما كانت الوصية قد أنجزت في حياة الموصي وهي تتعلق بثلاث تركته ولا تكون نافذة إلا بعد الوفاة، فإنه ليس من اللازم أن تنص على أرقام العقارات، أن المتروك لا يحدد ولا يعرف إلا بعد وفاة الموصي. والمحكمة لما اعتبرت رسم الوصية المثار بشأنه الزور في المرحلة الاستثنائية عاملاً في نازلة الحال طالما أنه لا يوجد ما يقدر فيه، فإنها عللت قرارها بما فيه الكفاية.

(القرار عدد 179 الصادر بتاريخ 14 أبريل 2015 في الملف الشرعي عدد
697/2/1/2013)

-وصية منجزة بالخارج - جميع الممتلكات - تذييل بالصيغة التنفيذية - مخالفة القانون الوطني لتعلقه بنظام الأسرة والشريعة الإسلامية.

الوصية عقد يوجب حقا في ثلث مال عاقده يلزم بموته، والمحكمة لما قضت بتذييل الوصية للموصى لها أخته في جميع ممتلكاته بالصيغة التنفيذية دون أن تنقيد بالمادة 277 من مدونة الأسرة التي حددت الوصية في ثلث التركة وبما جاء في الوصية أنها مشروطة بأداء مصاريف الجنازة ومصاريف الوصية، تكون قد خرقت القانون الوطني لتعلقه بنظام الأسرة والشريعة الإسلامية وعرضت بذلك قرارها للنقض.

(القرار عدد 599 الصادر بتاريخ 09 شتنبر 2014 في الملف الشرعي عدد
(357/2/1/2013

التقرير السنوي لمحكمة النقض 2019 صفحة 79 .

- وصية - وكالة للموصى لها بالبيع في -تاريخ لاحق للوصية - أثرها.

إن المحكمة لما أيدت الحكم القاضي بإبطال الوصية بالثلث للموصى لها الطاعنة في جميع متخلف الوصية بعلّة أن هذه الأخيرة تراجعت عن الوصية بالوكالة للموصى لها ببيع ما يباع، وأن عملية البيع شملت فعلا عقارين، والحال أن الوصية لم تقتصر على العقارين المذكورين حتى يصار إلى هذا الرجوع، وإنما الوصية تضمنت الثلث للموصى لها في متخلف الهالكة الموصية من عقار وغيره، ومن ثم فإن امتداد البطلان حتى لغير ما بيع من متخلف الهالكة الذي ليس من بين وثائق الملف ما يفيد أنه ليس لها غير ما شمله البيع فيه مصادرة لحق الموصى لها في باقي المتخلف، خاصة وأن الوصية في غير معين، وأن مفادها في متخلف الوصية بعد وفاتها، تكون قد بنت قضاءها على غير أساس، وجاء قرارها مشوبا بخرق القانون.

(القرار عدد 286 الصادر بتاريخ 2019/04/30 في الملف الشرعي عدد
(2018/1/2/249

عبارة الأولاد الواردة في رسم الوصية يجعلها مشتركة بين الذكور والإناث على حد سواء.
مجلة قضاء محكمة النقض - الإصدار الرقمي 2012 - العدد 75 - مركز النشر و التوثيق
القضائي ص 136 .

- قضت محكمة النقض أن عبارة الأولاد الواردة في رسم الوصية يجعلها مشتركة بين الذكور والإناث على حد سواء، وهكذا جاء في قرارها: " ... لكن حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه باستنادها إلى قوله تعالى: يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين، وما هو مقرر فقها فإنها فسرت عن صواب عبارة أولاد الموصي الواردة في رسم الوصية عدد 493 محل النزاع بأنها تشمل الأولاد الذكور والإناث معا لولدي الموصي...، معتبرة أن ذلك هو قصد الموصي، ما دام ليس بالملف ما يفيد تخصيص كلمة الأولاد الواردة برسم الوصية بالذكور دون الإناث، وردت بذلك ما أدلى به الطاعنون لإثبات العرف لكونه مخالفا للشريعة، فجاء قرارها معللا بما فيه الكفاية ... "

رقم الملف : 472-2-1-2002

صادر بتاريخ :

2005/2/15

تحت عدد 78-2005 عن الأعلى المجلس (محكمة النقض)

كل تبرع مضاف إلى ما بعد الموت يعتبر وصية .

- " كل تبرع مضاف إلى ما بعد الموت يعتبر وصية، والبين من أوراق الملف أن الهالكة... وإن عبرت بلفظ الحبس في العقد موضوع النزاع، فإنها ربطت تنفيذه بوفاتها، والمحكمة لما اعتبرته وصية وطبقت عليه أحكامها تكون طبقت القواعد الفقهية التطبيق الصحيح .. "
قرار عدد : 163

ملف رقم : 415/2/1/2007

الصادر بتاريخ : في 2/4/2008

- المقرر في الفقه المالكي أن الوصية إذا كانت لمعين وبطلت في حق أحدهم فإن حصته تعود ميراثا .

" طبقا لمقتضيات الفصل 211 من مدونة الأحوال الشخصية (أنظر مدونة الأسرة) تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي، وأنه من المقرر في الفقه المالكي أن الوصية إذا كانت لمعين وبطلت في حق أحدهم فإن حصته تعود ميراثا ."

ملف رقم : 193- 2-1-2004

صادر في 15/12/2004

عدد : 613

-الواهب الذي اشترط في عقد الهبة حيازتها بعد وفاته، تعتبر وصية، ولا وصية لو ارث.

" حيث صح ما نعتة الوسيلة، ذلك أنه يتجلى من الرسم عدد 332 المذكور أن موروث الطرفين خص المطلوبين في النقض بقطعتين من الأرض...وأضاف نفاذ تصرفه إلى ما بعد وفاته، فيعتبر هذا التصرف وصية، وأنه لا وصية لو ارث، والمطلوبان في النقض تصرفا بالبيع بعد وفاة والدهما في الفدان... رغم

أنه من مشمولات التركة بإقرارهما في عقد البيع، والمحكمة لما قضت بالقسمة ومكنت المطلوبين في النقض من نصيبهما بدون أن تأخذ بعين الاعتبار ما حازاه من التركة بعد وفاة والدهما استنادا إلى وصية باطلة تكون قد جعلت قضاءها منعدم الأساس، وعرضت قرارها للنقض." قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض) عدد 463 صادر بتاريخ 2006/7/19 في ملف رقم : 334-2-1-2004 .

مجلة قضاء محكمة النقض - الإصدار الرقمي 2012 - العدد 75 - مركز النشر و التوثيق

القضائي ص 126

القرار عدد 59

الصادر بتاريخ 8 فبراير 2011

في الملف الشرعي عدد 2009/1/2/512

الوصية - صحة - إشراك الغير في الوصية.

- إبطال - تحرير الرسم بعد وفاة الموصي.

تعد الوصية عقد غير لازم، إذ يجوز للموصي الرجوع فيها أو إلغاؤها .

كما يصح له إشراك الغير فيها، كما شاء وفي أي وقت يشاء، ولو في حال مرضه، دون قيد. والمعتد به في صحة هذا التصرف هو تاريخ تلقي الشهادة بالوصية من الموصي تعبيراً منه عن إرادته، وليس تاريخ تحرير الرسم من طرف العدلين أو الخطاب عليه من طرف القاضي، ولو تما بعد وفاة الموصي
رفض الطلب .

لكن، حيث إن محكمة الموضوع غير ملزمة بإجراء بحث بالاستماع إلى الشهود متى توافر لديها من العناصر ما يكفي لحمل قضائها، ولما كانت الوصية تصح في حال الصحة كما في حال المرض مصداقاً لقوله تعالى: "كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت الوصية... فإن القرار المطعون فيه بعدم إجابة الطاعنة لطلبها بإجراء البحث بالاستماع إلى شهود لإثبات الحالة المرضية للموصي لعدم تأثيرها على صحة الوصية لم تخرق مقتضيات الفصول 55 و71 من قانون المسطرة المدنية، ويبقى النعي على القرار بخرق القانون على غير أساس.

لكن، حيث إنه من جهة فإن مفاد المادة 286 من مدونة الأسرة أن الوصية عقد غير لازم، وأن للموصي حق إشراك الغير في وصية كما يشاء وفي أي وقت يشاء في حال صحته أو مرضه والقرار المطعون فيه لما اعتبر رسم الوصية عدد 92/ 657 والذي بمقتضاه أشرك الموصي كل من عائشة وخديجة وزينب بنات محمد في الثلث الموصى به سابقاً للطاعنة بموجب الوصية عدد 84/1677 صحيحاً، يكون قد التزم صحيح القانون، ومن جهة ثانية فإنه لما اعتبر تاريخ تلقي الشهادة بالوصية وهو 1992/2/4 هو المعتبر في صحتها لا تاريخ تحرير الرسم أو الخطاب عليه من طرف القاضي يكون معللاً تعليلاً سائغاً فقهاً وقانوناً وما بالنعي غير جدير بالاعتبار.

لهذه الأسباب

قضى اجمللس الأعلى برفض الطلب.

الرئيس: السيد إبراهيم بحماني - المقرر: السيد حسن منصف - المحامي

العام: السيد عمر الدهراوي.

مجلة قضاء محكمة النقض - الإصدار الرقمي 2012 - العدد 75 - جميع الحقوق محفوظة
لمركز النشر و التوثيق القضائي ص 129

القرار عدد 390

الصادر بتاريخ 31 غشت 2010

في الملف الشرعي عدد 2009/1/2/162

الوصية الواجبة - استحقاق الأحماد من البنت - تطبيق القانون الجديد.

ما دام الجد الموروث قد توفي في وقت كانت فيه مدونة الأحوال الشخصية الملغاة سارية المفعول والتي لم تكن تسمح مقتضياتها للحفدة من البنت من الاستفادة من الوصية الواجبة على غرار ما ورد بالمادة 369 من مدونة الأسرة، فإنه لا يسوغ تخويل هؤلاء حقوقا في تركة الجد، والتي انتقلت إلى وراثته في ظل القانون القديم لما في ذلك من مساس بحقوقهم المكتسبة.

عدم إجراء قسمة للتركة بين الورثة لا تأثير له على استحقاق الوصية الواجبة من عدمه، لأن الحقوق المتعلقة بالتركة تنتقل إلى الورثة

بمجرد الوفاة لا وقت القسمة.

رفض الطلب .

.....
.....

مجلة قضاء محكمة النقض - الإصدار الرقمي 2012 - العدد 74 - مركز النشر و التوثيق
القضائي ص 170.

القرار عدد 228

الصادر بتاريخ 3 ماي 2011

في الملف الشرعي عدد 2009/1/2/748

وصية - المطالبة باستحقاق واجب - رفع الدعوى في مواجهة الورثة.

لا يلزم طالب الاستحقاق بسبب الوصية أو الإرث إلا بإثبات موت وعدة ورثة من تلقى عنه الحق مباشرة، وبالتالي لا يعيب الدعوى عدم حصر الورثة لأنه لم يتلق عنهم الحق المطلوب استحقاقه كما لم يثبت لهم بعد ملكيته.

رفض الطلب .

لكن، حيث إن طالب الاستحقاق بسبب الوصية أو الإرث لا يلزم إلا بإثبات موت وعدة ورثة من تلقى عنه الحق مباشرة، ولما كان ذلك وكانت المطلوبة طالبة الاستحقاق بسبب الوصية قد أدلت بإرثها المرحومة عائشة وهي الموصية لها بالثلث في متخلفها وأقامت دعواها على ورثتها المذكورين حصرا بالإرث عدد 667 في 1/10/1993 والمنجزة بطلب أحدهم هو المسمى المعطي، فإنه لا يعيبها عدم حصر ورثة هذا الأخير وعدم إدلاء المطلوبة بإرثه لأنها لم تتلق عنه الحق المطلوب استحقاقه ولم تثبت ملكيته له، والمحكمة مصدره القرار المطعون فيه لما

التزمت هذا المقتضى المسطري واعتبرت دعوى المطلوبة صحيحة لعدم وجود ورثة آخرين للهالكة عدا المذكورين بالمقال لم تخرق النصوص المحتج بها فكان ما بالوسيلة غير مؤسس.

مدونة الأسرة صيغة محينة بتاريخ 29 يوليو 2021

ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة .

القسم الثاني: التنزيل

المادة 315

التنزيل إلحاق شخص غير وارث بوارث وإنزاله منزلته.

المادة 316

ينعقد التنزيل بما تنعقد به الوصية مثل قول المنزل -كسرا- فلان وارث مع ولدي أو مع عدد أولادي أو ألقوه بميراثي أو ورثوه في مالي أو يكون له ولد ابن أو ولد بنت فيقول ورثوه مع أولادي، وهو كالوصية تطبق عليه أحكامها ما عدا التفاضل.

المادة 317

إذا كان في مسألة المنزل - كسرا - ذو فرض وكانت عبارته صريحة في تسوية الملحق بالملحق به، حسبت المسألة بطريقة العول حيث يدخل بها ضرر التنزيل على الجميع.

إذا لم تكن عبارة المنزل صريحة في التسوية حسبت المسألة مع اعتبار المنزل - فتحا - من بين الورثة، وأعطى له مثل ما أعطي للملحق به، ثم تجمع الحظوظ الباقية لذوي الفروض وغيرهم وتجعل المسألة كأنه لا تنزيل حيث يدخل ضرره على الجميع من ذوي الفروض والعصبة.

المادة 318

إذا لم يكن في مسألة المنزل - كسرا - ذو فرض، فإن كان المنزل - فتحا - ذكرا جعل كواحد من ذكور الورثة وإن كان أنثى جعلت كواحدة من إناثهم.

المادة 319

إذا كان المنزل - فتحا - متعددا وفيهم ذكور وإناث وكان المنزل قد قال يعطون ما كان يرثه أبوهم لو كان حيا أو قال أنزلوهم منزلته قسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين.

المادة 320

كل ما لم تشمله أحكام التنزيل يرجع فيه لأحكام الوصية.

الكتاب السادس: الميراث .

القسم الثامن: وصية واجبة

المادة 369

من توفي وله أولاد ابن أو أولاد بنت ومات الإبن أو البنت قبله أو معه وجب لأحفاده هؤلاء في ثلث تركته وصية بالمقدار والشروط الآتية.

المادة 370

الوصية الواجبة لهؤلاء الأحفاد تكون بمقدار حصتهم مما يرثه أبوهم أو أمهم عن أصله المتوفى على فرض موت موروثهم إثر وفاة أصله المذكور على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة.

المادة 371

لا يستحق هؤلاء الأحماد وصية، إذا كانوا وارثين لأصل موروثهم جدا كان أو جدة، أو كان قد أوصى لهم أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحقون بهذه الوصية الواجبة، فإن أوصى لهم بأقل من ذلك، وجبت تكملته، وإن أوصى بأكثر، كان الزائد متوقفا على إجازة الورثة، وإن أوصى لبعضهم فقط، وجبت الوصية للآخر بقدر نصيبه على نهج ما ذكر.

المادة 372

تكون هذه الوصية لأولاد الإبن وأولاد البنت ولأولاد ابن الإبن وإن نزل، واحدا كانوا أو أكثر، للذكر مثل حظ الأنثيين، يحجب فيها كل أصل فرعه دون فرع غيره ويأخذ كل فرع نصيب أصله فقط.

اجتهادات محكمة النقض

الرقم الترتيبي : 3686 .

الغرفة الشرعية

القرار 805 الصادر بتاريخ 28 مايو 1985 ملف عقاري 84/4004 .

الوصية الواجبة.

حقوق البنت الوحيدة.

يكون نصيب الأحماد بمقتضى الوصية الواجبة مساويا لنصيبهم في والدهم فيما يرثه من جدهم على فرض تأخير وفاته عليه " الفصل 267 من م.ح (أنظر مدونة الأسرة) ."

نصيب الطاعنة باعتبارها الوارث الوحيد لوالدها هو النصف فيما يرثه من والده وليس جميع الحصة.

. 805/1985 .

أنظر : مدونة الأسرة صيغة محينة بتاريخ 29 يوليو 2021

ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة .

الكتاب السادس: الميراث .

القسم الثامن: وصية واجبة

المادة 369

من توفي وله أولاد ابن أو أولاد بنت ومات الإبن أو البنت قبله أو معه وجب لأحفاده هؤلاء في ثلث تركته وصية بالمقدار والشروط الآتية.

المادة 370

الوصية الواجبة لهؤلاء الأحفاد تكون بمقدار حصتهم مما يرثه أبوهم أو أمهم عن أصله المتوفى على فرض موت موروثهم إثر وفاة أصله المذكور على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة.

المادة 371

لا يستحق هؤلاء الأحفاد وصية، إذا كانوا وارثين لأصل موروثهم جدا كان أو جدة، أو كان قد أوصى لهم أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحقون بهذه الوصية الواجبة، فإن أوصى لهم بأقل من ذلك، وجبت تكملته، وإن أوصى بأكثر، كان الزائد متوقفا على إجازة الورثة، وإن أوصى لبعضهم فقط، وجبت الوصية للآخر بقدر نصيبه على نهج ما ذكر.

المادة 372

تكون هذه الوصية لأولاد الإبن وأولاد البنت ولأولاد ابن الإبن وإن نزل، واحدا كانوا أو أكثر، للذكر مثل حظ الأنثيين، يحجب فيها كل أصل فرعه دون فرع غيره ويأخذ كل فرع نصيب أصله فقط.

.....
.....

مجلة قضاء المجلس الأعلى (محكمة النقض) - الإصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 37-

38 - مركز النشر و التوثيق القضائي ص 104

القرار 805

الصادر بتاريخ 28 مايو 1985

ملف عقاري 84/4004

الوصية الواجبة. حقوق البنت الوحيدة.

يكون نصيب الأحماد بمقتضى الوصية الواجبة مساويا لنصيبهم في والدهم فيما يرثه من جدهم على فرض تأخير وفاته عليه " الفصل 267 من م.ح (أنظر مدونة الأسرة) .

نصيب الطاعنة باعتبارها الوارث الوحيد لوالدها هو النصف فيما يرثه من والده وليس جميع الحصة لقوله تعالى : و إن كانت واحدة فلها النصف.

إن الفصل 269 من مدونة الأحوال (أنظر مدونة الأسرة) يتعلق ببيان حكم اقتسام الوصية الواجبة بين الأحماد و ما يتعرض له عمود نسبهم من حجب الأصل لفرعه دون فرع غيره و اختصاص كل فرع - لم يحجب بأصله - بما ينوب أصله و لا منافاة بين هذا الفصل و بين الفصل 267 الوارد قبله لاختلاف أحكام لكل منهما.

لكن حيث إن الملتزمات الكتابية للنيابة العامة موجودة بالملف و أن تفصيل مضمونها في القرار ليس من البيانات الإلزامية الواجب التنصيص عليها معه و أن أطراف الدعوى المبينة أسماؤهم في المقال الاستئنافية المذكورون في الحكم الابتدائي الذي تبناه القرار المطعون فيه بتأييده له.

و أن الفصل 267 من المدونة (أنظر المادة 270 من مدونة الأسرة) صريح في أن نصيب الأحماد بمقتضى الوصية الواجبة يكون مساويا لنصيبهم في والدهم فيما يرثه من الجد على فرض تأخير وفاته و على أساس هذا الفصل فإن نصيب الطاعنة في والدها هو النصف فيما يرثه من والده بنص قوله تعالى فإن كانت واحدة فلها النصف و لا تستحق جميع نصيب والدها كما فهمت ذلك خطأ لأن الفصل 267 قدر واجبها بمقدار ما ترثه

في والدها و لم يقدره بما يعادل واجب والدها و لا حجية لها في الفصل 269 بعده لأن الفصل 267 بين قدر الوصية الواجبة أما الفصل 269 فإنما تعرض لبيان حكم اقتسامها بين الأحماد المتعددين و ما يتعرض له عمود نسب الأحماد من حجب الأصل لفرعه دون غيره و اختصاص كل فرع - لم يحجب باطله - بما ينوب أصله و لا منافاة بين الفصلين لأن كل واحد منهما يتعلق بحكم خاص.

كما أنه لا تناقض بين رفض طلب إبطال المخارجة باعتبارها بنيت على تقليص اسهم الطاعنة من 28 إلى 14 سهما و بين التصريح بإبطالها لبنائها على الزيادة في أسهم

الطاعة لأن علة الإبطال مختلفة بالاعتبارين مما كان معه ما استدلت به الطاعة غير مرتكز على أساس.

لهذه الأسباب

قضى برفض الطلب و على الطاعة بالصائر.

الرئيس السيد محمد الصقلي، المستشار المقرر السيد الاجراوي، المحامي العام السيد حادوش، المحاميان الأستاذان اليعقوبي و حمزة.

اجتهادات محكمة النقض

الرقم الترتيبي : 6199

الغرفة المدنية

القرار عدد 8001 المؤرخ في 97/12/17 الملف المدني عدد 93/1973 .

الإرث بالتنزيل – الإرث بالوصية الواجبة – العمل بالوصية الواجب قبل تطبيق المدونة .

- إن المشهور و ما جرى به العمل في الفقه المالكي المعمول به في المملكة المغربية قبل العمل بمدونة الأحوال الشخصية هو الإرث بالتنزيل لا بالوصية الواجبة .

8001/1997

المشهور و ما جرى به العمل في الفقه المالكي المعمول به في المملكة المغربية قبل العمل بمدونة الأحوال الشخصية هو الإرث

بالتنزيل ، و ليس بالوصية الواجبة.

قاعدة من أدلى بحجة فهو قائل بما فيها .

مجلة قضاء المجلس الأعلى (محكمة النقض) - الإصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 53-

54 - مركز النشر و التوثيق القضائي ص 128

القرار عدد 8001 .

المؤرخ في:

97/12/17

الملف المدني عدد 93/1973

الإرث بالتنزيل – الإرث بالوصية الواجبة – العمل بالوصية الواجب قبل تطبيق المدونة .

- إن المشهور و ما جرى به العمل في الفقه المالكي المعمول به في المملكة المغربية قبل العمل بمدونة الأحوال الشخصية هو الإرث بالتنزيل لا بالوصية الواجبة .

- إن المحكمة حينما ردت استئناف الطاعن بعللة أنه لاحظ له في الإرث بناء على الوصية الواجبة على اعتبار أن هذه الأخيرة لم يجر العمل بها إلا بتاريخ 1958/4/19 تاريخ نشر مدونة الأحوال الشخصية بالجريدة الرسمية بعد أن ثبت لها أن جدة الطاعن توفيت قبل تاريخ العمل بمقتضيات الفصل 266 و ما بعده من القانون المذكور تكون قد طبقت عن صواب المقتضيات المذكورة و ركزت قرارها على أساس .

شأن وسيلتي النقض مجتمعين:

حيث يعيب الطاعن على المحكمة خرق القواعد الشرعية و انعدام التعليل و خرق مقتضيات الفصل 345 من ق . م . م و خرق قاعدة من أدلى بحجة فهو قائل بما فيها ذلك أن ما عللت به المحكمة قرارها من أن الوصية الواجبة لم يجر العمل بها إلا بتاريخ 1958/4/4 تاريخ العمل بمدونة الأحوال الشخصية (أنظر مدونة الأسرة) يعتبر

اتجاها غير صحيح من قانون الأحوال الشخصية مستمد من الشريعة الإسلامية

التي يجري العمل بها منذ 13 قرنا لذا فإن الوصية الواجبة مقررة قبل بداية العمل بمدونة الأحوال الشخصية (مدونة الأسرة) و من جهة أخرى ، فإن المطلوبين في النقض أدلوا برسم الاستمرار عدد 93 و الإرث عدد 635 يتضمنان اعترافهم بكون الطاعن و أخويه استفادوا من الوصية و أن كل واحد منهم حاز نصيبه و يتصرف فيه منذ وفاة الهالكة موروثا الطرفين و بذلك تنطبق عليهم قاعدة من أدلى بحجة فهو قائل بما فيها و يكون القرار الصادر على النحو المذكور معللا تعليلا خاطئا و غير مرتكز على أساس صحيح مما يستوجب نقضه .

لكن من جهة ، فإن محكمة الاستئناف عللت ما انتهت إليه بما يكفي لتبريره بقولها ما مضمونه : لاحق للمستأنف في الإرث بناء على الوصية الواجبة باعتبارها أن هذه الأخيرة لم يجر العمل بها إلا بتاريخ 1958/4/14 تاريخ نشر المدونة بالجريدة الرسمية و أن الثابت من رسم الإرث المستدل بها أن جدة الطاعن

توفيت منذ 23 سنة سلفت عن 1975/10/27 تاريخ الإرث المذكورة أي قبل العمل بمقتضيات الفصل 266 و ما بعده من مدونة الأحوال الشخصية التي تعد من القوانين الموضوعية و لا يبدأ العمل بها إلا من تاريخ نشرها .

و من جهة ثانية ، فإن المشهور و ما جرى به العمل في الفقه المالكي المعمول به في المملكة المغربية قبل العمل بمدونة الأحوال الشخصية هو الإرث بالتنزيل ، و ليس بالوصية الواجبة مما يكون معه ما بالوسيلتين معا غير مرتكز على أساس .

لهذه الأسباب

قضى المجلس الأعلى (محكمة النقض) برفض الطلب و تحميل الطاعن الصائر .

و به صدر القرار و تلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور بقاعة الجلسات العادية بالمجلس الأعلى (محكمة النقض) الكائن مقره بالرباط .

و كانت الهيئة الحاكمة مترتبة من السادة رئيس الغرفة السيد أحمد بنكيران و المستشارين السادة ، الحسن بويقين مقررا ، ونيش بديعة ، جميلة المدور ، لطيفة رضا ، و بمحضر المحامي العام السيد فايدي عبدالغني و بمساعدة كاتب الضبط السيدة نعيمة الادريسي .

اجتهادات محكمة النقض

الرقم الترتيبي : 5014

الغرفة الشرعية

القرار 933 الصادر بتاريخ 16 يوليويه 1991 ملف شرعي 88-5316 .

-رسم الوصية ... أخذ نسخة منه، ... شروط

- يشترط لأخذ النسخة من رسم الوصية أن يؤدي شهودها شهادتهم عند القاضي فلا ينسخ رسم حتى يثبت تأدية شهوده عند القاضي أن كانوا حاضرين أو بالرفع عن شهادتهم إن كانوا قد توفوا أو غائبين.

باسم جلالة الملك إن المجلس (محكمة النقض)

933/1991

اجتهادات محكمة النقض

الرقم الترتيبي : 8622

الغرفة الشرعية

القرار عدد 315 المؤرخ في : 2005/6/8 الملف الشرعي عدد : 2004/1/2/340 .

وصية – استحقاق الموصى له – المنازعة في صفة الحفدة – أثرها تكون الوصية نافذة بوفاة الموصي وتحقق وجود الموصى له.

لا يؤثر في استحقاق الموصى لهم للوصية المنازعة في صفتهم كحفدة للموصي الذي عين أمهم، مادام قد ثبت للمحكمة أن هذه الصفة لم تكن هي الدافع لإبرام عقد الوصية.

315/2005

مجلة قضاء المجلس الأعلى (محكمة النقض) - الإصدار الرقمي دجنبر 2006 - العدد 64
- 65 - مركز النشر و التوثيق القضائي ص 115

القرار عدد 315

المؤرخ في : 8/6/2005

الملف الشرعي عدد : 340/2/1/2004

وصية – استحقاق الموصى له – المنازعة في صفة الحفدة – أثرها

تكون الوصية نافذة بوفاة الموصي وتحقق وجود الموصى له.

لا يؤثر في استحقاق الموصى لهم للوصية المنازعة في صفتهم كحفدة للموصي الذي عين أمهم، مادام قد ثبت للمحكمة أن هذه الصفة لم تكن هي الدافع لإبرام عقد الوصية.

باسم جلالة الملك

وبعد المداولة طبقا للقانون

حيث يؤخذ من وثائق الملف ومن القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالقنيطرة بتاريخ 04/3/31 في القضية عدد 02/551 أن المطلوب في النقض الراضي معاد تقدم بمقال بتاريخ 01/9/12 أمام المحكمة الابتدائية بنفس المدينة نيابة عن ولديه القاصرين أمين ويسرا عرض فيه أنه متزوج بالسيدة القادري

لبنى وأنجب منها الولدين المذكورين وأن الهالك القادري محمد بن عبد السلام كان قد أوصى لأبنائها بالثلث في متخلفه وأن هذا الأخير ترك مجموعة من الأملاك والعقارات التي لازالت لحد الآن على الشيعاء والتمس الحكم باستحقاق الثلث الموصى به لأبناء زوجته لبنى. وبتاريخ 02/5/13 تقدم الطالب بمقال التمس فيه إدخال السيد سعيد لكحل نيابة عن ابنه القاصر إسماعيل الذي أنجبه

من زوجته السابقة لبنى القادري المذكورة ليكون الحكم شاملا باستحقاق الموصى لهم بالثلث وعزز دعواه برسم الوصية وباراثه، فأجاب الطالبون بأن الموصي لم يرزق بأي مولود خلال حياته وأن الإرث المستدل بها مزورة وقد طعنوا بالزور فيها ومن جهة أخرى فإن رسم الوصية موضوع النزاع جاء فيها أن

الموصي أوصى بالثلث لمن سينزل من الأحفاد من ابنته الطفلة لبنى القادري ومادامت هذه الأخيرة ليست من صلبه فإن أبناءها ليسوا حفدة له وبالتالي فإن عقد الوصية يكون لا غيا لعدم تحقق صفة الموصى لهم كحفدة وأنهم أقاموا دعوى تهدف إلى نفي نسب المسماة لبنى عن موروثهم التي لا تربطها به أية علاقة سوى ما تم التصريح به في عقد الوصية الذي يخالف قواعد الشرع، وفيما يخص مقال الإدخال فهو غير مقبول، لأن مسطرة الإدخال في الدعوى لا تكون إلا لمن له صفة المدعى عليه أو الطاعن أما الذي يدخل إلى جانب المدعي .

فيجب عليه أن يقدم مقالا بالتدخل الطوعي في النزاع تراعى فيه كل قواعد المسطرة المدنية من حيث الصفة والأهلية والمصلحة وبعد انتهاء المناقشة قضت المحكمة الابتدائية باستحقاق أبناء السيدة لبنى القادري الموجودين وهم أمين ويسرى وإسماعيل ومن سيزداد مستقبلا جميع الثلث في متخلف الهالك القادري محمد بن عبد السلام، فاستأنفه الطالبون وأيدته

محكمة الاستئناف وهو القرار المطعون فيه بعشر وسائل أجاب عنها المطلوب في النقض ملتصقا برفض الطلب.

في شأن الوسيلة الأولى بفرعها.

حيث ينعى الطالب على القرار المطعون فيه خرقه للفصل الأول من قانون المسطرة المدنية، ذلك أنهم دفعوا أمام المحكمة بأن الابنين الموجودين للمدعي ومن سيوجد بعدهما ليسوا حفدة للمهالك وبالتالي فإن والدهم ليست له الصفة لإقامة الدعوى نيابة عنهم وليست له هذه الصفة للنيابة عن أبنائه الذين سيوجدون من زوجته لبني القادري.

لكن حيث إنه مادامت وفاة الموصي ثابتة ووجود الموصى لهم محقق فإن الصفة تكون ثابتة للطالب باعتباره أبا للموصى لهم والولي الشرعي عنهم مما كانت معه الوسيلة بدون أساس.

في شأن الوسيلة الثانية.

حيث ينعى الطالب على القرار المطعون فيه خرقه للفصل التاسع من قانون المسطرة المدنية وسوء التعليل ذلك أن النزاع يتعلق بنفي النسب وبالنيابة القانونية وبالأشخاص المفترض غيبتهم لأن الوصية تخص حفدة لم يزدادوا بعد وكان يجب تبليغ الملف إلى النيابة العامة لتقديم مستنتاجاتها وهو الإجراء الذي يخلو منه الملف.

لكن حيث إن الملف أحيل على النيابة العامة وتقدمت بمستنتاجات كتابية بتاريخ 03/2/10 مما يجعل الوسيلة مخالفة للواقع.

في شأن الوسائل الثالثة والرابعة والسابعة مجتمعة.

حيث ينعى الطالب على القرار المطعون فيه خرقه للفصول 1-103-111

من قانون المسطرة المدنية، ذلك أن إدخال الغير في الدعوى لا يمكن أن يمنح للمدخل صفة المدعي فكل من يريد أن يتدخل في الدعوى وينضم للمدعي الأصلي ويلتمس الحكم له أو لفائدة المدعي أو لفائدتهما معا عليه أن يمتثل الأحكام الفصل 111 من قانون المسطرة المدنية ويراعي فيه أحكام الصفة

والمصلحة والأهلية والمحكمة قضت لفائدة المدخل في الدعوى لفحل سعيد عن ابنه القاصر إسماعيل بصفته مدعيا والحال أنه لم يسبق له أن تدخل في الدعوى بهذه الصفة فضلا عن أن مقال الإدخال لم يوجه ضد المدعي عليهم بأسمائهم وعناوينهم بل وجه ضد الورثة وهو أمر غير مقبول ويخالف مقتضيات الفصل 32 من قانون المسطرة المدنية.

لكن حيث إنه لما كان النزاع يتعلق بموضوع غير قابل للتجزئة يتمثل في المطالبة باستحقاق الوصية بالثلث لفائدة أبناء السيدة لبنى القادري فإن قيام المدعي بإدخال أحد أطراف هذه الوصية ابنها المسمى إسماعيل من زوجها السابق ليس فيه ما يتعارض مع مقتضيات الفصل 103 المحتج به الذي يبيح

إدخال أي طرف في الدعوى لأي سبب كان ومن جهة أخرى يكون مقبولا مقال الإدخال الموجه ضد ورثة الهالك القادري محمد مادام هؤلاء الورثة معروفين بأسمائهم وعناوينهم في المقال الافتتاحي للدعوى.

في شأن الوسائل الخامسة والسادسة والثامنة والتاسعة والعاشرية مجتمعة.

حيث ينعى الطالب على القرار المطعون فيه سوء التعليل وتحريف الوقائع وانعدام الأساس، ذلك أنه جاء في القرار التعليل الأتي " لكن حيث إنه بالإطلاع على وثائق الملف يتضح أن المدعي معاذ الراضي نيابة عن قاصريه الموصى لهما حسب الوصية الإرادية " إلا أنه بالرجوع إلى رسم الوصية لا نجده أبدا ينص على ابني المدعى محمد أمين ويسرا الموصى لهما علما بأنه ساعة تحرير الوصية

لم يكن لأبناء الراضي أي وجود، وانتقل القرار مباشرة للقول باستحقاق الثلث واعتبار رسم الوصية ينصب على أبناء المدعي والمدخل في الدعوى مع أن والدتهم لبنى القادري ليست من ضمن ورثة الهالك محمد بن عبد السلام القادري حسب الثابت من إرثه هذا الأخير وباستبعادها من الإرث كينت من صلبه لم يعد بالإمكان اعتبار الأبناء المنحدرين منها حفدة له، كما أن الإرث المستدل بها لا تشير إلى الوصية ولا إلى صفة الموصى لهم كحفدة للهالك، ولتكون صفة الموصى لهم ثابتة لابد أن تتحقق ثلاثة عناصر: أن يكونوا حفدة

لهالك ومنحدرين من البنت لبنى وأن تكون هذه الأخيرة ابنة الهالك من صلبه، وأن عدم تحقق هذه العناصر يجعل صفة الموصى لهم غير ثابتة انطلاقا من لفظ رسم الوصية الذي هو التعبير الوحيد والصريح عن إرادة الموصى. وأن دعوى استحقاق الوصية في تركة الهالك يقتضي أولا وقبل كل شيء عقد زمام هذه التركة رضائيا أو عن طريق حكم قضائي.

لكن حيث إنه لما كان مقتضى عقد الوصية أن يخرج من مال الموصي ثلثه لفائدة أبناء السيدة لبنى القادري، فإن وفاة الموصي وتحقق وجود الأبناء الموصى لهم يجعل الوصية نافذة ولا يؤثر في استحقاقهم لهذه الوصية المنازعة صفتهم كحفدة للموصي التي أثرت بعد وفاته مادام قد ثبت للمحكمة أن هذه الصفة لم تكن هي الدافع لإبرام عقد الوصية، والمحكمة لما لم تعتبر ذلك حائلا دون نفاذ الوصية تكون قد جعلت لقضائها أساسا صحيحا، ومن جهة أخرى

فإنه لا ضرورة لإثبات متروك الهالك مادام المقال الافتتاحي يتعلق فقط باستحقاق الوصية الأمر الذي يجعل الوسائل بدون أساس.

لهذه الأسباب

قضى المجلس الأعلى (محكمة النقض) برفض الطلب وإبقاء الصائر على رافعه.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بالمجلس الأعلى (محكمة النقض) بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة مترتبة من السيد رئيس الغرفة إبراهيم بحماني والسادة المستشارين : أحمد الحضري مقررا

- عبد الكبير فريد - محمد بنزهة ومحمد الترابي أعضاء وبمحضر المحامي العام

السيد عبد الرزاق بنقاسم وبمساعدة كاتبة الضبط الأنسة نجاة مروان.

الرئيس المستشار المقرر كاتبة الضبط .

اجتهادات محكمة النقض

الرقم الترتيبي : 3112 العقارية القرار (.....) الصادر بتاريخ (.....) ملف عقاري (.....) .

الوصية .. أسباب البطلان ... عدم التضمنين .. لا .

أسباب بطلان الوصية وردت في القانون على سبيل الحصر " الفصل 211 من مدونة الأحوال " .

لا يقرر الفصل 194 من مدونة الأحوال (أنظر مدونة الأسرة) حالة من حالات بطلان الوصية و أن الأمر يتعلق بسن ضابط توثيقي يفرض تضمين وثيقة الإشهاد

29/1983

مجلة قضاء المجلس الأعلى (محكمة النقض) - الإصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 32
مركز النشر و التوثيق القضائي

ص 50

القرار 29

الصادر بتاريخ 8 مارس 1983

ملف عقاري 92829

الوصية .. أسباب البطلان ... عدم التضمين .. لا .

أسباب بطلان الوصية وردت في القانون على سبيل الحصر " الفصل 211 من مدونة الأحوال (أنظر مدونة الأسرة) " .

لا يقرر الفصل 194 من مدونة الأحوال (أنظر مدونة الأسرة) حالة من حالات بطلان الوصية و أن الأمر يتعلق بسن ضابط توثيقي يفرض تضمين وثيقة الإشهاد بالوصية في كناش التضمين ضمن أجل معين .

تكون المحكمة قد توسعت في تحديد أسباب بطلان الوصية لما – اعتبرت أن عدم تضمينها خلال الأجل القانوني في كناش المحكمة يعد موجبا لبطلانها و عرضت قرارها للنقض .

باسم جلالة الملك

إن المجلس (محكمة النقض)

بعد المداولة طبقا للقانون .

فيما يخص قبول الطلب : حيث إن طلب النقض قدم على الصفة و داخل أجله القانوني فهو مقبول شكلا و من حيث الموضوع : فيما يرجع لما استدلت به الطاعنة في الفرع الثاني من وسيلتها الأولى .

حيث يستفاد من أوراق الملف و بالأخص منها القرار المطعون فيه عدد 61/134 الصادر من غرفة الاستئناف بتطوان من 5 يونيو 1981 بالملف 81/22 أن المطلوب في النقض السيد عبدالسلام الليادي كان تقدم بدعوى للمحكمة الابتدائية بتطوان في مواجهة طالبة النقض انتصار محمد عدة يطلب فيها الحكم ببطلان رسم الوصية بالتلث عدد 334 و صحيفة 361 من التركات 5 لمخالفتها

الفصل 194 في مدونة الأحوال الشخصية (أنظر مدونة الأسرة) حيث لم تضمن بكناش المحكمة في أجل الثلاثة أيام المنصوص عليه في الفصل المذكور و أجابت المدعى عليها الوصي لها بأن المدعي ترفع معها في عدة دعاوى تتعلق بالتركة و اقتسم معها المال المودع في حساب الهالك الموصي بالبنك و ذلك اعتراف منه و تسليم الوصية و صدر الحكم الابتدائي برفض الطلب و بصحة الوصية فاستأنفه المدعي و نفي تسليمه للوصية و أكد أن معاملته مع الموصي لها كان قبل اطلاعه على الوصية انتهت المسطرة في مرحلتها الاستئنافية بالقرار المطعون فيه القاضي بإلغاء الحكم الابتدائي و الحكم ببطلان الوصية لمخالفتها الفصل 194 من المدونة و على المدعي باليمين على أنه لم يسلمها و لم ينجزها على قاعدة النكول و طلبت المستأنفة الموصي لها نقضه بواسطة الأستاذ محمد الحبيب الخراز الذي بلغت عريضة طعنه للمطلوب و أجاب عنها بواسطة الأستاذ التهامي العمراني الذي بحث في جوابه أسباب الطعن المثارة .

و عابت الطاعنة على القرار المطعون فيه في الفرع الثاني من وسيلتها الأولى المتعلقة بخرق القانون الداخلي مخالفا الفصل 194 من قانون مدونة الأحوال الشخصية (أنظر مدونة الأسرة) ذلك أن القرار اعتبر عدم تضمين وثيقة الإشهاد بالوصية في كناش التضمين بالمحكمة داخل ثلاثة أيام من يوم التلقي موجبا لبطلانها مع أن الإشهاد بالوصية يتم بمجرد إدراجه في كناش الجيب الذي يعتبر من سجلات المحكمة و مستنداتها و إثباته فيه كان على وجود الإشهاد بها و تأخير لتضمين كناش المحكمة لا يخضع لإرادة المتعاقدين و لا حتى لإرادة العدول و إنما يترتب عن الإجراءات التي يتطلبها الرسم و التي يستغرق إنجازها عدة أيام قبل اعتباره جاهزا للتضمين بكناش المحكمة و اعتبار عدم التضمين في الأجل المشار له في الفصل 194 من المدونة (أنظر مدونة الأسرة) موجبا للبطلان ينبني عليه بطلان جميع الوصايا لأن تضمينها لا يتم عادة في الأجل المذكور و هذا ما يتنافى مع روح التشريع و مقاصد المشرع .

حقا حيث إن موجبات بطلان الوصية واردة على وجه الحصر في الفصل 211 من مدونة الأحوال الشخصية (أنظر مدونة الأسرة) و أن الفصل 194 من نفس القانون لا يقرر حالة خامسة موجبة للبطلان و إنما يتعلق بسن ضابط توثيقي و يفرض على جهاز التوثيق تضمين وثيقة الإشهاد بالوصية في كناش التضمين بالمحكمة من طرف ثلاثة أيام من يوم الشهادة و الإخلال بهذا الضابط يعتبر مخالفة إدارية لا تأثير لها في صحة الإشهاد بالوصية سيما و أن إخلالا هكذا لا يد فيه للموص و لا لعدلي الإشهاد بالوصية و إنما المعدة فيه على الناسخ بالإضافة لعدم وجود كناش خاص بالمحكمة لتضمين الوصايا و لذلك فإن القرار المطعون فيه حين اعتبر عدم تضمين وثيقة الإشهاد بالوصية بكناش المحكمة في الأجل المنصوص عليه في الفصل المذكور 194 موجبا لبطلان الوصية يكون قد توسع في

حالات البطلان المحددة في الفصل 211 المذكور بإضافة حالة خامسة و خالف بذلك مقتضيات الفصلين 194 و 211 المذكورين و كان مستوجبا للنقاش .

من أجله

و بصرف النظر عن بقية ما استدلّت به الطاعنة

قضى بنقض و إبطال القرار المطعون فيه و بإحالة القضية و الطرفين على محكمة الاستئناف بفاس للنظر و البث في الدعوى من جديد طبقا للقانون و على المطلوب في النقض بالصائر .

الرئيس السيد محمد الصقلي، المستشار المقرر السيد محمد الاجراوي،

المحامي العام السيد زويتن .

المحاميان الأستاذان الخراز و التهامي العمراني .

.....
.....

تعليق على قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض) عدد 29

الصادر بتاريخ 3 مارس 1983

في الملف العقاري عدد 92829

المنشور بقضاء المجلس الأعلى (محكمة النقض) عدد 32 صحيفة 60

إن مدونة الأحوال الشخصية (أنظر مدونة الأسرة) تناولت في الفصل 174 - شروط صحة الوصية و في الفصل 192 ما يشترط في صحة عقد الوصية و عن طريق المفهوم أفادت أن الإخلال ببند من بنود أحد الفصلين يجعل الوصية عديمة الأثر و كأن لم تكن على قاعدة شرط الصحة و في الفصل 211 تناولت بصريح اللفظ مبطلات الوصية على سبيل الحصر و لم تذكر من بينها مقتضيات الفصل 194 و لا أحالت عليه هذه المقتضيات التي اعتبرها واجبة و نصها الفصل 194 .

كل إشهاد بوصية أو رجوع عنها تم بعدلين يجب أن يحرر و يسجل بكناش المحكمة المختصة داخل ثلاثة أيام تبتدئ من وقت تلقي الإشهاد فما أنت ترى أن المدونة (أنظر مدونة الأسرة) و إن عبرت بصيغة الوجوب فلم ترتب على الإخلال به جزاء لا عن

طريق المنطوق و لا عن طريق المفهوم يؤكد ذلك كون صيغة الفصل 194 جاءت على غير منوال صيغة الفصلين 174 192 مما جعل الفرق واضحا و أمكن القول بأن الإخلال بمقتضيات الفصل 194 لا يترتب عليها بطلان الوصية على غرار ما قلناه في الفصلين 174.192 و إنما يشكل مخالفة إدارية لا تأثير لها على صحة العقد نظير ما جاء في الفقرتين 4 و 6 من الفصل 81 من نفس القانون .

و إن القصد في وضع الفصل 194 هو تنبيه قاضي التوثيق العدول و حثهم على التعجيل بتحرير وثيقة الوصية تنفيذا لرغبة الموصي لكون الإشهاد بالوصية غالبا ما يصدر عن صاحبه و هو في حالة مرض و حتى لا تعاجله المنية و وصلته لم تحرر و بالتالي لم تضمن بكناش المحكمة .

فقد روى البخاري و مسلم عن ابن عمر رضي الله عنه قال رسول الله صلى الله عليه و سلم (ما من امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا و وصيته مكتوبة عنده) هذا و يجب التنبيه هنا إلى أن سبب عدم تسجيل الوصية بكناش المحكمة داخل ثلاثة أيام من يوم التلقي يرجع لأمرين .

1 - إن محاكم التوثيق لا تتوفر على كناش خاص بتضمين الوصايا و إنما تضمن بكناش تضمن فيه التركات و ما يتعلق بها من إرث و تقديم و سببه و إيحاء و غير ذلك و رب تركة فيستغرق تضمينها أكثر من ثلاثة أيام فيأتي دور تضمين الوصية به و قد مر على تاريخ تلقيها أكثر من ثلاثة أيام

2 - المكلفون بالتضمين لا يميزون بين ما يجب التعجيل بتضمينه في الكناش و بين غيره و إنما يضمنون حسب الوارد عليهم بالتتابع .

و رعا لمصلحة أصحاب الوصايا و تمشيا مع مقتضيات الفصل 194 المشار له ينبغي إحداث دفتر خاص بتضمين الوصايا يوضع بمحاكم التوثيق حتى لا يبقى العمل بهذا الفصل معطلا أو يكاد و حتى لا يكون الإخلال به مثار قيل و قال .

رئيس القسم الأول

لغرفة الأحوال الشخصية و الميزان

محمد الصقلي .

مدونة الأسرة صيغة محينة بتاريخ 29 يوليو 2021

ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة .

الكتاب الخامس: الوصية

القسم الأول: شروط الوصية وإجراءات تنفيذها

المادة 277

الوصية عقد يوجب حقا في ثلث مال عاقده يلزم بموته.

المادة 278

يشترط في صحة عقد الوصية خلوه من التناقض والتخليط مع سلامته مما منع شرعا.

الباب الأول: الموصي

المادة 279

يشترط في الموصي أن يكون راشدا.

تصح الوصية من المجنون حال إفاقته ومن السفية والمعتوه.

الباب الثاني: الموصى له

المادة 280

لا وصية لو ارث إلا إذا أجازها بقية الورثة، غير أن ذلك لا يمنع من تلقي الإشهاد بها.

المادة 281

تصح الوصية لكل من صح شرعا تملكه للموصى به حقيقة أو حكما.

المادة 282

تصح الوصية لمن كان موجودا وقتها أو منتظر الوجود.

المادة 283

يشترط في الموصى له:

- 1 - أن لا تكون له صفة الوارث وقت موت الموصي، مع مراعاة أحكام المادة 280 أعلاه؛
- 2 - عدم قتله للموصي عمدا إلا إذا أوصى له من جديد.

الباب الثالث: الإيجاب والقبول

المادة 284

تنعقد الوصية بإيجاب من جانب واحد وهو الموصي.

المادة 285

يصح تعليق الوصية بالشرط وتقييدها به إن كان الشرط صحيحا، والشرط الصحيح ما كان فيه مصلحة للموصي أو للموصى له أو لغيرهما ولم يكن مخالفا للمقاصد الشرعية.

المادة 286

للموصي حق الرجوع في وصيته وإغائها، ولو التزم بعدم الرجوع فيها، وله إدخال شروط عليها وإشراك الغير فيها، وإلغاء بعضها كما شاء وفي أي وقت يشاء، في صحته أو مرضه.

المادة 287

يقع التعبير عن الرجوع عن الوصية، بالقول الصريح أو الضمني، أو بالفعل كبيع العين الموصى بها.

المادة 288

الوصية لغير معين لا تحتاج إلى قبول ولا ترد برد أحد.

المادة 289

الوصية لشخص معين ترد برده، إذا كان كامل الأهلية، ويرث ورثته هذا الحق عنه.

المادة 290

لا يعتبر رد الموصى له إلا بعد وفاة الموصي.

المادة 291

يجوز رد بعض الوصية وقبول بعضها كما يجوز ذلك من بعض الموصى لهم كاملي الأهلية وتبطل بالنسبة للمردود والراد فقط.

الباب الرابع: الموصى به

المادة 292

يجب في الموصى به أن يكون قابلاً للتملك في نفسه.

المادة 293

إذا زاد الموصي في العين الموصى بها، فإن كانت الزيادة مما يتسامح بمثله عادة أو وجد ما يدل على أن الموصي قصد إلحاقها بالوصية، أو كان الشيء المزيد لا يستقل بنفسه، فإنها تلحق بالوصية، وإن كانت الزيادة مما يستقل بنفسه شارك مستحق الزيادة الموصى له في المجموع بحصة تعادل قيمة الزيادة القائمة.

المادة 294

يصح أن يكون الموصى به عينا ويصح أن يكون منفعة لمدة محددة أو مؤبدة، ويتحمل المنتفع نفقات الصيانة.

الباب الخامس: شكل الوصية

المادة 295

تتعد الوصية بما يدل عليها من عبارة أو كتابة أو بالإشارة المفهومة إذا كان الموصي عاجزاً عنهما.

المادة 296

يشترط في صحة الوصية أن يصدر بها إلهاد عدلي أو إلهاد أية جهة رسمية مكلفة بالتوثيق أو يحررها الموصي بخط يده مع إمضائه.

فإذا عرضت ضرورة ملحة تعذر معها الإلهاد أو الكتابة قبل إلهاد الموصي على وصيته من اتفق حضورهم من الشهود، شريطة أن لا يسفر البحث والتحقيق عن ريبة في شهادتهم، وأن تؤدي هذه الشهادة يوم التمكن من أدائها أمام القاضي، الذي يصدر الإذن بتوثيقها، ويخطر الورثة فوراً ويتضمن الإخطار مقتضيات هذه الفقرة.

للموصي أن يوجه نسخة من وصيته أو تراجعها عنها للقاضي قصد فتح ملف خاص بها.

المادة 297

يجب أن يصرح في عقد الوصية المنعقدة بخط يد الموصي بما يفيد الإذن بتنفيذها.

الباب السادس: تنفيذ الوصية

المادة 298

ينفذ الوصية من أسند إليه الموصي تنفيذها. فإن لم يوجد ولم يتفق الأطراف على تنفيذها يقوم بذلك من يعينه القاضي لهذه الغاية.

المادة 299

لا تنفذ الوصية في تركة استغرقها الدين، إلا بإجازة الدائن الكامل الأهلية أو بسقوط الدين.

المادة 300

إذا كانت الوصية بمثل نصيب أحد الورثة من غير تعيين، فللموصى له جزء من عدد رؤوسهم وليس له ما زاد على الثلث إلا بإجازة الورثة الرشداء.

المادة 301

يعتبر الثلث بالنسبة لما تبقى من التركة بعد الوفاء بالحقوق التي تخرج من التركة قبل الوصية.

المادة 302

إذا ضاق الثلث عن الوصايا المتساوية رتبة تحاص أهل الوصايا في الثلث. من كانت وصيته في شيء معين أخذ حصته من ذلك الشيء بعينه. ومن كانت وصيته في غير معين أخذ حصته من سائر الثلث.

يتحاص صاحب المعين بالجزء المأخوذ من نسبة قيمة المعين من مجموع التركة.

المادة 303

إذا أجاز الورثة وصية لو ارث أو بأكثر من الثلث، بعد موت الموصي أو في مرضه المخوف المتصل بموته، أو استأذنتهم فيه فأذنوه، لزم ذلك لمن كان كامل الأهلية منهم.

المادة 304

من أوصى لحمل معين وتوفي، فللورثة منفعة الموصى به إلى أن ينفصل حيا فتكون له.

المادة 305

إذا وجد أحد من الموصى لهم عند موت الموصي أو بعده، كانت المنفعة له، وكل من وجد منهم بعده، شاركه في المنفعة إلى حين اليأس من وجود غيرهم، فتكون العين والمنفعة لمن وجد منهم، ويكون نصيب من مات منهم تركة عنه.

المادة 306

من أوصى بشيء معين لشخص ثم أوصى به لآخر، اعتبرت الوصية الثانية إلغاء للوصية الأولى.

المادة 307

إذا مات الموصى له بعد أن انفصل حيا، استحق وصيته، وعد ما استحقه من جملة تركته، ويحيا بالذكر بعد الانحصار.

المادة 308

من أوصى لله تعالى ولأعمال البر بدون تعيين جهة معينة، صرفت وصيته في وجوه الخير، ويمكن أن تتولى الصرف مؤسسة متخصصة في ذلك قدر الإمكان، مع مراعاة أحكام المادة 317 بعده.

المادة 309

الوصية لأماكن العبادة والمؤسسات الخيرية والعلمية وسائر المصالح العامة، تصرف على عمارتها ومصالحها وفقرائها، وغير ذلك من شؤونها.

المادة 310

تصح الوصية لجهة معينة من جهات البر ينتظر وجودها، فإن تعذر وجودها صرفت الوصية إلى أقرب مجانس لتلك الجهة.

المادة 311

في الوصية بالمنافع، تعتبر قيمة العين في تحديد نسبة الموصى به إلى التركة.

المادة 312

إذا هلك الموصى به المعين، أو استحق في حياة الموصي، فلا شيء للموصى له، فإذا هلك أو استحق بعضه، أخذ الموصى له ما بقي ضمن حدود ثلث التركة، بدون اعتبار القدر الذي هلك.

المادة 313

إذا كان الموصى له من سيولد لشخص، ثم مات ذلك الشخص ولم يترك ولدا ولا حملا، عادت الوصية ميراثا.

المادة 314

تبطل الوصية بما يلي:

- 1 - بموت الموصى له قبل الموصي؛
- 2 - بهلاك الموصى به المعين قبل وفاة الموصي؛
- 3 - برجوع الموصي عن الوصية؛
- 4 - برد الموصى له الراشد الوصية بعد وفاة الموصي.



مدونة الأسرة صيغة محينة بتاريخ 29 يوليو 2021

ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة .

الكتاب السادس: الميراث .

القسم الثامن: وصية واجبة

المادة 369

من توفي وله أولاد ابن أو أولاد بنت ومات الإبن أو البنت قبله أو معه وجب لأحفاده هؤلاء في ثلث تركته وصية بالمقدار والشروط الآتية.

المادة 370

الوصية الواجبة لهؤلاء الأحماد تكون بمقدار حصتهم مما يرثه أبوهم أو أهم عن أصله المتوفى على فرض موت موروثهم إثر وفاة أصله المذكور على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة.

المادة 371

لا يستحق هؤلاء الأحماد وصية، إذا كانوا وارثين لأصل موروثهم جدا كان أو جدة، أو كان قد أوصى لهم أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحقون بهذه الوصية الواجبة، فإن أوصى لهم بأقل من ذلك، وجبت تكملته، وإن أوصى بأكثر، كان الزائد متوقفا على إجازة الورثة، وإن أوصى لبعضهم فقط، وجبت الوصية للأخر بقدر نصيبه على نهج ما ذكر.

المادة 372

تكون هذه الوصية لأولاد الإبن وأولاد البنت ولأولاد ابن الإبن وإن نزل، واحدا كانوا أو أكثر، للذكر مثل حظ الأنثيين، يحجب فيها كل أصل فرعه دون فرع غيره ويأخذ كل فرع نصيب أصله فقط.

اجتهادات محكمة النقض

الرقم الترتيبي : 5217

الغرفة العقارية

القرار 4 الصادر بتاريخ 3 يناير 1995 ملف عقاري 89 7411 .

-وصية - تنزيل - تفويت الموصي الهالك يعتبر رجوعا عن الوصية.

- لما ثبت للمحكمة أن المتصدق عليه حاز المتصدق به في حياة المتصدق الذي نازعه في الحياة قيد حياته فإنها اعتبرت عن صواب أن الصدقة صحيحة و مستوفية لشرط الحياة.

4/1995

مجلة قضاء المجلس الأعلى (محكمة النقض) - الإصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 47
- مركز النشر و التوثيق القضائي ص 99

القرار 4

الصادر بتاريخ 3 يناير 1995

ملف عقاري 89 7411

وصية - تنزيل - تفويت الموصي الهالك يعتبر رجوعا عن الوصية.

- لما ثبت للمحكمة أن المتصدق عليه حاز المتصدق به في حياة المتصدق الذي نازعه في
الحياسة قيد حياته فإنها اعتبرت عن صواب أن الصدقة صحيحة و مستوفية لشرط الحياسة.
- كما تكون قد اعتبرت عن صواب الصدقة ناقلة لملكية المتصدق للمتصدق عليه الثابتة
له بالوصية و التنزيل اللذين لم يبق لهما أثر بعد انتقال ملكيته بمقتضى رسم الصدقة.

باسم جلالة الملك

إن المجلس الأعلى (محكمة النقض)

و بعد المداولة طبقا للقانون

حيث يستفاد من وثائق الملف و مستنداته و من القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة
الاستئناف ببني ملال تحت رقم 24 بتاريخ 4 جمادى الأولى 1404 هـ موافق 89/1/12
بالملف عدد 87/535 أنه بمقتضى مقال مؤرخ في 86/8/6 قدمه الأستاذ محمد برطيع
نيابة عن ورثة الهالك عبيدي حسن بن عبيدة و هم العرباري محجوبة بنت موحا أصالة
عن نفسها و نيابة عن مكفولها محمد مجهول النسب بصفتها مقدمة عليه و عن العرباوي
حمادي ابن حمو و فاطمة بنت اعبيدة بنت حمو في مواجهة السيد عبيدي الحاج
عبدالرحمان ابن

عبيدة يعرض محامي المدعين أن الهالك عبيدي الحاج حسن بن عبيدة قد توفي

عن زوجته طرفى الدعوى و ترك شياعا مع المدعى عليه ثلث العقارات المحدودة
بالمقال للهالك و ثلثها للمدعى عليه الذي استحوذ على واجب الهالك يطلب العارضون
تمكينهم من واجبه المنجز لهم ارثا في واجب الهالك و هو ثلث العقارات مع الأخذ بعين
الاعتبار رسم التنزيل و رسم الوصية.

و أدلى محامي المدعين بإثارة عدد 154 و رسم وصية و رسم تقديم و إذن بالترافع وأجاب محامي المدعى عليه بأن الأملاك الواردة بالمقال هي ملك خاص له و قد انتقلت إليه من يد شقيقه الهالك بمقتضى رسم صدقة عدد 659 مدليا بصورة من رسم صدقة مصادق عليها طعن فيه نائب المدعين بأنه لا

يحتوي على معاينة الحيازة و بعده حكمت على المدعى عليه بتمكين الطرف المدعى من واجبه إرثا في ثلث العقارات المذكورة و بعد استئنافه من طرف المدعى عليه ألغته محكمة الاستئناف تصدت و حكمت برفض الطلب باعتبار أن المستأنف المتصدق عليه هو حائز فعلا و واقعا و أشير في الرسم إلى حيازته جميع الأملاك و أن المتصدق نفسه يؤكد تلك الحيازة بالشكاية التي قدمها ضد

المدعى عليه حسب صورة شمسية لمحضر الضابطة القضائية و أن الوصية و التنزيل لم يبق لهما محل بعلة أن الموصى و المنزل قد فوت الأملاك قبل وفاته و هذا هو القرار المطعون فيه.

وسائل النقض

الوسيلة الأولى : عدم ارتكاز الحكم على أساس ذلك أنه سبق للعارضين أن تمسكوا في مستنجاتهم الكتابية في المرحلتين الابتدائية و الاستئنافية بكون رسم الصدقة المحتج به لا يرقى إلى مستوى الحجة الحاسمة و المقبولة شرعا لعدم التنصيص فيه على معاينة البينة للحيازة فلا يكفي أن يقع إشهاد على لسان المتصدق عليه بحيازته للمتصدق به بل لا بد من أن يتضمن رسم الصدقة أن العدلين المنتصيين للإشهاد قد توجهوا إلى عين المكان و عاينا الحيازة.

الوسيلة الثانية : نقصان التعليل الموازي لانعدامه و عدم الجواب على الدفوعات ذلك أن عقود التبرعات من صدقة و هبة و وصية لا يجوز للمتبرع أن يتجاوز في تصرفه هذا ثلث ما يملكه إلا بعد موافقة ورثته كما في وصية سيدنا سعد بن أبي وقاص الذي أراد أن يوصي بما له كله فقال له الرسول صلى الله عليه وسلم الثلث و الثلث كثير وقد أثار الطاعنون هذا الدفع و لم تجب عنه محكمة الاستئناف و قد جاء في القرار الاستئنافية أن المدعى عليه قد حاز المتصدق به مع أن الهالك كان قيد حياته قد تقدم بشكاية موضوع محضر الضابطة القضائية تتعلق بالتراخي في مواجهة المدعى عليه و أن العارضين أدلوا بهذا المحضر من أجل الاستئناف و لم يعتبر الطاعنون للمدعى عليه بالحوز و أن حيازته ليست شرعية.

لكن ردا على الوسيطتين فإن محكمة الاستئناف عللت قرارها فيما يرجع للوصية و التنزيل بأن الهالك فوتها و هو يعد رجوعا عنهما كما أن الصدقة قد حازها المطلوب في النقض و هو ما يعد تحويزا لقول خليل : و حيز و إن بلا اذن و اجبر عليه ، مما يجعل القرار معللا تعليلا فقهيا و ما نعتة الوسيطتان لا اثر له.

من أجل ما ذكر

قضى المجلس الأعلى (محكمة النقض) برفض الطلب و تحميل الطاعن الصائر و به صدر

الحكم بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه قي قاعة الجلسات العادية للمجلس الأعلى (محكمة النقض) بساحة الجولان بالرباط و كانت الهيئة الحاكمة متركبة من السيد عبدالعلي العبودي رئيس الغرفة و المستشارين السادة : محمد

المالكي، مقررا، محمد بنونة، محمد الأمغاري، محمد الكتاني، و بمحضر المحامي العام السيد محمد القري، و كاتب الضبط السيد محمد كصوان.

اجتهادات محكمة النقض

الرقم الترتيبي : 404

الغرفة المدنية

الحكم المدني عدد 114 الصادر في 17 ذو القعدة 1388 الموافق 5 فبراير 1969 .

بين (س1) و من معه و بين (س2) و من معه وصية - وصية لفظية - شروط صحتها عندما يضطر الموصى نظرا لحالة القوة القاهرة لأن يلجأ إلى وصية لفظية أمام من اتفق حضورهم لها ممن تقبل شهادتهم و هم غير منتصبين و حال ذلك دون كتابتها صحت هذه الوصية إن أدبت من يوم التمكن من الأداء و عمل بها مطلقة أو مقيدة بما وجد و بطلت إن قيدت بما فقد .

114/1969

قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض) عدد 114 صادر بتاريخ 1969/02/05

في ملف عدد : 1966/ 23219

عندما يضطر الموصي نظرا لحالة القوة القاهرة لأن يلجا إلى وصية لفظية أمام من اتفق حضورهم لها ممن تقبل شهادتهم وهم غير منتصبين وحال ذلك دون كتابتها صحت هذه الوصية إن أدبت من يوم التمكن من الأداء وعمل بها مطلقة أو مقيدة بما وجد وبطلت إن قيدت بما فقد ولهذا تكون المحكمة قد صادفت الصواب عندما لم تمنح أية قيمة لشهادة لفيفية محررة بمناسبة الخصومة وبعد وفاة الموصي المزعوم بعشرات السنين.

باسم جلالة الملك

بناء على طلب النقض المرفوع بتاريخ 26 مارس 1965 من طرف أحمد بن محمد بن المدني ومن معه بواسطة نائبيهم الأستاذ عمر بنخضراء ضد حكم محكمة الاستئناف بفاس الصادر في 14 دجنبر 1964.

وبناء على مذكرة الجواب المدلى بها بتاريخ 23 ابريل 1968 تحت إمضاء الأستاذ جورج بوطبول النائب عن المطلوب ضده النقض المذكور أعلاه والرامية إلى الحكم برفض الطلب.

وبناء على الظهير المؤسس للمجلس الأعلى المؤرخ بثنائي ربيع الأول عام 1377 موافق 27 شتنبر 1957 (عدل) .

وبناء على الأمر بالتخلي والإبلاغ الصادر في 6 نونبر 1968.

وبناء على الإعلام بتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة في 29 يناير 1969.

وبعد الاستماع بهذه الجلسة إلى المستشار السيد سالمون بنسباط في تقريره وإلى ملاحظات وكيل الدولة العام السيد ابراهيم قدارة، وبعد المناداة على محامي الطرفين فلم يحضرا.

وبعد المداولة طبقا للقانون.

فيما يخص الوسيلة الأولى:

حيث يتضح من أوراق الملف ومن الحكم المطعون فيه (محكمة الاستئناف بفاس 14 ديسمبر 1964) أنه بتاريخ 16 يوليوز 1951 تقدم الحاج أحمد بن محمد الشرايبي في اسمه وفي اسم محمد بن محمد بن المدني والجيلالي بن المدني أمام المحافظة العقارية بمكناس بمطلب تحفيظ أرض لفائدتهم مصرحين بأنها قد الت إليهم فيما يخص حصة الشرايبي عن طريق الشراء، وفيما يخص شريكه عن طريق الارث من أبيهما ومن بين عدة تعرضات قدمت ضد هذا المطلب فإن الذي يهم طلب النقض الحالي هو التعرض الذي قدم من طرف أحمد بن محمد بن المدني ابن طالب التحفيظ الثاني المتوفى بعد تقديم مطلب التحفيظ وذلك في اسمه

وفي اسم ورثة آخرين وارتكز التعرض على كون جد المتعرضين المدني وهو أحد المالكين الأصليين للأرض كان قد اوصى لأحفاده بثلاث أملاكه كما رمى هذا التعرض أيضا إلى ممارسة حق الشفعة تجاه شراء طالب التحفيظ الشرايبي وتدعيما لادعاءاته أدلى المتعرض برسم لفيفي مؤرخ في 16 مارس 1956 تم تعريفه بتاريخ 23 يونيو 1956 يشهد فيه 13 شخصا بأن المدني اوصى لأحفاده بثلاث أملاكه، وخلال الانتقال إلى عين المحل اقر طالبو التحفيظ بأن المتعرضين يملكون في الأرض المتنازع فيها قطعة تبلغ مساحتها 7 هكتارات جعلت ملكا عائليا من طرف المدني وافر المتعرضون من جهتهم انهم لا يحوزون سوى هذه القطعة فأيدت محكمة الاستئناف الحكم الابتدائي الذي قضى بقبول التعرض فيما يخص القطعة التي تشكل الملك العائلي المشار إليه أعلاه ورفضه فيما يتعلق بمطالبة المتعرضين بثالث شائع من الأرض المطلوب تحفيظها وذلك لعدم ادلائهم بالحجة على وجود الوصية لانه تطبيقا، للفصول 191 وما يليه من قانون الأحوال الشخصية والمواريث (أنظر مدونة الأسرة) فإنه يتعين أن تثبت الوصية بإشهاد عدلين أو يحرر بها عقد يوقع عليه الموصي بامضائه فإن عرضت ضرورة قاهرة فبتصريح أمام من اتفق حضورهم لها ممن تقبل شهادتهم "وأیضا لعله ان المتعرضين أدلوا فقط بشهادة لفيفية حررت بمناسبة الخصومة في سنة 1956 أي بعد وفاة المدني بستين أو ثمانين سنة".

وحيث يطعن طالبو النقض في الحكم بخرق الفصل 192 من ظهير 30 رجب 1377 (20 فبراير 58) المتعلق بتطبيق الكتاب الخامس من المدونة للأحوال الشخصية (أنظر مدونة الأسرة) والمتعلق بالوصية وذلك أن محكمة الاستئناف صرحت "بانه حتى وأن كانت القوة القاهرة ثابتة فيعتبر هذا العقد عديم القيمة لكونه متأخرا" في حين أن القانون لا يحدد أجلا لتصريحات الشهود.

لكن حيث حسب الفصل المذكور أنه عندما يضطر الموصي نظرا لحالة القوة القاهرة لأن يلجا إلى وصية لفظية أمام من اتفق حضورهم لها ممن تقبل شهادتهم وهم غير منتصبين وحال ذلك دون كتابتها، صحت هذه الوصية ان ادبت من يوم التمكن من الأداء وعمل بها مطلقة أو مقيدة بما وجد وبطلت ان قيدت بما فقد".

وحيث إنه لم يتم مراعاة أي واحد من هذه الشروط في النازلة لانه ثبت ان شهادة اللفييف محررة بمناسبة الخصومة وبعد وفاة الموصي المزعوم بعشرات السنين، فإن قضاة الاستئناف ببثهم كما فعلوا لم يخرقوا النص المشار إليه في الوسيلة وقاموا بتطبيق صحيح لمقتضياته، فينتج عن ذلك أن الوسيلة لا تركز على أساس.

فيما يخص الوسيلة الثانية:

وحيث يعيب طالبو النقض على نفس الحكم خرق الفصل 189 من ظهير المسطرة المدنية (عدل) تبعا لنقص وتناقض في التعليل يعادل انعدامه وعدم الارتكاز على أساس قانوني وذلك أن محكمة الاستئناف لم تمنح شهادة اللفيف المدلى بها من طرف المتعرضين أي اعتبار، في حين أن عددا من شركاء المدني في الارث ذكرت اسماؤهم فيها بصفتهم شهودا، وفي حين أن الحجة على الوصية المدعاة تنتج من العناصر الأخرى للقضية.

لكن حيث إن قضاة الاستئناف رفضوا الشهادة اللفيفية المدلى بها من طالبي النقض لعلّة عدم توفرها على الشروط التي يتطلبها القانون فإن قضاة الموضوع لم يكونوا ملزمين باعتبار صفة بعض الشهود المذكورين فيها، وبمقتضى هذا الرفض فإنهم قد أجابوا ضمينا عن هذا الطعن، فينتج عن ذلك أن الوسيلة لا تركز على أساس.

لهذه الأسباب

قضى المجلس الأعلى (محكمة النقض) برفض طلب النقض وعلى اصحابه بالصائر وبغرامة مالية قدرها مائتان وخمسون درهما تؤدي لخزينة الدولة.

وبه صدر الحكم بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور حوله في قاعة الجلسات العادية بالمجلس الأعلى (محكمة النقض) بالمشور وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من معالي الرئيس الأول السيد أحمد با حنيني والمستشارين السادة: سالمون بنسباط، إدريس بنونة، محمد عمور، امحمد بن يخلف، وبمحضر وكيل الدولة العام السيد ابراهيم قدارة وبمساعدة كاتب الضبط السيد المعروف في سعيد.

- من مجموعة قرارات المجلس الأعلى (محكمة النقض) الجزء الأول 1966 – 1982 ص 704.

مجلة قضاء المجلس الأعلى (محكمة النقض) - الإصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 5 -
مركز النشر و التوثيق القضائي ص 11

الحكم المدني عدد 114

الصادر في 17 ذو القعدة 1388 الموافق 5 فبراير 1969

بين أحمد بن محمد المدني و من معه و بين أحمد بن محمد الشرايبي و من معه

وصية - وصية لفظية - شروط صحتها

عندما يضطر الموصى نظرا لحالة القوة القاهرة لأن يلجأ إلى وصية لفظية أمام من اتفق حضورهم لها ممن تقبل شهادتهم و هم غير منتصبين و حال ذلك دون كتابتها صحت هذه الوصية إن أدت من يوم التمكن من الأداء و عمل بها مطلقة أو مقيدة بما وجد و بطلت إن قيدت بما فقد و لهذا تكون المحكمة قد صادفت الصواب عندما لم تمنح أية قيمة لشهادة لفيفية محررة بمناسبة الخصومة و بعد وفاة الموصي المزعم بعشرات السنين.

و حيث يطعن طالبو النقض في هذا الحكم بخرق الفصل 192 من ظهير 30 رجب 1377 (20 فبراير 58) المتعلق بتطبيق الكتاب الخامس من المدونة للأحوال الشخصية (أنظر مدونة الأسرة) و المتعلق بالوصية و ذلك أن محكمة الاستئناف صرحت " بأنه حتى و إن كانت القوة القاهرة ثابتة فيعتبر هذا العقد عديم القيمة لكونه متأخرا " في حين أن القانون لا يحدد أجلا لتصريحات الشهود.

لكن حيث حسب الفصل المذكور أنه عندما يضطر الموصى نظرا لحالة القوة القاهرة لأن يلجأ إلى وصية لفظية أمام من اتفق حضورهم لها ممن تقبل شهادتهم و هم غير منتصبين و حال ذلك دون كتابتها، صحت هذه الوصية أن

أدبت من يوم التمكن من الأداء و عمل بها مطلقة أو مقيدة بما وجد و بطلت إن قيدت بما فقد ."

و حيث إنه لم يتم مراعاة أي واحد من هذه الشروط في النازلة لأنه ثبت أن شهادة الليف محررة بمناسبة الخصومة و بعد وفاة الموصي المزعم بعشرات السنين ، فإن قضاة الاستئناف ببتهم كما فعلوا لم يخرقوا النص المشار إليه في الوسيلة و قاموا بتطبيق صحيح لمقتضياته.

فينتج عن ذلك أن الوسيلة لا تركز على أساس

لكن حيث إن قضاة الاستئناف رفضوا الشهادة الليفية المدلى بها من طالبي النقض لعلّة عدم توفرها على الشروط التي يتطلبها القانون فإن قضاة الموضوع لم يكونوا ملزمين باعتبار صفة بعض الشهود المذكورين فيها، و بمقتضى هذا الرفض فإنهم قد أجابوا ضمنا عن هذا الطعن.

فينتج عن ذلك أن الوسيلة لا تركز على أساس.

لهذه الأسباب

قضى المجلس الأعلى (محكمة النقض) برفض طلب النقض و على أصحابه بالصائر و بغرامة مالية قدرها مائتان و خمسون درهما تؤدي لخزينة الدولة.

و به صدر الحكم بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور حوله في قاعة الجلسات العادية بالمجلس الأعلى (محكمة النقض) بالمشور و كانت الهيئة الحاكمة متركبة من معالي الرئيس الأول السيد أحمد أبا حنيني و المستشارين السادة: سالمون بنسباط، ادريس بنونة، محمد عمور، محمد بن يخلف، و بمحضر وكيل الدولة العام (المحامي العام) السيد ابراهيم قدارة، و بمساعدة كاتب الضبط السيد المعروف في سعيد.

(المحاميان: الأستاذان ابن خضراء و بوطبول .

اجتهادات محكمة النقض

الرقم الترتيبي : 6135

الغرفة المدنية

القرار عدد 911 المؤرخ في 11/2/97 الملف المدني عدد 91/4939 .

عقد الشراء - صفة التقاضي - وصية - رسم عقاري - حجز

- لما كان المطلوب في النقض يتوفر على عقد شراء المدعى فيه و يطالب به لنفسه لا لغيره فهذا كاف لاعتباره متوفرا على صفة التقاضي بغض النظر عما إذا كان سنده تام الأركان أول ا. - لما كان المدعى خلفا

- الوصايا تأتي في الرتبة بعد الديون و الحقوق المستحقة للغير.

مجلة قضاء المجلس الأعلى (محكمة النقض) - الإصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 54-53 - مركز النشر و التوثيق القضائي ص 56 .

القرار عدد 911

المؤرخ في : 11/2/97

عقد الشراء - صفة التقاضي - وصية - رسم عقاري - حجز

- لما كان المطلوب في النقص يتوفر على عقد شراء المدعى فيه و يطالب به لنفسه لا لغيره فهذا كاف لا اعتباره متوفرا على صفة التقاضي بغض النظر عما إذا كان سنده تام الأركان أولا .

- لما كان المدعى خلفا عاما للبائع المطلوب باعتباره المالك الوحيد لتركته كموصى له فإن المشتري محق في توجيه الدعوى ضده مادام أن الوصايا تأتي في الرتبة بعد الديون و الحقوق المستحقة للغير .

- لا يلتجأ للمحافظ لتسجيل الحقوق إلا عند خلوها من النزاع ، و لما كان العقار موضوع الدعوى مثقلا بحجز عقاري و مسجلا باسم الموصى له ، فقد كان لا بد من الالتجاء أولا إلى القضاء لتطهير العقار من الحجز و الإذن بتسجيل الحق عليه .

إن المدعى باعتباره خلفا عاما للبائع للمطلوب لا يمكن له التمسك بقاعدة التسجيل بالرسم العقاري بحسن نية .

لكن من جهة لما كان المطلوب في النقص يتوفر على عقد شراء المدعى فيه و يطالب به لنفسه لا لغيره فهذا كاف لا اعتباره متوفرا على صفة التقاضي بغض النظر عما إذا كان سنده تام الأركان أولا ، و لما كان كذلك السيد لا فوجيرار خلفا عاما للبائع للمطلوب باعتباره المالك الوحيد لتركته كموصى له

فإن المشتري محق بتوجيه الدعوى ضده مادام أن الوصايا تأتي في الرتبة بعد الديون و الحقوق المستحقة للغير .

و من جهة ثانية لما كان العقار موضوع النزاع محفظا وقت الإشهاد بالبيع فلا مجال للاستدلال بمقتضيات الفصلين 2 و 62 من ظهير 1913/8/12 (حين) .

و من جهة ثالثة فإن المحافظ لا يلتجأ اليه لتسجيل الحقوق إلا عند خلوها من النزاع ، في حين أن العقار موضوع الدعوى مثقل بحجز عقاري و مسجل باسم الموصى له مما لا بد معه من الالتجاء أولا إلى القضاء لتطهير العقار من الحجز ، و الإذن بتسجيل الحق عليه .

و من جهة رابعة فإن السيد لا فوجيرار لا يمكن له التمسك بقاعدة التسجيل بالرسم العقاري بحسن نية باعتباره خلفا عاما للبائع كما أن تسجيل التقييد الاحتياطي بالرسم العقاري بمبادرة من المشتري يحول بدوره دون تمسك الطاعن بنفس القاعدة المذكورة .

و من جهة خامسة فإن المحكمة ردت الدفع بالتقادم بما يكفي لرده بقولها ان التقادم انقطع بالإجراءات القضائية المشار إليها في الحجج المدلى بها من طرف المدعى و خاصة الشهادة المؤرخة في 71/5/11 التي أفادت أن الحجز الواقع على العقار منع المشتري من التقييد أول مرة و كذا نسخة الحكم المدني الصادر بتاريخ 1972/3/22 القاضي بتطهير العقار من الحجز السابق الذكر ، و نسخة الحكم الصادر بتاريخ 1986/4/7 و بذلك تكون المحكمة قد عللت ما انتهت إليه بما يكفي لتبريره و لم تخرق المقتضيات المستدل بها و كان ما بالوسائل مجتمعة غير جدير بالاعتبار .

لهذه الأسباب

قضى المجلس الأعلى (محكمة النقض) برفض الطلب و بتحميل الطاعن الصائر .

و به صد الحكم و تلي في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بالمجلس الأعلى (محكمة النقض) بالرباط و كانت الهيئة الحاكمة متركبة من السيد رئيس الغرفة المدنية أحمد بنكيران و المستشارين السادة : الحسن بويقين مقررا ، و ونيش بديعة ، و المدور جميلة ، و بودي ابو بكر ، و بمحضر المحامي العام السيد عبد الغني فايدي ، و بمساعدة كاتبة الضبط السيدة نعيمة الإدريسي .

.....
.....
المحكمة حين صرحت بان الطعن الموجه ضد الوصية لا ينال منها ، مادام الموصى كان وقت الاشهاد بالوصية على العدلين صحيح .العقل تام الإدراك والتميز وشهدا عليه وباتمه فهي بذلك ناجزة نافذة صحيحة شكلا وموضوعا ، وان المرض الذي كان مصابا به الموصى اقعده الفراش لم يكن له أي تأثير على سلامته العقلية حين الإشهاد عليه بالإيصاء لفائدة حفيده الموصى له بالثلث من متروكه .

القرار عدد :451 المؤرخ في :

2007/9/12 ، ملف شرعي عدد :

2007/1/2/2 .

لكن خلافا لما جاء في الوجهين معا ، فان الوصية تصح من المريض والصحيح طبقا للفصل 175 من م ح ش (أنظر مدونة الأسرة) وبقول المتحف : في ثلث المال فادنى في المرض او صحة وصية لا تعترض ، والمحكمة حين صرحت بان الطعن الموجه ضد

الوصية لا ينال منها ، مادام الموصى كان وقت الاشهاد بالوصية على العدلين صحيح العقل تام الإدراك والتمييز وشهدا عليه وباتمه فهي بذلك ناجزة نافذة صحيحة شكلا وموضوعا ، وان المرض الذي كان مصابا به الموصى اقعده الفراش لم يكن له أي تأثير على سلامته العقلية حين الإشهاد عليه بالإيصاء لفائدة حفيده الموصى له بالثلث من متروكه .

حيث صح ما نعته الوسيلة ، ذلك أنه لئن كان تصريح الشهود بعدم علمهم بالتفويت شرطا في صحة شهادتهم بالملك للميت فإن ثبوت التفويت في جزء من المشهود به لا يقدر في صحة شهادتهم فيما سواه، والطالبون ادعوا تملك موروثهم لثالث وعشرين قطعة أرضية واستدلوا على ذلك بالموجب عدد 3 المذكور والمحكمة لم تكن على صواب لما ردت به بعله ثبوت التفويت في جزء من الأملاك المشهود بها بمقتضى رسمي الصدقة المستدل بهما لأن الشهادة على عدم العلم بالتفويت تكون على غلبة الظن لا القطع فلا ترد فيما لم يشملته التفويت ، فخرقت بذلك قواعد الإثبات المقررة فقها وعرضت قرارها للنقض.

.....
.....

الفصل 66 من ظهير 12 غشت 1913 بشأن التحفيظ العقاري (حين) الذي يعتبر "كل حق عيني متعلق بعقار محفظ غير موجود بالنسبة للغير إلا بتسجيله" يخص الأعمال الإرادية، أي جميع الأعمال والاتفاقات الناشئة بين الأحياء..." كما نص على ذلك الفصل 65 من نفس الظهير المذكور بينما الوصية تعتبر حقا من حقوق التركة كما نصت على ذلك المادة 322 من مدونة الأسرة، وهي كاشفة للحق الذي ينشأ من تاريخ وفاة الموصية وليس من تاريخ تسجيل الوصية في الرسم العقاري .

مجلة قضاء محكمة النقض - الإصدار الرقمي 2012 - العدد 70 - مركز النشر و التوثيق

القضائي ص 73

القرار عدد 350

المؤرخ في : 30/1/2008

الملف المدني عدد : 1643/1/4/2006

وصية - إنتاج أثرها من تاريخ الوفاة لا من تاريخ التسجيل.

تعتبر الوصية حقا من حقوق التركة كما تنص على ذلك المادة 322 من مدونة الأسرة، وهي كاشفة للحق الذي ينشأ من تاريخ وفاة الموصي وليس من تاريخ تسجيل الوصية في الرسم العقاري.

باسم جلالة الملك

إن المجلس الأعلى (محكمة النقض)

وبعد المداولة طبقا للقانون

حيث يستفاد من مستندات الملف، ومن القرار المطعون فيه عدد 1/1141

الصادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 4 مارس 04 في الملف عدد

03/1/1831 ان طالبي النقض الميلودي ومن معه تقدموا بمقال افتتاحي أمام المحكمة الابتدائية بابن مسيك عرضوا فيه أنهم يملكون على الشياح مع المدعى عليه محمد بن علال في العقار الكائن بدرب السباعي الزنقة 1 رقم 38 بن مسيك الدار البيضاء ذي الرسم العقاري عدد 48/3918 وانهم يرغبون في الخروج من الشياح ملتمسين الحكم بقسمة العقار المذكور قسمة عينية وإن استحال بيعه بالمزاد العلني بواسطة كتابة الضبط وتمكينهم من نصيبهم من منتوج البيع وأرفقوا مقالهم بشهادة من المحافظة العقارية.

وأجاب المدعى عليه بأنه لا يمانع في إجراء قسمة في المدعى فيه، وبعد إجراء خبرة وبتاريخ 02/11/19 تقدمت فاطنة بويردة بمقال يرمي إلى التدخل الإرادي في الدعوى طلبت بموجبه الحكم باستحقاقها ثلث نصيب المسماة فاطمة بنت الحاج محمد التي أوصت لها به في العقار المدعى فيه معززة تدخلها

برسم وصية مضمن بعدد 680 ص 482 بتاريخ 1980/12/30

وبعد التعقيب وانتهاء الإجراءات أصدرت المحكمة الابتدائية حكما قضت فيه بعدم قبول دعوى القسمة، وباستحقاق المتدخلة فاطنة بويردة لثلث نصيب الهالكة فاطنة بنت الحاج محمد في العقار المدعى فيه.

استأنفه المدعون وأيدته محكمة الاستئناف بموجب قرارها المشار إلى مراجعه أعلاه وهو القرار المطلوب نقضه بوسيلة وحيدة لم يجب عنها.

في شأن الوسيلة الفريدة:

حيث يعيب الطاعنون القرار المطعون فيه بخرق القانون وذلك بعدم الجواب على الدفوع المثارة وتحريف الواقع، حيث يؤخذ من المقال الاستثنائي للعارضين ومذكرتهم الجوابية خلال المرحلة الاستثنائية أنهم طالبوا بإلغاء الحكم الابتدائي استناداً على مقتضيات الفصل 66 من ظهير 12 غشت 1913 (حين) التي تنص على أن كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتسجيله وابتداء من يوم التسجيل في الرسم العقاري، وأما العقار موضوع الدعوى الحالية فهو محفظ وان شهادة الملكية لا تشير إلى اسم المتدخلة في الدعوى رغم ان الوصية التي اعتمدها في هذا التدخل منجزة بتاريخ

80/12/20، كما ان الطالبين نازعوا في هذه الوصية ودفعوا بأنها لا تتعلق بمورثتهم التي كانت تسمى فاطمة محقق وأن تاريخ ازديادها هو 1942 بخلاف رسم الوصية فهو صادر عن فاطمة بنت الحاج محمد بن سعيد المولودة سنة 1920 وطلبوا باستبعاد هذه الوصية والحكم بقسمة العقار موضوع النزاع وان المحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه اكتفت في تحليلها على أن رسم الوصية انعقد في شكل وثيقة رسمية ولم يثبت الطاعنون نسبة الوصية لغير مورثتهم وأن هذه الوصية أشارت إلى اسم الموصية كاملاً فاطمة بنت محمد بن مسعود وهو الاسم الكامل المشار إليه في شهادة الوفاة وان هذا التعليل هو تحريف للواقع ذلك ان العارضين دفعوا بان الوصية لا تتعلق بمورثتهم لأنها صادرة عن المسماة فاطمة وليس فاطمة كما ان الموصية مزادة سنة 1920 اما المورثة فهي مزادة سنة 1942 كما ان شهادة الوفاة تتضمن اسم فاطمة وليس فاطمة كما جاء في القرار المطعون فيه وهذا التحريف يفيد ان المحكمة مصدرته لم تطلع على الوثائق ولم تدرسها كما يجب مما جاء معه قرارها مخالفاً للواقع والقانون وان

عدم الجواب عن الدفوع المثارة او تحريف الواقع هو سبب موجب للإلغاء ومما ينبغي معه نقض القرار المطعون فيه.

لكن حيث ان الفصل 66 من ظهير 12 غشت 1913 بشأن التحفيظ العقاري (حين) الذي يعتبر "كل حق عيني متعلق بعقار محفظ غير موجود بالنسبة للغير إلا بتسجيله" يخص الأعمال الإرادية، أي جميع الأعمال والاتفاقات الناشئة بين الأحياء..." كما نص على ذلك الفصل 65 من نفس الظهير المذكور بينما الوصية تعتبر حقا من حقوق التركة كما نصت على ذلك المادة 322 من مدونة الأسرة، وهي كاشفة للحق الذي ينشأ من تاريخ وفاة الموصية وليس من تاريخ تسجيل الوصية في الرسم العقاري، كما أن الوصية حررت في عقد رسمي تلقاها عدلان لهما صلاحية التوثيق في مكان تحرير العقد في الشكل الذي يحدده القانون ولا يمكن إثبات عكس ما تضمنه هذا الرسم إلا عن طريق الطعن فيه بالزور وليس بالمجادلة في صحته بالدفوع المشار إليها بالوسيلة وبهذه العلة القانونية المحضة

المستمدة من عناصر الملف التي تحل محل العلة المنتقدة يبقى القرار المطعون فيه في محله.

لهذه الأسباب

قضى المجلس الأعلى (محكمة النقض) برفض الطلب وتحميل الطرف الطالب المصاريف.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه

بقاعة الجلسات العادية بالمجلس الأعلى (محكمة النقض) بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيس الغرفة السيد محمد الخيامي رئيسا والمستشارين السادة: محمد عثمانى مقررا وعبد النبي قديم وعبد السلام البركي وعائشة القادري أعضاء وبمحضر المحامي العام السيد الحسن البوعزاوي وبمساعدة كاتبة الضبط السيدة ابتسام الزواغي.

الرئيس المستشار المقرر الكاتبة

.....

.....

مجلة قضاء المجلس الاعلى (محكمة النقض) - الإصدار الرقمي دجنبر 2000 - العدد 28
- مركز النشر و التوثيق القضائي ص 133

القرار رقم 54

الصادر بتاريخ ثاني مارس 1979

في الملف المدني 55336

القاعدة :

هل التدخل في المرحلة الاستئنافية لا يجوز إلا أن يكون انضماميا و لا يكون اختصاصيا ...

لا

التدخل الإرادي مخول قانونا لكل من له مصلحة في النزاع المعروف أمام المحكمة و هو إما أن يكون انضماميا أو اختصاصيا يأخذ فيه المتدخل دور المدعى يحق له أن يقدم طلبات مستقلة خاصة به إذا كان ممن لهم الحق في أن يستعملوا مسطرة التعرض الخارج عن الخصومة و لا تعد طلباته من الطلبات الجديدة الممنوع تقديمها استئنافيا .

باسم جلاله الملك

بناء على طلب النقض المرفوع بتاريخ 3 أبريل 1976 من طرف ورثة الهالكة لاندني و من معها بواسطة نائبيهما الأستاذين أحمد رضا كديرة و الديغوسي المحامين بالرباط ضد حكم محكمة الاستئناف بطنجة الصادر بتاريخ 31 يوليوز 1975 في القضية عدد : 226 .

و بناء على مذكرة الجواب المدلى بها بتاريخ 18 يوليوز 1977 تحت إمضاء الأستاذ محمد محمود التازي المحامي بالدار البيضاء النائب عن المطلوب ضده النقض المذكور أعلاه و الرامية إلى الحكم برفض الطلب .

و بناء على الأوراق الأخرى المدلى بها في الملف .

و بناء على قانون المسطرة المدنية و بالأخص فصولها 353 و ما بعده و الفقرة الأخيرة من فصله 362.

و بناء على الأمر بالتخلي و الإبلاغ الصادر في 30 مايو 1978.

و بناء على الإعلام بتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة في 23 فبراير 1979 .

و بعد الإستماع بهذه الجلسة إلى المستشار المقرر السيد محمد الجيدي في تقريره و إلى ملاحظات المحامي العام السيد عبد القادر المذكوري .

و بعد المداولة طبقاً للقانون .

فيما يخص الوسيطتين الأولى والثالثة المستدل بهما .

بناء على الفصول 111 و 144 و 303 من قانون المسطرة المدنية .

حيث إنه بمقتضى هذه الفصول ، فإن التدخل الإداري في الدعوى يقبل من

كل من له مصلحة في النزاع أمام المحكمة، و ذلك حتى لدى محكمة الاستئناف إذا كان المتدخل ممن لهم حق استعمال التعرض الخارج عن الخصومة .

و بناء على الفصل 18 من ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالوضع المدنية

للأجانب لو الفصل 23 من الاتفاقية القضائية المغربية الفرنسية المؤرخة في 20 مايو 1965 .

و حيث يؤخذ من أوراق الملف و من القرار المطعون فيه (محكمة الاستئناف

بطنجة 31 يوليوز 1975 (أن الدولة المغربية (مصلحة الأملاك الخاصة للدولة) قدمت مقالا إلى المحكمة الابتدائية بطنجة ضد المدعى عليه الأستاذ أيوب محمد تلتمس فيه الحكم بإبطال وصية 15 أكتوبر 1949 التي يتمسك بها في تركة الموصى اندري باجيس ، و ذلك لعدم توافر شروطها المذكورة فيها، و لإبطالها صراحة من طرف نفس الموصى بمقتضى وصيته الأخيرة المؤرخة في 24 مايو

1954 ، كما تلتمس الحكم بعدم مفعولية هذه الوصية ، لكون الموصى لها فيها

أرملة لاندرى ماتت قبل وفاة الموصى اندري باجيس ، و كما تلتمس أيضا نتيجة لذلك التصريح بأن باجيس المذكور قد توفي بدون أن يترك أي وارث أو وصية، و الحكم بأن الدولة المغربية لها الحق في أخذ تركته الشاغرة الموجودة بالمغرب بواسطة إدارتها المختصة (مصلحة الأملاك الخاصة للدولة)، بناء على حق السيادة المخول لها قانونا، و على تنازل الدولة الفرنسية عن حقها القانوني في تلك التركة ، احتراماً للسيادة المذكورة ، و أجاب المدعى عليه مثيراً من ناحية الشكل ، عدم قبول الدعوى لانتهاء صفة مدير الأملاك الخاصة في تمثيل الدولة

المغربية ، و لانتهاء مصلحة هذه الأخيرة في إقامة هذه الدعوى ، لكونها مسلمة و

الشرع الإسلامي يمنعها من أن تتلقى إرثاً من غير مسلم، أو تستولي على تركته و

لو كانت شاغرة على ترابها، و لوجود حكم حائز لقوة الشيء المقضى به صادر بتاريخ 23 أبريل 1963 من إقليمية طنجة (أنظر التنظيم القضائي للمملكة) و قرار محكمة الاستئناف بطنجة المؤرخ في 29 نونبر 1966 ، و في الموضوع أجاب بأن وصيته صحيحة بموجب محضر بحث رئيس المحكمة الإقليمية بطنجة الذي استمع فيه إلى الشهود، و بفتاوي أكبر رجال القانون المدني الفرنسي قصد قبول الإثبات بشهادة الشهود و الرسائل المدلى بها للوصول إلى تفسير الإدارة الحقيقية للموصى و بعد دراسة المحكمة لكل ما هو مثار و مدلى به في القضية من جانب الطرفين، اعتبرت أن الدفوعات الشكلية المثارة كلها لا تتركز على أساس فرفضتها بسندات قانونية ، و في

الجوهر تبين لها أن الموصى أندري باجيس الفرنسي الجنسية قد توفي في موطنه بمدينة طنجة بتاريخ 11 شتنبر 1961 دون أن يترك أي وارث معروف، و أنه كان أثناء حياته

أنشأ ثلاث وصايا، الأولى مؤرخة في 10 ابريل 1949 و بمقتضاه يوصي لأرملة لاندي اليزابين لويزماي بيجول بجميع ممتلكاته التي سيخلفها بعد وفاته، و الثانية مؤرخة ب 15 أكتوبر 1949 المتمسك بها من طرف أيوب محمد باطلة و لا يمكن الأخذ بها و تطبيقها، لكون الموصي الهالك تراجع عنها صراحة بمقتضى وصية 24 مايو 1954 ، و لأنه لم يهلك بحادثة حسب ما هو مشترط فيها، و أن وفاته العادية (الموصي) بعد وفاة أرملة لاندي الموصى لها، تجعل تركته شاغرة و بدون وارث و تعود إذن الى الدولة المغربية بالنسبة لما هو موجود داخل ترابها بناء على سيادتها المطلقة و تنازل الدولة الفرنسية لها، و حكمت لكل ما ذكر وفق ما ورد في مقالها، فاستأنفه المدعى عليه أيوب محمد لدى محكمة الاستئناف بطنجة و أكد في مقال استئنافه ما سبق له في المرحلة الابتدائية، و أثناء جريان المسطرة أمام محكمة الاستئناف، تقدم المسميان جان ايدمون جورج بيجول و أخته لويزمارت بيجول الفرنسيان الجنسية بمقال إلى المحكمة يتدخلان بمقتضاه في الدعوى المعروضة عليها و يعرضان فيه أن أرملة لاندي السابقة الذكر هي أختها و أنهما هما الوارثان الشرعيان لها، و أن أندري باجيس كان لا و لا مجرد خادم معها ثم صارت تعيش معه كخليفة معروفة إلى أن سيطر عليها و فرض نفوذه على لبها فاستطاع الحصول منها على عدة وصايا ، و أن تدخلهما يقوم على أساس متابعة إبطال وصية 15 اكتوبر 1949 التي يتمسك

بها أيوب و التي أبطلت صراحة بوصيته الأخرى المؤرخة في 24 مايو 1954 ، و

لعدم توافرها أيضا على الشروط المشتملة عليها، كما يقوم تدخلهما على

السبب الأخلاقي الذي من أجله أوصت لاندي لباجيس بجميع ممتلكاتها و ثروتها

التي صارت يديه إلى ايوب محمد، مؤكدين في الأخير بعد اعطائهما تحليلات و

انتقادات عن كل من وصية 24 مايو 1954 و وصية 15 أكتوبر 1949 ، بأن هذه

الأخيرة باطلة لامحالة، و أن باجيس توفي بدون وصية، و أن الحكم الابتدائي المستأنف

كان مصادفا للصواب في هذه الناحية، و مصرحين أيضا بأن طلب الدولة المغربية

لاستيلاء شركة اندري باجيس المعتبرة شاغرة، أصبح لا محل له بسبب ظهور الورثة

الشرعيين للهاكة أرملة لاندي، طالبين تأييد الحكم المستأنف فيما قضى به من إلغاء

وصية 15 أكتوبر 1949 و من أن شركة اندري باجيس ليست فيها وصية، و الحكم بأن

دعوى الدولة المغربية لا موضوع لها، و بأن لهما الحق في استرجاع جميع الممتلكات

المنقولة و غيرها لشركة أندري باجيس، و قد حكمت المحكمة بالنسبة لاستئناف أيوب

محمد بتأييد الحكم المستأنف لكونه لم يدل بشيء جديد يعترض به ما جاء في الحكم

الابتدائي، و فيما يخص طلب المتدخلين فقد قضت بعدم قبوله، بناء على أنهما لم يثبتا إراثتهما بحكم صادر من محكمة أحوالهما الشخصية يقضي بأنهما وارثان لأرملة لاندي و أنه لا أحد ينازعهما في هذا الإرث، و بناء على أنهما لم يطلبتا في مقالهما الانضمام الى أحد طرفي النزاع و إنما تقدما بمقال مستقل يكون طرفا و خصما ثالثا في الدعوى و أن سلطة الدرجة الثانية محدودة لا يجوز لها أن تقبل الطلبات الجديدة إلا إذا كانت تلك الطلبات منضمة لأحد طرفي الخصومة .

لكن من جهة ، حيث إن القانون الفرنسي - المطبق في النازلة بمقتضى الفصل 18 من ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالوضع المدنية للأجانب في مدينة طنجة آنذاك، لا يستلزم إثبات صفة الوارث و عدم المنازعة فيها بواسطة

حكم صادر من محكمة الأحوال (أنظر مدونة الأسرة) الشخصية لمعنيين بالأمر، و إنما يكتفي في ذلك طبقا للقواعد العامة في الإثبات، بسائر العقود الرسمية الصادرة من المصالح المختصة، كعقود الحالة المدنية و عقود الإرث التي يحررها الموثقون المختصون، و إنه من الواضح في النازلة أن الطاعنين المتدخلين في الدعوى قد أدليا للمحكمة كحجة لإثبات صفة إراثتهما في أختهما الهالكة أرملة لاندي، بعقدي ازديادهما المسلمين لهما من بلديتهما المختصة، و برسم إرثتهما المحررة من طرف موثق مختص هناك، و إنه طبقا للفصل 23 من الاتفاقية القضائية المغربية الفرنسية المؤرخة في 20 مايو 1965 (حينت) ، فإن محاكم كل من هاتين الدولتين ملزمة بأن تقبل العقود الرسمية المنشأة في الدولتين المذكورتين .

و من جهة أخرى، حيث إن التدخل الإرادي في الدعوى مخول قانونا لكل من له من له مصلحة في النزاع المعروض على المحكمة و هو كما يكون انضماميا إلى أحد الخصوم يلتزم فيه المتدخل بأن يقصر دفاعه على أساس طلبات الخصم المنضم إليه في الخصوم، يكون أيضا اختصاميا يأخذ فيه المتدخل صفة المدعي و يحق له أن يقدم من جانبه طلبات مستقلة و خاصة به، حتى في المرحلة الاستئنافية إذا كان ممن لهم الحق في أن يستعملوا التعرض الخارج عن الخصومة، الأمر الذي يكون معه القرار المطعون فيه مجانباً للصواب في كل من السببين اللذين ارتكز عليهما في قضائه بعدم قبول تدخل الطاعنين في الدعوى، و بالتالي مخالفا لمقتضيات الفصول المومأ إليها طليعته، فكان إذن مستوجبا للنقض .

من أجله

قضى المجلس الاعلى (محكمة النقض) بنقض القرار المطعون فيه و باحالة القضية و الاطراف على محكمة الاستئناف بالرباط لتبت فيه من جديد طبقا للقانون و على المطلوب ضدهما النقض بالصائر.

كما قرر إثبات حكمه هذا في سجلات المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه أو بطرته.

و به صدر الحكم بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور اعلاه في قاعة الجلسات العادية بالمجلس الاعلى (محكمة النقض) بالرباط و كانت الهيئة الحاكمة متركبة من السادة رئيس الغرفة الادارية مكسيم أزولاي و المستشارين: عبد اللطيف التازي- عمر التازي - محمد زين العابدين بنبراهيم - و محمد الجيدي - و بمحضر المحامي العام السيد عبد القادر المذكوي - و بمساعدة كاتب الضبط السيد عبد الغفور بوعباد .

رئيس الغرفة المستشار المقرر كاتب الضبط

قانون الالتزامات والعقود

ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) صيغة محينة بتاريخ 11 يناير 2021

الكتاب الأول: الالتزامات بوجه عام

القسم الأول: مصادر الالتزامات

الفرع الأول: الأهلية

الفصل 3

الأهلية المدنية للفرد تخضع لقانون أحواله الشخصية

وكل شخص أهل للإلزام والالتزام

ما لم يصرح قانون أحواله الشخصية بغير ذلك

- انظر الفصل 3 من ظهير الوضعية المدنية للأجانب والفرنسيين بالمغرب الصادر بتاريخ

12 غشت 1913.

- المادة 209 من مدونة الأسرة : « سن الرشد القانوني 18 سنة شمسية كاملة ».

- المادة 210 من مدونة الأسرة: « كل شخص بلغ سن الرشد ولم يثبت سبب من أسباب نقصان أهليته أو انعدامها يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه وتحمل التزاماته ». .

ظهير 12 غشت 1913 بشأن الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب في المغرب

الفصل 1

يتمتع الفرنسيون في منطقة الحماية الفرنسية بالمغرب بجميع الحقوق الخاصة التي يعترف لهم بها القانون الفرنسي في فرنسا.

الفصل 2

يتمتع الأجانب في منطقة الحماية الفرنسية بالمغرب بنفس الحقوق الخاصة التي يتمتع بها الفرنسيون ولا يحدها من شروط أو قيود إلا ما كان ناتجا عن قانونهم الوطني.

الفصل 3

تخضع حالة الفرنسيين الأجانب الشخصية وأهليتهم لقانونهم الوطني.

الفصل 4

إذا كان شخص ما يحمل في آن واحد بالنسبة إلى عدة دول أجنبية جنسية كل واحدة منها فإن القاضي المعروض عليه النزاع يعين قانون الأحوال الشخصية الواجب تطبيقه.

الفصل 5

يخضع الأجنبي المجهول الجنسية للقانون الفرنسي في كل ما يعود لحالته وأهليته.

الفصل 6

تعتبر الشركات المدنية أو التجارية بمثابة الأشخاص الطبيعية.

الفصل 7

تعين جنسية الشركة بمقتضى قانون البلاد التي أقيم فيها مركزها الاجتماعي بدون احتيال.

الفصل 8

يخضع الحق بإبرام الزواج للقانون الوطني لكل من الزوجين.

الفصل 9

للفرنسيين والأجانب الحق في طلب الطلاق والفصل البدني طبقا للشروط التي يعينها قانونهم الوطني.

الفصل 10

إن التصرفات القانونية التي ينجزها الفرنسيون أو الأجانب في منطقة الحماية الفرنسية بالمغرب، تكون صحيحة من حيث الشكل إذا أبرمت وفقا للقواعد التي يعينها إما القانون الوطني للطرفين، وإما القانون الفرنسي، وإما التشريع الموضوع لمنطق الحماية الفرنسية، وإما القوانين والأعراف المحلية.

الفصل 11

لا يجوز للفرنسيين والأجانب ان يتزوجوا إلا حسب القواعد الشكلية التي يعينها قانونهم الوطني أو حسب القواعد التي ستعين فيما بعد للحالة المدنية في منطقة الحماية الفرنسية.

الفصل 12

إن العقد المنظم للعلاقات المالية بين الزوجين يكون صحيحا من حيث الشكل إذا أبرم حسب قواعد القانون الوطني لكل من الزوجين أو عند انعدامها اذا أبرم حسب القواعد التي يفرضها القانون الفرنسي على الفرنسيين في فرنسا.

الفصل 13

تعين الشروط الجوهرية للعقود وآثارها بمقتضى القانون الذي قصد الأطراف صراحة أو ضمنا الخضوع له.

وفي حالة سكوت الطرفين إذا لم يتبين القانون الواجب تطبيقه لا من طبيعة العقد ولا من وضعية المتعاقدين ولا من موقع الأموال، تمسك القاضي بقانون موطنهما المشترك، فإذا لم يكن لهما موطن مشترك فبقانونهما الوطني المشترك، وإن لم يكن لهما لا موطن مشترك ولا قانون وطني مشترك، فبقانون مكان إبرام العقد.

الفصل 14

إن العقد المنظم للعلاقات المالية بين الزوجين، يخضع من حيث صحته الذاتية وآثاره للقانون الوطني للزوج بتاريخ إبرام الزواج. وإذا أبرم العقد المذكور أثناء قيام الزوجية، فإنه يخضع للقانون الوطني للزوجين بتاريخ إبرامه.

قد يهملك أيضا:

ويعين القانون المذكور نفسه ما اذا كان يسوغ للزوجين ان يحيلوا الى قانون آخر وبأي مقدار. فإذا وقعت هذه الإحالة فإن القانون المحال عليه هو الذي يحكم آثار العقد المنظم للعلاقات المالية بين الزوجين.

الفصل 15

إذا لم يبرم عقد منظم للعلاقات المالية بين الزوجين، فإن آثار الزواج على أموال الزوجين من أصول ومنقولات تخضع لقانون الدولة التي كان الزوج ينتسب إليها بتاريخ إبرام الزواج. ولا يؤثر على نظام تلك الأموال تغيير الزوجين أو أحدهما جنسيته فيما بعد.

الفصل 16

إن الالتزامات الناشئة عن جريمة أو شبه جريمة فوق تراب منطقة الحماية الفرنسية بالمغرب تخضع لتشريع المنطقة المذكورة.

الفصل 17

تخضع الأموال الموجودة داخل منطقة الحماية الفرنسية بالمغرب أصولاً كانت أو منقولات لتشريع المنطقة المذكورة.

الفصل 18

يخضع توارث المنقولات والعقارات الموجودة داخل منطقة الحماية الفرنسية بالمغرب لقانون الدولة التي ينتسب إليها المورث فيما يعود الى تعيين الورثة، والترتيب الذي يرثون بمقتضاه، والأنصبة العائدة الى كل واحدة منهم والمقادير التي يتعين عليهم إرجاعها إلى التركة، والمقدار الذي يجوز للمورث أن يتصرف به على وجه الوصية والمقدار الذي يجب حفظه للورثة.

وتنطبق القاعدة نفسها على صحة الوصية الذاتية وآثارها.

الفصل 19

إن الأحكام الصادرة في الخارج من محاكم الدول التي تتنازل عن امتيازاتها القضائية داخل منطقة الحماية الفرنسية بالمغرب، يصرح باعتبارها نافذة دونما حاجة إلى إعادة النظر فيها من حيث الجوهر.

الفصل 20

متى وقع إشهار إفلاس خارج منطقة الحماية الفرنسية بالمغرب، فإن أمين التفليسة أو القيم عليها أو مديرها المعين بصورة صحيحة حسب قانون البلاد التي وقع فيها إشهار الإفلاس يمكنه دونما حاجة إلى الحصول على أمر بتنفيذ الحكم أن يتخذ أو يطلب جميع التدابير التحفظية أو الإدارية المتعلقة بالتفليسة، لكنه لا يمكنه القيام بأي إجراء تنفيذي إلا بعد الحصول على الأمر بالتنفيذ.

مجلة قضاء محكمة النقض - الإصدار الرقمي 2012 - العدد 75 - مركز النشر و التوثيق
القضائي ص 132

الوصية الواجبة علما وعملا وفي تزامنها مع باقي الوصايا .

حسن منصف دكتور في الحقوق

رئيس غرفة محكمة النقض

مدخل تمهيدي:

يعتبر نظام الوصية من الوسائل الشرعية، التي وضعها المشرع ليكفل الفرد مجتمعه ، فيبذل ماله للغير لدعم موارد الخير ومصارف البر، وهو آمن على مستقبله تقربا إلى الله بالإحسان إلى المحتاجين، وبالمساهمة في بناء العلاقات الاجتماعية المتناسقة، وتقتضي القواعد العامة أن تكون الوصية عقدا غير جائز، لأنها مضافة إلى زمن انقطع فيه حق الموصي في ماله، فالموت مزيل للملك، ولكن الشارع أجازها لما فيها من مصلحة للموصي ولأقربائه وللمجتمع^[1]، ومن معاني الوصية في اللغة الوصل يقال وصيت الليلة باليوم أوصلها، فكأن الموصي لما أوصى بالشيء وصل ما بعد الموت بما قبله في نفوذ التصرف ومنه قول ذي الرمة كما في الصحاح:

[1]- مصطفى السباعي وعبد الرحمان الصابوني: الأحوال الشخصية والأهلية والوصية والميراث، دمشق س. 1965 ص.190

نصي الليل بالأيام حتى صلاتنا مقاسمة يشترك أنصافها السفر²[2]

وقد وردت في التنزيل بمعان مختلفة منها الإيحاء أي العهد الذي هو فعل الموصى.
(ووصينا الإنسان بوالديه حسنا)³[3]. كما وردت بمعنى الموصي به أي اسم المفعول، قال
تعالى: (من بعد وصية يوصي بها أو دين)⁴[4]، كما وردت بمعنى الأمر كقوله تعالى في
سورة البقرة: (وأوصى بها إبراهيم بنيه)⁵[5]، أي أمرهم بذلك، وبمعنى وجب وفرض كقوله
عز وجل في سورة النساء: (يوصيكم الله في أولادكم)⁶[6].

ويظهر أن للوصية في اللغة مفاهيم متنوعة يرجع التمييز بينها إلى قرينة السياق الوضعي
فهي كما تشمل الوصية بالمال تشمل غيره كمن يوصي غيره بالقيام بأمر، فكأن الموصي لما
أوصى بالشيء وصل ما بعد الموت بما قبله في نفوذ تصرفه⁷[7]، أما في الاصطلاح فقد
عرفها فقهاء الشريعة الإسلامية بتعريفات مختلفة بسبب اختلافهم في كونها خلفية أو عقد أم
أنها تشمل الوصية والإيحاء أم تقتصر على الأول⁸[8]، وقد عرفها ابن عرفة في حدوده
بقوله: "عقد يوجب حقا في ثلث عاقده يلزم بموتها ونياحة عنه بعده."⁹[9]، ومن أجمع

²[2]- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي: مختار الصحاح، مادة وصى، المطبعة العثمانية، القاهرة ط. 1311هـ.

³[3]- الآية 8 من سورة العنكبوت.

⁴[4]- الآية 15 من سورة النساء.

⁵[5]- الآية 130 من سورة البقرة.

⁶[6]- الآية 10 من سورة النساء.

⁷[7]- عثمان بن المكي التوزري: توضيح الأحكام على تحفة الحكام، المطبعة التونسية 1339، ج. 4 ص. 83.

- شمس الدين محمد عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأحمد الدردير، أحياء الكتب العربية بمصر -
ج. 4، ص. 422.

⁸[8]- محمد الزحيلي، الفرائض والمواريث والوصايا، دار الكلم الطيب ط. 1، س. 2001، دمشق بيروت ص. 401.

للمزيد حول أسباب اختلاف الفقهاء في الوصية يراجع: - الإمام القاضي أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن
رشيد القرطبي الشهير بابن رشيد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، الجزء الثاني ص. 250 وما بعدها.
ولتكوين فكرة أعمق حول موضوع اختلاف فقهاء الشريعة. انظر: - محمد الروكي، نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في
اختلاف الفقهاء، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في الدراسات الإسلامية، جامعة محمد الخامس، كلية الآداب والعلوم
الإنسانية بالرباط. - أحمد الصمدي، أسباب الخلاف بين الأئمة الأربعة، رسالة دبلوم الدراسات العليا في العلوم الإسلامية،
دار الحديث الحسنية، 1975/7/15. - المهدي الوافي، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية نشأته وتطوره والتجديد فيه،
رسالة لنيل شهادة الدراسات العليا في العلوم الإسلامية، دار الحديث الحسنية، 1974. - محمد هشام الأيوبي، الاجتهاد
ومقتضيات العصور، رسالة لنيل شهادة الدراسات العليا في العلوم الإسلامية، دار الحديث الحسنية، 1980.

⁹[9]- أبو عبد الله محمد الأنصاري المشهور بالرصاص: شرح حدود ابن عرفة، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية،
المملكة المغربية، ص. 749.

تعاريفها قول بعض المحدثين بأنها: "عهد خاص بتمليك عين أو منفعة ولو تبرعا، أو فك ملك، أو تسليط على تصرف بعد الوفاة"¹⁰. [10]

أما الوصية في اصطلاح القانون فقد عرفها القانون الفرنسي بأنها: "تصرف بموجبه يتصرف الموصي بكل تركته أو بعضها إلى زمن لا يعود هو فيه موجودا، ويمكنه الرجوع عنه"¹¹ [11]، في حين عرفها القانون المصري في المادة 1 من قانون الوصية بأنها: "تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت"¹². [12]

ويقول الشيخ أبو زهرة تعليقا على نص المادة المذكورة، أن تعريف القانون هذا أجمع من تعريفات الفقهاء فهو يشمل التمليكات والإسقاطات وتقرير مرتبات، ويشمل التركة بين الورثة، ويشمل ما يكون بالمنافع، وما يكون بالأعيان بل يشمل بيان الطريق للوفاء بما على التركة من حقوق، وإن كان قد بين ذلك الوفاء، فإن هذا وغيره يعد تصرفا في التركة إذ كلمة تصرف عامة تشمل هذا وغيره¹³. [13]

أما القانون المغربي فقد عرف المادة 173 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة الوصية بأنها: "عقد يوجب حقا في ثلث عاقده يلزم بموته"¹⁴ [14]. وهو نفس تعريف ابن عرفة للوصية مع حذف (أو نيابة عنه بعده) لتبقى الوصية قاصرة على المال دون غيره.

¹⁰[10]- محمد جعفر شمس الدين، الوصية وأحكامها في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة على المذاهب السبعة، دار المعارف للطبوعات، بيروت- لبنان، ط. 2، س. 1985، ص. 25.

¹¹[11]- تنص المادة 895 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

«Le testament est un acte par lequel le testateur dispose pour le temps où il n'existera plus de tout ou partie de ses biens, et qu'il peut révoquer.»

¹²[12]- قانون الوصية الصادر في 1946/6/24، والذي أصبح ساري المفعول ابتداء من أول أغسطس 1946 على جميع المنازعات المتعلقة بالوصية أما الأحوال التي لا يوجد لها حكم فيطبق أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة طبقا للمادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها القانون رقم 68 سنة 1913 وقانون الوصية من القوانين العامة تطبق أحكامه على جميع المصريين مسلمينو غيرهم، سواء كانوا يقيمون بمصر أو غيرها، عرضت قضاياهم أمام محكمة مصرية أو أجنبية. - أما الأجانب المقيمون في مصر ولهم جنسيات غير مصرية فيطبق على وصاياهم قوانين بلد الموصى طبقا لما تنص عليه المادة 23 من لائحة التنظيم القضائي والمادة 17 من القانون المدني الجديد.

¹³[13]- الإمام محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، مرجع سابق ص. 12. انظر للمزيد: حول ما قيل عن تعريف القانون المصري للوصية. - أحمد إبراهيم بك وواصل علاء الدين احمد إبراهيم، انتقال ما كان يملكه الإنسان حال حياته إلى غيره بعد موته، مطابع روز اليوسف الجديدة، ط. 2، س. 1998، ص. 805 وما بعدها.

¹⁴[14]- تم نسخ مدونة الأحوال الشخصية بمقتضى المادة 397 من الظهير الشريف رقم 1-04-22 الصادر في 12 من ذي الحجة 1424، 2004/2/3 بتنفيذ القانون رقم 70-03 بمثابة مدونة الأسرة.

ولقد كان المشروع التمهيدي لمدونة الأحوال الشخصية ينص على أن: "الوصية تصرف في التركة إلى ما بعد الموت بطريق التبرع". و عدل عنه إلى التعريف السابق¹⁵. [15]

أما مدونة الأسرة فقد عرفت في المادة 277 بأنها: "الوصية عقد يوجب حقا في ثلث مال عاقده يلزم بموته"، بإضافة لفظ "مال" إلى التعريف السابق ليخرج بذلك الوصية بغير المال، كالوصية بالحج والوصية بالنظر وهو ما يصطلح عليه بالإيضاء.

وهو ما وقع التأكيد عليه في مشروع الدليل العملي لمدونة الأسرة المعد من طرف وزارة العدل الذي جاء فيه أن التعريف الذي أورده المشرع جاء شاملا لجميع أنواع الوصايا بالمال والحقوق التي تنتقل عن طريق الإرث¹⁶. [16]

والتعريف الذي وضعته المادة 277 تعريف جامع مانع، يشمل كل ما يصح الإيضاء به. فهو يشمل الموصى به إذا كان مالا أو منفعة أو حقا أو إسقاطا فيه معنى التمليك، كالوصية بإبراء المدين، والإسقاط المحض كإبراء الكفيل، ويشمل الوصية بتقسيم التركة بين الورثة على وجه خاص، والوصية ببيع شيء من التركة لفلان بمثل قيمته، كما يشمل الوصية لمن يحصى، ولمن لا يحصى.

والجدير بالتنويه أن تعريف الوصية في القانون المغربي لم يأخذ بقيد التبرع، فشمّل بذلك حتى الوصية الواجبة شرعا وقانونا¹⁷ [17]، فالمدونة عرفت الوصية إذا بتعريف ابن عرفة خاصة الشق الأول منه، لأن الشق الثاني من تعريفه وهو "نيابة عنه بعده" معناه الإيضاء، وقد ذكرته المدونة في القسم الثاني من الكتاب الرابع المتعلق بالأهلية والنيابة الشرعية، والمدونة بذلك أخذت في تعريفها للوصية بمفهومها عند الفراض، لا عند الفقهاء حيث تشمل الوصية بالمال كما تشمل النيابة عن الموصي بعد الوفاة.

والوصية ليست على شكل واحد، كما أن أحكامها عند الفقهاء وفي التشريعات تختلف باختلاف أنواعها، فهي تتنوع من حيث مصدرها إلى وصية إرادية ووصية واجبة، والوصية

¹⁵[15]- راجع: نص مشروع وزارة العدل المتعلق بالوصية الباب الخامس، الفصل الأول، منشور مجموعة التشريع المغربي مدني وأحوال شخصية، جمع وتنسيق يوسف نسيب عبود، مؤسسة خليفة للطباعة-ص. 86.

¹⁶[16]- راجع: دليل عملي لمدونة الأسرة، وزارة العدل، مطبعة فضالة العدد 1، 2004.

¹⁷[17]- الفصول 369 إلى 327 من مدونة الأسرة.

الإرادية إما أن تكون منفردة أو مشتركة¹⁸[18]، وهذه تنقسم باعتبار المدة إلى وصية مؤبدة ووصية غير مؤبدة¹⁹[19].

وتتنوع من حيث الموصى به إلى وصية بالأعيان ووصية بالمنافع، ووصية بالمرتبات، ووصية بتصديق المدعى في دعواه، ومن حيث الموصى له إلى الوصية لمنفرد ووصية لمتعدد²⁰[20]، ومن حيث الحكم إلى وصية صحيحة ووصية باطللة²¹[21] ووصية نافذة ووصية موقوفة²²[22].

¹⁸[18]- ومما قضت به محكمة النقض أن عبارة الأولاد الواردة في رسم الوصية يجعلها مشتركة بين الذكور والإناث على حد سواء، وهكذا جاء في قرارها: " ... لكن حيث إن المحكمة مصدره القرار المطعون فيه باستنادها إلى قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾، وما هو مقرر فقها فإنها فسرت عن صواب عبارة أولاد الموصي الواردة في رسم الوصية عدد 493 محل النزاع بأنها تشمل الأولاد الذكور والإناث معا لولدي الموصي...، معتبرة أن ذلك هو قصد الموصي، ما دام ليس بالملف ما يفيد تخصيص كلمة الأولاد الواردة برسم الوصية بالذكور دون الإناث، وردت بذلك ما أدلى به الطاعنون لإثبات العرف لكونه مخالفا للشريعة، فجاء قرارها معللا بما فيه الكفاية... " (قرار المجلس الأعلى عدد 78-2005 بتاريخ 15/2/2005 ملف رقم 472-1-2-2002).

¹⁹[19]- وقد قضت محكمة النقض بأن: " ...كل تبرع مضاف إلى ما بعد الموت يعتبر وصية، والبيّن من أوراق الملف أن الهالكة... وإن عبرت بلفظ الحبس في العقد موضوع النزاع، فإنها ربطت تنفيذه بوفاتها، والمحكمة لما اعتبرته وصية وطبقت عليه أحكامها تكون طبقت القواعد الفقهية التطبيق الصحيح.. " (قرار المجلس الأعلى عدد 163 الصادر بتاريخ 2/4/2008 في الملف 415/1/2/2007).

²⁰[20]- ومن التطبيقات القضائية لهذا المقتضى ما جاء في أحد قرارات محكمة النقض من: " أنه طبقا لمقتضيات الفصل 211 من مدونة الأحوال الشخصية تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي، وأنه من المقرر في الفقه المالكي أن الوصية إذا كانت لمعين وبطلت في حق أحدهم فإن حصته تعود ميراثا... " (قرار المجلس الأعلى عدد 613 بتاريخ 15/12/2004 في الملف 193-1-2-2004).

²¹[21]- وقد قضت محكمة النقض بأن الواهب الذي اشترط في عقد الهبة حيازتها بعد وفاته، تعتبر وصية، ولا وصية لو ارث ومما جاء في قرارها: " حيث صح ما نعته الوسيلة، ذلك أنه يتجلى من الرسم عدد 332 المذكور أن موروث الطرفين خص المطلوبين في النقض بقطعتين من الأرض... وأضاف نفاذ تصرفه إلى ما بعد وفاته، فيعتبر هذا التصرف وصية، وأنه لا وصية لو ارث، والمطلوبان في النقض تصرفا بالبيع بعد وفاة والدهما في الفدان... رغم أنه من مشمولات التركة بإقرارهما في عقد البيع، والمحكمة لما قضت بالقسمة ومكنت المطلوبين في النقض من نصيبهما بدون أن تأخذ بعين الاعتبار ما حازه من التركة بعد وفاة والدهما استنادا إلى وصية باطللة تكون قد جعلت قضاءها منعدم الأساس، وعرضت قرارها للنقض. " (قرار المجلس الأعلى عدد 463 بتاريخ 19/7/2006 في الملف عدد 334-1-2-2004).

²²[22]- تنقسم الوصية من حيث الحكم أيضا إلى وصايا بحقوق العباد ووصايا بحقوق الله مثل الزكاة والكفارات والحج، والنذور، والمذاهب الأربعة على صحة الوصية بالعبادات المالية والبدنية، ومذهب المالكية أن كل ما أشهد الموصي ببقائه في ذمته مما يتعلق بالعبادات المالية فإنه يخرج من أسماها أما إن أوصى ولم يشهد ببقائه في ذمته أو تعهد به وهو في حال مرض فإنه يخرج من الثلث. أما إن تعلق الوصية بالعبادات البدنية ومنها الحج على وجه التغليب وإن تعلق جزء منه بالمال. فمذهب المالكية كراهة الوصية بالحج مطلقا إن فرضا أو نفلا أو ندرا وإن وقعت وجب تنفيذها مراعاة للخلاف ولقول من يقول بجوازها كالشافعية في وصية حج الفرض، وتخرج من الثلث وأن قوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾ شامل لدين الله ودين الأدمي. راجع:- محمد التاويل، م س، ص 467 وما بعدها إلى 480.

ولما كانت غاية البحث الوصية الواجبة، فإن تحقيق بعض مراميها يقتضى تأصيل الوصية الواجبة (المبحث الأول) ثم بيان أحكامها في القانون المغربي (المبحث الثاني) وأخيرا تراحمها مع باقي الوصايا (المبحث الثالث).

المبحث الأول: تأصيل الوصية الواجبة

يقتضى تأصيل الوصية الواجبة التعرض لتعريفها وتمييزها عن الميراث وبيان مستندها الفقهي وموقعها في بعض التشريعات العربية.

المطلب الأول: تعريف الوصية الواجبة

عرفها محمد الزحيلي بأنها: "جزء من التركة يستحقه أولاد الابن المتوفى قبل أصله، أو معه، بأن لم يكونوا وارثين، وذلك بمقدار وشروط خاصة يأخذونه وصية لا ميراثا^[23]". ويظهر أن هذا التعريف يتفق والقانون السوري الذي جعل الوصية الواجبة خاصة بأولاد الابن دون أولاد البنات، وأنها وصية، لا ميراثا^[24]، كما عرفها عبد الكريم شهبون بأنها: "وصية مالية ثابتة بحكم الشرع للأحفاد في تركة جدهم من جهة الأب أو في تركة جدتهم من الأب أيضا إذا توفرنا على ثلاث شروط"، وهذا التعريف يستقيم مع ما كانت تنص عليه مدونة الأحوال الشخصية الملغاة في الفصول 266، 267، 268، 269 والتي جاءت مقتضياتها مطابقة تطابقا يكاد يكون حرفيا لنصوص الوصية الواجبة في القانون السوري^[25]، حيث كلا القانونين يحصر الوصية في أولاد الابن دون أولاد البنات.

^[23] [23]- انظر: محمد الزحيلي، م س، ص 585.

^[24] [24]- تنص المادة 275 من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه: "من توفى وله أولاد ابن وقد مات قبله أو معه وجب لأحفاده هؤلاء ثلث تركته وصية بالمقدار والشروط الآتية:

1 - الوصية الواجبة لهؤلاء الأحفاد تكون بمقدار حصتهم مما يرثه أبوهم عن أصله المتوفى على فرض موت أبيهم إثر وفاة أصله المذكور على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة.

2- لا يستحق هؤلاء الأحفاد وصية إن كانوا وارثين لأصل أبيهم جدا كان أو جدة، أو كان قد أوصى لهم أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحقون بهذه الوصية الواجبة، فإن أوصى لهم بأقل من ذلك وجبت تكملته، وإن أوصى بأكثر كان الزائد وصية اختيارية، وإن أوصى لبعضهم فقط وجبت للأخر بقدر نصيبه.

3- تكون هذه الوصية لأولاد الابن ولأولاد ابن الابن وإن نزل واحدا كانوا أو أكثر للذكر مثل حظ الأنثيين يحجب فيهما كل فرع دون غيره ويأخذ كل فرع نصيب أصله فقط.

4- هذه الوصية الواجبة مقدمة على الوصايا الاختيارية في الاستيفاء من ثلث التركة."

^[25] [25]- انظر: ينص الفصل 266 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة: من توفى وله أولاد ابن وقد مات ذلك الابن قبله أو معه وجب لأحفاده هؤلاء في ثلث تركته وصية بالمقدار والشروط الآتية.

أما مدونة الأسرة فلم تعمل على تعريفها، واكتفت في المادة 369 بالنص على أنه: "من توفى وله أولاد ابن أو أولاد بنت، ومات الابن أو البنت قبله أو معه وجب لأحفاده هؤلاء في ثلث تركته وصية بالمقدار والشروط الآتية".

ويمكن تعريف الوصية الواجبة على أنها: "حق مالي أوجبه القانون وصية للأسباط والأحفاد في تركة الأجداد بالشروط التي يحددها²⁶[26]"، والتعريف المقترح يشير على أنها وصية واجبة بحكم القانون تميزها لها عن الوصية الاختيارية الواجبة ديانة، كما أن إشارة التعريف إلى لفظ وصية فيه إفادة تميزها عن الإرث، وعلى أنها تأخذ أحكام الوصية بخصوص النصاب، ويتسع التعريف ليشمل الأشخاص المخاطبين بأحكامها وتحدد في الأسباط وهم أولاد البنت وفي الأحفاد وهم أولاد الابن، وأخيرا يحدد التعريف محل الوصية الواجبة في تركة الأجداد دون سواهم، والجمع يشمل الأجداد والجدات، كما يشير إلى قيد الشروط ليشمل جميع الشروط التي يشير إليها القانون حالا واستقبالا.

فالوصية الواجبة كيان قانوني مستقل عن الوصية الاختيارية، وإن أخذت بعض أحكامها، كما أنها ذات طبيعة مستقلة عن الإرث وإن وردت ضمن أحكامه²⁷[27].

- ينص الفصل 267 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة: الوصية الواجبة لهؤلاء الأحفاد تكون بمقدار حصتهم مما يرثه أبوه عن أصله المتوفى على فرض موت أبيهم إثر وفاة أصله المذكور على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة.
==

== - ينص الفصل 268 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة: لا يستحق هؤلاء الأحفاد وصية إن كانوا وارثين لأصل أبيهم جدا كان أو جدة أو كان قد أوصى لهم أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحقون بهذه الوصية الواجبة فإن أوصى لهم بأقل من ذلك وجبت تكملته وإن أوصى بأكثر كان الزائد متوقفا على إجازة الورثة وإن أوصى لبعضهم فقط وجبت الوصية للآخر بقدر نصيبه على نهج ما ذكر.

- ينص الفصل 269 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة: تكون هذه الوصية لأولاد الابن ولأولاد ابن الابن وإن نزل واحدا كانوا أو أكثر للذكر مثل حظ الأنثيين يحجب فيها كل أصل فرعه دون فرع غيره ويأخذ كل فرع نصيب أصله فقط.

²⁶[26]- اكتفى التعريف بتصوير ماهية الوصية دون الأحكام، لأن دخول الأحكام في التعاريف محظور وفي السلم:

وعندهم من جملة المرذود أن تدخل الأحكام في الحدود

انظر: متن السلم، الأخضرري، ضمنا الموسوعة المنتخبة من المتون الشرعية، دار الرشد الحديثة، الدار البيضاء، المغرب.

²⁷[27]- نظم المشرع المغربي أحكام الوصية الواجبة في الكتاب السادس الخاص بالميراث ضمن القسم الثامن من مدونة الأسرة، وخص لها المواد 369 إلى 372 بإدخال الغاية وفاء لنفس التنظيم الذي كانت تعتمده مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، حيث هي أيضا أوردت أحكام الوصية الواجبة في الكتاب السادس الخاص بالميراث ضمن الباب السابع وخصصت لها الفصول الأربعة المشار إليها قبله.

وتتميز الوصية الواجبة عن الاختيارية بأن مصدرها القانون لا إرادة الموصي، وأن نصابها يتحدد مبدئياً في المقدار الذي كان سيرته موروث الأحماد أو الأسباط عن أصله المتوفى على أن لا يتجاوز الثلث، وأنها تتميز بأنها لا تصح إلا لأبناء الابن وأبناء البنت حصراً عكس الوصية الاختيارية التي تصح للقريب والبعيد ولمن يوجد ولمن سيولد...^[28]، وتتميز أخيراً بأنها لا تتوقف على قبول، وتثبت لمستحقيها بمجرد الوفاة. فليس للقبول فيها موضوع وليس للرد فيها محل^[29]، وإن ردها أصحابها كانت تبرعاً منهم^[30].

والوصية الواجبة وإن اتفقت مع الميراث في أن مصدرهما القانون، وأنهما لا يتوقفان على قبول وأنهما لا يراد برده أحد وأن قسمة الوصية الواجبة كقسمة الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين، وأن كل فرع يحجب فرعه، على أن أهم ما يميز الوصية عن الميراث أنها لا تجب إلا حيث لا يتبرع الموروث على مستحقيها بمثل ما يرثون عن أصلهم المتوفى، فإن أوصى لهم أو تبرع عليهم بمثل ما يرثون ما كان لهم نصيب بمقتضى الوصية الواجبة، أما الميراث فلا يغني عنه هبة أو تبرع، كما أنه في الوصية الواجبة يحجب الأصل فرعه فقط دون فرع غيره أما الميراث فيحجب الأصل فرعه وفرع غيره^[31].

المطلب الثاني: المستند الفقهي للوصية الواجبة .

ينطلق الحديث عن المستند الفقهي للوصية الواجبة من قوله تعالى: (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين، فمن بدله بعد ما سمعه فإن إثمه على الذين يبدلونه إن الله سميع عليم^[32]).

قال جمع من أئمة الفقه والحديث من صحابة وفقهاء تابعين أن الآية في وجوب الوصية، وأنها نسخت الوصية للوالدين والأقربين الوارثين فقط، وبقي العمل بالوصية لغير الوارثين. وهو قول الحسن البصري وسعيد بن المسيب، ومسروق وطاوس والضحاك، وأحمد بن

^[28] وفي التحفة ما نصه: وهي لمن تملك منه يصح حتى لحمل واضح أو لم يضح. انظر: تحفة ابن عاصم ضمناً الموسوعة المنتخبة، م س، ص 144.

^[29] عبد الله الدرقاوي: أحكام التركات والمواريث وفق المدونة الجديدة للأسرة، ط. 2، س. 2011، شار النور، الرباط.
^[30] محمد الزحيلي، م س، ص 587.

^[31] الحجب في الاصطلاح: منع من قام به سبب الإرث من الإرث بالكلية أو من أوفر حظيه، وعرفته المدونة في المادة 355 بأنه: "الحجب منع وارث معين من كل الميراث أو بعضه بقريب بأخر".

وهو نوعان: حجب نقل وهو ثلاث أنواع، نقل من فرض إلى فرض أقل منه ومحل الأم والزوجة وبنت الابن والأخت للأب. والنقل من فرض إلى تعصيب ومحل الإناث مع من يعصبن إما تعصبا بالغير أو مع الغير. ثم النقل من تعصيب إلى فرض وهذا يتعلق بالأب والجد أما حجب الإسقاط فقد ذكرته المدونة بالتفصيل في المادة 358.

^[32] الآية 180 من سورة البقرة.

خليل وداوود الظاهري وابن راهوية وابن حزم³³[33]، ومع قولهم بأن آية الوصية لم تنسخ، اعتبروا أن عدم العمل بها أمر ديني، وأن الإنسان يأتّم ديانة بتركها، أما الإمام ابن حزم فقد ذهب وحده إلى القول بأن الوصية واجبة ديانة وقضاء، فإن لم ينشئها الموصي لأقربائه الذين لا يرثون وجبت على الورثة لقوله تعالى: (إذا حضر القسمة أولو القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه)³⁴[34]، فإن امتنع الورثة من إخراجها، كان لولي الأمر ذلك، دون أن يحدد ابن حزم نصاباً معيناً وترك تحديد نصابها إلى اجتهاد ولي الأمر بحسب تصوره حسب ظروف التركة وعدد من يستحقون العطية³⁵[35].

³³[33]- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، طبعة دار الفكر، ج 8، ص 122.

محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، دار الفكر العربي، ط. 1409، ص. 196. - انظر مدى اختلاف الفقهاء حول نسخ آية الوصية: - محمد بن عبد الله ابن العربي، أحكام القرآن، مطبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة، 1958. - أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، المطبعة البهية المصرية، ميدان الجامع الأزهر، مصر 1347هـ. - محمد بن جرير الطبري، جامع البيان، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ط. 3، س. 1953.

³⁴[34]- جاء في المحلى: "إذا حضر القسمة أولو القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه...". - من طريق البخاري عن ابن عباس قال: "فلا والله ما نسخت، ولكنها مما تهاون الناس بهما، هما واليان، وال يرث وذلك الذي يرزق، ووال لا يرث فذلك الذي يقول بالمعروف يقول: "لا أملك أن أعطيك". - وعن عبد الرحمان بن أبي بكر الصديق قال: "هي واجبة يعمل بها وقد أعطيت بها". وعن أسماء بنت عبد الرحمان بن أبي بكر الصديق والقاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق: أن عبد الله بن عبد الرحمان بن أبي بكر الصديق قسم ميراث أبيه عبد الرحمان، وعائشة يومئذ حية فلم يدع في الدار مسكينا ولا قرابة إلا أعطاهم، وتلا الآية: "وإذا حضر القسمة...."

يراجع: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد ابن حزم، المحلنطبعة الأولى، 1351 ج. 9، المسألة 1747.

³⁵[35]- يقول ابن حزم: "... وفرض على كل مسلم أن يوصي لقرابته الذين لا يرثون إما لرق وإما لكفر وإما لأن هنالك من يحجبهم عن الميراث أو لأنهم لا يرثون، فيوصي لهم بما طابت به نفسه، لا حد في ذلك، فإن لم يفعل أعطوا ولا بد ما رآه الورثة أو الموصي، فإن كان والده أو أحدهما على الكفر أو مملوكا فرض عليه أيضا أن يوصي لهما أو لأحدهما إن لم يكن الآخر كذلك. فإن لم يفعل أعطي أو أعطيا من المال ولا بد، ثم يوصي فيما يشاء بعد ذلك. فإن أوصى لثلاثة من أقاربه المذكورين أجزاه، والأقربون هم من يجتمعون مع الميت في الأب الذي به يعرف إذا نسب، ومن جهة أمه كذلك أيضا هو من يجتمع مع أمه في الأب الذي يعرف بالنسبة إليه لأن هؤلاء في اللغة أقارب ولا يجوز أن يوقع على غير هؤلاء اسم أقارب بلا برهان.

- برهان ذلك قوله تعالى: ﴿الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين فمن بدله بعدما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه إن الله سميع عليم﴾

فهذا فرض كما تسمع فخرج منه الوالدان والأقربون الوارثون وبقي من لا يرث منهم على هذا الفرض، وإذ هو حق لهم واجب، فقد وجب لهم من ماله جزء مفروض إخراج له من واجب له أن ظلم هو ولم يأمر بإخراجه. وإذا أوصى لمن أمر به فلم ينفه عن الوصية لغيرهم فقد أدى ما أمر به، وله أن يوصي بعد ذلك بما أحب، ومن أوصى لثلاثة أقربين فقد أوصى للأقربين، وهذا قول طائفة من السلف روي من طريق عبد الرزاق عن معمر وابن جريج كلاهما عن عبد الله بن طاوس عن أبيه قال: " من أوصى لقوم وسماهم وترك ذوي قرابته محتاجين انتزعت منهم وردت على ذوي قرابته، فإن لم يكن في أهله فقراء فلاهل الفقر من كانوا."

ومن آراء ابن حزم استمد القانون المغربي والقوانين العربية الأخرى كالقانون المصري والسوري والكويتي والليبي مبدأ الوصية الواجبة.

المطلب الثالث: الوصية الواجبة في التشريعات الحديثة

الوصية الواجبة صناعة قانونية جاء بها المشرع لحل مشاكل واقعية تتعلق بالأسرة، خاصة هؤلاء الأحفاد الذين يفقدون أباهم أو أمهم في حياة الجد ويجدون أنفسهم محجوبين من الإرث فإن "هؤلاء قلما يرثون بعد موت جدهم أو جدتهم لوجود من يحجبهم من الميراث، مع أن آباءهم قد يكونون ممن شاركوا في بناء الثروة التي تركها الميت وقد يكونون في عياله يمونهم وأحب شيء إلى نفسه أن يوصي لهم بشيء من ماله ولكن المنية عاجلته فلم يفعل شيئاً أو حالت بينه وبين ذلك مؤثرات وقتية"³⁶. [36]

وقد أبان مشروع مدونة الأحوال الشخصية الملغاة عن سبب تشريع الوصية الواجبة بقوله: "نرى كثيراً من الحفدة يبغون عرضة للضياع وعدم الاهتمام بسبب موت والدهم حتى عبر عامتنا عن ذلك بالمثل الذي يقول من مات والده قبل جده لم ينل غير الهم من بعده، فالمصلحة الاجتماعية ولا شك تقتضي العناية بإيجاد مخرج شرعي للحفيد، ولا يمكن ذلك عن طريق توريثه، ولكن يمكن أن يجري ذلك على مبدأ الوصية الواجبة"³⁷. [37]

وسنقتصر في دراسة الوصية الواجبة في التشريعات الحديثة على التشريع المصري والتشريع السوري للأسباب التي سيتم بيانها.

ومن طريق عبد الرزاق عن معمر عن قتادة عن الحسن قال: "إذا أوصى في غير أقرابه بالثلث جاز لهم ثلث الثلث ورد على قرابته ثلثا الثلث." - ومن طريق الحجاج بن المنهال أبو =

= هلال عن قتادة عن سعيد بن المسيب أنه قال فيمن أوصى بثلثه في غير قرابته فقال: "للقرابة الثلثان ولمن أوصى له الثلث." - وقال مسروق: "إن الله قسم بينكم فأحسن القسمة وأنه من يرغب برأيه عن رأي الله عز وجل يضل، أوص لقرابتك ممن لا يرث ثم دع المال على ما قسمه الله. وعن قتادة في قول الله تعالى: إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين: قال نسخ منها الوالدان وترك الأقارب ممن لا يرث." ابن حزم، م س، ج 9، مسألة 1751.

³⁶[36]- المذكرة التفسيرية لمشروع قانون الوصية المصري ضمن، كتاب انتقال ما كان يملكه الإنسان حال حياته إلى غيره بعد موته، أحمد إبراهيم بك، انتقال ما كان يملكه الإنسان حال حياته إلى غيره بعد موته، مطابع إبراهيم روز، اليوسفية الجديدة، الطبعة الثانية، 1988، ص 1062.

³⁷[37]- انظر: نص التقرير، مجموعة التشريع المغربي، م س، ص 97. ومما جاء فيه أيضاً: "نحن لا نريد الآن أن نطلب منها الأخذ بذلك في حق القرابة جميعاً، وإنما نقترح على جهة الإحسان =

= إجراء العمل بقول من يذهب لوجوب الوصية في خصوص مسألة الحفدة الذين يموت أبواهم قبل أجدادهم، ويترك أجدادهم خيراً بحيث يرث الحفدة ما كان يرثه أبوهم للذكر مثل حظ الأنثيين. لقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اختلاف أمتي رحمة، ومعنى ذلك بلا شك أن الاختلاف يساعد على الاختيار وعلى إيجاد الحلول للمشاكل فحسب أن يكون الخلاف في أمر الوصية الواجبة رحمة بهؤلاء الحفدة ننقدم مما يلحق بهم عادة من الأضرار..."

أولاً: الوصية الواجبة في القانون المصري.

القانون المصري هو أول قانون عربي أخذ بالوصية الواجبة³⁸[38]، ومنه انتقلت إلى باقي القوانين العربية، وخالصة ما جاء به هذا القانون من أحكام الوصية الواجبة أنه يجب على كل إنسان قبل موته أن يوصي لولد ولده الذي قد مات في حياته وترتب عن ذلك حرمان أولاده من الإرث في جدهم بسبب الحجب، فإن لم يفعل تكون الوصية بمثل نصيب الولد المتوفى لأولاده، شرط أن لا تتجاوز الثلث، فإن تجاوز الثلث، لا ينفذ الزائد إلا بإجازة الورثة، ويقسم الثلث بينهم قسمة ميراث. وهي تجب لأولاد الأبناء المسمون بأولاد الظهور مهما نزلت درجاتهم، أما أولاد البنات وهم المسمون بأولاد البطون فلا تجب إلا على فروع الطبقة الأولى. وإن أوصى الإنسان قبل موته لمن وجبت له الوصية من المذكورين بأكثر من نصيبه كانت الوصية اختيارية، وإن أوصى له بأقل وجب تكميل نصيبه وإن أوصى للبعض دون الآخر استحق غير الموصى له نصيبه وإن ضاق الثلث فالوصية تكون منه³⁹. [39].

ثانياً: الوصية الواجبة في القانون السوري.

أخذ القانون السوري أحكام الوصية الواجبة⁴⁰[40] من القانون المصري وقصر طائفة المستفيدين منها في أولاد الابن دون أولاد البنت بحجة أن أولاد البنت من ذوي الأرحام وأنها تجب لأولاد الابن وإن نزلوا وأن كل أصل يحجب فرعه دون سواه وأن نصابها يتحدد في مقدار الحصة التي تكون لأصلهم المتوفى شريطة عدم تجاوز الثلث وأنها تقسم بينهم قسمة ميراث⁴¹[41]، وأن الوصية الواجبة مقدمة على سائر الوصايا عند التزام.

³⁸[38]- المواد 76 إلى 79 من قانون الوصية المصري رقم 71، لسنة 1946.

³⁹[39]- أحمد إبراهيم بك، م س، ص 973 وما بعدها.

- محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، م س، ص 194 وما بعدها.

أحمد محمود شافعي، الوصية والوقف في الفقه الإسلامي، دار الهدى للمطبوعات، ص 103 وما بعدها.

بدران أبو الحسين بدران، الموارث والوصية والهبة، مطبعة التجارة الإسكندرية، ط 1775، ص 167 وما بعدها.

==

== تجدر الإشارة إلى أن القانون الكويتي أخذ الأحكام المتعلقة بالوصية الواجبة عن القانون المصري في القانون رقم 5 سنة 1971 وحصرها في أهل الطبقة الأولى من أولاد البنات وبأولاد الأبناء من أولاد الظهور وإن نزلوا، وتكاد تكون أحكام القانون الكويتي مطابقة مع أحكام القانون المصري في مادة الوصية الواجبة.

⁴⁰[40]- المادة 257 من قانون الأحوال الشخصية السوري لسنة 1935.

⁴¹[41]- وهبة الزحيلي، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، سورية، ط 2، س. 1996، ص 105 وما بعدها. محمد الزحيلي، م س، ص 525 وما بعدها.

تجدر الإشارة إلى أن أحكام الوصية الواجبة في القانون الأردني مطابقة لأحكام الوصية في القانون السوري.

المبحث الثاني: الوصية الواجبة في القانون المغربي

تتطلب الوصية الواجبة في القانون المغربي بيان نشأتها وتطورها في التشريع وبيان مستحقها وشروط وجوبها ونطاقها الكمي أي نصابها.

المطلب الأول: نشأة الوصية الواجبة وتطورها

أولاً - الوصية الواجبة في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة:

من مجموع الآراء الفقهية القائلة بوجوب الوصية، ومن التشريعات العربية الحديثة استمد المشرع المغربي مبدأ الوصية الواجبة، واستحدث العمل بها بموجب الظهير الشريف 112581 بتاريخ 1958/4/3 الذي بموجبه تم تطبيق مقتضيات الكتاب السادس المتعلق بالميراث وتناولها في الفصول 266 إلى 269 بإدخال الغاية، وبدأ سريان العمل بها ابتداء من 1958⁴²/4/4. [42]

وتكاد تكون أحكام الوصية الواجبة في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة مطابقة لأحكام الوصية الواجبة في القانون السوري. حيث تم حصر الوصية الواجبة في أولاد الابن دون أولاد البنات على أن يأخذوا مقدار حصة أبيهم، شرط أن لا يتجاوز ثلث التركة، وأنهم لا يستحقون الوصية إذا كانوا وارثين أو كان موصى لهم بقدرها، ولا تختلف عنه إلا فيما أورده القانون السوري في الفقرة 4 من المادة 275 المشار إليها قبله، من أن الوصية الواجبة مقدمة على الوصايا الاختيارية في الاستيفاء من ثلث التركة، في حين سكت المشرع المغربي عن التنصيص على هذا المقتضى رغم أن رقوم ألفاظ النصين تكاد تكون واحدة.

وقد لاقى هذا الموقف انتقاداً من طرف بعض الفقهاء الذين رأوا أن قصر الوصية الواجبة على أبناء الابن دون أبناء البنات فيه أثر من الجاهلية الأولى ويتنافى والهدف من الوصية الواجبة التي شرعت لتلافي حالة من لا يرث من الأقربين⁴³. [43]

ومن المفيد الإشارة إلى أن مشروع مدونة الأحوال الشخصية الذي قدمته وزارة العدل للجنة المكلفة بوضع المدونة آنذاك كان قد أدرج الوصية الواجبة ضمن كتاب الوصية الذي شمل سبعة أبواب آخرها تم تخصيصه للتنزيل والوصية الواجبة ويشمل فصلين اثنين وكان الفصل الأخير ينص على أنه: "إذا كان من أقرباء الهالك من حجب عن الإرث منه لعدم وجود وصية، وجبت له الوصية بالمعروف، وإذا أهمل الهالك هذا الواجب تداركه القاضي ونفذه"،

انظر: - المادة 182 من القانون الأردني رقم 61 لسنة 1976.

[42]- وهو تاريخ النشر بالجريدة الرسمية عدد 2371 بتاريخ 1958/4/4.

[43]- هشام قبلان، الوصية الواجبة في الإسلام، منشورات عويدات، بيروت باريس ط. 2، س. 1985، ص 63.

لكن الاقتراح لم يلق ترحيبا فخرج الكتاب 5 المتعلق بالوصية خاليا من أحكام الوصية، رغم أن مكانها الطبيعي هو الكتاب 5.

وبمناسبة مناقشة فصول الكتاب 6 المتعلق بالإرث أعيدت من جديد مناقشة مسألة الوصية الواجبة فوافقت اللجنة على الاقتراح وجاء النص الرسمي في الكتاب 6 المتعلق بالميراث مشتملا على النصوص المتعلقة بالوصية الواجبة، وأندلك هو سبب ورود الوصية الواجبة ضمن كتاب الإرث وليس معنى ذلك أن المشرع ألحقها بالإرث^[44]، ذلك ما أبان عنه مشروع مدونة الأحوال الشخصية الملغاة.

ثانيا - الوصية الواجبة في مدونة الأسرة:

ظلت مدونة الأسرة وفيه لمبدأ الوصية الواجبة، وأمام تنامي المطالب النسائية الهادفة إلى المساواة في جميع الحقوق^[45]، وتلافيا للانتقادات الموجهة لمدونة الأحوال الشخصية عملت مدونة الأسرة على توسيع دائرة المستفيدين من الوصية الواجبة حيث أشركت الأسباط مع الأحفاد فيها وفقا لشروط معينة حددتها في المواد من 369 إلى 372، وبدأ سريان العمل بها ابتداء من 2004/2/5^[46]، وقد قضت محكمة النقض: "بأنه إذا كان للقانون الوضعي أثر فوري ويطبق على الأحداث والوقائع التي حدثت في ظله وابتداء من تاريخ نفاذه، فإنه ليس من شأن هذا التطبيق أن ينال من الحقوق المكتسبة في ظل القانون القديم، فإن كان البين من أوراق الملف أن جد الطالبين لأهمم الحاج أحمد عيبا قد توفي خلال سنة 1966 وفي وقت كان فيه قانون مدونة الأحوال الشخصية هو الساري المفعول والذي لم تكن تسمح مقتضياته لأبناء البنات من الاستفادة من الوصية الواجبة على غرار ما ورد بالمادة 369 من مدونة الأسرة الذي أصبح نفاذا ساريا ابتداء من 2004/2/5 فلا يسوغ تطبيق مقتضيات هذه المادة على التركة التي انتقلت إلى الورثة خلال سنة 1966 في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة لما في ذلك من مساس بالحقوق المكتسبة في ظلها، وأن عدم قسمة التركة لا تأثير له لأن الحقوق المتعلقة بها تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة، وما يتمسك به الطالبون بشأن الفصل 296 من مدونة الأحوال الشخصية الملغى لا أساس له لانعدام وجود نص

^[44] - للمزيد حول الموضوعيراجع نص مشروع مدونة الأحوال الشخصية، ضمن مجموعة التشريع المغربي، م س، ص 87 وما بعدها. وحتى مدونة الأسرة لم تراجع التاريخ لتعيد الأمور إلى نصابها جمعا للنظائر ليستقيم التشريع ويساير نظراءه من التشريعات الحديثة التي عالجت الوصية الواجبة ضمن أحكام الوصايا، فأوردت أحكام الوصية الواجبة ضمن أحكام الميراث فساعدت بذلك على تكريس اللبس وهو ما يزيد في وصف المدونة بأنها ذات طابع محدود ومتواضع.

^[45] - دليل من أجل المساواة في الأسرة المغربية، مجموعة 95 المغربية من أجل المساواة، منشورات مجموعة 95 المغربية.

^[46] - وهو تاريخ نشرها بالجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 2004/2/5.

مماثل في مدونة الأسرة، مما يجعل الوسيلة بدون أساس⁴⁷[47]، وحبذا لو أن المشرع وهو يتحرك في مساحة اجتهادية وسع دائرة المستفيدين ليشمل من لا يرث من الوالدين بسبب اختلاف الدين وكذلك الزوجة الكتابية بسبب تزايد الزواج المختلط⁴⁸[48]، وبذلك يعم العدل في أسمى صورته ليوزع بالقسطاس.

ولنفس المبررات المعتمدة في تقرير الوصية الواجبة ليشمل جميع الحالات التي لا يرث فيها الوالدان أو الزوجة بسبب اختلاف الدين، وفي ذلك تأكيد على أن الإسلام دين الفطرة والتسامح والجماعة، لذا ينبغي تقنين الوصية الواجبة للوالدين غير المسلمين والزوجة الكتابية بما يعادل حصتهم في الميراث أو أقل متى لم تتم لهم الوصية إراديا.

المطلب الثاني: مستحقو الوصية الواجبة وشروطها

أولا -الأشخاص الذين تجب لهم الوصية الواجبة:

نصت المادة 372 على أنه: "كون هذه الوصية لأولاد الابن وأولاد البنت وأولاد ابن الابن وإن نزل، واحدا كانوا أو أكثر، للذكر مثل حظ الأنثيين، يحجب فيهما كل أصل فرعه دون فرع غيره، ويأخذ كل فرع نصيب أصله فقط"، ويتبين من هذا أن المشرع المغربي وسع دائرة المستفيدين من الوصية الواجبة، فبعد أن كانت مدونة الأحوال الشخصية تحصرها في أولاد الابن فقط أضحت في ظل مدونة الأسرة تشمل حتى أولاد البنت أسوة بالتشريع المصري، وهكذا تكون الوصية الواجبة في القانون المغربي:

أولاً: لأولاد الابن وإن نزلوا أو قل لأولاد الظهور كما يعبر القانون المصري، وهم من لم يكن في اتصالهم بالموروث أنثى.

⁴⁷[47]- قرار المجلس الأعلى عدد 390 الصادر بتاريخ 2010/8/31 ملف عدد 162-1-2-2009.

⁴⁸[48]- يميز محمد الكشور في الزواج المبرم في إطار القانون الدولي الخاص بين:

أولاً: زواج الأجنبي وهو ذاك الذي يتم بين شخصين يحملان جنسية دولة أجنبية واحدة أو جنسيتين أجنبيتين مختلفتين عن بعضهما والذي يخضع للقواعد الموضوعية والشكلية المستمدة من الفصل الثامن والحادي عشر من ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب، وتسري عليه من حيث الإنشاء أو السريان أو الآثار، أو من حيث انقضائه مقتضيات القانون الوطني لكل من الزوجين.

ثانياً: الزواج المختلط وهو الذي يبرم بين شخصين أحدهما يحمل الجنسية المغربية والآخر يحمل جنسية دولة أجنبية، ويشترط لصحته احترام العنصر الديني واستيفاء كل الشروط المتطلبية بمقتضى المدونة ويمكن إبرامه أمام ضابط الحالة المدنية أو أمام عدلين وهو يرتب نفس الآثار القانونية المترتبة عن الزواج إلا ما تعلق بالإرث حال اختلاف الدين، كما قد يطرح أيضا مسألة الحضانة. انظر - محمد الكشور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، ط. 5، ص. 72 وما بعدها.

ثانياً: لأولاد البنت ذكورا أو إناثا وينحصرون في الطبقة الأولى من أبناء البطون، وفي تطبيق ذلك قضت محكمة النقض: " ..بأن المطلوبين أثبتوا وفاة والدتهم سنة 1975 بموجب الإرث المشار إليها، كما أثبتوا وفاة جدهم من أمهم في 2004/2/19 بموجب شهادة الوفاة المذكورة، أي بعد تطبيق المدونة، والمحكمة لما اعتمدت على هذين المستنديين باعتبارهما مستنديين رسميين ولم يطعن فيهما، وقضت باستحقاق المطلوبين للوصية الواجبة في جدهم من أمهم باعتباره توفي بعد تطبيق مدونة الأسرة، فإنها تكون بذلك قد بنت قضاءها على أساس⁴⁹. "[49]

ويترتب عن ذلك مسألتان: الأولى أن كل أصل في هذه الوصية يحجب فرعه دون فرع غيره، وأن حصة المتوفى يأخذها أولاده، فإن كان ابن البنت هو المتوفى فإن فرعه لا يرث بالوصية الواجبة لأنه من الطبقة الثانية، والثانية أن قسمة الوصية بين مستحقيها تكون كقسمة الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين.

ثانياً -شروط وجوب الوصية الواجبة:

يشترط لوجوب الوصية الواجبة وفقاً لأحكام المادتين 369 و371 من المدونة ثلاثة شروط:

1: تجب الوصية لفرع الولد الذي مات في حياة أبيه أو أمه سواء مات حقيقة كالمقتول أو حكماً كالمفقود متى صدر الحكم بتمويلته⁵⁰[50]، ويستوي أن يكون موت الفرع سابقاً للأصل أو مات معه بحيث لم يعرف السابق من اللاحق كمن يموت مع والديه في حادث سيارة مثلاً، ولئن كان الشك في معرفة من منهما سابق إلى الموت مانع من الميراث⁵¹[51]، فإنه في

⁴⁹[49]- قرار المجلس الأعلى عدد 535 الصادر في 24-10-2007 ملف عدد 605-2-1-2006.

⁵⁰[50] - من المفيد الإشارة إلى قرار حديث لمحكمة النقض قرر أن للمحكمة الصلاحية في تحديد أمد المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها، وهي في ذلك لا تنتقد بسن التعمير المقرر في الفقه المالكي، قرار محكمة النقض عدد 195 بتاريخ 2010/4/13 ملف عدد 417-2-1-2009. وانظر للمزيد تحقيقنا علنفس القرار تحت عنوان: تمويت المفقود، نشرة قرارات محكمة النقض، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، العدد 10.

⁵¹[51]- انظر: تنص المادة 328 من مدونة الأسرة على أنه: إذا مات عدة أفراد، وكان بعضهم يرث بعضاً، ولم يتم التوصل إلى معرفة السابق منهم، فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر، سواء كانت الوفاة في حادث واحد أم لا.

وموانع الإرث في المذهب سبعة رمز إليها صاحب الدرّة البيضاء تسهيلاً للحفظ بقوله:

موانع الإرث سبع وهي في "عش لك رزق" حصرت فلتقتفي

وفصلها الشيخ الرسومي بقوله: يمنع الإرث عدم استهلال شك، لعان، كفرذيعتزال

رق، زنا، وقتل ظلم مسجلاً إلا الولا عن عتق قد قتلاً

ويمنع الخطأ إرث الدية وقاتل لحقمن الورثة

والمدونة أشارت إلى هذه الموانع في الفصل 328 المشار إليه والفصول 331 و332 و333.

الوصية الواجبة لا يعتبر كذلك بل هو سبب لوجوبها، بدليل لفظة "قبلة أو معه" التي وردت بالمادة 369 من المدونة.

2: أن لا يكونوا وارثين في أصلهم المتوفى جدا أو جدة، فإن كانوا كذلك، لا تجب لهم الوصية الواجبة قل نصيبهم الإرثي أو جل.

3: أن لا يكون أصلهم المتوفى جدا أو جدة أعطاهم على وجه التبرع ما يساوي على الأقل مقدار ما يجب لهم بمقتضى الوصية الواجبة، فإن كان ما أعطاهم يقل عما يجب لهم بالوصية الواجبة يكمل لهم نصيبهم القانوني في حدود نصاب الوصية الواجبة.

المطلب الثالث: نصاب الوصية الواجبة.

لم يحدد الفقهاء الذين قالوا بالوصية الواجبة مقدارا معيناً، فابن حزم لم يحدد لها نصاباً معيناً، وترك أمر تقديرها للموصي أو للقاضي بحسب اجتهاده، أما مدونة الأسرة فلم تتركها دون تحديد وإنما حددت لها حداً أقصى لا يمكن تجاوزه وهو الثلث من التركة، فإن كانت حصة من تجب لهم أكثر من ذلك حصرت في الثلث كسائر الوصايا، وإن كان أقل من ذلك أعطوا ما يستحقون، ويتمثل الحد الأدنى للوصية الواجبة في مقدار الحصة التي كان سيرثها موروثهم عن أصله المتوفى لو بقي حياً.

والخلاصة أن الوصية الواجبة تقدر بالأقل من القدرين، الميراث الذي كان يستحقه الفرع الذي توفى في حياة أصله، والثلث، فإن كان الميراث هو الأقل قدرت به، وإن كان أكثر قدرت بالثلث⁵². [52]

وقد عرفت مقتضيات الفصول 266 و267 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة والتي تقابلها المواد 369 و370 من مدونة الأسرة خاصة عبارة "بمقدار حصتهم" الواردة في القانونين تفسيراً متبايناً عند التطبيق، وينطلق الخلاف من طرح السؤال التالي: "هل يعطى للحفدة نصيب أبيهم وأمه اللذان كانا يستحقانه من تركة أصله أو أصلها لو قدرت حياتهما، أم أن نصيب الحفدة يتحدد حسب حصتهم في مسألة أبيهم أو أمهم؟"

ويستفاد منها أن موانع الإرث سنة فقط: الشك، وعدم الاستهلال واختلاف الدين، ومن نفي الشرع نسبه والمقصود ابن الزنا، وابن الملاعنة، ثم القتل العمد على أن القاتل خطأ يرث في المال دون الدية، وهنا نسجل تأثير المشرع المغربي بالمصطلحات المستعملة قديماً كمصطلح الدية.

⁵²[52]- محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، م س، ص 180.

فذهب رأي أول إلى أن نصيب مستحقي الوصية الواجبة يكون بمقدار سهم أبيهم لا بمقدار سهمهم باعتبارهم حفدة⁵³[53]، وأنه على ذلك تكون عبارة حصتهم مجرد حشو⁵⁴[54]، وإقحام في النص مستمد من القانون السوري⁵⁵. [55]

وعلى هذا الرأي نبه مولاي عبد الواحد العلوي وهو أحد أعضاء اللجنة التي أوكل إليها تقنين مدونة الأحوال الشخصية إذ قال: "لذا جعل قانون الأحوال الشخصية للمملكة المغربية للحفدة الذين توفى أبائهم في حياة جدهم أو جدتهم حظا واجبا لهم من متخلفهما استندراكا عليهما، لا يتعدى حظ أبيهم الميت كما لا يتعدى مطلقا ثلث التركة، وهي في هذا، كالتنزيل الذي حكمه هو أن يخرج من الثلث، فالوصية الواجبة التي أقرها القانون المغربي لم تدخل أي تغيير على حظوظ الوارثين بالفرض أو بالتعصيب، إلا ما يدخله عليهم التنزيل الذي يقوم به الهالك قيد حياته⁵⁶". [56]

وهو نفس الرأي الذي أكده حماد العراقي عضو لجنة تدوين مدونة الأحوال الشخصية بجعله مسألة الوصية الواجبة كالعائلة، بحيث يدخل ضرر الوصية الواجبة على جميع الورثة ذوي الفروض وغيرهم لأنها وصية لا ميراثا⁵⁷[57]، وتبعه آخرون⁵⁸. [58]

في حين يذهب الرأي الثاني ويمثله الغازي الحسيني إلى القول بأن: "مقدار الوصية الواجبة هو مقدار الحصة التي يرثها الأحفاد من الحصة التي يرثها أبوهم من جدهم أو من جدتهم على فرض أنه بقي حيا بعد أبيه أو أمه (أو جده أو جدته) وليس مقدار الوصية الواجبة هو جميع الحصة التي يرثها والد الأحفاد من أبيه أو من أمه لأن القانون المغربي لم يطبق عليها مقدار التنزيل بالمساواة، بل حددها بمقدار آخر يساويه أو يكون أقل منه، والقول بخلاف ذلك أي جعل حصة الوصية الواجبة هي حصة الابن المتوفى مع وجود من يرثه بالفرض فيه تضييع لورثة الأصل في جزء من ميراثهم⁵⁹[59]، وعلى هذا الرأي الثاني صار قضاء

⁵³[53]- جلول محمد النقاشي، الوصية الواجبة في الإسلام، دار كريما ديس للطباعة، تطوان، ط. 1، س. 1965، ص. 9.

⁵⁴[54]- جلول محمد النقاشي، م س، ص 9.

⁵⁵[55]- محمد رياض، أحكام الموارثيين النظر الفقهي والتطبيق العملي وفق مدونة الأحوال الشخصية المغربية، مطبعة النجاح الجديدة، ط. 1، س. 1998، ص 250.

⁵⁶[56]- عبد الواحد العلوي، الموارث، مطبعة جامعة محمد الخامس، فاس 1977، ص 95.

⁵⁷[57]- حماد العراقي، الوثائق العدلية وفق مدونة الأحوال الشخصية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص 103.

⁵⁸[58]- محي الدين اسماعيل علم الدين، الأموال والموارث والوصية، ص 328 وما بعدها.

⁵⁹[59]- الغازي الحسيني، مختصر الفرائض والحقوق الإرثية، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية 1982، ص 151. - العلمي الحراق، مدونة الأسرة والتوثيق العدلي، دراسات وتعليق، نشر وتوزيع مكتبة دار السلام بالرباط، ط. 2005، ص 138. - عبد الرحمان بلعكيد علم الفرائض والموارث، مطبعة النجاح الجديدة، ط. 3، س. 1995، ص 277 وما بعدها.

محكمة النقض، حيث جاء في أحد قراراتها: "يكون نصيب الأحفاد بمقتضى الوصية الواجبة مساويا لنصيبهم في والدهم فيما يرثه من جدهم على فرض تأخير وفاته عليه. نصيب الطاعنة باعتبارها الوارث الوحيد لوالدها هو النصف فيما يرثه من والده وليس جميع الحصة لقوله تعالى: [وإن كانت واحدة فلها النصف]. إن الفصل 269 من مدونة الأحوال الشخصية يتعلق ببيان حكم اقتسام الوصية الواجبة بين الأحفاد وما يتعرض له عمود نسبهم من حجب الأصل لفرع دون فرع غيره واختصاص كل فرع، لم يحجب بأصله بما ينوب أصله، ولا منافاة بين هذا الفصل وبين الفصل 267 الوارد قبله لاختلاف أحكام كل منهما⁶⁰". [60]

ويظهر أن محكمة النقض سايرت الرأي الرسمي لوزارة العدل الذي أعلنت عنه في كتاب وجهته إلى السيد وزير الفلاحة والإصلاح الزراعي بتاريخ 1980/1/25 جوابا عن استشكله أمر تطبيق الوصية الواجبة⁶¹[61]. وفيما ورد بالدليل العملي لمدونة الأسرة⁶². [62].

وقد انتقد محمد رياض هذا الاتجاه الثاني انطلاقا من قرار المجلس الأعلى، واعتبر ما ذهب إليه مناقضا لظاهر نص الفصل 266 والفصل 267 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة وأن الوقوف عند عبارة "بمقدار حصتهم" وتفسيرها بمقدار إرثهم، زيادة على النص، يتوقف على تصريح من واضع النص، أو توضيح على أن المقصود من معنى الوصية الواجبة خضوعها لإرث الأحفاد لإرث نصيب أبيهم من جدهم، فيكون هناك إرث مركب وليس هناك وصية مقدرة على أساس إرث أب الأحفاد لأصله فقط. وأن الاستدلال بقوله تعالى: (وإن كانت واحدة فلها النصف). استدلال في غير محله لأن الآية في الإرث، والمجال مجال وصية وينتهي إلى تأييد الرأي الأول اعتمادا على ظاهر النص وحقيقته وأن العدول عن الحقيقة إلى التأويل يحتاج إلى دليل منفصل⁶³. [63].

⁶⁰[60]- قرار المجلس الأعلى عدد 805 بتاريخ 1985/5/28، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 37 و38، ص. 122.
⁶¹[61]-راجع كتاب السيد وزير العدل عدد 20396 بتاريخ 1980/1/25 ومما جاء فيه: "... و جوابا ... أنهى إلى علمكم أن الفصل 267 الموالي للفصل 266 المشار إليه حدد بوضوح كيفية تطبيق الوصية الواجبة حيث ورد فيه ما يلي: " الوصية الواجبة لهؤلاء الأحفاد تكون بمقدار حصتهم مما يرثه أبوهم عن أصله على فرض موت أبيهم إثر وفاة أصله المذكور على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة. وعليه يظهر أن العقد العدلي الذي منحت بموجبه البنات المنفردة نصف حصة ما كان يرثه أبوها عن أصله هو الصواب شريطة أنلا تتعدى حصتها ثلث التركة". وقد عمم السيد المحافظ العام رئيس إدارة المحافظة على الأملاك العقارية فحوى هذا الكتاب على كل السادة المحافظين على الأملاك العقارية والرهون بموجب كتابه عدد 426 بتاريخ 1980/3/21 والعمل بالمحافظة اليوم جار على مقتضاه.

⁶²[62]- انظر: - الدليل العملي لمدونة الأسرة، م س، ص 370.

⁶³[63]- انظر: - محمد رياض، م أحكام الموارث، م س، ص 248.

وقد انتقد بعض الفقهاء تحديد المشرع نصاب الوصية في ثلث التركة لأنه أحيانا قد لا يفي بالغاية المطلوبة، وضرب لذلك مثلا كما لو كان لأب خمسة أبناء وتوفي أربعة منهم وتركوا ذرية، وبقي الولد الخامس على قيد الحياة، فعند وفاة الأب يأخذ فروع أولاده الأربعة ثلث التركة عن طريق الوصية الواجبة ويأخذ الخامس الثلثين 2/3 في حين لو بقي إخوته على قيد الحياة لأخذ الخمس فقط، واقترح نتيجة ذلك أن يختلف نصاب الوصية الواجبة باختلاف الحالات، لأن الثلث هو نصاب الوصية الاختيارية لا الواجبة⁶⁴. [64]

والواقع أن بعض الأوضاع التي يثيرها تحديد نصاب الوصية الواجبة في الثلث وفقا للرأي الأول ولما يدعو إليه الأستاذ رياض يثير الاستغراب كما في الحالة التي يأخذ فيها الفرع حصة أكثر من حصة الأصل الآخر الموجود على قيد الحياة.

مثال ذلك أن يتوفى شخص ويترك على قيد الحياة: ولدين، وبنت، وبنت ابن توفي والدها قبل جدها، وترك ميراثا قدره سبعمائة فإن قسمة التركة تكون كالتالي: للابنين معا 400، وللبنات 100 ولبنت الابن 200 وهي مقدار ما ترثه في حصة والدها وهي دون الثلث، فكان أن أخذت بنت الابن أكثر من البنت التي من صلب الهالك، حتى أن بعض الفقهاء علق على هذه النتيجة بأنها منافية للعدالة وغير منطقية، وتخالف أحكام الميراث⁶⁵[65]. على أن تطبيق طريقة المناسخة في استخراج الوصية الواجبة يخفي مثل هذه الفروق، وهو ما يجعلني أميل إلى الطريقة الثانية في استخراج الوصية الواجبة لا شفقة على ذوي الفروض من الضياع كما يقول ذ رياض⁶⁶[66]، ولكن لما تؤدي إليه الطريقة الأولى من نتائج غير مستقيمة أعيت حتى من يقول بها فدعوا على الوصية الواجبة بأن تزول من نصوص المدونة أصلا ونوعا لضعف أصلها⁶⁷. [67]

ولأن تنظيم الوصية الواجبة باعتبارها قانونا وضعيا يجرى على تفسيرها قواعد تفسير القانون وقواعد الدلالات اللغوية، وقصد المشرع إن تبينت أمارته، وقامت شواهد، وإذا اعتبرنا قصد المشرع وجدنا الطريق معبدا للأخذ بالطريقة الثانية لأن المشرع عبر عن رأيه

⁶⁴[64]- انظر: هشام قبلان، م س، 60.

⁶⁵[65]- انظر: هشام قبلان، م س، ص 61.

⁶⁶[66]- انظر: محمد رياض، أحكام المواريث، م س، ص 249.

⁶⁷[67]- انظر: يقول ذ رياض: "وإن كان هناك من لا يستسيغ ما ذهبنا إليه وإن كنا أيضا لا نستسيغ ما ذهبوا إليه ولكل وجهة هو موليها" حتى يفتح الله بيننا وبينهم، فتزول الوصية الواجبة برمتها من نصوص المدونة أصلا وفرعا لضعف أصلها، وما يترتب عليها، ويومئذ يفرح المؤمنون". محمد رياض، أحكام المواريث، م س، ص 251.

في الدليل الرسمي الذي أعدته وزارة العدل، أن قصد المشرع أن يعطي الحفيد مقدار ما كان سيرثه في أبيه لا مقدار ما يرثه أبوه في أبيه⁶⁸. [68]

وللفائدة ورفعاً للخلاف أسوق نظاماً في طريقة استخراج الوصية هداية لمتلمس الطريق.

قد جاء للأحفاد في المدونة	وصية مالية محددة
تثبت في متروك جد من أب	أو جدة تكون أيضاً من أب
بشرط أن يكونوا غير وارثين	في أصلهم بسبب الحجب المبين
ومات والدهم قبل أصلهم	ولم ينزلوا من طرف جدهم
وأن ترد تحديد قدر الوصية	فاجعل إياهم عاصبا في المسألة
واستخرج الأصل وصح ما بها	من انكسار إن يكن أصابها
ثم اعتبره هالكا عن صحته	واستخرجن مسألة لوارثه
واقسم عليها حظه في السابقة	متبعا قواعد المناسخة
وحصة الأحفاد منه تعتبره	قدر الوصية إليهم بالنظر
ونصف حظه إلى الحفيدة	عند انفرادها بذوي الوصية
وما بقي يضاف كله إلى	ورثة الأصل بإرث يجتلى
فاحتسب لهم مسألة ارثيه	وبعدها مسألة الوصية
والفاضل أقسمه على الورثة	بمقتضى قواعد الوصية
ووارثي الأصل مع	يخرج ما ينوب للأحفاد
السداد ⁶⁹ [69]	

المبحث الثالث: تزام الوصايا مع غيرها من الوصايا

التزام يكون مع التعدد، والوصايا قد تتعدد بتعدد الموصى لهم أو بتعدد الموصى به أو بتعدد مصدر الوصية، والأصل في تعدد الوصايا قول السميع العليم: {الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف}⁷⁰. [70]

فالتعريف في قوله تعالى الوصية للجنس يشمل الوصية الواحدة والمتعددة. فمتى كانت الوصايا متعددة واتسع لها ثلث التركة أو التركة كلها عند إجازة الورثة، أخذ كل واحد من الموصى لهم وصيته كاملة، لا فرق بين الوصية للقربات أو للأشخاص، واجبة كانت أو

⁶⁸[68]- انظر: دليل عملي لمدونة الأسرة، م س، ص 217 وما بعدها.

⁶⁹[69]- انظر: الغازي الحسيني، مختصر علم الفرائض، م س، ص 155.

⁷⁰[70]- الآية 180 من سورة البقرة.

اختيارية⁷¹[71]. أما إن ضاق الثلث عن الوفاء بالوصايا و لم يجز الورثة أو أجازوا وكانت التركة لا تتسع لها جميعا، فعندئذ يكون التزاحم⁷²[72].

فالمقصود بالتزاحم إذا أن تتعدد الوصايا ويزيد مجموعها على ثلث التركة، ولم يجز الورثة هذه الزيادة، أو أجازوها ولكن التركة لا تتسع لها⁷³[73]، فيقال إن الوصايا قد تزاومت، أي أن المال قد ضاق عن تنفيذها على الوجه الذي أراده الموصي⁷⁴[74].

وإذا تزاومت الوصايا، فلا يخلو الأمر أن يكون التزاحم بين الوصايا الإرادية حيث يضيق الجمع والتوفيق بينها، أو بين الوصايا الإرادية والوصية الواجبة وعلى ذلك تقتضي غاية بحث تزاوم الوصايا تقسيم هذا الفرع إلى مبحثين: المطلب الأول: تزاوم الوصايا الإرادية، المطلب الثاني: تزاوم الوصية الإرادية والوصية الواجبة.

المطلب الأول: تزاوم الوصايا الإرادية

نظرا للطابع الديني الذي يكتسي الوصية في القانون المغربي، فإن دراسة تزاوم الوصايا الإرادية يستلزم التمييز بين تزاوم الوصايا في الفقه الإسلامي و تزاوم الوصايا في التشريع، وعلى ضوء هذا ينقسم هذا المطلب إلى فقرتين: (الفقرة الأولى): تزاوم الوصايا في الفقه الإسلامي، (الفقرة الثانية) تزاوم الوصايا في مدونة الأسرة.

الفقرة الأولى: تزاوم الوصايا في الفقه الإسلامي.

عالج الفقهاء مسألة تزاوم الوصايا الاختيارية وميزوا بين ثلاث حالات للمزاحمة: تزاوم وصايا العباد تزاوم وصايا القربات تزاوم وصايا العباد والقربات.

أولا- تزاوم وصايا العباد:

⁷¹[71]- محمد كمال الدين إمام، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر

والتوزيع، بيروت، لبنان، ط. 1، 1996، ص. 132.

⁷²[72]- محمد أبو زهرة، م/س، ص. 230.

⁷³[73]- محمود الشافعي، م/س، ص. 184. - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، م/س، ج 8، ص. 111.

[73]- عبد الودود محمد السريتي، الوصايا والأوقاف والمواريث في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية

للطباعة والنشر 1997، ص. 141.

إذا كانت الوصايا المتزاحمة كلها للعباد، كمن يوصي لزيد بوصية مستقلة ويوصي لعمر بأخرى ولا يتسع للوصيتين ثلث التركة أو كلها ولو مع الإجازة. فمذهب الظاهرية أنه ينظر إلى تاريخها ثم يبدأ بالأول فإذا تم الثلث بطل ما زاد عليه⁷⁵. [75]

ويرى المالكية أنه يجب البدء بما نص الموصي على البداية به ثم الأهم فالأهم والأكد فالأكد، تقدم أو تأخر⁷⁶. [76]

ويرى أبو حنيفة أن الوصية مهما زادت على الثلث ولم يجز الورثة الزائد، وقعت باطلة في القدر الزائد، فيفرض أنه أوصى لكل واحد بالثلث ويقسم بينهما الثلث بالتساوي نصفين على قدر حصتهما⁷⁷ [77]. في حين يرى الصحابيان أن الثلث يقسم بين الموصى لهما على نسبة أنصبتهم، وبه يقول الشافعية وبعض المالكية⁷⁸ [78]، ويظهر أن رأي الإمام أبو حنيفة هو الراجح لدى الحنفية⁷⁹. [79]

غير أنه يلاحظ أنه متى كانت إحدى هذه الوصايا بعين معينة أخذ الموصى له سهمه منها لا من غيرها، وأنه متى وجد بين الوصايا المتزاحمة وصية مؤقتة بمرتب لشخص أو لجهة ثم مات الشخص الموصى له كان نصيبه لورثة الموصي لأن الوصية بالمرتب تنتهي بموت صاحبها فينتقل ما بقي من الوصية إلى ورثة الموصي، وكذلك لو كانت الوصية بمرتب لجهة من جهات البر، ثم انقطعت هذه الجهة قبل انتهاء مدة الوصية⁸⁰ [80]. وتطبق هذه الأحكام سواء كانت الوصية بعين معينة وأخرى بمبلغ من المال، وثالثة بمنفعة معين، فتقدر كل وصية ليعرف مقدارها، وتخرج حصة كل موصى له بالمحاصة أو بالتساوي على الخلاف السابق بين المذاهب⁸¹. [81]

ثانيا- تزاحم وصايا القربات:

⁷⁵[75]- ابن حزم، م/س، ج3، ص.333

⁷⁶[76]- محمد الناويل، م/س، ص.508

⁷⁷[77]- محمد الزحيلي، م/س، ص.549

⁷⁸[78]- أحمد الحصري، التركات و الوصايا، دار الجيل، بيروت، ط. 1، ص.694

⁷⁹[79]- محمد الزحيلي، م/س، ص.549

⁸⁰[80]- محمد كمال الدين إمام، م/س، ص.134

⁸¹[81]- محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، م/س، ص. 233.

- محمد الزحيلي، م/س، ص. 550.

- محمد كمال الدين إمام، م/س، ص.134 وما بعدها.

يحصل تزامم وصايا القرباء حالة الوصية بالقربة لجهات متعددة، كأن يوصى للمسجد والمستشفى وفقراء البلد والحج عنه⁸²[82]. وقد ميز الفقهاء بين ما إذا كانت هذه الوصايا متحدة في الرتبة أو متفاوتة أو مختلطة.

فإن اتحدت في الرتبة بأن كانت كلها فرائض أو مندوبات فيقدم ما بدأ به الموصي أولاً ثم الذي يليه حتى يأتي على المال الموصى به فيبطل ما بقي من الوصايا على رأي أبي حنيفة وصاحبيه، وحثهم أن الوصايا متساوية، فيرجح ما قدمه الموصي في الذكر، لأن تقديمه دليل على اهتمامه به وعادة الإنسان أن يبدأ بالأهم⁸³[83]. كذلك إذا وقع النص على التفاوت في المقادير فيتبع ما نص عليه الموصي، ويوزع بين الوصايا نسبة المقادير التي ذكرها على طريقة المحاصة وذلك عند أئمة الحنفية خلافاً لغير الذي قال بالتساوي⁸⁴[84]. أما إن اختلفت درجات الوصايا، فتقدم الفرائض على الواجبات ثم الأقوى فالأقوى، فإن استنفذت الفرائض ما تنفذ فيه الوصية وهو ثلث المال، بطل ما بقي من الوصايا، أما إذا بقي شيء من

⁸²[82] - اختلف الفقهاء فيمن أوصى بالحج عنه، هل يخرج وصيته من رأسمال أو من الثلث، فالمالكية والحنفية يقولون بخروجها من الثلث سواء كانت الوصية بحج الفريضة أو التطوع أو النذر وحثهم أن الحج يسقط بالموت كما تسقط الصلاة والصوم. ويذهب الشافعية والحنابلة إلى القول بأن الوصية بالحج تخرج من رأسمال وإن تعلق بحج الفريضة وسندهم في ذلك حديث رسول الله ﷺ: " فدين الله أحق أن يقضى"، تسميته بالدين توجب إخراجه قبل الوصية لقوله تعالى في الآية 11 من سورة النساء: {من بعد وصية يوصي بها أو دين.} - انظر: محمد التاويل، م/س، ص. 475.

⁸³[83]- أحمد حصري، م/س، ص. 696.

⁸⁴[84]- محمد الزحيلي، م/س، ص. 548. - محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، م/س، ص. 235.

المال في حدود الثلث، فينفذ منه ما بقي من الوصايا حسب الترتيب في القوة⁸⁵[85]، وبهذا التمييز أخذ القانون المصري⁸⁶[86] والسوري والكويتي⁸⁷[87].

ثالثاً- تزام وصايا العباد والقربات:

متى كانت الوصايا خليطاً من الوصايا بالقربات والوصايا للعباد وضاق الثلث عن استيعابها فإنه يفرق بين صورتين:

الأولى: حيث عين سهام هذه الوصايا، أو مقاديرها فإنه يقسم المال المخصص لتنفيذها بالمحاصة بنسبة هذه السهام تنفيذ الإرادته⁸⁸[88].

الثانية: حيث لم يبين الموصي سهام كل جهة، فقد اختلف على قولين، أولهما المناصفة بين حق الله وحق العباد وهو قول الحنفية⁸⁹[89]، وثانيهما يقتضي تقديم الوصايا بالواجبات ثم بالقربات وما تبقى يصرف في حق العباد ويتحاصص فيه أهل الوصايا وهو رأي المالكية والشافعية وبعض الحنابلة⁹⁰[90].

الفقرة الثانية: تزام الوصايا الإرادية في مدونة الأسرة.

⁸⁵[85]- محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية م/س، ص.234. - محمد الزحيلي، م/س، ص 548. - أحمد حصري، م/س، ص. 697

⁸⁶[86]- تنص المادة 80 من قانون الوصية المصري على أنه: "إذا زادت الوصايا على ثلث التركة وأجازها الورثة وكانت التركة لا تفي بالوصايا أو لم يجزوها وكان الثلث لا يفي بها قسمت التركة أو الثلث على حسب الأحوال بين الوصايا بالمحاصة، وذلك مع مراعاة ألا يستوفي الموصى له بعين نصيبه إلا من هذه العين".

- تنص المادة 81 من قانون الوصية المصري على أنه: "إذا كانت الوصية بالقربات ولم يف بها ما تنفذ فيه الوصية فإن كانت متحدة الدرجات كانت متساوية في الاستحقاق وإن اختلفت درجاتها قدمت الفرائض على الواجبات والواجبات على النوافل".

⁸⁷[87]- المادة 259 من القانون السوري والمادة 286 من القانون الكويتي.

⁸⁸[88]- محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، م/س، ص.234 وما بعدها. - محمد الزحيلي، م/س، ص.551 - أحمد الحصري، م/س، ص..697

⁸⁹[89]- محمد الزحيلي، م/س، ص. 551.

⁹⁰[90]- محمد الزحيلي، م/س، ص..551

تعرضت مدونة الأسرة لموضوع تزام الوصايا الإرادية في المادة 302 حيث نصت على أنه: "إذا ضاق الثلث في الوصايا المتساوية الرتبة تحاص أهل الوصايا في الثلث، ومن كانت وصيته في شيء معين أخذ حصته من ذلك الشيء بعينه، ومن كانت وصيته في غير معين أخذ حصته من سائر الثلث، يتحاص صاحب المعين بالجزء المأخوذ من نسبة قيمة المعين من مجموع التركة". ويظهر من نص المادة أن التزام لا يكون إلا باجتماع شرطين، الأول يكمن في تعدد الوصايا والثاني في ضيق المال المخصص لتنفيذها والمحدد في الثلث.

وبذلك يكرس القانون المغربي المفهوم الفقهي لتزام الوصايا غير أنه ضيق مجاله في حدود نصاب الوصية، في حين يتسع فقها ليشمل كل التركة متى تعددت الوصايا وفاقت الثلث وأجاز الورثة الزائد⁹¹. [91]

وتحديد التزام في الثلث هو ما تسير عليه محكمة النقض، وهكذا جاء في قرارها: "لكن حيث إن المحكمة مصدرية القرار المطعون فيه لما استبعدت الحجية التي يمنحها القانون للشيء المقضي، والمستدل بها بالأحكام المشار إلى مراجعها بالوسيلة، والقاضية بإجراء قسمة بما هو مقرر في باب القسمة من جواز نقضها لو ارث ظهر لتامها دون المنزلين والموصى لهم، وقضت تبعا لذلك باستحقاق الموصى لهم والمنزلين للثلث الواحد من تركة موروث الجميع...، تكون قد طبقت القانون تطبيقا سليما..."⁹² [92]

وتحديد القانون المغربي للثلاث في ضيق مجال الثلث ينسجم مع اعتباره إجازة الورثة للزائد على الثلث عطية إنشاء بناء على المشهور في المذهب المالكي⁹³. [93]

والتفسير الموسع للثلاث ينطلق من مذهب الحنفية و بعض الحنابلة الذين يرون أن إجازة الورثة لما زاد على الثلث تنفيذ لوصية الموصي، وأنها بمثابة ترك حقهم في الرد⁹⁴ [94]. وأنه متى حصل التزام وقع التحاصص بين أهلها متى كانت الوصايا متساوية الرتبة بغض النظر عما إذا كانت الوصية بمعين أو غير معين⁹⁵ [95]، أما من كانت وصيته في شيء معين أخذ حصته من ذلك الشيء ومن كانت حصته من غير معين أخذ حصته من سائر الثلث وإن اشتركا تحاصصا على نسبة قيمة المعين من مجموع التركة. أما إن لم تكن

⁹¹[91]- محمود الشافعي، م/س، ص.184. - محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، م/س، ص.230. - محمد

الزحيلي، م/س، ص.546. - محمد السريتي، م/س، ص.141

⁹²[92]- قرار محكمة النقض عدد 160 الصادر بتاريخ 28/2/2012 ملف عدد 483-2-1-2010.

⁹³[93]- محمد التاويل، م/س، ص. 269.

⁹⁴[94]- محمد التاويل، م/س، ص.268.

⁹⁵[95]- دليل عملي لمدونة الأسرة، م/س، ص.175.

الوصايا متساوية في الرتبة فالعمل بما هو جار عليه الحكم في المذهب المالكي بحكم الإحالة المنصوص عليها في الفصل 400 من المدونة وعلى ذلك فإن نص الموصي على تقديم وصية على أخرى فالعمل على ذلك، وإن لم يكن فتقدم حقوق العباد وهي أربعة: الديون، والتبرعات وفك الأسير⁹⁶[96] وصدّق المريض⁹⁷[97].

فديون العباد الثابتة بالبينة أو بإقرار الموصي في الصحة أو المرض لمن لا يتهم أولى بالتقديم وتخرج من رأسمال تمت الوصية بها أم لا، وحجة المالكية في تقديم ديون العباد على ديون رب العباد أن العبد في حاجة إلى دينه والله سبحانه وتعالى مستغني عنها، ثم يليها في الرتبة التبرعات في حال المرض لأنها لازمة بالعقد ولو أوصى بتأخيرها رتبة لم تصح وصيته بتأخيرها، ثم فك الأسير ثم صدّق مريض تزوج في مرضه ودخل بزوجه ومات من مرضه لأن حق المرأة في الصدّق تقرر بالبناء. ثم بعد حقوق العباد تأتي في الرتبة حقوق الله سبحانه وتعالى وفقا للترتيب الآتي: الزكاة، زكاة الفطر، كفارة الظهار والعقل، وكفارة اليمين فكفارة الفطر، فكفارة التأخير على تفصيل في المذهب⁹⁸[98].

⁹⁶[96]- يمكن تأويل فك الأسير على أنه الشخص الذي يخضع لمسطرة الإكراه البدني، طبقا للفصول 633 إلى 647 من ق. م. ج. وظهير 20/2/1961، فتقدم الوصية له وفقا للترتيب السابق لأداء ما عليه من ديون، حتى يطلق سراحه.

ويبدو من المفيد الإشارة إلى أنه سبق للملكة المغربية، أن صادقت على الاتفاقية الدولية المتعلقة بالحقوق المدنية والسياسية، المؤرخة في 16/12/1966، بموجب الظهير الصادر في 3/5/1970. وأن هذه الاتفاقية تمنع من خلال مقتضيات فصل 11 تطبيق الإكراه البدني في الديون التعاقدية، وبذلك تعارضت مع مقتضيات ظهير 20/2/1961 الذي يجيز تطبيق الإكراه البدني في القضايا المدنية عموما، مما تسبب في تعارض أحكام القضاء. حيث ذهب المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 9/4/1997 إلى أن الإكراه البدني في الديون التعاقدية لم يعد مشروعا بعد مصادقة المغرب على الاتفاقية. (قرار منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 52 ص. 170). ثم يعود في قرار ثان فيقضي بأن ظهير 20/2/1961 المنظم للإكراه البدني لا زال ساري المفعول. (قرار صادر في 10/6/1997 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 53 و54 ص. 32 وما بعدها.)

وللمزيد حول الموضوع، - انظر:

F.P. Blanc et A. lourde: De l'illégalité de la contrainte par corps en matière contractuelle une conséquence d'adhésion du Maroc au pacte international relatif au droits civils et politiques R.M.D. p. 247 et suiv. n° 15

⁹⁷[97]- المقصود كالي الصدّق الذي في ذمة الموروث الذي مات من مرض الموت.

⁹⁸[98]- انظر: محمد التاويل، م/س، ص. 509 وما بعدها.

المطلب الثاني: تزامن الوصية الإرادية والوصية الواجبة

تزامن الوصية الإرادية في شكلها العام أو في صورة التنزيل مع الوصية الواجبة قد يأتي على شكلين: اجتماع الوصيتين للأحفاد والأسباط، أو اجتماعهما لأشخاص مختلفة.

ففي الحالة الأولى، حيث تجتمع الوصية الإرادية والوصية الواجبة لنفس الشخص أو لأشخاص متعددين غير أنه من بينهم المستفيدون من الوصية الواجبة كأن يوصي الجد أو الجدة لأحفاده وأسباطه الذين توفى والدهم أو أمهم بجزء من التركة، ثم يموت الجد أو الجدة، ثبتت لهؤلاء الأحفاد أو الأسباط الوصية الواجبة بحكم القانون. فتقتضي هذه الصورة استخراج الوصية بمفردها ومقارنتها بحصة الوصية الإرادية، فإن تساويا فلا إشكال لعدم التفاوت، وإن زادت قيمة الوصية الواجبة على قيمة الوصية الإرادية نفذت الوصية الواجبة في حدود الثلث.

وإن زادت قيمة الوصية الإرادية على قيمة الوصية الواجبة نفذت الوصية الإرادية في حدود الثلث. فيتحصل أنه عند اجتماع الوصيتين تنفذ الوصية الأكثر قيمة⁹⁹[99]. أما في الحالة الثانية، حيث تكون الوصية لأشخاص مختلفين، ومن ذلك أن تكون الوصية الإرادية لشخص وتجب الوصية الواجبة للأحفاد أو الأسباط.

ويضيق الثلث عن حمل الوصيتين، فهل تعتبر هذه الوصايا متساوية في الرتبة حيث يتحاصص أهلها فيما بينهم في ثلث التركة أم يقدم بعضها على البعض؟ والجواب يقتضي التعرض لموقف الفقه أولاً، ثم لموقف محكمة النقض ثانياً.

الفقرة الأولى: موقف الفقه

حاصل أقوال الفقهاء في المسألة مرده إلى ثلاثة آراء بسبب أن المدونة لم تتعرض إلى هذه المسألة بالبيان.

الرأي الأول: يذهب عبد الرحمان بلعكيد إلى القول بأن الأولوية للوصية الواجبة ثابتة، وتستخرج قبل الوصية الإرادية بما فيها التنزيل ولو بدون نص صريح، فهي من باب تحصيل الحاصل ومن تطبيقات المبادئ العامة التي تطبق ولو بدون نص، لأن القانون وصفها بالوصية الواجبة، أي الوصية التي تخرج من التركة وجوباً بقوة القانون وإن لم تستغرق الوصية الواجبة الثلث فإن الباقي تتزاحم فيه الوصايا الإرادية بالمحاصة ما لم يجز

⁹⁹[99]- الغازي الحسيني، مختصر علم الفرائض، م/س، ص. 157.

- عبد الرحمان بلعكيد، علم الفرائض، م/س، ص. 275 وما بعدها.

الورثة الرشداء ما تعدى الثلث¹⁰⁰[100]، ويظهر أن هذا الرأي¹⁰¹[101] تأثر كثيرا بما ذهبت إليه بعض التشريعات العربية التي أخذ عنها القانون المغربي الوصية الواجبة كالقانون السوري الذي نص على أن الوصية الواجبة مقدمة على الوصايا الاختيارية في الاستيفاء من ثلث التركة¹⁰²[102]، مع العلم أن التشريع المصري قد سار في نفس الاتجاه¹⁰³[103].

والحال أن المشرع المغربي رغم أخذ الوصية الواجبة عن القانون السوري بحيث تكاد تكون أحكام القانونين متطابقة، فإنه تعمد عدم النص على أن الوصية الواجبة مقدمة على الوصية الاختيارية، وهو بفعله ذاك يكون قد استبعد ذلك المقتضى الذي ينص عليه القانون السوري. ويذهب بعض الباحثين إلى القول بأنه في حالة اجتماع الوصية الاختيارية والوصية الواجبة يميز بين حالتين:

الأولى: إذا تعلق الأمر بشخص واحد فتطبق الوصية الاختيارية دون الواجبة.

الثانية: إذا تعلق كل واحدة منهما بشخص غير الشخص الذي تعلق به الأخرى، ففي هذه الحالة تقدم الوصية الواجبة على الوصية الاختيارية وهو ما سارت عليه معظم التشريعات الحديثة¹⁰⁴[104].

¹⁰⁰[100]- عبد الرحمان بلعكيد، علم الفرائض، م/س، ص. 276 وما بعدها.

¹⁰¹[101]- وفي نفس الاتجاه: - محمد القدوري، تأملات في أحكام الوصية الواجبة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية المغربية، مجلة الإشعاع، عدد 19 سنة 1999، ص. 63 وما بعدها، معللا وجهة نظره: "بأن صيغة الوجوب تقتضي التفضيل والتقديم عند التزاحم"، ويظهر من حديث لي معه أنه تراجع عن رأيه، وكان قد وعدني بأن يمدني به مكتوبا لكنه لحد الآن لم يفعل، وعند لي له سبعون عذرا، وزيادة.

¹⁰²[102]- تنص المادة 257 من قانون الأحوال الشخصية السوري لسنة 1953 على ما يلي: "1- ...

2 - هذه الوصية الواجبة مقدمة على الوصايا الاختيارية في الاستيفاء من ثلث التركة."

¹⁰³[103]- انظر: المادة 78 من قانون الوصية المصري التي تنص على أن: "الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا ...".

وجاء في المذكرة التفسيرية لمشروع قانون الوصية المصري أن: "... تقديم الوصية الواجبة على الوصية الاختيارية يؤخذ مما نقله ابن مفلح عن الإمام أحمد وما روي عن طاوس .."
يراجع المذكرة التفسيرية، أحمد إبراهيم بك ومن معه انتقال ما كان يملكه الإنسان حال حياته إلى غيره بعد موته، م/س، ص. 1046

¹⁰⁴[104]- محمد أكديد، الوصية، عرض قدم ضمن الأيام الدراسية حول مدونة الأسرة، سلسلة الندوات، منشورات المعهد العالي للقضاء، طبعة مكتبة دار السلام، ط. 2004، ص. 63.

الرأي الثاني: يذهب محمد رياض وهو من أعتى خصوم الوصية الواجبة إلى القول بأن الوصية الإرادية أولى بالتقديم عند التزام مع الوصية الواجبة لأن الوصية الإرادية واجبة بنص قطعي وهو قوله تعالى: (من بعد وصية يوصي بها أو دين)، في حين أن الوصية الواجبة وقع تشريعها بقانون بناء على اجتهاد مضطرب، ويحاول محمد رياض تأصيل المسألة على أساس الفصل 297 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة التي تحيل على الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك فيقول بما أن من أصول المذهب كتاب الله الكريم وفيه قول الله تعالى: (من بعد وصية يوصي بها أو دين)، والمفسرون متفقون على أن المقصود بالوصية هو الوصية الإرادية التي يحددها المرء بإرادته ويقدر نسبتها بنفسه، وأن الحكم في هذه المسألة هو الراجح في المذهب لقوة دليله، إذ لا أقوى من نص الكتاب بل أنه يتساءل متعجبا كيف يؤخر ما نص عليه القرآن وأراده الرحمان، ويقدم ما اضطرب فيه فهم الإنسان، ويضيف بأن الوصية الواجبة شيء عارض طارئ على الأمة والأصل في الأمور العارضة العدم، حتى إذا زالت من المدونة، بقي الأصل وهو الوصية الإرادية بما فيها التنزيل¹⁰⁵. [105]

والواقع أن هذا الرأي ينطلق من رفضه المبدئي لتقنين الوصية الواجبة ومن تعصبه للمذهب المالكي¹⁰⁶ [106]. والحال أن السياسة الشرعية متغيرة في المكان متطورة في الزمان وأن منهجية التقنين تجيز لولي الأمر أن يتخير من مختلف المذاهب المعتبرة ما فيه مصلحة الأمة من أحكام وقواعد، فالفقه في منظور منهج التقنين مذهب واحد وفي ذلك يقول القرافي: "يجوز الانتقال من جميع المذاهب بعضها إلى بعض في كل ما لا ينقض فيه حكم حاكم وذلك

ويظهر أن هذا الرأي مبني على مجرد التخمين والتقليد لأن الحالة الأولى التي أشار إليها تستلزم ترجيح الوصية الأكثر قيمة ونفعا للموصى له فإن كانت الوصية الإرادية تحقق ذلك فهي أولى بالتقديم وإن كانت الوصية الواجبة كان العمل بها. - انظر: الغازي الحسيني، مختصر علم الفرائض، م/س، ص. 275

أما الصورة الثانية فهي محل خلاف بين ثلاث آراء وفق ما يجري بيانه، وليس الأمر بالبديهي كما يحاول الباحث الترويج له في الأيام الدراسية لمدونة الأسرة وتقديمه كأنه من المسلمات.

¹⁰⁵[105]- محمد رياض، أحكام المواريث، م/س، ص. 252

¹⁰⁶[106]- يقول: "إن الوصية الواجبة بهذا المدلول مخالفة للأصول والفروع وأن القول بالوجوب لا سند له لكون الآية المستدل بها منسوخة عند الجمهور ثم لو ذهبنا مع فريق القائلين بالوجوب للأقارب، وأن الآية غير منسوخة وهو عند الأقلين، فقصر الوجوب على الأحفاد الذين يموت أبوهم قبل جدتهم من باب التخصيص دون مخصص، لذلك كانت الوصية الواجبة بهذا المفهوم غريبة التصور دخيلة على المذاهب الإسلامية ومنها المذهب المالكي". - محمد رياض، أحكام المواريث، م/س، ص. 236 وما بعدها.

في أربعة مواضع: ألا يخالف الإجماع والقواعد أو النص أو القياس الجلي¹⁰⁷[107]، ولم يخرج المشرع المغربي في تقنينه للوصية الواجبة عن المذاهب المعتمدة، فمذهب ابن حزم الذي أخذت عنه الوصية الواجبة محترم وله موقع بين المذاهب وتخبر المشرع لأحكامه من المذاهب هو اجتهاد انتقاء لا اجتهاد ابتكار واختيار المشرع لرأي فقهي معين مهما كانت رتبته يقويه. لذلك يبقى الرأي الثاني حسب تقديري المتواضع رأياً اجتهادياً، وكل مجتهد مصيب¹⁰⁸. [108]

الرأي الثالث: يذهب هذا الرأي إلى القول بأن نصوص القانون سواء في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة أو في مدونة الأسرة فضلت السكوت عن إشكالية تراحم الوصية الإرادية مع الوصية الواجبة على الرغم من مرجعيتها التاريخية المستقاة من القوانين العربية الأخرى التي نصت صراحة على تقديم الوصية الواجبة على الوصية الإرادية، وأن هذا السكوت المتعمد للقانون رغم خضوع المدونة للتعديل سنة 1993 والتغيير سنة 2000 يفسر على أنه يريد شيئاً آخر غير تقديم إحدى الوصايا على الأخرى، لأنه لو كانت نية المشرع متجهة إلى تقديم الوصية الواجبة على غيرها لنص عليها في بداية تقنينه لها أو حينما عدلها، أو لما شملها بالتغيير. وأنه لما كان ذلك يبقى احتمال اعتبار جمع الوصايا متساوية في الرتبة، وهو ما يستوجب إخراج جميع الوصايا من الثلث إذا ضاق عنها ورفض الورثة الزائد، وفقاً لقاعدة التحاصص، موضوع المادة 302 من مدونة الأسرة¹⁰⁹[109] ويظهر الوقوف عند هذا الرأي أولى، لأن سكوت القانون عن تقديم وصية على أخرى لا يفسر بأنه أراد تقديم الوصية الواجبة لأن مصدرها القانون، لأنه لو أراد ذلك لنص عليه نصاً وهو يستعير نصوص الوصية الواجبة من القانون السوري. ولكن يفسر سكوته بأنه سوى بين الوصايا جميعها في الرتبة وصية أو تنزيلاً أو وصية واجبة الكل نطاقه الثلث يتحاصص فيه إلا أن يجيز الورثة، فالعمل على ذلك وإلى هذا الرأي الثالث أشار الدليل العملي لمدونة الأسرة¹¹⁰. [110]

الفقرة الثانية: موقف محكمة النقض

¹⁰⁷[107]- محمد المختار السوسي، المجموعة الفقهية في الفتاوى السوسية، جامعة القرويين، منشورات كلية

الشرعية أكادير، سلسلة كتب تراثية رقم 1 ص. 19

¹⁰⁸[108]- يقول الناظم: كم ذو اجتهاد لم يؤتم وإن هفا لما بلغ المجهود من فعل إمكان

¹⁰⁹[109]- العلمي الحراق، مدونة الأسرة والتوثيق العدلي دراسات وتعليق، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع الرباط، الطبعة الأولى سنة 2000 ص. 145 وما بعدها.

¹¹⁰[110]- الدليل العملي لمدونة الأسرة، م/س، ص. 217.

يظهر من قرارات محكمة النقض أنها أخذت في ظل سريان مدونة الأحوال الشخصية الملغاة بالرأي القائل بأن الوصية الواجبة مقدمة على الوصايا الاختيارية، وهكذا قضت: "بأنه من المقرر بمقتضى الفصل 266 من مدونة الأحوال الشخصية أن الوصية الواجبة مقدمة في التنفيذ على جميع الوصايا الاختيارية، وهي بهذا الوضع تعتبر واجبا أصليا على أساسه يقدر ما يستحقه المستفيد من الوصية الاختيارية، فإن كان مساويا لحظه من الوصية الواجبة أخذ وإلا وجبت تسويته معها زيادة أو نقصانا، وأجاز الورثة ما زاد، والمحكمة لما أعملت رسم التنزيل دون أن تأخذ بعين الاعتبار حظوظ المطلوبين في النقض بالوصية الواجبة التي هي دون القدر الذي ينوبهم بالتنزيل، تكون قد أساءت تطبيق الفصل 268 المذكور، وعرضت قرارها للنقض."¹¹¹[111]

وهو نفس الرأي الذي عاودت تأكيده وهي تطبق مدونة الأسرة ولكن بتعليل آخر، وهكذا جاء في قرارها: "...لكن حيث إن الأصل الشرعي للوصية الواجبة على المشهور مقدمة على الوصية الإرادية ولو بدون نص صريح، لأن القانون وصفها بالوصية الواجبة فتخرج من التركة وجوبا بقوة القانون، وأنه إذا لم تستغرق الوصية الواجبة الثلث فإن الباقي تنزاحم فيها الوصايا الإرادية بالمحاصة ما لم يجز الورثة الرشداء ما تعدى الثلث، ومن ثم فإن المحكمة لما قضت بتقديم الوصية الواجبة على الوصية الإرادية تكون قد بنت قضاءها على أساس له أصله في الفقه الراجح والقانون، وعللت قرارها تعليلا كافيا، وما بالسبب غير قائم على أساس."¹¹²[112] وهو نفس القضاء الذي أكدته في قرارها عدد 128 والذي بينت فيه حكم تنزاحم الوصايا الإرادية ولو كانت بمعين أو بغير معين، والتنزيل والوصية الواجبة، وهكذا قضت: "...أنه يجب على المحكمة أن تبحث في إخراج ثلث التركة على أن يكون المعين للوصية الإرادية ضمنه باعتباره مخصصا للوصايا سواء كانت بمعين أو بغير معين وللتنزيل كذلك، أو الوصية الواجبة باعتبارها مقدمة قانونا ثم بعد ذلك تقدم أصحاب الوصية الواجبة في أخذ حقوقهم من الثلث المذكور خارج المعين للوصية الإرادية إن أمكن وإن فضل شيء عن ذلك كان لأصحاب الوصية الإرادية على أن يكون في المعين ما أمكن، ولما لم تراعى هذه القواعد الفقهية فقد جاء قرارها غير معلل تعليلا صحيحا، وهو بمثابة انعدامه ومعرضا للنقض."¹¹³[113]

¹¹¹[111]- قرار المجلس الأعلى عدد 1175 بتاريخ 27/12/2001 في الملف 43962-1-97.

¹¹²[112]- قرار المجلس الأعلى عدد 155 بتاريخ 14/3/2007 في الملف 510-2-1-2006.

¹¹³[113]- قرار محكمة النقض عدد 128 بتاريخ 21/2/2012 ملف عدد 177-2-1-2010.

ومحكمة النقض بقضائها المتواتر هذا، وهي تتحرك في مساحة اجتهادية تكون قد أرست القاعدة وحسنت الخلاف وعبدت الطريق لمحاكم الموضوع في كثير من مسائل الوصية الواجبة.

خاتمة: إلى هنا بلغ موضوع البحث نهايته، والحاجة تدعو إلى تسجيل الملاحظات الآتية:

- أن المشرع المغربي رغم انتصاره لفكرة تقنين أحكام الوصية الواجبة وصياغتها في نصوص تشريعية، فلا يزال تنظيمه لأحكامها متواضعا ومحدودا كما تم بيان ذلك في محله.

- ضعف المشرع المغربي في صناعة النص التشريعي، ويظهر ذلك في ترتيب النصوص التشريعية وتبويبها وعلامة ذلك الوصية الواجبة، والتي عالجها المشرع مرتين ضمن الكتاب المتعلق بالميراث، والحال أن مكانها الطبيعي هو كتاب الوصية كما يجهر بذلك اسمها، مما ترتب عن ذلك خلط في فهم بعض أمورها وفق ما تم بيانه.

- اعتماد تقنية الإحالة على الفقه المالكي في جميع المسائل المتعلقة بالوصية الواجبة، رغم أن منهجية التقنين التي اختارها في تشريع أحكامها تتجاوز المذهب المالكي في كثير من الفروع، ذلك أنه أخذ الوصية من المذهب الظاهري ومع ذلك يحيل على المذهب المالكي والحال أن هذا الأخير لا يعرفها ولا ينظمها مما عمق الخلاف في نصابها وطريقة استخراجها، ومن أولى بالتقديم عند تزامنها مع غيرها من الوصايا؟

لذا أقترح بما أن أصل المسألة المكون للمادة التشريعية للوصية الواجبة مأخوذ من غير المذهب المالكي، فإن الإحالة يجب أن ترجع إلى المذهب الذي أخذ منه التشريع مادته، فإذا كان الأصل في الأخذ بالوصية الواجبة هو المذهب الظاهري، فيجب الرجوع بخصوص تفرعاتها غير المنصوص عليها في التشريع إلى ذلك المذهب، مع تحديد لائحة الكتب التي يرجع إليها في هذا المذهب، وبذلك يتضح أن الإحالة المطلقة على المذهب المالكي المنصوص عليها في المادة 400 من مدونة الأسرة إحالة عامة وغير دقيقة.

والحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين