القسم الأول
في الوصايا

وقد رتبته على مقدمة وثلاثة أبواب وخاتمة.

أما المقدمة ففي كلمة تاريخية عن تشريع الوصية في الإسلام، والتعريف بقانونها رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ م.

وأما الأبواب الثلاثة فأولها: في إنشاء الوصية «تعريفها، وركنها، وبم تتحقق؟ وما شرطه القانون لسماع الدعوى بها، ومركز القبول فيها وحقيقته، ووقت ثبوت الملكية بها».

وثانيها: في بيان شروطها وأنواعها.

وثالثها: في حكمها ومبطلاتها وما يتبع ذلك من الزيادة في الموصى به.

وأما الخاتمة ففي تزاحم الوصايا.

المقدمة

بين الإنسان والمال صلة قديمة نشأت معه منذ وجوده. فهو يسعى جاهداً إلى تحقيقها بشتى الطرق والوسائل.. تطورت هذه الصلة مع الزمن حتى عرفت بالملكية حاولت الشرائع تنظيمها وتبيان أسبابها إلى أن جاء الإسلام فوضع لها نظاماً شاملاً، أقر فيه أحسن ما قبله ورتبه، ثم أكمل ما به من نقص، فجعل لها أسباباً منشئة، وأخرى ناقلة في حياة الشخص وبعد وفاته، وهذه الأسباب منها الاختياري الذي يصدر عن إرادة ورغبة، وغير الاختياري الذي يثبت بأمر الشارع من غير أن يكون للشخص دخل فيه.

والوصية من أسباب نقل الملكية في الإسلام. جاء نظامها مرتبطاً بنظام المواريث فيه حيث إن كلا منهما يرد على مال الشخص بعد وفاته. فكل منهما خلافة يخلف فيه الوارث مورثه في تركته، والموصى له الموصى فيما أوصى به، وإن كانت أولاهما إجبارية بحكم الشارع لا دخل للمورث ولا للوارث فيها فتثبت جبراً عنهما، والثانية اختيارية تثبت بإرادة الموصى ومشيئته إذا قبلها الموصى له.

ومن هنا قسم الشارع مال الشخص إلى قسمين: قسم تولى سبحانه تقسيمه بين مستحقيه وهو الميراث، وقسم آخر وكله إلى صاحب المال يضعه حيث يشاء

بطريق الوصية، وجعل تنفيذها مقدماً على الميراث حتى لا يطغى أحدهما على الآخر.

وفي هذين التشريعين راعى الشارع الحكيم جانب المالك وجانب ورثته في وقت واحد، فلم يطلق له العنان كما كان في الجاهلية ليعطي من يشاء ويحرم من يشاء حسب هواه، كما لم يقيده ويحجر عليه في تصرفاته في اللحظات الأخيرة من عمره، بل فتح له باباً يتدارك به ما فاته من فعل الخير في حياته الأولى، وليعوض من عاونه في جمع ماله من غير قرابته.

ولقد جاء الإسلام والعرب يتوارثون ويوصي بعضهم إلى بعض، ولكن على طريقة مجافية للعدل، بعيدة عن الإنصاف، فالميراث ينزل حيث توجد القوة والشجاعة في الأفراد، فجعلوه للرجال المحاربين دون النساء والصغار، والوصية تسير مع ما جبلوا عليه من الفخر والمباهاة، فكان الرجل يوصي بكل ماله لمن لا تربطه به رابطة من قرابة أو سبب بينما يذر ذوي قرابته في ساحة العوز والفاقة عالة يتكففون الناس.

نظام فاسد لا يتفق مع ناموس الحياة الصحيحة فكان لا بد من تشريع نظام جديد يحقق العدالة ويتفق مع ما جاءت به هذه الشريعة من مبادىء سامية وأغراض نبيلة.

وكان من حكمة الشارع التي لازمته في جميع تشريعاته أن يأخذهم بالهوادة ويسير بهم في طريق الإصلاح بخطوات وئيدة ثابتة حتى تزول من نفوسهم شوائب الماضي ورواسبه بالتدريج، فأنزل أول ما أنزل قوله تعالى[1] ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين.

---

(١) البقرة: ١٨٠، ١٨١، ١٨٢.

بالمعروف حقا على المتقين﴾ . ففي هذه الآية أوجب الوصية للوالدين والأقربين ولم يحدد مقدارها إلا أن تكون بالمعروف، وفي آخرها يخبر أنه حق على المتقين ثم حذر من تغيير الوصية بقوله ﴿فمن بدله بعدما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه إن الله سميع عليم. فمن خاف[1] من موص جنفا أو إثما فأصلح بينهم فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم﴾ ، خاف: علم ـ جنفاً: ميلا عن الحق » .

ومن هنا عرفوا أن للأقرباء حقاً في ما لهم وكل تقديره إليهم حتى إذا ما ألفت نفوسهم هذا التشريع الجديد أنزل الله أحكام المواريث، وتولى بنفسه تقسيم التركة في آيات من سورة النساء بدأها بقوله:

﴿للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر نصيباً مفروضاً﴾[2] . وهذا إجمال لم ينس معه الأقرباء غير الوارثين. بل حث على إعطائهم وتطييب خاطرهم بقوله ﴿وإذا حضر القسمة أولوا القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه وقولوا لهم قولا معروفا﴾ .

ثم بين الأنصباء بعد ذلك بقوله: ﴿يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين﴾ إلى أن قال ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين آباؤكم وأبناؤكم لا

---

(١) لما حذر من تبديل الوصية وتوعد عليه بالعقاب بين أن التبديل إذا كان لمصلحة لا إثم عليه وذلك عندما يجد الشخص من الموصي ميلاً عن الحق خطأ أو عمداً بأن يوصي للأجنبي وقريبه محتاج، أو يوصي بأكثر من الثلث، أو يوصي بطريق ملتوية لترجع الوصية إلى من لا تجوز له الوصية. كأن يوصي لابن ابنه لتعود إلى ابنه وهو وارث، أو إلى زوج ابنته لتعود إلى ابنته كذلك، كما يذهب جمع من الفقهاء إلى أن الوصية للوارث موقوفة على إجازة باقي الورثة.

(٢) سورة النساء آية ٧ وما بعدها.

تدرون أيهم أقرب لكم نفعاً فريضة من الله إن الله كان علياً حكياً﴾ .

وفي نهاية الآيات وعدهم بالنعيم على الطاعة وحذرهم من المخالفة، وتوعدهم عليها بقوله: ﴿تلك جدود الله ومن يطع الله ورسوله يدخله جنات تجري من تحتها الأنهار خالدين فيها وذلك الفوز العظيم، ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله ناراً خالداً فيها وله عذاب مهين﴾ .

وبعد أن حدد أنصباء الوارثين منع الوصية[1] لهم فقال رسول الله ﷺ : ﴿إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث﴾ رواه الإمام أحمد والنسائي والترمذي وابن ماجه وصححه الترمذي، ويميل الإمام الشافعي في كتابه الأم إلى تواتره[2] .

وفي رواية أخرى رواها الدارقطنيعن ابن عباس عن رسول الله « لا تجوز وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة[3] » وبهذا ظلت الوصية مشروعة بجانب الميراث من غير أن يحدد لها مقدار خاص من المال، بل كانت متروكة إلى الموصى نفسه يوصي بما يشاء ما دام في دائرة المعروف. حتى كان ما رواه أصحاب السنن عن سعد بن أبي وقاص قال: جاءني رسول الله ﷺ يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي فقلت يا رسول الله: قد بلغ بي من الوجع ما

---

(١) وعلى هذا استقر رأي الفقهاء ولم يخالف في ذلك إلا فقهاء الزيدية من الشيعة حيث أجازوا الوصية للوارث بدون توقف على إجازة باقي الورثة، وقالوا: إن المنسوخ في آية البقرة هو وجوب الوصية، ونسخ الوجوب لا يستلزم نسخ الجواز وبهذا أخذ قانون الوصية في المادة ٣٧ .

(٢) نيل الأوطار للشوكاني جـ ٦ ص ٣٤ .

(٣) وفي الموطأ . قال يحي سمعت مالكا يقول . السنة الثابتةعندنا التي لا اختلاف فيها أنه لا يجوز وصية لوارث إلا أن يجيز ذلك ورثة الميت وأنه إن أجاز له بعضهم وأبى بعضهم جاز له في حق من أجاز منهم، ومن أبى أخذ حقه.من ذلك المنتفى شرح الموطأ جـ ٦ ص ١٧٩ .

نرى، وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنه[1] أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال: « لا » قلت فبالشطر يا رسول الله؟ قال: « لا » قلت: فبالثلث؟. قال: « الثلث والثلث كثير إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس[2] ».

وفي حديث آخر أخرجه الدارقطني بسنده عن أبي الدرداء أن رسول الله قال: « إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم فضعوه حيث شئتم ».

وعلى هذا الوضع استقر أمر الوصية، وتوفي رسول الله وهي مشروعة بكتاب الله وسنة رسوله، ثم أجمع العلماء على شرعيتها في كل العصور لم يخالف أحد في كونها مشروعة، نقل ذلك الإجماع نقلاً مستفيضاً حتى لا يكاد يخلو كتاب من كتب الفقه قديمها وحديثها من ذكره، لكنهم اختلفوا في صفتها. أهي واجبة كما كانت في أول شرعيتها، أم نسخ ذلك الوجوب وصارت مندوبة؟ ».

فذهب الجماهير من الفقهاء إلى أنها مندوبة ولا يجب على الإنسان أن يوصي بجزء من ماله لغيره، لأن وجوبها نسخ بآيات المواريث، وبقيت شرعيتها لا على وجه الوجوب إلا إذا كان الشخص مديناً بدين غير مكتوب، أو عنده أمانة لم يؤدها إلى صاحبها. أو عليه حق شرعي مالي فيجب عليه أن يوصي بأداء هذا الحق. لأن الوصية تعينت طريقاً لأدائه.

---

(١) يريد بذلك أنه لا يرثه من الأولاد إلا ابنه وإلا فهو من بني زهرة وهم عصبته وقد كان ذلك قبل أن يولد له من الأولاد غيرها، ثم ولد له بعد ذلك من الذكور أربعة ومن البنات عدد كثير قيل اثنتا عشرة بنتا.

(٢) راجع نيل الأوطار ج ٦ ص ٣٢، سبل السلام ج ٣ ص ١٣٧، المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ١، وقوله في الحديث عالة أي فقراء جمع عائل وهو الفقير والفعل منه عال يعيل إذا افتقر (يتكففون الناس) أي يسألونهم بأكفهم يقال تكفف الناس واستكف إذا بسط كفيه للسؤال، أو سأل ما يكف عنه الجوع، أو سأل كفافاً من الطعام.

وذهبت طائفة من الفقهاء منهم داود الظاهري، وابن جرير الطبري، وجماعة من التابعين كالضحاك وطاوس والحسن إلى أن الوجوب نسخ في حق الوالدين والأقربين الوارثين، ولم ينسخ في حق من لا يرث منهم كأبوين لا يرثان لاختلاف الدين مثلاً، وقريب غير وارث أصلاً أو محجوب بغيره فيجب على الشخص أن يوصي لهؤلاء...

وذهب البعض إلى أن الوصية واجبة لبعض من لا يرث وليست واجبة لجميعهم وإلى هذا الرأي استند قانون الوصية في تشريع الوصية الواجبة «وسيأتي بيانها» من هذا العرض الموجز يظهر لنا في وضوح أن الوصية مشروعة بالقرآن والسنة والإجماع، كما يظهر لنا الحكمة في مشروعيتها. وهي حاجة الناس إليها ليتدارك بها الإنسان ما فاته في حياته من واجبات، وليكافيء من قدم له يد العون في جمع ثروته وليصل به رحمه وذوي قرباه ممن لا يكون لهم حظ من ماله بالميراث.

وفي هذا يقول بعض[1] فقهاء الحنفية: «إن الوصية شرعت لحاجة الناس إليها لأن الإنسان مغرور بأمله، مقصر في عمله، فإذا عرض له عارض وخاف الهلاك يحتاج إلى تلافي ما فاته من التقصير بما له على وجه لو تحقق ما كان يخافه يحصل مقصوده المآلي، ولو اتسع الوقت وأحوجه إلى الانتفاع به صرفه إلى حاجته، فشرعها الشارع تمكيناً منه جل وعلا من العمل الصالح، وقضاء لحاجته عند احتياجه إلى تحصيل المصالح».

وقول رسول الله لسعد «الثلث والثلث كثير إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس» يبين لنا بوضوح الحكمة في تحديد مقدار الوصية بالثلث، وعدم إطلاق يد الموصى في كل المال.

---

(١) الزيلعي في تبيين الحقائق جـ ٦ ص ١٨٢.

التعريف بقانون الوصية

هذا القانون كانت نتيجة من نتائج استجابة أولى الأمر لشكايات الشاكين وصيحات الإصلاح التي ارتفعت في أواخر القرن الماضي وأوائل هذا القـرن.

فقد كان المطبق في مصر عندما كانت ولاية تابعة للدولة العثمانية هو المذهب الحنفي واستمر العمل به كذلك حتى أنشئـت المحـاكم الأهليـة عـام ١٨٨٢ ووضعت لها القوانين واللوائح فاقتطعت أكبر جزء من المنازعات التي كان يفصل فيها بـأحكـام الفقـه الإسلامـي وأخضعتهـا للقـوانين الوضعيـة الأجنبية، ولم يبق خاضعاً للتشريع الإسلامي إلا مسائل المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية، فاتجهت النية الى تقنين هذه الأحوال، ووجدت عدة محاولات لتقنينها تقنيناً كلياً كان من آخرها ما حدث في سنة ١٩٣٦ حيث وافق مجلس الوزراء في ديسمبر على تشكيل لجنة لوضع القانون الشامل لتلك الأحوال.

وفي أكتوبر سنة ١٩٣٨ تكونت من بين أعضاء هذه اللجنة لجنة تحضيريـة مهمتها تحضير القوانين وصياغتها. فأخرجت مشروعات قوانين ثلاثة. قانون الميراث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٢. وقانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ وقانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦. غير أن اللّجنة كانت مقيدة بالنسبة لقانون الوصية بأن تجعل أساسه كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لقدري باشا كما تقضي بذلك مذكرة وزارة العدل، فعدلت ما احتاج منه إلى تعديل. وأكملت ما فيه من نقص، واقتصرت اللجنة فيه على أحكام التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت دون أحكام تصرفات المرضى الناجزة التي أعطيت حكم

الوصية . والتي تكفل القانون المدني بالنص على حكمها في مواده ـ ٩١٥ . ٩١٦ . ٩١٧ .

ثم أحال مشروع القانون ومذكرته التفسيرية أحكام المسائل التي لم ينص عليها فيه على الراجح من المذهب الحنفي .

وقد صدر هذا القانون في ٢٤ رجب سنة ١٣٦٥ هـ « الموافق ٢٤ يونية سنة ١٩٤٦ على أن يعمل به بعد شهر من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية . ولما نشر في أول يوليه سنة ١٩٤٦ بالعدد رقم ٦٥ أصبح تنفيذه واجباً من أول أغسطس من نفس السنة .

والقوانين حين صدورها لا تطبق إلا على الحوادث المستقبلة فلا يكون لها اثر رجعي إلا إذا نص فيها على ذلك كما هو صريح الدستور .

وهو من القوانين العامة التي تطبق على جميع المصريين مسلمين وغير مسلمين مقيمين في مصر أو في غيرها من البلدان . عرضت منازعاته على محاكم مصرية أو غير مصرية كما تقضي بذلك المعاهدات وقواعد القانون الدولي الخاص .

وأما بالنسبة للأجانب المقيمين بمصر ولهم جنسيات غير مصرية فيطبق على وصاياهم قوانين بلد الموصى كما تنص المادة ٢٣ من لائحة التنظيم القضائي « اتفاقية منترو » . والمادة ـ ١٧ ـ من القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ بإصدار القانون المدني الجديد حيث تقول :

(١) يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته .

(٢) ومع ذلك يسري على شكل الوصية قانون الموصى وقت الإيصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية وكذلك الحكم في شكل سائر التصرفات المضافة الى ما بعد الموت .

ولقد عرض هذا القانون للوصية بعد ذلك في ثلاث مواد ـ ٩١٥، ٩١٦، ٩١٧ وإليك نصوصها.

مادة ـ ٩١٥

« تسري على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها ».

مادة ـ ٩١٦

(١) كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف.

(٢) وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً.

(٣) وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه.

مادة ـ ٩١٧

« إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها، وبحقه في الانتفاع مدى حياته اعتبر التصرف مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية ما لم يقم دليل يخالف ذلك.

وجاء بمذكرته التفسيرية بشأن الوصية ما يلي:

« لم يعرض التقنين الحالي « المدني القديم » للوصية إلا في نص واحد

(م ٥٥[1]) أحال فيه على قانون الأحوال الشخصية فيما يتعلق بـأهليـة الموصى وصيغة الوصية، أما المشروع فقد أحال على الشريعة الإسلامية كل الأحكام الموضوعية للوصية.

وقد أصبحت الشريعة الإسلامية بذلك هي التي تطبق من حيث الموضوع على وصايا المصريين **مسلمين كانوا أو غير مسلمين**. إلخ.

ثم إن هذا القانون جاء محققاً لرغبات طالما ترددت في النفوس.

فمن الناس من كان يبغي إباحة الوصية للوارث قانوناً من غير توقف على إجازة الورثة كما تباح للأجنبي، وقد كان المذهب الحنفي يمنع من ذلك حتى اضطروا إلى التحايل على الوصول لمآربهم بطريق البيع الصوري كما جعل رجال القانون ينادون بالبحث عن مخلص لذلك من أقوال الفقهاء أنفسهم.

فالدكتور السنهوري في مقال له ـ بمجلة القانون والاقتصاد في سنتها السادسة عام ١٩٣٦ ـ عن وجوب تنقيح القانون المدني يطالب بالبحث في الشريعة عن حكم يجبر الوصية للوارث، لأن الناس إزاء منع الشريعة لهذه الوصية تحايلوا بشتى الطرق على تنفيذ رغباتهم بصورة عقد بيع مثلا وهو في حقيقة الأمر وصية، وأن المحاكم في كل يوم تواجه أشكالا من هذه العقود التي تحف بها قرائن قاطعة تدل على أن أصحابها أرادوا بها الوصية لا البيع، لجئوا إلى البيع لما ضاقت بهم أحكام الوصية، وقد توجد لديهم أسباب قوية تدعوهم إلى إيثار بعض الورثة بشيء من أموالهم، وقد وقفت المحاكم الأهلية أمام هذه العقود وقفة المتردد. فهي تارة تقرها على أساس أنها بيع صحيح إذا وجد ما يبررها من ظروف أسرة الموصى مكتفية بالشكل دون الموضوع، وطوراً

---

(١) ونصها «وكذلك تراعي في أهلية الموصي لعمل الوصية وفي صيغتها الأحكام المقررة لذلك في الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها الموصي».

تبطلها باعتبار أنها وصايا صادرة لبعض الورثة.

وهذا مما يدعو إلى التفكير عند تقنين أحكام الوصية في بحث أحكام الشريعة في هذا الموضوع، فهل يجد الباحث فيها شيئاً يعين على مجاراة مثل هذه الظروف العملية، فتباح الوصية للوارث ولو في حدود ضيقة:

وقد استجاب المشروع لهذا الرجاء فأباح الوصية للوارث وغير الوَارث على السواء في المادة ـ ٣٧ ـ استناداً لمذهب الشيعة الزيدية.

كما حقق رغبة أخرى وهي إنشاء وصية واجبة بحكم القانون تشبة الميراث إلى حد بعيد تكون عوضاً وجعلها للحفدة الذين حرموا من الميراث بسبب وفاة أصولهم قبل صاحب التركة وهي مسألة طالما تطلع الناس إليها.

كما أجاز للشخص أن يوصى بتقسيم تركته على ورثته وتعيين نصيب كل واحد منهم بحيث تصبح لازمة بمجرد موته إدا لم تزد الأنصباء أو بعضها على نصيب أصحابها فإذا مات عرف كل وارث نصيبه دون أن ينازعه احد فيه.

الباب الأول

في تكوين الوصية وإنشائها

وفيه مباحث:

المبحث الأول

في

التعريف بالوصية

والوصية في اللغة تطلق على فعل الموصى، وعلى ما يوصى به من مال أو تصرف.

وهي بالمعنى الأول مصدر أو اسم مصدر مأخوذ من وصيت الشيء بالشيء أصيه إذا وصلته به[1]. ومنه قوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم[2]﴾.

وسمى فعل الشخص هذا وصية، لأنه وصل به ما بعد موته بما كان في حياته، ولا فرق في هذا المعنى بين أن يكون الفعل تبرعاً بمال أو عهداً إلى الغير

---

(١) جاء في أساس البلاغة للزمخشري في مادة «و ص ي» وصى الشيء بالشيء وصله ووصى البنت اتصل وكثر، وواصى البلد البلد واصله. وأوصيت إلى زيد بكذا ولعمرو. ووصيت وهذا وصيي وهذه وصيتي ولاصاتي.. ومن المجاز: أوصيك بتقوى الله، ووصى بها إبراهيم بنيه، ووصيتك بفلان أن تبره، واستوص بفلان خيراً.

(٢) المائدة الآية ١٠٦.

بتصرف من التصرفات.

فمن يوصى لغيره بمال تبرعاً يكون قد وصل القربة الواقعة بعد الموت بالقربات المنجزة حال حياته، وكذلك من يعهد بشئون أولاده إلى غيره بعد وفاته يكون قد وصل ما بعد الموت بما قبله في نفوذ التصرف.

وهي بالمعنى الثاني اسم مفعول، ومنه قوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾.

ومن هذا ترى أن اللغة لا تفرق بين الوصية والإيصاء، وأن مادة وصى تدل على الوصول والإيصال لا فرق بين الفعل المتعدي بنفسه أو باللام أو بإلى[1].

والفقهاء يفرقون بينهما فيستعملون لفظ الوصية في التصرف في المال المضاف لما بعد الموت، والإيصاء في جعل الغير وصياً على أولاده بعد موته.

هذا ما عليه الجماهير منهم وإن كان بعضهم[2] يسير بهما على نهج آخر فيجعل الوصية شاملة للايصاء.

ومن هنا جاءت تعريفاتهم لها مختلفة، فمن يرى عمومها عرفها بما يشمل الإيصاء،ومن يرى خصوصها عرفها بما يجعلها قاصرة على التصرف في المال.

---

(١) يقول ابن عابدين في رد المحتار ج ٥ ص ٦٣٥ بعد أن حكي عبارات كتب اللغة: «وبه ظهر أنه لا فرق في اللغة بين المتعدي بنفسه أو باللام أو بإلى في أن كلا منها يستعمل بمعنى جعلته وصياً، وأن المتعدي بإلى يستعمل بمعنى تمليك المال، وأن كلا من الوصية والإيصاء يأتى لهما، وأن التفرقة بين المتعدي باللام والمتعدي بإلى إصطلاحية شرعية».

(٢) فالنفراوي في شرح الرسالة ج ٣ ص ٢ يقول «إن الوصية عند الفقهاء تتنوع إلى وصية نيابةعن الموصي كالايصاء على الأطفال وعلى قبض الديون، وتفرقة التركة،والنوع الثاني أن يوصي بثلث ماله للفقراء أو بعتق عبده أو قضاء دينه،: وأما عند الفراض «علماء الفرائض، فهي قاصرة على النوع الثاني... وتعرف عند الفقهاء بأنها عقد يوجب حقاً في ثلث مال عاقده يلزم بموته أو يجب نيابة عنه بعد موته».

والتعريفات عند الفقهاء ضوابط للأحكام التي استنبطها أئمتهم، فهي تختلف تبعا لاختلاف الأحكام المقررة في كل مذهب، ومع ذلك فقد تأتى بعض التعريفات معيبة من ناحية قصورها أو زيادتها قيوداً لا حاجة إليها، ولذا كانت موضع جدل ونقاش كبير بين الفقهاء، وعباراتهم في تعريف الوصية كثيرة[1]. ومنوعة. تختلف في وضوحها وخفائها ووفائها وقصورها.

فبينما يعرفها أحدهم بأنها: **تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع**». إذ يعرفها آخر بأنها: «**ما أوجبه الموصى في ماله بعد الموت**».

ويعرفها ثالث بقوله: «**إنها هبة الرجل ماله لشخص آخر أو لأشخاص بعد موته أو عتق غلامه سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح به**».

ثم يجيء رابع ويعرفها بقوله: «**إنها تبرع بحق مضاف ولو تقديراً لما بعد الموت**» وهكذا إلى غير ذلك من التعريفات...

ولكن قانون الوصية لم يرتض شيئاً من ذلك فعدل عن التعريفات الخاصة لقصورها وعدم شمولها لكل ماجاء به من أحكام، كما عدل عن التعريفات العامة لأنه لم يرد بيان أحكام الإيصاء. وهو إقامة الغير بدله لأن محلها قانون آخر وهو القانون الخاص بأحكام الولاية على المال.

ثم اختار تعريفاً آخر فيه من المرونة ما يجعله شاملاً لكل أنواع الوصايا فعرفها في مادته الأولى بأنها: «**تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت**».

---

(١) راجع بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٢٨٩، وشح الرسالة للنفراوي ج ٣ ص ٢ من كتب المالكية، ومن كتب الشافعية تحفة المحتاج بشرح المنهاج ج ٧ ص ٢، ومن كتب الحنابلة المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ١، ومن كتب الحنفية تبيين الحقائق للزيلعي ج ٦ ص ١٨١، ورد المحتار لابن عابدين ج ٥ ص ٦٣٥، ومن كتب فقه السنه نيل الأوطار للشوكاني ج ٦ ص ٢٨.

فهذا التعريف شامل لكل مسائل الوصية التي جاء بها القانون فيشمل ما إذا كان الموصى به مالا أو منفعة والموصى لـه مـن أهـل التملـك. كـالـوصيـة للأشخاص المعينين بالاسم أو بالصفة أو لم يكن من أهل التملك كالوصية للجهات الخيرية مثل المساجد والمصحات وغيرهما.

ويشمل ما إذا كان الموصى به إسقاطاً فيه معنى التمليك كالوصية بالإبراء من الدين، وما إذا كان الموصى به إسقاطاً محضاً كالوصية بإبراء الكفيل من الكفالة، وما إذا كان الموصى به حقاً من الحقوق التي ليست مالا ولا منفعة ولا إسقاطاً ولكنه حق مالي لتعلقه بالمال كالوصية بتأجيل الدين الحال[1]، والوصية بأن يباع ماله من فلان أو يؤجر له بأجر معين، وغير ذلك كالوصية بتقسيم التركة أو تخصيص بعض الورثة بعين منها.

وشمول هذا التعريف لكل هذه المسائل واضح لأنها كلها تصرفات في التركة مضافة إلى ما بعـد الموت، بعضهـا تمليكـات، وبعضهـا الآخـر ليس بتمليكات.

ولا يضر هذا التعريف عدم شموله التبرعات المنجزة في مرض الموت، لأنها وإن أخذت حكم الوصايا في نهايتها من أنها تنفذ في حدود ثلث التركة وما زاد يتوقف على إجازة الورثة إلا أنها تأخذ حكم الهبات في إنشائها من أنه يشترط في صحتها ما يشترط لصحة التبرعات، من كون محلها معلوماً عند غير المالكية، وأنه لا يصح تعليقها بالشرط، كما يشترط في ثبوت الملك بها القبض من المتملك، فلو مات المتبرع قبل أن يقبضها المتبرع له كان الخيار للورثة إن

---

(١) والقانون وإن لم يصرح بهذه الوصايا الثلاث وهي الأبراء من الدين والإبراء من الكفالة، وتأجيل الدين الحال إلا أنه يمكن اعتبارها من الوصية بالحقوق.

شاءوا . نفذوا العقد، وإن شاءوا منعوه بخلاف الوصية في كل ذلك[1] .

ولما كانت الوصية تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت اعتبر القانون المدني الجديد كل تصرف لا تظهر فائدته إلا بعد الموت تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت وأعطاه حكم الوصية، وبين ذلك في نوعين.

١ ـ كل عمل قانوني يصدر من الشخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع أيا كانت تسمية هذا التصرف.

٢ ـ تصرف الشخص لأحد ورثته بعين من الأعيان واحتفاظه بحيازة تلك العين بأي طريقة كانت، وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته.

فهذان النوعان يعتبران من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ويأخذان حكم الوصيةِ ما لم يظهر بالدليل أنه قصد بهما غير ذلك.

والمراد بالتركة كل ما يخلفه الميت من أموال أعياناً كانت أو منافع أو حقوقاً مالية تنتقل بالإرث. فتشمل الأعيان المالية بجميع أنواعها سواء تعلق بها حق للغير كحق المرتهن أو حق الزوجة في عين جعلت لها مهرا أو مات

---

(١) راجع البدائع ج ٧ ص ٣٢٣، وقد فصل ابن قدامة الحنبلي في كتابه المغنى ج ٦ ص ٧٢ وما بعدها أوجه الشبه والمخالفة بين هذه التصرفات وبين الوصية وتتلخص في أنها تشبه الوصايا في انها تأخذ حكمها من ناحية نفاذها من الثلث وتوقفها على إجازة الورثة فيما زاد، وأنها إذا كانت لوارث توقفت على إجازة الورثة: وأنها يزاحم بها الوصايا في الثلث.
وتخالفها في أن قبولها وردها يكون في حياة المتبرع بخلاف الوصية فإنه لا عبرة بقبولها أو ردها في حياة الموصي،ويتفرع على ذلك أنها متى تمت في حياته لا يملك الرجوع فيها بخلاف الوصية فإنه يملك الرجوع فيها مادام حياً، وأنه إذا مات المتبرع قبل أن يقبض المتبرع له موضوع التبرع كان ورثته بالخيار إن شاءوا نفذوا، وان شاءوا منعوا بخلاف الوصية، وأنه يشترط في محلها أن يكون معلوماً بخلاف الوصية، وأنه لا يصح تعليقها بالشرط إلا إذا كان عتقاً، وأنه لا يثبت ا لملك فيها إلا بالقبض بخلاف الوصية.

الزوج قبل أن تقبضها أو لم يتعلق بها حق لأحد، كما نشمل المنافع لأنها أموال على الرأي الراجح، والحقوق المتعلقة بالمال مثل حق التعلي وحقوق الارتفاق وحق خيار العيب، ويخرج عنها الحقوق التي لا تنتقل بالموت من المورث إلى الوارث سواء كانت حقوقاً متعلقة بالمال كحق التصرف في مال الغير بطريق الوكالة أو غير متعلقة به كحق الولاية على النفس وحق الحضانة وحق الوظيفة فإن شيئاً من ذلك لا يدخل في التركة[1] ومن ثم لا يكون التصرف فيها المضاف إلى ما بعد الموت وصية.

---

(١) كلمة التركة مصدر بمعنى المفعول لأنها متروكة، وهي في اللغة ما يتركه الإنسان ويبقيه من أولاد وأموال وحقوق وآثار حسنة كانت أو سيئة.

وفي الاصطلاح الشرعي مختلف فيها على آراء ثلاثة..

الأول: أنها تطلق على كل ما يخلفه الميت من أموال أعياناً كانت أو منافع أو حقوقاً مالية. سواء تعلق بأعيانها حقوق الغير أولا، كالعين التي رهنها المورث بدين عليه وسلمها للدائن قبل وفاته، فإن حق المرتهن تعلق بتلك العين في حالة حياة الراهن وكالعين التي جعلت مهراً للزوجة ولم تسلم إليها حتى مات الزوج. وكالعين التي اشتراها المورث قبل وفاته ولم يدفع ثمنها فحبسها البائع حتى يستوفي ثمنها فإن هذه الأعيان تعلق بها حق لغير الورثة.

وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء. وهو الذي سار عليه قانون الميراث حيث جاء في مادته الرابعة «يؤدي من التركة «أولاً» ما يكفي لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموت إلى الدفن «وثانياً» ديون الميت، الخ.

فأطلق في الديون فشملت ما تعلق بعين من الأعيان في حياة المورث وما تعلق بدفنه وتسمى الأولى بالديون العينية لأنها تعلقت بعين من أعيان التركة وتسمى الثانية بديون شخصية لتعلقها بذمة المدين كالقرض مثلاً، كما تسمى مرسلة لعدم تقيدها بعين بذاتها.

ومن هنا قالوا إن الحقوق المتعلقة بالتركة خمسة ١ حقوق عينية ـ ٢ ـ تجهيز الميت ـ ٣ ـ قضاء ديونه ـ ٤ ـ تنفذ وصاياه ـ ٥ ـ حق الورثة.

الثاني: أنها تطلق على ما يخلفه الميت من الأموال خالياً من تعلق حق للغير بعين منها فلا يدخل في التركة الأعيان التي تعلقت بها حقوق للغير كما مثلنا، وعلى هذا تكون الحقوق المتعلقة بالتركة أربعة ـ تجهيز الميت، وقضاء ديونه المرسلة، وتنفيذ وصاياه وحق الورثة. وهو المشهور عند الحنفية. =

المبحث الثاني
في ركن الوصية

ركن الشيء ما يقوم به أو كما يقول الأصوليون. هو ما كان داخلا في ماهية الشيء.

والوصية لا توجد ولا تتحقق إلا بوجود أمور أربعة: الموصى، والموصى له، والموصى به، والصيغة المنشئة لها ـ وقد ثار خلاف بين الفقهاء في كون هذه الأمور كلها أركاناً، أو أن الركن هو الصيغة التي يوجد بها التصرف في الخارج وما عداها لوازم؟.

فغير الحنفية يقولون: إن أركان الوصية هي الأربعة كلها[1].

والحنفية يذهبون إلى أن الركن هو الصيغة وحدها، وهذا الخلاف لا ثمرة له حيث إنه خلاف في التسمية يرجع إلى أمر اصطلاحي فقط.

وسنتكلم هنا عن الصيغة باعتبارها الركن المتفق عليه.

والكلام يتطلب بيان أمرين ـ أحدهما: هل الصيغة هي الايجاب وحده أو مجموع الايجاب والقبول؟ـ وثانيهما: بم تتحقق الصيغة؟.

أما الأول: فقد اختلفت كلمة الفقهاء فيه، فذهب الجماهير منهم إلى أن

= **الثالث**: إطلاقها على ما يبقى من الأموال المتروكة بعد التجهيز وتسديد الديون، وهو الذي تنفذ فيه الوصايا ويستحقه الورثة. وهو منقول عن بعض فقهاء الحنفية.

(١) ففي بداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٨٨. والأركانِ أربعة. الموصي، والموصي له والموصي به والوصية «أي الصيغة» وفي تحفة المحتاج بشرح المنهاج لابن حجر الشافعي. وأركانها موصي وموصي له وموصي به وصيغة، جـ ٧ ص ٤.

الصيغة تتحقق بالإيجاب وحده، وهو كل لفظ دال على التمليك بعد الموت. سواء كان بلفظ الوصية صريحاً. كأوصيت لفلان بكذا، أو هذا وصية لفلان، أو كان بلفظ غير صريح يفهم منه الوصية بقرينة. كهذا هبة لفلان بعد موتي، أو اعطوا فلاناً كذا بعد موتي، أوملكتك داري هذه بعد وفاتي، وما شاكل ذلك من الألفاظ أو ما يقوم مقامها، فالوصية على هذا من التصرفات التي تنشأ بإرادة واحدة، لأنها من عقود التبرعات التي توجد من جانب المتبرع وحده فإذا وجد الإيجاب من الموصى تعتبر الوصية موجودة شرعاً.

وأما القبول عندهم فهو شرط لزومها، أو شرط دخول المال الموصى به في ملك الموصى له على خلاف سيأتي بيانه.

وذهب البعض إلى أن الصيغة لا توجد بالإيجاب وحده، بل القبول جزء منها فهو ركن كالإيجاب، فقبل وجود القبول لا وجود للوصية كسائر العقود الأخرى، ولعل هذا الفريق نظر إلى أن الوصية عقد يفيد الملك، فيكون كسائر العقود الأخرى المفيدة له في أنه لا بد فيها من الإيجاب والقبول.

والرأي الأول أوجه حيث إنه يسير مع قاعدة التبرعات التي يكفي في وجودها شرعاً ما يصدر من المتبرع وحده، وليس بلازم أن يكون ما يصدر من الطرف الثاني ركناً في العقد، بل يكفي أن يكون شرطاً لثبوت الملك له.

ثم ماذا يقول الذاهبون إلى ركنية القبول في صور الوصية التي تتم وتلزم من غير قبول كالوصية لجهة من الجهات التي ليس لها من يمثلها شرعاً أو قانوناً؟

أيقولون بركنية القبول فيها، أم يقولون بانعدام الوصية لانعدام ركنها؟

هذا والنقل في كتب الحنفية مختلف عن الأئمة. فبينما نجد أغلب كتبهم وفي

طليعتها كتاب المبسوط[1]، تحكي أن القبول ليس بركن، بل هو شرط للزوم العقد فقط، إذ بنا نجد صاحب البدائع[2] يحكي الأقوال على وجه آخر فيقول « وأما ركن الوصية فقد اختلف فيه، فقال أصحابنا الثلاثة رحمهم الله « الإمام وصاحباه » هو الايجاب والقبول. الإيجاب من الموصى، والقبول من الموصى له، فما لم يوجدا جميعاً لا يتم الركن، وإن شئت قلت: ركن الوصية الإيجاب من الموصى، وعدم الرد من الموصى له وهو أن يقع اليأس عن رده، وهذا أسهل لتخريج المسائل على ما نذكر، وقال زفر رحمه الله: الركن هو الإيجاب من الموصى فقط، ثم ساق الأدلة لكل من الرأيين، وصنيعه فيها يدل على أنه اختار الرأي الأول.

---

(١) جـ ٢٨ ص ٤٧، ورد المحتار لابن عابدين جـ ٥ ص ٦٣٨.

(٢) جـ ٧ ص ٣٣١ ومن تأمل كلامه في الاستدلال يجده يدور حول ضرورة وجود القبول أو عدم ضرورته. فيقول في استدلاله لزفر. إن ملك الموصى له بمنزلة ملك الوارث، وملك الوارث لا يفتقر إلى قبوله وكذا ملك الموصى له. وفي الاستدلال للرأي الآخر يقول: إن القول بثبوت الملك له من غير قبوله يؤدي إلى الإضرار به من وجهين. أحدهما انه يلحقه ضرر المنة. ولهذا توقف ثبوت الملك للموهوب له على قبوله دفعاً لضرر هذه المنة، والثاني أن الموصي به قد يكون شيئاً يتضرر به الموصى له كالعبد الأعمى والزمن والمقعد. إلى أن قال. فلو لزمه الملك من غير قبوله للحقه الضرر من غير التزامه وإلزام من ليس له ولاية الإلزام. إذ ليس للموصين ولاية الإلزام للضرر فلا يلزمه بخلاف ملك الوراث، لأن اللزوم هناك بإلزام من له ولاية الإلزام وهو الله تبارك وتعالى فلم يقف على القبول.

هذا المسلك في الاستدلال يفيد أن الخلاف في كون القبول شرطاً لثبوت الملك أو أنه ليس بشرط فيثبت الملك بمجرد موت الموصي من غير حاجة إلى القبول. وهو خلاف سيأتي عند الكلام على القبول.

وقد كان من الممكن أن نقول: إن كلمة الركن في كلام صاحب البدائع ليست على حقيقتها، بل أراد بها ما لا بد منه في ثبوت الملك للموصي له سواء كان ركناً بالمعنى الاصطلاحي أو شرطاً، كان يمكن ذلك لولا كلامه الصريح في بيان الشروط، وهو أن الموافقة بين القبول والإيجاب شرط ليرتبطا فإذا لم توجد الموافقة يبقى الإيجاب بلا قبول فلا يتم الركن.

وثمرة هذا الخلاف ـ على اعتبار أنه خلاف حقيقي في الركن ـ تظهر في اشتراط موافقة القبول للأيجاب وعدم اشتراط ذلك، فمن جعل القبول ركناً شرط الموافقة بينهما ليتحقق الانعقاد والارتباط بين شطري الصيغة، ومن لم يجعله ركناً لم يشترط ذلك[1].

وقانون الوصية: سار على الرأي الأول فاعتبر الإيجاب وحده محققاً الوصية، فمادته الثانية تقول في فقرتها الأولى «تنعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة. فإذا كان الموصى عاجزاً عنهما انعقدت الوصية بإشارته المفهمة» فهذا صريح في أن الوصية توجد بما يصدر من الموصى وحده.

ولم يكتف بهذا بل **بين مركز القبول في مادته العشرين** ونصها.

«تلزم الوصية بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصى. فإذا كان الموصى له جنيناً أو قاصراً او محجوراً عليه يكون قبول الوصية أو ردها ممن له الولاية على ماله بعد إذن المجلس الحسبي «المحكمة الحسبية» ويكون القبول من الجهات والمؤسسات والمنشآت ممن يمثلها قانوناً، فإن لم يكن لها من يمثلها لزمت الوصية بدون توقف على القبول.

وهذا واضح في أن القبول يأتي بعد وجود الوصية لأن اللزوم أمر زائد على

---

(١) وبهذا يظهر السر في اختلاف صاحب المبسوط وصاحب البدائع في هذا الأمر حيث قال صاحب المبسوط: «ولو أوصى رجل لرجلين بثلث ماله فرد أحدهما الوصية بعد موته كان للآخر حصته من الوصية إذا قبل الخ.

وقال صاحب البدائع «أما الذي يرجع إلى نفس الركن فهو أن يكون القبول موافقاً للإيجاب. فإن خالف الإيجاب لم يصح القبول لأنه إذا خالفه لم يرتبطا فبقي الإيجاب بل قبول فلا يتم الركن الخ.

وأنه اختلاف راجع إلى اختلافهما في ركنيه القبول، وليس راجعاً إلى مجرد اختلاف المثال الذي مثل به كل منهما كما يقولالاستاذ أبو زهرة في كتابه شرح قانون الوصية.

أصل العقد، ولو كان القبول ركناً فيها لما وجدت قبل وجوده فضلاً عن لزومها في بعض صورها بدونه.

وأما الأمر الثاني: وهو ما تتحقق به الصيغة، فإنها تتحقق بواحد من أمور ثلاثة: العبارة والكتابة والإشارة.

ذلك لأن الصيغة هي المظهر الخارجي الذي يعبر عما في النفس من رغبات في إنشاء العقود والتصرفات، وهي التي تناط بها الأحكام دون الإرادة الباطنة التي هي العزم والنية.

فكل ما يعبر عن الإرادة الباطنة تعبيراً صادقاً يصلح أن يكون صيغة للتصرف سواء كان كلاماً أو كتابة أو إشارة. غير أن الأصل في التعبير عما في النفوس هو الكلام لأنه الطريق الطبيعي للتفاهم بين الناس في جميع الأحوال لذا صح إنشاء التصرف بكل كلام مفيد دال على مقصود المتصرف بأي لغة كانت عربية أو غير عربية، فصيحة أو غير فصيحة، حقيقة كان أو مجازاً متى كان مفهوماً واضح الدلالة.

وهذا من غير خلاف بين الفقهاء فتنشأ الوصية بكل عبارة دالة عليها سواء كانت بلفظ الوصية أو بغيره كما سبق.

كما يصح إنشاءها بالكتابة من العاجز عن النطق بلا خلاف بين الفقهاء.

وأما القادر على النطق فيصح منه ذلك على خلاف بين المذاهب[1] في إطلاق العمل بها أو تقييده... ففي رأي تصح الوصية بالكتابة من غير تقييد بشيء، فلو كتب الشخص وصيته ولم يره أحد ثم مات فإنه يقبل ما فيها إذا

---

(١) راجع المغنى لابن قدامه جـ ٦ ص ٦٩، ورد المختار لابن عابدين جـ ٥ ص ٧٢١ والمدونة الكبرى جـ ١٥ ص ١٣.

كان خطه مشهوراً، وكذلك لو كتبها ودفعها للشهود من غير قراءة قائلا لهم اشهدوا على ما فيه وهو رواية عن أحمد، وفي رأي آخر لا تقبل إلا إذا تأيدت بالإشهاد عليها، إما بكتابتها أمام الشهود أو قراءتها عليهم، أو أن يكتبها له غيره ويقرأها عليه ثم يوقعها بعد ذلك وهو ما ذهب إليه الجمهور، وللحنفية تفصيل في دلالة الكتابة على الإثبات يرجع إليه في كتبهم[1].

وأما الإشارة: فقد سوى[2] المالكية بينها وبين العبارة فصححوا الوصية بها من القادر على النطق والعاجز عنه على حد سواء.

وأما غير المالكية فقبلوها من الأخرس، وهو من ولد وبه هذه الآفة إذا كانت مفهومة، وكان لا يعرف الكتابة بلا خلاف. لأن المطلوب هو التعبير عن الإرادة. والأخرس لا يستطيع التعبير بغيرها فتقبل منه.

---

(١) ففي رد المختار ج ٥ ص ٧٢١ عند الكلام على إيماء الأخرس وكتابته ومعتقل اللسان يقول: ثم اعلم أن هذا في كتابة غير مرسومة أي غير معتادة لما في التبيين وغيره أن الكتاب على ثلاث مراتب. مستبين مرسوم وهو أن يكون معنوناً أي مصدراً بالعنوان وهو أن يكتب في صدره من فلان إلى فلان على ما جرت به العادة فهذا كالنطق فلزم حجة، ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدران وأوراق الأشجار لا على الوجه المعتاد فلا يكون حجة إلا بانضمام شيء آخر إليه كالنية والإشهاد عليه والإملاء على الغير حتى يكتبه لأن الكتابة قد تكون للتجربة ونحوها، وبهذه الأشياء تتعين الجهة، وقيل الإملاء بلا شهادة لا يكون حجة، والأول أظهر - وغير مستبين كالكتابة على الهواء أو الماء، وهو بمنزلة كلام غير مسموع ولا يثبت به شيء من الأحكام وإن نوى. ثم قال وهذا كله في الناطق ففي غيره بالأولى.

(٢) جاء في شرح الرسالة للنفراوي جـ٣ ص٣ « والصيغة هي كل ما يفهم منه الوصية من لفظ أو إشارة ولو من قادر على الكلام أو خط » - والقانون المدني الجديد يوافق ما ذهب إليه المالكية فيقرر في المادة - ٩٠ « أن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة « وبالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود.

فإذا كان يعرف الكتابة، فالحنفية في إحدى الروايتين عندهم لا يقبلون إشارته، لأن الأصل في التعبير أن يكون بالكلام، وعند العجز ينتقل إلى وسيلة أخرى، وعند اجتماع وسيلتين تقدم أقواهما، ولا شك في أن الكتابة أقوى في التعبير من الإشارة، لأن الكتابة تعبير بالقلم فتنحل إلى ألفاظ عند قراءتها، فهي في قوة العبارة، فلا يعدل عنها إلى ما هو أضعف منها.

وفي الرواية الأخرى يجوزون ذلك فيقبلون إشارته، لأن كلا من الإشارة والكتابة معبر فيقبل منه أيهما متى كانت مفهومة معبرة عن إرادته الخفية.

وأما العاجر بسبب أمر طارىء من مرض أو غيره. وهو معتقل[1] اللسان فقد سوى بعض المذاهب بينه وبين الأخرس في أنه تصح وصيته بالإشارة.

وخالف الحنفية فلم يصححوا وصيته بالإشارة إلا إذا امتدت[2] عقلته فصارت له إشارة معلومة كالأخرس فتقبل منه، وقيل لا تقبل إلا إذا صار ميئوساً من عودة النطق إليه، وهذا لا يكون إلا بالموت.

فإذا صدرت منه إشارة يفهم منها أنه أراد إنشاء وصية، ثم زال المانع من عدم النطق فإن ما سبق منه لا اعتبار له، ويصير كأن لم يكن، ويجب عليه إنشاء وصية جديدة بالكلام إن أراد، فإن لم يفعل فلا وصية، وأما إذا مات وهو عاجز فإن وصيته في هذه الحالة تعتبر صحيحة نافذة.

والقانون: صحح إنشاء الوصية بالطرق الثلاثة إلا أنه جعل العبارة والكتابة

---

(١) معتقل بفتح القاف. يقال اعتقل بضم التاء اذا احتبس عن الكلام ولم يقدر عليه ـ رد المحتار جـ ٦ ص ٧٢١.

(٢) قدرت مدة الامتداد في المحيط بشهر، وفي جامع الفصولين بستة أشهر وقدرها ثالث بسنة كما في تكملة البحر جـ ٨ ص ٥٤٤، وراجع في ذلك تبيين الحقائق للزيلعي جـ ٦ ص ٢٢٨. ورد المختار لابن عابدين جـ ٥ ص ٦٤٥.

في درجة واحدة، والإشارة في درجة تالية لهذه الدرجة، وهي درجة العجز عن النطق والكتابة معاً.

فمن يحسن الكتابة يصح منه إنشاء الوصية بها سواء كان قادراً على النطق أو عاجزاً عنه... جاء ذلك صريحاً في الفقرة الأولى من المادة الثانية ونصها:

« تنعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة، فإذا كان الموصى عاجزا عنهما انعقدت الوصية بإشارته المفهمة ».

وليس بلازم في الكتابة أن يكتب الشخص وصيته بيده، بل يكفي أن يكتبها غيره فيقرأها، أو يقرأها له غيره ثم يوقعها بإمضائه لأن هذا التوقيع فعل يدل على رضاه بالمكتوب، وهو كاف في الايجاب استناداً لمذهب الحنابلة.

والمراد بالعاجز من لا يستطيع النطق بسبب الخرس أو اعتقال لسانه، أو مرض يجعله غير قادر على الكلام، فإذا لم يكن قادراً على الكتابة تنعقد وصيته بإشارته المفهمة لمراده، لأن الإشارة في حقه بمنزلة النطق في حق غيره.

ولا يشترط في الإشارة إلا أن تكون مفهومة، فإذا لم تكن مفهومة كانت لغواً لا تنشىء وصية ولا غيرها.

وهذه الأحكام خليط من المذاهب المختلفة كما ترى:

فحكم وصية القادر على النطق، وهو أنها لا تنعقد إلا بالعبارة أو الكتابة ولا تنعقد بالإشارة مأخوذ من مذهب الحنفية، ومثله حكم وصية العاجز عن النطق في عدم انعقادها بالاشارة إذا كان قادراً على الكتابة، والتسوية بين الكتابة والعبارة مأخوذ من مذهب الحنابلة كما صرحت بذلك المركة التفسيرية وهو يوافق مذهب المالكية والحنفية في جملته.

والتسوية بين الأخرس ومعتقل اللسان والمريض الذي لا يقدر على النطق مأخوذ من مذهب الشافعية على ما نقله الحنفية في كتبهم عنهم.

ما شرطه القانون لسماع دعوى الوصية:

لم يأت قانون الوصية بشيء جديد ـ زيادة عما قرره الفقهاء في إنشاء الوصية فلم يشترط في صحتها صدور إشهاد رسمي كما شرطه قانون الوقف في إنشائه، وإنما شرط لسماع دعوى الوصية أو الرجوع القولى عنها بعد وفاة الموصى عند الإنكار وجود أحد أمور ثلاثة تدل على صحة الدعوى ـ ورقة رسمية[1] ـ ـ ورقة مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه ـ ٣ ـ ورقة الوصية أو الرجوع عنها بتوقيع الموصى المصدق عليه...

هذا في الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ م، أما الحوادث الواقعة قبل ذلك فاكتفى في سماع الدعوى فيها بوجود أوراق خالية من شبهه التصنع تدل على صحة الدعوى.

جاء ذلك صريحاً في الفقرة الثانية من المادة الثانية ونصها:

لا تسمع عند الإنكار دعوي الوصية أو الرجوع القولى عنها بعد وفاة الموصى في الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ الافرنجية إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع[2] تدل على صحة الدعوى. وأما الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ فلا تسمع فيها دعوى ما ذكر، إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك، أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقاً على توقيع الموصى عليها.

والحكمة في هذا الاشتراط قطع الطريق على المزورين الذي يدعون وصايا

---

(١) العقد الرسمي هو العقد الذي يعقد أمام موظف عمومي أعد لذلك يسمى الموثق. ويسمى ذلك العقد اشهاداً رسمياً كذلك.

(٢) المراد بخلو الأوراق من شبهة التصنع: ألا يظهر منها ما يدل على أنها أعدت لتكون مسوغاً لهذه الدعوى.

لا وجود لها ويؤيدونها بشهادة مزورة، وهذا الاشتراط وإن لم يكن له نظير في كلام الفقهاء إلا أنه يدخل تحت قاعدة مقررة عندهم. وهي تخصيص القضاء، فلولى الأمر أن يمنع القاضي من سماع بعض الدعاوى، أو يخصصه بنظر نوع معين.

ولقد كان المشرع في مشروع قانون الوصية في الفقرة السابقة، ومذكرتها التفسيرية يرى أن تكون الوصية كالعقود الرسمية، كالوقف والهبة لا تكون صحيحة إلا إذا صدر بها إشهاد رسمي «عقد رسمي» أو تكون مكتوبة كلها بخط الموصى وموقعاً عليها بإمضائه، أو يحرر بها عقد عرفي يصدق فيه على إمضاء الموصى أو ختمه فإذا لم تكن على هذا الوجه كانت باطلة.

ولكن لجنة العدل بمجلس الشيوخ عدلت هذه الفقرة على الوجه السابق مكتفية بما كان موجوداً في المادة ـ ٩٧[1] ـ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ مع إضافة حالة التصديق الرسمي على توقيع الموصى على ورقة الوصية...

والسبب في هذا العدول ـ كما جاء في تقرير اللجنة ـ أن الوصية تختلف بطبيعتها عن العقود الأخرى المشترط فيها الرسمية، فقد تكون في وقت اشتداد

---

(١) ونصها «لا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الإيصاء أو الرجوع عنها أو العتق أو الإقرار بواحد منا وكذا الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به بعد وفاة الموصي أو المعتق أو المورث في الحوادث السابقة على سنة الف وتسعمائة وإحدى عشرة الأفرنكية إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى.
وأما الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الافرنكية فلا تسمع فيها دعوى ما ذكر بعد وفاة الموصي أو المعتق أو المورث إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفي وعليها امضاؤه كذلك تدل على ما ذكر» ويلاحظ أن هذه المادة لم تلغ بالقانون رقم ٤٦٣ لسنة ١٩٥٥ الخاص بإلغاء المحاكم الشرعية.

المرض، أو في ظروف حرجة يجب التيسير فيها .

والقانون وإن عدل عن اشتراط صدور إشهاد رسمي في إثبات صحة الوصية إلا أن ملكية الموصى به إذا كان عقاراً لا تثبت للموصى له إلا بعد تسجيل الوصية لأن القانون المنظم للشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الذي نفذ من أول يناير سنة ١٩٤٧ ينص في مادته التاسعة **على أن الوصية لا تنتقل بها الملكية في العقار بعد ذلك التاريخ إلا بعد تسجيل ذلك النقل .**

وما ينبغي ملاحظته هنا :

أن المادة في عرضها للأمور الثلاثة التي تدل على صحة الدعوى لم تكن على نسق واحد، ففي الأمر الثالث صرحت بأن الورقة العرفية هي ورقة الوصية، وفي الأمرين الأول والثاني لم تصرح بذلك، بل أطلقت فيهما « أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه، فهل التقييد ملاحظ فيهما اعتماداً على التقييد في الحالة الثالثة . بمعنى أن يكون المراد بالورقة الرسمية أو المكتوبة بخط المتوفى ورقة الوصية نفسها، أو أنه غير ملاحظ، فلا يلزم أن تكون كل منهما هي ورقة الوصية، بل ما هو أعم من ذلك فيشمل ورقة الوصية المثبتة لها وكل ورقة أخرى تدل على الوصية بطريق التضمن أو الإشارة .

الظاهر أن مراد المشرع هو الإطلاق، لأن هذه الإوراق مسوغ لسماع دعوى الوصية عند إنكارها لا لإثبات الوصية، وإذا سمعت الدعوى كان على مدعيها أن يثبتها بكافة طرق الاثبات.. ولو كان المشرع يقصد دلالة تلك الأوراق على إثبات الوصية بمعنى أنها لا تسمع دعواها إلا إذا كانت ثابتة بورقة من هذه الأوراق لأتى بعبارة تدل على ذلك ـ وما أسهلها عليه ـ كأن يقول: « لا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية إلا إذا كانت ثابتة بورقة رسمية أو مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها امضاؤه الخ.. ولكنه أطلق تبعاً للاطلاق

في المادة ٩٨ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ المأخوذ منها هذا الحكم وهي مطلقة هناك[١].

وعلى هذا إذا وجد عقد بيع رسمي فيه إشارة إلى الوصية كان ذلك مسوغاً لسماع الدعوى بها، لأنه ورقة رسمية، ومثله في ذلك محضر تحقيق للنيابة أو للشرطة فيه ذكر للوصية. ولو وجد خطاب بخط الموصى موقع عليه بإمضائه موضوعه شيء آخر غير الوصية، وفيه إشارة إلى الوصية أو أتى بها ضمناً كان ذلك أيضاً مسوغاً لسماعها، وكذلك محضر التصديق على التوقيع وعلى المدعى أن يثبت دعواه بأي دليل آخر...

---

(١) يدلنا على ذلك أن القانون المشار إليه بينما أطلق في سماع دعوى الوصية قيد في سماع دعوى الزوجية والوقف. فالمادة ـ ٩٩ ـ منه الخاصة بسماع دعوى الزوجية تصرح بأنها لا تسمع دعوى الزوجية عند الإنكار في الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ إلا إذا كانت ثابتة بأوراق رسمية، أو مكتوبة كلها بخط المتوفي وعليها إمضاؤه، وفي الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية.

والمادة ـ ١٣٧ ـ منه الخاصة بسماع دعوى الوقف تقول: يمنع عند الإنكار سماع دعوى الوقف أو الإقرار به أو استبداله أو الإدخال أو الاخراج وغير ذلك من الشروط التي تشترط فيه إلا إذا وجد بذلك إشهاد ممن يملكه على يد حاكم شرعي الخ ولقد وجدنا المشرع في قوانين أخرى حينما يريد أن تكون الورقة الرسمية أو المكتوبة مقيدة يصرح بذلك.

ففي القانون رقم ٢١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال تقرر مادته السابعة والعشرون في إحدى فقراتها بأنه «لا يجوز أن يعين وصياً من قرر الأب قبل وفاته حرمانه من التعيين متى بنى هذا الحرمان على أسباب قوية ترى المحكمة بعد تحقيقها أنها تبرر ذلك ويثبت الحرمان بورقة رسمية أو عرفية مصدق على إمضاء الأب فيها أو مكتوبة بخطه وموقعه بإمضائه.

ومادته الثامنة والعشرون ـ بعد أن بينت للأب أن يقيم وصياً مختاراً لولده القاصر أو للحمل المستكن تصرح بأنه «يشترط أن يثبت الاختيار بورقة رسمية عرفية مصدق على توقيع الأب أو المتبرع فيها أو مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه.

ومن هذا يتبين لنا أن أسلوب المشرع يأتي مطلقاً في بعض المواضع ومقيداً في بعضها الآخر، وان كلا من الإطلاق والتقييد مراد له في محله فيعمل به كما ورد. وللمحكمة العليا =

المبحث الثالث
في
قبول الوصية وردها ووقت ثبوت الملكية بها

قدمنا أن ركن الوصية هو الإيجاب وحده، وأنه يتحقق بواحد من أمور ثلاثة: العبارة والكتابة والإشارة، وأن القبول ليس ركناً، بل هو شرط للزوم الوصية، أو لدخول الموصى به في ملك الموصى له...

وقد بين القانون أحكام القبول والرد في ست مواد من المادة العشرين إلى الخامسة والعشرين...

والكلام هنا يحتاج إلى بيان أمور، سبب جعله شرطاً، والوقت الذي يعتبر فيه القبول والرد، ومراد الفقهاء منه، ومن الذي يملكه، والوقت الذي يثبت فيه الملك للموصى له بعد قبوله...

أما اشتراط القبول فهو قول جماهير الفقهاء لم يخالف في ذلك ـ فيما نعلم ـ إلا زفر من الحنفية[1] في إحدى الروايتين عنه، وفيها يقول: إن الملك يثبت بموت الموصى، ولا يتوقف على القبول من الموصى له، كما وأنه لا يملك رد الوصية وعلل ذلك. بان الوصية خلافة كالميراث. فكما أن الوارث يخلف المورث في تركته ويثبت ملكه من غير قبول فكذلك الوصية يخلف فيها الموصى له الموصى فيما أوصى به بمجرد موته من غير حاجة إلى قبول.

أما القول الأول فيثبت من وجهين.

= الشرعية حكم في ذلك قضية استئناف رقم ١١٤ ـ ٤٥ ـ ١٩٤٦ بتاريخ ١٢ جمادي الأولى سنة ١٣٦٧ ـ ٢٣ مارس سنة ١٩٤٨.

(١) المبسوط ج ٢٨ ص ٢٧.

الأول: إن الملك في الوصية يثبت للموصى له باختيار الموصى ابتداء بعقد الوصية فيتوقف على القبول من الموصى له كسائر عقود التمليكات بدليل أن الموصى كان يملك منع الملك بالرجوع عن الوصية قبل الموت، وانعدام ولاية الموصى على من أوصى له، والخلافة صورية فقط. بخلاف الملك بالميراث فإنه يثبت جبراً بدون اختيار المورث والوارث، لأنه خلافة حقيقية بجعل الشارع لما له من ولاية الإلزام العامة، والمورث ما كان يملك منع هذا الملك، وكذلك الوارث لا يملك رده وإسقاطه[1]، فقياس الوصية على الميراث قياس مع الفارق.

الثاني: إن التمليك في بعض صور الوصية لا يخلو من ضرر. كما إذا كانت الوصية بشيء نفقاته أكثر من منفعته كحيوان مريض مثلا، فلا بد من أن يمكن الموصى له من دفع هذا الضرر بإعطائه حق الرد. كما وأن ضرر المنة ثابت في أغلب صورها، أو على الأقل محتمل، وكثير من الناس يفضل العيش كفافاً على أن يعيش في سعة يتبعها أذى المنة.

وبهذا الرأي أخذ القانون في مادته العشرين[2].

ومما تجب ملاحظته هنا أن هذا الشرط ليس لازماً في جميع صور الوصية بل في بعضها فقط، وهي التي يتصور فيها القبول من الموصى له بنفسه أو ممن

---

(١) يوضح هذا الفرق أن ملك الوارث امتداد لملك المورث فيملك الرد بالعيب ويصير مغروراً فيما اشتراه المورث قبل موته. بخلاف الموصى له فإنه لا يثبت شيء من ذلك.

(٢) ونصها «تلزم الوصية بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصي فإذا كان الموصى له جنيناً أو قاصراً أو محجوراً عليه يكون قبول الوصية أوردها ممن له الولاية على ماله بعد إذن المجلس الحسبي.

ويكون القبول عن الجهات والمؤسسات والمنشآت ممن يمثلها قانوناً، فإن لم يكن لها من يمثلها لزمت الوصية بدون توقف على القبول.

يقوم مقامه من ولي أو وصي أو قيم، وما عدا ذلك تلزم الوصية بدون قبول «وسيأتي تفصيل ذلك عند الكلام على من له حق القبول».

والسبب في هذه التفرقة أن الوصية لها شبهان. شبه بالهبة في أنها تبرع وتمليك من غير عوض باختيار المتبرع، وشبه بالميراث في أنها تمليك بعد الموت، فللشبه الأول يشترط فيها القبول، وللشبه الثاني لا يشترط لأنه ملك جبري. فلهذا أخذت حكماً وسطاً بين الأمرين، فاشترط فيها القبول متى كان ممكناً. فإذا تعذر انتفت شرطيته ولزمت الوصية بدونه[1].

وقت القبول والرد

أما وقت القبول والرد فبعد وفاة الموصى، ولا عبرة بما يقع منهما في حياته. لأن الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت فآثاره لا تترتب عليه إلا بعد مجيء وقته، فإذا قبلها في حياته فلا بد لثبوت ملكه أن يقبلها بعد وفاته، وكذلك إذا ردها حال حياة الموصى كان له حق القبول بعد وفاته.

ولم يخالف ذلك إلا زفر[2] من الحنفية في الرواية الأخرى عنه فإنه يرى أن الرد من الموصى له معتبر في حياة الموصى بمعنى أنه لا يصح منه قبول بعد وفاة الموصى إذا ما سبقه رد لها في حياته، لأنه برده أبطل لصيغة المنشئة للوصية، وإذا بطل السبب لم يجد القبول شيئاً يقع عليه.

الفورية والتراخي في القبول:

وإذا كان القبول شرطاً، وأن وقته بعد وفاة الموصى، فهل لهذا القبول وقت يتقيد به بحيث إذا فات ذلك الوقت يعتبر الموصى له راداً للوصية؟

---

(١) راجع تبيين الحقائق للزيلعي جـ ٦ ص ١٨٦ عند الكلام على الوصية للحمل.
(٢) المرجع السابق ص ١٨٤.

لم يحدد الفقهاء وقتاً للقبول إلا أنه بعد الوفاة[1]؛ بل كلامهم صريح في أنه يصح منه القبول أو الرد في أي وقت شاء، وعلى هذا يكون ثابتاً على **التراخي لأن الوصية ليست من العقود الناجزة التي يتشرط فيها القبول فور الإيجاب أو في مجلس العقد.**

وثبوت الحق على هذه الصورة قد ينشأ عنه أضرار حيث يبقى الملك في الموصى به معلقاً غير مستقر لاحتمال أن يكون للموصى له إن قبل الوصية، أو للورثة إن ردها، وقد يكون المال نفسه في حاجة إلى نفقات لحفظه وصيانته، أو لبقاء حياته كما لو كانت الوصية بحيوان مثلا، ومع عدم استقرار الملك لا يعني به أحد من الطرفين.

ومع أنه لم يوجد في كلام الفقهاء تحديد لمدة[2] معينة إلا أنه وجد في مذهب الشافعي[3] وأحمد ما يسد هذه الثغرة، وهو أن الموصى له إذا سكت فلم يقبل الوصية أو يردها كان لورثة الموصى أن يرفعوا الأمر للقاضي ليطالبه بتحديد موقفه من القبول أو الرد، فإن امتنع عن إبداء رأيه اعتبر رداً للوصية وحكم عليه بالرد.

---

(١) يقول ابن قدامة في المغنى جـ ٦ ص ٢٥ « ويجوز القبول على الفور والتراخي ولا يكون إلا بعد موت الموصي لأنه قبل ذلك لم يثبت له حق.

(٢) والسبب في ترك الفقهاء لهذا التحديد أن الغالب في الموصي لهم المبادرة إلى قبول الوصية لأنها منفعة، وفي النادر أن يتراخى الموصى له عن القبول متى علم، على أنه لم يقع في زمنهم، ولو وقع لبينوا حكمه، وما في المذهبين الشافعي والحنبلي من تحديد جاء افتراضا لهذا التأخير.

(٣) كما جاء في المذكرة التفسيرية. وفي حاشية الشيخ عبد الحميد الشرواني على تحفة المحتاج جـ ٧ ص ٢١ « والراجح أنه إذا امتنع من القبول والرد خيره الحاكم بينهما فإن أبي حكم عليه بإبطال الوصية ».

وعلى هذا الرأي استند القانون فجعل للوارث أو لمن له تنفيذ[1] الوصية الحق في إعلان الموصى له بإعلان رسمي مشتمل على بيان كاف عن الوصية ويطلب منه إظهار قبوله أو رده، فإذا فعل ذلك ومضى على علمه بهذا ثلاثون يوماً كامله غير المسافة القانونية ولم يجب بالقبول أو الرفض كتابة بدون عذر مقبول عد ذلك رفضاً للوصية كما جاء بالمادة الثانية والعشرين[2].

قبول البعض ورد البعض:

قبول الوصية وردها كما يكون في كل الموصى به يكون في بعضه، لأن مطابقة القبول للأيجاب ليست شرطاً في لزوم الوصية على الراجح عند الحنفية ـ كما سبق بيانه ـ ولأن اشتراط القبول لما كان لأجل مصلحة الموصى له. فقديري أن مصلحته في قبول البعض ورد البعض الآخر، فإذا فعل ذلك نفذت الوصية فيما قبله، وبطلت فيما رده.

وإذا تعدد الموصى لهم فقبل البعض ورد البعض لزمت الوصية في حق من قبل. وبطلت في حق من رد، لأن كل واحد أدرى بمصلحته فيقبل أو يرد حسبما يجد منفعته جاء ذلك بالمادة الثالثة والعشرين[3].

---

(١) المراد بمن له تنفيذ الوصية هو الوصي المختار فإن لم يوجد فهيئة التصرفات أو من تعينه لذلك «مادة ـ ٣٠ ـ الفقرة الثانية».

(٢) ونصها «لا يشترط في القبول ولا في الرد أن يكون فور الموت. ومع ذلك تبطل الوصية إذا أبلغ الوارث أو من له تنفيذ الوصية الموصى له بإعلان رسمي مشتمل على بيان كاف عن الوصية. وطلب منه قبولها أو ردها ومضى على علمه بذلك ثلاثون يوماً كاملة خلاف مواعيد المسافة القانونية ولم يجب بالقبول أو الرد كتابة دون أن يكون له عذر مقبول.

(٣) ونصها «إذا قبل الموصى له بعض الوصية ورد البعض الآخر لزمت الوصية فيما قبل وبطلت فيما رد. وإذا قبلها بعض الموصي لهم وردها الباقون لزمت بالنسبة لمن قبلوا وبطلت بالنسبة لمن ردوا».

حقيقة القبول المطلوب

عرفنا فيما سبق أن الفقهاء تكاد تجمع كلمتهم على أن قبول الموصى له شرط للزوم الوصية في جانبه، أو لدخول الموصى به في ملكه، ومع هذا الاتفاق اختلفوا في حقيقة ذلك القبول على رأيين.

أحدهما ـ وهو ما ذهب إليه الحنفية ـ يوسع دائرته فيجعله عدم الرد أعم من أن يكون عملاً إيجابياً، سواء أكان قولا كقبلت الوصية، أم فعلاً يدل على الرضا كالتصرف في الموصى له وعدم رده.

وإنما اكتفوا بهذا القدر لأن القبول مشروط لدفع ضرر المنة وما يحتمل حدوثه من مؤن للعين الموصى بها من غير فائدة ترجى منها وهذا يتحقق بعدم الرد.

ولكن ينبغي ملاحظة أن السكوت وعدم الرد لا يعتبر قبولاً إلا إذا يئسنا من حصول الرد الصريح، وهذا لا يكون إلا بوفاة الموصى له. فما دام حياً لا نعتبر سكوته قبولاً حتى نرتب عليه ثبوت الملك له.

ثانيهما ـ وهو ما ذهب إليه الأئمة الثلاثة ـ يقصره على العمل الايجابي من القبول بالقول أو بالفعل، ولا يكتفي فيه بعدم الرد لأن هذا هو المعهود في مثله من التصرفات.

وثمرة هذا الخلاف تظهر فيما إذا مات الموصى له قبل أن يصدر منه قبول إيجابي أو رد صريح فإنه على رأي الحنفية تلزم الوصية بموته وينتقل الملك في الموصى به إلى ورثته، ويكون ملكاً قهرياً لا يملكون إسقاطه أو رده لأن سبب الملك تم من جانب الموصى بموته، وبقي حق الرد للموصى له لحاجته إلى دفع

الضرر، وبموته انتهت هذه الحاجة فيبطل هذا الحق ويثبت الملك. كما إذا اشترى شيئاً وشرط لنفسه الخيار ثم مات في مدة الخيار قبل أن يصدر منه إجازة للعقد أو فسخ له فإنه يبطل حق الخيار ويتم الملك، فكذلك هذا[1].

وعلى الرأي الثاني لا تلزم الوصية ولا يثبت الملك للموصى له، ولا يبطل[2] حقه في القبول أو الرد، بل ينتقل هذا الحق لورثته. فيتوقف ثبوت الملك لهم على قبولهم، فإذا قبل الوارث الوصية واحداً كان أو أكثر تم الملك، وإن رده بطل، وإذا قبل البعض ورد البعض تم في حق من قبل،

---

(١) هذا هو مقتضى الاستحسان عندهم، وأما القياس فيقتضي أن الورثة يحلون محله في القبول أو الرد كما يرى صاحب المبسوط في جـ٢٨ ص٤٨، أو يقتضي أحد أمرين إما هذا، أو بطلان الوصية كما يرى صاحب البدائع في جـ٧ ص٣٣٢، ويلاحظ أن صاحب المبسوط قيد المسألة بعدم علم الموصى له بالوصية، وصاحب البدائع لم يقيدها بذلك.

(٢) يقول ابن قدامة في المغنى جـ٦ ص٢٤: إن مذهب الحنابلة فيه رأيان، **أحدهما موافق لرأي المالكية والشافعية، وثانيهما أن الوارث لا يقوم مقام الموصى له في حق القبول والرد بل تبطل الوصية. لأنه عقد يحتاج الى القبول ويموت من له القبول يبطل كالمبة.**

فيتلخص من هذا أن الفقهاء لهم آراء فيما إذا مات الموصى له قبل القبول أو الرد.

١ - تبطل الوصية لأنها محتاجة إلى القبول ولم يتحقق.

٢ - أن الحق في القبول ينتقل الى ورثة الموصى له لأنه مشروط لدفع ما يحتمل من الضرر عن الموصى له فيلزم أن يثبت لورثته لقيام احتمال الضرر في حقهم أيضاً.

٣ - تتم الوصية وينتقل الملك إلى ورثته لأن الخيار في القبول والرد كان ثابتاً للموصى له بمقتضى عقد الوصية والخيار رغبة ومشيئة والرغبات لا تورث، والحق أن الخلاف هنا مبني على الخلاف في أن حق الخيار يورث أو لا؟

وبطل في نصيب من ورد، ومن لم يكن أهلاً للقبول أو الرد يقوم وليه مقامه.

أما عدم لزوم الوصية وعدم ثبوت المِلك فلعدم تحقق الشرط وهو القبول وأما عدم بطلان حقه في القبول أو الرد فلأنه خيار، والخيار لا يبطل بموت صاحبه.

وأما ثبوت الحق للورثة فلأنهم يخلفون مورثهم فيما تركه من أموال وحقوق مالية، أو حقوق متعلقة بالمال، وهذا الحق منها.

وهذا الرأي أوجه من سابقه. لأننا ما دمنا قد أثبتنا الحق في القبول والرد للموصى له لدفع الضرر عنه، وهذا الضرر محتمل حدوثه للورثة، فلو ألزمناهم بالوصية لكنا قد فتحنا عليهم باباً يطل منه الضرر عليهم، فمن الخير لهم أن يبقى حقهم في الخيار، فمن يرى أن القبول في مصلحته قبلها، ومن يرى عكس ذلك ردها. وبهذا الرأي الثاني أخذ قانون الوصية في مادته الحادية والعشرين[1].

من له حق القبول والرد

حق قبول الوصية وردها يختلف ثبوته تبعاً لاختلاف الموصى له، لأنه قد يكون شخصاً أو أشخاصاً معينين، أو غير معينين وقد يكون جهة من الجهات.

والأشخاص المعينون فيهم كامل الأهلية وناقصها وفاقدها، وغير المعينين منهم من يكون منتمياً إلى جهة لها من يمثلها شرعاً أو قانوناً، ومنهم غير ذلك، وكذلك الجهة قد يكون لها ممثل، وقد لا يكون لها ذلك.

---

(١) ونصها «وإذا مات الموصى له قبل قبول الوصية وردها قام ورثته مقامه في ذلك».

ولا نزاع بين الفقهاء في أن حق القبول والرد يثبت لُلموصى له المعين واحداً كان أو أكثر متى كان كامل الأهلية لأنه صاحب الولاية على نفسه لا سلطان لأحد عليه.

كما اتفقوا على أنه يثبت للولي إذا كان الموصى له فاقد الأهلية كالمجنون والصبي غير المميز. لأن عبارته ملغاة لا اعتبار لها في نظر الشارع. ولم يخرج عن هذا الاتفاق إلا الوصية للجنين فإن الحنفية لم يشترطوا فيها قبولا، بل قالوا: إن الوصية له تلزم من غير قبول بمجرد موت الموصى، لأن الجنين عندهم لا تثبت عليه ولاية، فلا يكون له ولي يقبل عنه، وذهب بعض فقهاء الشافعية والحنابلة إلى أن الوصية له تحتاج إلى قبول، ويقبل عنه من تثبت له الولاية عليه بعد ولادته لأن وصيته لا تقرر إلا بعد ولادته حياً، وفي هذا الوقت يكون له ولي.

والقانون أخذ بهذا الرأي كما صرحت بذلك مادته المتممة[1] للعشرين لكنه لم يقيد قبول الولي بما بعد الولاية « لأنه افترض أن يكون للجنين ولي حيث إن القوانين[2] الأخرى تفرض له وصياً أو ولياً يحافظ على أمواله وحقوقه، فللولي

---

(١) وفيها « فإذا كان الموصى له جنينا أو قاصراً أو محجوراً عليه يكون قبول الوصية أو ردها ممن له ولاية على ماله بعد إذن المجلس الحسبي ».

(٢) حين صدور قانون الوصية عام ١٩٤٦ كان قانون المجالس الحسبية الصادر في ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ قائماً معمولاً به، وهذا القانون أجاز تعيين وصي للحمل المستكن، وعلل ذلك بأن عدم تعيين وصي فيه ضرر بمصلحته لما يترتب عليه من ترك أمواله بلا حصر وإيجار وقبض وغير ذلك من الأمور الوقتية التي تقتضي السرعة. وقانون المحاكم الحسبية رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ وإن كان ألغى قانون المجالس الحسبية - والقوانين المعدلة له إلا أنه أبقى حكم تعيين وصي للحمل كما جاء في المادتين ١٤، ١٥ منه وكذلك المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال مع أنه ألغى العمل بالكتاب الأول من قانون المحاكم الحسبية المتضمن للمادتين ١٤: ١٥ المشار إليهما إلا أنه نص على إبقاء حكم تعيين =

أن يقبـل أو يـرد قبـل ولادة الجنين بعـــد إذن المجلس الحسبي « المحكمـــة الحسبية »، فإذا ولد حياً ثبت الملك له مستنداً إلى وقت وفاة الموصى، وإلا رد إلى الورثة بنسبة أنصبائهم.

وإذا كان الموصى له المعين ناقص الأهلية كالصبي المميز أو محجوراً عليه بسبب الغفلة أو السفه، فالحنفية يسيرون مع قاعدتهم في التصرفات الناقعة نفعاً محضاً وهي أنها تكون صحيحة نافذة فيقررون أن قبول الوصية يكون من هؤلاء لأنها من التصرفات النافعة نفعاً محضاً، فإذا قبلها نفذت من غير توقف على إجازة الولي، ولكنهم لا يملكون ردها لأن ردّ الوصية ضرر، ولذلك لا يملكه الولي.

وأما الحنابلة فيجعلون قبول الوصية وردها في هذه الحالة للولي بشرط أن يكون ما يختاره هو أصلح الأمرين بالنسبة للمولى عليه، فإن فعل غير الأصلح بأن قبل ما ليس للموصى له فيه مصلحة، أو رد ماله فيه منفعة لم يعتبر عمله هذا وصار كأن لم يكن.

والقانون جعل الحق للأولياء استناداً لمذهب الحنابلة، ولكنه لم يقيد هذا الحق بما قيده به الحنابلة بل قيده بحصول الإذن من الجهة صاحبة الرقابة على أموال القاصرين. وهي المجلس الحسبي حينذاك والمحكمة الحسبية بعد ذلك ثم دائرة الولاية الآن، ولعل تقييد القانون بهذا يجعل التفويض المطلق للولي مقيداً بالأنفع، لأن المحكمة الحسبية باعتبار وضعها لرعاية حقوق القاصرين لا تأذن الا بما فيه مصلحتهم[1]

= وصي للحمل في مادتي ٢٨، ٢٩ ونص في الأخيرة على أنه يبقى وصي الحمل وصياً على المولود ما لم تعين المحكمة غيره.

(١) ومما ينبغي ملاحظته هنا أن المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال الذي صدر بعد قانون الوصية بسنوات قيد حكم استئذان المحكمة بحالة ما إذا=

وإذا كانت الوصية لغير المعينين وهم الذين لا يحصون. كطلبة العلم. وفقراء هذه المدينة. أو مشوهي الحرب. أو من فقدوا عائلهم في كارثة من الكوارث.

أو كانت لجهة من الجهات: كمؤسسة علمية أو مسجد أو مبرة أو ملجأ مثلا فإن بعض الفقهاء يذهب إلى أن الوصية في هاتين الصورتين لا تحتاج إلى قبول، بل تلزم بمجرد موت الموصى، لأن القبول ممن لا يحصون متعذر، ولا يتعين واحد منهم للقبول فسقط اعتباره فلم يتوقف ملكهم على القبول، بل

= كانت الوصية محملة بالتزامات أو مشروطة بشرط.

فهادته الثانية عشرة تنص على أنه «لا يجوز للولي ان يقبل هبة أو وصية للصغير محملة بالتزامات معينة إلا بإذن المحكمة. ومفهومها أنها إذا لم تكن كذلك لا تحتاج إلى إذن المحكمة.

والمادة التاسعة والثلاثون منه تمنع الوصي من مباشرة تصرفات عديدة إلا بإذن المحكمة. منها قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها.

وإذا كان هذا القانون المتأخر قيد ما أطلق في قانون الوصية فهل يبقى الاطلاق ملاحظاً في قانون الوصية كما كان أو يتقيد الحكم فيه بما قيد به القانون الأخير، ويكون استئذان الوصي للمحكمة فيما إذا كانت الوصية محملة بالتزامات أومشروطة بشرط فقط؟

وجوابنا على هذا السؤال: أن التشريع المتأخر دائماً يكون ناسخاً لما يخالفه من التشريعات السابقة، والمشرع في كثير من الأحيان ينص على ما يلغي من الأحكام السابقة تفصيلاً، كأن يقول: تلغى مادة كذا وكذا من قانون كذا، وفي بعضها ينص على الإلغاء إجمالاً، كأن يقول: يلغى كل ما كان مخالفاً لهذا القانون.

وفي هذا القانون نص مرسوم إصداره على الأمرين معاً... فهادته الثانية تقول: يلغى الكتاب الأول من قانون المحاكم الحسبية الصادر بالقانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧، وكذلك يلغى كل ما كان مخالفاً للأحكام المقررة في النصوص المرافقة لهذا القانون.. وعلى هذا يكون الإطلاق في قانون الوصية قد ألغى العمل به من تاريخ العمل بهذا القانون، وهو تاريخ نشره في الجريدة الرسمية في ١٣ ذي القعدة سنة ١٣٧١ ـ ٤ أغسطس سنة ١٩٥٢، ويكون الاستئذان في حالةالوصية المحملة بالتزامات أو مشروطة بشرط.

يتوقف على القبض من كل واحد منهم، وكذلك الجهة لا يتصور منها قبول فسقط اعتباره.

ولكن فقهاء الشافعية يفصلون في المسألة، فيقولون إن كان من لا يحصون[1] ينتمون إلى جهة لها من يمثلها ويتكلم باسمها كطلبة الأزهر أو الجامعة، أو كانت الجهة لها من يمثلها كمسجد لها ناظر مثلاً، فإن الوصية لا تتم إلا بقبول تلك الجهة في شخص من يمثلها.

وإن لم يكن كذلك سقط اعتبار القبول، ولزمت الوصية بموت الموصي.

وبهذا التفصيل أخذ القانون كما جاء في الفقرة الثانية من المادة العشرين «ويكون القبول عن الجهات والمؤسسات والمنشآت ممن يمثلها قانوناً، فإن لم يكن لها من يمثلها لزمت الوصية بدون توقف».

وصرحت مذكرته التفسيرية بأن هذا هو المتفق مع قواعد الشريعة العامة وما ذهب إليه الإمامية من الشيعة.

وقت ثبوت الملكية للموصى له

إذا حدد الموصى وقتاً لثبوت الملكية للموصى له. كأن يقول: هذه الدار وصية لفلان بعد موتي بسنة، وقبل الموصى له الوصية بعد وفاة الموصى فإن ملكه لا يثبت إلا من الوقت المحدد في الوصية باتفاق الفقهاء سواء قبلها عند ذلك الوقت أو قبله بعد الوفاة، كما اتفقوا على أن الملك يثبت عقب موت

---

(١) اختلف الفقهاء في الفصل بين من يحصون ومن لا يحصون على أقوال كثيرة منها أن ذلك مفوض إلى رأي القاضي. وقيل إن مالا يحصون هم الذين لا يستطاع حصرهم إلا بمشقة، وقيل غير ذلك، وأسلم هذه الآراء الذي سارت عليه المحاكم رأى محمد بن الحسن وهو أن ما لا يحصون من بلغوا مائة، فإذا كانوا أقل من ذلك فهم يحصون.

الموصى إذا لم يكن هناك فاصل بين الموت وقبول الموصى له بأن قبل عقب الوفاة مباشرة .

واختلفوا فيما إذا لم يحدد الموصى وقتاً تبدأ منه الوصية وتأخر القبول عن وقت الوفاة..

فالحنفية والشافعية في أصح أقوالهم، والمالكية في المشهور عندهم يذهبون إلى أن الملكية تثبت بالقبول مستندة إلى وقت الموت وهو قول للحنابلة، لأن سبب الملكية هو الوصية، والقبول شرط فقط.

وإذا كانت الوصية بحقيقها تفيد الملك مضافاً إلى ما بعد الموت فتنفيذها يكون عقب الموت، والقبول ورد على الوصية بهذا الوضع، فيثبت الملك من وقت الوفاة، ولولا كون القبول شرطاً لثبوت الملك لثبت بمجرد الموت، وهذا نظير البيع بشرط الخيار، فإن الملك فيه يثبت بإجازته مستنداً إلى وقت إنشاء العقد.

وذهب بعض فقهاء المالكية وبعض الشافعية والحنابلة في أصح أقوالهم[1] إلى أن الملك يثبت من وقت القبول فقط، لأن القبول لا يخلو من أن يكون شرطاً أو جزءاً من السبب، والحكم وهو الملك لا يتقدم على سببه ولا على شرطه، كما في العقود الأخرى.

وعلى هذا الرأي يكون الملك في المدة ما بين الوفاة والقبول لورثة الموصى

---

(١) جاء في المعنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٢٥. فإن قبل ثبت الملك له من حين القبول في الصحيح من المذهب وهو قول مالك وأهل العراق وروي عن الشافعي.
وذكر أبو الخطاب في المسألة وجهاً آخر: إنه إذا قبل تبينا أن الملك ثبت حين موت الموصي وهو الظاهر من مذهب الشافعي، وللمالكية رأي آخر يوافق ما ذهب اليه الحنفية والشافعي من أن الملكية تثبت مستندة إلى وقت الوفاة.

فتكون زوائد الموصى به ونماؤه لهم، لأنه نماء ملكهم، ويقابل هذا النفع أن تكون جميع النفقات اللازمة للموصى به عليهم، لأن الغرم بالغنم.

وعلى الرأي الأول تكون الزوائد والنماء ملكاً للموصى له. ولكن أصحاب هذا الرأي مع اتفاقهم على هذا القدر مختلفون في سبب ملكية الزوائد ألأنها نماء ملكه وثمرته، أم لأنها موصى بها تبعاً للموصى به الأصلي[1]؟ بالأول قال الشافعية، وبالثاني يقول الحنفية، وبناء على هذا الخلاف لا تدخل تلك الزوائد في تقدير الوصية على الرأي الأول. بمعنى أن الموصى به الأصلي إن خرج من ثلث التركة نفذت الوصية بدون توقف على إجازة الورثة وتدخل في تقديرها على الرأي الثاني حيث تضم الزوائد إلى العين الموصى بها عند التقدير، فإن خرج

---

(١) مرد هذا الخلاف إلى الخلاف في الملك في فترةالتوقف. أهو باق على حكم ملك الموصي، أم أن الملكية متوقفة حتى يتقرر أمر الوصية؟».

فالحنفية يذهبون إلى أن المال الموصي به باق على حكم ملك الموصي لأن ذمته تبقى مؤقتاً حتى تسدد ديونه وتنفذ وصاياه لحاجته إلى ذلك فتكون الزيادة حادثة على ملكه فتتبع الوصية الأصلية فتدخل في تقديرها: يقول صاحب المبسوط في جـ ٢٩ ص ١٣: التركة بعد الموت قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت، فالزيادة بها تحل على حكم ملكه أيضاً ويكون حصولها قبل الموت وحصولها بعد الموت سواء الخ عبارته.

ويقول ابن قدامة في المغنى جـ ٦ ص ٢٦: «وقولهم لا يبقى له ملك ممنوع، فإنه يبقى ملكه فيما يحتاج إليه من مؤنة تجهيزه ودفنه وقضاء ديونه، ويجوز أن يتجدد له ملك فيما إذا نصب شبكة فوقع فيها صيد بعد موته بحيث تقضي منه ديونه وتنفذ وصاياه ويجهز إن كان قبل تجهيزه، فهذا يبقى على ملكه لتعذر انتقاله إلى الوارث من أجل الوصية وامتناع انتقاله إلى الموصى له قبل تمام السبب».

قال ذلك بصدد توجيه الرأي القائل إن الملك يثبت في الموصي به للموصى له من حين القبول.

والشافعية يقولون: إن ملك الموصي انتهى بوفاته، والملك في الموصي به متردد بين أن يكون للورثة أو للموصى له حتى يبت في أمر الوصية. فإذا ما قبلها الموصى له تبين أن النماء كان نماء ملكه فلا يدخل في الوصية لا أصلاً ولا تبعاً.

المجموع من الثلث نفذت الوصية بدون توقف، وإن زاد عنه توقف النفاذ في الزائد على إجازة الورثة.

والقانون أخذ برأي الحنفية في أن ملك الموصى له يثبت حين القبول مستنداً إلى وقت الموت ما لم يحدد الموصي وقتاً معيناً لثبوت الاستحقاق، وقرر أن تكون نفقات الموصى به في المدة بين الوفاة والقبول على الموصى له وهذا أمر معقول وواضح، لأن الموصى قصد تمليك الموصى له عقب الوفاة مباشرة، لأنه لو كان يريد وقتاً معيناً لعينه، فإثباتنا الملك من حين القبول مستنداً إلى وقت وفاة الموصى تحقيق لغرض الموصى من الوصية، ومراعاة لجانب الموصى له حيث جعلنا الثبوت موقوفاً على قبوله حتى لا نكون قد ألزمناه بما قد يتضرر منه.

ثم أخذ برأي الشافعية في عدم اعتبار الزوائد في تقدير الوصية، وأنها تكون ملكاً خالصاً للموصى له متى تحقق منه القبول، وهذا واضح لأنه لا يكون إلا في حالة الوصية بعين ذاتها، والموصى قد قصد بذلك تمليكها له عقب الموت، وما دمنا قد رجحنا ثبوت الملك إلى وقت الموت فيظهر لنا عند القبول أن الملك كان ثابتاً في هذه العين للموصى له، ومن ملك شيئاً ملكاً تاماً ملك نماءه وزوائده.

جاء كل ذلك في المادة الخامسة والعشرين[1].

بقيت مسألة أخيرة تتعلق بهذا الموضوع عرض لها القانون في مادته الرابعة

---

(١) ونصها «إذا كان الموصى له موجوداً عند موت الموصي استحق الموصي به من حين الموت ما لم يفد نص الوصية ثبوت الاستحقاق في وقت معين بعد الموت، وتكون زوائد الموصي به من حين الملك إلى القبول للموصي له، ولا تعتبر وصية، وعلى الموصي له نفقة الموصي به في تلك المدة».

والعشرين، وهي رد الوصية بعد قبولها الصحيح، وقد اختلفت فيها آراء الفقهاء.

فالحنفية يقولون: إذا قبل الموصى له الوصية بعد وفاة الموصى ثم عاد وردها فإنه يقبل منه هذا الرد متى قبله الورثة كلهم أو واحد منهم، لا فرق بين أن يكون ذلك الرد قبل القبض أو بعده، ولا بين ما إذا كان الموصى به مالا مثلياً أو قيمياً فالشرط عندهم هو قبول الورثة له.

وعلل ذلك السرخسي في مبسوطه[1] بأحد أمرين:

أولهما: أن الرد عليهم فسخ للوصية، وهم قائمون مقام الميت، وأحد الورثة يقوم مقامهم.

ثانيهما: أن هذا الرد فسخ لقبوله وهو ينفرد بفسخ القبول في حق نفسه، وإنما لا يثبت في حق الورثة إذا أبوا ذلك دفعاً للضرر عنهم وعن مورثهم، فإذا رضوا بذلك أو رضى به أحدهم وهو قائم مقامهم في فسخ القبول منهم صار كأنه رده قبل أن يقبل فيكون ميراثاً للورثة[2]

---

(١) جـ ٢٨ ص ٤٩.

(٢) وفي رأيي أننا لو عللنا مذهب الحنفية بأن هذا الرد يعتبر كالهبة المبتدأة من الموصى له موجهة إلى ورثة الموصي لتعذر توجيهها إلى الموصي نفسه حيث إن الملك ثبت له بالقبول. فالرد بعده لا يكون إسقاطاً للملكية التامة لبطلان السائبة، بل يكون نقلا لها ولا يصلح نقلا لغير الورثة حيث لم يعين شخصاً، فيشترط قبولهم. لو عللناه بذلك لكان أحسن.

ولا يقال: إنه إذا قبل أحد الورثة يثبت الملك له وحده لأنه القابل. لا يقال ذلك لأن شبهة الرد على الموصي لا زالت قائمة فيكون القابل نائباً عن الورثة كلهم فيعود الملك لهم كالميراث.

ثم عرض السرخسي لما إذا كان الرد على بعض الورثة دون البعض فقال: إن هذا باطل قياساً، إن هذا تمليك منه لمن ردها عليه فيكون التملك بلفظ الهبة والإعطاء ولكنا نستحسن فنجعل ذلك كالرد على جماعتهم وكان بينهم على فرائض الله تعالى لأن أصل العقد كان بينه وبين الموصى والرد فسخ لذلك العقد فكما يجوز بينه وبين الموصي يجوز بين الورثة وبين الموصى=

ولغير الحنفية تفصيل خلاصته كما جاء في كتاب المغنى[1].

إن الرد إما أن يكون بعد القبول والقبض معاً أو يكون بعد القبول وقبل القبض، فإن كان بعدهما فلا يصح إلا على أنه هبة مبتدأة. إن قبلها الورثة وقبضوها تمت ولزمت باتفاق الحنابلة والشافعية، لأن المال الموصى به أصبح بعد القبول والقبض مملوكاً ملكاً مستقراً كسائر أملاكه فلا يخرج عن ملكه إلا بسبب ناقل للملكية كالهبة، فيراعى في ذلك شروط الهبة.

وإن كان قبل القبض ففي رأي للشافعية أنه يأخذ حكم الرد بعد القبض لثبوت الملك المستقر فيهما.

وفي رأي آخر تفصيل بين ما إذا كان الموصى به مكيلا أو موزوناً فيصح الرد، لأن الملك فيه لا يستقر إلا بالقبض فأشبه الرد قبل القبول. وبين ما إذا كان غير ذلك كالمال القيمي فإنه لا يصح الرد، لأن الملك قد استقر وصار كالمقبوض، لأنه معين بذاته فلا يتوقف على القبض.

والقانون أخذ بمذهب الحنفية كما جاء في فقرة من المادة الرابعة والعشرين ونصها.

« وإذا ردها كلها أو بعضها بعد الموت والقبول وقبل منه ذلك أحد الورثة انفسخت الوصية، وإن لم يقبل منه ذلك أحد منهم بطل رده.

= له أيضاً، وأحد الورثة يقوم مقام الورثة في حقوقهم كجماعتهم فكان الرد على أحد بمنزلة الرد عليهم.

(١) جـ ٦ ص ٢٢.

الباب الثاني

في

شروط الوصية وانواعها

وفيه فصلان

الفصل الأول

في الشروط

يشترط للوصية شروط كثيرة منها شروط لصحتها وأخرى لنفاذها، وهي موزعة على الأمور الأساسية الأربعة التي لا توجد الوصية إلا بها، وهي الصيغة، والموصى، والموصى له، والموصى به.

يقول صاحب البدائع[1] «وأما شرائط الركن» فبعضها يرجع إلى الموصى، وبعضها يرجع إلى الموصى له، وبعضها يرجع إلى الموصى به، وأما الذي يرجع إلى نفس الركن فهو أن يكون القبول موافقاً للايجاب، فإن خالف الإيجاب لم يصح القبول لأنه إذا خالفه لم يرتبط فبقي الإيجاب بلا قبول[2]»

وإذا تنوعت الشروط إلى هذه الأنواع احتاج كل واحد منها إلى مبحث خاص فانقسم هذا الفصل إلى مباحث أربعة.

---

(١) جـ ٧ ص ٣٣٤.

(٢) بينا فيما سبق أن اشتراطه هذا مبني على ما اختاره في الركن من أنه مجموع الإيجاب والقبول.

المبحث الأول
في
شروط الصيغة وحكم الشروط المقترنة بها

قدمنا أن صيغة التصرف هي المعبرة عن إرادة المتصرف، وبها يوجد التصرف في الخارج ولولاها ما وجد، وهذه الصيغة تصدر على أشكال مختلفة حسب اختلاف طبيعة العقود والتصرفات وما قرره لها الشارع من أحكام.

فتارة تكون منجزة، وأخرى معلقة: أو مضافة، وكل منها قد يكون مقيداً بشرط أو مطلقاً عن القيود.

فالصيغة المنجزة: هي مادلت على وجود التصرف، ووجود حكمه في الحال.

والمضافة: هي ما أفادت وجود العقد في الحال، وتخلف حكمه إلى زمن مستقبل.

والمعلقة: وهي ما دلت على وجود التصرف مرتباً على وجود شيء آخر سيوجد في المستقبل فهي تفيد تعليق وجوده على وجود شيء آخر بأداة من أدوات الشرط مثل: إن، وإذا، ومتى ما، وكلما.

والأصل في صيغ التصرفات أن تكون منجزة ولم يخرج عن هذا الأصل إلا الوصية والإيصاء فان طبيعتهما تأبى التنجيز، فالوصية لا تكون إلا مضافة لأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، ولا يوجد مانع يمنع من تعليقها على الشرط ما دامت لا تفيد التمليك إلا بعد الموت[1].

---

(١) والمادة الرابعة من القانون تشير إلى ذلك « تصح الوصية المضافة أو المعلقة بالشرط أو المقترنة به ».

فيصح أن تكون مطلقة عن التعليق. كأن يقول جعلت هذه الأرض لفلان بعد موتي، كما يصح أن تكون معلقة على شرط. كأن يقول: إن ملكت هذه الدار فقد جعلتها مأوى للغرباء بعد وفاتي، أو إن رجعت سالماً من سفري فأرضي هذه وصية لفلان.

والوصية بعد هذا قد تكون مطلقة عن التقييد بالشرط. وقد تكون مقترنة به.

والفرق بين تعليقها على الشرط واقترانها به: أن التعليق هو ترتيب وجود الوصية على وجود الشرط، فالصيغة المعلقة لا تنشىء الوصية في الحال، ولكن بعد تحقق الشرط.

وأما الاقتران بالشرط فهو تقييد الصيغة المنشئة للوصية بشرط يظهر أثره في أحكامها فقط، فالوصية موجودة مع الاقتران، غير موجودة مع التعليق.

ثم إن الشروط المقترنة بالوصية منها ما هو معتبر في نظر الشارع، ومنها ما هو ملغى لا اعتبار له، والفقهاء جميعاً ساروا على هذا الأصل. وهو أن من الشروط شروطاً صحيحة، وأخرى غير صحيحة، وإن[1] اختلفوا في تحديد دائرة كل نوع.

---

(١) للفقهاء في مسألة الشروط المقترنة بالعقود آراء ثلاثة. رأي يجعل الأصل فيها الحظر فلا يبيح منها إلا ما ورد به نص خاص، وهم الظاهرية، ورأي آخر يقابله فيجعل الأصل فيها الإباحة فلا يمنع منها إلا ما ورد النهي عنه بخصوصه أو كان مخالفاً لمقتضى العقد. وهم الحنابلة وعلى رأسهم ابن تيمية وابن القيم، ورأي ثالث يتوسط فيجعل الأصل. فيها الحظر لكنه يستثني أنواعاً يصححها. وهي ما كان موافقاً لمقتضى العقد أو مؤكداً له أو ما ورد به نص أو جرى به عرف وهم الحنفية، ويقرب منهم المالكية والشافعية. كما شرحنا ذلك في كتابنا المدخل للتعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه ص ٤٧٥ وما بعدها الطبعة الأخيرة، ومع أن هذا هو الاصل العام عند الفقهاء في الشروط المأخوذ من تفريعاتهم إلا أننا نجد بعضهم قد خالفه في الوقف والوصية. =

وعلى سنن الفقهاء سار **قانون الوصية** في تقسيم الشروط المقترنة بها فقسمها إلى قسمين: صحيحة وباطلة، وأوجب الوفاء بالنوع الأول ما دام العمل به محققاً للغرض الذي من أجله اشترط، وألغى الشرط غير الصحيح، والشرط الذي أصبح لا يحقق المصلحة المقصودة منه، ولكنه ضيق دائرة الشرط الصحيح بما وضعه فيه من قيود بينما وسع في دائرة الشرط الباطل متعديا بذلك حدود مذهب الحنفية الذي كان معمولا به قبل صدوره.

فعرف الشرط الصحيح بما **كان فيه مصلحة للموصى أو الموصى له أو غيرهما** ولم يكن منهياً عنه ولا منافياً لمقاصد الشريعة:

والباطل ما عدا ذلك وهو ما كان منهياً عنه أو منافياً لمقاصد الشريعة أو لم يكن فيه مصلحة لأحد. فالشرط الذي فيه مصلحة للموصى مثل ماذا أوصى بوصايا وشرط في تنفيذها أن يبدأ بوصاياه بالحقوق التي عليه ولم يؤدها.

= فالحنفية بينما يعرفون الشرط الباطل في قاعدتهم السابقة: بأنه ما كان مخالفاً لمقتضى العقد ولم يرد به شرع ولا جرى به عرف ولم يكن فيه مصلحة لأحد ويحكمون عليه بالإلغاء وحده وعدم تأثيره في العقد المقترن به إذ بهم يطلقونه في باب الوقف ويقصدون منه: أنه ما كان مخلا بأصل الوقف أو منافلياً لحكمه. ويجعلونه مؤثراً في الوقف فيبطله ما عدا وقف المسجد على الرأي الراجح، وكذلك الوصية أرادوا به ما كان ـ مخالفاً لمقتضى العقد كما يؤخذ من فروعهم، وهذا يدلنا على أن الوقف والوصية لها اعتبار خاص من جهة أثر الشروط. فقد توسعوا في الشرط الصحيح فيهما نظراً للغرض من تشريعهما وهو بر المحتاجين وتدارك ما فاته من عمل الخير..

وكذلك الإمامان: ابن تيمية وتلميذه ابن القيم نجدهما في قاعدة الشروط العامة فتحا باب الشروط على مصراعيه. وصححا كل شرط ما لم يرد بخصوصه نهي خاص أو كان مناقضاً لمقتضى العقد، وفي الوقف والوصية ضيقاً دائرة الشروط الصحيحة لتتسع دائرة الشروط الباطلة لمنع الناس مما استرسلوا فيه من نفنتهم في الاكثار من الشروط المانعة والمحرمة، فعرفا الشرط الباطل، بأنه ما نهى عنه أو كان مخالفاً لمقتضى العقد أو مقاصد الشرع فكلمة مقاصد الشرع كلمة واسعة المدلول ألغت كثيراً من شروط الموصين والواقفين كشرط عدم التزوج أو التزوج بواحدة معينة في بقاء الاستحقاق.

ومثال الشرط الذي يكون فيه مصلحة للموصى له... اشتراط أن يكون للأرض الموصى بها حقوق الارتفاق على أرض أخرى، أو أن يشترط تسديد ديون الموصى له من المرتب الموصى به أولا ثم يسلم إليه الباقي، أو أن تكون تكاليف نقل المليكية من تركة الموصى.

ومثال الشرط الذي يكون فيه مصلحة لغيرهما اشتراط تسديد دين الموصى له من مرتبه أولا، فإنه فيه مصلحة للدائنين، ومثل ما إذا أوصى بمنفعة دار لجهة من جهات البر على أن من لا يجد مسكناً من ذريته في هذه البلدة يكون له الحق في سكنها إن كان بها متسع..

ومثال الشرط المنهى عنه أن يوصي لفلان بمال بشرط بقائه على ما هو عليه من المنكرات. أو يوصي لولده بشرط أن يقاطع والدته.

ومثال الشرط المنافي لمقاصد الشريعة أن يوصي لزوجته بمال بشرط ألا تتزوج بعده.

ويؤخذ من هذا أن صحة الشرط في نظر القانون تدور مع وجود المصلحة المشروعة فيه لأحد طرفي العقد أو غيرهما.. فالشرط الخالي عن المصلحة عبث لا فائدة فيه فيكون باطلاً، والشرط الذي يتحقق به مصلحة في وقت من الأوقاف ويخلو عنها في وقت آخر يكون صحيحاً واجب الوفاء به في وقت ثبوت المصلحة، وباطلاً في وقت خلوه عنها، والشرط المنهي عنه أو المنافي لمقاصد الشارع لا توجد فيه مصلحة مشروعية فيكون باطلاً. وهذا ما قرره القانون في مادته الرابعة[1].

---

(١) ونصها «مع مراعاة أحكام المادة الثالثة تصح الوصية المضافة إلى المستقبل أو المعلقة بالشرط أو المقترنة به، وإن كان الشرط صحيحاً وجبت مراعاته ما دامت المصلحة فيه قائمة ولا يراعي الشرط إن كان غير صحيح أو زالت المصلحة المقصودة منه، والشرط الصحيح هو ما=

ثم إن الشرط الباطل لا يؤثر في نفس الوصية فيلغى وحده وتبقى هي صحيحة وقد يؤثر فيها بالبطلان.

والحد الفاصل في ذلك، هو أن الشرط إذا جعل الوصية متمحضة للمعصية ولا يمكن صرفها لغير ذلك بطل الشرط والوصية معاً، كما إذا أوصى لفاجر على أن يبقى على فجوره، فإن هذا الشرط كشف عن غرضه من الوصية وهو إعانته على الفجور، ولا يمكن صرف الوصية لشيء آخر.

وأما إذا لم يجعلها كذلك يبطل الشرط وحده وتبقى الوصية صحيحة. كما إذا أوصى لزوجته بشرط أن تبقى من غير زواج بعده، فإن اشتراط عدم التزويج لا يمحض الوصية للمعصية.

وعلى ذلك يمكننا أن نقول إنه يشترط في الصيغة لصحة الوصية ألا تكون مقترنة بشرط باطل يجعلها متمحضة للمعصية بعد أن تكون واضحة الدلالة على ما أريد بها.

ومما ينبغي ملاحظته أن القانون أخذ أحكام المادة السابقة من مذهب الحنفية ومما ذهب إليه ابن تيمية وتلميذه كما أشارت إليه مذكرته التفسرية حيث قالت: إن الشرط الباطل عند الحنفية ما كان مخالفاً لمقتضى العقد كما إذا أوصى بأرض على أن يستغلها على وجه معين، أو أن تكون من بعده لشخص غير ورثة الموصى له، وعند ابن تيمية وابن القيم. هو ما كان مخالفاً لمقتضى العقد أو لمقاصد الشارع كما إذا أوصى لامرأة بشرط ألا تتزوج وما شاكل ذلك.

= كان فيه مصلحة للموصي أو الموصى له أو لغيرهما ولم يكن منهياً عنه ولا منافياً لمقاصد الشريعة.

المبحث الثاني
في
شروط الموصى

شرط الفقهاء في الموصى شروطاً لصحة الوصية وأخرى لنفاذها، اتفقوا على بعضها واختلفوا في بعضها الآخر:

والقانون وإن كان مستمداً من أقوالهم إلا أنه خالفهم في بعض ما شرطه ليتسق مع القوانين الأخرى.

العقل والتمييز: الفقهاء جميعا متفقون على أنه يشترط في الموصى لتصح وصيته أن يكون عاقلاً مميزاً فإذا انعدم العقل والتمييز فلا وصية، وعلى هذا لا تصح وصية المجنون ومن في حكمه من المعاتيه، والصبي قبل السابعة لأن عبارة هؤلاء ملغاة في نظر الشارع فلا ينعقد بها عقد ولا ينشا بها تصرف ولا التزام لانعدام القصد الذي هو أساس الإرادة الظاهرة:

وكما لا تصح منهم لا تصح ممن لهم ولاية عليهم، لأن الوصية تبرع لا يعود عليهم منها منفعة لا في الحال ولا في المآل لعدم تكليفهم بشيء من الطاعات فلا ثواب ولا عقاب.

الجنون الطارىء على الوصية:

إذا جن الموصى بعد إنشاء وصيته فإن هذا الجنون يؤثر في الوصية عند بعض الفقهاء ولا يؤثر فيها عند الآخرين.

فالمالكية يذهبون إلى أن الجنون الطارىء لا يؤثر في الوصية سواء أكان مطبقاً أو غير مطبق اتصل به الموت أو لا، لأن العبرة بصدورها صحيحة ممن

هو أهل لها ، فإذا زالت أهليته لا تبطل وصيته كما لا تبطل تصرفاته الأخرى من بيع وإجارة ووقف وغير ذلك .

والحنفية يفرقون بين الجنون المطبق وهـو مـا يستمـر شهراً ـ على الرأي الراجح عندهم ـ وبين الجنون غير المطبق وهو ما دون ذلـك ، فيجعلـون الأول مؤثراً في الوصية بالإبطال ، لأنها تصرف غير لازم في حياة الموصى يجوز له الرجوع عنها في أي وقت شاء **وهذا النوع يحتاج لبقائه صحيحاً بقاء إرادته** ، والجنون المطبق يزيل الإرادة ،لا فرق في ذلك بين المتصل بالموت وغير المتصل به الذي تخلل بينه وبين الموت فترة إفاقة ، لأنه إذا أفاق ولم يجدد وصيته السابقة بعد أن بطلت بهذا العارض ، ثم أدركه الموت لم يكن حين موته مصراً على وصيته وهو الشرط لبقائها صحيحة ،أما الجنون غير المطبق فهو بمنزلة الإغماء لا يؤثر في تصرفاته ما لم يوجد منه ما يدل على رجوعه عنها .

والقانون : وإن اعتبر وصية المجنون وفاقدي الأهلية باطلة من أول الأمر إلا أنه **في الجنون الطارىء سلك مسلكاً وسطاً** بين المذهبين السابقين فلا هو ألغى تأثيره في جميع الحالات كما يرى المالكية ، ولا تغالى في اعتبار تأثيره كما يذهب الحنفية ، بل جعل المؤثر بالإبطال هو الجنون المطبق الذي اتصل به الموت وما عداه من غير المطبق ، والمطبق الذي لم يتصل به الموت لا أثر له فيها .

أما غير المطبق فلأنه لا يؤثر في الأهلية ، وما دامت الأهلية موجودة حتى الموت ولم يرجع الموصى عن وصيته يكون قد مات مصراً عليها .

وأما المطبق الذي لم يتصل بالموت فقد وجدت للموصى فترة إفاقة يستطيع الرجوع فيها عن وصيته لو كان يرغب في ذلك ، فإذا مات من غير رجوع اعتبرت وصيته السابقة قائمة إبقاء لما كان على ما كان بالاستصحاب ، ولتوفر

شرط الإصرار عليها حتى الموت، وأما بطلانها بالمطبق المتصل بالموت فواضح لأنه يشترط لبقاء الوصية ولزومها في حق الموصى أن يموت مصراً عليها، وهذا الإصرار لا يتحقق إلا ببقاء أهليته كاملة حتى الموت، فإذا فقدت أهليته بهذا النوع من الجنون انتقى شرط الإضرار عليها إلى الموت، لأنه لا إصرار مع عدم الإرادة فتكون الوصية كأن لم تكن جاء. ذلك صريحا في الفقرة الأولى من المادة الرابعة عشرة[1].

البلوغ: بينما نجد أن الفقهاء تكاد تجمع كلمتهم على أن أصل التمييز «العقل» شرط لصحة الوصية إذ بنا نجدهم مختلفين في اشتراط البلوغ، فمنهم من جعله شرطاً لا تصح بدونه، ومنهم من لم يشترطه.

ويظهر هذا الاختلاف في صحة وصية الصبي المميز. وهو من بلغ السابعة من عمره ولم يكن به آفة تمنع تمييزه إلى حين يبلغ بالعلامات أو بالسن إذا تأخر ظهور العلامات.

وهذا الاختلاف يرجع إلى أمرين. أولا - هل هذه الوصية يلحق الصبي منها ضرر في ماله أو لا؟ حيث اتفق الجميع على أنه ممنوع من التصرفات التي تضره في نفسه أو في ماله، كما اتفقوا على أن وليه ممنوع من تصرف كذلك، وثانياً: هل صح عن الصحابة إجازة مثل هذه الوصية أو لم يصح شيء من ذلك؟

فمن صح عنده أثر في جوازها ورأى أنه لا ضرر فيها صححها. ومن لم يصح عنده شيء من تلك الآثار منعها، تطبيقاً للقاعدة العامة في تبرعات الصبي، أو أول الأثر لمخالفته للقاعدة.

---

(١) ونصها «تبطل الوصية» بجنون الموصي جنوناً مطبقاً إذا اتصل بالموت».

فالحنفية يشترطون البلوغ فيبطلون وصية الصبي المميز مطلقاً لأنها تبرع، وهو ممنوع من سائر التبرعات لما فيها من الضرر المحض حتى ولو أذن له وليه في إنشائها، أو أجازها بعد صدورها منه، وحكم البطلان عندهم عام شامل سواء مات قبل البلوغ أو مات بعده من غير أن يصدر منه إنشاء جديد لها.

ويوافقهم في ذلك الشافعية في القول المعتمد عندهم. لأن عبارة الصبي في نظرهم لا اعتبار لها في التصرفات، ولا فائدة تعود عليه من الوصية حيث إنها شرعت لجبر ما فات الإنسان في حياته من عمل الخير، والصبي في مقتبل العمر لم يفته شيء مما يثاب عليه.

والمالكية والحنابلة على الرأي الراجح عندهم لا يشترطون البلوغ فيصححون وصية المميز إذا وافقت الحق، يريدون بذلك أن تكون على سنن وصايا البالغين الذين يعملون بمقتضى عقولهم مستندين في ذلك إلى ما روى أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أجاز وصية صبي يفاع سنه تسع سنين أو عشر سنين لابنة عمه فأوصى لها بما بيع بثلاثين ألف درهم[1].

ولأن وصيته لا ضرر فيها، لما عرفنا أنها تصرف مضاف لما بعد الموت فالتمليك فيها يكون بعد وفاته فلا ضرر يلحقه في ماله ما دام حياً، كما لا ضرر على ورثته بعد وفاته حيث إن حقهم في ثلثي التركة محفوظ لا ينفذ له وصية فيه إلا بإذنهم، فإنشاء الوصية لا يخرج المال عن ملكه، ومنعه من التبرعات الناجزة لأنها مضيعة للمال في حياته وهو ضرر عليه.

---

(١) راجع المنتقى شرح الموطأ جـ ٦ ص ١٥٤، وشرح الرسالة للنفراوي جـ ٣ ص٣ من كتب المالكية، ومن كتب الحنفية المبسوط جـ ٢٨ ص ٩١، ومن كتب الشافعية تحفة المحتاج بشرح المنهاج جـ ٧ ص ٤، ومن كتب الحنابلة المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ١٠٠ وما بعدها، وتفسير القرطبي جـ ٢ ص ٢٤٧.

ومما يلاحظ هنا أن بعض المذاهب المجوزة لوصية الصبي المميز فرقت بين من كانت سنه عشر سنين فأكثر، فأجازت وصيته قولا واحداً، وبين من كانت سنه أقل من العشر ففي وصيته رأيان، رأي بجوازها وآخر ببطلانها[1] ولعل السر في ذلك يرجع إلى ما روى في سن الصبي الذي أجاز عمر وصيته، فمن ثبت عنده أنها كانت عشر سنين منع وصية من قلت سنه عن عشر، ومن ثبت عنده أنها كانت تسع سنين لم يفرق في وصاياهم.

كما يلاحظ أن المانعين لوصية المميز تكلفوا في تأويل الأثر الذي روى عن عمر فقالوا: يحتمل أن وصية ذلك الصبي كانت لتجهيزه وتكفينه ودفنه، ومثل هذه الوصية جائزة لأن ما أوصى به ثابت من غير وصية[2].

وأنت ترى أن هذا التأويل بعيد عن واقع تلك الوصية إذ أنه جاء في بعض رواياتها أنها كانت لابنة عمه كما جاء في الموطأ، وفي أخرى أنها كانت لأخوال له كما يرويها ابن قدامة في المغنى.

الرشد: هل الرشد شرط لصحة الوصية فلا تجوز وصية غير الرشيد لسفه أو لغيره؟

وإذا كان الفقهاء اختلفوا في اشتراط البلوغ لصحة الوصية فقد اتفقوا على عدم اشتراط الرشد، فجوزوا وصية السفيه وذي الغفلة[3] لأنها وإن كانت

---

(١) يقول ابن قدامة في المغنى جـ ٦ ص ١٠١ «قال أبو بكر لا يختلف المذهب أن من له عشر سنين تصح وصيته ومن له دون السبع لا تصح وصيته وما بين السبع والعشر فعلي روايتين.
وقال ابن أبي موسى: لا تصح وصية الغلام لدون العشر ولا الجارية قولا واحداً وما زاد على العشر فتصح على المنصوص. وفيه وجه آخر لا تصح حتى يبلغ.

(٢) راجع البدائع جـ ٧ ص ٣٣٤.

(٣) السفيه هو الذي لا يحسن تدبير المال فينفقه على غير مقتضى العقل والشرع وذو الغفلة هو من لا يهتدي إلى التصرفات الرابحة فيغبن في المعاملات لعدم خبرته وسلامة قلبه.

تبرعاً وهما ممنوعان منه، إلا أن المعنى الذي من أجله حجر عليهما وهو المحافظة على أموالهما في حياتهما لمصلحتهما الخاصة غير موجود في الوصية لأن أثرها لا يظهر إلا بعد وفاته في الوقت الذي يستغنى فيه عن المال، وأما ورثته فقد حافظ الشارع على حقوقهم بمنع تنفيذ الوصية بأكثر من الثلث إلا بإجازتهم:

على أن كلا من السفيه والمغفل مكلفٌ بالعبادات والطاعات لكمال أهليتهما وقد يفوتهما أداء حق من الحقوق كالزكاة والحج، فمن حقهما أداء ذلك الحق بطريق الوصية لدخولها في الخطاب العام « إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم فضعوه حيث شئتم ».

غير أن الحنفية شرطوا لصحة هذه الوصية أن تكون فيما هو قربة لأنهم جوزوها استحساناً على خلاف القياس المقتضى للمنع وهو استثناء لمصلحة، والاستثناء لا يتوسع فيه فيقتصر على موضع الحاجة، على أننا لو أجزنا وصيتهما من غير تقييد لكان ذلك فتحاً لباب الانحراف بالوصية عن السنن المعقول.

وأما غير الحنفية فلم يقيدوا جواز وصيتهما بشيء وسووا بينها وبين وصية الرشيد نظراً لصحة عبارتهما وكمال أهليتهما.

وكما أن الفقهاء لم يشرطوا رشد الموصى لصحة الوصية ابتداء كذلك لم يشرطوا بقاءه لبقائها صحيحة فيما إذا أوصى وهو رشيد ثم طرأ عليه السفه أو الغفلة فحجر عليه.

فإن هذا الحجر لا يؤثر في صحة الوصية السابقة بل تظل قائمة ما لم يرجع عنها في حياته.

لأن السفه والغفله لا يمنعان صاحبهما من الرجوع في وصيته، وما دام

الموصى لم يرجع عنها فتظل قائمة تعمل عملها بعد وفاته.

أما القانون: فقد شرط في الموصى أن يكون من أهل التبرع قانوناً وهو يتضمن اشتراط الرشد فوق اشتراط البلوغ والعقل كما جاء بالمادة الخامسة[1].

وبهذا يكون قد أبطل وصية غير المميزين من مجانين ومعاتيه وصبيان صغار كما منع وصية غير البالغ من الصبيان المميزين موافقاً في ذلك مذهب الحنفية ومن وافقهم.

ولكنه باشتراطه الرشد المحدد له إحدى وعشرين سنة خالف الفقهاء أصحاب المذاهب الأربعة لأنهم لم يجعلوا الرشد شرطاً، بل صححوا وَصية السفيه كما سبق، ويلاحظ أنه لم يجعله شرطاً لازماً في جميع صور الوصية، بل استثنى العاقل المحجور عليه بسبب السفه أو الغفلة، والعاقل غير المحجور عليه الذي بلغ من العمر ثماني عشرة سنة شمسية فأجاز وصيتهما إذا أذنت المحكمة الحسبية بها.

ولعل القانون باستثنائه هذا يكون قد قرب مسافة الخلف بينه وبين المذاهب الفقهية، فإن المقرر فيها أن وصية البالغ العاقل صحيحة وإن لم يبلغ إحدى وعشرين سنة، لأن أقصى سن للبلوغ هو ثماني عشرة سنة للغلام، وسبع عشرة سنة للفتاة. كما يقول أبو حنيفة، وكذلك وصية السفيه صحيحة بالاتفاق من غير توقف على إذن أحد.

---

(١) ونصها «يشترط في الموصي أن يكون أهلاً للتبرع قانوناً على أنه إذا كان محجوراً عليه لسفه أو غفلة أو بلغ من العمر ثماني عشرة سنة شمسية جازت وصيته بإذن المجلس الحسبي».
عدلت هذه المادة في مشروع قانون الأحوال الشخصية الجديد على الوجه الآتي:
م٣٣٠ ـ يشترط في الموصي أن يكون أهلاً للتبرع قانوناً على أنه إذا كان محجوراً عليه.... جازت وصيته بإذن المحكمة، وتصح وصية المرتد.

فإجازته وصية هؤلاء تقربه مما قرره الفقهاء وتجعله متسقاً مع قانون المجالس الحسبية حينذاك المحاكم الحسبية فيما بعد» الذي جعل سن الرشد إحدى وعشرين سنة، وجعل للمحكمة الحسبية أن تأذن لمن بلغ ثماني عشرة سنة وكان عاقلاً أن يتصرف في ماله تحت إشرافها.

فلو أجاز وصيته بإطلاق كان غير متسق مع هذا القانون، ولو منعها بإطلاق لكان مبعداً عن المذاهب الفقهية غير متفق مع واحد منها، ولكنه أجازها مقيدة بإذن المجلس الحسبي للاحتياط في وصية هؤلاء.

ومع هذا التقريب الذي قصده واضعوا القانون لا يزال بعيداً عن مذاهب الفقهاء في وصية السفيه، لأن الحنفية أجازوها إذا كانت بما هو قربة كبناء مسجد أو الإنفاق على ملجأ أو لفقير، ومنعوها إذا لم تكن كذلك. كالوصية لغنى أجنبي، وغير الحنفية أجازوها على الإطلاق وجاء هو فقيدها بالإذن مطلقاً مع أن هذا التقييد قد يفوت عليه مصلحته في الإيصاء إذا كان في مرضه الأخير أو في سفر بعيد لا يستطيع معه الاستئذان وحصول الإذن.

ومع مخالفة القانون للفقهاء في اشتراط الرشد لصحة الوصية ابتداء فقد وافقهم في أنه لا يشترط بقاء الرشد لتبقى الوصية صحيحة، فإذا ما أنشأ وصية معتبرة ثم عرض له سفه أو غفلة مما يوجب الحجر عليه ظلت هذه الوصية صحيحة ما لم يرجع عنها قبل وفاته كما صرحت بذلك المادة ـ ١٦ ـ[1].

الرضا

ومما شرطه الفقهاء لصحة الوصية أن يكون راضياً بها لتوفر القصد إلى هذا التصرف، وفوات الرضا يكون من المكره والهازل والخاطىء، يقول صاحب

---

(١) ونصها «لا تبطل الوصية بالحجر على الموصي للسفه أو للغفلة».

البدائع من الحنفية[1] : ومن الشروط رضا الموصى لأنها إيجاب ملك أو ما يتعلق بالملك فلا بد فيه من الرضا كإيجاب الملك بسائر الأسباب، فلا تصح وصية الهازل والمكره والخاطىء لأن هذه العوارض تفوت الرضا».

ويلحق بهؤلاء السكران في بطلان الوصية على الأصح، لأنه لا قصد له، ولأن إلزامه بتصرفاته فيما إذا سكر بمحرم عقوبة له ـ كما يذهب جمهور الفقهاء لا يظهر له وجه في وصيته حيث لا ضرر يلحقه منها، وإنما الضرر يلحق ورثته بعد وفاته.

والقانون أبطل وصية هؤلاء لعدم توافر ما شرطه، وهو أهلية التبرع قانونا. جاء في مذكرته التفسيرية عند توضيح المادة الخامسة، ويتشترط في الموصى أن يكون أهلا للتبرع بأن يكون عاقلاً بالغاً راضياً فلا تصح وصية الصبي والمجنون والمعتوه ومن ذهب عقله بسكر أو غيره، ولا وصية المكره والمخطىء والهازل لفوات شرط الرضا وهذا مذهب الحنفية».

هل الاسلام شرط لصحتها ؟

لا يشترط في الموصى أن يكون مسلماً لأن الوصية كما تكون قربة يتقرب بها الإنسان إلى ربه، تكون صلة يصل بها الشخص قريباً له أو صديقاً عزيزاً عليه، ومن هنا صحت الوصية من المسلم وغير المسلم لمن اتحد معه في دينه ومن خالفه في دينه متى توفرت له الشروطالسابقة،غير أن وصية غير المسلمين تختلف في بعض صورها عن وصايا المسلمين فاحتاج الأمر إلى شيء من التوضيح.

وصية غير المسلم:

وصية غير المسلم تختلف أحكامها تبعاً لاختلاف موطنه الذي يعيش فيه لأنه

---

(١) جـ ٧ ص ٣٣٥.

إما أن يكون موجوداً في دولة إسلامية يعيش فيها عيشة دائمة، متجنساً بجنسيتها بحيث يصبح من رعاياها، ويسمى في عرف الفقهاء « بالذمى » وإما أن يكون دخلها بأمان ليعيش فيها مدة محدودة من غير أن يكتسب جنسية ولا رعوية. كالجاليات الأجنبية الموجودة عندنا في مصر، ويسمى هذا في عرف الفقهاء « بالمستأمن »، وإما أن يكون في بلده الذي ليس بينه وبين دار الإسلام عهد ولا أمان ويسمى « حربياً »[1].

فالذمى مقيد في وصيته بما قيد به المسلم بناء على قاعدة التساوي في المعاملة « لهم ما لنا وعليهم ما علينا » لا يخرج عن ذلك إلا جواز وصيته لما هو قربة في دينه دون الإسلام. كالوصية للكنائس مثلا، لأن شرط الجهة التي تصح وصيته لها في نظر القانون « ألا تكون محرمة في شريعته وفي الإسلام معاً » كما سيأتي توضيحه.

وبناء على ذلك تجاوز وصيته لما هو قربة في الشريعتين. كالوصية للملاجىء والفقراء والمصحات، وما هو قربة في نظر الإسلام كالمساجد وغيرها، وما هو قربة في دينه، فقط كالكنائس، وما يتعلق بإقامة شعائرهم، كما تصح وصيته للمسلم والذمى والمستأمن، كما يصح ذلك من المسلم، وتصح وصيته للحربي إذا توفر الشرط الذي شرطه القانون، وهو أن تكون شريعة الموصى له لا تمنع الوصية لمثل الموصى.

هذا في نظر القانون. أما في نظر الفقهاء فلهم تفصيلات تعرض لها عند الكلام على شروط الموصى له.

وإذا كان له ورثة أخذت وصيته حكم وصية المسلم من أنها تنفذ في مقدار

---

(١) جاء في المذكرة التفسيرية إشارة لهذا التقسيم « المراد بغير المسلم ما هو أعم من الوطني والأجنبي في دار الإسلام، والحربي في دار الحرب.

الثلث، وتتوقف فيما زاد عليه على إجازة ورثته مراعاة لحقهم المقرر في ذلك.

وأما وصية المستأمن: فتأخذ حكم وصية الذمي لأنه ما دام في دارنا يكون كالذمي في المعاملات، فتصح وصيته للمسلم، والذمي المستأمن، ولأي جهة ما لم تكن محرمة في شريعته وفي الإسلام معا.

وإذا أوصى لمسلم أو لمستأمن مثله بأكثر من الثلث ومات وهو عندنا فإن وصيته فيما زاد تتوقف على إجازة ورثته إذا كانوا معه لأن الأمان شامل لهم، وهو حفظ دمائهم وأموالهم، وحق الإرث ثابت لهم في هذه الحالةلعدم المانع منه.

فإذا كانوا في بلده حين الموت نفذت الوصية من غير توقف على إجازتهم لأنه لا حق لهم في هذا المال الموجود عندنا، لأن حرمة ماله مصدرها الأمان، والأمان كان لحقه لا لحق ورثته، ولا إرث مع اختلاف الدار هذا هو مذهب الحنفية[1].

ولكن القانون لم يسر مع هذا المذهب بناء على أن اختلاف الدار غير مانع من الميراث إلا في صورة ما إذا كان قانون البلد الآخر يمنع إرث من كان عندنا من قرينة عندهم.

وعلى هذا يتوقف نفاذ وصية المستأمنين بأكثر من الثلث على إجازة ورثته الموجودين في بلده الأصلي إلا إذا كان قانون هذا البلد يمنع التوارث فإنها تنفذ من غير توقف لانعدام حق الورثة في هذا المال.

وخلاصة الكلام: أن وصية المستأمنين فيما زاد على الثلث تتوقف على إجازة

---

(١) راجع تبيين الحقائق جـ ٦ ص ٢٩٦، ورد المحتار لابن عابدين جـ ٥ ص ٦٨٣ والبحر الرائق جـ ٨ ص ٢٥٠.

ورثته في صورتين: **الأولى**: إذا كانوا معه في دارنا بأمان، **والثانية**: **إذا كانوا** في بلده، وكان قانونها يبيح توارث الأجنبي من قريبه فيه، وفيما عدا هاتين الصورتين لا تتوقف.

وأما الحربي: وهو غير المسلم التابع في رعويته لدولة غير إسلامية، ولا يقيم في دولة إسلامية فلا شأن لنا بوصيته، كما لا شأن لنا بجميع تصرفاته حيث لا سلطان للإسلام عليه في هذه الحالة، فإذا انتقل إلى دار الإسلام ومكن من الإقامة بها أصبح مستأمناً تأخذ وصيته الحكم الذي قررناه في وصية المستأمن، فإذا جاءنا بعد أن أوصى بوصايا، ثم حصل فيها نزاع وترافعوا إلينا فإنا نطبق عليهم حكم الإسلام فيها[1]، فلو كانت وصيته بمعصية لا تنفذ، كما لو كانت لمسلم بخمر مثلا.

وصية المرتد:

المرتد هو الذي خرج عن دين الإسلام وهو عاقل من غير إكراه، والردة تكون من الرجل والمرأة. وفقهاء الحنفية متفقون على أن وصية المرتدة صحيحة نافذة لبقاء ملكها بعد الردة، وهي لا تستحق القتل على ردتها بل تستتاب فان أبت الرجوع إلى الإسلام حبست.

وأما المرتد فيرى أبو يوسف ومحمد أن وصيته صحيحة نافذة، لأن الردة لا تزيل ملكه، بل يبقى إلى أن يموت موتاً طبيعياً أو يقتل أو يلحق بدار الحرب ويحكم بلحاقه.

---

(١) في حواشي الدستوقي على الشرح الكبير جـ ٤ ص ٢٤٣، إن ثمرة الحكم بصحة وصية الكافر لكافر مثله هو الحكم بإنفاذها إذا ترافعوا إلينا.

وأبو حنيفة يرى أن وصيته تقع موقوفة[1] لورودها على مال غير مملوك له لأن بالردة يزول ملكه زوالا موقوفاً حتى يتقرر مصيره، فإن عاد إلى الإسلام عاد إليه ملكه، وإن مات على ردته أو قتل أو لحق بدار الحرب تقرر زوال ملكه من حين الردة، فتبطل تصرفاته التي صدرت منه بعد ردته ـ وسيأتي توضيح لذلك عند الكلام على مبطلات الوصية ـ **ويرى الإمام أحمد صحة وصية المرتد.**

والقانون لم يعرض لوصيته، بل حذف منه النص الخاص بها، بدليل ما جاء في المذكرة التفسيرية «من أن صحة وصية المرتد ونفاذها ولو مات على ردته مذهب الصاحبين، وهي كوصايا غير المرتدين، فتصح للمسلم وغير المسلم من الوطنيين والأجانب في دار الإسلام أو دار الحرب، كما تصح للمرتدين وفقاً لما يقتضيه مذهب الحنفية وأحمد. والمراد بالمرتد في المادة ما يشمل المرتدة».

وحينما يسكت القانون عن حكم وصية من الوصايا يعتبر إحالة على الراجح من مذهب الحنفية[2] وهو هنا قول الإمام وعليه تسير المحاكم.

واشترط الفقهاء لنفاذ الوصية ألا يكون الموصى مديناً بدين مستغرق لتركته. فإن كان مديناً بدين كهذا توقفت وصيته على براءة ذمته من الدين.

وصية المدين:

الوصية في أصل إنشائها لا تتنافى مع الدين، فالمدين إذا أنشأ وصية وقعت صحيحة ما دامت مستوفية لشرائطها، ولا يظهر له أثر إلا عند تنفيذها بعد وفاة الموصى، وهنا يختلف الحكم باختلاف الصور، لأن الدين إما مستغرق

---

(١) راجع فتح القدير جـ ٤ ص ٣٩٦ والدر المختار مع حاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٤١٧.

(٢) ولما لم يوجد من الفقهاء ترجيح لأحد الرأيين كان الراجح هو رأي الإمام عملا بما جرى عليه الفقهاء المتأخرون في ذلك وهو الذي تسير عليه المحاكم.

للتركة بأن يكون مساوياً لها أو أكثر منها، وإما غير مستغرق. فيما إذا كانت قيمته أقل منها، كما أن الوصية قد تكون بمعين تعلق به حق للدائن بأن يكون مرهوناً له، وقد تكون بغيره. كالشائع في المال كله أو في نوع منه. ولا خلاف بين الفقهاء في أن أداء الدين أيا كان نوعه مقدم على الوصية.

فإن كان الدين غير مستغرق نفذت الوصية في ثلث الباقي بعد الدين إن وسعها، وإلا نفذت في مقدار الثلث، وتوقفت في الزائد على إجازة الورثة، أو على براءة ذمة الموصى من بعض الدين أو كله.

فإذا كانت قيمة التركة أربعة آلاف جنيه، وقيمة الدين ألفاً نفذت الوصي في حدود الألف من غير توقف، وتوقفت في الزائد عليه على إجازة الورثة، أو على براءة ذمة الموصى. ولو كان الموصى به معيناً بذاته. كقطعة أرض معينة، وكان الدين متعلقاً بهذه العين. كأن تكون مرهونة للدائن بدينه قبل وفاة الموصى، أو كان له عليها حق اختصاص واختار صاحب الدين استيفاء دينه من تلك العين فإن حقه مقدم على حق الموصى له، لأن حقه تعلق بها حال حياة الموصى قبل أن يتعلق بها حق الموصى له الذي لا يثبت له حق إلا بعد وفاة الموصى، فاذا استوفى الدائن دينه منها أخذ الموصى له باقيها إن بقي شيء، ثم يرجع بقدر الدين الذي استوفى في ثلث ما يبقى من التركة بعد وفاء الدين.

فإذا كانت قيمة العين الموصى بها خمسمائة جنيه مثلا. وبقي منها بعد استيفاء الدين ما قيمته مائتان فإن الموصى له يستوفي الثلاثمائة من التركة بشرط أن يكون باقي التركة بعد أداء الدين يساوي ألفاً وخمسمائة، ولا توجد وصية غيرها، فإن كان أقل استوفى حقه في حدود الثلث فقط، وتوقف في الباقي إما على الإبراء من بعض الديون أو على إجازة الورثة.

وإذا كان الدين مستغرقاً للتركة وتمسك الدائنون بحقهم، ولم يؤد أحد عن

الميت هذا الدين فإن الوصية لا تنفذ في هذه الحالة سواء كانت واجبة أو غير واجبة، لأن حق الدائنين مقدم عليها بالاتفاق، فإذا أبرأ الموصى الدائنون من كل دَينهم أو بعضه نفذت الوصية في حدود ثلث ما أبرىء منه، وكذلك إذا تبرع متبرع بأداء ما عليه كله أو بعضه.

هذا ما قرره الفقهاء في وصية المدين، والقانون لم يخالف هذه الأحكام، بل جاء موافقاً لها في المادتين ـ ٣٨، ٣٩[1].

المبحث الثالث
في
شروط الموصى له

الوصية في أصل تشريعها مبنية على التسامح والتيسير ومخالفة القواعد، فهي وإن كانت تمليكاً إلا أنها لم يلاحظ فيها قواعد التمليك كلها.

ولها صور عديدة، فتارة تكون لشخص أو لأشخاص، وأخرى تكون لجهة أو لجهات، والأشخاص إما معينون أو غير معينين، موجودون عند إنشاء الوصية أو غير موجودين، محصورون أو غير محصورين، تجمعهم بالموصى ديانة واحدة أولا، لهم جنسية واحدة أولا، كما تقع للوارث ولغير الوارث، وقد يحدث أن يتعجل الموصى له التمليك فيقتل الموصى أو يتسبب في قتله.

---

(١) ونصها مادة ٣٨ ـ «تصح وصية المدين المستغرق ماله بالدين ولا تنفذ إلا ببراءة ذمته منه، فإن برئت ذمته من بعضه أو كان الدين غير مستغرق. نفذت الوصية في الباقي بعد وفاء الدين».

مادة ـ ٣٩ ـ «إذا كان الدين غير مستغرق واستوفي كله أو بعضه من الموصي به كان للموصى له أن يرجع بقدر الدين الذي استوفى في ثلث الباقي من التركة بعد وفاء الدين.

وهذه الصور منها الصحيح وغير الصحيح ولا يعرف ذلك إلا بالوقوف على الشروط التي شرطها الفقهاء في الموصى له لتصح الوصية أو لتبقى صحيحة، وهي عدة شروط متفق على بعضها ومختلف في بعضها الآخر، والقانون يتخير من ذلك ما يراه محققاً للمصلحة متفقاً مع حاجات الناس.

وإليك هذه الشروط.

الأول: ألا يكون الموصى له جهة معصية، لأن الوصية شرعت لتكون قربة أو صلة، فإذا كان الموصى له جهة معصية لم يتحقق شيء من ذلك.

ولما كانت الوصية تصح من المسلم وغير المسلم ـ كما سبق ـ والمعصية تختلف باختلاف الأديان لذا اختلف المراد بهذا الشرط باختلاف ديانة الموصى.

فإذا كان الموصى مسلماً أريد بها المحرمة في نظر الإسلام، سواء اتفقت الأديان معه على تحريمها أو لا.

فلا يصح للمسلم أن يوصى لجهة حرمتها الأديان كلها كدور اللهو المحرم وأندية القمار والنياحة على الموتى وما شاكل ذلك.

كما لا يصح منه الإيصاء للكنائس والمعابد التي يتعبد فيها غير المسلمين لأن هذه لا تعتبر قربة في عقيدته.

وهذان النوعان اتفق الفقهاء على عدم صحة الوصية فيهما وبه أخذ القانون.

وقد تكون الجهة الموصى لها غير محرمة في ذاتها. ولكن الباعث على الوصية محرم، كالوصية لأهل الفجور ليستعينوا بها على فجورهم، والوصية لخليلته لتبقى علاقته الآثمة بها، فان الوصية هنا تمليك لمن هو أهل للتمليك وهو الأشخاص ولكن الباعث عليها محرم، وهو إعانتهم على ما هم فيه مما حرمه الشارع.

في هذه الوصية اختلف الفقهاء، فمنهم من برى صحتها، لأن المعتبر في التصرفات إنما هو الإرادة الظاهرة ولا اعتبار للنوايا والقصود ما لم يوجد في الكلام ما يدل على ذلك الباعث.

ومنهم من أبطلها. لأن المعتبر هو المقصود، فالعقد يبطل إذا قصد به عاقده أمراً ممنوعا شرعاً، أو قصد به تغيير ما شرعه الله متى ظهر ذلك بأي قرينة تدل عليه[1]

وبالرأي الثاني أخذ القانون فشرط لصحة الوصية: ألا يكون الباعث عليها منافياً لمقاصد الشارع كما شرط ألا تكون بمعصية. كما صرحت بذلك المادة الثالثة في فقرتها الأولى[2].

وعلى هذا تصح وصيته لما هو قربة في نظر الأديان جميعها. كالوصية للفقراء والمحتاجين مسلمين أو غير مسلمين، والوصية للملاجىء والمصحات وما شاكلها أو في نظر الإسلام فقط. كالوصية للمساجد ومساعدة الحجاج وسائر الشعائر الإسلامية بشرط ألا يكون الباعث له على الوصية يتنافى ومقاصد الإسلام.

وأما إذا كان الموصى غير مسلم[3] فيشترط في نظر القانون أن تكون الجهة غير محرمة في شريعته وفي الشريعة الإسلامية، كما صرحت بذلك الفقرة الثانية

---

(١) راجع بحث العقد بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة من كتابنا المدخل ص ٤٥١ وما بعدها الطبعة الأخير.

(٢) ونصها، يشترط في صحة الوصية ألا تكون بمعصية وألا يكون الباعث منافياً لمقاصد الشارع».

(٣) المراد بغير المسلم ما هو أعم من الوطني والأجنبي في دار الإسلام والحربي في دار الحرب. كما جاء بالمذكرة التفسيرية.

من المادة الثالثة[1] وعلى هذا تصح وصيته لما هو قربة في شريعته وفي الإسلام معا كجهات البر العامة مثل المصحات والملاجىء والفقراء من المسلمين وغيرهم، ووصيته لبيت المقدس، كما تصح لما هو قربة في نظر الإسلام فقط كالمساجد وسائر الشعائر الإسلامية، أو في شريعته فقط كدور العبادة الخاصة بهم وشعائر دينهم.

وتبطل وصيته لما هو محرم في دينه وفي الإسلام. كالوصية لأندية القمار والنياحة ودور اللهو المحرم.

والقانون في هذا موافق لمذهب الحنفية[2] إلا في الوصية بما هو قربة عند

---

(١) ونصها «وإذا كان الموصي غير مسلم صحت الوصية إلا إذا كانت محرمة في شريعته وفي الشريعة الإسلامية.

(٢) وصايا أهل الذمة في مذهب الحنفية ثلاثة أنواع - الأول جائز بالاتفاق بين الإمام وصاحبيه، وهو ما إذا أوصى بما هو قربه عند المسلمين وعندهم سواء كان لقوم معينين أولا - والثاني باطل بالاتفاق، وهو ما إذا أوصي بما ليس قربة عندنا وعندهم أو بما هو قربة عندنا فقط كبناء المساجد للمسلمين، وعلل ذلك صاحب البدائع بأنهم لا يتقربون به فيما بينهم فكان مستهزئاً في وصيته والوصية يبطلها الهزل بأنهم لا يتقربون به فيما بينهم فكان مستهزئاً في وصيته والوصية يبطلها الهزل والاستهزاء، واستثنوا من ذلك ما إذا كانت الوصية لقوم بأعيانهم فإنها تصح على أنها تمليك لا أنها قربة، والثالث مختلف فيه، وهو ما إذا أوصى بما هو قربة عندهم فقط كبناء الكنيسة لغير معينين فيجوز عند الإمام، لأنه قربة في اعتقادهم وقد أمرنا بتركهم وما يدينون، وعند الصاحبين لا يجوز لأن الوصية بهذه الأشياء وصية بما هو معصية في نظر الإسلام والوصية بالمعاصي لا تصح، وإن كانت الوصية بذلك لمعنين جازت إجماعاً على أنها تمليك.. راجع البدائع ج ٧ ص ٣٤١، وتبيين الحقائق للزيلعي ج ٦ ص ٢٠٥، ورد المختار لابن عابدين ج ٥ ص ٦٨٣ في فصل وصايا الذمى وغيره.

ومن هذا يتبين أن القانون لم يخالف مذهب الحنفية إلا في صورة واحدة وهي ما إذا أوصى غير المسلم بما هو قربة في نظر الإسلام لقوم غير معينين. أخذ حكمها من مذهب الشافعي. لأن الشرط في صحة الوصية عنده عدم كونها معصية ولا مكروهة لذاتها. كما جاء في نهاية المحتاج بشرح المنهاج ج ٧ ص ٤ وما بعدها «وإذا أوصى لجهة عامة فالشرط ألا تكون =

المسلمين فقط. فإن حكمها مأخوذ من مذهب الشافعي كما جاء بالمذكرة التفسيرية.

الثاني: أن يكون الموصى له معلوماً، على معنى ألا يكون مجهولاً جهالة لا يمكن رفعها..

بأن يكون معيناً باسمه. كفلان بن فلان، أو بالإشارة إليه. كأوصيت لهذا الشخص، أولهذا المسجد أو لحمل هذه المرأة، أو بتعريفه بالوصف. كطلبة الجامعة أو فقراء هذه المدينة.

فإذا كان الموصى له مجهولاً جهالة لا يمكن إزالتها. كما لو أوصى لطالب من طلبة الأزهر أو الجامعة، أو لإبراهيم ولم يبين إسم أبيه كانت الوصية باطلة، لأنها تمليك والتمليك للمجهول جهالة تامة لا يمكن إزالتها لا يصح، وهذا الشرط أخذ به القانون في مادته السادسة[1] وهو موافق لمذهب الحنفية في جملته[2]

= معصية ولا مكروهاً لذاته، وكذلك إذا أوصى لغير جهة يشترط عدم المعصية والكراهة أيضاً، ثم قال: وشمل عدم المعصية القربة. كبناء مسجد ولو من كافر.

(١) ونصها يشترط في الموصي له.

١ ـ أن يكون معلوماً ٢ ـ أن يكون موجوداً عند الوصية إن كان معيناً. فإن لم يكن معيناً لا يشترط أن يكون موجوداً عند الوصية ولا وقت موت الموصي وذلك مع مراعاة ما نص عليه في المادة ـ ٢٠».

(٢) مذهب الحنفية في الوصية للمعرف بالوصف أنها لا تصح إلا إذا كان في اللفظ الدال على إنشائها ما ينبىء عن حاجةالموصي لهم. كلفظ الفقراء أو المحتاجين أو المعوزين أو من فقدوا عائلهم:

فإن خلا اللفظ عن ذلك لا تصح الوصية للجهالة في الموصي لهم التي لا يمكن معها تسليمهم الموصي به. وإنما صححوا الصورة الأولى لأنها في معنى الصدقة وهي تملك أولا لله تعالى ثم يتملكها المحتاجون بتمليك الله لهم.

وغير الحنفية لم يقيدوا هذا التقييد بل صححوا الوصية ما دام الموصي له معرفاً بوصف=

الثالث: أن يكون موجوداً عند إنشاء الوصية إذا كان معيناً بالاسم أو بالإشارة وهذا باتفاق المذاهب، لأن كونه معيناً بالإسم أو بالإشارة لا يتصور بدون وجوده حين الوصية، والوجود هنا أعم من الوجود الحقيقي، والوجود التقديري كما في الحمل المعين.

وأما إذا كان غير معين بل كان معرفا بالوصف كالطلبة الغرباء أو المحتاجين من طلبة الجامعية ففيه اختلاف الفقهاء.

فالجمهور يشترطون وجوده عند وفاة الموصى، لأن الوصية تمليك، والتمليك للمعدوم لا يجوز، ألا ترى أن الميراث يثبت لمن كان موجوداً عند وفاة المورث دون المعدوم فالوصية كذلك لأنها أخت الميراث.

والمالكية[1] لم يشرطوا وجوده لا وقت إنشاء الوصية ولا وقت موت الموصى. فصححوا الوصية للمعدوم الذي سيوجد في المستقبل ولو بعد وفاة الموصى بزمن كالوصية لابن فلان الذي سيولد له. والوصية للمسجد الذي سيبنى، وإنما صححوا ذلك تيسيراً على الناس في وصاياهم، لأنها في تشريعها مبنية على التساهل وتخالف بقية أسباب التمليك في كثير من الأحكام.

= مميز سواه ذكر في لفظ الوصية ماينبىء عن الحاجة أولاً.
والقانون أطلق في عبارته فيكون قد خالف مذهب الحنفية في صورة عدم ذكر ما ينبىء عن الحاجة.

(١) بل إنهم جوزوا الوصية للميت الذي علم الموصي بموته.
جاء في شرح الرسالة للنفراوي ج٣ ص٣ الموصى له وهو من يصح تملكه للموصي به شرعاً حالاً أو مآلا ولو حكماً فيدخل الإيصاء للحمل ويستحق إن استهل، وإلا بطلت، وغلة الوصية قبل استهلاله لورثة الموصي، وتصح للميت حيث علم الموصي بموته وتصرف في دينه إن كان عليه دين، أو تدفع لورثته، وأما إذا لم يعلم بموته فتكون باطلة، وعلة التفرقة عندهم بين الصورتين أنه لما أوصى لمن علم بموته يكون قصده تسديد ما عليه من الديون، أو إعطاء ورثته بخلاف صورة جهلة بموته فإنه لم يقصد إلا إعطاءه هو بنفسه.

والقانون أخذ بمذهب المالكية فلم يشترط وجود غير المعين كما صرحت به المادة السادسة.

الرابع: ألا يكون الموصى له قاتل الموصى:

والقتل قد يحدث بعد الوصية. بأن يوصي شخص لآخر ثم يقتل الموصى له الموصى، وقد يحدث قبلها. كما إذا ضرب شخص آخر ضربة جارحة ثم يوصي المضروب للضارب وبعد الوصية يموت بسبب الجرح السابق.

وللفقهاء في تأثير القتل في الوصية آراء مختلفة. بني الاختلاف فيها على الخلاف في صحة حديث ورد في ذلك مع تعارض شبهها بالهبة والميراث، فمن لاحظ شبهها بالهبة قال: إنها لا تتأثر بالقتل، فلا يكون عدمه شرطاً. ومن لاحظ شبهها بالميراث قال: إنها تتأثر به، فيكون عدمه شرطاً فيها.

والقائلون بالتأثر مختلفون في مدى هذا التأثر. أيكون في سائر صورها أم في بعضها فقط؟ والتأثير في صحتها فتكون باطلة معه، أم في نفاذها، فتكون صحيحة موقوفة على إجازة الورثة؟

وإليك خلاصة هذه الآراء.

الرأي الأول: أن الوصية لا تتأثر بالقتل مطلقاً سواء تقدمت عليه أو تأخرت عن سببه، لأنها تمليك بعقد كالهبة فلا يؤثر فيها القتل كما لا تتأثر الهبة به، ولأن الوصية تصح للكافر، ولن يكون القتل أشنع من الكفر.

والى هذا ذهب الشافعية في أرجح الأقوال عندهم[1] والحنابلة في أحد أقوالهم فلا يكون عدم القتل شرطاً في الوصية.

---

(١) راجع نهاية المحتاج بشرح المنهاج وحواشيه جـ ٧ ص ١٤ والمغنى ص ١١١.

الرأي الثاني: أن القتل يؤثر في الوصية عمداً كان أو خطأ استناداً إلى حديث يروى وهو «لا وصية لقاتل» فهذا الحديث يدل على منع الوصية للقاتل، والمنع شامل لما إذا كانت الوصية سابقة على القتل أو لاحقة له، ولأن القتل في بعض صوره استعجال للحق قبل أوانه فيعاقب بحرمانه كما في الميراث.

وإلى هذا الرأي ذهب الحنفية، وهو أحد الأقوال عند الحنابلة فيكون عدم القتل شرطاً فيها، إلا أنهم اختلفوا في شرطيته. أهو شرط في صحتها فتكون باطلة معه فلا تصح بإجازة الورثة، كما يقول أبو يوسف والحنابلة، لأن المنع للجناية وهي باقية لا ترفعها إجازة الورثة، أو شرط لنفاذها فتقع صحيحة موقوفة على إجازتهم، لأن المنع لحقهم دفعاً للغيظ عنهم حتى لا يشاركهم في مال مورثهم من قتله، ولأن نفع بطلانها يعود إليهم: كما يقول أبو حنيفة ومحمد[1] فإذا أجازوها أو لم يكن له وارث نفذت...

والرأي الثالث: يفصل بين ما إذا حدث القتل بعد الوصية فيبطلها وبين ما إذا حدث سببه قبلها فلا يمنع صحتها وهو الراجح عند الحنابلة كما يظهر من كلام صاحب المغنى والراجح عند المالكية[2].

أما بطلانها فيما إذا حصل القتل بعدها فلأن الظاهر أن القاتل استعجل

---

(١) راجع تبيين الحقائق للزيلعي جـ ٦ ص ١٨٢ وما بعدها، وكتاب الفقه على المذاهب الأربعة والمغنى.

(٢) مذهب المالكية أن الوصية إذا وقعت بعد الضربة وعرف المقتول قاتله فلا تبطل الوصية سواء كان الضرب عمداً أو خطأ، وتؤخذ الوصية من ثلث التركة وثلث مال الدية في القتل خطأ، ومن أصل مال المتوفي في القتل عمداً.

وإذا وقعت الوصية قبل الضرب ثم ضربه الموصي له فأماته فإن الوصية تبطل سواء عرف القاتل ولم يغير الوصية أولا على الرأي الراجح عندهم. وفي رأي آخر إذا علم بالقاتل ولم يغير الوصية لا تبطل. كتاب الفقه على المذاهب الأربعة جـ ٢ ص ٤٤١.

الملك بالوصية فيعاقب بالحرمان كما في الميراث، وأما عدم بطلانها في الصورة الثانية فلأن ظاهر حال الموصى أنه أراد الإحسان الى من ضربه، والوصية في أصلها تنشأ باختياره وإرادته فيجب احترام إرادته بإبقاء وصيته صحيحة، ولا يوجد نص شرعي صحيح يمنع صحة هذه الوصية، لأن الحديث المروى فيها ضعيف جداً[1].

وهذا الرأي أقرب إلى الفقه وأسلم من ناحية الدليل. لأن الوصية السابقة على القتل طرأ عليها ما يبطلها بخلاف المتأخرة عنه.

وكما اختلف الفقهاء في أصل الاشتراط اختلفوا في تحديد القتل المؤثر في الوصية...

فالحنفية يقولون: إنه القتل المباشر بغير حق عمداً كان أو خطأ، وضبطه بعضهم بأنه القتل الموجب للقصاص أو الكفارة مع الدية[2]» وأما القتل غير المباشر وهو القتل تسبباً فلا يؤثر فيها وإن كان صاحبه متعمداً. لأنه لا يسمى قتلا حقيقة في نظرهم.

والحنابلة يتفقون معهم في أن القتل المؤثر هو الذي يوجب عفوية مالية أو غير مالية. سواء كان عمداً أو خطأ، ويخالفونهم في القتل تسبباً فيجعلونه مانعاً لأنه موجب للدية.

---

(١) نقل صاحب نصب الراية ج ٤ ص ٤٠٢ وما بعدها عن الدار قطنى أنه قال إن هذا الحديث من رواية مبشر بن عبيد وهو متروك يضع الحديث، وكذلك قال عنه البيهقي.
وفي تكملة الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير للامام زيد بن علي ص ١٠٧ ان اسناد هذا الحديث ضعيف جداً كما قاله ابن عبد الحق وابن الجوزي. وقال البخاري في رواية مبشر بن عبيد الحمصي إنه منكر الحديث، وقال احمد عنه: يضع الحديث.

(٢) هذا الضابط يشمل أنواعاً أربعة من أنواع القتل عندهم هي القتل العمد، وشبه العمد والخطأ، وما أجرى مجرى الخطأ، ولم يخرج عنه الا القتل تسبباً.

والمالكية جعلوه القتل العمد العدوان أعم من أن يكون مباشرة أو تسبباً .

ومع هذا الاختلاف فهم متفقون على أن القتل بحق . كالقتل قصاصاً أو حداً لا يؤثر في الوصية ، وكذلك القتل بعذر شرعي . كالقتل دفاعاً عن النفس أو المال متى تعين طريقاً للانقاذ .

والقانون أخذ أحكامه من هذه المذاهب الثلاثة ملاحظاً في ذلك ما سبق تقريره من أحكام القتل في قانون الميراث ، وما تقرر في قانون العقوبات من بيان الأعذار المسقطة للعقوبة أو المخففة لها .

فتراه يقرر في مادته السابعة عشرة[1] أن القتل في الوصية هو القتل العمد العدوان سواء أكان مباشرة أم تسبباً . وسواء انفرد الموصى له بالقتل أو اشترك مع غيره : بعد أن يكون القاتل عاقلاً بالغاً من العمر خمس عشرة سنة ، وليس له عذر مشروع في ذلك .

ويدخل في القاتل تسبباً الآمر بالقتل ، والمحرض عليه ، والدال على المقتول ، والربيئة « وهو من يراقب المكان أثناء مباشرة القتل ، وواضع السم وشاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه . فأخذ حكم العمد

---

(١) ونصها « يمنع من استحقاق الوصية الاختيارية ، أو الوصيةالواجبة قتل الموصي أو المورث عمداً ، سواء أكان القاتل فاعلاً أصلياً أو شريكاً أم شاهد زور ادت شهادته إلى الحكم بالاعدام على الموصي وتنفيذه وذلك إذا كان القتل بلا حق ولا عذر وكان القاتل عاقلا بالغاً من العمر خمس عشرة سنة . ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعي .

ومن يقرأ المادة الخامسة من قانون الميراث يجدها متفقة مع هذه المادة في تصوير القتل المانع من الميراث ونصها « ومن موانع الأرث قتل المورث عمداً سواء أكان القاتل فاعلاً أصلياً أم شريكاً أم كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالاعدام وتنفيذه إذا كان القتل بلا حق ولا عذر وكان القاتل عاقلاً بالغاً من العمر خمس عشرة سنة ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعي »

العدوان المباشر بغير حق مما اتفقت عليه تلك المذاهب التي جعلت القتل يؤثر في الوصية، وحكم التسبب عمداً من مذهبي المالكية والحنابلة، وتفصيل صور التسبب من مذهب الحنابلة، وهذا حسن لأن فاعله قصد القتل بفعله فيكون كالمباشر، فإن شاهد الزور الذي يعلم مقدماً أن شهادته توصل إلى الحكم بإعدام من شهد عليه يكون قاصداً إهلاك المشهود عليه، وكذلك واضع السم في الطعام وغير ذلك من الطرق الموصلة إلى القتل عادة.

وأخذ شرط البلوغ خمس عشرة سنة من مذهب الحنفية، وكذلك العقل وصحح الوصية للقاتل خطأ عملا بمذهب المالكية، وعمم حكم بطلان الوصية سواء أجازها الورثة أوَلا عملا بمذهب أبي يوسف.

ومن هنا نستطيع أن نقول: إن القتل يؤثر في الوصية في نظر القانون بشروط ثلاثة.

١ ـ أن يكون القاتل عاقلا بلغ من العمر خمس عشرة سنة، فلو كان مجنوناً أو صغيراً لا تبطل الوصية له، لأن بطلان الوصية بمثابة العقوبة للقاتل فلا يستحقها إلا من كان أهلا لها.

٢ ـ أن يكون القتل عمداً عدواناً بغير حق «مباشرة أو تسبباً»، فإذا كان بحق كالقتل قصاصاً بأمر الحاكم لا يكون مبطلاً للوصية، لأن القاتل منفذ فقط فلا يستحق العقوبة، وإلا لتعطلت الأحكام، ومن القتل بحق القتل بسبب البغي والخروج على جماعة المسلمين على الرأي الراجح.

٣ ـ ألا يكون القتل بعذر، فإن كان بعذر كقتل الزوج زوجته إذا فاجأها مع الزاني، وكقتل الشخص كل ذات محرم منه إذا فاجأها مع الزاني كذلك فالأب الذي يقتل ابنته، والأخ الذي يقتل أخته في هذه الحالة يكون معذوراً، فلا يحرم من وصية من قتلها.

ومن الأعذار حالة الدفاع عن النفس أو المال إذا تعين القتل طريقاً له[1] وإذا كان الدفاع مشروعاً وهو غير مضبوط بضابط خاص، فالتجاوز فيه يكون عذراً كذلك، فلا يبطل القتل معه الوصية، وغير ذلك من الأعذار المنصوص عليها في قانون العقوبات.

فإذا اختل شرط من هذه الشروط لم يكن للقتل أثر في الوصية...

الخامس: ألا يكون الموصى له وارثاً:

وهذا شرط مختلف فيه بين الفقهاء على مذاهب ثلاثة.

المذهب الأول: أنه شرط لصحتها، فلو أوصى لوارث وقعت الوصية باطلة من أول الأمر، فلا تلحقها إجازة أصلاً، وإن حصلت من باقي الورثة تكون هبة مبتدأة، فيلاحظ فيها شروط الهبة من اللفظ والقبول والقبض إلى غير ذلك، وإلى هذا ذهب أهل الظاهر، والمزني من الشافعية، وبعض المالكية وبعض الحنابلة[2].

وسند هؤلاء حديث «لا وصية لوارث» فإنه يفيد بظاهره نفي الصحة، لأن النفي يتوجه أولاً إلى الذات لأنه الحقيقة، فإذا تعذرت الحقيقة يحمل الكلام على أقرب مجاز وهو نفي الصحة، فيكون معناه لا وصية صحيحة لوارث، فلا يترتب عليها أثرها الشرعي، وما دامت الوصية وقعت غير صحيحة لا تعمل الإجازة فيها شيئاً.

ويرد على هذا الاستدلال أنه قد ورد في بعض روايات الحديث زيادة تدل على صحة الوصية، ففي بعض طرقه «إلا أن يجيزها الورثة» أو «إلا أن يشاء

---

(١) كما هو مفصل في قانون العقوبات في المواد ـ ٢١٥، ٢٤٩، ٢٥٩.

(٢) راجع المغني جـ ٦ ص ٦، وبداية المجتهد لابن رشد جـ ٢ ص ٢٨٨، والمحلي لابن حزم =

الورثة » فهذا الاستثناء دليل على أن الصحة ليست منتفية.. بل المنفى شيء آخر وراءها وهو النفاذ.

المذهب الثاني: أنه شرط لنفاذها. فتقع الوصية للوارث صحيحة موقوفة على إجازة باقي الورثة، إن أجازوها نفذت وإلا بطلت... وهو مذهب جمهور الفقهاء الحنفية وأكثر المالكية، وظاهر مذهب أحمد والشافعية لأن الوصية للوارث تصرف من أهله في محله فيصح كسائر التصرفات، وكالوصية للأجنبي ويؤيد ذلك ما ورد في بعض روايات الحديث من زيادة « إلا أن يجيزها الورثة » فإنها تدل على أن أصل الوصية صحيح غير نافذ، ونفاذه موقوف على الإجازة. وعلى هكذا يكفي في الإجازة لفظ أجزت أو أمضيت أو ما شابه ذلك، ولا يحتاج ثبوت الملك فيها إلى القبول من الموصى له بعد الإجازة ما دام قد سبق منه قبول الوصية بعد وفاة الموصى، كما لا يحتاج إلى القبض.

ويقولون بعد ذلك. إن آية الوصية منسوخة. إما بآيات المواريث أو بحديث « إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه ألا لا وصية لوارث » لأنه حديث مشهور أو متواتر - كما قيل -.

والمعتبر في كونه وارثاً عند هؤلاء هو كونه كذلك وقت الوفاة لا وقت إنشاء الوصية[1] فلو أوصى لشخص وارث ثم وجد من يحجبه عن الإرث وقت الوفاة كما لو أوصى لأخيه ولم يكن له ولد ثم ولد له ابن بعد ذلك فإن الوصية للأخ في هذه الحالة تنفذ من غير توقف على الإجازة، ولو كان الأمر بالعكس توقفت.

= جـ ٩ ص٣١٦، وفيه « وتقع باطلة فإذا أجازها الورثة كانت هبة مبتدأة ».

(١) يرى ابن حزم أنه يستوي الأمران، كونه وارثاً وقت انشاء الوصية ثم أصبح غير وارث عند الوفاة. وكونه وارثاً وقت الوفاة. لأن الوصية في الصورة الأولى وقعت باطلة فلا تنقلب صحيحة.

لأن الوصية عقد مضاف إلى ما بعد الموت، وإنما يتحقق الوجوب له عند الموت، ولأن المانع صفة الوراثة، ولا يعرف ذلك إلا عند الموت، لأن من شرطها أن يكون الوارث حياً بعد موت المورث.

المذهب الثالث: أن هذا ليس شرطاً في صحة الوصية ولا في نفاذها، بل إن الوصية للوارث تقع صحيحة غير موقوفة على إجازة باقي الورثة. كالوصية للأجنبي ما دامت في حدود الثلث، وهو رأي بعض فقهاء الشيعة كالإمامية الأثني عشرية وبعض[1] الزيدية.

وهؤلاء يقولون: إن آية الوصية تفيد مشروعية الوصية للورثة المعبر عنهم فيها بالأقربين، ومن يأخذ حكمهم بسبب آخر كالزوجية، وهي لا تزال قائمة، وليس من السهل تسليم دعوى نسخها، لأن أسلوبها المؤكد لا يلتئم مع دعوى النسخ « حقاً على المتقين » « فمن بدله بعد ما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه، إن الله سميع عليم ».

وإن الشارع الحكيم إذا شرع حكماً مؤقتاً لينسخه بعد حين لا يأتي في النص المفيد له بما يؤكده، ويتوعد على مخالفته بالعقاب، بل ذلك الشأن في الأحكام الدائمة التي لا تنسخ.

وعلى هذا تكون الوصية المنفية في حديث « لا وصية لوارث » هي الوصية التي كانت مشروعة للورثة قبل شرعية الميراث لا مطلق الوصية، فالذي نسخ في حق الوارث إنما هو وجوب الوصية لا أصل مشروعيتها، وفيما يستحقه الورثة وهو الثلثان، لأن سياق الكلام في آية الوصية مع آيات المواريث يدل على أن المنسوخ هو ذلك، فيكون معنى الحديث على هذا « لا تصح وصية

---

(١) كالهادي والناصر وأبي العباس وأبي طالب كما في نيل الأوطار للشوكاني جـ ٥ ص ٣٥

لوارث من الثلثين إلا أن يجيز الورثة[1] ».

وأما الثلث فهو خالص حق الشخص يضعه كيف شاء لقريب أو بعيد ـ وارثاً كان القريب أو غير وارث. وإذا كانت الوصية مشروعة ليتدارك بها الإنسان ما فاته في حياته » وليصل بها من أراد، وأباح له الشارع أن يتصدق بها على أجنبي فليس من المعقول أن يحرم من جعلها لقريب لتكون صدقة وصلة فينال بها ثواب قربتين، أو يجعلها موقوفة على إجازة أحد، لأن ذلك يكون إلغاء لرغبته، وتجاهلاً لإرادته.

وبهذا الرأي أخذ قانون الوصية في مادته السابعة والثلاثين في فقرتها الأولى[2] حيث سوى بين الوارث والأجنبي في جواز الوصية بالثلث من غير توقف على إجازة الورثة.

وجاء في مذكرته التفسيرية: أن نفاذ الوصية للوارث بما لا يزيد على الثلث يؤخذ من آية الوصية، وهو رأي فريق من المفسرين، ومنهم أبو مسلم الأصفهاني كما قاله فريق من الفقهاء من غير المذاهب الأربعة، واختير القول

---

(١) ولا يقال. إن هذا المعنى لا يجعل لتخصيص الوارث بالذكر فائدة لاستواء الوارث بالأجنبي في هذا الحكم، وهو عدم صحة الوصية من الثلثين إلا بمشيئة الورثة فيتعين إبقاء الحديث على إطلاقه، وهو عدم صحة الوصية له مطلقاً إلا بإجازة الورثة.

لا يقال ذلك لأن المقصود من الأول من الحديث هو بيان مشروعية الوصية التي كانت واجبة بآية البقرة وجاءت آيات المواريث ببيان قدر المشروع منه فإذا بين منه مع هذا أنه لا تصح الوصية له فيما يتعلق به حق الورثة إلا بإجازة الباقين اقتضى ذلك منعها لأجنبي بطريق الأولى.

وقد يقال: إن وصية في الحديث نكرة وقعت في سياق النفي فتعم كل وصية سواء كانت من الثلث أو مما زاد عليه، والجواب أن قرينة السياق السابقة تدل على تخصيصها.

(٢) ونصها «تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة».

بجواز الوصية للوارث لحاجة الناس إليها .

ولقد نقد الكاتبون مسلك القانون هذا حيث عدل عن قول جماهير الفقهاء من أهل السنة، وأخذ بمذهب طائفة من فقهاء الشيعة، وفيه فتح باب إثارة البغضاء وتوليد العداوة بين الورثة جرياً وراء الحاجة المدعاة التي لم تتبين حقيقتها .

وإذا كان لنا أن نوجه النقد إلى مسلك القانون، فلا نوجهه إليه من ناحية أنه ترك مذهب جماهير الفقهاء من أهل السنة وأخذ برأي طائفة من فقهاء الشيعة . وهو رأي مغمور غير مشهور، وأن سنده ليس بقوي، لأن سنده ـ كما ظهر من توجيه أصحابه له ـ قوي وواضح، وعدم شهرة الرأي لا تعتبر مطعناً فيه .

وإنما ننقده من ناحيتين . أولاً : إنه أخذ رأي هؤلاء ناقصاً . فأخذ منه صحة الوصية للوارث بدون توقف على إجازة الورثة . وترك باقيه . وهو وجوب التسوية في الوصية إذا كانت لأولاده، أو لفريق من الورثة استووا في الانتساب إليه كالإخوة والأخوات والأعمام، لأن الوصية نوع من العطية ووجوب التسوية في العطية بين الأولاد ثابت بالنص، وفي غيره بالقياس فإن اختلفوا تقسم بحسب الميراث[1] .

---

(١) جاء في تتمة الروض من النضير شرح مجموع الفقه الكبير ص ١١٤ ـ بعد ذكر الاستدلال على مشروعية الوصية للوارث ـ ولكن يجب عليه أن يسوي بين أولاده في الوصية إذ هي نوع من العطية . لحديث النعمان بن بشير أن أباه أتى به رسول الله ﷺ فقال: « إني نحلت ابني هذا غلاماً كان لي فقال رسول الله : « أكل ولدك نحلته مثل هذا » فقال لا ، فقال: فأرجعه ، متفق عليه، وفي رواية: (اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم في النحل كما تحبون أن يعدلوا بينكم في البر) وفي رواية « سووا بين أولادكم في العطية فلو كنت مفضلاً أحداً لفضلت النساء » .

وجاء في ص ١١٥ ، وليس المراد بالتسوية أنه يجب تقسيم الثلث أو قسط منه بين جميع الورثة على السواء . بل ينظر الميت إلى كثرة الثلث وقلته ويتبع في ذلك ما فصلته تلك الأحاديث من تقديم الأولى فالأولى، إلا أنه إذا أوصى للمستويين في الانتساب إليه من الإخوة والأخوات =

ونحن إذا أمعنا النظر في هذا المذهب نجده غير محتاج إلى إجازة باقي الورثة، لأن الاجازة يحتاج إليها عند تفضيل البعض على البعض الآخر، ولا تفضيل مع التسوية.

وإذا لاحظنا وجوب التساوي ولو بين أفراد الطبقة المستوية في النسبة إليه لا تكون الوصية للوارث موجبة لإثارة البغضاء حتى يقال: إن العمل بهذا المذهب موجب لإحداث الفتن بين أفراد الأسرة الواحدة مثير للبغضاء والشحناء بينهم.

وثانياً: إنه أطلق في جوازها وكان الواجب عليه أن يقيدها بما إذا وجدت حاجة أو مصلحة تدعو إلى تلك الوصية، كأن يكون الوارث الموصى له صغيراً أو طالب علم أو عاجزاً عن الكسب ونصيبه من الميراث لا يسد حاجته، وبقية الورثة كبار قادرون على الكسب.

لو قيدها بذلك لمنع إثارة الشحناء بين الورثة أو خفف منها على الأقل ولأمكننا أن نرجع هذا الرأي إلى مذهب جمهور الفقهاء القائلين بالاستحسان، لأن المشرع حينئذ يكون قد استثنى هذه الجزئية من عموم المنع لأجل تلك الحاجة هذا **ولم يجعل الفقهاء من شروط الموصى له. أن يكون متحداً مع الموصى في دينه أو في جنسيته «دولته»** فصححوا وصية المسلم لغير المسلم وبالعكس. اتحدت جنسيتهما أم لاختلفت، إذا استثنينا بعض صور وقع فيها الخلاف بينهم.

وكنت أود ألا أعرض لهذا الخلاف لولا أنني وجدت القانون تأثر به في بعض ما جاء فيه من أحكام كما أشارت إليه مذكرته التفسيرية، وإليك إجمال ما قرره الفقهاء[1].

= والأعمام والعمات وجبت التسوية بين كل صنف منهم قياساً على الأولاد، فإن اختلفوا فاتباع الميراث أظهر.

(١) راجع في ذلك المبسوط جـ ٢٧ ص ١٤٦، ١٤٧ وتبيين الحقائق للزيلعي جـ ٦ ص ١٨٣، =

لا نزاع في صحة وصية المسلم للمسلم مهما اختلف ديارهما وجنسيتهما ، لأن رابطة الإسلام لا تفصلها حدود الديار ، كما لا نزاع بينهم في صحة وصية المسلم للذمي وهو من لم يدخل في الإسلام وأقام بين المسلمين راضياً بحكمهم . يضافي من صافاهم ، ويعادي من عاداهم بعد دفع الجزية لهم[1] ، وهذا يكون له ما للمسلمين وعليه ما عليهم ، لأن الوصية في ذاتها صلة وبر ، وصلة أهل الذمة[2] غير منهي عنها لقوله تعالى ﴿لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلونكم في الدين ولم يخرجوكم من ديارهم أن تبروهم وتقسطوا إليهم إن الله يحب المقسطين﴾ الممتحنة ـ ٨﴾ .

أما الحربي ، وهو من لم يكن له ذمة ولا عهد ، فإن دخل دار الإسلام بأمان ليقيم فيها مدة محدودة لتجارة أو لغيرها ، ويسمى مستأمناً فوصية المسلم له جائزة في المذاهب الثلاثة « المالكية والشافعية والحنابلة » وفي الرأي الظاهر في مذهب الحنفية ، لأنه كالذمي يصح أن يملكه المال حال حياته فكذا تمليكه بعد وفاته .

وفي رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف لا تصح لأنه على وشك الرجوع إلى دار الحرب حيث لا يمكن من الإقامة الدائمة عندنا بخلاف الذمي .

وإن كان في دار الحرب ، وهي المعادية للإسلام التي ليس بينها وبين دار

= ١٨٤ ورد المحتار جـ ٥ ص ٦٤٣ ، ونهاية المحتاج جـ ٧ ص ١٣ والمغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ١٠٤ والمحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٩٢٢ ، وكتاب الفقه على المذاهب الأربعة جـ ٣ ص ٣٣٨ وما بعدها إلى ص ٤٤٧ .

(١) تقبل الجزية من أهل الكتاب (اليهود والنصارى ، وعبدة الأوثان من غير العرب ، وأما عبدة الأوثان من العرب فلا تقبل منهم الجزية ، بل إما الإسلام أو القتال .

(٢) الفرق بين الوصية والميراث حيث صحت الوصية لهم وامتنع الإرث بينهم وبين المسلمين أن الإرث خلافة وولاية في المال ، ولا ولاية مع اختلاف الدين ، أما الوصية فتمليك بعقد مبتدأ فتصح في حالة الحياة ، راجع المبسوط » .

الإسلام علاقة تناصر وتعاون، والعصمة منقطعة بينهما، فالأئمة الثلاثة صححوا وصية المسلم له ما لم تكن بنحو سلاح أو بالعبد المسلم، أو بما يلحق بالإسلام ضرر لأن الوصية كالهبة، وهي تصح منه له فكذلك الوصية.

ومنعها الحنفية[1] لقوله تعالى ﴿إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين وأخرجوكم من دياركم وظاهروا على إخراجكم أن تولوهم ومن يتولهم فأولئك هم الظالمون﴾ الممتحنة ـ ٩.

ولأن الوصية لهم بالمال تقوية لهم على حربنا، وفي تكثير ما لهم إضرار بالمسلمين فصار كالوصية بالسلاح وبكل ما يلحق بالإسلام ضرر كالوصية بالعبد المسلم وبالمصحف.

والنظر يقتضي ترجيح مذهب الحنفية، لأنه حربياً كهذا لا عهد له ولا ذمة وليس في دارنا بأمان، بل يعيش في بلد ليس بينه وبين دولة الإسلام علاقة تعاون ولا نصرة، والعصمة منقطعة بينهما ـ يكون في حالة حرب مع المسلمين وإن لم يكن للحرب وجود فعلي، ومثل هذا لا تدخل الوصية له في باب الصلة

---

(١) اضطرب النقل في بعض كتب الحنفية، فمنها ما ينقل أن الوصية له ممنوعة، ومنا ما ينقل أنها جائزة مع الكراهة، ولكن النقل في النهاية استقر على أنها ممنوعة قولاً واحداً كما في رد المحتار جـ ٥ ص ٦٤٣.
وسبب هذا الأضطراب اختلافهم في فهم ما روي أن رسول الله ﷺ بعث إلى أبي سفيان ابن حرب وصفوان بن أمية بخمسمائة دينار حين قحطوا ليفرقاها على فقراء أهل مكة فقبل أبو سفيان ورد صفوان، فمن الحنفية من فهم أن هذه تجوز الوصية للحربي في دار الحرب. ومنهم من قال إن هذه صلة لا وصية. ومن تأمل الحادثة وجد أنها صلة في حالة خاصة وهي حالة القحط. على أنه ﷺ بعثها لتفرق على الفقراء. فهي عمل إنساني في حالة العسرة والشدة والدين دين الإنسانية فأنى هذا من الوصية للحربي ليملك بعد الوفاة غير مقيد بقيد؟.

المشروعة في الاسلام، ولا يصح قياسه على الذمى . للفرق الواضح بينهما ، فهذا له ما للمسلمين . فالوصية له داخلة في الوفاء بعهده الذي سوى بينه وبين المسلم . وذلك منقطع الصلة بينه وبين المسلمين، بل إنه يتربص بهم، ويود إلحاق الأذى بهم في كل حين . . .

والقانون لم يشترط لصحة الوصية الاتحاد بين الموصى والموصى له في الدين ولا في الجنسية . وإنما شرط لصحتها في حالة ما إذا اختلفت الجنسية وكان الموصى تابعاً لدولة إسلامية والموصى له غير مسلم تابع لدولة غير إسلامية ان تكون شريعة دولة الموصى له تبيح الوصية لمثل الموصى . فان كانت لا تبيحها بطلت الوصية . كما جاء ذلك صريحاً في المادة التاسعة ونصها :

« تصح الوصية مع اختلاف الدين والملة . وتصح مع اختلاف الدارين ما لم يكن الموصى تابعاً لبلد إسلامي . والموصى له غير مسلم لبلد غير إسلامي تمنع شريعته من الوصية لمثل الموصى » .

وبناء على هذا تصح الوصية من المسلم للمسلم مهما اختلفت ديارهما وسواء أكانا في بلدين إسلاميين . أم في بلدين غير إسلاميين . أم كان أحدهما في بلد إسلامي والآخر في بلد غير إسلامي . لأن رابطة الإسلام لا يؤثر فيها اختلاف الوطن والجنسية، وتصح وصية المسلم لغير المسلم وبالعكس . كما تصح وصية اليهودي للمسيحي، والكاثوليكي للبروستانتي وبالعكس، لأن الوصية صلة والتواصل مشروع في جميع الأديان .

فإذا كان الموصى والموصى له في بلد إسلامي واحد أو في بلدين إسلاميين صحت الوصية من غير قيد ، لأن الدار متحدة حقيقة أو حكماً . ومثلها في ذلك إذا كان الموصى له مسلماً تابعاً لدولة غير إسلامية والموصى غير مسلم في بلد إسلامي لاتحاد الدار حكماً ، لأن المسلم تابع للوطن الإسلامي مهما كان وطنه .

أما إذا كان المُوصى له غير مسلم يتبع دولة غير إسلامية والموصى يتبع دولة إسلامية سواء أكان مسلماً أم غير مسلم. فإن الوصية لا تصح إلا إذا كان قانون الدولة التي يتبعها الموصى له تبيح الوصية لمن كان في بلد الموصى.

والمذكرة التفسيرية تعلل صحة الوصية مع اختلاف الدين بأنها تحقق المساواة بين المسلمين وغيرهم. مستندة في ذلك إلى مذهب الحنفية. كما صرحت بأن عدم الصحة في الصورة الأخيرة عند فقد شرطها اقتضاه تحقيق المساواة أيضاً والمعاملة بالمثل، ثم أسندت عدم الصحة لما روى عن أبي حنيفة وأبي يوسف.

ونحن إذا رجعنا لمذهب الحنفية وجدناه لا يبيح الوصية للحربي في دار الحرب مطلقاً، وأن الرواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف إنما هي في الوصية للمستأمن وهو من دخل دار[1] الإسلام بأمان لعيش فيها فترة محدودة من الزمن، وهذه الرواية لم تقيد صحة الوصية بقيد من القيود، فلو طبقنا القانون على ما جاء في المذكرة التفسيرية لكان معناه أن وصية المسلم الذي يعيش في دار الحرب لا تصح بأي وجه من الوجوه، وأن وصية المستأمن في دارنا تصح إذا ما توفر فيها الشرط الذي جاء به القانون، والقانون بمنطوقه ومفهومه لا يتفق مع هذا، لأن عبارته مطلقة فكان الأولى لواضع المذكرة التفسيرية أن يسند جواز الوصية عند اختلاف الدين مطلقاً إلى غير مذهب الحنفية من المذاهب التي لا تفرق بين ذمي وحربي ومستأمن وغير مستأمن، ويجعل الصورة الأخيرة مستثناة من أجل المعاملة بالمثل. وفي مذهب الحنفية ما يصلح سنداً لهذا المنع،

---

(١) المراد بالبلد الاسلامي ـ كما جاء بالمذكرة التفسيرية ـ ما كان تحت حكم المسلمين أو كانت تحت حكم غيرهم وكانت شعائر الاسلام كلها أو غالبها مقامة فيه، لأن دور الاسلام كلها واحدة ليس بين تابعيها اختلاف دار.

وبذلك يكون الحكم عاما للحربي في داره، والمستأمن في دارنا، ويتفق مع ما سبق[1] من بيانه لوصية غير المسلم، فإنه أراد به هناك ما يعم الحربي في داره والأجنبي في دار الإسلام.

تلك هي الشروط الواجب توافرها في الموصى له لتصح الوصية وتنفذ في نظر الفقهاء والقانون، ومنها يبين لنا أنها تصح للموجود وللمعدوم من الأشخاص والجهات، وللطائفة التي يدخل أفرادها تحت الإحصاء والذين لا يحصون. كما تصح للمسلم وغير المسلم وللوارث ولغير الوارث.

وما قدمناه لم يفصل أحكام كل هذه الأنواع، بل جاء بعضها مجملا يتطلب الإيضاح والتفصيل كالوصية للمعدوم وللحمل وا جهات، ولمن يحصون ومن لا يحصون.

وهذا هو البيان.

الوصية للمعدوم:

يراد بالمعدوم هنا من لم يكن موجوداً وقت إنشاء الوصية وكان ممكن الوجود في المستقبل، سواء وجد عند وفاة الموصى أو لم يوجد، ولا يراد به من كان موجوداً ثم انعدم، لأن الوصية لشخص كذلك لا تصح في نظر القانون[2] كما يراد بالموجود ما يعم الموجود بالذات كأحمد بن فلان، وبالوصف كالفقراء من أهل هذه البلدة، أو ذرية فلان، أو من طلبة هذه المدرسة.

وقد قدمنا أن الوصية لمعين بالإسم أو الإشارة لا تصح إلا للموجود، بل لا

---

(١) في المذكرة التفسيرية عند الكلام على المادة الثالثة « وغير المسلم في المادة شامل للوطني والأجنبي في دار الإسلام وللحربي في دار الحرب.

(٢) هذا وإن كان مذهب المالكية الذي استمد منه القانون أحكام الوصية للمعدوم يجوز الوصية للميت بشرط أن يكون الموصي عالماً بموته، كما سبق عند الكلام على شرط كونه موجوداً.

تتصور إلا لموجود، كما أن الوصية لمعين بالوصف. كفقراء هذه البلدة، أو أولاد فلان، أو طلبة الجامعة التي لم تنشأ بعدما تصح مع عدم وجود الموصى له عند إنشاء الوصية، فإذا مات الموصى وكان الموصى له موجوداً بقيت الوصية صحيحة تطلب النفاذ ـ لا نعلم في ذلك خلافاً بين الفقهاء، ولكن **الخلاف بينهم فيما إذا لم يكن الموصى له موجوداً عند الوفاة.**

فالجمهور على أن الوصية تبطل ولا تنقلب صحيحة بوجوده فيما بعد، فلو أوصى لمن سيولد لفلان ثم مات الموصى قبل أن يولد له بطلت الوصية ولا تعود بوجود مولود له بعد ذلك، لأن الوصية تمليك مضاف لما بعد الموت، والتمليك لا يكون للمعدوم كما في الميراث، فإن شرطه وجود الوارث وقت موت المورث.

وخالف المالكية في ذلك وقالوا بصحة الوصية للمعدوم سواء وجد الموصى له عند وفاة الموصى أو لم يوجد. ففي الصورة السابقة لا تبطل الوصية بمجرد الموت، بل تبقى صحيحة إلى أن يتحقق اليأس من وجود الموصى لهم. كأن يموت الشخص الموصي لأولاده عقيماً، فما دام الأمل في الوجود قائماً تبقى الوصية قائمة.

قرر المالكية ذلك مع مخالفته لقاعدة التمليك تيسيراً على الناس وتحقيقاً لمصالحهم في أمر الوصية التي شرعت في أصلها على خلاف القواعد براً بالمحتاجين، وجبراً لما فات الإنسان في حياته من عمل الخير، وما وقع منه من تقصير.

وقانون الوصية لم يلتزم مذهباً بعينه في تقرير أحكامه، بل وجدناه يسير مع أيسر المذاهب وأقربها إلى تحقيق مقاصد الناس، ولذلك سار في هذا الموضع مع مذهب المالكية وجوز الوصية للمعدوم، سواء أكانت له وحده، كالوصة

لمن سيولد لفلان، أم له مع موجود محضور، كأن يوصي لأولاده شخص معين من وجد منهم ومن يولد في المستقبل. وسواء وجد الموصى لهم عند وفاة الموصى كلهم أو وجد بعضهم، أو لم يوجد منهم أحد، ولا يمتاز في نظره من كان موجوداً وقت الوفاة على من وجد بعدها. قرب زمن وجوده أو طال.

أجاز الوصية له بالأعيان والمنافع، وفصل أحكامها في المواد ٢٦، ٢٧، ٢٨، ٢٩[1]. ولم يستثن من هذا الجواز إلا إذا كانت الوصية بالمنافع للطبقات

---

(١) ونصها مادة ٢٦ « تصح الوصية بالأعيان للمعدوم ولما يشمل الموجود والمعدوم ممن يحصون. فإن لم يوجد أحد من الموصي لهم وقت موت الموصي كانت الغلة لورثته، وعند اليأس من وجود أحد من الموصى لهم تكون العين الموصي بها ملكاً لورثة الموصي..

وإن وجد أحد من الموصى لهم عند موت الموصي أو بعده كانت الغلة له إلى أن يوجد غيره فيشترك معه فيها، وكل من يوجد منهم يشترك فيها مع من يكون موجوداً وقست ظهور الغلة إلى حين اليأس من وجود مستحق آخر فتكون العين والغلة للموصى لهم جميعاً، ويكون نصيب من مات منهم تركة عنه.

مادة ٢٧ ـ « إذا كانت الوصية لمن ذكروا في المادة السابقة بالمنافع وحدها ولم يوجد منهم أحد عند وفاة الموصي كانت لورثة الموصي.

وإن وجد مستحق حين وفاة الموصي أو بعدها كانت المنفعة له ولكل من يوجد بعد من المستحقين إلى حين انقراضهم فتكون المنفعة لورثة الموصي، وعند اليأس من وجود غيرهم من الموصى لهم ردت العين لورثة الموصي ».

مادة ٢٨ ـ إذا لم يوجد من الموصى لهم غير واحد انفرد بالغلة أو العين الموصي بها إلا إذا دلت عبارة الموصي أو قامت قرينة على أنه قصد التعدد، ففي هذه الحالة يصرف للموصى له نصيبه من الغلة ويعطي الباقي لورثة الموصي، وتقسم العين بين الموصى له وورثة الموصي عند اليأس من وجود مستحق آخر.

مادة ٢٩ ـ إذا كانت الوصية بالمنافع لأكثر من طبقتين فلا تصح إلا للطبقتين الأوليين، فإذا كانت الوصية مرتبة الطبقات يكون استحقاق الطبقة الثانية عند اليأس من وجود أحد من أهل الطبقة الأولى أو انقراضهم واليأس من وجود غيرهم مع مراعاة الأحكام الواردة في المادتين السابقتين.

وإذا انقرضت الطبقتان كانت العين تركة إلا إذا كان أوصي بها أو ببعضها لغيرهم

فإنها لا تصح لما زاد عن الطبقتين الأوليين. كما جاء في مطلع المادة ٢٩.

وهذا إجمال لا غناء فيه عن التفصيل، لأن الوصية للمعدوم إما أن تكون بالأعيان أو بالمنافع، وفي كل منهما إما أن يكون الموصى له واحداً أو أكثر من واحد، وفي الحالة الثانية قد يوجد واحد فقط، كما إذا أوصى لمن يولد لفلان ولم يولد له إلا ولد واحد، وقد يكون أكثر من واحد، وهؤلاء قد يموت بعضهم قبل وجود باقي الموصى لهم، وقد يبقى الكل على قيد الحياة.

فإذا كانت الوصية بالأعيان وكان الموصى له واحداً فقط. كما إذا أوصى بدار معينة للولد البكر من ذرية فلان، فإنه إذا ولد ذلك الولد ملك الدار «رقبتها ومنفعتها» ملكاً تاماً، وقبل وجوده تكون غلة الدار لورثة الموصي، لأن هؤلاء بعرضية أن يكونوا ملاكاً للعين إذا لم يوجد الموصى له بأن حصل اليأس من وجوده، أو وجد ورد الوصية.

وإذا كان الموصى له أكثر من واحد، كما إذا قال: أوصيت بهذه الدار لمن يولد لفلان، فان ملكية العين لا تثبت للموصى لهم إلا إذا وجدوا على الوصف الذي أراده الموصى وهو جميع أولاد فلان، وهذا لا يتحقق إلا عند اليأس من زيادتهم وذلك بموت فلان هذا، أو حصول مانع يمنع من أن يولد له.

وقبل أن يتحقق ذلك يكون لمن وجد من الموصى لهم غلة تلك العين واحداً كان أو أكثر، فإن لم يوجد واحد منهم، أو وجد ومات ولم نقطع الرجاء في وجود غيره كانت الغلة لورثة الموصى حتى يوجد من يستحقها فترد له.

فإذا أوصى لمن يولد لأخيه، فإن الموجود من أولاد أخيه عند وفاته يستحق غلة العين الموصى بها واحداً كان أو أكثر. تقسم بينهم حسب الشرط، أو بالتساوي إذا لم يوجد شرط من الموصي بكيفية التوزيع، وكلما ولد لذلك الأخ ولد شارك الموجودين في تلك الغلة حتى يقع اليأس من زيادتهم بموته، أو

بغيره من الأسباب، وحينئذ تثبت ملكية العين لهم وتقسم بينهم بالتساوي على عدد الرؤوس، أو حسب الشرط إن وجد، فإذا كان الكل موجوداً فالأمر ظاهر، وإن كان بعضهم مات قبل موت أبيه فإن القسمة تكون على جميع الأحياء والأموات على الوجه السابق، فما أصاب الحي أخذه وما أصاب الميت كان تركة يقسم بين ورثته قسمة الميراث.

فإذا مات الكل قبل أبيهم وقبل اليأس من زيادتهم فإن العين ترجع إلى ورثة الموصى. أما إذا حصل يأس من زيادتهم، كأن ثبت بالدليل أنه لا يلد بسبب مرض مثلا فان الملك يثبت لهم وتقسم عليهم العين، فاذا ماتوا بعد ذلك ولو قبل أبيهم صارت ميراثاً لورثتهم ولا ترد لورثة الموصى.

وإذا كانت الوصية بالمنفعة وحدها تكون ملكية الرقبة لورثة الموصى من أول الأمر يملكونها ملكا ناقصاً حتى ينتهي أمر الوصية فتصبح مملوكة لهم ملكاً تاما «رقبةومنفعة»، وليس للموصى له في فترة الوصية إلا المنفعة وهي عادة تكون محدودة. إما بطول حياتهم، أو بعدد من السنين ـ يستحقها من وجد منهم واحداً كان أو أكثر، وكلما وجد شخص منهم شارك الموجودين في استيفائها حسب شرط الموصى أو بالتساوي على عدد الرؤوس.

فاذا لم يوجد أحد من الموصى لهم كانت ملكية المنفعة لورثة الموصي تبعاً لملكيتهم للرقبة. وكذلك إذا وجدوا وانقرضوا ولم يكن الموصى جعلها وصية لغيرهم، وهكذا في كل صورة لا يوجد مستحق من الموصى لهم تصير لورثة الموصى حتى تنقضي فترة الوصية فتصبح مملوكة لهم ملكاً مستقراً لا تنتقل إلا بسبب ناقل للملكية.

وإذا مات بعض الموصى لهم وبقي البعض الآخر فإن الاستحقاق يكون لمن يبقى منهم فيعاد تقسيمها عليهم ما لم يوجد في الوصية ما يفيد خلاف ذلك،

كأن يقول الموصى في وصيته: ومن مات من الموصى لهم يصرف نصيبه لفلان مدة حياته أو يعود إلى أولادي.

ومما تجب ملاحظته هنا أن الحكم باستحقاق الواحد لكل الغلة في حالة الوصية بالمنفعة واستحقاقه للعين كلها في حالة الوصية بالأعيان مقيد بعدم[1] وجود نص أو قرينة تدل على أن الموصي قصد بوصيته التعدد. فإن وجد شيء من ذلك أعطى الموجود نصيبه ورد الباقي إلى ورثة الموصي.

فلو قال الشخص في وصيته: أوصيت بغلة هذه الأرض لأولاد فلان أو لمن سيولد له تقسم بينهم بالتساوي، أو تقسم بينهم قسمة الميراث: فإن هذا يدل على أن مقصوده التعدد لا الواحد، فلا يستحق كل الغلة إلا متعدد، لأن مقصوده الوصية للجمع، وأقله في الوصية[2] اثنان، لأنها أخت الميراث أو شبيهة به، وهو فيه كذلك.

فإذا وجد إثنان في هذه الوصية استحقا كل الموصى به سواء كان عيناً أو منفعة، وإذا وجد واحد فقد استحق النصف، وكان الباقي لورثة الموصي.

الوصية بالمنافع للطبقات:

والوصية بالمنفعة كما تصح للأفراد تصح للطبقات سواء رتبها. كأن يوصي لأولاد أخيه محمد ثم من بعدهم لأولادهم، أو لم يرتبها كأن يوصي لأولاد أخيه ولأولادهم، ويتبع الشرط الذي شرطه الموصي لكن يقتصر على طبقتين اثنتين

---

(١) كما صرحت بذلك المادة ـ ٢٨ ـ وجاء في المذكرة التفسيرية « إذا لم يوجد إلا واحد عند وجود الغلة أو عند اليأس من تزايد أحد استحق كل الغلة في الوصية بالمنفعة واستحق العين الموصي بها في الوصية بالأعيان، وهذا إذا لم يوجد نص او قرينة تدل على أن الموصي قصد بوصيته متعدداً، ففي هذه الحالة يأخذ الموصى له حصته من الوصية.

(٢) راجع البدائع جـ ٧، ص ٣٤٢، ٣٤٨، وكتب الأصول في بحث أقل الجمع.

فقط من ذرية الموصى له، وتبطل الوصية لمساعداهما.

وقد استند القانون في جواز الوصية بالمنافع للمعدوم لمذهب المالكية، واستند في منعها لما زاد عن طبقتين لمذهب ابن أبي ليلى ـ كما جاء بالمذكرة التفسيرية ـ لأنه يمنع الوصية بالمنافع مطلقاً.

والسبب في هذا التلفيق أن واضعي القانون وجدوا في هذه الحالة أن الذرية الموصى لها كثيراً ما تتكاثر حتى يقل نصيب كل فرد من الغلة بحيث لا يكون فيه غناء فلا يلتفت صاحبه إلى المطالبة به. الأمر الذي يجعل القائمين على أمر الوصية يهملونها أو يستغلونها لحسابهم.

وشيء آخر أراده المشرع هو إيجاد التوافق بين قانون الوصية وقانون[1] الوقف الذي صدر قبله وقيد الوقف على الذرية بطبقتين فقط للشبه الكبير بين الوصية بالمنافع والوقف.

فإذا كانت هذه الوصية مرتبة الظبقات، كأن يقول: أوصيت بغلة هذه الدار لأولاد فلان، ثم من بعدهم لأولادهم تكون الغلة للطبقة الأولى تقسم بينهم حسب شرط الموصي إن وجد، أو بالتساوي على عدد الرؤوس.

---

(١) جاء في المادة الخامسة منه «أما الوقف على غير الخيرات فلا يكون إلا مؤقتاً ولا يجوز على أكثر من طبقتين، ويعتبر الموقوف عليهم طبقة واحدة إذا عينهم الواقف بالاسم حين الوقف ورتب بينهم أو لم يرتب، وإن كانوا غير معينين بالاسم اعتبر كل بطن طبقه: ولا يدخل الواقف في حساب الطبقات.

وعلى هذا إذا أوصى لفلان وفلان ثم لأولاد فلان كانت الطبقة الأولى هي فلان وفلان المعينين بالاسم.

قد يقال إن الوقف على الذرية قد ألغاه المشرع الوضعي بالقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ فأصبح الوقف على الطبقات غير قائم فما الداعي إذاً لتقييد الوصية؟ وجوابنا على هذا: إنه وإن زال السبب الثاني فلا يزال السبب الأول وهو قلة الأنصباء المؤدي إلى الإهمال قائماً.

فإذا وجد بعض أفراد هذه الطبقة استحق كل الغلة، وكلما وجد واحد شارك الموجودين فيها، وإذا مات أحدهم يرد نصيبه على الباقين من أهل هذه الطبقة ما لم يوجد شرط للموصى بغير ذلك، ولا يستحق أحد من الطبقة الثانية مع وجود فرد من هذه الطبقة.

فإذا انقرضوا جميعاً ووقع اليأس من وجود أحد منهم انتقل الاستحقاق لأهل الطبقة الثانية، ويكون الاستحقاق والتقسيم كما قررناه في الأولى.

فإذا انقرض هؤلاء جميعاً ووقع اليأس من وجود أحد منهم ثبت الحق لورثة الموصى.

وإذا لم تكن مرتبة الطبقات، كأن يقول: أوصيت بغلة هذه الأرض لأولاد فلان وأولادهم، فإن الغلة توزع بعد موت الموصى على الموجود من هؤلاء جميعاً، وكلما وجد أحد من أهل الطبقتين شارك الموجودين، ومن يموت منهم يرد نصيبه على الباقين، ولا ينتقل الاستحقاق إلى ورثة الموصى إلا إذا انقرض أهل الطبقتين جميعاً، ويقع اليأس من وجود أحد منهم.

الوصية للحمل:

الوصية للحمل جائزة في نظر الفقهاء ـ لا نعلم في ذلك خلافاً ـ لأنها استخلاف من وجه، والموصي يجعل الموصى له خليفة في بعض ماله، والجنين يصلح خليفة في الإرث: فكذا الوصية. إذ هي أخت الميراث. غير أنها ترتد بالرد لما فيها من معنى التمليك الاختياري، بل إن الوصية أوسع في باب الخلافة من الميراث ـ كما يقول ابن قدامة ـ[1] فإنها تصح للمخالف في الدين والعبد بخلاف الميراث.

---

(١) المغنى جـ ٦ ص ٥٧ وراجع أيضاً تبيين الحقائق للزيلعي جـ ٦ ص ١٨٦.

لكن صحة هذه الوصية ونفاذها موقوف على توفر شروط ثلاثة:

١ ـ أن يكون الحمل الموصى له موجوداً وقت إنشاء الوصية، فإن تبين أنه لم يكن موجوداً بطلت الوصية له.

٢ ـ أن يولد حياً باتفاق الفقهاء. وإن اختلفوا في نوع الحياة. فمنهم من يكتفي بمطلقها. وهم الحنفية حيث قالوا: يكفي ولادة أكثره حياً لأن للأكثر حكم الكل. والأئمة الثلاثة يشترطون حياة تامة مستقرة. بمعنى أنه يولد كله حياً حياة متيقنة[1].

٣ ـ أن يوجد على الصفة التي أرادها الموصى، فإذا عينه حين الوصية منسوباً إلى شخص معين، كأن يقول: أوصيت بكذا لحمل فلانة من فلان. فلا يستحق الموصى له الوصية إلا إذا ثبت نسبه من ذلك الشخص المعين.

والقانون لم يخرج عما قرره الفقهاء في جملته، وإن خالف في بعض التفاصيل كما هو موضح بالمادة[2] ٣٥.

---

(١) وهذا الخلاف يجري في الميراث أيضاً فإن الجنين لا يرث عند غير الحنفية إلا إذا ولد حياً حياة مستقرة، والحنفية يكتفون بولادة أكثره حياً.

(٢) ونصها تصح الوصية للحمل في الأحوال الآتية:

١ ـ إذا أقر الموصي بوجود الحمل وقت الوصية وولد حياً لخمسة وستين وثلمائة يوم فأقل من وقت الوصية.

٢ ـ إذا لم يقر الموصي بوجود الحمل وولد حياً لسبعين ومائتي يوم على الأكثر من وقت الوصية ما لم تكن الحامل وقت الوصية معتدة لوفاة أو فرقة بائنة فتصح الوصية اذا ولد حياً لخمسة وستين وثلثمائة يوم فأقل من وقت الموت أو الفرقة البائنة.

وإذا كانت الوصية لحمل من معين اشترط لصحة الوصية مع ما تقدم ثبوت نسبه من ذلك المعين. وتوقف غلة الموصي به إلى أن ينفصل الحمل حياً فتكون له.

توضيح هذه الشروط

أما الشرط الأول: فقد عرفنا أن الفقهاء متفقون على أن الوصية لمعين بالإسم أو بالإشارة لا تصح إلا إذا كان موجوداً حين إنشاء الوصية، ويستمر وجوده لما بعد وفاة الموصي، فان اختل شيء من ذلك بطلت الوصية وبه أخذ القانون. كما وضحناه من قبل.

ولما كانت الوصية للحمل في غالب صورها لا تقع إلا لحمل معين. كأن يقول أوصيت لحمل فلانة من فلان، أو لحمل هذه المرأة شرط الفقهاء لصحتها وجوده حين الوصية بأن يعلم أو يظن ذلك بعد ولادته، ويتحقق هذا بولادته في مدة معينة تختلف باختلاف الأحوال، ففي بعضها لا بد أن يولد في أقل مدة للحمل، وفي بعضها الآخر لا يشترط ذلك. بل يكفي ولادته في مدى أكثر مدة للحمل، فإن زادت المدة في كلتا الحالتين بطلت الوصية.

والفقهاء مختلفون في تحديد أقل مدة الحمل وأكثرها. قلهم في أقلها رأيان.

فالجمهور يرى أن أقلها ستة أشهر. قالوا ذلك استنباطاً من مجموع آيتين من كتاب الله. الأولى قوله تعالى في سورة لقمان ـ ١٤ ـ ﴿ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهناً على وهن وفصاله في عامين﴾.

والثانية قوله تعالى في سورة الأحقاف ـ ١٥ ـ ﴿ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه كرهاً ووضعته كرهاً وحمله وفصاله ثلاثون شهراً﴾.

فدلت الآية الأولى على أن الفصال ـ الفطام ـ في عامين كما دلت الثانية على أن مجموع مدة الحمل والفصال ثلاثون شهراً، فإذا أسقطنا من المجموع مدة الفصال بقي للحمل ستة أشهر.

لكن يلاحظ أنهم قصدوا بذلك أن أقل مدة للحمل التي يولد بعدها حيا

تام الخلقة هي ستة أشهر[1] فاذا ولد دونها ولد ناقصاً أو ميتاً. ولم يريدوا به أنها أقل مدة يولد ويعيش بعدها. لأن الواقع يخالفه. فالمشاهد المعروف ان الولد لا يعيش في الغالب إلا إذا ولد بعد تسعة أشهر. وقلما يعيش إذا ولد قبلها.

وذهب البعض إلى أنها تسعة أشهر هلالية. وهو قول للحنابلة. وبه قال ابن تيمية استناداً للغالب الأعم.

والقانون أخذ بهذا الرأي الأخير تمشياً مع المشاهد المعروف. لكنه اعتبر الشهور بالأيام فقدرها بسبعين ومائتي يوم.

وأما أكثرها فقد اختلفوا فيه اختلافاً كثيراً[2] يرجع في أصله إلى عدم وجود نص من القرآن أو السنة يشير إلى ذلك فاضطروا إلى بناء آرائهم على مجرد أخبار الآحاد من الرجال والنساء بالحالات النادرة التي تأخرت فيها الولادة عن وقتها المعتاد. فكل واحد بنى حكمه على ما سمعه من أخبار بأن حملا معيناً مكث كذا سنة.

---

(١) جاء في شرح السراجية في مبحث ميراث الحمل ص٣١٦ : وأقلها ستة أشهر بالاتفاق. لما روي أن رجلاً تزوج امرأة فولدت لستة أشهر فهم عثمان رضي الله عنه برجمها فقال ابن عباس: إنها لو خاصمتك بكتاب الله لخصمتك إذ قال الله تعالى ﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهراً﴾ وقال ﴿وفصاله في عامين﴾ فإذا ذهب عامان للفصال لم يبق للحمل إلا ستة أشهر فدرأ عثمان عنها الحد وأثبت النسب من الزوج، وروى مثله عن علي، وفي حديث ابن مسعود: ان الولد بعدما مضى عليه أربعة أشهر ينفخ فيه الروح وبعدما ينفخ يتم خلقه في شهرين، وحينئذ يتحقق انفصاله مستوى الخلق لستة أشهر ذكره شمس الأئمة السرخسي في شرح كتاب الطلاق. ا هـ.

(٢) فقيل تسعة أشهر. وهو قول داود الظاهري، وقيل سنة هلالية وهو قول محمد بن عبد الحكم المالكي، وقيل سنتان، وهو مذهب الحنفية، وقيل ثلاث سنين وهو مذهب الليث بن سعد، وقيل أربع سنين. وإليه ذهب الشافعي وهو أصح الروايتين عن أحمد وقول لمالك وقيل خمس سنين وهو مشهور مذهب مالك، وقيل سبع سنين، وهو قول بعض أصحاب مالك.

والقانون أخذ برأي محمد بن عبد الحكم الفقيه المالكي المصري. وهو أن أكثرها سنة. إلا أنه خالفه فجعل السنة الشمسية ومدتها ٣٦٥ يوماً بناء على ما قرره الطبيب الشرعي حينذاك. واحتياطاً من المشرع ليشمل الحالات النادرة.

إذا عرفنا ذلك نعود إلى أصل الموضوع فنقول:

إن الموصي إما أن يكون مقراً بوجود الحمل وقت الوصية أو لا. والموصى لحملها إما أن تكون معتدة من وفاة أو طلاق بائن أولا بأن تكون زوجة حقيقية أو حكماً كالمعتدة من طلاق رجعي أو خالية من الأزواج وعدتهم. وعلى كل إما أن ينسب الموصي الجمل إلى شخص معين كأن يقول: أوصيت لحمل هذه المرأة من فلان أو لا ينسبه إلى شخص معين بأن يطلق في كلامه فيقول: أوصيت لحمل هذه المرأة.

فالقانون فصل أحكام هذه الحالات في المادة ـ ٣٥ ـ ولكنه لم يخل من الإبهام في بعض الأحكـام،وظاهر هذه المادة يفيد أن الموصي إذا كان مقراً بوجود الحمل عند الوصية فانه يستحقها إذا ولد حياً لخمسة وستين وثلاثمائة يوم فأقل من وقت الوصية سواء كانت الحامل زوجة حقيقية أو حكما بأن كانت مطلقة رجعياً أو كانت معتدة من طلاق بائن أو من وفاة لأنها مطلقة في فقرتها الأولى ونصها:

« إذا أقر الموصي بوجود الحمل وقت الوصية وولد حياً لخمسة وستين وثلثماية يوم فأقل من وقت الوصية ».

ولأن هذا الاقرار صحيح حيث لا تهمه فيه فيؤخذ المقر به هو وورثته من بعده، فإذا أتت به لأكثر من سنة لا يستحق الوصية،ولا يلتفت إلى هذا الإقرار لأن الواقع يكذبه حيث تبين أنه وهم وأن العلوق كان بعد الوصية.

أما إذا لم يكن مقرا بوجوده عند الوصية فانه يستحقها إذا ولدته لسبعين

ومائتي يوم فأقل من وقت الوصية إلا إذا كانت الحامل وقت الوصية معتدة من طلاق بائن أو وفاة فانه يستحقها إذا ولدته لخمسة وستين وثلثمائة يوم فأقل من وقت الموت أو الفرقة كما هو صريح صدر الفقرة الثانية من تلك المادة ونصها :

« إذا لم يقر الموصي بوجود الحمل وولد حياً لسبعين ومائتي يوم على الأكثر من وقت الوصية ما لم تكن الحامل وقت الوصية معتدة لوفاة أو فرقة بائنة فتصح الوصية إذا ولد حياً لخمسة وستين وثلثمائة يوم فأقل من وقت الموت أو الفرقة .

وهذا يفيد أنه يستحقها في الحالة الأخيرة ولو كانت المدة بين الوصية والولادة أكثر من سبعين ومائتي يوم، لأن وجوده في وقت الوصية ثابت حكماً حيث نحكم بثبوت نسبه من أبيه في هذه الحالة، فالحكم بثبوت نسبه يستلزم الحكم بوجوده في بطن أمه وقت الفرقة أو الطلاق، وإنما خالفت هذه الصورة سابقتها في الحكم لأن العلوق في حالتي الطلاق البائن أو الموت يضاف إلى أبعد الأوقات للاحتياط في ثبوت النسب لمصلحة الولد، وحملاً لحالة المرأة على الصلاح بخلاف ما إذا كانت زوجة حقيقة أو حكماً أو خالية من الأزواج وعدتهم فانه يضاف العلوق فيها إلى أقرب الأوقات ما دام ممكناً[1] .

ثم أن ظاهر هذا الجزء من المادة يفيد أن معتدة الوفاة أو الفرقة البائنة إذا

---

(١) راجع الزيلعي وحاشية الشلبي عليه ج٦ ص١٨٦ ، والمغني ج٦ ص٥٦ ، وتحفة المحتاج بشرح المنهاج جـ ٧ ص ٨ وما بعدها، والمذكرة التفسيرية لقانون الوصية ومن تتبع كلام الفقهاء يجدهم فرقوا بين صورة إقرار الموصي وصورة عدم إقراره كما فرقوا في الأخيرة بين كون المرأة فراشاً وكونها معتدة لوفاة أو فرقة بائنة وليس هناك فرق بين كلامهم وبين ما سار عليه القانون إلا في اعتبارهم أقل مدة الحمل ستة أشهر وأكثرها على الخلاف كما يلاحظ أن الحنفية والشافعية يصححون الوصية في حالة كون المرأة فراشاً إذا أتت به لأقل من ستة أشهر، فلو أتت به لتمام السنة لا تصح والحنابلة يجعلون تمام الستة أشهر كالأقل منها .

ولدته لسبعين ومائتي يوم من وقت الوصية استحق الحمل الوصية وإن كان بين الولادة وبين الموت أو الفرقة أكثر من خمسة وستين وثلثمائة يوم.

وهذا الظاهر غير مراد على اطلاقه بل ينبغي أن يقيد بما إذا أطلق الموصي في كلامه بأن قال: أوصيت لحمل هذه المرأة دون أن ينسبه إلى صاحب العدة. أما إذا نسبه إليه بأن قال: أوصيت لحمل هذه المرأة: من فلان فلا بد لصحة الوصية عند ذلك من ثبوت الحمل من فلان، ولا يثبت نسبه منه في هذه الحالة إلا إذا أتت به لسنة فأقل من وقت الموت أو الطلاق البائن كما يؤخذ من المادة ١٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩[1] يدل لذلك ما جاء في آخر المادة ٣٥ من قانون الوصية حيث تقول: «وإذا كانت الوصية لحمل من معين اشترط لصحة الوصية مع ما تقدم ثبوت نسبه من ذلك المعين».

وأما الشرط الثاني: وهو أن يولد حياً فقد أخذ القانون فيه بغير مذهب الحنفية، فشرط أن يولد كله حياً حياة مستقرة، أي متيقنة غير مشكوك فيها فإذا ولد ميتاً ولو بجناية أو ولد حياً حياة مشكوكاً فيها أو غير مستقرة بطل استحقاقه وكان الموصى به لورثة الموصى.

وتثبت الحياة المستقرة بوجود الأعراض الظاهرة للحياة. كالبكاء والعطاس وتحرك الأعضاء، فان لم توجد هذه الأعراض يرجع إلى رأي أهل الخبرة من الأطباء الشرعيين للتحقق من أن الجنين ولد حياً حياة مستقرة.

أما الشرط الثالث: فواضح لأن الموصى قصد حملا معيناً منسوباً إلى شخص معين، فاذا لم يثبت نسبه لم يكن هو الموصى له فتبطل الوصية، لأنها

---

(١) ونصها «لا تسمع عند الانكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد ولا لولد أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها اذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة»

تمليك، وهو لا يثبت إلا لمن عينه المملك.

فإذا توفرت هذه الشروط ملك المولود الموصى به كله ذكراً كان المولود أم أنثى ما دام لم يوجد في كلام الموصي ما يخالف ذلك.

هذا إذا كان واحداً، **أما إذا تعدد بأن ولدت** أكثر من واحد في وقت واحد أو في وقتين بينهما أقل من ستة أشهر كانت الوصية بينهم متى توفر في كل منهم الشروط السابقة، وظلوا على قيد الحياة، **فتقسم بينهم بالتساوي لا فرق بين الذكر والأنثى ما لم** ينص الموصي على وجه آخر من التقسيم فيتبع ما نص عليه.

فاذا مات أحد هؤلاء بعد ولادته حيا حياة مستقرة كان نصيبه في الوصية بالأعيان لورثته لأنه ملكه ملكاً تاماً فينتقل إليهم بطريق الخلافة، وإذا كانت الوصية بالمنافع كان نصيبه لورثة الموصي، لأن الوصية بالمنافع لشخص معين تنتهي بموته فتعود إلى من يؤول ملك العين إليه ما لم ينص الموصى علي جعلها لغيره.

أما إذا ولد أحدهم ميتاً، أو ولد حياً حياة غير مستقرة فانه يفرض عدم وجوده وتكون الوصية للباقي واحداً كان أو أكثر سواء أكانت بالمنافع أم بالأعيان.

جاءت هذه الأحكام في المادة ـ ٣٦[1] ـ على وفق مذهب الحنفية.

الوصية للجهات

الوصية لجهة من الجهات التي تكون منفعتها عامة جائزة في نظر الفقهاء،

---

(١) ونصها « إذا جاءت الحامل في وقت واحد أو في وقتين بينهما أقل من ستة أشهر بولدين حيين أو أكثر كانت الوصية بينهم بالتساوي إلا إذا نصت الوصية على خلاف ذلك.
وإن انفصل أحدهم غير حي استحق الحي منهم كل الوصية.
وإن مات أحد الأولاد بعد الولادة كانت حصته بين ورثته في الوصية بالأعيان وتكون لورثة الموصي في الوصية بالمنافع.

فتصح الوصية لمسجد أو مصحة أو معهد أو جامعة او مدج .ر سواء كان الموصى له معيناً أو غير معين، وسواء أكان الموصى به عيناً أو منفعه حدد وقته أو لم يحدده.

ولا خلاف بين الفقهاء في ذلك كله إلا ما نقل من اختلافهم فيما إذا أوصى بعين لجهة من تلك الجهات ولم يصرح في وصيته بالسبب الذي من أجله أوصى كالصرف على مصالح الجهة، أو الإنفاق منها على عمارتها أو ما شاكل ذلك.

فإن أبا حنيفة يرى عدم صحة هذه الوصية لأن ظاهرها التمليك، والمساجد وأشباهها ليست أهلا له، ولقد تابعه تلميذه أبو يوسف في هذا الرأي. كما نقله غير واحد من فقهاء الحنفية[1].

وأصحاب المذاهب الأخرى يذهبون إلى صحة هذه الوصية المطلقة التي لم يعين فيها فيها السبب. كأن يقول: أوصيت بداري هذه للمسجد مثلا، ولا يمنع من صحتها إفادتها التمليك، لأن هذه الجهات في نظرهم أهل للتمليك ولو في باب الوصية[2].

ولقد وافق محمد بن الحسن تلميذ أبي حنيفة الأئمة الآخرين في القول بصحة الوصية المطلقة للجهات، ولكن بعلة أخرى، وهي حمل كلام الموصي على

---

(١) راجع البحر الرائق جـ ٨ ص ٤٧١، ورد المحتار لابن عابدين جـ ٥ ص ٦٥٣، ص ٦٧٢.

(٢) جاء في كتاب الشرح الكبير وحواشيه جـ ٤ ص ٤٢٦ « وصح الإيصاء لمسجد ونحوه لصحة تملكه بالوصية بخلاف الحيوان والحجر مثلاً فلا تصح له » وفي تحفة المحتاج بشرح المنهاج للشافعية جـ ٧ ص ١٣.

« وتصح الوصية لعمارة نحو مسجد ولمصالحه. وكذا إن أطلق في الأصح بأن قال: أوصيت به للمسجد وإن أراد تمليكه لما مر في الوقف أنه حر يملك أي ينزل منزلته، وتحمل الوصية حينئذ على عمارته ومصالحه ولو غير ضرورية عملاً بالعرف ويصرفه الناظر للأهم والأصلح باجتهاده » ا هـ.

إرادة المصالح لا على ظاهره من إرادة التمليك تصحيحاً لكلامه.

والقانون جرى على الرأي الثاني وهو جواز الوصية للجهات مطلقاً، عين السبب أولا، سواء عين جهة خاصة أولا، فيستوي قوله: أوصيت لمسجد البلدة أو لملجئها وقوله: أوصيت بهذه العين للمسجد أو الملجأ، وسواء عين طريقة الصرف أو لم يعينها.

فإذا عين طريقة الصرف بأن قال: يصرف في العمارة، أو في المصالح أو على المرضى، أو للطلاب المحتاجين مثلا وجب اتباع هذه الطريقة التي عينها والسير على وفق شرطه ما لم يتعارض ما قرره في وصيته مع ما قرره القانون من أحكام. أو يتنافى مع مقاصد الشريعة.

فإذا لم يعين الموصي طريقة خاصة. فإن وجد عرف خاص في ذلك اتبع ما جرى به العرف، كما لو أوصى للجامع الأزهر فإن العرف جرى على أن المال الموصى به يصرف لطلابه، وإذا أوصى بجزء من ماله لدار الكتب، أو لمكتبة البلدية بالاسكندرية، فإن العرف يصرفه إلى شراء الكتب أو للمحافظة عليها.

فإن لم يوجد شرط ولا عرف صرف فيما يعتبر الصرف فيه صرفاً لهذه الجهة، فالوصية للمسجد تصرف على مصالحه من فرش وإضاءة وعمارته وخدمته الخ.

والوصية للجامعة تصرف على مصالحها وطلابها.

وكما تصح الوصية للجهات إذا عين نوعها. كالمساجد او الملاجىء تصح وإن لم يعين ذلك النوع.

كأن يقول: أوصيت بثلث مالي لله تعالى، أو لأعمال البر أو للمصالح العامة، وتصرف عند تنفيذها إلى أي جهة من جهات البر العامة أو النفع العام

غير متقيد بنوع خاص يصرفها من وكل إليه تنفيذ الوصايا باجتهاده للاهم والأصلح.

ثم إن القانون صحح الوصية للجهات سواء كانت موجودة عند إنشاء الوصية أولا، وجدت عند وفاة الموصي أولا. ما دام وجودها ممكناً بناء على ما سار عليه من صحة الوصية للمعدوم الذي سيوجد متبعاً في ذلك مذهب الإمام مالك.

وفي حالة الوصية للجهة المعدومة تبقى الوصية قائمة حتى توجد تلك الجهة فتصرف الوصية إليها، فإذا لم توجد وتعذر وجودها في المستقبل بطلت الوصية وكان الموصى به لورثة الموصي.

وأحكام الوصية للجهات فصلها القانون في المادتين السابعة والثامنة[1].

الوصية لمن لا يحصون

الكلام على أحكام الوصية لمن يحصون ومن لا يحصون يتوقف على بيان حد الإحصاء ليتميز الفرق بين النوعين.

وللفقهاء في بيان حد الإحصاء أقوال بنيت على اختلاف النظر لعدم وجود نص شرعي صريح فيها أختير منها قول محمد بن الحسن لتسير عليه المحاكم بمصر وهو أن الموصى لهم إذا كانوا مائة فأقل فهم يحصون، وإن كانوا أكثر من المائة فهم لا يحصون[2]

---

(١) ونصهما مادة ـ ٧ ـ «تصح الوصية لأماكن العبادة والمؤسسات الخيرية وغيرها من جهات البر والمؤسسات العلمية والمصالح العامة، وتصرف على عمارتها ومصالحها وفقرائها وغير ذلك من شئونها ما لم يتعين الصرف بعرف أو دلالة، وتصح الوصية لله تعالى ولأعمال البر بدون تعيين جهة وتصرف في وجوه البر» مادة ـ ٨ ـ «تصح الوصية لجهة معينة من جهات بر ستوجد مستقبلاً، فإن تعذر وجودها بطلت الوصية».

(٢) جاء في البدائع جـ ٧ ص ٣٤٢. اختلف في تفسير الإحصاء، فقال أبو يوسف إن كانوا لا=

والوصية لمن لا يحصون جائزة باتفاق أصحاب المذاهب الفقهية . لكن هذا الجواز غير مقيد بقيد في بعضها ، ومشروط باقترانها بما يدل على أنها قربة في بعضها الآخر. كأن يصف الموصي الموصى لهم بوصف الاحتياج من فقر ومسكنة وغربة وما شاكل ذلك.

فالحنفية يذهبون إلى أن صحة الوصية لمن لا يحصون لا تكون إلا إذا ذكرهم بما يدل على احتياجهم، كأوصيت لفقراء طلبة الجامعة أو الأزهر أو للغرباء المنقطعين منهم، فإن أطلق في كلامه لا تصح الوصية.

وسندهم في ذلك أن الوصية تمليك، والتمليك للمجهول جهالة لا يمكن إزالتها لا يصح، أما إذا وجد في لفظه ما يدل على الحاجة فتكون وصية بالصدقة وهي تقرب إلى الله تعالى، فتقع له سبحانه أولا ثم يتملكها المحتاج بتمليك الله وجينئذ تخلو من المانع، وهو جهالة المتملك.

وأصحاب المذاهب الثلاثة الأخرى صححوا هذه الوصية سواء وجد التقييد أو لا، فتصح الوصية لطلبة الجامعة، كما تصح للمعسرين منهم، لأن الوصية مبنية على التيسير فيتساهل فيها بما لا يتساهل في غيرها من أسباب التمليك الأخرى، ولأنها في ذاتها قربة حتى ولو كانت للأغنياء، ولقد ندب النبي ﷺ إلى الهدية وإن كانت لغني، والوصية هدية مؤجلة لما بعد الموت[1]

يحصون إلا بكتاب أو حساب فهم لا يحصون، وقال محمد: إن كانوا أكثر من مائة فهم لا يحصون، وقيل غير ذلك.

(١) راجع المغنى جـ ٦ ص ٥٦ .. ثم إن أصحاب هذا الرأي بعد اتفاقهم على المبدأ اختلفوا فيما وراء ذلك، فمنهم من يرى أن الدفع إلى واحد من الموصى لهم مجزىء، ومنهم من يرى أنه لا بد من الدفع إلى ثلاثة لأنهم أقل الجمع.

وأئمة الحنفية بعد اتفاقهم على أنه لا بد من وجود ما يدل على الحاجة اختلفوا فيمن يجزىء الدفع إليه . فأبو حنيفة وأبو يوسف يذهبان إلى جواز الدفع إلى واحد فقط لأنها وجبت لله لا للفقراء، ثم يعطي لمن ظهر رضي الله عنه بصرف حقه إليه ويكفي في ذلك الصرف إلى=

والقانون جوز الوصية لمن لا يحصون من غير تقييد فصحح الوصية لهم من غير أن يذكر الموصي في كلامه ما يدل على الحاجة. إلا أنه قيد صرفها في هذه الحالة فجعله للمحتاجين فقط(١).

ولاحظ في ذلك أن صرف الوصية لجميع من لا يحصون قد يتعذر أو يتعسر تنفيذه فتصرف للمحتاجين فقط، لأن الصرف إليهم يحقق الغرض المقصود من الوصية.

وبعد هذا التقييد أطلق القانون لمنفذ الوصية الحرية في العدد الذي يصرف إليهم الوصية بعد أن يكونوا من المحتاجين، وفي مقدار ما يعطيه لكل واحد منهم، فلا يلزم باعطاء كل المحتاجين، ولا بالتسوية بينهم في العطاء، يفعل ذلك باجتهاده.

ولكن الأفضل أن يكون الصرف أولا للمحتاجين من أقارب الموصي، لأن الدفع إليهم صلة وصدقة. مقدماً في ذلك الأشد حاجة على ماسواه، وإذا كانت الوصية لهؤلاء بنقود مرسلة وزعت عليهم، فإذا قبضوها ثبتت ملكيتهم لها، وإذا كانت بالأعيان غير النقود وزعت عليهم متى أمكن وإلا بيعت ووزع عليهم ثمنها.

وإذا كانت الوصيةبالمنافع فالظاهر أن العين الموصى بمنفعتها تأخذ حكم الوقف فتصرف غلتها للمحتاجين من الموصى لهم، هذا إذا كانت الوصية لهم

= واحد، ويرى محمد أنه لا بد من الصرف إلى اثنين على الأقل لأنهما أقل الجمع في الوصية والميراث فلا يجوز أن يعطي الواحد إلا نصف الوصية.. راجع الدائع جـ ٧ ص ٣٤١.

(١) جاء ذلك في المادة ٣٠ من ونصتا:

« وتصح الوصية لمن لا يحصون، ويختص بها المحتاجون منهم ويترك أمر توزيعها بينهم لاجتهاد من له تنفيذ الوصية دون التقيد بالتعميم أو المساواة. ومن له تنفيذ الوصية هو الوصي المختار فإن لم يوجد فهيئة التصرفات أو من تعينه لذلك».

مؤيدة أو مطلقة. أما إذا كانت مؤقتة بمدة معينة فإن الغلة تصرف للمحتاجين فيها والعين تكون مملوكة لورثة الموصى.

من له تنفيذ الوصية؟

نص القانون على أن تنفيذ الوصية يكون للوصي المختار، فإن لم يوجد يكون الحق لهيئة التصرفات في المحكمة أو لمن تعينه لذلك. لكن يجب أن يلاحظ في شأن تنفيذ الوصية ما جاء بالقانون المدني الجديد ـ الذي تقرر العمل به بعد قانون الوصية بأعوام ثلاثة ـ من أنه إذا لم يعين صاحب التركة وصياً عينت المحكمة شخصاً يصفي التركة متى طلبه أحد ذوي الشأن، واقتضى الأمر ذلك، وأنه يتولى تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف بعد تسوية الديون، بل إنه قضى بأن الأحكام التي تسري على المصفى تسري على وصي التركة كما صرحت به المواد ٨٧٦، ٨٧٨، ٨٩٨[1].

وهذا يقتضي أنه إذا لم يوجد الوصي المختار لا ينقل الحق إلى هيئة التصرفات في كل حالة، بل إذا لم يوجد المصفى، فإن وجد يكون أمر تنفيذ الوصية إليه، فان لم يكن لا هذا ولا ذاك كان الحق لهيئة التصرفات في المحكمة المختصة أو لمن تعينه لذلك عملا بقاعدة تناسق القوانين في الدولة الواحدة.

الوصية لقوم محصورين:

وهم من كانوا في حدود المائة. وهذا النوع تحته صنفان:

---

(١) ونصها كالآتي المادة ٨٧٦ «إذا لم يعين المورث وصياً لتركته وطلب أحد ذوي الشأن تعيين مصف لها عينت المحكمة ـ إذ رأت موجباً لذلك ـ من يجمع الورثة على اختياره، فإن لم يجمع الورثة على أحد تولى القاضي اختيار المصفى على أن يكون بقدر المستطاع من بين الورثة وذلك بعد سماع أقوال هؤلاء.

والمادة ٨٧٨/ ٢، ويسري على وصي التركة ما يسري على المصفى من أحكام.

والمادة ـ ٨٩٨ «يتولى المصفى بعد تسوية ديون التركة تنفيذ الوصايا وغيرها من التكاليف.

الصنف الأول: وهم المعرفون بالوصف أو بالجنس دون تعيينهم بأسمائهم وأشخاصهم. كالفقراء من عائلة معينة، أو ذوي العاهات منها، أو بني فلان أو قبيلة فلان.

الصنف الثاني: وهم المعينون بأسمائهم وأشخاصهم كالوصية لمحمد وأحمد وإسماعيل، أو يقول أوصيت لهذا مشيراً إلى شخص، أو لهؤلاء مشيراً إلى أشخاص معينين.

والوصية لهذين الصنفين تتفق في بعض الأحكام وتختلف في بعضها الآخر وإليك البيان.

أما الوصية للصنف الأول فانها تكون لكل من ينطوي تحت هذا الوصف أو الجنس. سواء كان واحداً أكثر توزع بينهم حسب شرط الموصي إن وجد. فإن لم يكن له شرط قسمت بالتساوي على عدد رؤوسهم.

وإذا مات أحدهم بعد استحقاقه الوصية وثبوت الملك له كان نصيبه لورثته إن كان الموصى به عيناً، لأن هذا هو شأن الملك التام ينتقل بالارث إلى مستحقيه.

وإن كان الموصى به منفعة، أو لم يكن قد استحق منه غير المنفعة[1] لا ينتقل إلى ورثته لأن المنافع لا تورث في الوصايا، ولكن يرد هذا النصيب إلى بقية الموصى لهم يوزع بينهم كما وزع الأصل، ولا يرد إلى ورثة الموضي لأن الوصية للمحصورين غير المعينين وصية واحدة لكل من يصدق عليه وصف الموصى لهم أو يدخل تحت جنسهم، وليس لكل واحد منهم قدر معين حتى

---

(١) كما لو أوصي لمن يولد لفلان. ثم مات الموصي قبل أن تنقطع الولادة لفلان هذا. فإن العين لا تقسم بين الأولاد الموجودين وانما تقسم الغلة بينهم حتى إذا ما انقطعت الولادة بأن مات ذلك الشخص أو حصل يأس من الولادة له قسمت العين الموصي بها بين الموجودين من أولاده ومن مات منهم كما أوضحناه في الوصية للمعدوم.

يقال: إن الوصية تنتهي فيه بموته. بخلاف ما إذا كان الموصى به عيناً فإن نصيب كل واحد تعين باستحقاقه وحيازته.

وإذا بطلت الوصية بالنسبة لبعضهم كان الموصى به للباقين منهم حتى ولو كان واحداً متى صدق الوصف عليه. لا فرق في ذلك بين أن يكون البطلان من وقت الإيجاب. كأن يكون هذا البعض ميتاً، أو أن يكون بعده، كأن يموت بعض الموصي لهم قبل وفاة الموصى، أو يرد الوصية بعد وفاته. ولما كان الموصى لهم من هذا الصنف في الغالب يكون بعضهم موجوداً والآخر غير موجود نص القانون في مادته الواحدة والثلاثين[1] على أنه يلاحظ أحكام الوصية للمعدوم المقررة في المواد - ٢٦، ٢٧، ٢٨، ٢٩، وأحكام الوصية لهذا الصنف أخذها القانون من مذهب الإمام مالك كما صرحت بذلك المذكرة التفسيرية وإن كان يتفق مع مذهب الحنفيةفي بعضها.

أما الصنف الثاني - وهم المعينون بأسمائهم أو بالإشارة إليهم - فالوصية لهم تقسم بينهم حسب الشرط إن وجد، وإلا فبالتساوي على عدد الرؤوس، ومن يموت منهم بعد الاستحقاق ودخول الموصى به في ملكه يكون نصيبه لورثته إن كان عيناً، وإن كان منفعة رد إلى ورثة الموصى لانتهاء الوصية فيه لأن الوصية بالمنفعة لمعين تنتهي بوفاته.

وإذا بطلت الوصية لبعض هؤلاء رجع نصيبه إلى ورثة الموصي، لأن الوصية لهذا الصنف بمثابة عدة وصايا لكل واحد وصية بقدر معين وإن كان شائعاً في غيره، فإذا بطلت في حق أحدهم لا يمكن تصحيحها بالنسبة لغيره حتى تدفع له فترد إلى أصل التركة، ويستوي في ذلك بطلانها بعد صحة

---

(١) ونصها «وإذا كانت الوصية لقوم محصورين بلفظ يتناولهم ولم يعينوا بأسمائهم وكان بعضهم غير أهل للوصية وقت وفاة الموصي كان جميع ما أوصى به مستحقاً للآخرين مع مراعاة المواد - ٢٦، ٢٧، ٢٨، ٢٩.

الإيجاب، بأن كان موجوداً عند إنشاء الوصية ثم خرج عن أهليته لها بأن مات قبل موت الموصي، وبطلانها من حين الايجاب بأن كان ميتاً حين الوصية.

والعبرة بعدم أهليته للوصية وقت وفاة الموصي ـ كما جاء بالمادة الثالثة والثلاثين[1].

وإذا رد الموصى له الوصية بعد وفاة الموصي بطلت في حقه أيضاً فيرجع نصيبه إلى ورثة الموصي، أخذ القانون بهذه القاعدة العامة في بطلان الوصية وقضى برد نصيب من بطلت في حقه إلى ورثة الموصي لا فرق بين صورة وصورة عملا بمذهب الشافعي، وترك[2] مذهب الحنفية الذي يقضي برد هذا النصيب إلى ورثة الموصي في بعض الصور وجعله لبقية الموصى لهم في بعضها الآخر.

الوصية المشتركة.

ما تقدم هو حكم الوصية المنفردة إذا كانت لجهة أو لمحصورين معينين بالأسماء أو الإشارة أو غير معينين بواحد منهما بل معينين بالوصف أو بالجنس، أو لغير محصورين، وقد يحدث أحياناً أو يوصي شخص لنوعين أو أكثر، كما إذا أوصى لمعينين ولجهة بشيء واحد،أو يوصي لجهة ولغير محصورين ولمعينين، وتسمى الوصية في هذه الحالة بالمشتركة لاشتراكها بين أكثر من نوع من الموصى لهم. جاء حكم هذه الوصية في المادة الثانية والثلاثين من القانون[3].

---

(١) ونصها «إذا كانت الوصية للمعينين عاد إلى تركة الموصي ما أوصى به لمن كان غير أهل للوصية حين الوفاة».

(٢) وفقهاء الحنفية مختلفون في الحد الفاصل بين النوعين. وأقرب ما قيل في ذلك: أنه إذا كان من بطلت الوصية في حقه قد دخل في الوصية ثم خرج منها كما إذا ردها بعد موت الموصي فإن نصيبه يرد إلى ورثة الموصي. وإن لم يكن قد دخل فيها. كما إذا أوصى لفلان وحمل فلانة. ثم بطلت الوصية للحمل لولادته ميتاً فإن نصيبه يكون لبقية الموصي لهم.

(٣) ونصها: «إذا كانت الوصية مشتركة بين معينين وجماعة أو جهة، أو بين جماعة وجهة. أو=

والأصل الذي سار عليه القانون في التوزيع هو اعتبار كل من الجهة والجماعة غير المحصورة شخصاً من الموصى لهم، وكل واحد من المعينين بأسمائهم أو بالإشارة شخصاً، ومثله كل واحد من الجماعة المحصورة المعروفين بالوصف أو بالجنس، وذلك لأن المعينين معتبرون بأشخاصهم، والمحصورون يمكن معرفة عددهم ونهايتهم، فيسهل اعتبار رؤوسهم إذا انتهوا إلى عدد معين، والجهة تعتبر كأنها شخص منفرد بذاته، وأما غير المحصورين فلا يمكن الوقوف على عددهم ولا الوصول إلى نهايتهم، ولا يعرفون إلا بعنوانهم فلا يستطاع التوزيع على رؤوسهم فيعتبرون واحداً.

ثم توزع الوصية أسهماً عليهم. فيكون للجهة سهم، وللجماعة غير المحصورة سهم[1] واحد، وللمعينين والمحصورين سهام بعدد رؤوسهم هذا إذا لم ينص الموصي في وصيته على كيفية التوزيع، أما إذا نص على ذلك فيتبع ما نص عليه.

وإذا بطلت الوصية لواحد من هؤلاء المشتركين اتبع الحكم المقرر في كل

= بينهم جميعاً كان لكل معين ولكل فرد من أفراد الجماعة المحصورة ولكل جماعة غير محصورة ولكل جهة سهم من الموصي به».

(١) اعتبار نصيب الجماعة غير المحصورة سهماً واحداً أحد آراء للفقهاء وهو مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف. والقول المشهور للحنابلة. والرأي الثاني يجعل لها سهمين. وإليه ذهب محمد بن الحسن من الحنفية. والرأي الثالث يجعل لها ثلاثة أسهم وبه يقول الشافعية، وسبب هذا الخلاف يرجع إلى اختلافهم فيما إذا أوصى لغير المحصورين كالفقراء مثلاً. هل يجزئه الدفع إلى واحد فقط كما يقول أصحاب الرأي الأول؟ أو لا يجزئه إلا الدفع إلى إثنين لأنها أقل الجمع في بابي الميراث والوصية كما يقول أصحاب الرأي الثاني؟ أو لا يجزئه إلا الدفع إلى ثلاثة لأنها أقل الجمع لغة؟ والقانون اختار الرأي الأول. وقد سبق بيان وجهة رأي الحنفية في هامش الكلام على الوصية لمن لا يحصون.
راجع المغني جـ ٦ ص١٢٣. وتبيين الحقائق للزيلعي جـ ٦ ص ١٩١.

نوع من تلك الأنواع. فإذا بطلت الوصية لجهة أو لمعين باسمه أو بالإشارة، او لمعينين بواحد منهما، أو لجماعة غير محصورة عاد نصيبه إلى ورثة الموصي، وإذا بطلت في حق واحد من الجماعة المحصورة المعروفة بالوصف أو بالجنس رد نصيبه لبقية الجماعة، لأن الوصية لما يصدق عليه هذا العنوان كما بينا ذلك من قبل. وإليك أمثلة توضح ذلك:

١ ـ أوصي لمحمد وعلي ومحمود وعادل ومسجد البلدة وفقرائها، وكان مقدار الوصية ثلاثين فداناً. هذه الوصية تقسم إلى ستة أسهم لكل واحد من المعينين بأسمائهم سهم، وللمسجد سهم، والفقراء سهم، فيعطى لصاحب كل سهم خمسة أفدنة.

٢ ـ أوصي بجزء معين من ماله للمسجد وللملجأ ولطلاب العلم في بلده. قسم مقدار الوصية على ثلاثة أسهم: واحد للمسجد، وآخر للملجأ،والثالث لطلاب العلم، هذا إذا كان طلاب العلم لا يحصون. فإن كانوا يحصون يعطى لكل واحد سهم ولكل من الملجأ والمسجد سهم.

٣ ـ أوصي لأبناء أخيه ولأخته وللغرباء بثلث ماله، فلما توفي الموصي كان أبناء أخيه ثلاثة ولا ينتظر زيادتهم قسمت الوصية على خمسة أسهم يعطى لكل واحد من أبناء أخيه سهم ،ولأخته سهم، وسهم يكون للغرباء.

٤ ـ في المثال السابق: لو كان أبناء أخيه عند موته ثلاثة،وينتظر أن يولد غيرهم فلا تقسم العين الموصى بها بينهم، بل تقسم غلتها على الموجودين منهم وبقية الموصى لهم كل واحد منهم سهم، فإذا ولد له ولد رابع قسمت الغلة تقسيماً آخر على سهام ستة، وهكذا كلما زاد واحد نقصت القسمة السابقة حتى ينتهي عددهم إلى حد لا يتصور زيادتهم بعد ذلك. كأن يموت هذا الأخ، أو يحصل اليأس من الولادة له. فحينئذ تقسم

العين عليهم، للأخت سهم، وللغرباء آخر، ولكل واحد من أبناء الأخ سهم.

وهذه الأحكام وافق فيها القانون مذهب الحنفية، كما صرحت بذلك المذكرة التفسيرية، ولم يخالفه إلا في حكم الصورة الرابعة، وهي ما إذا كان بين الموصى لهم جماعة محصورين وجد بعضهم حين وفاة الموصي، ويحتمل وجود غيرهم، فإنه أخذ فيها بمذهب المالكية في الوصية للمعدوم، ولذا جاء في المذكرة التفسيرية بصدد التعليق على هذه المادة ما يلي:

ولو كان الموجود حين موت الموصي بعض من يحصون ويحتمل وجود غيره اتبع في ذلك ما نص عليه في المواد ٢٦، ٢٧، ٢٨، ٢٩، كما إذا أوصى لزيد وولد عبد الله ومستشفى، فكان الموجود عند وفاة الموصى زيداً وثلاثة من أولاد عبد الله فإن الغلة تقسم على خمسة: لزيد سهم، ولكل واحد من أولاد عبد الله سهم، وللمستشفى سهم، وكل من يوجد بعد ذلك من ولد عبد الله يشترك مع من يكون موجوداً، وسبق أن هذا الحكم مأخوذ من مذهب المالكية.

بقيت مسألة متممة لهذا الموضوع. وهي ما إذا بطلت بعض الوصايا التي تعود إلى ورثة الموصي في الوقت الذي ضاق فيه الثلث عن تنفيذ جميع ما أوصى به ولم يجز الورثة تلك الزيادة. وقد تكفلت به المادة الرابعة والثلاثون[1] وهو أن يقسم الثلث على جميع الوصايا بالمحاصة ـ كما هو مقرر في حالة تزاحم الوصايا ـ وسيأتي توضيحه ـ ثم يعطي لأصحاب الوصايا الصحيحة نصيبهم منه، ويحل ورثة الموصى محل أصحاب الوصايا الباطلة. بمعنى أنه يرد إلى

---

(١) ونصها «إذا بطلت الوصية لمعين أو لجماعة عاد إلى تركة الميت ما أوصي به اليهم ويخاص الورثة به أرباب الوصايا الباقية إذا ضاق عنها محل الوصية».

التركة أنصباء أصحاب تلك الوصايا من الثلث. فتنفيذ الوصية في هذه الحالة سيقتصر على نصيب أصحاب الوصايا الصحيحة الباقية من الثلث.

فلو أوصى شخص لأولاد أخيه الثلاثة بستمائة جنيه، وللملجأ العجزة بأربعمائة وللمسجد بمائتين، وكانت قيمة التركة عند وفاة الموصى ألفاً وثمانمائة جنيه، ولم يجز الورثة الزيادة، ورد اثنان من أولاد الأخ الوصية، فالوصية في هذه الحالة لا تنفذ إلا في الثلث وهو ٦٠٠ جنيه توزع بين الوصايا بالمحاصة بنسبة أنصبائهم إلى بعض، أي بنسبة ٣ : ٢ : ١، لأنه أوصى لأولاد أخيه في الأصل بـ ٣/١ التركة، وللملجأ بـ٢/٩ التركة، وللمسجد بتسعها، وباستخراج المضاعف البسيط لهذه الكسور نجده أوصى بستة أسهم من تسعة.

وحيث إن الورثة لم يجيزوا الزيادة على الثلث فيقسم مقداره على ستة أسهم يكون لأولاد الأخ ثلاثة منها. كل واحد سهم، وللملجأ سهمان، وللمسجد سهم واحد، فيصرف لمن لم يرد الوصية من أولاد الأخ ١٠٠ جنيه، وللملجأ ٢٠٠ جنيه، وللمسجد ١٠٠ جنيه، ويرد نصيب من رد الوصية وهو ٢٠٠ جنيه إلى التركة يقسم على الورثة مع باقيها، **وهذا هو معنى كون الورثة يحاصون بهذا النصيب أرباب الوصايا الأخرى.**

ولقد صرحت المذكرة التفسيرية بأن القول يعود نصيب من بطلت وصيته إلى ورثة الموصى مأخوذ من مذهب الشافعي، والقول بالمحاصة مأخوذ من مذهب الأمام مالك.

المبحث الرابع
في
شروط الموصى به وما يتبع ذلك من بيان مقدار الوصية ووقت تقديره

الموصى به هو محل الوصية التي يظهر حكمها فيه، ولقد شرط الفقهاء فيه شروطاً لصحة الوصية ،وأخرى لنفاذها ، فشرطوا لصحتها ثلاثة شروط أتى بها القانون في مادته العاشرة[1] ، وقالت مذكرته التفسيرية : إن هذه المادة مأخوذة من مذهب الحنفية[2] . ولذلك سنقتصر على بيان ما جاء بـه القـانـون . ونترك تفصيل آراء الفقهاء لعدم الحاجة إليها .

الشرط الأول: أن يكون مما يجري فيه الإرث أو يصح أن يكون محلا للتعاقد حال حياة الموصي، وهذا الشرط ينطوي تحته أربعة انواع يصح بها الوصية . منها ثلاثة يجري فيها الإرث وهي:

١ ـ الأموال المحوزة للإنسان بكافة أنواعها ، عقارات ومنقولات . مثلية كانت أو قيمية، سواء كانت في يده أو في يد أخرى قائمة مقام يده كالمال الذي تحت يد الوكيل أو المستأجر أو المودع أو المستعير أو

---

(١) ونصها: يشترط في الموصي به:
١ ـ أن يكون مما يجري فيه الإرث أو يصح أن يكون محلا للتعاقد حال حياة الموصي .
٢ ـ أن يكون متقوماً عند الموصي إن كان مالاً .
٣ ـ أن يكون موجوداً عند الوصية في ملك الموصي إن كان معيناً بالذات .

(٢) جاء في البدائع جـ ٧ ص ٣٥٢ : وأما الذي يرجع إلى الموصي به فأنواع منها « أن يكون مالا أو متعلقاً بالمال» وفي ص ٣٥٤ عبارة تكاد تتفق معها عبارة المادة في لفظها ونصها « لأن الوصية إنما تجوز فيما يجري فيه الإرث أو فيما يدخل تحت عقد من العقود في حالة الحياة» .

المرتهن، أو في يد أخرى ظالمة، كالمال المغصوب أو المسروق والممنوع عن مالكه بغير حق.

وإن شئت قلت: الأموال المحوزة حقيقة أو حكما.

٢ ـ الحقوق المالية أو الملحقة بالمال، لأنها تنقلب في نهايتها إلى أموال كحق الشخص في غلة وقف ظهرت ولم يبد صلاحها، أو حقه في الغنيمة التي لم تقسم بعد، والدين الذي في ذمة الغير، وحق الدية. فإن هذه الحقوق تؤول إلى أموال عند فرزها وقبضها.

٣ الحقوق العينية[1] التي ليست في ذاتها أموالاً، ولكنها تقوم بالمال أو تزيد في قيمة العين كحقوق الارتفاق من الشرب والمجرى والمرور والمسيل.

٤ ـ المنافع: وهذه لا يجري فيها الإرث عند الحنفية، ولذلك تبطل العقود الواردة عليها عندهم بموت أحد المتعاقدين. كعقد الإجارة يبطل بموت المؤجر أو المستأجر، ولكن تصح الوصية بها، لأن للإنسان أن يتعاقد عليها في حياته.

وإنما صحت الوصية بما لا يكون محلا للإرث، مع أن الإرث والوصية شبيهان لا يثبت الملك بهما إلا بعد الموت، لأن الإرث خلافة محضة فلا يكون إلا لشيء مملوك للمورث حين الوفاة، أو لحق متعلق بالملك، والأموال

---

(١) أما الحق الشخصي المحض فلا يورث باتفاق الفقهاء: كحق الوظيفة والمتعة بين الزوجين وحق الولاية على النفس وحق الحضانة وغيرها، وهناك نوع من الحقوق له شبهان: شبه بالحق المالي وآخر بالحق الشخصي، وهذا موضع الاجتهاد والنظر، فإن اتفقت الأنظار على تغليب الشبه الشخصي امتنع إرثه. كحق الانتفاع بالسكنى بسبب الإباحة، وإن اتفقت على تغليب الناحية المالية كحق حبس الرهن فإنه يورث اتفاقاً، وإن اختلفت الأنظار في تغليب أي الشبهين كان موضع خلاف، كحق خيار الشرط. فالحنفية غلبوا الناحية الشخصية فمنعوا إرثه، وغيرهم غلب الناحية الأخرى فقالوا إنه يورث. وهكذا.

والحقوق المتعلقة بالمال مملوكة له في هذا الوقت فتورث، أما المنافع فقد ملك منها ما وجد في حياته. وهذه قد انتهت لا وجود لها. لأنها أعراض لا تبقى بعد وجودها، أما ما لم يوجد منها فلم يملكه بعد، فاذا مات كانت غير مملوكة، فلا تنتقل بالإرث، لأن الانتقال فرع الملكية السابقة، وهي غير موجودة لعدم وجود المنفعة المتعلق بها الملك.

أما الوصية فهي تمليك بعقد يقع حال حياة الموصى، ولا يوجد أثره إلا بعد وفاته، فهي في ابتدائها عقد، وفي نهايتها تشبه الخلاقة، فلم تكن كالإرث حتى تقصر على ما يصلح أن يكون ميراثاً، اتسعت دائرتها فصحت به وبما يصح أن يكون محلا للتعاقد حال حياة الموصى، والمنافع يصح التعاقد عليها حال حياته فصحت الوصية بها، خصوصاً إذا لاحظنا أن الوصية مبنية على التوسعة والتيسير، فلا معنى لمنعه من تصرف كان يملكه منجزاً في حياته.

وعلى هذا تصح الوصية بالأموال بأنواعها، وبالحقوق المتعلقة بها لأنها تورث وتصلح أن تكون محلا للتعاقد حال حياة مالكها، كما تصح بالمنافع لصلاحيتها للتعاقد عليها بالإجارة والإعارة حال حياة الموصى، ولا تصح الوصية بما انتفى فيه الأمران معاً كالأموال المباحة غير المملوكة، فإنها لا تورث ولا تصلح للتعاقد عليها.

ولقد جاء بالمذكرة التفسيرية مثال يوضح ذلك فقالت: « فلو أوصى بما تلد أفراسه اقتصرت الوصية على الموجودين من الأولاد حين موت الموصي، لأن ما تلد أفراسه بعد الموت لا يدخل تحت الإرث، ولا يقبل التمليك بعقد في حياة الموصي، ولو أوصى بغلة أرضه دخل في الوصية الغلة التي تكون موجودة حين موت الموصي وبعد موته، لأنها تدخل تحت عقد الإيجار وإن كان الحادث بعد الموت لا يورث.

ومع كون القانون جاء في ظاهره متفقاً مع مذهب الحنفية في هذا الشرط كما صرحت مذكرته التفسيرية، إلا أنه لم يقف عند حدود هذا المذهب في تفسير ما يجري فيه الإرث من حقوق، بل تعداه وجوز الوصية ببعض الحقوق التي لا تورث عندهم، كحق الخلو استناداً لمذهب المالكية.

ولذلك صرحت المذكرة التفسيرية بأنه إذا نص في هذا القانون على وصايا لا يتحقق فيها الضابط المذكور في هذه المادة كان الحكم استثناء مما هنا.

وبهذا لم يغلق الباب أمام ما يجد في المستقبل من أشياء يعتبرها القانون المدني حقوقاً تورث ويصح الوصية بها.

الشرط الثاني: وهو خاص بالموصى به إذا كان مالا. **أن يكون متقوماً في نظر طرفي العقد**[1].

فإذا كان غير متقوم لا تصح الوصية، لأن المال المتقوم هو الذي يكون محلاً للتصرفات، فلو أوصى مسلم بخمر أو خنزير لا يصح، سواء أكانت الوصية لمسلم أو لغير مسلم، لانعدام محل العقد في نظر الموصى.

ولو أوصى بهما غير المسلم فإن كان لمثله صحت الوصية لتقومهما في حق غير المسلمين، وإن كانت الوصية لمسلم لا تصح لعدم تقومهما في حق المسلمين.

الشرط الثالث: وهو خاص بأعيان الأموال دون المنافع. **أن يكون موجوداً في ملك الموصي عند إنشاء الوصية إذا كان معيناً بالذات**[2] كأن يوصي بدار بشير إليها فإنه يشترط وجودها في ملكه حين إنشاء الوصية، لأن لا يتصور الوصية بشيء معين غير موجود.

---

(١) البدائع جـ ٧ ص ٣٥٢.

(٢) المرجع السابق وفيه: وتصح الوصية سواء كان الموصي به موجوداً وقت إنشاء الوصية أو لم يكن موجوداً إلا إذا كان في كلام الموصي ما يقتضي الوجود للحال.

وشرط الوجود في ملك الموصى أحد الرأيين في مذهب الحنفية[1]، فإذا أوصى بشيء غير موجود. كأن يوصي بداره الموجودة في بلد كذا ولا دار له فيها فإنه لا يصح، وإذا أوصى بشيء مملوك لغيره كان باطلاً حتى ولو ملكه بعد الوصية ثم مات لا تصح وصيته السابقة، بل عليه إنشاء وصية جديدة بعد الملك إذا أرادها، فإذا أجاز مالك العين الوصية كانت هبة مبتدأة يراعى فيها شروط الهبة.

وأما إذا كان غير معين بالذات فلا يشترط وجود الموصى به عند إنشاء الوصية، سواء كان شائعاً في بعض المال[2] كالوصية بثلث غنمه، أو شائعاً في كل المال، كالوصية بثلث أمواله، بل الشرط وجوده عند الموت، ويستمر وجوده حتى وقت القبول، لأنه وقت تنفيذها.

وبناء على هذا لو أوصى لشخص بثلث ماله ولا مال له صحت الوصية، ويكون الموصى به ثلث ماله عند الموت بعد أداء الحقوق الأخرى إن وجد له مال، فان لم يوجد له مال بطلت الوصية، وكذلك إذا أوصى بثلث غنمه ولا غنم له حين الوصية صحت ويعتبر الموجود منها عند الوفاة.

---

(١) والرأي الثاني أنها تصح، وتتوقف على الإجازة، فإن أجازها المالك قبل الموت أو بعده نفذت الوصية وإلا بطلت. راجع رد المختار جـ ٥ ص ٨٦٦. وفي حاشية أبي السعود على شرح الكنز لمنلا مسكين: «الوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه ثم مات لا تصح وصيته» وفيها أيضاً: إذا أجاز الغير تلك الوصية كانت هبة مبتدأة تحتاج إلى توفر شروط الهبة».
والشافعية يصححون هذه الوصية مطلقاً على رأي، وبقيد تعليقه على ملكه على رأي آخر. جاء في نهاية المحتاج ج ٧ ص ١٧: «وكذا تصح الوصية بمملوك الغير إن قال: إن ملكته ثم ملكة وإلا فلا كما اعتمده جمع متأخرون. وحكي الرافعي الاتفاق عليه في موضع، لكن الذي في الروضة هنا صحتها وإن لم يقل ذلك.

(٢) خالف القانون مذهب الحنفية في الموصي به الشائع في بعض المال فجعله كالشائع في كل في اشتراط وجوده عند الموت، وهم يجعلونه كالعين بالذات في اشتراط وجوده عند إنشاء الوصية.

واختار القانون هذا الرأي لما فيه من اليسر والسهولة على الموصين، ولأن الوصية في ذاتها مبنية على التساهل.

وأما الوصية بالمنافع فلا يشترط وجودها لا وقت الوصية ولا عند الوفاة لأن المنافع معدومة وقت التكلم، وتوجد شيئاً فشيئاً.

فإذا أوصى بغلة[1] بستانه وليس فيه غلة وقت الوصية ثم مات ولا غلة له موجودة فان الوصية تصح ويكون للموصى له ما يستقبل من غلات البستان ما دام حياً.

والشرط في صحة الوصية بالمنفعة هو كونها من المنافع المباحة باتفاق الفقهاء.

ويشترط لنفاذ الوصية في الموصى به: **أن يكون في حدود ثلث التركة إذا كان للموصى وارث.**

فإن لم يكن له وارث لا يشترط هذا الشرط، بل تنفذ الوصية في جميع المال،وإن كان له وارث وأوصى بأكثر من الثلث توقفت الوصية فيما زاد عنه على إجازة الورثة، إن أجازوها نفذت، وإن لم يجيزوها بطلت... وإنما توقفت لأنها تصرف فيما يتعلق به حق للغير وهو الثلثان، فيتوقف على إجازة أصحاب الحق وهم الورثة، فإذا لم يكن له وارث انعدم المانع من النفاذ.

والقانون عرض لهذا الشرط في مادته السابعة والثلاثين[2] فبين أن الوصية لا تنفذ فيما زاد على الثلث إلا بإجازة الورثة بعد وفاة الموصى،لأنه الوقت الذي

---

(١) الغلة كل ما يحصل من ريع الأرض وكرائها «أجرتها» ونحو ذلك. الدر المختار مع حواشي ابن عابدين حـ ٥ ص ٦٨١ وما بعدها.

(٢) ونصها «تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره، ولا تنفذ في الزيادة الا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه».

يثبت فيه حقهم في التركة، وبشرط أن تتوفر فيهم شروط الإجازة المعتبرة بأن يكونوا من أهل التبرع قانوناً مع علمهم بالوصايا التي يجيزونها.

تلك هي شروط الموصى به التي جاء بها القانون لتصح الوصية وتنفذ.

ومنها عرفنا أن الوصية لها مقدار محدد تنفذ فيه من غير توقف، فإذا زادت عنه توقفت فيما زاد على إجازة الورثة أصحاب الحق في ثلثي التركة إن وجدوا. فالمسألة إذاً فيها تقدير ومقدار، وتجاوز لهذا المقدار يكون معه إجازة ورد

فمن الذي يملك تلك الإجازة، ومتى تصح، وما الحكم فيما إذا أجاز بعض الورثة ورد الآخرون، وما هو الوقت الذي تقدر فيه التركة.

كل هذه أمور تتطلب البيان فنقول:

مقدار الوصية

لا خلاف بين الفقهاء ـ إلا من شذ ـ في أن الوصية النافذة التي لا تتوقف على إجازة أحد هي التي تكون في حدود ثلث تركة الموصي، لان القرآن وان جاء بها مطلقة فالسنة المشهورة قيدتها بالثلث في حديث سعد بن أبي وقاص: «الثلث والثلث كثير» وما في معناه من الأحاديث.

ومن تمسك بإطلاق القرآن «من بعد وصية» وذهب إلى عدم تقييد الوصية النافذة بالثلث فأجازها بالنصف أو بأكثر منه أو بكل المال حتى ولو كان له وارث كبعض الشيعة الإمامية والأباضية رد الفقهاء قوله وحكموا عليه بالشذوذ لتغاضيه عن السنة المشهورة التي قيدت ما أطلقه القرآن.

وعلى الرأي المعول عليه إذا وقعت الوصية في حدود ثلث التركة بعد وفاء الديون نفذت من غير حاجة إلى إجازة، لأنها تصرف في خالص حق الموصي لم يتعلق به حق لغيره حتى تتوقف على رضاه لحديث: «إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم فضعوه حيث شئتم».

وإذا وقعت بما زاد على الثلث فللفقهاء فيها رأيان: رأي يقول: إنها تقع باطلة لا فرق بين أن يكون له وارث أو لا، لأن رسول الله نهى سعداً عنها، والنهي المطلق يفيد التحريم، وهو بدوره يقتضي بطلان المنهى عنه[1].

ورأي آخر يقرر أنها تقع صحيحة موقوفة على إجازة الورثة.

أما صحتها فلأنها تصرف صدر من أهله في محله، فالشخص يتصرف في ماله المملوك له. فيقع صحيحاً كسائر تصرفاته من بيع وهبة وغيرهما.

وأما توقفها فمراعاة لحق الورثة المتعلق بهذا القدر. فيترك أمرها إليهم إن أجازوها نفذت. لأن المانع زال بتنازلهم عن حقهم.. وإن ردوها بطلت.

هذا إن كان له ورثة من الأشخاص. أما إذا لم يكن وارث منهم. وكان مآل تركته إلى بيت مال المسلمين « الخزانة العامة » فإنها تقع باطلة عند من يرى أن بيت المال وارث من لا وارث له، لأنه لا يملك أحد إجازة هذه الوصية حتى الحاكم نفسه. لما فيها من إلحاق الضرر ببيت المال، وإلى هذا ذهب المالكية والشافعية، جاء في تحفة المحتاج جـ ٧ ص ٢١ : « فإن رد الوارث الخاص المطلق التصرف الزيادة بطلت في الزائد إجماعاً لأنه حقه، فإن كان عاماً بطلت ابتداء من غير رد، لأن الحق للمسلمين فلا مجيز».

ومن يرى أنه غير وارث يذهب إلى نفاذ هذه الوصية، لأن حق الموصى له بكل المال مقدم عليه، وهو مذهب الحنفية وأحد القولين عند الحنابلة.

---

(١) أصحاب هذا الرأي مختلفون فيما إذا كان للموصي وارث في هذه الحالة، وأجاز تلك الوصية الباطلة. فيرى بعضهم أنه لا أثر لهذه الإجازة، لأن الباطل لا ينقلب صحيحاً فلا يترتب عليها أي أثر، فوجودها وعدمها سواء.

ومنهم من يرى أنها تصرف مستقل من الوارث في خالص حقه فلا يرجع به إلى ما سبق من تصرفات، بل تجعل ابتداء عطية من الوارث. ويثبت بها الملك للموصي له متى توفر شروط العطية من قبول جديد وحيازة. الخ.

وبهذا الرأي أخذ القانون، كما جاء في المادةالسابعة والثلاثين[1].

والخلاصة: أن الشخص إذا أوصى بما يساوي ثلث ماله صحت وصيته ونفذت، سواء كان له وارث أو لا، وإذا أوصى بأكثر منه ولم يكن له وارث من الأشخاص نفذت كذلك، وإن كان له وارث من الأشخاص توقفت فيما زاد عن الثلث على إجازته. إن أجازها نفذت، وإن ردها بطلت، سواء كان الوارث واحداً أو متعدداً.

وإذا أجاز بعض الورثة ورد البعض نفذت في حق من أجاز ما دام من أهل الإجازة، وبطلت في حق من ردها.

فإذا أردنا معرفة نصيب كل منهم نقسم التركة تقسيمين، تقسيم على فرض الإجازة وآخر على فرض عدمها، فمن أجاز الوصية أخذ نصيبه على الفرض الأول، ومن لم يجزها يأخذ نصيبه على الفرض الثاني.

فلو كان الشخص يملك مائة وثمانين فداناً وأوصى منها باثنين وسبعين فداناً وتوفي وله ولدان وبنتان. ثم أجاز الوصية الزائدة أحد الولدين وإحدى البنتين، وردها الآخران فإننا نقسم التركة تقسيمين على فرضين.

التقسيم الأول على فرض إجازة الكل يعطى للموصى لهم ٧٢ فداناً، وكل ولد ٣٦ فداناً، وكل بنت ١٨ ف.

التقسيم الثاني على فرض عدم الإجازة يخص الوصية ثلث التركة فقط وهو ٦٠ فداناً، وكل ولد ٤٠ ف، وكل بنت ٢٠ ف.

---

(١) ونصها «تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة وتصح بما زاد على الثلث ولا تنفذ في الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكانوا عالمين بما يجيزونه.
وتنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه من غير توقف على إجازة الخزانة العامة».

وعلى هذا توزع التركة كالآتي: يعطى للولد الذي رد الوصية ٤٠ ف، وللذي أجازها ٣٦ ف، وللبنت التي ردتها ٢٠ فداناً، والتي أجازتها ١٨ فداناً، ويكون مقدار الوصية ٦٦ فداناً.

وإذا توقف الملك للموصى له فيما زاد على إجازة الورثة فهذه الإجازة لا تعتبر إلا إذا توفرت فيها شروط ثلاثة. اتفق الفقهاء على بعضها، واختلفوا في بعضها الآخر.

أولاها: أن تكون بعد[1] موت الموصى، فلا عبرة بما يصدر منهم من الإجازة أو الرد حال حياته، فلو أجاز الوارث الوصية قبل وفاة الموصي كان له حق الرد بعد وفاته، ولا تلزمه الإجازة السابقة بشيء. وكذلك في الرد، لأن حق الوارث في المال لا يتقرر إلا بعد الوفاة، أما قبلها فلا علاقة له بذلك المال حيث لا يعلم من سيكون وارثاً، ومن لا يكون، فتكون إجازتهم إسقاطاً لحق لم يثبت لهم بعد، فلا يلزمهم، كما لو أسقط الشفيع حقه في الشفعة قبل ثبوته، والمرأة مهرها قبل عقد الزواج.

ثانيها: أن يكون المجيز أهلاً للتبرع. وهو البالغ العاقل الرشيد، لأنها إما تمليك بدون عوض كما يرى البعض، أو تنازل عن حق مالي، وهو ضرب من التبرع، كما يرى آخرون، وكل منهما ضرر محض، فلا يملكه إلا الرشيد الذي له كامل الحرية في تصرفاته.

---

(١) ومن الفقهاء من يرى أن الإجازة تصح حال حياة الموصي كما تصح بعدها فيلزم الوارث بعد موت الموصي بما صدر منه من إجازة أو رد، وهناك رأي ثالث وسط بين الرأيين، وهو أنه إذا كانت الإجازة في صحة الموصي لا تقيد صاحبها، فله الرجوع عنها، وإن كانت في مرض موته لزمته وليس له الرجوع عنها بعد وفاة الموصي وهو مذهب مالك.
راجع المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ١٤، وتحفة المحتاج بشرح المنهاج جـ ٧ ص ١٤، والمبسوط جـ ٢٧ ص ١٤٧.

وعلى هذا لا تصح إجازة الصبي والمجنون والمعتوه والمحجور عليه بسبب السفه أو الغفلة. كما لا تصح من أوليائهم. لأن تصرفاتهم منوطة بمصلحة من في ولايتهم.

ثالثها: أن يكون المجيز عالماً بما يجيزه. فإذا كان للموصي وصايا كثيرة والوارث لا يعرف حقيقتها، ثم أجازها لا تعتبر هذه الإجازة، لأنها إما تمليك منه، أو إسقاط لحقه، وكلاهما لا يصح إلا لشيء معلوم[1].

والقانون أخذ بهذه الشروط الثلاثة.

وأخيراً يشترط لنفاذ هذه الإجازة، ألا يكون المجيز مريضاً مرض الموت فلو أجازها وهو مريض لا تنفذ إجازته إلا في حدود ثلث تركته هو، وتتوقف فيما زاد على إجازة ورثته المتوفر فيهم الشروط السابقة.

وإذا أجاز الورثة الوصية بما زاد على الثلث إجازة صحيحة ملك الموصى له تلك الزيادة بلا خلاف بين جمهور الفقهاء، ولكنهم مختلفون في سبب هذا الملك.

فقيل هو وصية الموصي، وإجازة الورثة ما هي إلا تنفيذ لفعل الموصي السابق الذي صدر في حينه صحيحاً لكنه توقف تنفيذه لتعلق حق الورثة بتلك الزيادة، وهذا التعلق جاء متأخراً عن صدور الفعل، فإذا أجازوا فقد تنازلوا عما لهم من حق الاعتراض والفسخ لحق الميت، فالمنشيء للحق هو الوصية التي حال المانع دون تنفيذها، والاجازة رفعت المانع.

وعلى هذا الرأي لا يحتاج الملك إلى قبض من الموصى لهم، ولا إلى قبول

---

(١) خالف المالكية في هذا الشرط فقالوا: إنه لا يشترط علمه بمقدار ما يجيزه لأنها إما هبة مبتدأة أو كالهبة وهبة المجهول جائزة عندهم.

جديد، بل يكفي قبولهم الأول، ويجبر الورثة على تسليم المال إذا امتنعوا عنه بعد الإجازة.

وقبل هي عطة مبتدأة لا تنفيذ لوصية الموصي، لأنها صدرت باطلة لنهي الرسول عنها، والإجازة لا تقلب الباطل صحيحاً، لأن ملك الورثة ثبت في هذا الجزء بمجرد وفاة الموصي. فإذا أجازوا كان تمليكاً ابتداء، ولا شأن للوصية السابقة فيه.

وعلى هذا الرأي يحتاج الملك في الزيادة إلى قبول جديد، وقبض منهم ليتم ملكهم لها، وإذا امتنع الورثة عن تسليم هذا المال بعد الإجازة لا يجبرون عليه لأن الملك ثابت لهم قبل التسليم، ولا يثبت ملك الموصى لهم فيه إلا بعد قبضهم له[1].

---

(١) كتب الفقهاء في نسبة هذين الرأيين مضطربة، فبينما تنسب كتب الحنفية والمالكية القول بأنها عطية مبتدأة للشافعية حتى ليظن القارىء أنه هو القول الوحيد عندهم أو على الأقل - هو قولهم المشهور. إذ بنا نجد كتب الشافعية تجعل الاجازة تنفيذاً، ثم تحكي قولاً آخر بأنها عطية.

ففي تحفة المحتاج جـ ٧ ص ٢٢ « الإجازة تنفيذ أي إمضاء بتصرف الموصى بالزيادة على الثلث لصحته، وفي قول عطية مبتدأة» وفي ص ٢١ : الأصح إن إجازته تنفيذ لا ابتداء عطية.

وكذلك نجد بعض كتب المالكية تحكي الرأيين عندهم وترجع القول بأنه عطية.

ففي الشرح الكبير جـ ٤ ص ٤٢٧ « وإذا أجاز الورثة كانت عطية ابتداء على القول المشهور لا تنفيذ وصية، وبعد كلام يقول: وفي رأي آخر للمالكية لا تكون ابتداء عطية بل تنفيذ وصية، فلا تحتاج إلى قبول آخر وتوصف الوصية على هذا بأنها صحيحة بخلاف الأول.

وجاء في المنتقى شرح الموطأ جـ ٦ ص ١٥٧ « فإن أوصى الميت بأكثر من الثلث فأجازته الورثة جاز ويكون ذلك تنفيذاً منهم لفعل الموصي، ولم يكن ابتداء عطية منهم للموصى له خلافاً للشافعي في قوله: أنها ابتداء عطية الخ.

ويبدو لي رجحان القول الأول لسلامة دليله وقوته، **وبه أخذ القانون**، وعبارته « وتصح بما زاد على الثلث ولا تنفذ في الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكانوا عالمين بما يجيزونه ».

ولو كان يعتبرها هبة مبتدأة لشرط في ثبوت الملك فيها وجود العقد الرسمي فيما إذا كان الموصى به عقاراً، والقبض فيما إذا كان منقولاً. كما شرطه القانون المدني في الملك بالهبة.

وقت تقدير الثلث

وإذا كانت الوصية لا تنفذ بدون توقف على الإجازة إلا في ثلث المال فما هو الوقت الذي يقدر فيه المال حتى يعلم مقدار الوصية النافذة؟.

الفقهاء مختلفون في تعيين ذلك الوقت على آراء.

فقيل: إنه يوم الوصية فلا عبرة بما يحدث بعدها من زيادة أو نقصان وهذا الرأي منسوب لبعض الشافعية. كما جاء في كتبهم[1].

ووجه أصحاب هذا الرأي ما ذهبوا إليه: بأن الوصية عقد والعقود تعتبر بأولها. وبأنه لو نذر أن يتصدق بثلث ماله اعتبر ذلك حال النذر اتفاقاً.

ويرد على ذلك بأن الوصية ليست عقداً من كل وجه، ولذلك لا يعتبر فيها الفورية ولا القبول في كثير من صورها، وبالفرق بين النذر والوصية بأنها يصح الرجوع فيها، والنذر يلزم بمجرد صدوره.

ثم إنه يترتب على هذا الرأي حرمان الورثة من الميراث فيما لو أوصى لشخص بألف جنيه مثلا حينما يملك الآلاف الكثيرة ثم نقص ماله حتى كانت

---

(١) ففي تحفة المحتاج جـ ٨ ص ٢٢. وقيل يوم الوصية فلا عبرة بما يحدث بعدها.

قيمته عند الموت ألفاً أو أقل منه فإن الموصى له يأخذها، ولا يبقى للورثة شيء.

وقيل يعتبر يوم الوفاة سواء قسمت التركة وفرزت الأنصباء في هذا الوقت أو لا، لأن هذا وقت التمليك بالوصية، وفيه تلزم من جانب الموصي، ويثبت الملك للموصى له فيه إلا أنه ملك متوقف على قبوله، ولهذا لو تأخر القبول عن وقت الموت فإنه يثبت الملك بالقبول مستنداً إلى وقت الموت.

وهذا القول هو المشهور للشافعية[1].

وقيل يعتبر يوم القسمة وفرز الأنصباء. لأنه الوقت الذي تنفذ فيه الوصية بالفعل، ويستقر فيه الملك. وإلى هذا ذهب الحنفية والمالكية[2] وهو قول للحنابلة.

ونمرة هذا الخلاف تظهر فيما إذا طرأ على التركة تغيير بالزيادة أو النقصان فإن قيمة الموصى به تتأثر بهذا التغيير على الرأي الأخير. فالنقص يلحق جميع المستحقين من موصى لهم وورثة على قدر أنصبائهم، والزيادة تكون لهم كذلك.

فلو أوصى بثلث ماله وكانت قيمة المال عند الوفاة ثلاثة آلاف، وعند

---

(١) المرجع السابق.

(٢) كثير من كتب المالكية يصرح بأن العبرة بيوم التنفيذ. ففي الشرح الكبير جـ ٤ ص ٤٣٧ ويعتبر الزائد عن الثلث يوم التنفيذ لا يوم الموت فإذا أوصى بمائة وهي ثلث ماله يوم الموت وكان ماله يوم التنفيذ مائة وخمسين أعطي خمسين وكذا لو قال: أوصيت له بثلث مالي فالعبرة بما له يوم التنفيذ.

وجاء مثل ذلك في منح الجليل، وحاشية العدوى على الخرشي.

ومن صرح بأن المعتبر يوم الوفاة قيده بوجوب مراعاة يوم التنفيذ ففي شرح الرسالة جـ ٣ ص ٤ المعتبر ثلث المال يوم الموت لأن الموصى له لا يملك الموصى له به إلا بعد موت الموصي لكن لا بد من مراعاة يوم التنفيذ، فإذا كان المال كثيراً يوم الموت بحيث يحمل ثلثه المال الموصي به وطرأ عليه بعد الموت وقبل التنفيذ نحو جائحة حتى قل فلا يلزم إلا ثلث الباقي، ولا فرق بين وصية المرض والصحة ا.هـ»

القسمة ألف وخمسمائة كان مقدار الوصية خمسمائة، ولو كان الأمر بالعكس كانت قيمتها ألفاً.

وعلى الرأي الذي قبله لا تتأثر بواحد منهما فيكون للموصى له ألف في حالة نقص التركة، وخمسمائة في حالة زيادتها. هذا إذا كانت الوصية بسهم شائع كالنصف أو الثلث مثلاً.

أما إذا كانت بعين معينة أو بمال مثلي، ثم زادت زيادة متصلة أو منفصلة ما بين وقت الموت ووقت القسمة. كما إذا أوصى بحيوان فزاد بالسمن، أو ولد فإن زيادته متصلة كانت أو منفصلة ـ تكون للموصى له على القول بأن العبرة بوقت الوفاة لأنه نماء ملكه، ولا تدخل في الحساب عند تقدير الثلث، وعلى الرأي الذي يعتبر وقت القسمة تكون العين موصى بها أصالة، والزيادة موصى بها تبعاً فيحسبان جميعاً في تقدير الثلث.

فلو أوصى لرجل بفرس وكانت قيمتها يوم الوفاة مائة والتركة ثلاثمائة ثم نقصت التركة إلى مائتين، أو ولدت الفرس حتى أصبحت قيمتها مائة وخمسين فإنه على رأي الشافعية تكون الفرس وولدها للموصى له سواء زاد المال أو نقص. وعلى الرأي الثاني تقوم الفرس وحدها أو هي وولدها عند القسمة فإن خرجت تلك القيمة من ثلث التركة في هذا الوقت نفذت، وإن زادت نفذت في مقدار الثلث وتوقفت في الزيادة.

والقانون لم يصرح بأحد الرأيين فهل يكون العمل بالراجح في مذهب الحنفية كما جاء في آخر المذكرة التفسيرية من أنه إذا جد من الحوادث ما لم ينص على حكمه في هذا القانون فإنه يجب الرجوع فيها إلى أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة. كما تقضي بذلك المادة ـ ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١؟.

كان هذا هو الظاهر الذي يسيق إلى الفهم، ولكن البحث في القانون في موضع آخر جعلنا نحكم بأنه يسير مع الشافعية الذين يقررون أن يوم الوفاة هو وقت تقدير الثلث لتلتئم أحكامه ولا تتنافر.

ذلك أنه قرر في مادته الخامسة والعشرين[1] أن الموصى له إذا كان موجوداً وقت الموت استحق الموصى به من حين الموت، وأن زوائد الموصى به المعين تكون للموصى له، ولا تدخل في تقدير الثلث، وأن على الموصى له نفقة الموصى به في تلك المدة.

وهذه الأحكام ـ كما ترى ـ لا تتفق إلا مع القول بأن وقت التقدير هو وقت موت الموصي.

---

(١) ونصها «إذا كان الموصى له موجوداً عند موت الموصي استحق الموصي به من حين الموت ما لم يفد نص الوصية ثبوت الاستحقاق في وقت معين بعد الموت.
وتكون زوائد الموصي به من حين الملك إلى القبول للموصى له، ولا تعتبر وصية وعلى الموصي له نفقة الموصي به في تلك المدة».

الفصل الثاني
في أنواع الموصى به

وفيه مباحث

المبحث الأول
في
الوصية بالمال

تصح الوصية بالمال معلوماً كان أو مجهولاً فتجوز بعين بذاتها، أو بجزء منها أو بنوع من المال « أو بجزء شائع في هذا النوع، أو بجزء شائع في هذا المال كله.

أثر جهالة الموصى به في الوصية

الوصية في أصلها تبرع مشروع ليتدارك الإنسان بها ما فاته من واجبات أو ليصل بها من يريد، وهي في الغالب تقع في وقت متأخر قريب من الموت لا يتسع لبيان أغراض الموصى. وتوضيحها كما يريد، فتصدر منه وصايا فيها إجمال وإبهام. كأن يقول أوصيت بجزء مالي، أو بسهم منه، أو اجعلوا جزءاً من أموالي صدقة بعد وفاتي، فتؤول الوصية إلى تمليك شيء غير معلوم.

وإذا كان المقرر في العقود أن يكون محلها معلوماً غير مجهول. وأن نوعاً

من الجهالة مفسد للعقود كلها ، وهو الجهالة المفضية إلى النزاع الذي لا يمكن رفعه ،لأن الشارع شرعها لتكون طريقاً لتحقيق مصالح الناس لا لتكون وسيلة إلى النزاع بينهم، وأن بعض العقود لا تحتمل أدنى أنواع الجهالات، وبعضها يحتمل الجهالة اليسيرة دون غيرها .

لكن الوصية لا يضرها جهالة محلها وإن لم تكن يسيرة للضرورة التي أشرنا إليها أول الكلام . كما يرى جمهور الفقهاء، أو لأنها تبرع لا يضر فيه الجهالة، كما يرى فقهاء المالكية . ومع ذلك فإن جهالة الموصى به لا تفضي إلى النزاع مهما بلغت مرتبتها حيث وكل بيان المجهول فيها إلى الموصى في حياته إن تمكن منه . أو إلى طرف واحد وهو الوارث إن وجد، أو ولي الأمر اذا كان مآل مال الميت إلى بيت المال، ولا شأن للموصى له في البيان .

فإذا بين الموصى في حياته كان للموصى له ما بينه من غير توقف على إجازة الورثة ما دام في حدود دلالة الألفاظ، وما يقتضيه العرف، وما يحقق غرض الموصى من إيصال النفع إلى الموصى له، وعلى ذلك إذا بينوا بشيء لا ينفع أصلاً ، و بشيء قليل الفائدة رد عليهم بيانهم، لأن الموصي لم يكن عابثاً حينما أوصى

ولقد ضرب الفقهاء الأمثلة العديدة للوصية بالمجهول، وبينوا المراد منها، واختلف بيانهم تبعاً لاختلاف العرف في تفسير الألفاظ، أو اختلاف الدلالة اللغوية إذا لم يكن عرف، وإليك بعض ما قاله فقهاء الحنفية لأن مذهبهم هو الذي يعمل به في هذه المسائل حيث لم يعرض لها القانون .

قالوا : إذا أوصى بجزء من ماله، أو بشيء منه، أو بحظ أو نصيب منه، أو ببعضه ولم يبين في حياته كان البيان لورثته . فيقال لهم : اعطوه أي قدر من المال بعد أن يكون مفيداً .

وإذا أوصى بسهم[1] من ماله قيل إن البيان إلى الورثة أيضاً بناء على أن السهم كالجزء في عرف الناس يطلقان على القليل والكثير فلا تلزم الورثة بقدر معين.

وقيل إنه يتعين عليهم إعطاء قدر معين وهو أقل أنصباء الورثة[2] بحيث لا يزيد على السدس عند أبي حنيفة، فإن زاد أعطى السدس فقط، وقال صاحباه

---

(١) المالكية يقولون: إذا أوصي بسهم أو بجزء من ماله كان للموصى له سهم من أصل الفريضة فإن كانت من أربعة أعطي ربعها، وإن كانت من ثمانية أعطي ثمنها، وإن كانت عائلة أخذ سهماً منها بعد عولها فإذا كانت من ٢٤ وعالت إلى ٢٧ أخذ جزءا من ٢٧ هذا إذا كان له وارث، فإن لم يكن له وارث أعطي ثمنها على الرأي الراجح عندهم باعتبار أنه أقل سهم فرضه الله تعالى. راجع شرح الخرشي على مختصر خليل جـ ٥ ص ٤٢٩.

(٢) جاء في الفتاوى الهندية جـ ٦ ص ٩٨، ٩٩ ولو أوصي بسهم من ماله أو بجزء من ماله قيل للورثة: أعطوه ما شئتم، وهذا الذي ذكرنا اختيار المشايخ بناء على ما عرفنا من أن السهم كالجزء، وأما أصل الرواية فبخلافه، فذكر في المبسوط: إذا أوصي بسهم لرجل من ماله فله أخس مثل سهام الورثة إلا أن يكون أقل من السدس فحينئذ يعطي السدس فعلى رواية الأصل جوز أو حنيفة رحمه الله تعالى النقصان عن السدس ولم يجوز الزيادة على السدس، وعلى رواية الجامع الصغير جوز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس، وقالا يعطي للموصى له أخس سهام الورثة إلا أن يزيد على الثلث فحينئذ له الثلث كذا في الكافي، ولو أوصي لرجل بسهم من ماله ثم مات ولا وارث له فله النصف لأن بيت المال بمنزلة الابن فصار كأن له ابنين فيكون بينهما مناصفة. كذا في محيط السرخسي.

وفي البدائع جـ ٧ ص ٣٥٦ ولو أوصي بسهم من ماله فله أخس الأنصباء يزاد على الفريضة ما لم يزد على السدس عند أبي حنيفة، وعندهما. ما لم يزد على الثلث كذا ذكر في الأصل.

وذكر في الجامع الصغير له مثل نصيب أحد الورثة ولا يزاد على السدس عند أبي حنيفة. وعندهما لا يزاد على الثلث. فعلى رواية الأصل يجوز النقصان عن السدس عنده وعلى رواية الجامع الصغير لا يجوز.

وبيان هذه الجملة. إذا مات الموصي وترك زوجة وابنا فللموصي له على رواية الأصل أخس سهام الورثة وهو الثمن يزاد على ثمانية أسهم سهم آخر فيصير تسعة فيعطي تسع المال. وعلى رواية الجامع الصغير يعطي السدس لأنه أخس سهام الورثة.

ولو ترك زوجة وأخا لأب وأم أو لاب فللموصي له السدس عنده لأن أخس سهام الورثة هنا الربع، وهو لا يجوز الزيادة على السدس، وعندهما الربع لأنه أقل سهام الورثة، وأنه أقل من الثلث فزاد على أربعة مثل ربعها وذلك سهم وهو خمس المال. =

يعطي أقل سهام الورثة بحيث لا يزيد على الثلث، فإن زاد أعطى الثلث فقط. وهذا إذا لم يكن عرف شائع فيه. فإن وجد عرف كان العمل به، وإنما قالوا يعطي مثل أقل سهام الورثة. لأن لفظ السهم يطلق على القليل والكثير، فإذا لم يكن عرف يحدد المراد منه حمل على أقل نصباء لأنه المتيقن، وما زاد مشكوك فيه.

وإذا لم يكن للموصي ورثة، ولم يبين في حياته السهم الذي أوصى به كان للموصى له نصف المال، ولبيت المال النصف الآخر، ومثله في ذلك الوصية بالجزء، لأن الموصي بهذه العبارة جعل الموصى له شريكاً لبيت المال، والشركة تقتضي المساواة. فيحمل عليها اللفظ تحقيقاً للمساواة بينهما، وإن كان اللفظان يطلقان على القليل والكثير.

وإذا أوصى بشيء من ماله أو بقليل منه فإن ولي الأمر يعطيه ما لا يصل إلى النصف حيث إن اللفظ لا يدل على النصف.

والقانون وإن لم يصرح بجواز الوصية بالمجهول إلا أنه أقر المبدأ لما جوز الوصية بما فيه جهالة كالوصية بنصيب أحد الورثة، أو بمثل نصيب وارث معين وهو ـ لا شك ـ مجهول وقت الإيصاء.

= ثم قال: وجه قولها أن السهم اسم لنصيب مطلق ليس له حد مقدر، بل يقع على القليل والكثير كاسم الجزء إلا أنه لا يسمى سهماً إلا بعد القسمة، فيقدر بواحد من أنصباء الورثة والأقل متيقن فيقدر به إلا إذا كان يزيد ذلك على الثلث فيرد إلى الثلث لأن الوصية لا جواز لها بأكثر من الثلث من غير إجازة الورثة.

ولأبي حنيفة ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه سئل عن رجل أوصي بسهم من ماله فقال: له السدس. والظاهر أن الصحابة رضي الله عنهم بلغتهم فتواه ولم ينقل أنه أنكر عليه أحد فيكون إجماعاً، وروي عن إياس بن معاوية أنه قال: السهم في كلام العرب السدس إلا أنه يستعمل أيضاً في احد سهام الورثة والأقل متيقن به فيصرف إليه، فإن كان أقل منه لا يبلغ به السدس، لأنه يحتمل أنه أراد السدس ويحتمل أنه أراد به مطلق سهم من سهام الورثة فلا يزاد على أقل سهامهم بالشك والاحتمال ا هـ.

الوصية بمثل نصيب وارث من الورثة

من صور الوصية بالمجهول التي بين الفقهاء حكمها، وأتى بها القانون في صراحة الوصية بمثل نصيب أحد الورثة.

والفقهاء متفقون على جواز الوصية بمثل نصيب أحد الورثة معيناً بذاته أو غير معين، واختلفوا بعد ذلك في موضعين:

أولهما: في جواز الوصية بنصيب أحد الورثة.

فأبو حنيفة وصاحباه يذهبون إلى عدم جواز هذه الوصية، لأنها إيصاء بمال الغير حيث إن نصيب الوارث هو ما يخصه بعد الموت، بخلاف الإيصاء بمثل نصيبه لأن مثل الشيء غيره[1].

وذهب الأئمة الآخرون ومعهم زفر من الحنفية إلى صحة تلك الوصية، لأن المقصود بقوله «أوصيت لهذا بنصيب ابني مثلا» التقدر لا الإيصاء بنفس النصيب، والكلام على حذف مضاف، وتقديره أوصيت بمثل نصيب ابني وبهذا الرأي أخذ القانون.

ثانيهما: في تقدير هذه الوصية بعد صحتها. فالمالكية[2] يقولون: إنه يأخذ نصيبه من أصل المال غير مزيد، فلو أوصى لشخص بمثل نصيب ابنه، وكان له ابنان كان مقدار الوصية نصف المال، ولو كان له ثلاثة أبناء كان مقدارها ثلث المال، ويقسم الباقي بين الورثة، وهذا هو مقتضى القياس كما يقول صاحب تبيين الحقائق من الحنفية، لأن نصيب الابن قبل الوصية من أصل

---

(١) تبيين الحقائق جـ ٦ ص ١٨٨، المبسوط جـ ٢٧ ص ١٤٧.

(٢) راجع الشرح الكبير جـ ٤ ص ٤٤٦، وشرح الخرشي على مختصر خليل جـ ٥ ص ٤٢٩ ويلاحظ أن المالكية يوافقون الجمهور فيما إذا قال: اجعلوه وارثاً مع ابني، أو اجعلوه في عداد الورثة، أو انزلوه منزلة ابني. أو ألحقوه به أو ما شابه ذلك.

المال، وهو التصف في الصورة الأولى. والثلث في الصورة الثانية.

ويوافق المالكية في هذا من الفقهاء ابن أبي ليلى، وزفر من الحنفية، وداود الظاهري.

وذهب الجمهور[1] إلى أنه يستحق مثل نصيب الوارث مزيداً على أصل المال بمعنى أنه يقسم المال على الورثة الموجودين. وبعد معرفة سهام كل واحد يزاد مثل سهام ذلك الوارث على أصل التركة، ثم يعطي للموصى له تلك السهام من التركة بعد الزيادة.

فلو أوصى بمثل نصيب ابنه وكان له ابنان. فإنه تقسم التركة على اثنين فتكون سهامها اثنين يزاد عليها سهم. فتصير السهام ثلاثة، يعطى للموصى له سهم منها وهو الثلث.

وفي الصورة الثانية يكون للموصى له ربع التركة. لأن سهامها تصير أربعة لأنه في هذه الوصية جعل نصيب ابنه معياراً لما أوجب الوصية فيه، وجعل وصيته بمثل ذلك. وهذا يقتضي ألا يزيد أحدهما على الآخر، فإذا أعطى الموصى له نصيبه من أصل المال لم يكن هذا إعطاء لمثل نصيب ابنه. وانتفت التسوية بينهما، مع أن العبارة تفيد التسوية والموصى قصدها.

وإذا أوصى بمثل نصيب أحد ورثته غير معين: وتوفي وترك ورثة مختلفين في الأنصباء، فعند المالكية يحاسبهم بجزء على عدد رؤوسهم، فإذا كان له ولدان وبنت كان للموصى له ثلث المال، والباقي يقسم بين الورثة.

والجمهور يذهبون إلى أنه يستحق مثل نصيب أقلهم مزاداً على سهام الفريضة.

---

(١) راجع المبسوط وتبيين الحقائق للزيلعي، والمغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٣٢.

ففي المثال السابق يقسم المال بين الولدين والبنت فتكون السهام خمسة يكون للموصى له مثل نصيب البنت. وهو سهم واحد يزاد على أصل التركة فتصير مجموع السهام ستة. فيأخذ الموصى له سدس التركة، وإنما استحق مثل نصيب أقلهم. لأن العبارة تحتمل أنه أراد مثل نصيب أكثرهم. أو مثل نصيب أقلهم. ولما كان الأقل هو المتيقن وما زاد عنه مشكوك فيه فلا تثبت الزيادة مع الشك.

هذا إجمال لآراء الفقهاء. والقانون بعد أن جوز هذا النوع من الوصية لم يفرق بين ما إذا كانت بنصيب أحد الورثة. أو بمثل نصيبه. وجعل له مثل نصيب الوارث المعين، أو نصيب أحدهم في غير المعين عند التساوي ونصيب أقلهم عند اختلاف الأنصباء مزاداً على سهام الفريضة لا من أصلها.

جاء بيان ذلك في المواد ٤٠، ٤١، ٤٢[1].

وتفصيل ذلك. أن الوارث الموضي بمثل نصيبه إما أن يكون معيناً. كأن يقول: أوصيت لفلان بمثل نصيب ابني. أو غير معين: كأن يقول: أوصيت له بمثل نصيب أحد الورثة، وفي هذا الحالة إما أن يكون أنصباء ورثته متساوية كأن يكون كلهم أبناء أو بنات أو أخوة من نوع واحد، أو تكون الأنصباء

---

(١) ونصها مادة ـ ٤٠ ـ «إذا كانت الوصية بمثل نصيب وارث معين من ورثة الموصي استحق الموصى له قدر نصيب هذا الوارث زائداً على الفريضلا».

مادة ـ ٤١ ـ «إذا كانت الوصية بنصيب وارث غير معين من ورثة الموصي، أو بمثل نصيبه استحق الموصى له نصيب أحدهم زائداً على الفريضة إن كان الورثة متساويين في الميراث، وقدر نصيب أقلهم ميراثاً زائداً على الفريضة إن كانوا متفاضلين».

مادة ـ ٤٢ ـ «إذا كانت الوصية بسهم شائع في التركة، ونصيب أحد ورثة الموصي أو بمثل نصيبه: سواء أعين الموصي الوارث أم لم يعينه قدرت حصة الروصى له بنصيب الوارث على اعتبار أنه لا وصية غيرها، ويقسم الثلث بينهما بالمحاصة إذا ضاق عن الوصيتين».

وإذا كانت الوصية بقدر محدد من النقود، أو بعين من أعيان التركة بدل السهم الشائع قدر الموصي به بما يساويه من سهام التركة».

مختلفة . كأن يكون الورثة خليطاً من الذكور والإناث، وفي كل الصور إما أن يكون مع تلك الوصية وصية أخرى بسهم شائع من التركة، أو بعين بذاتها أو بمقدار معين من المال. أو لا يكون معها غيرها، وفي حالة الوصية بنصيب وارث معين قد يكون ذلك الوارث موجوداً، وقد لا يكون موجوداً، بل يفرضه الموصى فرضاً حين الوصية، ولا يكون له وجود بعد وفاته. كأن يقول: **أوصيت لفلان بمثل نصيب ابن لو كان**.

هذه صور مختلفة لهذا النوع من الوصية عرض القانون لبيان أحكامها وكيفية تقديرها ما عدا الصورة الأخيرة فإنه تركها، بل إنها حذفت بعد أن كانت في مشروع القانون بدليل أن المذكرة التفسيرية تكلمت عليها وبينت حكمها. وإليك توضيح هذه الصور.

الصورة الأولى.

أوصى بنصيب وارث معين موجود عند وفاته. كما لو أوصى بمثل نصيب بنته أو أخته مثلاً، وكان له عند وفاته بنت أو أخت وارثة، وفي هذه الصورة يستحق الموصى له مثل سهام البنت أو الأخت.

ولبيان مقدار الوصية تقسم التركة على الورثة الموجودين، وبعد معرفة سهام كل وارث يزاد على مجموع السهام مثل سهام الوارث الموصي بمثل نصيبه، ثم تقسم التركة، وإن زاد عليه توقف الزائد على إجازة الورثة.

فلو أوصى لأخته بمثل نصيب ابنته ومات عن بنت وابن، وترك ٦٠ فداناً فان التركة تقسم أولا بين الإبن والبنت إلى سهام ثلاثة، للبنت واحد منها، ثم يزاد سهم على أصلها فتصير السهام أربعة تقسم التركة عليها، فيخص الأخت الموصى لها ١٥ فداناً، وهي أقل من الثلث، والباقي يقسم بين الابن والبنت.

ولو أوصى لأخيه في المثال السابق بمثل نصيب ابنه، فإن مقدار الوصية

سهمان من خمسة وهو أكثر من الثلث فيتوقف في الزيادة على إجازة الورثة فتنفذ في عشرين فداناً، وتتوقف في أربعة على الأجازة،فإن أجازها الإبن والبنت معاً نفذت، وقسم الباقي بينهما بالميراث، وإن رداها بطلت، وإن أجازها أحدهما فقط نفذت في حق المجيز دون الآخر كما عرف فيما سبق، جاء حكم هذه الصورة في المادة ٤٠ .

هذا هو حكم الوصية بمثل نصيب وارث معين موجود، أما إذا كان الوارث الموصي بمثل نصيبه غير موجود بل فرض وجوده. مثل أن يوصي لشخص بنصيب ابنه،أو بمثل نصيبه لو كان فلم يعرض لها القانون، ولكن المذكرة لتفسيرية عرضت لهذه الصورة. وبينت حكمها. ثم صرحت بأنه مأخوذ من مذهب المالكية، وهذا يدل على أنها كانت في مشروع القانون الأول. ثم حذفت منه عند مناقشته. فقد جاء فيها ما نصه.

« إذا كانت الوصية بمثل نصيب أحد الورثة وبين الموصى الوارث. بأن أوصى بنصيب إبنه. أو بمثل نصيب إبنه. أو بنصيب ابن له لو كان. أو بمثل نصيب ابن له لو كان. سواء أكان له ابن أم لم يكن فانه يفرض ابن يزاد سهمه على سهام فريضة التركة. ويكون نصيبه للموصى له. والباقي للورثة يقسم بينهم حسب فرائضهم.

وإذا كان من أوصى بنصيبه أو بمثل نصيبه لو فرض موجوداً يحجب غيره من الورثة حجب حرمان. أو حجب نقصان فإن الفريضة تصحح بالنسبة لغير المحجوب. ثم يزاد عليه سهم للموصى له. كما لو ترك الميت أخا وبنتاً وأوصى لرجل بنصيب ابن لو كان اعتبرت التركة سهماً واحداً للبنت يزاد عليه سهمان للابن الموصى بنصيبه فيكون له ثلثا التركة إن أجاز الأخ والبنت، وإلا كان له الثلث، والباقي بعد الوصية يقسم بين الأخ والبنت قسمة الميراث مادة ـ

٤٠ ـ وبعد كلام تقول: والأحكام في المادة ٤٠ مأخوذة من مذهب الحنفية إلا في الوصية بمثل نصيب ابن لو كان ولم يكن له ولد فالحكم من مذهب مالك».

هذا ما جاء بالمذكرة التفسيرية بصدد بيان مسألة الوصية بنصيب وارث مفروض وجوده وليس موجوداً بالفعل. فهل يكون العمل فيها ـ بعد أن لم ينص القانون عليها ـ بمذهب المالكية كما جاء بتلك المذكرة؟ مع أننا نعلم أن مهمة المذكرات التفسيرية ليست مهمة تشريعية. بل هي موضحة ومفسرة لمشروعات القوانين، فما جاء فيها لا يعتبر تشريعاً إلا إذا صدر القانون وفق ما فيها، أما إذا أتى بما يخالفها، أو أهمل جزءاً مما تعرضت له فإنه لا يعول على ذلك الجزء.

إن الأصل المقرر هو الرجوع إلى مذهب الحنفية في كل ما لم ينص القانون عليه، ويعمل بالراجح فيه ما لم يكن مخالفاً لما في القانون من أحكام.

وبالرجوع إلى مذهب الحنفية نجده لا يخالف القانون في شيء من أحكامه لأنه وإن خالف ما أخذ به القانون في الوصية بنصيب وارث معين موجود حيث أبطلها» والقانون صححها ولم يفرق بينها وبين الوصية بمثل نصيب دلك الوارث إلا أنه في هذه المسألة قد سوى بين الصورتين، وأجاز الوصية بنصيب وارث معين غير موجود[1].

---

(١) جاء في الفتاوى الهندية جـ ٦ ص ٩٩ فإن أوصى له بنصيب ابنه أو ابنته وله ابن أو بنت فإنه لا تصح الوصية، ولو أوصى له بنصيب ابنه أو ابنته وليس له ابن وبنت فإنه تجوز الوصية». ا هـ.

ومن هنا لا يظهر وجه لما جاء بالمذكرة التفسيرية من التصريح بأن هذا مأخوذ من مذهب مالك، لأن واضع المذكرة إن أراد أن المالكية هم الذين سووا بين العبارتين.

الوصية بنصيب الوارث أو بمثل نصيبه» وصححوا الوصية في الصورتين، والحنفية لم يصححوا إلا الوصية بمثل نصيب الوارث. إن أراد ذلك فهاهم الحنفية قد صححوها في هذه=

كما أجازها بمثل نصيبه، وفرض له سهاماً مزادة على أصل التركة كما سار عليه القانون في الوصية بنصيب الوارث بوجه عام، وحينئذ يتعين العمل بهذا المذهب في هذه المسألة.

وسبب التفرقة عندهم بين الوضية بنصيب وارث موجود، والوصية بنصيب وارث غير موجود حيث أبطلوها في الأولى، وصححوها في الثانية. أن الوصية في الأولى وصية بحق الغير فتبطل، بخلاف الثانية، لأن الوارث مفروض وجوده، فهو غير موجود ولا حق له، فالوصية بنصيبه ليست إيصاء بحق الغير فتصح.

والمقرر عندهم في هذا الموضع أن التركة تقسم على الورثة الموجودين كي تعرف سهام كل وارث، وعلى ضوئها تعرف سهام الوارث المفروض الموصى بنصيبه أو بمثل نصيبه، ثم تضاف مثل سهام ذلك الوارث على أصل الفريضة، ثم تعطى للموصى له إن خرجت من الثلث من غير توقف. فإن زادت توقفت في الزيادة على إجازة الورثة. وإن كان الوارث المفروض يحجب بعض الورثة الموجودين حجب حرمان أو حجب نقصان لو كان موجوداً فرض وجوده ليتم الحجب فتوزع التركة بينهم على هذا الأساس.

ولا فرق بين الوصية بنصيب الوارث المفروض والوصية بمثل نصيبه في الأحكام إلا في مقدار الوصية الذي يختلف تبعاً لاختلاف الورثة الذي تقسم بينهم التركة في الحالتين[1].

= الصورة بالعبارتين لعدم وجود المانع، وإن أراد أنه يتبع مذهب المالكية في كيفية تقدير الوصية فلا وجه له، لأن التشريع يضطرب. حيث إن المالكية في تقدير الوصية يجعلون سهام الموصى له من أصل المال، والقانون اختار أن تكون مزادة عليه. أي يأخذها من الفريضة بعد الزيادة، وعلى هذا لا يكون للاحالة على مذهب مالك وجه حتى ولو صدر التشريع بهذه المسألة لأن في مذهب الحنفية وفاء بها، والأخذ به لا تضطرب معه أحكام القانون».

(١) جاء في الفتاوى الهندية حـ ٦ ص ٩٩، ص ١٠٠ ما نصه «ولو أوصى بنصيب ابن لوكان

ففي صورة الوصية بنصيب ابن لو كان تقسم التركة على الورثة الموجودين بالفعل دون أن يكون معهم الابن، ثم تضاف مثل سهامه بعد معرفتها، وفي الوصية بمثل نصيب ابنه تقسم التركة على الورثة الموجودين ومعهم ذلك الابن ثم تضاف مثل سهامه على أصل الفريضة.

وسبب هذه التفرقة اختلاف العبارتين في الدلالة. فعبارة مثل نصيب ابنه تقتضي وجود نصيب للابن، ومثل ذلك النصيب، لأن مثل الشيء غيره فلا بد من فرض نصيب للابن مع الورثة في أصل التركة وزيادة مثل هذا النصيب عليها بخلاف عبارة نصيب ابنه. فإنها لا تقتضي إلا وجود نصيب واحد للابن.

توضيح ذلك بالأمثلة:

= فالجواب فيه كالجواب فيما أوصى له بمثل نصيب ابنه يعطي نصف المال أن أجازت الورثة ولو أوصى له بمثل نصيب ابن لو كان يعطي له ثلث المال كذا في شرح الطحاوي وقال محمد رحمه الله: رجعل هلك وترك أما وابناً وأوصى لرجعل بنصيب بنت لو كانت، فالوصية من سبعة عشر سهماً. للموصى له خمسة. وللأم سهمان، وللابن عشرة، والوجه في ذلك أن تصحح الفريضة أولا، فتقول لولا الوصية لكانت الفريضة من ستة للأم السدس سهم. والباقي للابن خمسة فإذا أوصي بنصيب بنت لو كانت يزاد على الفريضة نصيب بنت، وهو نصف نصيب الابن، فيزاد على أصل الفريضة سهمان ونصف. فصار ثمانية ونصف فوقع الكسر فوجب الضعيف فصار سبعة عشر، وصار لكل ضعف ذلك. يعطي للموصى له أولا خمسة لأن وصيته حصلت بأقل من الثلث فتكون متقدمة على الميراث. بقي ثمة اثنا عشر تعطى الأم السدس سهمان يبقى عشرة. فظهر أنا أعطينا الموصى له بنصيب بنت لو كانت نصف ما أعطيناه للابن فاستقام التخريج.

قال: ولو ترك امرأة وابناً وأوصى بنصيب ابن آخر لو كان. وأجازت الورثة الموصية فالفريضة من خمسة عشر للموصى له سبعة أسهم. وللمرأة سهم. وللابن سبعة والوجه ما ذكرنا غير أن هذه الوصية تحتاج إلى إجازة المورثة.

وإذا هلك الرجل وترك بنتاً وأخاً، وأوصى لرجل بنصيب ابن لو كان فللموصى له ثلثا المال والثلث بين الأخ والبنت نصفان. هذا إذا أجازا وإن لم يجيزا فللموص له الثلث والثلثان بين الأخ والبنت نصفان. ولو أوصى بمثل نصيب ابن لو كان والمسألة بحالها فللموصى له خمسا المال إن أجازا.

قال: وإذا هلك رجل وترك أخاً وأختاً، وأوصى لرجل بنصيب ابن لو كان وأجازا=

إذا وصى بنصيب ابن لو كان، وترك بنتا واحدة، فإن المال كله سهم واحد للبنت، ونصيب الابن على هذا سهمان يزاد على أصل الفريضة فتكون السهام ثلاثة للموصى له سهمان إن أجازت البنت الزيادة. وإلا فيكون سهم واحد وهو الثلث، والباقي في الحالتين للبنت ميراثاً.

وإذا كانت الوصية بمثل نصيب ابن لو كان والمسألة بحالها تقسم التركة بين بنت وابن فتكون السهام ثلاثة يزاد عليها مثل سهام الابن فتصير السهام خمسة يعطى للموصى له سهمان إن أجازت البنت، وإلا فيكون له الثلث فقط.

ولو أوصى لشخص بنصيب ابن لو كان وترك زوجة وأخا لأم. ففي هذا المثال لو كان الابن موجوداً لحجب الأخ لأم حجب حرمان، والزوجة حجب نقصان، فتقسم التركة على هذا الأساس، وسهامها ثمانية وللموصى له سبعة منها يأخذها إذا أجازها الأخ والزوجة، وإن لم يجيزا كان له ثلث المال والباقي يقسم بين الزوجة والأخ لأم، للزوجة ربعه، وللأخ لأم الباقي فرضاً ورداً.

ولو أوصى في المثال السابق لذلك الشخص بمثل نصيب ابن لو كان، كانت السهام خمسةعشر، للموصى له منها سبعة إن أجازها الأخ والزوجة، وإلا كان له خمسة أسهم، والباقي بين الزوجة والأخ لأم على الوجه السابق.

الصورة الثانية: أوصى بمثل نصيب أحد الورثة من غير تعيين.

وفي هذه الصورة تقسم التركة على الورثة الموجودين، وبعد معرفة سهام

فللموصى له جميع المال. ولا شيء للاخ ولا للأخت، ولو أوصي بمثل نصيب ابن لو كان للموصى له نصف المال إن أجازا والنصف الآخر يقسم بين الأخ والأخت أثلاثاً، وإن لم يجيزا فللموصى له ثلث المال. ويقسم الباقي بينهما.

ولو ترك بنتاً وأختاً وأوصى لرجل بنصيب بنت لو كانت كان للموصى له ربع المال أجازتا أولاً.

كل واحد يزاد على مجموع السهام مثل سهام أحد الورثة إذا كانوا متساويين في الأنصباء،أو مثل سهام أقلهم عند عدم التساوي، ثم توزع التركة على ذلك المجموع الجديد بالطريقة السابقة.

مثال ما إذا كانت السهام متساوية، أوصى لابن أخيه بمثل نصيب أحد ورثته،وتوفي عن أب وأم وأربع بنات، وترك ٧٠ فداناً، فإن التركة تقسم على الورثة أولا للأب السدس، وللأم مثله، والباقي بين البنات، الأربع، فالأنصباء متساوية، ومجموع السهام ستة يزاد عليها واحد، فتصير سبعة تقسم التركة عليها، فيأخذ الموصى له سبعها وهو عشرة أفدنة، وكل وارث يأخذ عشرة.

ومثال الأنصباء المختلفة. أوصى لبنت أخيه بمثل نصيب أحد الورثة ومات عن زوجة وجدة وأختين شقيقتين، وأخ لأب، فإن التركة تقسم على الورثة كالآتي، للزوجة الربع، وللجدة السدس، وللأختين الثلثان، ولا يبقى للأخ شيء، والمسألة من ١٢ تعود إلى ١٣. للزوجة ثلاثة أسهم، وللجدة سهمان. وللأختين ثمانية كل واحدة أربعة، فمجموع السهام ١٣ يزاد عليها مثل سهام أقل الورثة، وهو نصيب الجدة، فيصير المجموع ١٥ جاء بيان حكم هذه الصورة في المادة ٤١.

الصورة الثالثة: أوصى بوصيتين إحداهما بمثل نصيب أحد الورثة معيناً كان أو غير معين، والثانية بسهم معلوم من التركة شائع. كالثلث أو الربع أو الخمس مثلاً.

وللفقهاء في استخراج مقدار هذه الوصية طريقتان:

احداهما: انه يقدر نصيب الموصى له بمثل نصيب أحد الورثة بالطريقة السابقة كأنه لا وصية غيرها، بأن تقسم التركة كلها على الورثة، ثم يزاد على

مجموع السهام مثل سهام الوارث المعين، أو مثل سهام أقل الورثة، ويقدر نصيب الموصى له بالنظر إلى هذا المجموع، ثم ينظر إلى الوصيتين معاً فإن خرجتا من الثلث نفذتا من غير توقف على إجازة الورثة، وإلا توقف الزائد على الإجازة، فإذا لم يجز الورثة الزيادة قسم الثلث بينهما بالمحاصة.

فإذا أوصى لابن أخيه بثلث تركته، و لبنت أخيه بمثل نصيب ابنته ومات وترك أما وبنتين وأختا شقيقة. تقسم التركة بين الورثة على الوجه الآتي: للأم ١/٦ وللبنتين ٢/٣، وللأخت الباقي وهو ١/٦ فالمسألة من ٦ يزاد عليها سهمان للموصى لها بمثل نصيب البنت، فيصير مجموع السهام ٨ فتكون بنت الأخ موصى لها بالربع، فاجتمع ثلث وربع وهما أكثر من الثلث، فإذا لم يجز الورثة الزيادة قسم الثلث بينهما بنسبة الثلث إلى الربع، فنحتاج إلى عدد له ثلث وربع وأقل عدد كذلك هو ١٢.

فإذا كانت التركة ٦٣ فداناً قسم ثلثها وهو ٢١ فداناً بين الوصيتين بنسبة ٣ : ٤ فيعطي لابن أخيه ١٢ فداناً ولبنت الأخ ٩ أفدنة.

والثانية إنها تقدر من الباقي بعد إخراج مقدار الوصية بالسهم الشائع، ففي المثال السابق يخرج الثلث أولا، ثم تقسم الثلثين على الورثة على الوجه السابق للأم السدس، وللبنتين الثلثان، وللأخت الباقي وهو السدس، فالسهام ٦ يزاد عليها سهمان مثل نصيب البنت فتصير ٨، وإذا كانت هذه هي سهام الثلثين فيكون أصل التركة من ١٢ يستحق الموصى له بالثلث منها ٤، والموصى لها بمثل نصيب البنت ٢ ومجموعهما أكثر من الثلث، فإذا لم يجز الورثة الزيادة قسم الثلث بينهما بالمحاصة بنسبة ٤ : ٢.

والقانون بلفظه يسير مع الطريقة الأولى. جاء في الفقرة الأولى من المادة ـ ٤٢ ـ «إذا كانت الوصية بسهم شائع في التركة ونصيب أحد ورثة الموصى أو

بمثل نصيبه سواء أعين الموصى الوارث أم لم يعينه، قدرت حصة الموصى له بنصيب الوارث على اعتبار أنه لا وصية غيرها، ويقسم الثلث بينهما بالمحاصة إذا ضاق عن الوصيتين».

والمذكرة التفسيرية توضح ذلك فتقول في هذا الموضع: «إذا أوصى بمثل نصيب ابنه لشخص، وبربع التركة لشخص آخر قدرت الوصية بالنصيب بما تساويه من سهام التركة كأنه لا وصية غيرها، ويقسم الثلث بين الوصيتين بالمحاصة إن لم يسعهما ولم يجز الورثة، ففي المثال السابق إذا ترك الموصى ولدين كانت الفريضة من اثنين يزاد عليهما سهم الموصى له، فيكون له الثلث، والوصيتان ثلث وربع أكثر من ثلث التركة، فاذا لم يجز الولدان الزائد على الثلث كان الثلث بين الموصى لهما سبعة أجزاء أربعة سهام لصاحب الثلث، وثلاثة لصاحب الربع».

ثم نصت على أن حكم هذه المادة مأخوذ من مذهب الإمام أحمد بن حنبل فصريح القانون ومذكرته التفسيرية ناطقان بأنه يسير مع إحدى الطريقتين[1] في مذهب الحنابلة وهي الطريقة المنسوبة ليحي بن آدم.

---

(١) جاء في المغنى جـ ٦ ص ٣٨ ما نصه «وإذا أوصي لرجل بجزء مقدر ولآخر بمثل نصيب وارث من ورثته ففيه وجهان. أحدهما: يعطي الجزء لصاحبه ويقسم الباقي بين الورثة والموصى له كأنه ذلك الوارث إن أجازوا، وإن ردوا الثلث بين الوصيتين على حسب ما كان لهما في حال الإجازة، والثلثان بين الورثة.

والوجه الثاني: أن يعطي صاحب النصيب مثل نصيب الوارث كأن لا وصية سواها، وهذا قول يحي بن آدم.

مثاله. رجل أوصي بثلث ماله لرجل، ولآخر بمثل نصيب أحد بنيه وهم ثلاثة، فعلى الوجه الأول للموصى له بالثلث الثلث، وما بقي بين البنين والموصى له على أربعة وتصح من ستة. لصاحب الثلث سهمان، وللآخر سهم، وإن ردوا فالثلث بين الوصيتين على ثلاثة، والثلثان بين البنين على ثلاثة، وتصح من تسعة.

وعلى الوجه الآخر لصاحب الثلث الثلث. وللآخر الربع إن أجيز لهما، وإن رد عليهما قسمت الثلث بينهما على سبعة والثلثان للورثة. وتصح من ثلاثة وستين.

وهذه الطريقة تسوى بين الوصيتين حيث تعتبر كلا منهما من كل المال. بخلاف الطريقة الأخرى فإنها تعتبر إحدى الوصيتين ـ وهي ما كانت بالسهم الشائع ـ من كل المال، وتعتبر الأخرى ـ وهي ما كانت بمثل نصيب أحد الورثة ـ من باقي المال بعد الوصية الأولى، والمفروض أن الموصى وضعهما في موضع واحد، فكيف نفرق بينهما؟!

وقد تترجح الطريقة الثانية بأن تصيب الوارث الموصى به لا يقدر إلا بعد إخراج الوصية، فإذا وجدت وصيتان. إحداهما بسهم مقدر، والأخرى بمثل نصيب أحد الورثة. قدرت الوصية الأولى من كل المال، وقدرت الثانية من التركة بعد إخراج الوصية الأولى وهو الباقي، فلو قدرناها من كل التركة لم تكن بمثل نصيب الوارث لأن الوارث لن يأخذ هذا المقدار بل أقل منه فيما إذا لم تزد الوصيتان على الثلث.

الصورة الرابعة: أوصى لشخص بعين بذاتها أو بمقدار معين من النقود مع الوصية لآخر بمثل نصيب أحد الورثة كذلك معيناً أو غير معين.

وفي هذه الصورة يتبع في تقدير الوصية بمثل نصيب الوارث الطريقة السابقة،ولما كانت الوصية الأخرى لا يعلم مقدارها بالنسبة لكل التركة حتى يعرف نسبتها للوصية الأخرى عند تقسيم الثلث بينهما،فانه ينظر أولاً لما تساويه هذه الوصية من سهام التركة ليعرف نسبتها ، أي ربعها أم خمسها أم غير ذلك فاذا عرفنا مقدار سهام كل من الوصيتين بالنسبة إلى التركة ووجدنا قيمتها تزيد على الثلث ولم يجز الورثة الزيادة قسم بينهما بالمحاصة.

فلو أوصى لشخص بدار معينة، وكانت قيمتها عند وفاته ألفاً من الجنيهات،وأوصى لأخيه بمثل نصيب ابنه، ثم ترك ولدين وما قيمته ستةآلاف جنيه.

ففي هذا المثال نجده قد أوصى للشخص الأول بما قيمته سدس التركة، وللثاني بما قيمته ثلثها، لأن المال بين الابنين على سهمين يزاد عليهما سهم للأخ الموصى له، وحينئذ يكون قد اجتمعت وصيتان بالسدس وبالثلث، فاذا لم تجز الورثة تلك الزيادة قسم الثلث بينهما بالمحاصة بنسبة ١ : ٢ .

جاء بيان هذه الصورة في الفقرة الثانية من المادة ـ ٤٢ ـ والمذكرة التفسيرية تقول: « وإذا كان بدل الوصية بالسهم الشائع وصية بعين من أعيان التركة، أو بدراهم مرسلة قدرت العين أو الدراهم بما تساويه من سهام التركة وقدرت الوصية بالنصيب كذلك. وقسم الثلث بين الوصيتين على الوجه السابق.

أثر هلاك الموصى به أو استحقاقه كله أو بعضه في الوصية

قد يحدث بعد إنشاء الوصية أن يهلك المال الموصى به كله أو بعضه، أو يتبين أنه لم يكن مملوكاً له حين إنشائها فيؤثر ذلك في الوصية، لكن هذا التأثير يختلف باختلاف صور الوصية بالنسبة لما تعلقت به من مال، لأنها قد تكون بعين بذاتها، أو بجزء شائع فيها كما تكون بنوع من المال، أو بجزء شائع في هذا النوع، أو بعدد محدد منه، وقد تكون بجزء شائع في كل المال، فهذه ست صور.

الصورة الأولى: إذا كانت الوصية بعين بذاتها ـ كما لو أوصى بهذه الدار أو بهذه السيارة مثلا ـ تعلقت الوصية بهذه العين، ولا يمكن صرفها إلى غيرها فتبقى الوصية ما بقي الموصى به، فاذا هلكت العين كلها بطلت الوصية لفوات محلها، ولو هلك بعضها بطلت فيما هلك، وكان للموصى له باقيها إن خرج من ثلث التركة، وكذلك لو ظهر استحقاقها حيث يتبين أنه أوصى بما لا يملكه فتعود العين إلى ملك صاحبها، وحقه مقدم على حق الموصى له، ولا فرق بينهما

إلا في أن الهلاك مبطل لها إذا حدث قبل القبول والقبض[1] ،والاستحقاق مبطل لها مطلقاً قبل القبول والقبض وبعدهما على السواء.

الصورة الثانية: إذا أوصى بسهم شائع في معين كنصف دار معينة تعلقت الوصية بنصف غير معين، فاذا هلكت الدار كلها أو استحقت بطلت الوصية وإذا هلك جزؤها أو استحق استوفى الموصى له حقه من باقيها إن وفي به، وإن لم يف به أخذ كل الباقي إذا كان ما يأخذه يخرج من الثلث في كل الحالات.

وإنما بقيت الوصية صحيحة مع هلاك البعض، لأنه لم يتيقن فوات محلها حيث لم يتعين لها جزء خاص، فما بقي من العين يكون مصروفاً إلى الوصية، لأنها مقدمة على الميراث، ولا ضرر يلحق الورثة حيث يسلم لهم ثلثا التركة.

الصورة الثالثة: إذا أوصى بنوع من أمواله ـ كما لو أوصى بغنمه أو بإبله أو بخيله مثلا ـ فان كان يوجد عنده هذا النوع حين إنشاء الوصية تعلقت بالموجود منه،حتى لو هلك ما عنده أو استحقت بطلت الوصية لفوات المحل، فاذا اكتسب منه شيئاً قبل وفاته لا تعود الوصية صحيحة، لأن الباطل لا ينقلب صحيحاً.

---

(١) هذا إذا هلكت بغير تعد من أحد عليها قبل وفاة الموصي او بعدها، وكذلك إذا استهلكت قبل وفاته سواء كانت بسبب موجب للضمان أو لاً، أو استهلكت بسبب غير موجب للضمان بعد وفاته.

أما إذا تعدى عليها إنسان بعد الوفاة فأتلفها أو أتلف بعضها وضمن قيمتها فإنها لا تبطل. لأن حق الموصى له يتعلق بالقيمة. فإن قيل الوصية في ذلك البدل صحت ونفذت عند الحنفية.

والسبب في هذا هو أن ملك الموصى له يثبت من وقت موت الموصي فيكون الاستهلاك واقعاً على ما يملك فيستحق بدل العين الهالكة، ولأن حق الموصى له تأكد بها بالموت فيثبت لذلك في بدلها، بخلاف ماإذا حصل الاستهلاك قبل الموت فإن حقه لم يتأكد فيبطل بفوات العين ولا يتحول إلى بدلها.

وإذا هلك البعض أو استحق أخذ الباقي إذا كان يخرج من الثلث، وإلا أخذ بقدره.

وإذا لم يكن عنده من هذا النوع شيء فإن الوصية تتعلق بما يكون في ملكه حين الوفاة.

الصورة الرابعة: إذا أوصى بسهم شائع في نوع معين كالوصية بثلث سياراته - فإن كان عنده سيارات تعلقت الوصية بالموجود منها، فلو هلكت جميعها بطلت الوصية حتى ولو ملك غيرها من السيارات، وإن هلك بعضها كان للموصى له[1] ثلث الباقي ما دام يخرج من ثلث التركة، وإلا أخذ منه مقدار ما يخرج من الثلث،وإذا لم يكن عند الموصى شيء من هذا النوع حين الوصية كان للموصى له ثلث الموجود في ملك الموصي حين الوفاة.

الصورة الخامسة: إذا كانت الوصية بعدد محدود من نوع معين فإن القانون اعتبرها كالوصية بسهم شائع في النوع على معنى أنه لو هلك النوع كله بطلت

---

(١) القانون في هذا الحكم أخذ برأي زفر من الحنفية، وترك رأي أبي حنيفة وصاحبه الذين ذهبوا إلى أن الموصى له يأخذ كل وصيته من الباقي متى كانت تخرج من ثلث التركة، فلو أوصي بثلث غنمه فهلكَ ثلثاها كان للموصى له الباقي عندهم، وعند زفر يأخذ ثلث الثلث. لأنه يرى أن النوع للموصي بسهم منه مشترك بين الموصى له وبين الورثة فما هلك يهلك على الكل والباقي يكون بينهم على الشركة أيضاً.

وأما الإمام وصاحباه فيرون أن الهلاك في المال المشترك يلحق الكل إذا استوت حقوق الشركاء، وهنا الحقوق متفاوتة، فحق الموصى له مقدم على حق الورثة، لأن الوصية مقدمة على الميراث فيصرف الهالك إلى الحق المتأخر وهو حق الورثة ويأخذ الموصى له حقه كاملاً حيث أمكن جمع حقه في الباقي. وصار ذلك كما لو أوصى بعشرة من الغنم فهلكت الغنم كلها ولم يبق منها إلا عشرة فإنه يأخذها الموصى له إذا خرجت من الثلث.

ولقد قيل: إن هذا الخلاف فيما إذا كان النوع الموصي بسهم منه مثلياً لإمكان تجميع حق الموصى له في بعضه. وأما إذا كان قيمياً فإنه لا خلاف بينهم. بل هم منفقون على أن الموصى له يستحق حصته من الباقي فقط.

راجع تبيين الحقائق للزيلعي جـ ٦ ص ١٨٩.

الوصية ،وإذا هلك بعضه فقط كان له سهمه من الباقي.

فلو أوصى بعشرة من غنمه، وكان له عند الوصية مائة منها اعتبرت الوصية في هذه الحالة بعشر الغنم، فلو هلك منها خمسون كان للموصى له عشر الباقي وهو خمسة.

أخذ القانون في هذا برأي ابن الماجشون من المالكية كما صرحت المذكرة التفسيرية معللة ذلك بأنه أيسر وأعدل، وترك مذهب الحنفية الذي يجعل للموصى له في هذه الحالة العدد الموصى به أو ما يبقى إذا كان الباقي أقل منه. ففي المثال السابق يكون للموصى له عشرة من الخمسين الباقية، فلو هلكت كلها ولم يبق منها إلا عشرة أو أقل أخذها ما دامت تخرج من ثلث التركة، وإن لم تخرج منه أخذ منها بمقدار الثلث فقط.

ولا شك في أن مذهب الحنفية يحقق غرض الموصى حيث قصد الوصية بهذا العدد، ولو أراد الوصية بسهم من هذا النوع لقال: أوصيت بعشر هذا النوع لوضوح دلالته على غرضه.

الصورة السادسة: إذا أوصى بسهم شائع من كل ماله ـ كما لو أوصى بربع ماله مثلاً ـ تعلقت الوصية بما يكون له عند الوفاة. ولا أثر للهلاك الذي يصيب المال أو الاستحقاق الذي يتعلق ببعضه قبلها في الوصية،فلو كان ماله وقت الوصية بالربع أربعة آلاف، ثم صار عند الوفاة ستة آلاف كان للموصى له ألف خمسمائة،ولو صار ألفا كان له منها مائتان وخمسون.

ولو هلك كل ماله الموجود وقت الوصية ، ثم استفاد غيره قبل الموت تعلقت به الوصية، ولو لم يكن له مال حين الوصية ثم استفاد مالا بعدها كان للموصى له سهمه في الموجود وقت الوفاة.

جاءت أحكام هذه الصوزة في المواد[1] ٤٧ ، ٤٨ ، ٤٩ من قانون الوصية وفق مذهب الحنفية ما عدا حكم الوصية بعدد محدد من نوع معين فقد أخذ فيها برأي ابن الماجشون المالكي كما سبق بيانه.

تنفيذ الوصية بالمال إذا كان في التركة دين أو مال غائب

وإذا كانت التركة كلها مالا حاضراً أخذ أصحاب الوصية نصيبهم كله من غير تأخير ، وإذا كانت كلها مالا غائباً أو ديوناً فإن تنفيذ الوصية يؤخر حتى يحضر المال الغائب أو تستوفي الديون،فكلما حضر شيء قسم بين الموصى لهم والورثة بنسبة أنصبائهم.

أما إذا كان في التركة مال حاضر[2] وآخر غائب أو دين أو كانت خليطاً

---

(١) ونصها مادة ـ ٤٧ ـ « إذا كانت الوصية بعين من التركة أو بنوع من أنواعها فهلك الموصي به أو استحق فلا شيء للموصى له ، وإذا هلك بعضه أو استحق أخذ الموصى له ما بقي منه إذا كان يخرج من ثلث التركة وإلا كان له فيه بقدر الثلث ».

مادة ـ ٤٨ ـ « إن كانت الوصية بحصة في معين فهلك أو استحق فلا شيء للموصى له . وإذا هلك البعض أو استحق أخذ الموصى له جميع وصيته من الباقي إن وسعها وكانت تخرج من ثلث المال وإلا أخذ الباقي من جميعه إن كان يخرج من الثلث أو أخذ بقدر ما يخرج من الثلث ».

مادة ـ ٤٩ ـ إذا كانت الوصية بحصة شائعة في نوع من أموال الموصي فهلك أو استحق فلا شيء للموصى له وإن هلك بعضه أو استحق فليس له إلا حصته في الباقي إن خرجت من ثلث المال وإلا أخذ منه بقدر الثلث.

وتكون الوصية بعدد شائع في نوع من الأموال كالوصية بحصة شائعة فيه ».

(٢) المال الحاصر: هو ما كان تحت تصرف الموصى له أو الورثة فيشمل الأموال التي تحت أيديهم حقيقة أو حكماً كالتي تحت أيدي الأمناء كالوكلاء. والتي إذا طلبت أجيب إليها . كالمودعة في المصارف المأمونة.

والمال الغائب: هو الذي ليس تحت أيديهم لا حقيقة ولا حكماً كالموجود في مكان بعيد غير مأمون . كالبضاعة المسافرة في سفينة . أو كانت تحت يد غير مؤتمن كالمال المغصوب . أو المودع في مصرف في بلد معاد لبلد الموصي، أو الذي في يد الغير من غير دليل يثبته أو يتعذر=

من الأنواع الثلاثة . فإن اتفق الموصى له مع الورثة على طريقة لأخذ حقه وجب اتباع ما اتفقوا عليه، وإن لم يتفقوا على شيء اختلفت الطريقة تبعاً لاختلاف الموصى به، أو لاختلاف من عليه الدين.

لأن الموصى به قد يكون نقوداً مرسلة، وقد يكون عيناً من الأعيان، كما يكون بسهم شائع في كل المال أو في نوع منه، والدين قد يكون على اجنبي، وقد يكون على أحد الورثة حل وقت أدائه عند قسمة التركة أو لم يحل بعده فيخرج من ذلك صور عديدة.

الصورة الأولى: إذا أوصى بنقود مرسلة وكان في التركة مال غائب أو دين على أجنبي فإذا كانت النقود الموصى بها تخرج من ثلث المال الحاضر أخذها الموصى له كلها نقداً إن وجدت نقود تكفيه، وإلا بيع له من المال بقدر ما يفي بحقه، وإن لم تخرج من ثلث الحاضر أخذ منها بقدر ثلث الحاضر، وكلما حضر شيء من المال الغائب أو الدين أخذ منه بقدر ثلثه إلى أن يستوفي وصيته.

فلو أوصى لشخص بألف جنيه،وكان الحاضر من التركة ثلاثة آلاف أخذ الموصى له الألف كلها، فإذا كان الحاضر ألفاً وخمسمائة، وقيمة الديون ألفان فإنه يأخذ من الحاضر ثلثه. وهو خمسمائة، وكلما حضر شيء من الديون أخذ

= تسلمه منه. والاعتبار بالغياب وقت الوفاة، لأنه الوقت الذي تقدر فيه التركة. ثم يستمر غيابه إلى وقت القسمة.

والدين: هو ما كان في ذمة الغير ولم يستوف إلى وقت القسمة: أما ما استوفى بعد الموت وقبل القسمة فهو مال حاضر.

والنقود المرسلة: هي التي لم تعين بذاتها ولم تكن من نوع معين من ماله كالوصية بمائة جنيه مثلاً.

والمراد بالعين. ما يشمل النقود المعينة كالوصية بوديعة بعينها. وعروض التجارة وكل معين من العقارات والمنقولات.

مقدار ثلثه حتى يستوفي .

وإنما أخذ كل حقه في حالة خروجه من الحاضر، لأن الموصى ملكه قدراً معلوماً، ولم يجعله شريكاً للورثة، والوصية مقدمة على الميراث، فما دام سيبقى للورثة ضعف ما أخذه الموصى له فلا يلحقهم ضرر من جانب الوصية حتى ولو هلك المال الغائب، بخلاف ما إذا كان لا يخرج من ثلث الحاضر فإنه لو اعطى حقه كله منه يتضرر الورثة لاحتمال ألا يجيء من الدين أو المال الغائب شيء. فمراعاة لحق الجميع يعطي ثلث الحاضر، وينتظر مجيء الغائب. أو تحصيل الدين فيشاركهم فيه بمقدار الثلث حتى يستوفي كل حقه.

الصورة الثانية: إذا كانت الوصية بعين من أعيان التركة وفيها مال غائب أو دين على أجنبي ـ كما لو أوصى بداره المعينة، أو بقطعة أرض محددة. أو بما في محل تجارته من بضاعة، أو بالنقود المودعة عند فلان ـ فإنه ينظر للعين الموصى بها مع الحاضر،من التركة فإن كانت تخرج من ثلثه أخذها الموصى له لأنه لا ضرر على الورثة في هذه الحالة، فإن كانت لا تخرج منه أخذ منها بمقدار ثلث الحاضر وباقيها يكون ملكاً للورثة، وكلما حضر شيء من المال الغائب أو الدين أخذ ثلثه حتى يستوفي ما يعادل باقي الوصية وهو قيمة الجزء الذي أخذه الورثة منعاً للضرر عنهم، وإن كان الموصى له أخذ بعض الموصى به بذاته وبعضه بقيمته.

فلو أوصى لشخص بقطعة أرض محدودة قيمتها ألف من الجنيهات،فإن كان الحاصر من تركته يساوي ثلاثة آلاف أخذ الموصى له قطعة الأرض كلها، وإن كان الحاضر منها يعادل ألفاًوخمسمائة،وفيها ديون تساوي ألفان أخذ الموصى له نصف قطعة الأرض، وأخذ الورثة نصفها الآخر،وكلما استوفى مقدار من الديون أخذ الموصى له ثلثه حتى يستوفي باقي قيمة الأرض.

جاء حكم هاتين الصورتين في المادة ـ ٤٣[1] موافقاً لمذهب الحنفية في الصورة الأولى بينما أخذ حكم الثانية مما نقل عن الباجي من فقهاء المالكية كما صرحت بذلك المذكرة التفسيرية.

ولقد كان المشرع موفقاً في اختياره، هذا الرأي لما في العمل به من تعجيل قسمة الأعيان الحاضرة واستقرار الأملاك وعدم ترك جزء من المال متردداً من غير مالك معين مدة قد تطول إلى سنين كما هو في مذهب الحنفية الذين يقررون أن العين الموصى بها إذا لم تخرج من ثلث الحاضر أخذ الموصى له منها ما يعادل ثلثه، وترك باقيها موقوفاً من غير مالك، وكلما حضر شيء من المال الغائب،أو استوفى مقدار من الدين أخذ الموصى له من المعين بمقدار ثلث هذا الجزء حتى يأخذها كلها، فإن لم يحضر من الغائب شيء ووقع اليأس من حضوره كان باقي العين للورثة، فهذا وإن كان فيه محافظة على غرض الموصى من كل وجه بتنفيذ الوصية فيما عينه بذاته إلا أنه يلحق الضرر بالورثة بتأخير القسمة.

الصورة الثالثة: إذا كانت الوصية بسهم شائع في التركة ـ كما لو أوصى بخمس ماله أو بربعه مثلا ـ فإن الموصى له يأخذ سهمه من الحاضر قليلا كان أو كثيراً، ولكما حضر شيء من الغائب أو استوفى شيء من الدين أخذ سهمه منه حتى ينتهي الاستيفاء، لأن الموصى جعل الموصى له شريكاً للورثة بهذه النسبة، والشركة تقتضي المساواة في الأستحقاق في الحاضر والغائب، والدين والعين على السواء لا تمييز لواحد على الآخر.

---

(١) ونصها « إذا كانت الوصية بقدر محدود من النقود أو بعين وكان في التركة دين أو مال غائب فإن خرج الموصي به من ثلث الحاضر من التركة استحقه الموصى له وإلا استحق منه بقدر هذا الثلث وكان الباقي للورثة. وكلما حضر شيء استحق الموصى له ثلثه حتى يستوفي حقه.

وهذا الحكم اتفقت عليه المذاهب الأربعة، والقانون جاء على وفقه في المادة ـ ٤٤[1].

الصورة الرابعة: إذا كانت الوصية بسهم شائع في نوع من أنواع المال كما لو أوصى بنصف أرضه المعدة للبناء، أو بنصف منازله في هذه البلدة، أو بربع نقوده، أو بثلث أسهمه في شركة معينة، أو بثلث أمواله في التجارة، أو ديونه على الناس، أو ما شابه ذلك.

ففي هذه الصورة إما أن يكون الموصى بسهم منه حاضراً كله، أو ليس حاضراً كله بأن كان غائباً أو ديناً، أو بعضه حاضراً وبعضه غائباً.

فإن كان كله حاضراً أخذ الموصى له سهمه فيه إذا كان يخرج من ثلث الحاضر من التركة، فإن لم يخرج منه أخذ الموصى له مقدار ثلث الحاضر، وأخذ الورثة باقيه، وكلما حضر شيء من المال الغائب أو الدين أخذ الموصى له منه بمقدار ثلث الذي حضر إلى أن يستوفي وصيته.

فلو أوصى لشخص بنصف أرضه الزراعية وترك ٩٠ فداناً، ومالا غائباً بقيمتها فإنه يأخذ ثلث الأرض، وهو ثلاثون فداناً ويأخذ الورثة الباقي، ولكما حضر شيء من المال الغائب أخذ الموصى له مما في أيدي الورثة من الأرض بمقدار ثلث الذي حضر حتى يستوفي مقدار الوصية وهو ٤٥ فداناً.

وإذا كان ذلك النوع كله غائباً أو ديوناً لم يستحق الموصى له من المال الحاضر شيئاً، وإنما يأخذ ثلث ما يحضر من هذا النوع.

فلو أوصى تاجر لرجل بثلث ديونه على التجار، وترك بضاعة ونقوداً

---

(١) ونصها «إذا كانت الوصية بسهم شائع في التركة وكان فيها دين أو مال غائب استحق الموصى له سهمه في الحاضر منها وكلما حضر شيء استحق سهمه فيه».

حاضره فلا يأخذ الموصى له شيئاً من الحاضر، ولكن كلما حصل شيء من الديون يأخذ ثلثها إلى أن يستوفي جميع الديون.

وإذا كان بعض ذلك النوع الموصى بسهم منه حاضراً وبعضه غائباً أخذ مقدار سهمه من الجزء الحاضر، ويأخذ الورثة باقيه، وكلما حضر شيء أخذ منه ما يعادل سهمه إلى أن يحضر كله.

ولقد أخذ القانون في هذه الصورة بمذهب الحنابلة، وترك مذهب الحنفية الذي يجعل كل ما يحضر من النوع الموصى به للموصى له ما دام يخرج من ثلث الحاضر من التركة[1].

ثم إن القانون جعل للموصى له في هذه الصورة أن يسترد ما أخذه الورثة إذا حضر المال الغائب ما لم يكن هذا الاسترداد مضراً بالورثة، فإن تضرروا منه أخذ حقه مما يحضر من المال الغائب.

فلو كان الموصى بسهم منه أرضاً معدة للبناء فقسمت بين الموصى له والورثة ولم يأخذ الموصى له كل نصيبه لعدم خروجه من ثلث الحاضر، فإن الورثة،يملكون ما أخذوه بهذه القسمة، ويباح لهم التصرف بهذا الملك، فإذا بنوا فيه أو أحدثوا به تحسيناً بحيث يضرهم أخذه ترك معهم وأخذ الموصى له باقي حقه مما يحضر من المال الغائب كما جاء ذلك صريحاً بالمادة الخامسة والأربعين[2].

---

(١) فالحنفية ينظرون إلى الموصى له باعتباره أصبح شريكاً للورثة في التركة فعند التنفيذ ينظر إلى ثلث المال كله فيقدم حق الموصى له في الاستيفاء على حقوق الورثة.
والحنابلة نظروا إلى أن الوصية. جعلت الموصى له شريكاً للورثة في هذا النوع فيستحق كل منهما نصيبه فيما يحصل منه ولا شركةله في غير هذا النوع.

(٢) ونصها « إذا كانت الوصية بسهم شائع في نوع من التركة وكان فيها دين أو مال غائب استحق الموصى له سهمه في الحاضر من هذا النوع إن كان هذا السهم يخرج من ثلث الحاضر من التركة وإلا استحق الموصى له سهمه بقدر هذا الثلث ويكون الباقي للورثة وكلما حضر شيء استحق =

قد يقال: إن مسلك القانون في هذا الموضع ليس مستقيماً. حيث فرق بين متماثلين، فقد جعل للموصى له هنا حق استرداد ما أخذه الورثة إلا إذا لحقهم الضرر فيأخذ قيمة ما أخذوه بينما لم يجعل له حق الاسترداد أصلاً في صورة الإيصاء بعين معينة إذا قسمت بينه وبين الورثة، بل جعل له من أول الأمر أن يأخذ قيمة ما أخذه الورثة مما يحضر من المال الغائب، وكان الأولى أن يمنع في هذا الموضع نقض القسمة لتستقر الحقوق ولا تضطرب.

ونحن لا نرى في هذا المسلك اضطراباً، لأن المشرع في الحالتين لاحظ في نقض القسمة عدم إلحاق الضرر بالورثة، ولما كان نقضها في عين معينة ينطوي في الغالب على ضرر منعه فيها بخلافه في النوع، فإنه قد يكون فيه ضرر، وقد يخلو عنه، فتجويز المشرع نقض القسمة في حالة الإيصاء بسهم من النوع إذا لم يترتب عليه ضرر متفق مع عدم تجويز نقضها في الحالة الأخرى، لأن مناط المنع هو وجود الضرر، ونقض القسمة في دار معينة لا يخلو من ضرر. بخلاف نقضها في دور كثيرة ـ إذا كانت الوصية بسهم منها ـ فإنه قد يخلو من الضرر في بعض صوره.

هذا هو حكم ما إذا كان الدين على أجنبي لا فرق فيه بين الدين المستحق للأداء عند القسمة، والذي لم يحل أجله سواء كان من جنس الحاضر من التركة أو من غير جنسه، لأن هذا الدين يخشى عليه من التوي. ولا يوجد مال يعتبر ضماناً له حتى يؤمن ضياعه: فلا يأخذ الموصى له إلا نصيبه من المال الحاضر فقط، ويؤخر باقيه حتى يستوفي الدين.

= الموصى له بقدر ثلثه من النوع الموصي بسهم منه على ألا يضر ذلك بالورثة فإن كان يضرهم أخذ الموصي له قيمة ما بقي من سهمه في النوع الموصي به من ثلث ما يحضر حتى يستوفي حقه».

أما إذا كان الدين على أحد الورثة فالأمر يختلف لأنه لا يكون عرضه للتوي في كل صوره، بل قد يكون مضموناً بنصيبه من المال الحاضر، فيكون كأنه مال حاضر،وقد يكون عرضة للتوي فيأخذ حكم المال الغائب، ومن هنا كان للدين على الوارث حالتان.

الحالة الأولى: أن يكون الدين مؤجلاً لم يحل وقت أدائه عند قسمة التركة وفي هذه الحالة يأخذ الموصى له من وصيته ما يعادل ثلث المال الحاضر فقط، ثم يأخذ باقيها عند استيفاء الدين كما إذا كان الدين على أجنبي.

ذلك لأن الدين المؤجل غير مستحق الأداء قبل حلول أجله، فلا يمكن استيفاؤه جبراً عن صاحبه بأخذه من نصيبه في المال الحاضر، فيكون في حكم المال الغائب المعرض للضياع.

الحالة الثانية: أن يكون الدين قد حل وقت أدائه عند قسمة التركة فيكون مضموناً بنصيب الوارث المدين فيعتبر كالمال الحاضر فيما عادل ذلك النصيب.

وفي هذه الحالة لا يخلو إما أن يكون الدين أقل من نصيب ذلك الوارث في المال الحاضر، أو مساوياً له، أو يكون أكثر منه.

فإذا كان مساوياً له أو أقل منه اعتبر من المال الحاضر، فيدخل في حساب الوصية،فيأخذ الموصى له نصيبه كاملا ما دام يخرج من ثلث التركة، ولا يؤجل منه شيء، على أي وجه وقعت الوصية. سواء كان الدين من جنس الحاضر من التركة أو لم يكن من جنسه، إلا أنه إذا كان من جنس الحاضر من التركة كلها أو بعضها وقعت المقاصة بينه وبين سهام الوارث المدين، وإذا لم يكن من جنسه كان نصيب ذلك الوارث بمنزلة الرهن بما عليه من الدين عند الموصى له وبقية الورثة لا يأخذه إلا إذا أدى ما عليه، فإن لم يؤده باع القاضي منه **مقدار** ما **يوفي** بالدين.

فإذا أوصى لشخص بمائتي جنيه، وخلف ولدين أحدهما مدين بمائتين حل وقت أدائها. وترك أربعمائة جنيه نقداً، فإن التركة تقسم على ثلاثة أسهم للموصى له سهم ولكل ابن سهم، ويعتبر الدين مالا حاضراً، وتقع المقاصة بينه وبين أسهم الإبن المدين، فلا يأخذ شيئاً من النقد الموجود، بل يقسم بين الموصى له والابن الآخر، فيأخذ كل واحد مائتين[1]، وبهذا يكون للموصى له أخذ وصيته من المال الحاضر كاملة، ولو كان الدين لم يحن أجله، أو كان على أجنبي لم يأخذ الموصى له غير ثلث الأربعمائة فقط، ثم يأخذ باقي حقه عند استيفاء الدين.

وإذا كان الدين في الصورة السابقة مائة، والنقد خمسمائة فإن المدين يأخذ منها مائة، وتقع المقاصة بين ما عليه من الدين وباقي سهمه.

وإذا أوصى لشخص بثلث ماله، وخلف ولدين أحدهما مدين بمائتي جنيه وترك مع هذا الدين عقاراً قيمته أربعمائةجنيه، ففي هذا المثال الدين ليس من جنس الحاضر فيقسم الحاضر على الولدين والموصى له، وكذلك الدين، فيكون لكل واحد ثلث العقار وثلث الدين، ثم يسلم العقار كله للموصى له والابن غير المدين، ويكون نصيب الابن المدين فيه بمنزلة الرهن عندهما نظير حقهما في الدين الذي عليه، فإن أدى إليهما ثلثي ما عنده من الدين اقتسماه وسلما له نصيبه في العقار وهو الثلث، وإن لم يفعل رفعا الأمر إلى القاضي ليبيع حصته في العقار لإبقاء ما عليه من الدين.

وإذا كان الدين أكثر من نصيب الوارث المدين اعتبر منه مالا حاضرا

---

(١) وعلى طريقة إسقاط أسهم المدين نقول: إن السهام ثلاثة يسقط منها واحد نصيب الابن المدين، ويقسم المال الحاضر على الموصى له والابن الآخر فيكون لكل منهما مائتان وبذلك يتبين أن الابن المدين قد استوفى مائتين مثل نصيب أخيه فيكون المال الحاضر ٤٠٠ + ٢٠٠ = ٦٠٠، وعلى هذا يكون الموصى له أخذ ثلث المال الحاضر.

مقدار ما يساوي نصيبه في الحاضر، وكانت الزيادةّ كالدين على الأجنبي فيأخذ الموصى له من وصيته ما يعادل ثلث المال الحاضر مضافاً إليه من الدين مقدار نصيب الوارث المدين.

فلو أوصى شخص لآخر بربع تركته وخلف ابنين أحدهما مدين بمائة وترك مائة نقداً، فالمسألة من أربعة للموصى له سهم، والثلاثة الباقية لا تنقسم على الابنين فتصحح إلى ثمانية يكون للموصى له سهمان، ولكل ابن ثلاثة أسهم تسقط منها سهام الابن المدين، ويقسم النقد على خمسة أسهم، للموصى له أربعون، وللابن غير المدين ستون. وإذا أخذ ستين تبين أن المدين صار مستوفياً مثلها، فتكون التركة الحاضرة مائة وستين وباقي الدين وهو أربعون يعتبر مالاً غائباً، وعلى هذا تكون الوصية نفذت في ربع الحاصر، والباقي من الدين يكون بين الثلاثة، فإذا حضر حجز المدين منه باقي نصيبه وهو خمسة عشر، واعطي خمسة وعشرين للموصى له والابن الآخر. يأخذ الموصى له منها عشرة، والباقي يأخذه الابن، وحينئذ يكون الموصى له أخذ تمام حقه وهو خمسون،وكل ابن استوفى خمسة وسبعين.

ولقد قرر القانون أحكام الدين على الوارث في المادة السادسة والأربعين[1]

---

(١) ونصها « في جميع الأحوال المبينة في المواد السابقة إذا اشتملت التركة على دين مستحق الأداء على أحد الورثة وكان هذا الدين من جنس الحاضر من التركة كلها أو بعضها وقعت المقاصة فيه بقدر نصيب الوارث فيما هو من جنسه واعتبر ذلك مالاً حاضراً.

وإذا كان الدين المستحق الأداء على الوارث من غير جنس الحاضر فلا تقع المقاصة ويعتبر هذا الدين مالاً حاضراً إن كان مساوياً لنصيب الوارث في الحاضر من التركة أو أقل. فإن كان أكثر منه اعتبر ما يساوي هذا النصيب مالاً حاضراً وفي هذه الحالة لا يستولي الوارث على نصيبه في المال الحاضر إلا إذا أدى ما عليه من الدين فإن لم يؤده باعه القاضي ووفي الدين من ثمنه.

وتعتبر أنواع النقد وأوراقه جنساً واحداً للموصى له». وإذا هلك البعض أو استحق أخذ الموصى له جميع وصيته من الباقي إن وسعها وكانت تخرج من ثلث المال وإلا أخذ الباقي جميعه=

وهي موافقة لمذهب الحنفية مع ملاحظة أنه اعتبر جميع أنواع النقد وأوراقه جنساً واحداً.

المبحث الثاني
في
الوصية بالمنافع

كلمة المنافع يختلف مدلولها عند الفقهاء.

فمنهم من يرى أنها قابلت الأعيان، وهي الأعراض التي تقوم بالأعيان كسكنى الدار، وركوب الدابة والسيارة، والخدمة ونحوها، فعند إطلاقها يراد بها هذه الأعراض، ولا يراد بها غيرها من ثمرات الأعيان كالثمر والزرع والأجرة والكسب إلا مجازاً إذا وجدت قرينة تدل على ذلك.

وهذا هو أرجح الرأيين عند الشافعية[1].

ومنهم من يرى أنها تطلق على ثمرات الأعيان. سواء أكانت أعراضاً أم أعياناً متولدة منها كالثمر والزرع، أو غير متولدة منها كأجرة الأرض وكسب الإنسان مثلاً، وهو قول لبعض الشافعية ومذهب الحنفية[2]، وهو الذي يؤخذ من كتب الحنفية حيث دأبت كتبهم على التمثيل للمنافع بالخدمة والسكنى والغلة، وهي كل ما يحصل من ريع الأرض وكرائها وأجرة الغلام ونحو ذلك، فيدخل ثمن الشجر غير المثمر. كالحور والصفصاف كما يقول صاحب الدر المختار[3].

= إن كان يخرج من الثلث أو أخذ منه بقدر ما يخرج من الثلث».

(١) راجع نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٦١.

(٢) المغني جـ ٦ ص ٥٩.

(٣) الدار المختار وحواشي ابن عابدين جـ ٥ ص ٦٧٨. ص ٦٨١

وقانون الوصية أراد بها هذا المعنى الثاني. كما صرحت به مذكرته التفسيرية والتي تقول: « والمراد بالمنافع ما يشمل المنافع المحضة للعين كسكنى الدار وزرع الأرض، أو بدلها كأجرة الدار والأرض، أو ما يخرج منها كثمرة البستان والشجر، وهو رأي فقهاء الحنابلة في المنفعة ».

بيد أنها لم تقف بالمنافع عند هذا المعنى الواسع، بل تجاوزته فجعلت الوصية بالمنافع شاملة للوصية بحقوق الارتفاق وحق التعلي. والوصية بقدر من المال يدفع شهرياً مثلاً من غلة أرضه، والوصية بأن تباع أرضه لشخص مسمى بثمن معين أو بالتأجير له كذلك، أو بالإقراض، أو بقسمة التركة على وجه معين.

وهذا التعميم الأخير ليس كما ينبغي، لأنه إن أريد به أن هذه الأشياء الموصى بها داخلة في حد المنافع فغير مسلم، لأن منها أشياء ليست ثمرة للمال كبيع هذه العين أو تأجيرها لفلان، أو قسمة التركة، وإن أريد به أن هذه الوصايا هي منافع للموصى لهم فلا وجه لقصرها على هذه الأشياء، بل إن الوصية بالأعيان فيها منافع للموصى لهم.

ومع هذا فإن هذا الشمول غير مسلم حتى في مسلك القانون نفسه، لأنه جعل للوصية بالمنافع فصلاً، وللوصية بالمرتبات فصلاً آخر، وللوصية بالحقوق والإقراض وتقسيم أعيان التركة مواد أخرى وهي المواد ١١، ١٢، ١٣، ولم يذكر في فصل الوصية بالمنافع غير الوصية ببيع عين من التركة أو تأجيرها. جاء حكمها بالمادة[١٥٦].

وعلى هذا سنجعل للوصية بالحقوق، والإقراض، وتقسيم أعيان التركة والمرتبات مبحثاً خاصاً بعد الكلام على الوصية بالمنافع.

مشروعية الوصية بالمنافع:

منع بعض الفقهاء كابن أبي ليلى والظاهرية الوصية بالمنافع،لأنها ايصاء بما يكون مملوكاً للغير حين تنفيذ الوصية حيث إن الأعيان تنتقل ملكيتها للورثة بمجرد وفاة الموصى والمنافع تابعة لها ، فتحدث على ملكهم فتكون مملوكة لهم فتؤول الوصية بها إلى الإيصاء بمال الورثة فلا يصح .

ولأن هذه الوصية في معنى الإعارة حيث إنها تمليك المنافع بغير عوض بعد الموت ، وموت المعير مبطل للإعارة فكذلك يمنع صحة إنشائها ، لأن المنع أسهل من الرفع كما يقول في قواعدهم .

وذهب جمهور الفقهاء ومنهم أصحاب المذاهب الأربعة إلى مشروعيتها . أما عند القائلين بأن المنافع أموال كالأعيان فالأمر بين ، لأنها أموال تقابل بالعوض كالأعيان فيصح التصرف فيها بالوصية استقلالاً .

وأما عند الحنفية القائلين بأنها ليست أموالاً فلأن الشخص لما ملك تمليك المنافع في حياته بعوض وبغير عوض بعقدي الإجارة والإعارة ملك تمليكها بعد وفاته بطريق الوصية من باب أولى لحاجته إلى هذا التمليك . وحاجة الموصى له للانتفاع .

وجه الأولوية أن الوصية في مشروعيتها مبنية على التيسير والتخفيف حتى احتملت ما لا يحتمله عقد آخر فصحت بالمجهول والمعدوم، كما صحت للمجهول وللمعدوم .

وقول المانعين ـ إنها وقعت بمال الوارث ـ غير صحيح ، لأن الموصي لما ملك المنافع وحدها بالوصية جعلها مقصودة بالتمليك ، فأصبحت غير تابعة لملك الرقبة ، فلا نكون وصية بملك الغير ، ومن جهة أخرى . أن ما يحتاج إليه الموصى بعد وفاته جعله الشارع باقياً على ملكه إلى أن تقضي حاجته كما في

الدين فإنه يبقى من ماله على ملكه مقدار ما يوفي بديونه.

وقياس الوصية على الإعارة في الإبطال بالموت قياس مع الفارق لأن المعير جعل ملك المنفعة مقصوداً بالتمليك حال الحياة لا بعد الموت فتبطل به، أما الموصى فقد جعل ملك المنفعة مقصودا بعد الموت فلا تبطل به.

ونظير ذلك التوكيل حال الحياة والتوكيل بعد الوفاة بطريق الإيصاء فإن كلا منهما إنابة للغير إلا أن الأول إنابة حال الحياة فينتهي بموت الموكل، والإيصاء توكيل وإنابة بعد الوفاة فلا ينعزل الوصي بموت الموصى[1].

ولهذا يترجح رأي جمهور الفقهاء وهو جواز الوصية بالمنافع، وبه أخذ القانون، فصححها سواء كانت بمنافع العين كلها، أو بعضها، كما صححها من مالك العين والمنفعة معا، أو من مالك المنفعة فقط. كالمستأجر الذي يوصي بمنافع العين المستأجرة. كما جاء في المذكرة التفسيرية.

أنواع الوصية بالمنافع

تقع الوصية بالمنفعة على أشكال مختلفة، فتارة تكون مقيدة، وأخرى تقع مطلقة عن التقييد، وثالثة مؤبدة، فهذه أنواع ثلاثة[2] غير أن الوصية المطلقة تتفق في أكثر أحكامها مع المؤبدة عند الفقهاء.. والقانون سوى بينهما في الأحكام.

وعلى منهج القانون نسير في بيان الأحكام ونجعلها نوعين.

أولها: وصية مقيدة بوقت معلوم.

وثانيهما: وصية خالية من التقييد به سواء نص فيها غلى التأبيد أولا.

---

(١) راجع المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٤٢٦، والمغنى جـ ٦ ص ٥٩، والبدائع جـ ٧ ص ٣٥٢ وتبيين الحقائق جـ ٦ ص ٢٠٢.

(٢) جاء في نهاية المحتاج جـ ٧ ص ١٧، وبالمنافع المباحة وحدها مؤبدة ومقيدة ومطلقة الخ.

النوع الأول الوصية المؤقتة. وتحتها صورتان.

الصورة الأولى: إذا كانت المدة المحددة معينة المبدأ أو النهاية، أو هما معاً. كما إذا أوصى لفلان بسكنى هذه الدار خمس سنوات تبدأ من أول عام ١٩٦٦ أو قال تنتهي عام ١٩٧٠ مثلاً، وفي هذه الصورة يستحق الموصى له المنفعة في هذه المدة المحددة إذا وقعت كلها بعد وفاة الموصى، فإن امتد أجل الموصى إلى نهاية هذه المدة أو أخذ جزءاً منها بطلت الوصية فيما مضى من زمنها المحدد، لأن فوات وقت الوصية المحدد للانتفاع في الوصية بالمنافع يشبه إلى حد كبير فوات العين الموصى بها في الوصية بالأعيان، فكما أن هلاك العين الموصى بها مبطل للوصية، وهلاك بعضها يبطلها فيما هلك، كذلك فوات وقتها المحدد في الوصية بالمنافع مبطل لها فيما فات منه كله أو بعضه لا فرق في ذلك بيد أن يكون الموصى له معيناً أو معين، محصوراً كان أو غير محصور.

فإذا مات الموصى قبل مجيء الزمن المحدد للوصية تكون المنفعة في هذه الفترة لمالك العين، سواء كان وارثاً أو موصى له بالرقبة وحدها ينتفع بها إلى أن يحين ابتداء وقت الوصية فيأخذ الموصى له العين ليستوفي حقه الموصى له به.

لكن يشترط في هذه الحالة ألا تطول الفترة بين وفاة الموصى وابتداء وقت الاستحقاق بالوصية حتى تصل إلى ثلاث وثلاثين سنة، فاذا وصلت تلك الفترة إلى هذا القدر بطلت الوصية كما جاء بالمذكرة التفسيرية، لأن هذه هي المدة الطويلة المانعة من سماع الدعوى بالحقوق عند الفقهاء فلا محل لبقاء الوصية إذا لم تكن الدعوى بها مسموعة. ولأنها المدة التي تبطل بها الحقوق في نظر القانون المدني.

فلو أوصى شخص لآخر في عام ١٩٣٠ م بمنفعة عين مدة خمس سنوات تبدأ من أول عام ١٩٧٤ م، فاذا توفي الموصى عند انتهاء عام ١٩٤٠، أو قبل ذلك بطلت الوصية، وإذا تأخرت وفاته إلى ما بعد ذلك لا يبطل

استحقاقه، فاذا قبلها وعاش إلى وقتها المحدد استحقها.

الصورة الثانية: إذا كانت مدة الوصية مبهمة غير معلومة المبدأ أو النهاية، كما لو أوصى لآخر بسكنى داره مدة خمس سنوات من غير تعيين تاريخها.

وفي هذه الصورة يستحق الموصى له منفعة الدار خمس سنوات تبدأ من وقت وفاة الموصى، لأنه الوقت الذي يثبت فيه ملك الوصية على العموم.

أخذ القانون في ذلك بالراجح من مذهب الشافعية[1] كما جاء بالمادة الخمسين[2]:

هذا وقد يعرض للموصى له مانع يمنعه من استيفاء المنفعة الموصى له بها في زمنها المحدد فيؤجل الاستيفاء إلى وقت آخر، أو يستحق بدلها تبعاً لاختلاف مصدر المنع، ولذلك صور ثلاث.

الصورة الأولى: أن يكون المانع من جانب أحد الورثة، بأن يحتل الدار الموصى بمنفعتها ويمنع الموصى له من استيفاء منفعته، وفي هذه الصورة يكون

---

(١) وفي هذا الرأي يبدأ الوقت عقب الوفاة سواء كان الموصى له حاضراً أو غائباً، قبل عقب الوفاة أو تراخي قبوله عن ذلك، ويفوت الانتفاع بفوات الوقت إلا أنه يستحق بدل المنفعة فيما إذا فات عليه بعذر، وإن فوتها على نفسه لا يستحق شيئاً، وفي رأي آخر عندهم تبتدىء المدة من وقت تمكنه من الانتقال، لأن غرض الموصي أن ينتفع الموصى له، فإذا كان غائباً فان الوقت لا يبتدىء إلا من وقت حضوره.

هذا ومن يطالع فروع الحنفية يجد عندهم مثل هذين الرأيين، وجاء في الفتاوى الهندية جـ ٦ ص ١٢٢. في الكلام على الوصية بسنة بغير عينها، وكان يجب أن تتعين السنة التي وجد فيها الموت».

(٢) ونصها «إذا كانت الوصية بالمنفعة لمعين مدة معلومة المبدأ والنهاية استحق الموصى له المنفعة في هذه المدة فإذا انقضت المدة قبل وفاة الموصي اعتبرت الوصية كأن لم تكن، وإذا انقضى بعضها استحق الموصى له المنفعة في باقيها.

وإذا كانت المدة معينة القدر غير معلومة المبدأ بدأت من وقت وفاة الموصي».

ذلك الوارث متعدياً فيضمن له قيمة ما فوته من المنفعة كلها أو بعضها ، وليس للموصى له أن يطالب بتمكينه من الانتفاع بالدار مدة أخرى إلا إذا رضي جميع الورثة بذلك فيكون بالخيار بين أخذ البدل والانتفاع.

الصورة الثانية: أن يكون المانع من جميع الورثة بأن يمنعوه من الانتفاع كل المدة أو بعضها ، وفي هذه الصورة يضمن الورثة للموصى له حقه لتعديهم عليه والضمان هنا بأحد أمرين إما بإعطائه قيمة المنفعة، أو بتمكينه من الانتفاع مدة تعادل المدة التي فاتت عليه وهو بالخيارين الأمرين، فإذا اختار أحدهما أجبر الورثة على تنفيذ ما اختاره.

الصورة الثالثة: أن يكون المنع بسبب من جانب الموصى، أو بعذر يحول بين الموصى له والانتفاع.

وفي هذه الصورة يستحق الموصى له الانتفاع مدة أخرى تبدأ من وقت زوال المانع.

فلو أجر الموصى الدار الموصى بمنفعتها مدة معلومة، ثم مات قبل انتهاء مدة الإجارة، فإن عقد الإجارة لا ينفسخ بموت المؤجر، بل يبقى حق المستأجر في المنقعة إلى أن تنتهي مدة العقد، وهذا عند الشافعي الذي أخذ القانون أحكام المنع من الانتفاع من مذهبه، فالمانع من الانتفاع هنا جاء بسبب من جهة الموصى، وعليه لا يكون للموصى له أن ينتفع إلا بعد انتهاء حق المستأجر، لأن حقه متقدم على حق الموصى له.

وإذا كان الموصى له سجيناً أو غائباً وقت ابتداء مدة الوصية كان المانع من جهته، وهو عذر حال بينه وبين الاستيفاء فيستوفي المنفعة بعد زوال العذر.

ولا يخفي أن المنع من الانتفاع إنما يكون فيما إذا كان الموصى به انتفاعاً شخصياً، أما إذا كان الموصى به استغلالاً فالغلة له في المدة المحددة، وعلى من

أخذها أو منعه من الاستغلال أن يسلمها له، أو يضمن له قيمتها.

جاء بيان أحكام المنع في المادة الحادية والخمسين[1] مستمدة من مذهب الشافعي.

النوع الثاني:

وهو الوصية غير المؤقتة سواء نص على تأبيدها أولا وهذا النوع تختلف أحكامه تبعاً لاختلاف الموصى له، وتحت ذلك النوع صور.

الصورة الأولى: أن تكون الوصية لمعين واحداً كان أو أكثر على وجه التأبيد أو الإطلاق. أو مدة حياة الموصى له كأن يقول: أوصيت بسكنى هذه الدار لفلان أبداً، أو مدة حياته أو لم يحدد مدة ولم ينص على التأبيد، أو يقول: أوصيت لفلان وفلان بسكنى هذه الدار، أو لمن سيولد لفلان.

وفي هذه الصورة يستحق الموصى له سكنى الدار مدة حياته فقط، ثم تعود المنفعة لمالك الدار بعد ذلك.

أما على النص على مدة الحياة فظاهر: وأما على الإطلاق فلأن المطلق يتصرف إلى الفرد الكامل، والموصى هنا قصد الانتفاع الكامل للموصى له، وهذا يتحقق بجعله له مدة حياته، وأما على النص على التأبيد فلأن الوصية

---

(١) ونصها، إذا منع أحد الورثة الموصى له من الانتفاع بالعين كل المدة أو بعضها ضمن له بدل المنفعة ما لم يرض الورثة كلهم أن يعوضوه بالانتفاع مدة أخرى.

وإذا كان المنع من جميع الورثة كان الموصى له بالخيار بين الانتفاع بالعين مدة أخرى أو تضمينهم بدل المنفعة.

وإذا كان المنع من الانتفاع من جهة الموصي، أو لعذر حال بين الموصى له والانتفاع وجبت له مدة أخرى من وقت زوال المانع».

بالمنفعة تنتهي بموت الموصي له. كما هو مقرر بمذهب الحنفية[1]، وبه أخذ القانون.

جاء حكم هذه الصورة في المادة الواحدة والستين[2] لكنها اشترطت أن ينشأ الاستحقاق في مدى ثلاث وثلاثين سنة من وقت وفاة الموصى، فإن تأخر الاستحقاق عن هذه المدة بطلت الوصية.

ويتصور تأخر الاستحقاق للموصى له المعين بالاسم فيما إذا كانت الوصية له معلقة على شرط لم يتحقق عقب وفاة الموصي، كأن يقول: أوصيت لفلان بسكنى داري بالإسكندرية إذا نقل إليهَا أو انهدمت داره فيها مثلا.

الصورة الثانية: أن تكون الوصية لقوم غير محصورين ممن يظن انقطاعهم كما لو أوصى لذرية فلان بغلة هذه الأرض، أو بسكنى هذه الدار فإنهم يستحقون الوصية إلى أن ينقرضوا[3]، ثم تعود المنفعة إلى مالك العين.

الصورة الثالثة: أن تكون الوصية لقوم غير محصورين لا يظن انقطاعهم، أو لجهة عامة، كما لو أوصى بغلة أرضه للمحتاجين أو للمساكين، أو للمسجد أو للملجأ مثلاً.

وفي هذه الصورة يثبت استحقاق الموصى لهم على التأبيد لا يتحدد بأمد سواء نص على تأبيد أو أطلق في وصيته؛ لأن هذه الوصية في معنى الوقف،

---

(١) وذهب الأئمة الثلاثة إلى أنه في حالة التأبيد لا تنتهي الوصية بموت الموصى له بل ينتقل الحق إلى ورثته. وكلما مات واحد منهم انتقل نصيبه إلى ورثته.

(٢) ونصها «إذا كانت الوصية بالمنفعة لمعين مؤبدة. أو لمدة حياته أو مطلقة استحق الموصى له بالمنفعة مدة حياته بشرط أن ينشأ استحقاقه للمنفعة في مدى ثلاث وثلاثين سنة من وفاة الموصي».

(٣) تقدم حكم الوصية بالمنافع للطبقات المرتبة وغير المرتبة عند الكلام على أحكام الموصى له.

وكأن الموصي وقفها بعد وفاته فلا تملك لأحد من بعده.

جاء حكم هاتين الصورتين في المادة الثانية والخمسين[1].

الصورة الرابعة: أن تكون الوصية لمعين أو لقوم محصورين مدة معينة، ثم من بعدهم لقوم غير محصورين لا يظن انقطاعهم أو لجهة برعامة، كما لو أوصى بغلة هذه الأرض لفلان خمس سنوات، ثم من بعده للفقراء أو للمسجد، أو أوصى لأولاد فلان بغلة هذه الدار عشر سنوات، ثم من بعدهم للمستشفى.

وفي هذه الصورة تكون الوصية مؤبدة سواء نص على التأبيد أو أطلق، لأن آخرها لمن لا يظن انقطاعهم، أو للجهة العامة فتكون العين الموصي بمنفعتها وقفاً كما في الصورة السابقة.

وأما المنفعة فإنها تكون لمن وجد من الموصى لهم أولا وقت وفاة الموصي واحداً كان أو أكثر، فإذا انقضت المدة المعينة لهم انتقل الحق للموصى لهم ثانياً، وهم غير المحصورين أو الجهة.

وإذا لم يكن أحد من المحصورين موجوداً وقت وفاة الموصي، وكان الأمل في وجودهم قائماً فإن المنفعة تصرف لأعم جهات البر نفعاً إلى أن يوجد هؤلاء فتصرف لهم بشرط أن تكون المدة الموصى لهم بها باقية، وألا يكون مضى على

---

(١) ونصها «إذا كانت الوصية بالمنفعة لقوم غير محصورين لا يظن انقطاعهم أو لجهة من جهات البر وكانت مؤبدة أو مطلقة استحق الموصى لهم المنفعة على وجه التأبيد فإذا كانت الوصية مؤبدة أو مطلقة لقوم غير محصورين يظن انقطاعهم استحق الموصى لهم المنفعة إلى انقراضهم.

ويجب مراعاة أحكام المادتين السابقتين إذا كانت الوصية بمدة معلومة المبدأ والنهاية أو بمدة معينة القدر غير معلومة المبدأ والنهاية».

وفاة الموصي ثلاث وثلاثون سنة، فإذا وجدوا بعد انتهاء المدة سقط حقهم وكانت المنفعة للجهة الموصي لها ثانياً، وإذا وجدوا بعد ثلاث وثلاثين سنة من وفاة الموصي فإنه يسقط حقهم أيضاً، وتؤول الى الجهة الموصي لها ثانياً ما لم يكن في مدة الوصية الأولى بقية فإنها تكون لأعم جهات البر نفعاً.

وإذا لم يوجد أحد منهم وقت وفاته، وانقطع الأمل في وجودهم كانت الغلة لأعم جهات البر نفعاً سواء كانت هي الجهة الموصى لها ثانياً أو غيرها حتى تنتهي مدة الوصية الأولى فتؤول إلى الجهة المعينة.

ومثل ذلك إذا وجدوا وانقرضوا مع اليأس من وجودهم. جاء بيان ذلك في المادة الثالثة والخمسين[1].

الوصية بالغلة والثمرة:

ومن صور الوصية بالمنفعة أن يوصي بغلة أرضه أو بثمرتها، فإذا وجدت وصية بأحداهما ونص فيها على التأبيد أو مدة حياة الموصى له كانت له الثمرة أو الغلة طول حياته، وإن نص في الوصية على أن للموصى له ما يوجد منها وقت وفاته، أو وجدت قرينة تدل على ذلك كان للموصى له الموجود منها وقت وفاة الموصي إن وجد، وإن لم يوجد فلا شيء له، وإن أطلق الوصية بهما ولم توجد قرينة تدل على شيء معين كان للموصى له الموجود منهما وقت وفاة الموصي،وما يوجد في المستقبل طول حياته ولا فرق بين الغلة والثمرة.

---

(١) ونصها «إذا كانت الوصية بالمنفعة لمدة معينة لقوم محصورين ثم من بعدهم لمن لا يظن انقطاعهم أو لجهة من جهات البر ولم يوجد أحد من المحصورين في خلال ثلاث وثلاثين سنة من وفاة الموصي أو في خلال المدة المعينة للمنفعة أو وجد في خلال هذه المدة وانقرض قبل نهايتها كانت المنفعة في المدة كلها أو بعضها على حسب الأحوال لما هو أعم نفعاً من جهات البر».

وإذا لم يوجد شيء منهما في هذا الوقت كان للموصى له ما يوجد منهما في المستقبل طول حياته كذلك. وهذا ما ذهب إليه الشافعية، وبه أخذ القانون في مادته الخامسة والخمسين[1] بعد أن عدل عن مذهب الحنفية الذي يفرق بينهما في حالة الإطلاق فيجعل للموصى له بالغلة ما يوجد منها عند وفاة الموصى وما يوجد في المستقبل حتى آخر حياته. وأما الموصى له بالثمرة فلا يكون له إلا الموجود منها عند وفاة الموصي، فإذا لم توجد ثمرة عند وفاته فلا يستحق شيئاً وتبطل وصيته في القياس، وفي الاستحسان[2] لا تبطل ويكون له ما يحدث من الثمار بعد الموت إلى أن يموت الموصى له ما دام البستان الموصى بثمرته يخرج من ثلث ماله.

ملكية العين الموصى بمنفعتها

وإذا كانت الوصية في بعض صورها وهي المؤبدة تأخذ حكم الوقف، كما لو كانت لقوم لا يحصون ممن لا يظن انقطاعهم، أو كانت لجهة بر كذلك، سواء كان ذلك ابتداء أو مآلا، لأن تأبيد الانتفاع يقتضي جعل العين موقوفة ليمكن تحقيق هذا التأبيد، وفي هذه الصورة لا تكون مملوكة لأحد، وتكون نفقاتها على المنتفعين.

وأما في غيرها من الصور فإن ملك المنفعة يثبت للموصى له إلى أن تنتهي

---

(١) ونصها «إذا كانت الوصية بالغلة أو الثمرة فللموصى له الغلة أو الثمرة القائمة وقت موت الموصي وما يستجد منها مستقبلاً ما لم تدل قرينة على خلاف ذلك.

(٢) راجع الفتاوى الهندية جـ ٦ ص ١٢٣، والمبسوط جـ ٨ ص ٢. وتفرقة الحنفية بين الوصيتين راجعه إلى اختلاف دلالة اللفظين، فإن لفظ الغلة يدل على الموجود والمعدوم حقيقة، ولفظ الثمرة يدل على الموجود حقيقة ولا يدل على المعدوم إلا مجازاً كما يقول صاحب المبسوط، وهذه التفرقة لا تسلم لهم كما ترى.

المدة المحددة، أو يموت الموصى له المعين، أو ينقرض الموصى لهم المحصورين والعين تكون مملوكة لغير مالك المنفعة، فقد تكون مملوكة لورثة الموصي، أو لموصى له آخر فيما إذا وجدت وصيتان إحداهما بالمنفعة،والأخرى بالرقبة.

وإذا كان الملك موزعاً فعلى من تكون نفقات العين في حالة التوزيع؟ في المسألة تفصيل.

إذا لم تكن العين صالحة للانتفاع، كما إذا كانت أرضاً غير صالحة للزراعة مثلا فإن نفقات إصلاحها، وما يفرض عليها من ضرائب تكون على مالك الرقبة، لأن الموصى له بالانتفاع لا غنم له فيها حتى يغرم نفقاتها.

أما إذا كانت صالحة للانتفاع، وتمكن الموصى له بالمنفعة منه فإن نفقاتها تكون على الموصى له بالمنفعة في مدة انتفاعه لا فرق[1] بين ما يتعلق بحفظها وبقائها وبين ما يتوقف عليه استيفاء المنفعة، وكذلك ما يفرض عليها من ضرائب، لأنها تفرض على الانتفاع، ولهذا تقدر بنسبة الغلة.

وإنما وجبت النفقة على مالك المنفعة لأن النفع له فكان عليه ضره والغرم بالغنم.

ولأن ايجاب النفقة على من لا نفع له ضرر محض فيصير معنى الوصية. أوصيت لفلان بنفع هذا، وأبقيت ضرره على ورثتي، أو أوصيت بضرره لفلان وهذا غير معقول شرعاً[2].

---

(١) الشافعية يجعلون النفقة المتوقف عليها بقاء العين على مالك الرقبة وما عداها على مالكالمنفعة كما يؤخذ ذلك من تحفة المحتاج جـ ٧ ص ٦٤. ولكن ابن قدامة في المغنى ينسب لهم القول بأن جميع النفقات على مالك الرقبة فيقول: إن النفقة على صاحب الرقبة وهو قول أبي ثور وظاهر مذهب الشافعي.

(٢) راجع المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٦١.

ثم إن وجوب النفقة عليه ما دام متمكناً من الانتفاع سواء انتفع بالفعل أو لا، أثمرت الأرض أو لا، بسبب من جهته أو بسبب خارج عن إرادته.

وإذا امتنع صاحب المنفعة عن الانفاق عليها أو عن دفع الضرائب المستحقة عليها وقام صاحب الرقبة بالإنفاق أو دفع الضرائب كان ذلك حقاً له في غلتها يقدم على حق المنتفع فيها[1].

جاء بيان ذلك في ا لمادة الثامنة والخمسين[2].

ولمالك الرقبة حق بيعها، ولكن هل يكون هذا البيع نافذاً أم يتوقف على إجازة الموصى له بالمنفعة؟

إذا كان البيع لمالك المنفعة صح البيع ونفذ، وبطلت الوصية بالاتفاق. لأنه ملك المنفعة بملك رقبتها فلا معنى لبقاء الوصية[3].

وإذا كان البيع لغيره ففقهاء الحنفية يقولون: إنه يتوقف على إجازة الموصى

---

(١) جاء في الفتاوى الهندية جـ ٦ ص ١٢٧ «ولو أوصى بغلة نخلة أبداً لرجل، ولآخر برقبتها ولم تدرك ولم تحمل فالنفقة في سقيها والقيام عليها على صاحب الرقبة، فإذا أثمرت فالنفقة على صاحب الغلة، فان حملت عاماً ثم احالت فلم تحمل شيئاً فالنفقة على صاحب الغلة، وهو نظير نفقة الموصي بخدمته فانها على الموصى له بالخدمة بالليل والنهار جميعاً وإن كان هو ينام بالليل ولا يخدم، فان لم ينفق صاحب الغلة وانفق صاحب الرقبة عليها حتى تحمل فانه يستوفي نفقته من ذلك. كذا في المبسوط جـ ٢٨ ص ٤.

(٢) ونصها «إذا كانت الوصية لمعين بالمنفعة ولآخر بالرقبة فان ما يفرض على العين من الضرائب وما يلزم لاستيفاء منفعتها يكون على الموصى له بالمنفعة».

(٣) راجع الفتاوى الهندية جـ ٦ ص ١٢٧، وفي المغنى لابن قدامة: إن بيع العين الموصي بمنفعتها فيه مذاهب ثلاثة. لا يجوز مطلقاً لأن مالا منفعة فيه لا يصح بيعه كالحشرات والميتات، وقيل يصح بيعه من مالك المنفعة دون غيره لأنه يجتمع له الملكان فينتفع بذلك بخلاف غيره، وقيل يصح له ولغيره. وهو مذهب الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي: وفي تحفة المحتاج جـ ٧ ص ٦٥ يصح البيع مطلقاً إذا لم تؤيد الوصية فان أيدت صح له ولغيره:

له بالمنفعة إن أجازه نفذ وبطلت الوصية، لأن هذه العين تعلق بها حقه فيتوقف التصرف فيها على إذنه فإذا أذن فقد أسقط حقه.

ويرى غيرهم أنه لا يتوقف نفاذه على إجازة الموصى له، بل ينفذ وينتقل الملك إلى المشتري الجديد مع بقاء حق الموصى له في المنفعة حتى ينتهي حقه، ثم تعود المنفعة إلى مالك الرقبة فيتم ملكه، وذلك لأن ملك هذه العين ينتقل إلى ورثة المالك بعد وفاته، ولا يتوقف على رضا الموصى له، لأن حقه لا يتأثر بهذا الانتقال فكذلك في البيع.

والقانون أخذ بالرأي الثاني، وترك مذهب الحنفية، كما جاء في مادته الستين[1].

تقدير المنفعة الموصى بها

قدمنا أن الوصية إذا كانت بالأعيان المالية قدرت بقيمة العين نفسها، وهذا قدر متفق عليه بين الفقهاء، وبه أخذ القانون.

أما الوصية بالمنافع فالفقهاء مختلفون في تقديرها تبعاً لاختلافهم في مالية المنافع وعدم ماليتها من جهة، واختلاف المنفعة الموصى بها بالتأبيد والتوقيت من جهة أخرى.

فمنهم من يرى أن تقديرها يكون بتقدير العين المنتفع بها نفسها، فإن خرجت العين من ثلث التركة نفذت من غير توقف، وإلا توقف النفاذ على إجازة الورثة فيما زاد، **وإلى هذا ذهب فقهاء الحنفية**[2]. لا فرق عندهم بين الوصية المؤبدة والمؤقتة. طال الوقت أم قصر. معللين ذلك، كما يؤخذ من

---

(١) ونصها «يجوز لورثة الموصي بيع نصيبهم في العين الموصي بمنفعتها بغير حاجة إلى إجازة الموصى له»:

(٢) البدائع جـ ٧ ص ٢٥٣، ورد المحتار جـ ٦ ص ٦٧٨، والفتاوى الهندية جـ ٦ ص ١٢٢.

البدائع ورد المحتار[1] وغيرهما ـ بأن الوصية بالمنافع لشخص حبس لها عن الورثة مدة انتفاع الموصى له بها، لأن المقصود من الأعيان منافعها، والموصى لا يملك حبس الأعيان عن ورثته إلا في حدود ثلث التركة، فإذا كانت العين لشخص والمنفعة مستحقة لآخر أصبحت العين عديمة الفائدة بالنسبة لمالكها، فصارت الوصية بالمنفعة كأنها وصية بالعين ذاتها، فتقدر المنفعة بها[2].

والحنابلة[3] يذهبون إلى التفصيل بين الوصية بمدة مقدرة معلومة وبين التي لم تعلم مدتها، فجعلوا التقدير في الأولى للمنفعة فقط بأن تقوم العين بمنفعتها في تلك المدة، ثم تقوم وحدها بدون المنفعة فيها والفرق بينهما هو قيمة المنفعة، وهو مقدار الوصية.

أما الوصية التي لم تعلم مدتها سواء أكانت مؤبدة أم مطلقة أم مقيدة بمدة مجهولة كحياة الموصى له مثلاً ففي تقديرها وجهان.

أحدهما: أنها تقدر بمجموع الرقبة والمنفعة، لأن تمليك المنفعة على هذه الصورة يجعل العين لا قيمة لها في نظر الناس غالباً، ولأن تقدير المنفعة وحدها حينئذ متعذر.

وثانيهما: أنها تقدر بقيمة المنفعة وحدها، بأن تقوم العين بمنفعتها، ثم تقوم

---

(١) المصدر نفسه.

(٢) هكذا علل الحنفية رأيهم في هذا الموضوع، وهو كما ترى غير مسلم على إطلاقه، لأنه إن سلم لهم فيما إذا كانت الوصية مؤبدة أو مطلقة فلا يسلم فيما اذا كانت محددة بمدة معلومة، ومن ذا الذي يقول إن تمليك المنفعة عاماً أو عامين يجعل العين لا قيمة لها؟؛
وعندي أنهم لو عللوا رأيهم بأن المنافع ليست أموالاً فلا تقوم إلا في ضمن عقد معاوضة كعقد الإجارة، والوصية ليست عقد معاوضة حتى تقوم فيها المنافع وحدها لو قالوا ذلك لاستقام مع أصلهم في المتاقع، وان لم يسلم لهم هناك.

(٣) راجع المغنى جـ ٦ ص ٥٩ وما بعدها.

العين مسلوبة المنفعة كما جاء بالوصية، والفرق بينهما هو قيمة الوصية، **فإذا** قومت العين بمنفعتها بمائة وبدون المنفعة بعشرة تكون قيمة المنفعة تسعين.

وفقهاء الشافعية[1] يوافقون الحنابلة في هذا التفصيل إذا كانت الوصية بمنافع العين كلها كغلة الأرض والدار، أو منافعها، أما إذا كان الموصى به بعض منافع العين: كما لو أوصى لشخص بثمرة ما في أرضه من أشجار وهذه الأرض تستغل بالزراعة مع ما فيها من أشجار، أو أوصى لشخص بألبان بقرة مثلا ـ ففي هذه الحالة تقدر المنفعة وحدها، بأن تقوم الأعيان بمنافعها كلها ثم تقوم بغير المنفعة الموصى بها، والفرق بينهما هو قيمة الوصية سواء كانت مؤبدة أو مؤبدة أو مطلقة أو محددة المدة معلومة كانت أو مجهولة.

والقانون لم يلتزم مذهباً بعينه من هذه المذاهب. بل فصل تفصيلاً آخر. وهو أن الوصية إذا كانت مؤبدة أو مطلقة أو مجهولة المدة أو بأكثر من عشر سنوات قدرت بقيمة العين نفسها سواء كانت الوصية بكل منافع العين أو ببعضها،ذلك لأن الوصية بهذه الصورة تعدم أمل الورثة في رجوع العين إليهم للانتفاع بها كما في الوصية المؤبدة. أو تجعله ضعيفاً كما في بقية الصور. ومن هنا تكون هذه العين كالمعدومة بالنسبة لهم فتحسب كلها من الثلث، وهو في هذا آخذ بمذهب الحنفية حيث يتفق معه من كل الوجوه، وإن كان موافقاً لمذهب الحنابلة في بعض صوره. ولمذهب الشافعية في بعض صوره كذلك.

وأما إذا كانت الوصية بعشر سنوات فأقل فإن التقدير يكون للمنفعة

---

(١) جاء في نهاية المحتاج جـ ٧ ص ٦٨ في هذا الموضوع « والأصح أنه تعتبر قيمة العبد كلها أي مع منفعته من الثلث إن أوصي بمنفعته أبداً أو مدة مجهولة. وإن أوصي بها مدة معلومة قوم بمنفعته ثم قوم مسلوبها تلك المدة، ثم قال: والكلام في الوصية بجميع المنافع. فلو أوصى له ببعضها كلبن الشاة مثلاً قومت بلبنها ثم خلية عنه أبداً أو إلى المدة المعلومة إن ذكرها، ونظر في التفاوت أيسعه الثلث أم لا. اهـ المقصود منه. **ومن هذا يعلم أن ما قرره بعض الكاتبين من أن مذهب الشافعية هو تقدير المنفعة وحدها في جميع الصور ليس محرراً.**

نفسها لانتفاء المانع من التقدير بها، فأمل الورثة قريب في رجوع العين إليهم.

والقانون في هذا النوع موافق في جملته لمذهبي الشافعية والحنابلة، لأن التحديد بعشر سنوات لا وجود له في هذين المذهبين، بل كان ذلك اجتهاداً من واضعي مشروع القانون. جاء بيان ذلك في المادة الثانية والستين[1].

كيفية استيفاء المنفعة الموصى بها

الوصية بالمنفعة قد تقع بلفظ شامل لجميع أنواع الانتفاع. كقوله: أوصيت بمنافع داري هذه لفلان يستوفيها كيف شاء، وقد تكون بلفظ يدل في عرف الناس على نوع من أنواع الانتفاع، كما لو قال: أوصيت لفلان بسكنى هذه الدار، أو أوصيت له باستغلالها، وقد تكون بلفظ مطلق غير مقيد بنوع دون آخر. كأوصيت بمنفعة هذه الدار لفلان.

ولا خلاف بين الفقهاء في أن اللفظ الشامل يفيد تمليك كافة الوجوه، ويكون للموصى له حرية اختيار الوجه الذي يستوفي به المنفعة، فله أن يستوفيها بطريق استعماله الشخصي، فإذا كانت داراً سكنها، أو أرضاً زرعها، أو سيارة ركبها، وله أن يستوفيها بطريق الاستغلال، فيؤجر العين الموصى بمنفعتها وينتفع بأجرتها.

أما بقية الصور فقد اختلفوا فيما يملكه الموصى له فيها.

فمنهم من تمسك بمدلول الألفاظ، لأنها معبرة عن إرادة الموصي، فالوصية وإن أفادت التمليك إلا أنه تمليك على وجه خاص، فمن أوصى بسكنى داره إنما قصد انتفاعه على هذا الوجه دون سواه، فلو أبيح للموصى له استغلال

---

(١) ونصها إذا كانت الوصية بكل منافع العين أو ببعضها وكانت مؤبدة أو مطلقة أو لمدة حياة الموصى له أو لمدة تزيد على عشر سنين قدرت بقيمة العين الموصي بكل منافعها أو ببعضها. فإذا كانت الوصية لمدة لا تزيد على عشر سنين قدرت بقيمة المنفعة الموصى بها في هذه المدة.

الدار كان ذلك تمليكاً لشيء لم يقصده الموصى ومخالفة لإرادته، وتظهر هذه المخالفة واضحة جلية فيما إذا جاءت الوصية بالسكنى مانعة من الاستغلال، أو بالعكس ففي الوقوف عند دلالة الألفاظ تحقيق لرغبة الموصي، ومصلحة الموصى له الذي ملك المنفعة مجاناً، فلا يضيره المنع من تجاوز معاني الألفاظ.

وهذا هو ما ذهب إليه فقهاء الحنفية، فكلامهم في جملته يدور حول هذا المعنى مع تفصيل[1] واختلاف في بعض الصور.

ومن الفقهاء من ذهب إلى التفصيل بين ما إذا كان اللفظ مفيداً تمليك المتفعة وبين ما إذا كان مفيداً إباحتها فقط، ففي الأول يملك الأمرين سواء وردت بلفظ السكنى أو الاستغلال، وفي الثاني لا يكون له إلا ما دل عليه اللفظ أو القرينة، وإلى هذا ذهب الشافعية[2] والحنابلة، وإن كان الشافعية قيدوا ذلك بما إذا كانت الوصية غير مؤقتة.

وخلاصة المذهبين أن الموصى إذا نص على أن الموصى له أن ينتفع بنفسه فقط بأن أسند الانتفاع إليه كأن يقول: يسكنها بنفسه، أو ينتفع بها بنفسه، أو وجدت قرينة دالة على ذلك، كما إذا أوصى لفلان بأن ينزل في داره المعدة للضيافة مدة محددة من الزمن، فإنه يملك الاستعمال الشخصي فقط عملاً بمقتضى

---

(١) خلاصة مذهبهم أن الموصي إذا نص على أحد الأمرين ونهى عن الآخر تقيد الموصى له بما قيده به الموصى تحقيقاً لإرادته، وإن نص على السكنى وسكت عن الاستغلال ملك الموصى له السكنى فقط، وإن نص على الاستغلال وسكت عن السكنى فاختلف المتأخرون منهم. فبعضهم يرى أنه يملك السكنى كذلك. لأن الاستغلال أعلى من السكنى، ومن ملك الأعلى ملك الأدنى، ثم إن الاستغلال معناه أن يسكن غيره ويأخذ أجراً نظير ذلك فله أن يسكن هو من باب أولى. وبعضهم يرى أنه لا يملك السكنى، لأن الوصية بالاستغلال وصية بالأجرة وهي غير السكنى التي هي انتفاع شخصي، وإذا أطلق ملك الاستغلال باعتباره الفرد الكامل، لأن المطلق ينصرف إليه فلا يملك السكنى.

(٢) راجع تحفة المحتاج جـ ٧ ص ٦٢، والمغني لابن قدامة.

اللفظ والقرينة، وأما إذا لم ينص ولم توجد قرينة كذلك فإن الموصى له يملك الاستعمال الشخصي والاستغلال سواء وردت الوصية بلفظ السكنى او بلفظ الاستغلال، أو بلفظ المنفعة مطلقة عن التقييد بواحد منهما، لأن هذا العقد ملك الموصى له المنفعة، ومتى ملكها كان له حق استيفائها بأي وجه[1].

وبالمقارنة بين المذهبين نجد أن ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة أرجح مما ذهب إليه الحنفية، لأن الموصي قصد نفع الموصى له، وتحقيق مصلحته، والمصلحة تختلف باختلاف الأشخاص والأزمان، فقد يرى الموصي أن الاستغلال أنفع للموصى له فيوصي به، في حين أن الموصى له يكون محتاجاً أشد الحاجة لسكنى الدار عند تنفيذ الوصية، وبالعكس.

وعلى ذلك يكون من الخير ألا نقيد الموصى له بوجه خاص ما دام اللفظ مفيداً تمليك المنفعة، فقد يكون الموصى له بالسكنى مضطراً للاقامة في بلد آخر،فإذا قيد بالسكنى ضاعت عليه المنفعة، وكذلك لو كانت الدار تفيض عن سكنه أو له سكن آخر.

والقانون ترك مذهب الحنفية وسار في دائرة المذهب الثاني في مادته الرابعة والخمسين[2]، فلم يقيد الموصى له بوجه خاص، فجعل حق الاستيفاء بواحد من الطريقين، بل إنه تجاوز حدود هذا المذهب وجعل له اختيار أي الطريقين حتى

---

(١) ففي نهاية المحتاج للشافعية. إنه إذا قامت القرينة أو اطرد العرف على أن المراد من عبارة الموصي تمليك المنفعة بأي لفظ كان ملك الأمرين، وإن كان لا يفيد التمليك بل الإباحة أو الانتفاع الشخصي. كما إذا أسند السكنى أو الانتفاع إلى الموصي له فإن هذا الإسناد يقتضي قصورهما على مباشرته هو فلا يملك الاستغلال في هذا الوجه.

(١) ونصها «إذا كانت العين الموصي بمنفعتها تحتمل الانتفاع أو الاستغلال على وجه غير الذي أوصي به، جاز للموصى له أن ينتفع بها أو يستغلها على الوجه الذي يراه بشرط عدم الإضرار بالعين الموصي بمنفعتها.

ولو منعه الموصى من أحدهما ، فما دامت العين الموصى بمنفعتها تحتمل الأمرين كان للموصى له أن يختار الوجه الذي يحقق مصلحته إذا لم يضر ذلك بالعين نفسها .

وجاء في المذكرة التفسيرية توجيهاً لذلك « إن المصلحة في إعطاء مالك المنفعة حق توجيهها إلى ما يراه من فائدته . فقد يضطر الموصى له بالسكنى إلى الإقامة في جهة أخرى، أو يكون الموصى له بسكناه أكثر من حاجته، وقد يكون الموصى له بالغلة في حاجة إلى سكنى الدار . لهذا وضعت هذه الأحكام، وروعى فيها ألا يترتب على تصرف الموصى له ضرر بالعين الموصى بها ، كما لو كانت داراً صالحة للسكنى فأجرها لمن يستعملها مصنعاً وفي وضع آلات المصنع فيها ضرر، لأن جدرانها لا تحتمل حركة آلات المصنع، وهذا التوسع وإن لم يوجد في مذهب من المذاهب المشهورة إلا أنه ليس خارجا عن قواعد التشريع » .

المنفعة المشتركة وطريقة استيفائها

إذا كانت المنفعة الموصى بها لواحد ولا شريك له فيها استوفاها على الوجه السابق، أما إذا كان المنتفعون أكثر من واحد بأن تعدد الموصى لهم ،أو كان الورثة شركاء للموصى له في الانتفاع بالعين: كما إذا أوصى لواحد بمنفعة نصف داره، فإن اتفقوا على طريقة خاصة وجب اتباع ما اتفقوا عليه، وإن اختلفوا كان الفصل بينهم للقاضي يتبع إحدى طرق ثلاث .

١ ـ استغلال العين إما بزرعها أو بتأجيرها وتقسيم الغلة بين الشركاء على حسب حصصهم .

٢ ـ تقسيم العين بينهم قسمة مهيأة زمنية أو مكانية .

فالأولى: بأن تعطي العين كلها لكل واحد من الشركاء زمناً ينتفع بها فيه

على الوجه الذي يختاره، ثم يأخذها غيره وهكذا إلى آخرهم، ويكون زمن انتفاع كل واحد بنسبة ماله من المنفعة.

والثانية: بأن يعطي لكل واحد جزءاً من تلك العين بنسبة نصيبه لينتفع به عاماً، ثم يتبادلوا تلك الأجزاء، فيأخذ هذا ما كان في يد الآخر وبالعكس ليتوزع الانتفاع بينهم من غير مفاضلة.

٣ ـ تقسيم العين بينهم أجزاء يعطي لكل واحد جزء ينتفع به من غير تبادل كما في الوجه السابق، ولكن جواز ذلك مشروط بشرطين. أن تكون العين مما تقبل القسمة، وألا يكون في قسمتها ضرر يلحق الورثة، فإذا انتفى أحد الأمرين منعت القسمة واتبع إحدى الطريقتين السابقتين.

فلو كانت الدار الموصى بمنفعتها صغيرة لا تقبل القسمة، وطلب أحد الشركاء قسمة عينها لم يجب إلى طلبه، وإن كانت كبيرة إلا أن قسمتها تحتاج إلى تكاليف من إقامة حواجز بين الأقسام، وهدم بعض الجدران، وعند نقض هذه القسمة يحتاج الهدم إلى تكاليف أخرى، أو كان التقسيم في ذاته يشوه جمال البناء وينقص قيمته لا يلجأ إلى هذا الطريق.

عرض القانون لبيان هذه الأحكام في مادته السابعة والخمسين[1].

ولقد جاء بالمذكرة التفسيرية أنه «إذا كانت الوصية بحق لا يمكن قسمته ولا المهيأة فيه يجتهد القاضي في تقدير مدى استعمال الحق معتمداً على القواعد العامة للشريعة».

---

(١) ونصها «تستوفي المنفعة بقسمة الغلة أو الثمرة بين الموصى له وورثة الموصي بنسبة ما يخص كل فريق أو بالتهايؤ زماناً أو مكاناً، أو بقسمة العين إذا كانت تحتمل القسمة من غير ضرر».

ما تنتهي به الوصية بالمنفعة ومبطلاتها .

الوصية بالمنفعة إذا كانت لغير المحصورين ممن لا يظن انقطاعهم أو لجهة من جهات البر ، مؤبدة كانت أو مطلقة لا تنتهي ، فإنها تكون كالوقف .

وإذا كانت لمعين محددة المدة فإنها تنتهي بانتهاء مدتها متى تمكن من استيفائها سواء انتفع بالفعل أو لا .

وإذا كانت له مؤبدة أو مطلقة أو محددة بحياته فإنها تنتهي بوفاته .

وإذا كانت لمحصورين انتهت بانتهاء المدة أو بانقراضهم كلهم .

وإذا كانت للطبقات فإنها تنتهي بانقراض الطبقة الثانية كما سبق بيانه .

أما مبطلاتها فكثيرة عرض القانون لبعضها في مادته التاسعة والخمسين[1]

أولاً : مضي المدة المعينة للانتفاع قبل موت الموصي ، لأن فوات المدة في الوصية بالمنفعة كهلاك العين في الوصية بالأعيان كما بيناه فيما سبق .

وهذا الحكم شامل لمضي المدة كلها أو بعضها ، فتبطل كلها بفوات كل المدة ، وتبطل في الجزء الفائت فقط في فوات بعضها .

ثانياً : موت الموصى له المعين قبل بدء المدة ، أو في أثنائها . غير أن البطلان في الأولى كلي ، وفي الثانية جزئي لعدم وجود المستحق بموته .

ثالثاً : إذا استحقت العين الموصى بمنفعتها فإنه يتبين به أن الموصي أوصى بما لا يملك .

رابعاً : اسقاط الموصى له حقه في المنفعة . إما بإبراء الورثة منه مجاناً ، أو

---

(١) ونصها « تسقط الوصية بالمنفعة بوفاة الموصى له قبل استيفاء المنفعة الموصي بها كلها أو بعضها وبشراء الموصى له العين التي أوصى له بمنفعتها وبإسقاط حقه فيها لورثة الموصي بعوض أو بغير عوض ، وباستحقاق العين .

بعوض كأن يتراضوا على شيء يدفعوه إليه على أن يسلم الغلة ويبرئهم منها فيما لو تعدوا عليها ووجب عليهم ضمانها، أو بمصالحتهم على تركها لهم في نظير عوض ابتداء لأنه صاحب حق يملك إسقاطه كذلك.

هذا وقد سبق أنه إذا اشترى الموصى له بالمنفعة العين الموصى بمنفعتها بطلت الوصية، لأنه ملك المنفعة بملك الرقبة فلا يقاء للوصية.

ومما يلاحظ هنا أن الاستحقاق أو الشرأء إذا كان قبل ابتداء المدة بطلت الوصية كلها، وإذا كان بعد مضي جزء منها بطلت في باقي المدة.

المبحث الثالث
في
الوصية بالحقوق وما في معناها

الوصية بالحقوق جائزة اعترف بها أصحاب المذاهب المشهورة على خلاف بينهم في تفصيلها، وهي - بوجه عام - الحقوق التي تنتقل بالإرث، لأن الوصية أخت الميراث. فكل ما يورث تصح الوصية به.

وقانون الوصية أقر هذا المبدأ في مادته الحادية عشرة[1] حيث جعل الأصل العام في الحقوق التي تصح الوصية بها هو انتقالها بالإرث، ولم ينص إلا على حقين منها، وهما حق الخلو، وحق المنفعة المملوكة بعقد الإجارة، واستند في أولهما إلى مذهب المالكية، وفي الثاني إلى مذهب الشافعية.

والمشرع بمسلكه هذا يهدف إلى غرضين:

---

(١) ونصها «تصح الوصية بالخلو وبالحقوق التي تنتقل بالإرث، ومنها حق المنفعة بالعين المستأجرة بعد وفاة المستأجر.

أولهما: أنه لم يقف بالأصل المقرر في الوصية بالحقوق ـ وهو انتقالها بالإرث مع مذهب الحنفية الذي كان معمولا به من قبل. بل تخطاه إلى المذاهب الأخرى، فكل حق يورث عند الفقهاء تصح الوصية به مهما اختلفت المذاهب فيه.

ثانيهما: عدم قصر الحقوق على المنصوص عليها في المذاهب الفقهية، بل جعل ذلك تابعاً لما يقرره القانون المدني صاحب السلطان في إثبات الحقوق وتكييفها، فهو الذي يقرر أن الحق يورث أو لا يورث، وأما توزيع الحق بين أصحابه فيرجع فيه إلى الشريعة الإسلامية، وعلى هذا تكون تلك المادة مفيدة مشروعية الوصية بكل حق تقرر القوانين أنه يورث سواء نص عليه الفقهاء أو لم ينصوا عليه.

ومن هذه الحقوق التي تورث، وتصح الوصية بها ما صرحت به المادة السابقة ومذكرتها التفسيرية.

١ ـ حقوق الارتفاق ـ ٢ ـ حق التعلي ـ ٣ ـ حق المنفعة المملوكة بعقد الإجارة ـ ٤ ـ حق الخلو.

أما حقوق الارتفاق ـ كحق الشرب والمجرى والمسيل والمرور ـ فالحنفية جوزوا الوصية بها لأنها تورث عندهم، لكنها تبطل بموت الموصى له. فلا تنتقل إلى ورثته بالموت. كالوصية بالمنافع. وعلل ذلك صاحب البدائع بأنها ليست مالا، بل هي حق مالي يشبه الخدمة.

والقانون أقر الوصية بحقوق الارتفاق لدخولها في الحقوق التي تورث، فهو موافق لمذهب الحنفية فيها، ولقد صرحت مذكرته التفسيرية بأن حكمها مأخوذ من هذا المذهب غير أنها قيدت جواز الوصية بها بأحد أمرين. أن تكون الوصية بها تبعاً لأرض موصى بها كذلك، كأن يوصي لشخص بقطعة

أرض مع حقوقها، أو تكون لمالك أرض ينتفع بها، ومعنى هذا أنه لا تصح بها وحدها لمن لا يملك أرضاً ترتفق بهذه الحقوق.

ولم أر في كتب الحنفية تقييداً كهذا؛ ولكن قواعدهم لا تأباه.

أما حق التعلي فلم تصرح بـه المادة، ولكنـه جـاء في المذكـرة التفسيريـة، وصرحت بأنه مأخوذ من مذهب المالكية، ومرجع ذلك أن حق التعلي، وهو حق القرار على بناء مملوك لآخر يصح تمليكه للغير عند المالكية بالبيع سواء كان البناء قائماً أولا.

فإذا كان الشخص يملك منزلاً مكوناً من طابق واحد جاز له أن يبيع لآخر حق البناء على بنائه هذا بعد أن يتفقا على مقدار ما يبنيه المشتري.

والحنفية لم يجوزوا هذا البيع إلا والبناء قائم. بأن يبيع له الطابق الثاني من المبنى، فإذا كان الشخص يملك الطابق الثاني من منزل جاز له بيعه والبناء قائم عليه،فإذا انهدم البناء لا يصح له بيعه، لأنه حق مجرد ليس متعلقاً بمال.

أما الوصية بالمنفعة المملوكة بعقد الإجارة فقد أخذها القانون من مذهب الشافعية الذين قرروا، أن الإجارة لا تنفسخ بموت[1] أحد المتعاقدين، فلو استأجر شخص داراً لمدة خمس سنوات، ومات بعد سنتين مثلاً، فإن عقد الإجارة لا ينفسخ بموته، بل يملك ورثته منفعة الدار بقية مدة الإجارة بطريق الإرث، ومن هنا صحت الوصية بها عندهم. ففي الصورة السابقة، لو أوصى

---

(١) وبهذا جاء القانون المدني الحالي في المادة ـ ١٠٦ فقرة أولى ونصها
أ ـ لا ينتهي الايجار بموت المؤجر ولا بموت المستأجر.
ب ـ ومع ذلك إذا مات المستأجر جاز لورثته أن يطلبوا إنهاء العقد إذا أثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مواردهم أو أصبح الإيجار مجاوزا حدود حاجتهم إليها.

المستأجر لشخص بما يبقى في عقد الإجارة بعد وفاته صح ذلك، وكان للموصى له الانتفاع بالدار بقية المدة، فإذا مات الموصى له قبل تمام المدة بطلت الوصية في الباقي لما سبق. أن القانون سار على انتهاء الوصية بالمنافع بموت الموصى له.

أما الوصية بالخلو فقد صرحت المذكرة التفسيرية بأنه مستند إلى رأي المتأخرين من المالكية، ويتحقق هذا الحق في صور منها: ما إذا كان الوقف محتاجاً إلى عمارة وليس له مال يعمرمنه ،فيتقدم شخص إلى متولي شئون الوقف ويقدم له المال اللازم لتلك العمارة، فيكون بما قدم من مال صاحب خلو، وهو حق يجعل له حق البقاء في العين الموقوفة إن كان مستأجراً لها من قبل، أو يجعله أحق باستئجارها مدة طويلة نظير أجر بسيط يسمى حكراً، أو يجعله أحق بأجرتها بما يعادل ما أنفقه إن تركها واستأجرها غيره.

فإذا ثبت هذا الحق لشخص كان له أن يوصي به لغيره في بقية المدة التي له فيها هذا الحق.

ومنها أن يكون الموقوف عليه محتاجاً إلى نفقات فيدفعها شخص على أن يكون أولى باستئجار العين الموقوفة من غيره، كقطعة أرض موقوفة على مصحة واحتاجت المصحة إلى أدوات فيتولى بها شخص على أن يكون أحق باستئجار الأرض الموقوفة على المصحة من غيره.

والوصية بالحقوق تقدر بقيمة الحق نفسه. بأن تقوم العين محملة بهذا الحق، ثم تقوم مجردة عنه، والفرق بين القيمتين هو قيمة الحق، وهو مقدار الوصية فإن خرج من ثلث التركة نفذت من غير توقف، وإلا توقف على إجازة الورثة فيما زاد عنه، لا فرق في ذلك بين أن تكون الوصية مؤبدة أو مطلقة أو مؤقتة. غاية الأمر أن كيفية التقدير تتبع صورة الوصية، فإن كانت مؤقتة قدرت

العين محملة بهذا الحق في تلك المدة، وإن كانت مطلقة أو مؤبدة قدرت محملة بهذا الحق بهذا الوصف، ولا شك أن القيمة تختلف باختلاف صور الوصية.

جاء بيان التقدير في المادة الثالثة والستين[1].

والمذكرة التفسيرية تصرح بأن هذا التقدير مأخوذ من مذهب الشافعي، مع العلم بأن مذهب الحنفية لا يختلف عن ذلك، ففي رأي أكثرهم أن الحق الموصى به يضم إلى أقرب أرض إليه وينظر بكم تشتري معه وبدونه، والفرق بينهما هو قيمة الحق، كما جاء في شرح المجلة العدلية للأتاسي[2].

الوصية بالإقراض

من الأنواع التي أجازها الفقهاء لما فيها من نفع للموصى له الوصية بالإقراض،فإذا قال الموصي: أوصيت لفلان بمائة جنيه من مالي قرضاً إلى ثلاث سنين مثلاً،فإن هذه الوصية تصح سواء عين المائة بالإشارة إليها أو لم يعينها، ويجب على منفذ الوصية تنفيذها إذا قبلها الموصى له.

وهذه الوصية في بادىء أمرها وصية بالانتفاع بهذا القرض، لأن الموصى له وإن ملك[3] عين المال المقترض إلا أنه ملزم يرد بدله، فيؤول ملكه إلى الانتفاع باستهلاك العين، وإذا كانت ا لوصية بالإقراض وصية بالمنفعة؛ وهي في غالب

---

(١) ونصها «إذا كانت الوصية بحق من الحقوق قدرت بالفرق بين قيمة العين محملة بالحق الموصى به وقيمتها بدونه.

(٢) جاء في جـ ٤ ص ١٩٤ «أن تقدير الوصية بحق الشرب له طريقان عند فقهاء الحنفية.
١ ـ أن يسأل المقومين من أهل ذلك الموضع أن العلماء لو اتفقوا على جواز بيعه منفرداً بكم يشتري وما يقدر به يعتبر من الثلث ـ واكثرهم على أنه يضم إلى أقرب أرض إليه فينظر بكم تشتري معه وبدونه فيكون فضل ما بينهما قيمته» ا. هـ.

(٣) في البدائع جـ ٧ ص ٢٩٦ «حكم القرض هو ثبوت الملك للمستقرض للحال وثبوت مثله في ذمة المستقرض للمقرض للحال، وهذا في ظاهر الرواية، وروي عن أبي يوسف في النوادر أنه لا يملك القرض بالقبض ما لم يستهلك، ثم وجه كلا من الرأيين فليراجع.

صورها تكون مقيدة بزمن فهل الإقراض في الوصية يتقيد بالزمن الذي حدده الموصي، ويلزم الورثة بعدم طلب القرض قبل مضي هذه المدة أولا؟

الفقهاء وإن اختلفوا في لزوم الأجل في القرض ما بين مانع للزومة، ومعترف به إلا أنهم متفقون على لزومه في قرض الوصية، ففقهاء الحنفية الذين لم يجعلوا الأجل لازماً في القرض العام[1] استثنوا الوصية، وجعلوا الأجل فيها لازماً للورثة، فلا يحق لهم أن يطالبوا الموصى له بالقرض قبل انتهاء أجله.

وقد صرحت المذكرة التفسيرية بأن أحكام الوصية بالإقراض مأخوذة من مذهب الحنفية.

ثم إن الوصية بالإقراض تتقيد بالثلث كغيرها من الوصايا، فإذا زاد المال الموصى بقرضه عن الثلث توقف تنفيذ الوصية في القدر الزائد على إجازة الورثة.

صرح القانون بهذا في مادته الثانية عشرة[2]، وتقول مذكرته التفسيرية: إن هذا ما تقتضيه قواعد الحنفية.

---

(١) جاء في البدائع في الموضع السابق «والأجل لا يلزم في القرض سواء كان مشروطاً في العقد أو متأخراً عنه بخلاف سائر الديون لأن القرض تبرع حيث لا يقابله عوض في الحال، فلا يملكه إلا من يملك التبرع، ولأن القرض يسلك به مسلك العارية، لأن المستقرض انتفع بالعين مدة ثم رد ما قبض وإن كان بدله في الحقيقة ورد بدل للعين بمنزلة رد العين ثم قال. وقد يلزم الأجل في القرض بحال بأن يوصي بأن يقرض من ماله بعد موته فلاناً ألف درهم إلى سنة فإنه ينفذ وصيته ويقرض ماله كما أمر وليس لورثته أن يطالبوا به قبل السنة. ا هـ ملخصاً.

والذي يظهر لي في الفرق بين الأجلين. إن الأجل في القرض تبرع تبعاً لأصل القرض والتبرع غير ملزم للمتبرع، فكما أن للمقرض أن يرجع في أصل التبرع كذلك له أن يرجع في وصفه وهو الأجل، وهذا إذا كان المتبرع موجوداً ويتصور منه الرجوع، فإذا مات فإن الرجوع لا يتصور منه فلا يتصور إبطال الأجل، والورثة غير متبرعين، بل هم منفذون لرغبة الموصي، على أن الموصى له قبل الوصية بالقرض بهذا الوصف فيلزم تحقيق رغبته هو الآخر. ونصها «تصح الوصية بإقراض الموصى له قدراً معلوماً من المال ولا تنفذ فيما زاد على ثلث التركة إلا باجازة الورثة».

الوصية بقسمة أعيان التركة

قد يرى الشخص في أواخر حياته الصلة مفككة بين ورثته. أو أن فيهم أطفالاً صغاراً يخشى عليهم الجور فيعمد إلى تقسم تركته بينهم، فيعين لكل وارث نصيبه بحيث تتمايز الأنصباء، ثم يموت تاركاً وراءه هذه الوصية، فهل يلزم ورثته بهذا التقسيم؟.

هذه المسألة من مواضع اختلاف الفقهاء.

ففي رأي الجمهور أن التصرف لا يلزم الورثة بشيء، ولا ينفذ إلا بإجازتهم كلهم،لأنه يمس حقوقهم إذ هي متعلقة بأعيان التركة المختلفة باختلاف الأغراض منها، فقد تتساوى عينان في القيمة مع تباين الغرض منهما، ففي إلزام الورثة به ضياع لحقوق بعضهم مما يثير الشحناء والبغضاء بينهم: الأمر الذي يعود على فعل الموصي بالنقض.

وفي رأي آخر إن هذا التصرف ملزم للورثة لا يسعهم نقضه ولا إبطاله ما دام التقسيم عادلاً لا جور فيه بحيث يأخذ كل واحد مقدار سهمه المقدر له شرعاً، فإذا زاد كانت الزيادة وصية أخرى تأخذ حكمها المقرر لها. وهذا الرأي هو أحد القولين عند الحنابلة، وقول مرجوح عند الشافعية، ونقل عن بعض فقهاء الحنفية المتأخرين[1].

---

(١) راجع نهاية المحتاج للشافعية جـ ٧ ص ١٦. والمغنى لابن قدامةالحنبلي جـ ٦ ص ٧. ورد المحتار لابن عابدين جـ ٥، جاء في نهاية المحتاج «الوصية لكل وارث بقدر حصته مشاعاً كنصف وثلث لغو، جاء في نهايةالمحتاج «الوصية لكل وارث بقدر حصته مشاعاً كنصف وثلث لغو، لأنه يستحقه بغير وصية، وبعين هي قدر حصته كان ترك ابنين وداراً وقنا قيمتها سواء فحص كلا بواحد صحيحة، وتفتقر إلى الإجازة في الأصح لاختلاف الأغراض بالأعيان. ا هـ.

وفي المغنى: وإن وصي لكل وارث بمعين من ماله بقدر نصيبه احتمل أن تصح الوصية، لأن حق الوارث في القدر لا في العين بدليل ما لو عاوض المريض بعض ورثته أو أجنبياً =

وسند هذا الرأي أن حق الوارث إنما هو في قيمة الأموال لا في أعيانها بدليل أن المريض مرض الموت لو باع كل ماله لأحد ورثته بمثل قيمته صح ونفذ ولا يملك باقي الورثة نقض ذلك التصرف بعد وفاته.

والقانون وافق الرأي الثاني في أصل المبدأ فجعل الوصية بتقسيم التركة صحيحة لازمة بلا توقف، لكنه لم يتقيد بكون التقسيم على قدر الأنصباء، بل جعل الوصية لازمة حتى ولو جعل لبعضهم أكثر مما يستحق ما دامت الزيادة في حدود ثلث التركة ،فإذا زادت المحاباة على الثلث توقف النفاذ على إجازة الورثة إن أجازوها نفذت وإلا رد الزائد إلى التركة، وقسم الثلث بين المزيد لهم بنسبة الزيادة لكل منهم بناء على ما قرره في المادة - ٣٧ - من صحة الوصية للوارث والأجنبي في حدود الثلث على السواء.

جاء بيان الوصية بالتقسيم في المادة الثالثة عشرة[1].

الوصية بالتصرف في عين لشخص معين

من أنواع الوصية التي أجازها الفقهاء. أن يوصي شخص ببيع عين معينة بثمن محدد لفلان، أو بتأجيرها له مدة محددة بأجر معين، لأنه قد يكون للموصي غرض في ذلك، كما يكون للموصى له مصلحة فيه، وليس في هذه الوصية ضرر يلحق الورثة حيث تخرج العين في الوصية بالبيع، والمنفعة في الإجازة في نظير عوض.

= بجميع ماله صح إذا كان ذلك بثمن المثل. وإن تضمن فوات عين المال، واحتمل أن تقف على الإجازة لأن في الأعيان غرضاً صحيحاً. وكما لا يجوز إبطال حق الوارث في قدر حقه لا يجوز في عينه، ١ هـ ملخصاً.

(١) ونصها (تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصي بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه، وتكون لازمة بوفاة الموصي، فإن زادت قيمة ما عين لأحدهم عن استحقاقه في التركة كانت الزيادة وصية).

وقد جوز القانون هذه الوصية وبين أحكامها في مادته السادسة والخمسين[٢] على التفصيل الآتي:

إذا كانت الوصية بالبيع بثمن المثل، والإجارة بأجر المثل نفذت الوصية من غير توقف على إجازة الورثة حيث لا ضرر يلحقهم منها.

وكذلك إذا كانت بأقل من المثل بمقدار يخرج من الثلث، أو يزيد هذا النقص زيادة يسيرة يتغابن الناس فيها عادة، لأنه لا ضرر على الورثة في هذه الصورة أيضاً.

وأما إذا كان النقص يزيد على ثلث التركة بمقدار لا يتغابن فيه الناس عادة - وهو المسمى بالغبن الفاحش - توقفت على إجازة الورثة، لأنها تمس حقهم بما يساوي مقدار الزيادة على الثلث، فإن أجازوها نفذت. وإن لم يجيزوها طلب من الموصى له أن يدفع للورثة مقدار ما زاد على الثلث، فإن دفعه نفذت الوصية وتم البيع أو الإجارة. وإن أبى الدفع بطلت الوصية كلها فلا بيع ولا إجارة.

الوصية بالمرتبات

المرتب هو مقدار من المال يصرف دورياً لشخص أو أشخاص أو لجهة من الجهات في فترات متساوية من الزمن ككل شهر أو سنة.

فإذا قال شخص: أوصيت لفلان من مالي بعشرة جنيهات كل شهر مدة حياته كانت وصية بمرتب، ومثلها لو قال: اصرفوا لهذا المسجد من مالي بعد وفاتي كل عام مائة جنيه تنفق في مصالحه.

---

(٢) ونصها (إذا كانت الوصية ببيع العين للموصى له بثمن معين أو بتأجيرها له لمدة معينة وبأجرة مسماة وكان الثمن أو الأجر أقل من المثل بغبن فاحش يخرج من الثلث، أو بغبن يسير نفذت الوصية، وإن كان الغبن الفاحش لا يخرج من الثلث ولم يجز الورثة الزيادة فلا تنفذ الوصية إلا إذا قبل الموصى له دفع الزيادة.

والوصية بالمرتب صحيحة عند جمهور الفقهاء سواء أكانت من رأس التركة أم من غلتها، أم من غلة عين منها لأنها لا تخرج عن أن تكون وصية بعين أو بمنفعة، فالوصية بمرتب من رأس المال من قبيل الوصية بالأعيان، لأن حقيقتها وصية ببعض مايترك من أموال مرتب التوزيع على أوقات دورية، والوصية به من الغلات من قبيل الوصية بالمنافع؛ لأنها وصية بجزء من غلات بعض أعيان تركته رتب توزيعه على أوقات دورية كذلك.

وهذه الوصية كغيرها من الوصايا ـ تقع على صور عديدة، لأنها قد تكون مؤقتة بمدة معلومة كخمس سنوات مثلاً، وقد تكون مؤقتة بحياة الموصى له، كما تكون مؤبدة ومطلقة عن التقييد بشيء من ذلك.

ومن جهة أخرى قد تكون لمعين أو لغير معين، أو للطبقات، أو لجهة من الجهات.

وهذه الصور العديدة فيها توافق في بعض الأحكام، وتخالف في بعضها الآخر، فهي تتفق في أنها بعد تقديرها تتقيد بالثلث، فلا تنفذ في أكثر منه إلا بإجازة الورثة، وعند تنفيذها تحبس لها عين من التركة تكفي غلتها للوفاء بالمرتب الموصى به، وتختلف بعد ذلك في كيفية التقدير، وطريقة الوفاء، والانتهاء وعلاقة ورثة الموصى بها.

وقانون الوصية بين أحكام تلك الصور من غير أن يلتزم مذهباً معيناً من مذاهب الفقهاء ـ كعادته ـ وكان لاجتهاد واضعي مشروعه أثر ظاهر في تلفيق أحكامه.

والوصية بالمرتبات تتنوع إلى نوعين: **وصية مؤقتة بوقت، وأخرى مؤبدة.**

أما المؤبدة: فهي التي لم يحدد لها وقت حين إنشائها، ولا يمكن تحديده عند التنفيذ لعدم معرفة نهاية الموصى له. كالوصية لجهات البر العامة الدائمة من

المساجد والملاجىء والمصحات وغيرها وغير المحصورين الذين لا يظن انقطاعهم كالفقراء وغيرهم.

فإذا قال شخص: أوصيت لهذا المسجد بخمسة جنيهات تصرف لمصالحه كل شهر من غير أن يقيدها بوقت معين كانت وصية مؤبدة، سواء نص على التأبيد أو أطلق في كلامه، وهذا يقتضي دوام صرف المرتب لهذا المسجد سواء جعله من رأس مال التركة، أو من غلاتها لأننا لا نعلم نهاية للموصى له.

ولتنفيذ هذه الوصية تخصص عين من أعيان التركة تكفي غلتها للوفاء بهذا المرتب الموصى به حسب تقدير الخبراء، وبهذا التخصيص تصير تلك العين وقفاً على المسجد، وتنقطع علاقة ورثة الموصي بها حتى لا يرجع عليها بتكملة المرتب فيما إذا نقصت الغلة عن الوفاء في بعض السنوات، كما لاحق لهم فيما يزيد من غلتها عنه في عام من الأعوام، بل تصرف الغلة بزيادتها أو نقصانها إلى الجهة الموصي لها.

ويلاحظ أن تقدير الوصية في هذه الحالة يكون بقيمة العين المحبوسة للوفاء بالمرتب، فإن كانت تخرج من الثلث أو أقل منه نفذت الوصية، وإن زادت على ثلث التركة ردت إلى ما يساوي الثلث إن لم يجزها الورثة.

جاء حكم هذه الوصية مفصلاً بالمادة الثامنة والستين[1].

أما الوصية المؤقتة فتحتها صنفان. صنف له وقت معلوم عند الإيصاء كما لو أوصى بمرتب مدة عشرين عاماً مثلاً، وآخر غير معلوم وقته على وجه

---

(١) ونصها «إذا كانت الوصية بالمرتبات لجهة لها صفة الدوام مطلقة أو مؤبدة يوقف من مال الموصي ما تضمن غلته تنفيذ الوصية، ولا يوقف ما يزيد على الثلث إلا بإجازة الورثة، وإذا أغل الموقوف أكثر من المرتب الموصي به استحقته الجهة الموصى لها، وإذا نقصت الغلة فليس لها الرجوع على ورثة الموصي».

التحديد ولكن يحدد عند التنفيذ، كما لو أوصى بمرتب لشخص طول حياته.

والصنف الأول: تحت صورتان ـ ١ ـ وصية بمرتب من رأس المال.

٢ ـ وصية بمرتب من الغلة.

والصنف الثاني كذلك له صورتان ـ ١ ـ وصية لمعين بالاسم مدة حياته أو مطلقة أو مؤبدة ـ ٢ ـ وصية لمعين بالوصف كالوصية للطبقات مدة الحياة أو مؤبدة أو مطلقة.

فتلك أربع صور سنتكلم عليها بالترتيب، ثم تتبعها ببعض أحكام تكميلية عرض لها القانون في مادتين من مواده.

الصورة الأولى: الوصية بمرتب من رأس مال التركة مدة معلومة سواء كانت لمعين بالإسم أو لغيره من الطبقات أو الجهات العامة، كما لو أوصى شخص بمائة جنيه من تركته تصرف كل سنة لشخص معين، أو لاولاد فلان، أو لمستشفى بلده، أو لمسجدها لمدة عشر سنوات فهذه وصية صحيحة واجبة التنفيذ،لكنها تحتاج إلى بيان كيفية تقديرها، وطريقة تنفيذها، وأخيراً إلى بيان ما تنتهي به.

ولقد عرض القانون في صراحة لبيان طريقة التنفيذ وما تنتهي به في مادته الرابعة والستين[1].

فبين أنه يوقف من مال الموصي عين تكفي غلاتها للوفاء بهذا المرتب ضماناً لتنفيذ الوصية بحيث لا يضر ذلك بالورثة، بأن تكون العين الموقوفة للتنفيذ في

---

(١) ونصها (تصح الوصية بالمرتبات من رأس المال لمدة معينة، ويقف من مال الموصي ما يضمن تنفيذ الوصية على وجه لا يضر بالورثة.

فإذا زاد ما وقف لضمان تنفذ الوصية على ثلث التركة ولم يجز الورثة الزيادة يوقف منه بقدر الثلث وتنفذ الوصية فيه وفي غلته إلى أن يستوفي الموصى له قيمة ثلث التركة حين الوفاة أو أن تنتهي المدة أو يموت الموصى له».

حدود ثلث التركة، فإذا زادت قيمتها على الثلث ولم يجز الورثة الزيادة وقف منها ما يوازي الثلث فقط وتنفذ الوصية من تلك العين وغلتها.

ففي نقص العين المخصصة إلى ما يوازي الثلث محافظة على حق الورثة في الثلثين، وفي الوقت نفسه لا يلحق الضرر بالموصى له، لأنه لا ينقص من مرتبة شيء، بل سيأخذه من الغلة ومن الرقبة كما سيأتي توضيحه عند الكلام على المادة ٦٧».

ولقد جاء بالمذكرة التفسيرية في هذا الموضع أنه يشترط في العين الموقوفة أن تكون قيمتها مساوية للمرتب الموصى له كله إذا كانت المدة قصيرة لا تزيد على عشر سنوات ليستوفي منها إذا عجزت غلتها عن الوفاء بالمرتب، أما إذا كانت مدة الوصية طويلة فيكفي أن تكون غلة العين كافية لسداد المرتب المطلوب حسب تقدير الخبراء من غير اشتراط مساواتها للمرتب في القيمة، لأن اشتراط هذا الشرط يترتب عليه في بعض صوره ضرر كبير بالورثة حينما تكون غلة العين الموقوفة أضعاف مقدار المرتب الموصي به، أو يكون للورثة مصلحة خاصة في هذه العين المساوية للمرتب في قيمته مع وجود عين أخرى أقل منها قيمة يكفي إيرادها لسداد المرتب.

وهذا التفصيل متفق مع روح القانون ـ وإن لم ينص عليه فيه ـ لأنه احتياط لحق الموصي له بما لا يضر بالورثة، وهو يشير إلى أن الأصل في تنفيذ الوصية بمرتب من رأس مال التركة أن توقف له عين تفي غلتها بالمرتب، وأن تكون قيمتها مساوية لقيمة المرتب في المدة كلها لاحتمال عجز الغلة عن الوفاء به فيستوفي من نفس العين، لأن هذه الوصية وصية بجزء من رأس المال، ولما كان اشتراط المساواة في الوصية الطويلة المدة يلحق الضرر بورثة الموصي لم يشترط فيها هذا الشرط، بل اكتفى بأن تكون غلاتها كافية للوفاء بالمرتب محافظة على الحقين ما أمكن، ثم بينت المادة أن الوصية تنتهي بأحد أمور ثلاثة.

١ استيفاء الموصى له ما يعادل ثلث تركة الموصي عند الوفاة، لأن الوصية قيدت بالثلث، والفرض أن الورثة لم يجيزوها فيما زاد عنه.

٢ ـ مضي المدة المحددة لها سواء كانت لمعين أو لغيره من الطبقات والجهات.

٣ ـ موت الموصى له قبل مضي المدة، ومثله انقراض أفراد الطبقتين في الوصية للطبقات.

وزادت المذكرة التفسيرية أمراً رابعاً وهو نفاذ العين الموقوفة للوفاء بالمرتب من غلاتها فيما إذا لم تف الغلات بالمرتب ولم يقبل ورثة الموصي دفع هذا النقص،فإنه يحق للموصى له أن يستوفي بقية حقه من العين المحبوسة ببيع أجزائها.

أما كيفية تقدير هذه الوصية فلم تعرض لها هذه المادة. والمذكرة التفسيرية لم تعرض لها أيضاً في هذا الموضع، ولكنها في موضع آخر عند الكلام على المادة ـ ٦٩ ـ المبينة حق الورثة في الاستيلاء على العين المخصصة للاستيفاء نظير إبداع المرتبات في جهة يعينها الموصى له أو القاضي لتنفيذ الوصية منها، قالت: « ولكن في هذه الحال إذا كانت الوصية بمرتب مدة معينة أو مدة حياة الموصى له تقدر الوصية بالمرتب من رأس المال بحساب المرتبات في كل المدة على ألا يزيد على الثلث وتقدر الوصية بالمرتبات من الغلة بالطريقة المبينة في المادة ـ ٦٥ ـ، وإنما قدرت الوصية بمرتب من رأس المال هنا على خلاف ما سبق في المادة ـ ٦٤ ـ حيث كان تقدير الوصية بتقدير قيمة العين، لأن الوصية هناك تستوفي من العين غلة ورقبة، وهنا لو قدرت الوصية بتقدير قيمة العين لتضرر الموصى لهم فيما إذا كانت قيمة العين أقل كثيراً من المرتبات في مدة الوصية ».

فهذا الكلام يفيد أن الأصل في تقدير الوصية بالمرتب من رأس المال هو

تقديرها بقيمة العين لا بحساب المرتب، وأن ذلك التقدير موجود بالمادة ـ ٦٤ ـ.

وهذا غير مسلم مع مسلك القانون بعد صدوره لأن المادة المشار إليها لم تصرح بكيفية التقدير مع أن المادة ـ ٦٥ ـ المبينة لحكم الوصية بمرتب من الغلات صرحت بكيفية تقديرها بما لا يدع مجالاً للشك، ولعل مشروع القانون قبل أن يصير قانوناً كان فيه التقدير ثم حذف منه عند مناقشة الهيئة التشريعية له، وعلى هذا لا يكون لما جاء بالمذكرة التفسيرية بخصوص ما حذف من المشروع اعتبار بعد حذفه.

ولو فرضنا أنه لم يكن في المشروع الأول بيان لكيفية التقدير كان ما جاء بالمذكرة إحالة على غير موجود فلا يلتفت إليه.

وإذا كان القانون لم يصرح بكيفية التقدير، ولم يصلح ما جاء بالمذكرة التفسيرية بياناً له فبأي شيء تقدر هذه الوصية؟.

يرى الأستاذ أبو زهرة في كتابه شرح قانون الوصية[1] أن تقدير هذه الوصية يكون بالطريقة التي قدرت بها الوصية بالمنافع كما جاء بالمادة ـ ٦٢ ـ فإذا كانت الوصيةبمرتب مدة عشر سنوات فأقل قدرت بحساب المرتب في هذه المدة، ثم ينسب إلى التركة ليعلم أنه يساوي ثلثها أولاً، ثم تخصص له عين للوفاء به، وإن كانت بمدة أكثر من ذلك سواء كانت محددة أو مطلقة أو مؤبدة قدرت الوصية بقيمة العين التي يمكن استيفاء هذا المرتب من غلاتها، ثم وجه ذلك بأن هذه الوصية تشبه الوصية بالمنافع، ولا تختلف عنها إلا في بعض أمور عدها.

---

(١) ص ١٧٤ الطبعة الثانية.

وهذا التقدير لا يستقيم مع منطق القانون، أو ـ على الأقل ـ يزيد القانون اضطراباً على حد تعبير صاحب هذا الرأي لأمرين:

الأول: أن الوصية بمرتب من رأس المال وصية بالأعيان، لأنها وصية بمقدار من المال يصرف على دفعات دورية ـ كما سبق بيانه ـ والوصية بالأعيان تقدر بذاتها، وعلى طريقة واحدة لا فرق بين القليل والكثير، فجعل التقدير هنا كالتقدير في المنافع غير مسلم.

الثاني: أن المشرع لو كان يقصد تطبيق كيفية تقدير المنافع هنا لكان الأولى أن يجعلها للوصية بمرتب من الغلات، لأنها وإن لم تكن وصية بالمنافع فهي أقرب شبهاً من الوصية بمرتب من رأس المال، مع أنه جعل لتلك الوصية طريقة أخرى في التقدير صرحت بها المادة ـ ٦٥ ـ.

والذي يظهر لي أن تقدير هذه الوصية يكون بالحساب. بأن يضرب المرتب السنوي في عدد السنين في كل وصية مؤقتة علمت مدتها وقت الإيصاء، كما في هذه الصورة، أو لم تعلم كما في الوصية لمعين طول حياته، والوصية للطبقات طالت المدة أم قصرت، لأنها وصية بالأعيان، وتقديرها معروف ومتفق عليه. والقانون سار في تقديرها مع الأصل المقرر عند الفقهاء جميعاً.

ولو كان المشرع يقصد غير هذا لبينه كما فعل في الوصية بالمنافع والحقوق والوصية بالمرتب من الغلة أو أحال بيانه على ما اختاره في المنافع، لكنه لم يفعل فرجح عندنا أنه قصد تقديرها بما تقدر به الأعيان.

وأي فرق بين الوصية لشخص بخمسين جنيها من ماله كل سنة لمدة عشرين عاماً وبين الوصية له بألف جنيه؟.

لا فرق بينهما إلا في أن الأولى توجب إعطاءه الألف جنيه منجمة على

عشرين عاماً، والثانية توجب إعطاءها له دفعة واحدة متى خرجت الألف من ثلث التركة.

على أن تقدير هذه الوصنية بالحساب أضبط وأسهل متى عرفت مدتها بالتجديد ومعرفتها سهلة، أما التى قدرت لها مدة معلومة فالأمر ظاهر، وأما التي لم تقدر لها مدة عند الإيصاء كالوصية المطلقة والمؤبدة لمعين أو للطبقات، والتي قدر لها زمن مجهول كالوصية طول الحياة فقد وقتهما القانون بحياة الموصى له المعين، وحياة أطول الأشخاص عمراً في الوصية للطبقات، ثم وكل تقدير تلك الحياة إلى أهل الخبرة من الأطباء، فإذا قدروا حياة الموصى له بعدد من السنين كانت هي مدة الوصنية[1].

---

(١) ولا يطعن فيما رأيناه ما جاء في نفس المادة من « أنه إذا زاد ما أوقف لضمان تنفيذ الوصية على ثلث التركة ولم يجز الورثة الزيادة يوقف منه بقدر الثلث الخ، لأنه في شأن العين التي تحبس لاستيفاء المرتب من غلتها، وهذا إنما يكون بعد تقدير المرتب فيها كلها أولا ومقارنته بالتركة، فان وازى ثلثها أو كان أقل منه نفذت الوصية فيه، ثم ينظر لأعيان التركة ويختار منها عين تكفي غلتها لسداد المرتب وتخصص لذلك. فإذا خصصت عين للتنفيذ فإنها تكون محبوسة عن ورثة الموصي، فلو وجدنا قيمة هذه العين المحبوسة أكثر من ثلث التركة ولم يجز الورثة تلك الزيادة ترد الحبس إلى ما يوازي الثلث فقط، لأننا لو لم نفعل ذلك نكون قد ألحقنا الضرر بالورثة مع أن المادة تنادي بأن ضمان التنفيذ للموصى له لا يكون على حساب إضرار الورثة، ولا يتأثر المرتب بنقصان العين المحبوسة، بل يبقى كما هو في التقدير الأول.

ولو وجدنا عند تقدير المرتبات أن مجموعها أكثر من الثلث ولم يجز الورثة تلك الزيادة رددناها إلى مقدار الثلث، وبهذا ينقص المرتب السنوي أو الشهري بنسبته إلى النقص الكلي، ثم ينظر بعد ذلك إلى أعيان التركة ليختار منها العين التي تكفي غلتها للوفاء بهذا المرتب بعد نقصانه، ثم تخصص للتنفيذ بشرط ألا تكون قيمة هذه العين المخصصة تزيد على ثلث التركة كما بيناه.

والخلاصة أن تقدير الوصية بالمرتب يكون بالحساب، فإذا ظهر أنه في حدود الثلث شرعنا في التنفيذ بتخصيص عين تكفي غلاتها للوفاء به ولا تزيد قيمتها على ثلث التركة إلا بإجازة الورثة، فإذا وجدنا مجموع المرتب يزيد على الثلث ولم يجز الورثة الزيادة أنقصناه إلى مقدار الثلث، وأعدنا توزيعه على عدد الأوقات ثم نبحث له بعد ذلك عن عين تخصص للوفاء به من غلاتها، فإذا وجدنا قيمتها أكثر من ثلث التركة ولم يجز الورثة حبس هذا الجزء الزائد=

هذا وقد صرحت المذكرة التفسيرية بأنه لو تبين بعد مضي مدة من الزمن أن بعض العين المحبوسة يكفي لتنفيذ الوصية منه إيراداً ورقبة في المدة الباقية كان للورثة أن يطلبوا من القاضي استرداد الزائد، فإذا طلبوا ذلك وقرر أهل الخبرة صحة دعواهم أجيبوا إلى طلبهم، ورد القاضي بعض العين المحبوسة إليهم.

الصورة الثانية: الوصية بمرتب مدة معلومة من غلة التركة أو من غلة عين منها سواء كانت لمعين أو لغيره من الطبقات والجهات.

كما لو أوصى لشخص معين، أو لأولاد فلان، أو لمسجد بخمسة جنيهات كل شهر تدفع إليه من غلة التركة، أو من غلة هذه العمارة مدة خمسة عشر عاماً.

هذه الوصية أجازها القانون وبين طريقة تقديرها في مادته الخامسة والستين[1] وهي أن تقدر التركة أو العين محملة بهذا المرتب الموصى به، ثم تقدر غير محملة به، والفرق بين القيمتين هو مقدار الوصية لا فرق في ذلك بين أن تكون المدة طويلة أو قصيرة، ثم يقارن هذا المقدار بالتركة كلها. فإن خرج من ثلثها نفذت الوصية.

وطريقة تنفيذها أن تخصص عين تكفي غلتها للوفاء بهذا المرتب، فإذا وجدنا عيناً كذلك حبسناها لهذا الوفاء، وإن كانت قيمة تلك العين المحبوسة

= وأنقصنا القدر المحبوس منها حتى يوازي الثلث، أو بحثنا عن عين أخرى، وهذا لا يضر بالموصى له لأنه سيأخذ باقي حقه من نفس العين.

(١) ونصها: «إذا كانت الوصية بمرتب من غلة التركة أو من غلة عين منها لمدة معينة تقوم التركة أو العين محملة بالمرتب الموصى به وغير محملة به، ويكون الفرق بين القيمتين هو القدر الموصى به، فإن خرج من ثلث المال نفذت الوصية، وإن زاد عليه ولم يجز الورثة الزيادة نفذ منها بقدر الثلث، وكان الزائد من المرتب وما يقابله من التركة او العين لورثة الموصي».

أكثر من ثلث التركة. لأن حق الموصى له تعلق بالغلة وحدها، فلو أنقصنا العين إلى مقدار الثلث ألحقنا الضرر بالموصى له إذا كانت هذه العين بعد إنقاصها لا تغل مقدار المرتب حيث لا نستطيع إكمال المرتب له من نفس العين كما فعلنا في الصورة السابقة.

وإذا وجدنا عند حساب مقدار الوصية أن قيمتها تزيد على ثلث التركة ولم يجز الورثة تلك الزيادة رددنا الوصية إلى مقدار الثلث، ثم يعاد توزيع المرتب وبعد ذلك يبحث له عن عين تخصص للتنفيذ بحيث تفي غلتها بكل المرتب بدون نظر إلى أن قيمتها توازي ثلث التركة أولاً كما قررناه من قبل.

فإذا أوصى لمسجد بعشرة جنيهات كل شهر من غلة التركة لمدة عشرين عاماً،وقدر الخبراء الفرق بين قيمتي التركة محملة بهذا المرتب وقيمتها غير محملة به بـ ٢٠٠٠ ج وكانت قيمة التركة ٤٨٠٠ جنيه فإن الوصية ترد إلى الثلث. وهو ١٦٠٠ جنيه أي تنقص مقدار الخمس، وحينئذ ينقص المرتب الشهري مقدار الخمس فيصير ثمانية جنيهات، وللتنفيذ نبحث عن عين تغل في الشهر ثمانية جنيهات فتخصص له ولو كانت قيمتها أكثر من ثلث التركة[1].

وإذا كانت الوصية بمرتب من غلة عين بذاتها، كالوصية بخمسة جنيهات كل شهر من غلة هذه الأرض،فإنه عند التنفيذ ينظر لغلة هذه الأرض، فإن كانت مساوية للمرتب أو أقل منه حبست هذه العين للوفاء من غلتها، ولا يوقف غيرها، لأن الموصي عين حق الموصى له من غلة هذه العين، ولو وجدنا غلة الأرض أكثر من المرتب أوقف منها مقدار ما يغل المرتب فقط لئلا نلحق

---

(١) جاء في المذكرة التفسيرية: إذا كانت الوصية في المدة المعينة بمرتب من غلةالتركة أو غلة عين منها طالت المدة أو قصرت فإن الوصية تقدر بالفرق بين قيمة التركة أو العين بمنفعتها وقيمتها خالية من المنفعة بمثل المرتب، فإن زاد الفرق على الثلث ولم يجز الورثة الزائد ردت الوصية إلى الثلث ونقص المرتب بنسبة الزائد أخذاً من مذهب الشافعية.

الضرر بالورثة، ومما يلاحظ هنا أنه إذا نقص المرتب لزيادة الوصية عن الثلث يكون مقدار ما نقص من المرتب للورثة، وكذلك ما يقابله من العين الموصى بالمرتب من غلتها.

فإذا أوصى بعشرة جنيهات لشخص مدة معينة من غلة قطعة أرض مساحتها أربعة أفدنة، وعند تقدير الوصية وجدناها أكثر من الثلث بمقدار ربعها، فإنه ينقص من المرتب بمقدار ربعه يكون لورثة الموصي، كما تنقص تلك العين بمقدار الربع: وهو فدان، يكون للورثة أيضاً عندما تكون هذه الأرض لا تغل أكثر من عشرة جنيهات.

ثم إن المذكرة التفسيرية صرحت بأنه في جميع الأحوال يكون للورثة وقف عين أخرى لتغل المرتب إذا تضرروا من وقف العين التي ذكرها الموصي، وهذه الوصية تنتهي بانتهاء المدة المحددة لها، أو بموت الموصى له.

الصورة الثالثة: الوصية بمرتب لمعين مدة حياته سواء كانت من رأس المال أو من الغلة، كما لو أوصى لشخص بمائة جنيه كل سنة طول حياته أو مؤبداً أو أطلق ولم يقيدها.

وفي هذه الصورة يتبع في تقدير الوصية وتنفيذها الطريقة التي بيناها في الصورتين السابقتين بعد أن يقدر الخبراء مقدار حياة الموصى له بعد وفاة الموصى، وتقديرهم تقريبي اجتهادي، فاذا قدروها أصبحت مدة الوصية معلومة كأن الموصي قدرها حين الوصية فتأخذ حكمها.

فإذا مات الموصي له قبل انتهاء المدة المقدرة لحياته انتهت الوصية، وكانت بقية منفعة العين المخصصة للتنفيذ في الوصية بمرتب من الغلة. أو العين ومنفعتها في الوصية بمرتب من رأس مال التركة لمن يستحقها بعده سواء أكان موصى له آخر أم ورثة الموصي.

وكذلك تنتهي الوصية إذا نفذ المال الموقوف لتنفيذها، **وإذا عاش بعد انتهاء المدة المحددة فانه يحق له أن يرجع على الورثة في المدة الزائدة بمرتبة عند كثير من الفقهاء تحقيقاً لرغبة الموصي في أن يأخذ هذا المرتب طول حياته.**

وذهب ابن القاسم من المالكية إلى أنه لا يحق له الرجوع بشيء على الورثة في المدة الزائدة، ويرأى ابن القاسم أخذ القانون كما جاء بالمادة السادسة والستين[1].

الصورة الرابعة: إذا أوصى بمرتب من رأس المال أو من الغلة للطبقات مدة الحياة مطلقة أو مؤبدة، فإن هذه الوصية تصح ويجب تنفيذها للموجودين من الطبقتين الأوليين عند وفاة الموصي فقط، فلا وصية لمن كان من الطبقة الثالثة ولا لغير الموجود ولو كان من الطبقة الثانية.

فلو أوصى شخص لفلان بمرتب عشرين جنيهاً ثم من بعده لذريته يصرف لهم كل شهر أبداً، هذه الوصية تصح لفلان لأنه يعتبر الطبقة الأولى إذا كان موجوداً عند وفاة الموصي، كما تصح للموجود من أولاده عند وفاة الموصي كذلك، ولا تصح لأولاد أولاده، لأنهم من الطبقة الثالثة، **فإن لم يكن لفلان هذا أولاد عند وفاة الموصي ثم ولد له بعد ذلك فلا وصية لهم لعدم تحقق الشرط**[1].

---

(١) ونصها: «إذا كانت الوصية لمعين بمرتب من رأس المال أو الغلة مطلقة أو مؤبدة أو مدة حياة الموصى له يقدر الأطباء حياته ويوقف من مال الموصي ما يضمن تنفيذ الوصية على الوجه المبين في المادة ـ ٦٤ـ إن كانت الوصية بمرتب من رأس المال وتوقف ما يغل المرتب الموصي به على الوجه المبين في المادة ـ ٦٥ ـ إن كانت الوصية بمرتب من الغلة.

فإذا مات الموصى له قبل المدة التى قدرها الأطباء كان الباقى من الوصية لمن يستحقه من الورثة أو من أوصى له بعده، وإذا نفذ المال الموقوف لتنفيذ الوصية أو عاش الموصى له أكثر من المدة التي قدرها الأطباء فليس له الرجوع على الورثة.

(١) يلاحظ أن هذه الوصية خالفت سائر الوصايا، لأنه لا يشترط في الموصى له غير المعين أن يكون موجوداً عند إنشاء الوصية ولا عند وفاة الموصي عملاً بمذهب المالكية، وإنما يشترط إمكان وجوده فقط، فلو استحال وجوده بطلت الوصية كما شرحناه عند الكلام على شروط الموصى له. =

ثم إنه يتبع في تقدير قيمة الوصية وطريقة تنفيذها ما يتبع في الوصايا الأخرى التي شرحناها، كما يتبع في تقدير مدتها ما اتبع في تقدير مدة الوصية لمعين من تفويضها إلى أهل الخبرة من الأطباء، فهم الذين يقدرون حياة الموجودين، وإن كان فيهم جنين قدرت بستين سنة أخذاً بما قرره المتأخرون من فقهاء الحنفية في الأعمار.

وبعد تقدير أعمار الموجودين تقدر مدة الوضية بأطولهم عمراً.

فإذا أوصى لشخص بمرتب ثم من بعده لأولاده، وكان له عند وفاة الموصي ثلاثة أولاد فقدر الأطباء حياة الأب بعشر سنين، والأولاد بعشرين وثلاثين وخمسين بالترتيب كانت مدة الوصية خمسين سنة.

وعلى هذا يأخذ الأب وصيته من غلة العين إن كان المرتب من الغلة، أو من الغلة والعين جميعاً إن كانت الوصية من رأس المال - إلى أن يموت - أو تنتهي المدة المحددة لحياته، فإذا مات انتقلت الوصية إلى أولاده، وتنتهي الوصية في حقهم بموتهم، أو بانتهاء مدتها، أو باستيفاء قيمة ثلث التركة، أو بنفاذ العين المخصصة للاستيفاء فيما إذا كانت الوصية من رأس المال.

وإذا انتهت مدة الأب قبل موته لا ينتقل الحق في غلة العين الموقوفة إلى أولاده الموصى لهم من الطبقة الثانية، لأن استحقاقهم لا يكون إلا بعد وفاة الأب لدلالة عبارة الموصي على ذلك، ثم من بعده لأولاده، وفي هذه الفترة تكون الغلة لورثة الموصي.

= **ولعل ملحظ القانون في هذه المخالفة**: أن تقدير الوصية في هذه الصورة متوقف على بيان مدتها بتقدير أهل الخبرة لحياة الموصى لهم، وهذا التقدير لا يكون إلا لموجود، فلو جعلنا هذه الوصية للموجود والمعدوم منهم لتعذر تقديرها، ومن ثم يتعذر تنفيذها. بخلاف غيرها من الوصايا بالأعيان أو المنافع أو الحقوق لأن تقديرها هناك ممكن ولا يتوقف على تقدير حياة الموصي لهم فصحت هناك للموجود وللمعدو.

وإذا مات الأب بعد مضي ثلاث وثلاثين سنة شمسية من وقت وفاة الموصي بطلت الوصية في حق أولاده: لأن هذه المدة مبطلة للاستحقاق كما سبقت الإشارة إليه.

جاء بيان حكم هذه الصورة في المادة الستين[1]

بقي بعد ذلك الكلام على أحكام تكميلية ثلاثة هي: ١ ـ إذا نقضت غلة العين المخصصة للاستيفاء في بعض السنين، فهل يباع جزء من تلك العين لتكميل المرتب أولاً؟ ٢ ـ إذا زادت الغلة عن المرتب في بعض السنين فما مصير هذه الزيادة؟ ـ ٣ ـ هل لورثة الموصي أن يستولوا على العين المخصصة نظير دفع مبلغ من المال يساوي مجموع المرتبات الموصي بها ليستوفي الموصى له مرتبة منها؟

عرض القانون لهذه المسائل في مادتي ٦٧، ٦٩، فالمادة السابعة والستون[2] بينت حكم زيادة الغلة ونقصانها، وهو يختلف باختلاف كون المرتب الموصى به من رأس المال أو من الغلة.

فإذا كانت الوصية بمرتب من رأس المال ونقصت غلة العين المخصصة عن الوفاء بالمرتب طولب ورثة الموصي بدفع هذا النقص حتى يكمل المرتب، فإن

---

(١) ونصها «لا تصح الوصية بالمرتبات من رأس المال أو من الغلة لغير الموجودين من الطبقتين الأوليين من الموصى لهم من وقت موت الموصي، ويقدر الأطباء حياة الموجودين، وتنفذ الوصايا بمرعاة الأحكام المبينة في الوصايا للمعنيين»

(٢) ونصها «إذا لم تف غلة الموقوف من التركة بتنفيذ الوصية بمرتب من رأس المال بيع منه ما يفي بالمرتب، وإذا زادت الغلة عن المرتب ردت الزيادة إلى ورثة الموصي.

ويوقف ما يزيد من الغلة عن المرتب الموصى به في الغلة حتى تنتهي مدة الانتفاع فإذا لم يغل الموقوف من التركة ما يكفي لتنفيذ الوصية في إحدى السنوات استوفى الموصى له ما نقصه من الغلة الزائدة فاذا كانت الوصية تنص على أن المرتب يستوفي سنة فسنة أو قامت قرينة على ذلك ردت الزيادة السنوية لورثة الموصي».

لم يدفعوا باع القاضي ما يكمل ثمنه المرتب. وإذا زادت الغلة عن المرتب كانت الزيادة لورثة الموصي، لأن الغنم بالغرم.

وإن كانت الوصية بمرتب من الغلة فإن الاستيفاء لا يكون إلا من غلة العين المخصصة، فإن نقصت الغلة في عام من الأعوام فلا يرجع الموصى لهم على الورثة بما يكمل هـذا النقـص، كما ليس لهم المطـالبـة ببيـع شيء مـن العين لتكملته. لأن حقهم في الغلة لا في العين، وإنما يكمل النقص من زيادة الغلة في سنة أخرى إذا كانت الزيادة محبوسة لذلك.

وأما زيادة الغلة عن المرتب فتكون لورثة الموصي إذا كانت عبارة الوصية تفيد أن صرف المرتب كل عام يؤخذ من غلات هذا العام، أو وجدت قرينة تدل على ذلك، وفي هذه الحالة يأخذ الموصى له مرتبة كاملا أو وقت الغلة، أو ناقصاً إن لم توف به، وما زاد من الغلة لا يحبس بل يعطي لورثة الموصي.

وإذا لم يكن في عبارة الموصي ما يدل على هذا التقييد فإن فائض الغلة يحبس لحساب الموصى له ليستوفي منه حقه عند نقصان الغلة، ويبقى محبوساً حتى تنتهي مدة الوصية، فيأخذ الورثة ما بقي من تلك الزيادة المحبوسة.

والمادة التاسعة والستون[1] بينت حكم الاستيلاء فجعلت للورثة الحق في أن يستولوا على العين التي خصصت لاستيفاء المرتب من غلتها بعد أن يودعوا المرتبات الموصى بها في جهة يعينها الموصى له كمصرف من المصارف، أو يعينها القاضي إذا لم يتفقوا مع الموصى له عليها، فإذا فعلوا ذلك كانت لهم

---

(١) ونصها «في الأحوال المبينة في المواد من ٦٤ إلى ٦٧ يجوز لورثة الموصي الاستيلاء على الموقوف لتنفيذ الوصية او التصرف فيه بشرط أن يودعوا في جهة يرضاها الموصى له أو يعينها القاضي جميع المرتبات نقداً ويخصص المبلغ المودع لتنفيذ الوصية، فاذا مات الموصى له قبل نفاذ المبلغ المودع رد الباقي لورثة الموصي ويزول كل حق للموصى له في التركة بالإيداع والتخصيص».

الحرية في الاستيلاء على العين والتصرف فيها بكافة أنواع التصرفات المشروعة ، وانتقل حق الموصى له إلى المبلغ المودع يأخذ منه مرتبة كل شهر أو كل سنة ، ولا يكون له بعد ذلك أي حق على التركة حتى ولو هلك المال المودع لا يملك الرجوع على الورثة،ويلاحظ أن حقه متعلق بنفس هذا المال ليستوفي منه مرتبة ، وليس له حق في نمائة لو فرضنا حصوله بسبب من الأسباب وإنما يكون النماء للورثة .

فإذا مات الموصي له قبل انتهاء مدة الوصية فان الباقي من الأموال المودعة لتنفيذها يكون لورثة الموصى إلا إذا كانت المرتبات موصى بها لآخر من بعده فانها تنتقل في هذه الحالة للموصى له الثاني .

كما يلاحظ أيضاً أن المبلغ الذي يقدمه الورثة هو مجموع المرتبات الموصى بها في حدود ثلث التركة .

الباب الثالث

في

حكم الوصية ومبطلاتها

وفيه فصلان

الفصل الأول

في حكم الوصية

وفيه مبحثان.

أولهما في بيان مدلول الحكم، وآراء الفقهاء في وصفها الشرعي، وثانيهما: في وصية القانون.

المبحث الأول

تتجه إرادة الشارع إلى ما يصدر من تصرفات قبل وقوعها فيطلب منه فعلها أو تركها، وهذا الطلب يكسبها صفة لم تكن موجودة من قبل، فإذا ما فعلها فقد تأتي موافقة للطلب، وقد تكون مخالفة له، فتنشأ لها صفات أخرى.

وفي كلتا الحالتين يرتب الشارع عليها ما يلائمها من النتائج والآثار.

هذه الصفات وتلك الآثار سماها الشرعيون أحكاماً، فتراهم يطلقون لفظ الحكم مرة ويريدون منه ما للتصرف من صفات باعتبار طلب الشارع له

فيقولون: هذا الفعل واجب وذاك حرام أو مكروه.

وأخرى يريدون بها ماله من صفات جاءت نتيجة موافقته للطلب أو عدم موافقته،كقولهم هذا تصرف صحيح وذاك باطل، أو جاء نتيجة ما للتصرف المشروع من قوة تقتضي ترتب آثاره عليه في الحال أو لا نقتضي ذلك، فيقال: هذا عقد نافذ وذاك موقوف، أو ماله من قوة ملزمة لكلا الطرفين أو لأحدهما أو غير ملزمة لواحد منهما، فيقال: هذا تصرف لازم أو غير لازم.

وثالثة يقصدون بها ما للتصرف من آثار تترتب عليه شرعاً. كقولهم حكم الوصية أنها تفيد الملك بعد وفاة الموصى وقبول الموصى له.

ومن هنا كان للفظ الحكم إطلاقات ثلاثة باعتبارات مختلفة.

الأول: يطلق ويراد به صفة فعل المكلف التي يظهر أثرها في الثواب والعقاب،ويسمى حكماً تكليفياً، والفعل يتنوع باعتباره إلى أنواع: فرض وواجب وسنة ومندوب وحرام ومكروه.

الثاني: يراد به صفة فعل المكلف التي يظهر أثرها في اعتباره فيصلح لترتب النتائج عليه أولا، وكونه ملزماً لصاحبه أو غير ملزم له، ويسمى حكماً وضعياً على الرأي الراجح، والفعل يتنوع باعتباره إلى صحيح وغير صحيح، ونافذ وموقوف، ولازم وغير لازم.

وثالثة يقصدون بها ما للتصرف من آثار تترتب عليه شرعاً. كقولهم حكم الوصية أنها تفيد الملك بعد وفاة الموصى له.

ومن هنا كان للفظ الحكم إطلاقات ثلاثة باعتبارات مختلفة.

الأول: يطلق ويراد به صفة فعل المكلف التي يظهر أثرها في الثواب والعقاب ويسمى حكماً تكليفياً، والفعل يتنوع باعتباره إلى أنواع: فرض

وواجب وسنة ومندوب وحرام ومكروه.

الثاني: يراد به صفة فعل المكلف التي يظهر أثرها في اعتباره فيصلح لترتب النتائج عليه أولا، وكونه ملزماً لصاحبه أو غير ملزم له، ويسمى حكماً وضعياً على الرأي الراجح، والفعل يتنوع باعتباره إلى صحيح وغير صحيح، ونافذ وموقوف، ولأزم وغير لازم.

والثالث: يراد به الأثر المترتب على التصرف باعتبار ما تحقق له من صفات

وحكم الوصية بهذا المعنى الأخير هو ثبوت الحق للموصى له في الموصى به متى تمت الوصية، وتمامها يكون بأحد أمرين.

إما بقبول الموصى له الوصية، أو من يقوم مقامه في ذلك إن كان القبول شرطاً فيها، وإما بمجرد موت الموصى إذا لم يكن القبول شرطاً، كما في الوصية لمن لا يحصون، والوصية للجهات التي ليس لها من يمثلها قانوناً، والوصية التي أوجبها القانون.

وهذا الحق أعم من أن يكون ملكاً إن كان الموصى له أهلا للتمليك والموصى به مما يملك، أو غير ملك، كما إذا كانت الوصية لجهة من الجهات التي لا يتصور منها تملك: كالمساجد والمصحات.

فإذا كان الموصى به مالاً، والموصى له أهل للتملك، وقبل الوصية بعد وفاة الموصي، ولم يوجد مانع يمنع من نفاذ الوصية فإنه يملك ذلك المال ملكاً تاماً يثبت له فيه كافة خصائص الملكية التامة، ولا يتوقف ملكه على القبض، لأن الوصية ليست هبة من كل وجه حتى يتوقف الملك فيها على القبض، وإذا مات يورث عنه كسائر أملاكه.

وإذا كانت الوصية لمن لا يحصون فان الملك يتوقف على قبض كل واحد،

لأن القبول متعذر من الجميع ولا ينوب واحد منهم عن باقيهم.

وإذا كان الموصى به منفعة فانه يترتب على الوصية ـ بعد تمامها مستوفية لسائر شروطها ـ الملك للموصى له. وهو ملك ناقص له أن يستوفيه على الوجه الوارد في الوصية طول المدة المحددة لها، سواء أكانت سنوات معدودة أم مدة حياة الموصى له، ولا يملك أحد من الورثة أو من غيرهم منع هذا الاستيفاء، فإذا انتهت المدة عادت إلى ملك الورثة فيكمل ملكهم.

وإذا كانت الوصية باقراض مبلغ معين ثبت ذلك الحق للموصى له متى تمت الوصية، وكان له أن يتصرف في هذا المبلغ مع وجوب رده بعد المدة المحددة لهذا الإقراض.

وهكذا في كل نوع من أنواع الوصية يترتب عليه ما يناسبه من الآثار كما سبق تفصيله.

أما حكمها بالمعنى الثاني: وهو وصفها الشرعي الذي يكون له أثر في اعتبارها وعدم اعتبارها، فهو أنها تكون صحيحة وغير صحيحة، ونافذة وغير نافذة، ولازمة وغير لازمة حسب اختلاف الأحوال:

فإذا استوفت شرائط صحتها كانت صحيحة صالحة لترتب الآثار عليها ما لم يمنع مانع من ذلك، وإذا فقدت شرطاً من تلك الشرائط كانت غير صحيحة لا تصلح لترتب شيء من الآثار عليها، فوصية المجنون والصبي غير المميز باطلة في نظر الفقه والقانون، ووصية الصبي المميز صحيحة في نظر بعض الفقهاء باطلة في نظر البعض الآخر والقانون، ووصية السفيه صحيحة في نظر الفقهاء باطلة في نظر القانون إذا لم تأذن بها المحكمة المختصة، ووصية المسلم للكنائس باطلة في نظر الفقه والقانون، ووصيته لفقراء غير المسلمين صحيحة شرعاً وقانوناً، ووصية غير المسلم للمساجد باطلة في نظر بعض الفقهاء صحيحة عند

فريق آخر منهم وفي نظر القانون.

والوصية الصحيحة إذا استوفت شرائط النفاذ كانت نافذة، وان فقد واحداً منها كانت موقوفة على إجازة صاحب الحق المتعلق بمحلها.

فوصية المدين بدين مستغرق غير نافذة في نظر الفقه والقانون، والوصية للوارث غير صحيحة في نظر بعض الفقهاء، وصحيحة غير نافذة في نظر البعض الآخر، وصحيحة نافذة في نظر فريق ثالث والقانون.

ثم إن الوصية الصحيحة النافذة إذا كانت اختيارية ولو كانت بواجب عليه لله أو للعباد لا تكون لازمة في حق الموصي ما دام جياً، فيجوز له الرجوع عنها في أي وقت شاء، وتكون لازمة له ولورثته بعد وفاته إذا مات مصراً عليها، وغير لازمة في حق الموصى له إلا إذا قبلها. فله مطلق الخيار في ردها أو قبولها.

والوصية التي أوجبها القانون تكون لازمة بمجرد صدورها منه لا يجوز له الرجوع عنها، بل إنها لازمة بحكم القانون ولو لم ينشئها الشخص في حياته.

وأما حكمها بالمعنى الأول: ـ وهو الحكم التكليفي ـ فقد اتفق[1] الفقهاء على أنها كانت في مبدأ أمرها واجبة للوالدين والأقربين بقوله تعالى: « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين... الآيات.

ثم نسخ ذلك الوجوب في حق الوارث بعد تشريع الميراث، وبيان نصيب

---

(١) حكي أبو حيان في تفسيره البحر المحيط قولاً ـ لم يعين قائله ـ بأن الوصية للقريب الوارث لم تنسخ بل تجب له مع الميراث. وعبارته (واختلفوا فقال قوم الآية محكمة والوصية للوالدين والأقربين واجبة ويجمع للوارث بين الوصية والميراث بحكم (الآيتين) وهذا القول غير صحيح لمنافاته لحديث (إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه ألا لا وصية لوارث). ولعل هذا الحديث لم يبلغ أصحاب هذا الرأي.

كل وارث، كما اتفقوا على وجوبها بما عليه من حقوق لله تعالى. كزكاة لم يؤذها أو كفارة أو فدية صوم، وما شابه ذلك، أو حقوق للعباد ليس عليها دليل يثبتها من وثيقة أو شهادة. كدين أو وديعة.

وإنما وجبت الوصية في هذه الحالة لأن أداء الحقوق واجب عليه، وقد تعينت الوصية طريقاً له.

واختلفوا في وجوبها في غير هذا الموضع على رأيين:

الأول: أنها ليست واجبة، بل هي مستحبة رغب الشارع فيها ليبر بها الإنسان قريباً، أو يعين بها محتاجاً، وهو قول جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة «أبو حنيفة ومالك الشافعي وأحمد» وقال القرطبي في تفسيره. إنه قول أكثر العلماء

ولقد بالغ بعضهم وحكي الإجماع عليه، ولكن دعوى الإجماع غير صحيحة كما سيأتي في القول الثاني.

ومع أن الأصل فيها ذلك عندهم إلا أنه قد يعرض لها عارض فيسلبها هذا الاستحباب ويسمها بسمة أخرى من التحريم أو الكراهة أو غيرهما، لأن الوصية تصرف له غاية تبعث عليه فيختلف حكمها تبعاً لاختلاف الغاية،فقد يكون الباعث عليها شراً، وقد يكون خيراً، وقد يتجاوز بها الموصي حدود الدائرة المشروعة فيها.

فإذا وقعت موقع الصدقة ولم يصاحبها مخالفة شرعية، كما إذا أوصى بثلث ماله للفقراء والمساكين، أو لجهة من جهات البر، كالمصحات والملاجىء مثلاً تكون مستحبة.

وإذا لم تقع موقع الصدقة بأن كانت لغني مثلاً، ولم يصاحبها ما هو منهي عنه شرعاً تكون مباحة، فعلها وعدمه سواء.

وتكون حراماً إذا كانت بمعصبة، كما إذا أوصى بمال يقام به حفلات ماجنة،أو يعطي للناتجات لينحن عليه، أو لأندية اللهو المحرم، أو كان الفعل في ذاته ليس محرماً ولكن الباعث عليه محرم، كما إذا أوصى بقصد الإضرار بالورثة حتى ولو كان الموصى به في حدود الثلث، أو أوصى لخليلته لتبقى معه على الحالة المحرمة، أو أوصى لفاسق ليستعين بها على الفسق.

وقد تكون مكروهة. كما إذا أوصى لفاسق وليس من غرضه أن يستعين بهذا المال على الفسق، فإن نفس الوصية مباحة لكن لما كان يحتمل أن يستعين الفاسق بها على فسقه كانت مكروهة لهذا. وكما إذا أوصى لأجنبي وماله قليل وورثته كثيرون من غير قصدالإضرار، فإن إغناء ورثته خير من إعطاء الأجنبي.

الرأي الثاني: أن وجوبها لا يزال باقياً، وهو ما ذهب إليه جماعة من فقهاء التابعين والأئمة من بعدهم. منهم سعيد بن المسيب، والحسن البصري، وطاوس وعطاء، والزهري، ومسروق وقتادة، وإياس، وأبو مجلز، وحكاة البيهقي عن الشافعي في القديم، كما حكى عن الإمام أحمد، وهو قول إسحاق وداود الظاهري وابن جرير، وأبو عوانة الأسفراييني وغيرهم[1] وأخيراً قال به ابن حزم الظاهري وأصحاب هذا الرأي مع اتفاقهم على وجوبها مختلفون فيمن تجب له، فمنهم من لم يعين الموصى له، ومنهم من يرى وجوبها للوالدين والأقربين غير الوارثين، ومنهم من يرى أنها واجبة عموماً ولهؤلاء خصوصاً[2].

---

(١) راجع تفسير القرطبي جـ ٢ ص٢٤، وما بعدها، وتفسير البحر المحيط جـ ٢ ص ١٧، والمغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٢، والمحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٣١٤ وما بعدها، ونيل الأوطار للشوكاني جـ ٦ ص ٢٩. فكل واحد من هؤلاء حكاه عن جماعة.

(٢) وفائدة هذا الخلاف تظهر فيما إذا لم يكن له قريب غير وارث فإن من أوجبها مطلقاً يحتم عليه الإيصاء لأجنبي، ومن قصر الوجوب على الأقرباء يقول بسقوط الوجوب عنه. ومن فان بوجوبها عليه عموماً وخصوصاً يقول بعدم سقوط الوجوب عنه في هذه الحالة، إلا أنه في حالة وجود القريب يقدم على غيره.

وتفصيل هذا الخلاف لا يعنينا هنا، وإنما الذي نريد أن ننبه عليه هو أن الشخص إذا ترك الإيصاء الواجب عليه فهل يجب على غيره أن يقوم به، أو أنه لا يجب على أحد من بعده ويكون آثماً على تركه هذا الواجب؟.

هنا نجد ابن حزم الظاهري، يذهب إلى أن هذا الواجب لا يسقط بتركه بل يجب على ورثته أو الوصي أن يعطي لمن وجبت لهم الوصية شيئاً غير محدد بمقدار، لأن أصل الوصية ليس له مقدار محدد، فقد كان واجباً على صاحب المال أن يوصي لهم بما تطيب به نفسه، فكذلك من ينوب منابه، ويرى مع هذا أنه لا يجب عليه الإيصاء لجميع أقاربه غير الوارثين، بل يجب عليه أن يوصي لوالديه، وأما أقاربه فيجزئه أن يوصي لثلاثة منهم[1]. وإلى هذا الرأي استند قانون الوصية في تشريع الوصية الواجبة كما سنبين ذلك فيما بعد.

والخلاف في وجوب الوصية يرجع إلى الخلاف في بقاء الوجوب المستفاد من آية الوصية أو نسخه، وإلى وجود بعض أحاديث تفيد بظاهرها وجوب الوصية.

فالقائلون بالوجوب استدلوا.

أولاً: بما رواه الجماعة عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ قال «ما حق امرىء مسلم يبيت ليلتين وله شيء يريد أن يوصي فيه إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه».

---

(١) يقول ابن حزم في المحلى جـ ٩ ص ٣١٤ «وفرض على كل مسلم أن يوصي لقرابته الذين لا يرثون إما لكفر وإما لأن هناك من يحجبهم عن الميراث. أو لأنهم لا يرثون فيوصى لهم بما طابت به نفسه لأحد في ذلك، فإن لم يفعل أعطوا ولا بد ما رآه الورثة أو الوصي، فإن كان والداه أو أحدهما على الكفر أو مملوكاً ففرض عليه أيضاً أن يوصي لهما أو لأحدهما، فإن لم يفعل أعطي أو أعطيا من المال ولا بد ثم يوصي فيما شاء بعد ذلك، فإن أوصي لثلاثة من أقاربه المذكورين أجزأه».

فهذا الحديث يدل بظاهره على أن الوصية واجبة يجب المبادرة إلى فعلها، ومما يؤيد ذلك أنه ورد في بعض الروايات أن عبد الله بن عمر راوي الحديث، قال: ما مرت علي ليلة منذ سمعت رسول الله قال ذلك إلا وعندي وصيتي.

ويجاب عن هذا الدليل. بأنه لا يدل على وجوب الوصية، لأنها لو كانت واجبة لم يجعلها إلى إرادة الموصي، ولكان ذلك لازماً على كل حال، وإنما الغرض من الحديث هو الحث على المبادرة بكتابة الوصية، لأن معناه ليس من الحزم والرأي السديد أن يمر على الإنسان زمن يملك فيه مالا يوصي به ولا يكتب وصيته.

ولو سلم أنه أريد به بيان الوجوب فمحله من كان عليه حق لا يستطيع أداءه ويخاف ضياعه على أصحابه، وكذلك من له حقوق عند الناس يخاف تلفها على الورثة فهذه وتلك يجب عليه الوصية بها ولا خلاف فيه.

ثانياً: بآية الوصية فإن التشريع فيها ورد بلفظ كتب وهو يفيد الفرضية وتأكد ذلك بقوله حقاً على المتقين[1]».

وأما أصحاب الرأي الأول الذاهبون إلى عدم الوجوب فيقولون: إن الآية كانت توجب الوصية أولاً للوالدين والأقربين. ثم نسخ ذلك الوجوب بآيات

---

(١) والمستدلون بالآية مع اتفاقهم على بقاء دلالتها على وجوب الوصية مختلفون في حكمها الأول. هل بقي كما هو أم طرأ عليه نسخ في بعض صوره؟ فمنهم من يرى أن الآية طرأ عليها نسخ جزئي، لأنها عامة بلفظها ومعناها «وكانت شاملة للوالدين والأقربين وارثين أو غير وارثين، ثم نسخ منها وجوب الوصية للوارثين منهم بآيات المواريث وبقي في حق من لا يرث. فهي من قبيل العام المخصوص عندهم، ومنهم من يرى أنه لم يطرأ عليها نسخ أصلاً، لأنها وإن كانت عامة بلفظها إلا أنه أريد بها من أول الأمر غير الوارثين من هؤلاء، فهي من قبيل العام الذي أريد به الخصوص. لكن الرأي الأول أقرب إلى الصواب من الثاني لأنه يتفق مع حديث «إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه ألا لا وصية لوارث» الذي يشير الى أن الوصية كانت واجبة له.

المواريث أو بحديث « ألا لا وصية لوارث » . ولو كانت الوصية واجبة لبينها رسول الله ﷺ ، ولا يعقل أن يترك أمراً كهذا من غير بيان .

ولقد توفي كثير من الصحابة من غير إيصاء . ولو كانت واجبة ما تركوها ولبادروا إلى فعلها وبيانها .

وأنت ترى أن هذا الرأي يعتمد أولاً وقبل كل شيء على دعوى نسخ آية الوصية ، وهذه الدعوى ليس من السهل تسليمها كما قلنا عند الكلام على مشروعية الوصية للوارث،لأن النسخ لا يلجأ إليه إلا عند معرفة التاريخ وتعذر الجمع بين الدليلين ، وهنا الجمع ممكن بين آية الوصية وآيات المواريث ـ على فرض القطع بتقدم آية الوصية في النزول ـ لأن آية الوصية وإن كانت عامة لمن يورث ومن لا يرث فإن آيات المواريث والحديث لا تعارضها إلا في الوصية للورثة فقط .

فيكون وجوب الوصية منسوخاً في حقهم وباقياً في حق غير الوارثين ، وإن كانت خاصة بغير الوارثين من أول الأمر ـ كما قيل ـ فلا تعارض ولا نسخ أصلاً .

على أنه جاء في سياق الآيات المبينة للمواريث الأمر باعطاء غير الورثة من الأقربين ما يطيب خاطرهم في قوله تعالى ، وإذا حضر القسمة أولوا القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه وقولوا لهم قولاً معروفاً[1] » النساء ـ ٨ .

وقولهم: إن رسول الله لم يبينها غير مسلم، لأن القرآن أوجب الوصية

---

(١) جاء في تفسير القرطبي جـ ٤ ص ٤٨ وما بعدها بيان لأقوال العلماء في هذه الآيةوخلافهم فيها . هل هي منسوخة أو بقي حكمها ؟ وإذا كان حكمها باقياً . هل العطاء فيها فرض أو مندوب إليه؟ وحكي عن بعض العلماء القول بأن هذا العطاء فرض: والخطاب للورثة أو لمن يقسم التركة ، أمروا بأن يعطوا أولى قرباهم ويتاماهم ومساكينهم شيئاً حسبما تسمح به التركة مع قول معروف ، كأن يقول للمعطى له: بورك لك هذا المال أو ما شابه ذلك ،

للوالدين والأقربين، فلما نزلت آيات المواريث قال الرسول « إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه ألا لا وصية لوارث » ولو كان وجوب الوصية نسخ بالكلية لنفى الرسول الوصية مطلقاً من غير تقييد بكونها للوارث[1].

ولقد روى القول بوجوب الوصية عن ابن عباس في إحدى الروايتين عنه، كما أنه روى عن ابن مسعود بيان لمن تجب له الوصية فقال: إن الوصية تجب للقريب غير الوارث، الأفقر فالذي يليه.

فإذا صح النقل ينقض قولهم: إنه لم يؤثر عن أحد من الصحابة بيان لوجوبها،وإن لم يصح فمبلغ علمنا عنهم أننا لم نقف على ما فعلوه فيها، وهو لا يصح سنداً لنفي الوجوب،**والمسألة اجتهادية اختلفت الأنظار فيها، وكتاب الله قائم يتلى فيه حكم الوصية.**

وبعد هذا نرى أن القول ببقاء وجوب الوصية للقريب غير الوارث هو أوجه الرأيين وأوضحهما دليلاً.

---

(١) يقول صاحب تتمة الروض النضير في ص ٩٠٩ما ملخصه. إن آية الوصية خاصة بالورثة. وأنها كانت توجب الوصية لهم فقط، ثم نسخ ذلك بآيات المواريث بناء على أنها جاءت بلفظ الأقربين وهم الورثة لأنهم الذين يصدق عليهم ذلك، وأما غير الوارث فهو قريب لا أقرب، فالآية غير شاملة لهم، وخلص من ذلك إلى أن الوصية لا تجب للأقرباء غير الوارثين لكنهم أولى بالإيصاء من غيرهم.

ونحن نرى أن هذا الكلام غير مسلم،.لأنه يجعل دلالة الألفاظ اللغوية على معانيها تابعة للأحكام الشرعية، فإذا كان الشخص وارثاً بالفعل عد من الأقربين، وإذا حجب عنه خرج منهم، وهذا غير سائغ لغة، على أنه يلزم عليه أن يكون الأخ مثلاً من الأقربين مرة، وليس منهم مرة أخرى مع أنه في كلا الحالتين يتصل نسبه بأخيه بواسطة الأب، ثم إننا لو سلمنا ذلك في غير الوالدين فلا نستطيع تسليمه فيهما لأنه ليس في الآية لفظ يشير إلى أن الوصية لهما كانت واجبة في حالة واحدة فالمنطق السليم يقضي ببقاء الآية على مدلولها اللغوي وهو شمولها للوارث وغيره ثم نسخ الوجوب في حق الوارث وبقي في حق غيره.

المبحث الثاني
في
وصية القانون

تلك مذاهب الفقهاء في الوصية ووجوبها، ومنها عرفنا أنه لم يكن قبل صدور قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ وصية واجبة على شخص في ماله يطالب بهاقضاء،وتنفذ في تركته وإن لم تصدر منه، بل كان وجوبها بما عليه من حقوق أمر ديني بينه وبين ربه، وإن وصي بها خرج عن العهدة، وإن تركها أثم لهذا الترك، ولم يكن للقانون سلطان عليه في ذلك.

ولكن قانون الوصية أوجب منها نوعاً جديداً في وضعه ومقوماته، فأوجب الوصية لصنف من الأقربين الذين حرموا من الميراث لوجود من يحجبهم عنه، أوجبها بمقدار معين، وبشروط خاصة، فجعل للحفدة على جدهم أو جدتهم في حالة معينة وصية تستمد قوتها من القانون لا تحتاج إلى إنشاء من أحد،فإذا فعلها الشخص على الوضع الذي رسم فيه نفذت كما هي، وإن تركها كانت واجبة بحكم القانون، وإن صدرت منه على وضع آخر تدخل القانون لتعديلها كما أراد.

هذه الوصية بوضعها الجديد لم يوجد لها نظير من كل وجه في كلام الفقهاء ولكن واضعي القانون حاولوا أن يجعلوا لها سنداً ملفقاً من مذاهب الفقهاء وبعض القواعد الشرعية.

جاءت أحكام هذه الوصية في المواد[1] - ٧٦، ٧٧، ٧٨.

---

(١) ونصها مادة ٧٦ - «إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذي مات في حياته أو مات معه ولو حكماً بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثاً في تركته لو كان حياً عند موته وجبت للفرع في التركة =

وتفصيل الكلام على هذه الوصية يحتاج إلى بيان الأمور الآتية:

١ ـ من تجب له هذه الوصية

٢ ـ شروط إيجابها.

٣ ـ مقدارها.

٤ ـ حقيقة هذه الوصية.

٥ ـ طريقة استخراجها مع شرحها بالأمثلة.

٦ ـ سندها الفقهي.

من تجب له هذه الوصية:

تجب الوصية في تركة الشخص لفرع[1] من مات من ولده في حياته حقيقة

= وصية بقدر هذا النصيب في حدود الثلث بشرط أن يكون غير وارث، وألا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض عن طريق تصرف آخر قدر ما يجب له، وإن كان ما أعطاه أقل منه وجبت له وصية بقدر ما يكمله.

وتكون هذه الوصية لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات. ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور وإن نزلوا على أن يحجب كل أصل فروعه دون فرع غيره. وأن يقسم نصيب كل أصل على فرعه وإن نزل قسمة الميراث كما لو كان أصله أو أصوله الذين يدلى بهم إلى الميت ماتوا بعده وكان موتهم مرتباً

مادة ٧٧ ـ إذا أوصي الميت لمن وجبت له الوصية بأكثر من نصيبه كانت الزيادة وصية اختيارية، وإن أوصى له بأقل من نصيبه وجب مما يكمله.

وإن أوصي لبعض من وجبت لهم الوصية دون البعض الآخر وجب لمن لم يوص له قدر نصيبه. ويؤخذ نصيب من لم يوص له ويوفي نصيب من أوصى له بأقل مما وجب من باقي الثلث، فإن ضاق عن ذلك فبمنه ومما هو مشغول بالوصية الاختيارية.

مادة ٧٨ ـ الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا.

فإذا لم يوص الميت لمن وجبت لهم الوصية وأوصي لغيرهم إستحق كل من وجبت له الوصية قدر نصيبه من باقي ثلث التركة إن وفي وإلا فمنه ومما أوصى به لغيرهم.

(١) هذا الفرع يشمل المولود وقت وفاة صاحب التركة والحمل إذا كان موجوداً وقت الوفاة بالشروط التي بيناها من قبل، فلو مات وكان لابنه المتوفي زوجة حامل ثم ولد ذلك الحمل قبل مضي سنة من وفاة أبيه استحق الوصية الواجبة بشرط أن يولد حياً حياة مستقرة.

أو حكماً، أو مات معه في وقت واحد ولا يدري أيهما سبقت إليه المنية، فهذه صور ثلاث تجب فيها الوصية متى توفرت شروطها.

الأولى: إذا مات الشخص موتاً حقيقياً ذكراً أو أنثى في حياة أصله «أبيه أو أمه» وترك أولاداً فإنهم يستحقون وصية في تركة جدهم أو جدتهم.

الثانية: إذا مات الشخص موتاً حكمياً. كالمفقود الذي غاب أربع سنوات فأكثر في حالة يظن فيها الهلاك: كحالة الحرب، أو كان في بلده وباء عام ثم حكم القاضي بموته في حياة أبيه أو أمه ولو لم يكن مات حقيقة، فإن أولاد المفقود تجب لهم الوصية باعتبار أنهم أولاد شخص مات بحكم القضاء في حياة أصله ولا إرث له من ذلك الأصل[1].

وذلك لأن المفقود بعد حكم القاضي بموته يعتبر ميتاً من وقت الحكم بالنسبة لتركته فيستحقها ورثته الموجودون وقت الحكم، ومن مات منهم قبل الحكم لا يستحق شيئاً.

ويعتبر ميتاً من حين فقده بالنسبة لإرثه هو من غيره، لأن من شروط الإرث أن يكون الوارث حياً حياة محققة وقت وفاة المورث، وحياة المفقود من حين فقده إلى وقت حكم القاضي بموته مشكوك فيها فلا يحكم بإرثه من شخص مات في هذه الفترة.

فيتحقق شرط استحقاق أولاده للوصية الواجبة.

---

(١) فإذا أخذ أولاد المفقود الوصية الواجبة ثم ظهر أنه حي فإنه يرث ويأخذ نصيبه من التركة وحينئذ تبطل الوصية الواجبة، لأنها خلف وعوض عن ميراث أصلهم، فإذا وجد الأصل لم يكن للخلف محل، ولكن يؤخذ منهم ما بقي في أيديهم ولا نضمنهم لما استهلكوه أو تصرفوا فيه لأنهم تصرفوا بناء على أنهم أصحاب ملك فلا تغدى منهم، وإذا انتفى التعدي انتفى الضمان.

الثالثة: إذا مات الشخص مع أصله في وقت واحد كما إذا غرقا معاً أو هدم عليهما بيت فماتا، أو احترقا بنار في آن واحد، أو ماتا في ساحة القتال ولم يعلم السابق منهما بأي دليل، وما شابه ذلك من الأسباب.

وإنما وجبت الوصية في هـذه الحالـة لانتفـاء الإرث فيهـا بين المتـوفين، والوصية تجب حيث لا يرث الشخص أصله.

وهذه الوصية تجب وإن لم ينشئها الشخص الذي وجبت عليه لأنها واجبة بحكم القانون ـ كما قلنا ـ ومما تجب ملاحظته هنا الأمور الآتية.

الأول: أن ذلك الفرع إذا كان من أبناء البطون استحقها إذا كان من الطبقة الأولى، وإذا كانَ من أبناء الظهور استحقها مهما نزل ما دام من أبناء الظهور.

وأولاد البطون هم من ينتسبون إلى الميت بأنثى كولد البنت، وولد بنت الإبن، وأولاد الظهور هم الذين لا ينتسبون إلى الميت بأنثى. كولد الابن، وولد ابن الإبن وإن نزل.

فإذا كان المتوفى في حياة أصله «أبيه أو أمه» ـ أنثى كانت الوصية لأولادها فقط دون أولاد أولادها، وإن كان ذكراً استحق فروعه الوصية من غير تقييد بطبقة، ما داموا من أولاد الظهور كأولاده، وأولاد أبنائه، وأولاد أبناء أبنائه وهكذا.

أما أولاد بنات الابن فليسوا من أبناء الظهور فلا يستحقون وصية واجبة فلو أن صاحب التركة كان له ولدان ـ أحمد وإبراهيم، ولإبراهيم ولد وبنت «محمود وزينب» أنجب كل منهما أولاداً.

فإذا مات إبراهيم وولداه محمود وزينب في حياة أبيه فإن أولاد ولدي إبراهيم لا يرثون لكونِ بعضهم محجوباً بمن هو أقرب منه، والبعض الآخر من

ذوي الأرحام، وتكون الوصية الواجبة لأولاد محمود لأنهم من أولاد الظهور دون أولاد زينب لأنهم من أبناء البطون.

الثاني: أن الوصية الواجبة إذا كانت لأكثر من واحد من الفروع قسمت **بينهم حسب تقسيم الميراث للذكر مثل حظ الانثيين، لأن القانون جعلها عوضاً لهم عما كانوا يستحقونه من ميراث أصلهم الذي فاتهم بسب موته قبل صاحب التركة.**

هذا إذا كانوا كلهم من أصل واحد. كأولاد ابن واحد مثلاً، فإن تعددت أصولهم. بأن كانوا أولاد ابنين، أو أولاد ابن وبنت، قسمت أولاً قسمة الميراث بين تلك الأصول، ثم يعطي لكل فرع ما كان يستحقه أصله إن كان واحداً، وإلا قسم بينهم قسمة الميراث.

فإذا كان لصاحب التركة ابنان وبنت. ماتت البنت وأحد أخويها في حياة أبيهما وترك كل منهما أولاداً، فإن الوصية تكون لأولادهما تقسم أولاً أثلاثاً بحسب الأصل. للبنت ثلثها وللابن باقيها، فما كان من حظ البنت قسم بين أولادها قسمة الميراث، وما كان من حظ الابن قسم بين أولاده كذلك.

الثالث: إذا تعددت الفروع ـ بتعدد أصولها ـ واختلفت قرباً وبعداً من صاحب التركة، فإن الأقرب يحجب الأبعد إذا كان فرعاً له، ولا يحجب فرع غيره، **لأن الوصية تجب لمستحقها في الطبقة الأولى ثم تنتقل منه إلى أولاده ما داموا أهلاً لها.**

فلو أن المتوفي ترك من فروعه ابن ابن، وبنت ابن ابن آخر، وكان لابن الإبن بنت فإنه يحجب بنته فقط، لأنها لا تستحق مع وجوده، ولا يحجب بنت ابن عمه لأنها من فرع آخر، بل تأخذ نصيباً مساوياً له، لأن مقدار الوصية يقسم أولا على ابني صاحب التركة، ثم يعطى ما يخص كلا منهما حسب الميراث

لأولاده المستحقين في الوصية، كما لو كانت أصولهم التي ينتسبون بهم إلى الميت ماتوا مرتين.

٢ ـ شروط إيجاب هذه الوصية:

قيد القانون وجوب هذه الوصية بشرطين صرحت بهما المادة ـ ٧٦ ـ

أولهما: ألا يكون ذلك الفرع وارثاً من صاحب التركة، لأن الوصية وجبت عوضاً له عما كان يستحقه من ميراث أصله لو بقي حياً، فإذا كان وارثاً ولو بمقداراً قليلاً لا تجب له هذه الوصية. كما إذا مات الرجل عن زوجة، وبنت وبنت ابن توفي في حياة أبيه، فإن بنت الأبن تأخذ السدس فرضاً مع البنت تكملة للثلثين، ثم تشاركها في الباقي بطريق الرد.

وكما إذا مات وترك بنتين. وبنت ابن، وابن ابن ابن فإنهما يأخذان ما بقي بعد نصيب البنتين تعصيباً للذكر مثل حظ الأنثيين.

ولو كان في المسألة السابقة أب وأم استحقت بنت الابن، وابن ابن الأبن وصية واجبة لانتفاء إرثهما في هذه الحالة، لأن الفروض استغرقت كل التركة ثلثان للبنتين، وسدس للأب، وسدس للأم، فلم يبق شيء لمن يرث بالتعصيب.

ثانيهما: ألا يكون المتوفي قد أعطي ذلك الفرع بغير عوض ما يساوي مقدار الوصية الواجبة. كأن يهب له بدون عوض، أو يبيعه بيعاً صورياً بلا ثمن مقدار ما يستحقه بالوصية.

فإن فعل ذلك لم تجب له وصية في تركة المتوفي، وإن كان وهبه أقل مما يستحق بالوصية وجب في تركته ما يكمل له ذلك النصيب، وإذا وهب للبعض دون البعض الآخر وجب لمن لم يهب له وصية بمقدار ما أوجبه القانون له.

وليلاحظ هنا أن القتل العمد العدوان بشروطه السابقة مانع للوصية مطلقاً

إختيارية كانت أو واجبة كما يمنع الميراث ،فهو يبطلها إذا حدث بعدها،وتبطل به إذا تقدم سببه عليها .

فإذا أوصى الجد لفرع ولده الذي مات قبله ،ثم قتل الموصى له جده بطلت الوصية، وإذا أوصى له بعد أن ضربه ضربة قاتلة لم يمت بها حين الضرب، ولكنه مات بسببها فيما بعد فان الوصية تبطل أيضاً ، وإذا لم يوص له بشيء وقتله فانه لا يستحق من تركته شيئاً لا بالإرث ولا بالوصية التي أوجبها القانون ـ كما جاء بالمادة ـ ١٠٧ ـ[1] .

١ ـ مقدار الوصية الواجبة:

إن القانون الذي أوجب هذه الوصية . وجعلها عوضاً عما كانوا يستحقونه بالإرث عن أصلهم لو لم يمت قبل مورثه قدر لها قدراً معلوماً حتى لا تكون مثار نزاع بين هؤلاء وبين الورثة الآخرين، فقدرها بما كان يستحقه أصلهم ميراثاً ـ لو أنه تأخر موته بشرط أن يكون في حدود ثلث التركة ، وفي تقديره هذا إشارة إلى أنها ليست ميراثاً خالصاً ، لأن الشارع حرمهم منه، وإنما هي وصية وجبت عوضاً عن الميراث الذي فاتهم .

فإذا أوصى صاحب التركة قبل موته بمثل نصيب فرعه المتوفي قبله لأولاده وكان مساوياً لثلث التركة نفذت الوصية من غير توقف، وإن كان أقل منه نفذ كما هو، **لأن القانون جعله الواجب الأصلي** ، وإن كان أكثر من الثلث كان وصية واجبة في مقدار الثلث تنفذ من غير توقف، وفيما زاد تكون وصية اختيارية تأخذ أحكامها . إن أجازها الورثة نفذت، وإن ردوها بطلت، وإن أجازها البعض وردها الآخرون نفذت في حق من أجاز فقط .

---

(١) ففي مطلعها « يمنع إستحقاق الوصية الاختيارية أو الوصية الواجبة قتل الموصي أو المورث عامداً الخ .

وإذا لم يوص لهم بشيء وجب لهم مثل نصيب أصلهم ما دام في حدود الثلث بأن كان مساوياً له أو أقل منه ،فان كان أكثر منه وجب لهم مقدار الثلث فقط، ولا حق لهم فيما زاد مطلقاً ، لأن الفرض أن صاحب التركة لم ينشىء وصية، فما قيل من أن القدر الزائد على الثلث في هذه الحالة يكون موقوفاً على إجازة الورثة لا وجه له.

هذا الحكم يطبق أيضاً فيما إذا أوصى لبعض المستحقين وترك البعض الآخر فإنه يعطي لمن تركه نصيبه في الوصية كاملاً من باقي الثلث إن كان يتسع لذلك،وإن لم يكن باقي الثلث كافياً كمل له نصيبه مما أوصى به لغيره.

فإذا كان للشخص ثلاثة أبناء مات أحدهم في حياته وترك بنتين فأوصى الواحدة منهما بثلاثين فداناً، ولما مات وجدت تركته ١٥٠ فداناً:

ففى هذه الصورة تجد مقدار الوصية الواجبة مساوياً لثلث التركة فيجب في هذا المقدار، وحيث إن صاحب التركة أوصى لإحدى البنتين بأكثر مما تستحقه فإن الثانية تأخذ ما بقي من الثلث وهو عشرون فداناً، ولما كان أقل مما تستحقه يكمل لها من نصيب أختها فتأخذ منها خمسة أفدنة، ومن أوصى لها بثلاثين تنفذ وصيتها في خمس وعشرين، وتتوقف في الخمسة الباقية على إجازة الورثة، لأنها تعتبر وصية اختيارية فيما زاد على الثلث.

ولو أوصى لكل مستحق بأقل من نصيبه كملت الأنصباء من باقي الثلث.

ففي المثال السابق، لو أوصى لكل بنت بخمسة عشر فداناً وجب لكل منهما عشرة أفدنة ليكمل النصاب.

ولو أوصى لكل واحدة بثلاثين فداناً نفذت الوصية لكل واحدة في خمسة وعشرين فداناً، وتوقف النفاذ في الخمسة الزيادة على إجازة الورثة، لأنها تعتبر في هذا القدر وصية اختيارية.

ثم إن الوصية الواجبة تقدم على غيرها من الوصايا الاختيارية عند التنفيذ، فإذا ترك الشخص من وجبت لهم الوصية من غير إيصاء، وأوصى لغيرهم كان لأصحاب الوصية الواجبة نصيبهم من باقي الثلث إن وفي، وإلا فمن ذلك الباقي ومما أوصى به لغيرهم، وما بقي من الثلث بعد الوصية الواجبة يصرف للوصية الاختيارية إن كانت واحدة، وإن تعدد قسم بينها بالمحاصة كما جاء ذلك في المادتين ٧٧، ٧٨.

٤ ـ حقيقة هذه الوصية:

هذه الوصية ليست وصية خالصة. كما وأنها ليست ميراثاً على الحقيقة، ولكنها أشباه من الميراث مع بعض خصائص الوصية تجمعت فتخرج منها ما سمي في عرف القانون بالوصية الواجبة.

فهي تشبه الميراث من وجوه منها.

١ ـ إنها توجد وإن لم ينشئها المتوفي، والوصية الحقيقية لا توجد إلا بإنشاء من الموصي.

٢ ـ إنها لا تحتاج إلى قبول، ولو كانت وصية محضة لتوقفت على القبول، لأن الموصى له معين يتصور منه القبول بنفسه، أو بمن له الولاية عليه إن لم يكن أهلاً.

٣ ـ إنها لا ترتد بالرد، والوصية الحقيقة ترتد بالرد بخلاف الميراث.

٤ ـ إنها تقسم قسمة الميراث حتى ولو شرط الموصى تقسيمها على غير هذا الوجه إلا إذا كان ما شرطه لكل واحد يوفي بنصيبه من الوصية الواجبة.

وتخالفه من وجوه

١ ـ إنه تغنى عنها ما أعطاه الجد لهم تبرعاً بدون عوض، والميراث لا يغني عنه ذلك.

٢ ـ إن كل أصل يحجب فرعه دون فرع غيره، وفي الميراث كما يحجب الأصل فرعه يحجب فرع غيره ممن هو أبعد منه.

٣ ـ إنها وجبت عوضاً لهم عما فاتهم من ميراث أصلهم بموته قبل أن يرث من أصله، والميراث ثبت ابتداء من غير أن يكون عوضاً عن حق ضائع.

وأخيراً تجد من خصائص الوصية:

١ ـ إنها تجب في حدود الثلث، وهذا شأن الوصية.

٢ ـ إنها تقدم على الميراث بل سائر الوصايا الاختيارية.

تلك هي حقيقة الوصية الواجبة. أوجبها القانون لفرع الولد الذي مات في حياة أصله بمثل ما كان يستحقه الولد الذي مات ميراثاً كما جاء في مطلع المادة (٧٦).

« إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذي مات في حياته أو مات معه ولو حكماً بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثاً في تركته لو كان حياً عند موته وجبت للفرع في التركة وصية بقدر هذا النصيب في حدود الثلث.

فهي لا تجب إلا لفرع الولد الذي مات وكان مستحقاً للميراث.

فإذا كان الولد موجوداً محروماً من الميراث بسبب كونه قاتلاً أو مختلفاً مع صاحب التركة في الدين فلا تجب لفرعه وصية عملاً بمفهوم المخالفة، أو لأنه حكم مسكوت عنه فيرجع فيه إلى الراجح من مذهب الحنفية كما هو الشأن في كل ما سكت عنه القانون.

ولكن هذا الفرع يستحق الميراث إذا كان أهلاً له ولم يوجد من يحجبه، فإذا لم يكن أهلاً بأن كان مخالفاً في الدين لصاحب التركة لا يرث، وكذلك إذا كان أهلاً ووجد من يحجبه كعمه مثلاً، أما إذا لم يوجد له عم فإنه يجعل الأب الممنوع من الميراث كالمعدوم فلا يحجب أولاده عن ميراث جدهم أو جدتهم، **وإذا كان أصل الفرع غير موجود** بأن مات في حياة أصله «أبيه أو أمه» ولكنه كان ممنوعاً من الميراث بسبب اختلاف الدين فلا وصية لهذا الفرع، لأن أصله ما كان مستحقاً للميراث من صاحب التركة، فموته قبله لم يفوت على فرعه ميراثاً كان يتلقاه عنه حتى يعوض عنه بالوصية.

ولكن يبقى لهذا الفرع حقه في الميراث إذا لم يمنع منه مانع كما في الصورة السابقة.

بقيت صورة أخيرة. وهي ما إذا تحقق الأمران: بأن مات الولد في حياة أبيه وكان مستحقاً للميراث وترك فرعاً يخالف أباه وجده في الدين. فهل تجب لهذا الفرع الوصية؟

ظاهر المادة يوجبها له، لأنها مطلقة لم تقيد الفرع الذي تجب له هذه الوصية بكونه متحداً في الدين، ولا بكونه أهلاً للميراث.

ويؤيد هذا أن اختلاف الدين لا يمنع صحة الوصية بل لا يمنع وجوبها عند القائلين بوجوب الوصية للقريب غير الوارث.

هذا ما يسبق إلى الفهم من ظاهر المادة، ولكن هذا الظاهر غير مراد للمشرع، لأنه حين شرع هذه الوصية قصرها على الحفدة لتكون تعويضاً لهم عما فاتهم من ميراث كان يصل إليهم بالتلقي عن أصلهم لو لم يمت قبل صاحب التركة. فالباعث على التشريع هو التعويض.

وعلى هذا الأساس لو فرضنا بقاء أصل ذلك الفرع حتى ورث من صاحب

التركة ثم مات بعد إرثه فإن فرعه المخالف له في الدين لا يرثه، وحينئذ ينتفي الباعث على التشريع لأنه لم يفته شيء من الميراث حتى يعوض عنه بالوصية.

فلو قلنا بعدم وجوب الوصية في هذه الصورة لكان لنا سند من روح القانون وهدف التشريع. وبخاصة إذا لاحظنا أن تشريع الوصية الواجبة جاء على خلاف الأصل في الميراث فلا يتوسع فيه بل يقتصر على ما تيقن منه.

وليس الكلام في صحة الوصية عند اختلاف الدين حتى يقال: إن صاحب التركة لو أوصى لهذا الحفيد صحت وصيته، وإنما الكلام في وجوبها في التركة إذا لم يوص له.

ومن هنا كان يجب على المشرع أن يجلي هذا الأمر عند التشريع أو يتداركه بتشريع آخر يزيل غموضه أو يكمل نقصه.

٥ ـ طريقة استخراج مقدار الوصية الواجبة

القانون لم يبين طريقة استخراج هذه الوصية في صراحة. فاختلفت الأنظار فيها حين صدور التشريع، فنظر البعض إلى أن القانون سكت عن بيان الطريقة فيرجع إلى ما هو مقرر في مذهب الحنفية، لأنه هو الأصل الذي يرجع إليه عند عدم النص. فسلك هؤلاء في معرفة مقدار الوصية الواجبة الطريقة المقررة في هذا المذهب في مسألة تشبه هذه إلى حد كبير، وهي الوصية بمثل نصيب أحد الورثة، وفيها تقسم التركة على الورثة الموجودين وبعد معرفة سهام كل وارث تزاد مثل سهام الوارث الموصي بمثل نصيبه على سهام الورث، ثم توزع التركة على مجموع السهام.

وهنا في الوصية الواجبة تقسم التركة على الورثة الموجودين ثم تزاد مثل سهام ابن إن كان أصحاب الوصية أولاد ابن، أو مثل سهام بنت إن كانوا أولاد بنت، ثم توزع التركة على مجموع السهام بعد الإضافة، فما يصيب أصل

هؤلاء يكون مقدار الوصية فيعطي لأولاده.

فإذا توفي شخص عن زوجة، وبنت وابن بنت ماتت في حياة أبيها، وأخ شقيق وترك ٩٦ فداناً، تقسم التركة أولاً على الورثة وهم الزوجة والبنت والأخ الشقيق، فيكون نصيب الزوجة الثمن، والبنت النصف، والأخ الباقي والمسألة من ٨ نصيب البنت منها ٤ فيزاد على أصل المسألة مثلها فتصير مجموع السهام ١٢ تأخذ بنت البنت منها ٤ سهام فتأخذ ٣٢ فداناً، وهو يعادل نصيب البنت.

وأنصار هذه الطريقة يرجحونها بأنها متفقة وروح القانون، ومحققة لغرض المشرع وهو تسوية هؤلاء بمن يساوي أصلهم.

وهذه الطريقة يؤخذ عليها أنها تؤدي في بعض صورها إلى أن الفرع يأخذ أكثر مما كان يستحقه أصله لو كان حياً، ويوجد ذلك في بعض المسائل التي يكون استحقاق الفرع المتوفي في حياة أصله لا يتجاوز الثلث إن كان حياً. مع أن الباعث على التشريع هو تعويض الفرع عما فاته من ميراث أصله، فهو يأخذ باسم أصله فكيف يسوغ أخذه أكثر منه؟

على أن التسوية بين هذا الفرع وبين من يساوي أصله التي ينشدها أصحاب هذا الحل وجعلوه عماد طريقتهم لا تتحقق إلا إذا كان نصيب الأصل أقل من ثلث التركة فإذا كان أكثر من الثلث فإنه سينقص إلى الثلث، وهنا ينتفي التساوي بين الفرع ومن يساوي أصله.

فمثلاً: إذا ماتت إمرأة وتركت زوجاً، وإبناً، وابن ابن مات في حياتها وتركت ٣٦ فداناً فإن التركة تقسم بين الزوج والإبن: للزوج ربعها، وللابن ثلاثة أربعها، والمسألة من ٤ يزداد عليها مثل سهام الابن فتكون مجموع السهام ٧ يأخذ منها ابن الابن ٣ من ٧ وهي أكثر من الثلث فيرد إلى الثلث فينعدم

التساوي لأن ابن الابن سيأخذ ثلث التركة وهو ١٢ فداناً، ويأخذ الزوج ربعها وهو ٩ أفدنة، والإبن يأخذ الباقي وهو ١٥ فداناً.

وفريق آخر رأى أن القانون وإن لم يذكر طريقة استخراج الوصية صراحة إلا أنه أشار إليها في المادة ٧٦. ففي مطلعها يقول: «إن لم يوص الميت لفرع ولده الذي مات في حياته أو مات معه ولو حكما بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثاً لو كان حياً عند موته وجبت للفرع في التركة وصية بقدر هذا النصيب في حدود الثلث».

فإن هذا الجزء من المادة يبين أن مقدار الوصية هو ما كان يستحقه هذا الولد ميراثاً لو كان حياً في حدود الثلث، وهو صريح في أن الفرع لا يأخذ أكثر مما كان يستحقه أصله بحال من الأحوال، لأنه لو أخذ أكثر منه لما كانت الوصية بمثل ما كان يستحقه أصله لو كان حياً، الذي جعله القانون الواجب الأصلي.

وتقييد هذا النصيب بكونه في حدود الثلث يفيد أن نصيب هؤلاء يجوز إنقاصه عما كان يستحقه أصلهم ميراثاً.

فالقانون يتجه إلى إعطائهم تعويضاً لهم عما فاتهم من ميراث كانوا يستحقونه لو لم يمت أصلهم قبل صاحب التركة وعدم حرمانهم، وجعل الصلة بينهم وبين أصلهم الذي مات، ولم ينس أن هذه وصية فمنع زيادتها على الثلث، ولم يرد أن يعقد صلة بين هؤلاء وبين من يساوي أصلهم، فيسوى بينهم وبينه في الأنصباء، لأن التسوية لا تكون إلا بجعلهم ورثة يحلون محل مورثهم، والقانون لا يريد ذلك، بل ولا يملك واضع القانون ولا غيره أن يجعلهم ورثة بعد أن حرمهم الشارع من الميراث في هذه الحالة.

ولو كان يقصد التسوية لقال: بمثل نصيب مساوي أصلهم أبا كان أو أماً

في حدود ثلث التركة.

والحل الوحيد الذي يتفق مع هذه الأسس هو أن نفرض أصل أصحاب الوصية الواجبة حياً، ثم نقسم التركة على هذا الفرض لنعرف مقدار ما كان يستحقه، ثم يوازن بين هذا النصيب وثلث التركة، ونجعل أقلهما مقدار الوصية فتعطيه لأولاده ثم نعمد إلى باقي التركة فنقسمها بين الورثة الحقيقيين.

وبهذا نكون قد أعطيناهم مثل ما كان يستحقه من ميراث لو كان حياً في حدود الثلث، ولا توجد صورة من الصور يأخذ فيها الفرع أكثر مما كان يستحقه الأصل.

ولكن يلاحظ عند التقسيم الأول الذي نفرض فيه حياة أصل أصحاب الوصية أنه لا يدخل في قسمه التركة أولاد الميت الذين ماتوا في حياته ولم يعقبوا أو أعقبوا من لا يستحق في الوصية، فلو خلف الميت إبناً وبنتاً، وبنتي بنت ماتت في حياته، وابن ابن ابن مات أبوه وجده في حياته أيضاً غير مرتبين وكان له ابن مات في حياته ولم يعقب، أو أعقب أولاد بنت من الطبقة الثانية قسمت التركة بين أولاد الميت الأحياء والأموات الذين تركوا من يستحق الوصية، وهنا نصيب الابن والبنت الميتين أكثر من الثلث، فيكون لهما الثلث يقسم بينهما قسمة الميراث. للبنت ثلثه يعطى لبنتيها بالتساوي، وثلثاه للإبن يعطى لفروعه ولو أن أباه مات قبل جده كما جاء بالمذكرة التفسيرية.

وهذه الطريقة وإن كانت في بعض صورها لا تحقق المساواة بين نصيب هؤلاء ونصيب مساوي أصلهم إلا أنه لا يعتبر مطعناً فيها، لأنها لم تقم على تحقيق هذه المساواة ـ لسبب بسيط هو أن المشرع لم يرد تحقيقها ـ عكس الطريقة الأولى التي تهدف إليها فإنه ينقضها تخلف تلك المساواة في بعض صورها، وقد تحقق هذا التخلف فيما إذا كان نصيب الأصل أكثر من الثلث فإنه

يرد إلى الثلث، فتنعدم المساواة.

ولا يضير هذه الطريقة أن قال عنها مخالفوها: إنها طريقة حرفية. لأنها وإن سارت مع حرفية المادة إلا أنها لم تهمل غرض المشرع ومقصده ولم يترتب عليها إسراف في الإعطاء الذي لم يقصده القانون، بل وقفت به عند الحاجة التي حددها.

ولتوضيح هذه الطريقة نضعع أمام القارىء أمثلة مشروحة تبين طريقة الحل للوصية في صورها المختلفة حتى يمرن على مسائلها.

المثال الأول:

توفيت عن زوج، وبنتين، وابن بنت ماتت في حياة أمها وتركت ٣٢ فداناً فإذا فرضنا حياة البنت المتوفاة يصير الورثة فرضاً ثلاث بنات مع الزوج يأخذ الزوج ربع التركة، والبنات الثلاث ثلاثة أرباعها فرضاً ورداً، يخص المتوفاة منه ربع التركة، يأخذه ابنها وصية واجبة وقدرها ثمانية أفدنة. ثم نقسم باقي التركة وهو ٢٤ فداناً على الزوج والبنتين. للزوج ربعها فرضاً والباقي يأخذ البنتان فرضاً ورداً، فيخص الزوج ٦ أفدنة، وكل بنت ٩ أفدنة.

المثال الثاني

توفي عن أب، وابن، وبنت ابن ابن توفي أبوها وجدها في حياة المورث وترك ٦٠ فداناً.

فإذا فرضنا حياة الإبن المتوفي يكون الميراث بين أب وابنين للأب السدس والباقي بين الإبنين مناصفة، والمسألة من ٦ وحيث إن سهام الإبنين لا تنقسم بينهما من غير كسر، فتصحح المسألة بضرب أصلها وهو ٦ في ٢ فيصير أصلها ١٢، للأب منها سهمان. وللأبن ٥ وهو أكثر من الثلث، فيرد مقدار

الوصية إلى الثلث، فتأخذ بنت ابن الابن ثلث التركة وقدره ٢٠ فداناً، والباقي يقسم بين الأب والإبن يأخذ الأب سدسه فرضاً والباقي للإبن تعصيباً.

المثال الثالث:

توفيت عن زوج، وابن، وبنت بنت توفيت في حياة أمها، وابن بنت أخرى كذلك وتركت ٩٠ فداناً.

فالورثة على فرض حياة البنتين زوج، وابن، وبنتان، للزوج ربع التركة والباقي بين الابن والبنتين بالتعصيب، والمسألة من ٤، للزوج سهم، والأسهم الثلاثة بين الأولاد، وهي لا تنقسم بينهم من غير كسر فتصحح بضرب أصل المسألة في ٤ فيصير أصلها ١٦ نصيب البنتين منه ٦ وهو أكثر من الثلث فيرد إلى الثلث، فيكون مقدار الوصية ثلاثين فداناً، تقسم مناصفة بين ابن البنت وبنت خالته فيأخذ كل منهما ١٥ فداناً، ثم يقسم الباقي بين الزوج والابن يأخذ الزوج ربعه، والباقي يأخذه الإبن.

المثال الرابع:

توفي عن أب، وأم، وبنت، وبنت ابن، وبنت ابن ابن توفي أبوها وجدها في حياة المورث والتركة ٤٥ فداناً.

في هذا المثال الوصية الواجبة لبنت ابن الابن، لأنها لا ترث، وأما بنت الابن فترث مع البنت. وعلى هذا تقسم التركة أولاً بين الأب والأم والبنت والابن بعد فرضه حياً، ونصيبه على هذا التقسيم أكثر من الثلث، لأنه يأخذ ثلثي الثلثين تعصيباً مع أخته بعد فرض الأب والأم، فيرد مقدار الوصية إلى الثلث، وهو ١٥ فداناً تعطى لبنت ابن الإبن[1].

---

(١) هذه المسألة من الغرائب حيث أخذت بنت ابن الإبن ١٥ ف بينما لا تأخذ بنت الابن وهي أقرب منها إلى صاحب التركة غير خمسة أفدنة.

ثم نقسم الباقي على الورثة، فتأخذ البنت نصفه، وبنت الابن سدسه وكل من الأب والأم يأخذ السدس فرضاً، ولا يبقى للأب شيء يأخذه بالتعصيب.

المثال الخامس:

توفيت عن بنتين. وبنت بنت توفيت أمها في حياة جدتها، وابن بنت ابن توفيت أمه وجده في حياة صاحبة التركة، وأخت شقية، وأخ لأم وتركت ٢٧ فداناً.

في هذا المثال تجد أن ابن بنت الإبن غير وارث لأنه من ذوي الأرحام، ولا يستحق وصية واجبة، لأنه ليس من أبناء الظهور، فالوصية الواجبة هنا لبنت البنت. فتفرض حياة ءمها، وتقسم التركة على ثلاث بنات، وأخت شقيقة، لأن الأخ لأم محجوب بالفرع الوارث، فتأخذ البنات الثلاث ثلثي التركة فرضاً، والباقى للأخت الشقيقة تعصيباً، فيكون نصيب البنت المفروض حياتها ثلث الثلثين وهو ٦ أفدنة يعطى لبنتها وصية واجبة. ثم نقسم الباقي على البنتين والأخت الشقيقة لكل واحدة ثلثه وهو ٧ أفدنة.

المثال السادس:

توفي عن أب وابن، وابن ابن توفي أبوه في حياة جده، وبنت ابن ابن توفي أبوها وجدها في حياة المورث، وترك ٢٤٠ سهماً في شركة الحرير الصناعي، الوصية الواجبة هنا لابن الابن، وبنت ابن الإبن لعدم إرثهما. ولا يحجب أولهما الثانية. لأنها فرع لأصل آخر غيره، وتقسم التركة أولاً بين الأب والأبناء الثلاثة بعد فرض حياة من مات منهم في حياة أصله. فيأخذ الأب السدس. والباقي يقسم بين الأبناء الثلاثة بالتساوي، والمسألة من ٦ تصحح بالضرب في ٣ فيصير أصلها ١٨ يأخذ الأب منها ثلاثة أسهم. وكل ولد خمسة. فيكون نصيب الإبنين المفروض حياتهما عشرة أسهم وهي أكثر من الثلث. يرد إلى

الثلث فيعطي وصية واجبة للفرعين مناصفة. ومقداره من التركة ٨٠ سهماً يعطي لابن الإبن منها ٤٠ سهماً ولبنت ابن الإبن ٤٠ مثلها والباقي يقسم بين الأب والابن يأخذ الأب سدسها والإبن باقيها.

المثال السابع:

في المثال السابق لو أوصى الجد لابن ابنه بخمسين سهماً، ولم يوص لبنت ابن ابنه وجب لها أربعون سهماً بحكم القانون تأخذها من باقي الثلث، ولما كان باقيه لا يفي بها يكمل لها مما أوصى به لابن الإبن، وحيث إن الثلث ضاق عن مجموع الوصية الواجبة، وما أوصى به باختياره، فيكون القدر الزائد في وصية ابن الإبن وهو عشرة أسهم وصية اختيارية بما زاد عن الثلث فيوقف على إجازة الورثة. إن أجازوها نفذت وإلا بطلت.

المثال الثامن:

توفي عن بنتين، وبنت ابن توفي في حياة أبيه، وابن ابن ابن آخر غير الأول توفي أبوه وجده في حياة المورث، وبنت بنت توفيت أمها في حياة أبيها وترك ٩٠٠ جنيه.

والوصية الواجبة هنا لبنت البنت، وأما بنت الإبن، وابن ابن عمها فيرثان ما يبقى من فرض البنتين تعصيباً للذكر مثل حظ الأنثيين.

والتركة تقسم أولاً على فرض حياة البنت المتوفاة، فيكون الورثة ثلاث بنات، وبنت ابن، وابن ابن ابن تأخذ البنات ثلثي التركة فرضاً وقدره ٦٠٠ ج يخص البنت المتوفاة ثلثها وهو ٢٠٠ ح تكون وصية واجبة تأخذها بنتها، لأنها أقل من الثلث، ثم يقسم الباقي بعد الوصية على الورثة وهو ٧٠٠ ج للبنتين ثلثاها والباقي للعصبات.

المثال التاسع:

في المثال السابق لو كان بمكان البنتين ابن، والمسألة يحالها يكون الفروع الثلاثة أصحاب وصية واجبة تقسم بينهم بنسبة أنصباء أصولهم في الميراث المفروض لهم،وهي هنا ثلث التركة، لأننا فرضنا حياة أصولهم، فيكون الورثة بنتاً وثلاثة أبناء تقسم التركة بينهم بالتعصيب والمسألة من ٧ نصيب المفروض حياتهم ٥/٧ وهو أكثر من الثلث، فترد الوصية إلى الثلث، ومقداره ٣٠٠ ج يقسم بين فروع الأصول الثلاثة على خمسة أسهم لبنت الإبن سهمان، وقدرهما ١٢٠ ج، ولابن ابن الإبن سهمان وقدرهما ١٢٠ ج، ولنت البنت سهم وقدره ٦٠ ج وباقي التركة للابن وقدره ٦٠٠ ج.

المثال العاشر:

توفي عن أم وابن ابن قتل جده المورث، وابن بنت توفيت في حياة أبيها، وابن ابن بنت أخرى توفيت هي وابنها في حياة المورث. وأخ لأم وترك ١٢٠ فداناً كان قد أوصى منها بـ ٣٠ فداناً لابن ابنه قبل أن يقتله.

في هذه المسألة ابن الابن محروم من الميراث بسبب القتل ولا وصية له واجبة كذلك. وتبطل الوصية التي أنشأها له، وابن ابن البنت كذلك لا ميراث له لأنه من ذوي الأرحام، وليس له وصية لأنه فرع بنت من الطبقة الثانية.

وأما ابن البنت فلا إرث له لوجود من يرث بالفرض. ولكن له وصية واجبة. لذلك يفرض حياة أمه وتقسم التركة على هذا التقدير، فيكون للأم السدس لوجود الفرع الوارث فرضاً، وللبنت النصف فرضاً، والباقي يرد عليهما، وعلى هذا يكون نصيب البنت أكثر من الثلث فيكون مقدار الوصية الثلث يعطى لابن البنت وهو ٤٠ فداناً. ثم يقسم الباقي على الورثة الحقيقيين. وهم هنا الأم والأخ لأم، فتأخذ الأم الثلثفرضاً،والأخ السدس فرضاً والباقي

يرد عليها بنسبة فرضيها .

٦ ـ السند الفقهي لتشريع الوصية الواجبة:

إذا نظرنا لهذه الوصية على ضوء ما تقدم نجدها تضمن الأحكام الآتية:

١ ـ وجوب الوصية للأقربين .

٢ ـ وجوب إعطاء جزء من مال الشخص بعد وفاته على أنه وصية إذا ترك الإيصاء لهم .

٣ ـ قصر من وجبت لهم الوصية من الأقربين على الحفدة .

٤ ـ تحديد القدر الواجب لهم بمثل ما كان يستحقه أصلهم من الميراث في حدود الثلث .

٥ ـ تقسيم ذلك القدر بين المستحقين قسمة الميراث .

٦ ـ تقديم الوصية الواجبة على الوصية الاختيارية، وهي الوصايا التي ينشئها الشخص باختياره ولو كانت بفرض أو واجب عليه لجهة أو لأشخاص .

والمذكرة التفسيريةعند شرح هذا النوع من الوصية ببنت الحكمة في تشريعها كما بينت سند هذا التشريع من النصوص وآراء الفقهاء، وحاولت أن تسند كل حكم من تلك الأحكام إلى رأي فقيه من الفقهاء، ولكن واضعيها تكلفوا في هذا الإسناد كثيراً .

ويبدو لي أن واضعي مشروع القانون نظراوا من خلال الحوادث فوجدوا الحاجة ماسة إلى تشريع لهؤلاء يحفظ لهم حقاً في تركة المتوفي، فرتبوا أحكام الوصية الواجبة، ثم حاولوا بعد ذلك نسبة كل حكم من أحكامها إلى رأي فقيه حتى لا ينفر الناس من هذا التشريع الجديد الذي لم يسبق له مثيل في التشريعات المصرية .

وخلاصة ما جاء بالمذكرة التفسيرية في هذا الموضع.

أما في بيان الباعث على التشريع فقالت: «إنها وضعت لتلافي حالة كثر منها الشكوى. وهي حالةالحفدة الذين يموت آباؤهم في حياة أبيهم وأمهم أو يموتون معهم ولو حكما كالغرقى والحرقى، 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 يموتهم، وأحب شيء إلى نفسه أن يوصي لهم بشيء من ماله، ولكن المنية عاجلته فلم يفعل شيئاً، أو حالت بينه وبين ذلك مؤثرات وقتية» ثم بينت بعد ذلك من تجب له....

وهذا حسن وجميل في ذاته.

أما في إسناد الأحكام إلى الأدلة، ونسبتها إلى مذاهب الفقهاء فقد سلكت فيها ما يلي.

أما أصل الوجوب فدليله آية الوصية. وهو مروي عن جميع عظيم من فقهاء التابعين، ومن بعدهم من أئمة الفقه والحديث.

وأما وجوبها إذا تركها فمذهب ابن حزم وبعض فقهاء التابعين. وهذا وما قبله صحيح ومسلم.

وأما قصر الأقارب غير الوارثين على الحفدة بالترتيب المبين في المادة ـ ٧٦ ـ وتحديد الواجب لهم بمثل نصيب أصلهم في حدود الثلث، وتقسيمه بينهم قسمه الميراث فقد قالت: إنها مبنية على مذهب ابن حزم. وعلى قاعدة شرعية هي «لولي الأمر أن يأمر بالمباح لما يراه من المصلحة العامة ومتى أمر به وجبت طاعته وفي رأي بعض الفقهاء أمره ينشيء حكماً شرعياً».

ثم أخذت بعد ذلك في توضيح هذا الإجمال بما لا يخرج عن كونه محاولات لتبرير التشريع على هذا الوجه الذي جاء في القانون.

ونحن إذا عرفنا أن ابن حزم يرى وجوب الوصية للوالدين والأقربين غير الوارثين، وأنه جوز أن يكتفي من الأقربين بثلاثة فقط من غير أن يحددهم بحفدة ولا بغيرهم، كما أنه وكل تحديد مقدار الوصية للموصي إذا أنشأها، أو الوصي إذا تركها، ولم يعرض لكيفية توزيع الوصية بين الموصى لهم.

إذا عرفنا ذلك أدركنا مدى البعد بين وصية القانون ومذهب ابن حزم، وإذا أضفنا إلى ذلك سند القانون في أصل وجوب الوصية وهو الآية، وأنها توجيهاً للوالدين والأقربين وجدنا البعد يتزايد بين القانون ودليله.

فالآية توجيها أولاً للوالدين غير الوارثين وللاقربين، والقانون يتناسى الوالدين ويقصر الأقربين على الحفدة.

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

ولعل واضعي مشروع القانون حينذاك نظروا للحفدة ـ وهم في الغالب أطفال ضعاف ـ بعين عاطفة وأخرى مشفقة مقدرين ما ينتظر هؤلاء من بؤس وشقاء، فحملهم هذا وذاك على تشريع مشاركتهم لبقية الورثة فيما تركه جدهم أو جدتهم، وهم لا يملكون تشريكهم بطريق الإرث، لأن الشارع حرمهم منه فلم يجدوا أمامهم إلا باب الوصية فولجوه باحثين عما يحقق غرضهم، فوجدوا في أقوال بعض الفقهاء ما يصلح سنداً لهم فيما ذهبوا إليه، فلفقوا وتكلفوا في النسبة حتى خرج التشريع آخر الأمر على وضع فيه غموض في بعض صوره ـ كما أشرنا إلى ذلك من قبل ـ وترك لبعض من أوجب لهم الدليل الوصية، كالوالدين في حالة حرمانهما من ميراث ولدهما الوحيد، وهما في الغالب يكونان في حالة عجز تام، وقد لا يكون لهما مورد رزق غير صاحب التركة المتوفي،

فمن الرحمة أن يجعل لهما نصيب من الوصية، ولو في حالة العوز ليكون بر ولدهما لهما موصولاً.

ألم يأمر القرآن ببرهما والإحسان إليهما من غير مراعاة لإسلامهما « وصاحبهما في الدنيا معروفاً »؟

إننا ما دمنا قد استندنا إلى الآية على اعتبار أنها محكمة في إيجاب الوصية لغير الوارثين من الأقرباء فلا معنى لقصرها على فريق دون آخر ما داموا متساوين في الحاجة والعوز.

نعم إن لولي الأمر أن يتدخل ويقصر الوصية على فريق دون آخر. لكن ينبغي أن يكون ذلك التخصيص لسبب معقول وواضح، فأي فرق بين الحفدة ـ وقد يكون لهم مال آخر ـ وبين أخت شقيقه حجبت عن ميراث أخيها لم يكن لها عائل سواه، أو أخ شقيق عاجز عن الكسب؟!

إننا نأمل إلحاق تشريع الوصية الواجبة بتشريع آخر مكمل له يجلي ما فيه من غموض في بعض صورها، ويتخطى بها حدود الحفدة فيصل نفعها لمن هم في أمس الحاجة إليه- من المحتاجين الذين تربطهم بالميت صلة من القرابة القريبة، وأخيراً نخلص به أحكامها مما نتج عن تطبيقها حرفياً من غرائب شاذة في بابها، فلقد وجدنا في بعض صورها أن بنت البنت تأخذ باسم الوصية الواجبة أكثر مما تأخذه بنت الابن ميراثاً فيما إذا توفي عن بنت، وبنت ابن، وبنت بنت وترك ٣٠ فداناً، فإن مقدار الوصية هنا ثلث التركة وهو ١٠ أفدنة تأخذها بنت البنت، وتأخذ بنت الابن ربع الباقي بطريق الفرض والرد فيكون نصيبها ٥ أفدنة.

وأن بنت ابن الابن تأخذ أكثر مما تأخذه بنت الابن وهي أقرب منها كما سبق في المثال الرابع.

وأغرب من هذا أننا وجدنا بنت الابن تأخذ أكثر من البنت فيما إذا توفي شخص عن بنتين، وبنت ابن، وأخت شقيقة وترك ١٨٠ سهماً فإن مقدار الوصية هنا ثلث التركة وهو ٦٠ سهماً تأخذها بنت الابن، ثم يقسم الباقي على البنتين والأخت. فتأخذ كل بنت ثلثه، وهو ٤٠ سهماً.

فأي منطق يعطي لبنت الابن المحرومة من الميراث أكثر من عمتها الوارثة إنه شيء غريب حقاً يثير في النفوس الكراهية والأحقاد.

وفي بعض الصور نجد بنت البنت تأخذ أكثر من بنت الابن الوارثة، بل تأخذ أكثر من ابن الإبن. وذلك فيما إذا توفي عن بنت، وبنت ابن، وابن ابن آخر وبنت بنت، وترك ٩٠ فداناً فإذا فرضنا البنت الأخرى موجودة يكون الورثة فرضاً بنتين، وبنت ابن، وابن ابن، فيكون نصيب البنت الثلث تأخذه بنتها وهو ٣٠ فداناً، والباقي وهو ٦٠ فداناً تأخذ البنت نصفه ومقداره ٣٠ فداناً، ويبقى لابن الإبن وبنت الإبن ٣٠ فداناً يقسم بينهما بالتعصيب فيأخذ ابن الإبن ٢٠ ف وتأخذ بنت الإبن عشرة أفدنة، فكيف يستساغ هذا؟!

إنه يجب تقييد مقدارها بحيث لا يأخذ صاحبها أكثر مما يرثه من هو أقرب منه إلى الميت كما قيده القانون بأقل من نصيب الأصل وثلث التركة حتى تزول تلك الحالات الشاذة، ويصبح تشريعها متلائماً مع تشريع الميراث.

إننا لا نطالب بتغيير نصيب قدره الشارع، لأن الوصية الواجبة عند من يقول بها موكولة لما تطيب به نفس الموصي في حدود المعروف، وإنما قدرها واضعوا مشروع القانون باجتهادهم من غير أن يكون لهم سند واضح من نص شرعي، أو قول فقيه من الفقهاء.

هذا وقد كان أملنا قوياً في أن يأتي مشروع القانون الجديد للأحوال لشخصية بتعديل يسد تلك الثغرات التي وجه منها النقد للقانون الحالي ،ولكنه لم

يسد إلا بعض الثغرات فقط ،فلم يصنع أكثر من إعادة صياغة المادة ـ ٧٦ ـ من قانون الوصية تحت رقم ٤٠١ من المشروع فزاد فيها فقرة واحدة وبضع كلمات وإليك نصها كما وردت فيه.

المادة ٤٠١ ـ

إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذي مات في حياته أو اعتبر ميتاً أو مات معه ولو حكما بما كان يستحقه هذا الولد ميراثاً في تركته لو كان حياً عند موته وجبت للفرع في التركة وصية بقدر هذا النصيب في حدود الثلث بشرط أن يكون غير وارث وألا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض من طريق تصرف آخر قدر ما يجب له، وإن كان ما أعطاه أقل منه وجبت له وصية بقدر ما يكمله.

•تكون هذه الوصية لذرية الفرع وإن نزل ذكوراً وإناثاً على أن يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره وأن يقسم نصيب كل أصل وارث على فرعه وإن نزل قسمه الميراث كما لو كان أصله أو أصوله الوارثون الذين يدلي بهم إلى الميت ماتوا بعده وكان موتهم مرتباً كترتيب الطبقات.

ولا يستحق أحد من ذرية هذا الفرع أكثر من سهمه الذى كان يستحقه في تركة أصله.

فقد زيد في
عند تطبيق الة
سواء كان
ما يستح

وبه
على فرو

نصيب الأصل من الميراث على ورثته كلهم ثم يجمع نصيب فروعه منه ويقارن بثلث التركة ويعطي لهم إن كان في حدود الثلث وإلا رد إلى الثلث ثم يعاد تقسيمه بينهم بنسبة أنصبائهم.

وهذه الزيادة وإن كانت تخلصنا من بعض الصور الغريبة التي كان يأخذ الفرع فيها أكثر من مساوي أصله أو أكثر ممن هو أقرب منه من الورثة إلا أنها لا تقضي على كل الغرائب،كما أن المشروع الجديد عمم الوصية لذرية الفروع وإن نزلوا ذكوراً كانوا أو اناثاً بعد أن كانت قاصرة على أهل الطبقة الأولى من أولاد البنات ولأولاد الأبناء مهما نزلوا بشرط أن يكونوا من أولاد الظهور.

كما زاد كلمة « أو اعتبر ميتا »، وكلمة « وارث » بعد كل أصل. وكلمة « الوارثون » بعد أصوله: لزيادة التوضيح.

وقد كان على واضعي مشروع القانون أن يستجيبوا لما وجه إلى هذه الوصية من نقد ويعملوا على إعادة صياغة تشريعها على وجه تسلم معه من كل نقد وجيه وجه إليها.

تلك الحالات انتظار ما تفعله الهيئة التشريعية عند عرض المشروع عليها.

إننا لا نطالب
يقول بها موكولة لما ت
واضعوا مشروع القانون.
شرعي، أو قول فقيه من

هذا وقد كان أملنا قوياً
لشخصية بتعديل يسد تلك الثغرات

الفصل الثاني
في
« مبطلات الوصية » وحكم الزيادة في الموصى به »

إذا وقعت الوصية مستوفية مقوماتها وشروطها كانت صحيحة غير لازمة ـ إذا لم تكن واجبة ـ يجوز لصاحبها أن يرجع عنها في أي وقت شاء، فإذا مات مصراً عليها ولم يوجد ما يبطلها، وقبلها الموصى له نفذت وترتب عليها آثارها.

وقد يحدث لها ما يعرقل نفاذها فيلغيها، ويسمى مبطلاً، ومبطلاتها كثيرة عرض لها القانون في أكثر من عشر مواد متفرقة[1]، وهذا الإبطال يأتيها تارة من قبل الموصي، وأخرى من قبل الموصى له، وثالثة من ناحية الموصى به، ولقد سبق الكلام على أكثر هذه المبطلات في ثنايا البحوث السابقة، لذلك سنعرض لها هنا إجمالاً، ونفصل منها ما لم يسبق تفصيله.

أما ما يبطلها من جهة الموصى له:

أولاً: موته قبل موت الموصي في الوصية بالأعيان أو المنافع سواء علم الموصي بموته أو لم يعلم[2]، لأن التمليك وقع له لا لغيره، وبموته أصبح غير

---

(١) هذه المواد هي ٨، ١٤، ١٥، ١٧، ١٨، ١٩، ٢٤، ٢٧، ٤٩، ٥٩.

(٢) هذا عند جمهور الفقهاء، وذهب الحسن إلى أنها لا تبطل بموته، بل تكون لورثته، وفصل عطاء فقال: إن علم الموصى بموته ولم يحدث تغييراً كانت لورثة الموصى له. راجع المغني جـ ٥ ص ٢١.

أهل للتمليك فلا يصح صرفه لغيره، وكذلك إذا مات بعد موت الموصي وقبل ابتداء مدةالانتفاع في الوصية بالمنفعة ـ كما سبق بيانه.

ثانياً: إذا تعذر وجود الجهة الموصى لها فيما إذا كانت ا لوصية لجهة غير موجودة وستوجد في المستقبل كما جاء بالمادة الثامنة[1] وتقدم توضيحه في الكلام على الوصية للمعدوم.

ثالثاً: قتل الموصى له الموصي عمداً عدواناً سواء كان قبل الوصية أو بعدها كما تقدم مفصلاً عند الكلام على الوصية للقاتل.

رابعاً: رد الموصى له الوصيةكلها أو بعضها قبل قبوله وبعد موت الموصي باتفاق الفقهاء، وأما رده قبل موته فلا عبرة به عند جماهير الفقهاء، فله أن يقبلها بعد وفاته، وأما رده بعد قبوله فيبطلها عند الحنفية بشرط قبول الورثة أو أحدهم لهذا الرد، وقد تقدم ذلك مشروحاً في بحث القبول «المادة ـ ٢٤».

أما ما يبطلها من جهة الموصي به فامران:

أحدهما: هلاكه إذا كان معيناً بالذات أو بالنوع سواء كانت الوصية به كله آو بجزء شائع.

فلو أوصى بسيارة معينة، أو بجزء شائع فيها كنصفها مثلاً ثم هلكت قبل قبول الموصى له بطلت الوصية، سواء كان الهلاك قبل موت الموصي أو بعده لفوات محل الوصية،ويستحيل ثبوت حكم التصرف أو بقاؤه بدون وجود محله أوبقائه،ولو أوصى له بغنمة. أو بسهم شائع فيها كثلثها، ثم هلكت الغنم قبل

---

(١) ونصها: تصح الوصية لجهة معينة من جهات البر ستوجد مستقبلاً فإن تعذر وجودها بطلت الوصية».

قبوله بسبب غير موجب للضمان بطلت الوصية، وإذا كان هلاكها بسبب موجب للضمان لا تبطل الوصية لانتقال حق الموصى له إلى البدل.

ثانيهما: ثبوت استحقاقه لغير الموصي سواء كان ذلك قبل موت الموصي أو بعده، قبل قبول الموصى له أو بعده، لأنه تبين بهذا الاستحقاق ان الموصي أوصى بما ليس مملوكاً له.

والبطلان في هذين قد يكون كلياً إذا هلك الموصى به كله، أو استحق كله وقد يكون جزئياً إذا كان الهلاك أو الاستحقاق لبعضه فقط. وقد قدمنا تفصيل ذلك[1].

وأما ما يبطلها من جهة الموصي:

فأولاً: زوال أهليته بالجنون المطبق إذا اتصل به الموت، لأن الوصية تصرف غير لازم يصح الرجوع عنه متى شاء، وقد كان يمكنه الرجوع في وصيته لولا هذا الجنون المتصل، فمراعاة لحقه ابطلت الوصية، ولأن شرط بقائها صحيحة موته مصراً عليها، ومع هذا الجنون لا يتحقق إصراره عليها حتى الموت فتبطل، والمراد بالجنون ما يشمل العته، والمطبق ما يمكث شهراً، فإذا اختل احد الامرين بأن لم يكن مطبقاً، أو كان مطبقاً ولم يتصل به الموت لا تبطل الوصية، أخذ القانون أحكام هذه الوصية من مذهبي الحنفية والمالكية[2].

---

(١) راجع بحث أثر هلاك الموصي به أو استحقاقه في الوصيةعند شرح المواد ـ ٤٧، ٤٨، ٤٩. وكذلك المادة ـ ١٥ ـ تنص على أنه: تبطل الوصية إذا كان الموصى به معيناً وهلك قبل الموصى له».

(٢) يرى المالكية أن الجنون مطلقاً لا يبطل الوصية مطبقاً كان أو غير مطبق اتصل به الموت أو لا، ويوافقهم الحنابلة في هذا الرأي، لأن الوصية تعتمد في صحتها على أهلية الموصي عند إنشائها، وقد وجدت صحيحة، فزوال الأهلية بعد ذلك لا يؤثر فيها كما لا يؤثر في غيرها من التصرفات كالبيع والهبة والإجارة وغيرها فأخذ القانون بذلك في الجنون غير المطبق والمطبق إذا لم يتصل به الموت.

ثانياً: إذا ارتد الرجل عن الإسلام بعد الوصية ومات وهو على ردته أو قتل، أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه فإن وصيته تبطل عند أبي حنيفة، وعند صاحبيه لا تبطل، ذلك لأن الوصية تمليك مضاف لما بعد الموت، فيلزم لبقائها صحيحة بقاء ملك الموصي لما أوصى به، فإن زال ملكه قبل موته بطلت الوصية لعدم صلاحية محلها لحكمها في هذه الحالة، وعلى هذا يكون بقاء الوصية مرتبطاً بعدم زوال ملك الموصي، فمن يرى أن ملك المرتد يزول بالردة يحكم ببطلان الوصية، ومن يرى أنه لا يزول بها يقول بعدم بطلانها.

ومن هذا الموضع يبتدىء الخلاف بين الامام وصاحبيه ثم ينتهي باختلافهم في بطلان الوصية بالردة[1].

فأبو حنيفة يذهب إلى أن ردة الرجل موجبة لزوال ملكه عن أمواله، لكنه زوال موقوف حتى يتقرر مصيره، فإن عاد إلى الإسلام عاد ملكه إلى ما كان عليه قبلها وإن مات على ردته أو قتل أو لحق بدار الحرب تقرر زوال ملكه من حين الردة. فتبطل تصرفاته التي صدرت منه بعد الردة، وتبطل وصيته السابقة عليها لعدم بقاء الموصي به على ملكه لحين الموت، وهو وقت ابتداء ملك الموصى له.

وذهب الصاحبان إلى أن الردة لا تزيل ملك المرتد عن أمواله، بل يبقى إلى أن يموت أو يقتل أو يلحق بدار الحرب ويحكم بلحاقه، وعلى هذا حكماً بصحة تصرفاته التي صدرت منه بعد الردة ونفاذها، لأنها تصرفات فيما يملك ملكاً حقيقياً. ولكن أبا يوسف يجعلها من تصرفات الصحيح من حيث أنها تنفذ من كل المال بينما يجعلها محمد بن الحسن كتصرفات المريض مرض الموت فلا تنفذ تبرعاته أو ما في معناها إلا في حدوث ثلث أمواله.

---

(١) راجع المبسوط جـ ١٤ ص ١١٤ وما بعدها، والبدائع جـ ٧ ص ١٣٦ وحواشي الدر جـ ٣ ص ٤١٦ وما بعدها.

وإذا كان ملك المرتد باقياً إلى أن يموت أو يقتل فلا معنى لإبطال وصيته التي صدرت منه حينما كان أهلاً لها وبقي الموصي به على ملكه لم يخرج عنه إلى وقت موته، وهو الوقت الذي يبتدىء منه ثبوت ملك الموصى له.

وإذا كان الموصي امرأة ثم ارتدت بعد وصيتها فقد اتفق الأمام وصاحباه على عدم بطلان وصيتها لبقاء ملكها إلى أن تموت حيث لا تستحق القتل بردتها بخلاف الرجل الذي يستحق القتل بعد أن تكشف شبهته[1].

وقانون الوصية لم يعرض لحكم ردة الموصي وأثرها في وصيته، بل إن النص الخاص بها حذف منه بعد أن كان في مشروع القانون. بدليل ما جاء بالمذكرة التفسيرية عند الكلام عن المواد من ١٤ ـ ١٦ وعبارتها « ولكن إذا زالت الأهلية بالحجر عليه للسفه أو الغفلة أو ارتد فإن الوصية لا تبطل أخذاً بقول المالكية في الحجر وبقول الصاحبين في الردة مادة ـ ١٦ ـ.

ولعل الباعث على حذف هذا النص هو نفس الباعث الذي من أجله حذف النص على حكم ميراث المرتد من قانون الميراث، وهو ما قيل حينذاك: إنه

---

(١) والتفريق بين الرجل والمرأة بعد الردة جاء من ناحية أن الرجل بإصراره على الردة صار محارباً، وهو يستحق القتل جزاء على محاربته، وأما المرأة فلا تستحق القتل للنهي عن قتل النساء والصغار، وليس ذلك من جهة أن ردتها أشد من ردتها وأن عدم قتلها رضا بما هي عليه، لأنها تحبس حتى تتوب وترجع إلى الإسلام أو تموت، فكلاهما استحق العقوبة، غير أن عقوبة الرجل القتل، وعقوبتها الحبس يدلنا على ذلك أن المرتدة لو دخلت في اليهودية أو النصرانية لا تأخذ حكم اليهودية والنصرانية من صحة زواجها لمسلم أو لغيره، فالمرتدة لا يصح زواج المسلم منها بل ولا اليهودي ولا النصراني.
يقول أبو يوسف في كتابه « الرد على سير الأوزاعي » ص ١١٦.
« والسنة في المرتد مخالفة للسنة في المشركين، والحكم فيه مخالف للحكم فيهم، ألا ترى أن امرأة لو ارتدت عن الإسلام إلى النصرانية فتزوجها مسلم لم يجز ذلك وكذلك لو تزوجها نصراني لم يجز ذلك أيضاً، ولو تزوج مسلم نصرانية جاز ذلك »

يتنافى مع ما نص عليه الدستور من أن حرية العقيدة مكفولة للجميع».

وما جاء بتقرير لجنة العدل بمجلس الشيوخ بخصوص المادة ـ ٦ ـ من قانون المواريث من اعتذار رقيق عن حذف النص على حكم ميراث المرتد في هذا المشروع اكتفاء بما أدلى به وزير العدل أمام مجلس النواب من عناية الحكومة بإعداد مشروع خاص بأحكامه ستقدمه إلى البرلمان، ولأنه لا ضرر من ترك النص على أحكامه في هذا المشروع، فكل ما لم ينص على حكمه سيبقى خاضعاً لحكم المادة ـ ٢٨٠ من لائحة المحاكم الشرعية ويتبع فيه أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة» ولعل هذا الوعد كان يقصد به إعداد مشروع خاص بإهمال التشريع بخصوصه بدليل إهمال النص على حكم وصيته في قانون الوصية الذي صدر بعد قانون المواريث بسنوات!!

وإذا خلا القانون من حكم وصية المرتد يكون المتبع فيها هو الراجح من مذهب الحنفية كما تنص المادة ٢٨٠ من القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ المشار إليها حيث لا يزال العمل بها جارياً ولم تلغ فيما ألغى من المواد بقانون إلغاء المحاكم الشرعية ـ والراجح هنا مذهب الإمام ـ كما قيل ـ حيث لم يرجح أحد من الفقهاء من أهل الترجيح أحد القولين. وفي مثل ذلك يعتبر الراجح رأي الإمام وعليه تسير المحاكم إلى الآن.

ثالثاً: رجوعه عن وصيته: لا خلاف بين الفقهاء ـ فيما أعلم أن الوصية تصرف غير لازم في حياة الموصي، وأن له حق الرجوع عنها كلها أو بعضها في أي وقت شاء، لأنه لم يتعلق بها حق للموصى له في حياة الموصي، فلا يترتب على الرجوع فيها إلحاق الضرر بأحد، وليس للرجوع صيغة خاصة، بل إنه يتحقق بكل ما يدل على إعراض الموصي عن وصيته سواء كان بطريق النص والتصريح، أو بطريق الدلالة حسبما تفيده القرائن أو تعارفه الناس.

وهنا انقسم الرجوع إلى صريح وغير صريح[1].

فالأول: ما كان بلفظ يفيد هذا المعنى نصاً مثل. رجعت عن وصيتي، أو أبطلتها، أو تركتها، أو فسختها، أو ما أوصيت به لفلان فهو لفلان أو لورثتي أو ما شاكل ذلك.

والثاني: ما ليس كذلك سواء كان بقول من الموصي كقوله: بعت هذا الشيء الموصي به، أو وهبته أو تصدقت به، أو بفعل كما لو أوصى بشاة لشخص ثم ذبحها، أو بقطعة من منسوج فصلها ثوباً ولبسه، أو بمقدار من الغزل فنسجه، أو بقطعه من الذهب أو الفضة فصاغها حلية.

والفقهاء مع اتفاقهم على تنوع الرجوع إلى صريح وغيره مختلفون في الأفعال التي يتحقق بها الرجوع دلالة ما بين موسع ومضيق.

ففقهاء الحنفية وسعوا دائرته فقالوا: إنه يتحقق بكل تصرف يزيل ملك الموصي عن الموصى به، أو يكون استهلاكاً له، أو يحدث فيه زيادة لا يمكن تسليمه بدونها أو يكون خلطاً للموصى به بغيره بحيث يكون تمييزه متعذراً أو متعسراً، كما يتحقق بتغير الموصى به حتى يزول اسمه ومعظم صفاته سواء كان هذا التغيير بفعل الموصي أو بلا فعل من أحد[2].

---

(١) راجع الشرح الكبير للمالكية جـ ٤ ص ٤٢٨ وما بعدها، وتحفة المحتاج للشافعية جـ ٦ ص ٧٦ وما بعدها، والمغني لابن قدامة الحنبلي جـ ٦ ص ٦٧ وما يليها وللحنفية كتاب البدائع جـ ٧ ص ٣٧٨، والزيلعي جـ ٦ ص ١٨٦، ورد المحتار جـ ٥ ص ٦٤٦.

(٢) التغيير بلا صنع أحد هو الذي سماه صاحب البدائع رجوعاً بطريق الضرورة ومثل له: بما لو أوصى بهذا العنب فصار زبيباً، أو بهذا السنبل فصار حنطة، وعلل ذلك بأن هذا التغيير الحادث في حياة الموصي يجعل الموصي به شيئاً آخر غير ما أوصي به مما يتعذر معه تنفيذ الوصية فيثبت الرجوع ضرورة فتبطل الوصية، قال ذلك بعد أن قسم الرجوع إلى ثلاثة أقسام: ١ ـ رجوع قولي صريح ـ ٢ ـ رجوع فعلي أو دلالة ـ ٣ ـ رجوع ثابت بطريق =

ويوافقهم في ذلك الشافعية والحنابلة، بل إنهم توسعوا أكثر من الحنفية حيث جعلوا بعض التصرفات رجوعاً في حين أن الحنفية لم ينصوا عليها. من ذلك. أن الموصي إذا عرض الموصي بهللبيع أوأوصى ببيعه ولم يبع، أو أوصى بهبته أو رهنه ولم يوهب ولم يرهن، أو وكل شخصاً بشيء منها كان هذا رجوعاً عن الوصية كما جاء في تحفةالمحتاج والمغني.

والمالكية ضيقوا دائرته فقصروه على فعل الموصي الذي يكون استهلاكاً للموصى به، أو يغيره تغييراً تاماً، أو تصرفه الذي يخرجه عن ملكه بشرط عدم رجوعه إليه مرة أخرى ولو بسبب جديد[1].

أما خلطه بغيره على أي وجه، أو فعل ما يوجب الزيادة فيه، أو تغيره بنفسه[2] من غير صنع أحد فلا تبطل به الوصية عندهم، ولعل تضييق المالكية هذا راجع إلى أنهم توسعوا أكثر من غيرهم في طريقة إنشاء التبرعات ومنها الوصية، فجوزوها بالمعدوم وللمعدوم مطلقاً، ولم يشترطوا في صحتها القدرة

= الضرورة، ويوافق الحنفية في الحكم ببطلان الوصية بهذا التغيير الحنابلة كما جاء في المغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٦٧ ففيه: «وإذا حدث بالموصي به ما يزيل اسمه من غير فعل الموصي مثل أن سقط الحب في الأرض فصار زرعاً أو انهدمت الدار فصارت فضاء في حياة الموصي بطلت الوصية بها، لأن الباقي لا يتناوله الاسم، وإن كان انهدام الدار لا يزيل اسمها سلمت إليه دون ما انفصل منها لأن الاسم حين الاستحقاق بقع على المتصل دون المنفصل ويتبع الدار في الوصية ما يتبعها في البيع» ا هـ.

(١) جاء في الشرح الكبير جـ ٤ ص ٤٣٠، إن بيع الموصي به يبطل الوصية، وفيه إذا أوصى بشيء معين فباعه ثم اشتراه أو ملكه ولو بإرث له فلا تبطل وآخذه الموصى له.

(٢) فهم يفرقون بين تغير الموصي به حتى يزول اسمه إذا كان بفعل الموصي وبين ما إذا كان بدون فعله فيجعلون الأول رجوعاً دون الثاني بدليل تمثيلهم لما يكون رجوعاً: بما إذا أوصى بفضة فصاغها، أو بقماش ففصله ثوباً ولبسه، أو بغزل فنسجه أو بزرع فحصده ودرسه وصفاه المرجع السابق ص ٤٢٩.

على تسليم محل العقل، كما جعلوا الأصل في تلك التبرعات عدم جواز الرجوع فيها، ولما اضطروا إلى تجويزه في الوصية لم ينسوا أصولهم السابقة، فاعتبروا الوصية بعد وجودها صحيحة قائمة حتى يوجد ما يدل على بطلانها دلالة قوية من قول صريح، أو عرف صحيح، أو قرينة واضحة.

والقانون بعد أن جعل جواز الرجوع عن الوصية أصلا فيها نحى منحى المذهب المالكي في التضييق والاحتياط كما صرحت به المادتان الثامنة عشرة والتاسعة عشرة.

هذا عرض إجمالي لموقف الفقهاء من الرجوع عن الوصية، ومنه يتبين أنهم متفقون في مواضع، ومختلفون في أخرى.

أما الأول: فقد اتفقوا على أن الرجوع عن الوصية يتحقق بما يلي:

أولاً: بالقول الصريح. كرجعت عن وصيتي، أو ألغيتها وما شاكل ذلك من العبارات لعدم اللبس في دلالته، وبه أخذ القانون.

ثانياً: بكل فعل يخرج الموصى به عن ملك الموصي[1]. كبيعه، أو هبته، أو التصدق به، أو جعله مهراً أو بدلاً في الخلع أو الطلاق على مال من التصرفات الناقلة للملكية في حياة المتصرف. وبه أخذ القانون، لأن إخراج الموصي ما أوصى به عن ملكه وقطع صلته به يدل في عرف الناس على أنه قصد بذلك الرجوع عن وصيته وإبطالها.

لأننا لا نستطيع التوفيق بين التصرفين، فالبيع مثلا يفيد تمليك المشتري

---

(١) ولو عاد ذلك الشيء إلى ملكه مرة ثانية لا تعود الوصية الأولى سواء كان العود بسبب جديد أو بفسخ التصرف، وخالف المالكية فقالوا بعود الوصية في هذه الحالة كما تقلنا لك عنهم فيما سبق، ولا أدري لهم وجها في ذلك.

العين المبيعة في الحال، والوصية تفيد تمليكها للموصى له بعد الوفاة، فهذان تمليكان أحدهما ناجز، والآخر مؤجل إلى ما بعد الموت، وإذا تعذر التوفيق كان الثاني ناسخاً للأول ومبطلاً له.

فمن هنا قرروا فيما إذا تصرف في الموصى به بوصية أخرى لغير الموصى له أولاً: إنه إذا لم يمكن التوفيق والجمع بين الوصيتين ـ كأن يقول في وصيته الثانية: ما أوصيت به لمحمود هو وصية لإبراهيم ـ تبطل الوصية الأولى إذا كان الثاني ممن تصح الوصية له، لأن المتأخر ينسخ المتقدم إذا تعذر الجمع بينهما فيكون الإيصاء الثاني رجوعاً عن الوصية الأولى. والفقهاء يعدون هذه الصيغة من الرجوع الصريح كما سبق.

أما إذا كان الموصى له الثاني ممن لا تصح الوصية له بأن كان ميتاً مثلاً فلا يكون ذلك رجوعاً عن الأولى، وإذا لم يعد الوصية الأولى في وصيته الثانية لا يكون رجوعاً عن الوصية الأولى فتبقى صحيحة لعدم التنافي. وإمكان الجمع بينهما بطريق تشريك الموصى لهما فيها.

والأصل في الكلام إعماله متى أمكن، وبهذا أخذ القانون أيضاً، حيث جعل الفعل الذي يخرج الموصى به عن ملك الموصي رجوعاً عن الوصية دلالة لا يحتاج إلى قرينة أخرى تدل على أنه أراد به الرجوع.

ثالثاً: بكل فعل يعد استهلاكاً للموصى به، كما إذا أوصى لآخر ببقرة، ثم ذبحها، فإن هذا العمل يدل دلالة قوية على الرجوع عن الوصية، لأن البقرة بعد ذبحها لا تبقى عادة حتى يحين موعد تملك الموصى له، فإقدام الموصى على هذا الفعل دليل على قصده إبطال الوصية.

وبهذا أخذ القانون، وإن لم ينص عليه بخصوصه ولكنه ينطوي تحت الضابط

العام المصرح به في المادة الثامنة عشرة[1].

وأما الفعل الذي يغير اسم الموصى به ويبدل معظم صفاته، كما إذا غزل القطن الموصى به، أو نسج الغزل الموصى به، أو فصل قطعة المنسوج الموصى بها فإنه يكون رجوعاً باتفاق المذاهب الأربعة كما نقلناه فيما سبق، لأنه يكون إفناء للموصى به في المعنى، حيث تبدلت حقيقته وصارت في عرف الناس شيئاً آخر فيلحق بالنوع السابق في عدم حاجته إلى دلالة شيء آخر من قرينة أو عرف.

ولكن القانون لم يجعل هذا الفعل رجوعاً إلا إذا دلت قرينة أو عرف على أنه قصد به الرجوع عن الوصية:

ولعل ملحظ المشرع في ذلك أن الفعل في حد ذاته لا يدل على أن الموصي قصد الرجوع عن الوصية، لأنه كما يحتمل ذلك يحتمل أنه قصد إلى نفع الموصي له به، فبدل أن يملكه غزلاً أراد أن يملكه إياه منسوجاً زيادة في نفعه. وإذا وجد هذا الاحتمال احتجنا إلى قرينة أخرى ترجح قصد الرجوع.

وكما اتفقوا على أن الرجوع يتحقق بالتصرفات السابقة اتفقوا على أن بعض التصرفات الأخرى لا تكون رجوعاً وهي:

أولاً: التصرفات التي لا تخرج العين عن الملك: كإجارة العين الموصي بها أو إعارتها مثلاً، لعدم المنافاة بين هذه التصرفات وبين الوصية.

ثانياً: التصرفات في أمر تابع للموصي به. كما إذا أوصى بدار فزاد أو

---

(١) ونصها «يجوز للموصي الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها صراحة أو دلالة ويعتبر رجوعاً عن الوصية كل تصرف يدل بقرينة أو عرف على الرجوع عنها، ومن الرجوع دلالة كل فعل أو تصرف يزيل ملك الموصي عن الموصي به».

نقص في بنائها، أو رمم جدرانها أو جصصها وزيتها، أو أوصى بشاة فجز صوفها أو حلب لبنها.

أما الثانية: فقد اختلفوا في بعض التصرفات، فعدها بعضهم رجوعاً في حين لم يعتبرها فريق آخر دالة على الرجوع إلا إذا وجدت معها قرينة أخرى تدل على أنه قصد بها الرجوع: وهي جحود الوصية. وخلطها بغيرها بحيث يتعذر تمييزها، وإحداث زيادة بالعين الموصي بها لا يمكن تسليمها بدونها.؛

أما جحود الوصية: بمعنى إنكار حصولها في الماضي. كأن يقول: أنا لم أوص بشيء. أو يقول عندما تعرض عليه وصيته: لا أعرف هذه الوصية، أو لم تصدر مني. أو يقول أمام شهود: اشهدوا أني لم أوص لفلان لا بقليل ولا بكثير. فقد اختلف الفقهاء على رأيين منصوص عليهما في مذهبي[1] الحنفية والحنابلة.

الأول: أنه يعتبر رجوعاً عن الوصية فتبطل به، لأنه نفى لها في الماضي والحال فيكون أبلغ في رفضها من الرجوع الذي هو نفي لها في المستقبل فقط ولأنه يدل على عدم رضاه بإيصال الموصي به إلى الموصى له، وهل الرجوع الصريح يفيد أكثر من ذلك.

الثاني: أنه لا يعتبر رجوعاً، لأنه عقد كسائر العقود لا يبطل بالجحود والإنكار، لأن حقيقة الجحود إنكار لوقوع الوصية في الماضي، ويلزمه إنكارها في الحال والمستقبل، وإنكار الوقوع في الماضي كذب مخالف للواقع

---

(١) راجع البدائع جـ ٧ ص ٣٨٠، والزيلعي جـ ٦ ص ١٨٧، والمغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٦٨ ففيه إن جحد الوصية لم يكن رجوعاً في أحد الوجهين وهو قول أبي حنيفة في إحدى الروايتين لأنه عقد فلا يبطل بالجحود كسائر العقود، والثاني يكون رجوعاً لأنه يدل على أنه لا يريد إيصاله إلى الموصى له.

فيكون باطلاً، فيلغو ما هو من لوازمه، فتبقى الوصية كما هي صحيحة.

على أن حقيقة الجحود تغاير حقيقة الرجوع فلا ينوب أحدهما عن الآخر، إذ الرجوع معناه اعتراف بحصول الوصية في الماضي وإبطالها في الحاضر والمستقبل، والجحود إنكار لوجودها في الماضي والحاضر والمستقبل، فلو جعل الجحود رجوعاً لدل على وجود الوصية وعدمها في الماضي وهو تناقض.

هكذا وجه الفقهاء كلا من الرأيين، وقد تكلفوا كثيراً في توجيه الرأي الثاني، لأن من قال: إن الجحود يعتبر رجوعاً لم يدع أن حقيقتهما واحدة حتى يقال له: إن حقيقتهما متغايرة، وإنما يقصد أن هذا اللفظ يستعمل مجازاً في الرجوع لما بينهما من العلاقة،وهي دلالة كل منهما على النفي والإنكار، وإن كان هذا في الماضي والمستقبل، وذاك في المستقبل فقط، واللفظ المجازي مستعمل في غير ما وضع له، ولا يراد منه عند هذا الاستعمال معناه الحقيقي حتى يقال: إنه لو دل لكان تناقضا لدلالته على حصولها في الماضي، وعدم حصولها فيه.

ومنطق الموازنة بين الأدلة يقضي بترجيح الرأي الأول، لأن الإنكار لوجود الوصية مطلقا ينادي بأن صاحبها لا يريد تنفيذها، فعبر عن مراده أبلغ تعبير، ومع رجحان هذا الرأي من جهة الدليل لم يأخذ به القانون، وأخذ بالرأي الآخر، فلم يعتبره رجوعاً إلا إذا وجد ما يدل على أنه قصد به الرجوع من قرينة أو عرف.

والسبب في عدول القانون عن هذا الرأي ـ على ما يظهر لي ـ أنه ضيق دائرة الرجوع فجعل ما اختلف الفقهاء في كونه رجوعاً موكولاً إلى دلالة القرينة أو العرف للاحتياط، بل جعل بعض صور ما اتفق الفقهاء على كونه رجوعا إذا وجد احتمال أنه لا يقصد الرجوع من صور عدم الرجوع، كما إذا غير الموصى به تغييراً تاماً كنسج الغزل وما شابهه.

ولأنه من ناحية أخرى شرط في سماع دعوى الرجوع القولي أن يكون ثابتاً بالكتابة بطريقة خاصة بينتها المادة الثانية منعاً للدعاوى الكاذبة، واكتفى في الرجوع الفعلي بثبوته بكافة طرق الاثبات الأخرى، لأنها وقائع مادية تقل فيها شبهة الاختلاق والكذب،، فلو اعتبر مجرد الجحود رجوعاً عن الوصية من غير قرينة أخرى تدل عليه لفتح بابا أمام المنكرين للوصايا من الورثة الراغبين في إبطالها يصعب سده، لأن كل واحد لا يعدم أن يجد شهود زور يؤازرونه في دعواه الباطلة.

وعندي أن المشرع لو جعله رجوعاً عن الوصية من غير حاجة إلى قرينة خارجية، وشرط في سماع دعوى الرجوع به وجود مسوغ كتابي يثبته كما شرط في الرجوع القولي الصريح لكان أحسن وأحوط مما فعله، لأنه لا يخرج عن كونه رجوعاً قولياً.

وأما الفعل الذي يحدث بالموصي به زيادة يتعذر تسليمه بدونها.

كما لو أوصى بدار فزاد في بنائها، أو أوصى بقطعة أرض فضم إليها قطعة أخرى وأقام عليها عمارة، أو أوصى بثوب فصبغه، أو غرس أشجاراً في الأرض الموصي بها ـ فقد اعتبره بعد الفقهاء رجوعاً عن الوصية، لأنه يتعذر معها تسليم الموصي به للموصى له عندما يحين وقت تملكه.

ومثله في ذلك خلط الموصي به بغيره بحيث يتعذر تمييزه أو يتعسر، كما لو أوصى بمقدار من القمح فخلطه بقمح آخر، أو أوصى بعدد من غنمه معيناً ثم خلطه ببقية أغنامه التي تشبهها.

فاقدام الموصي على هذا التصرف ظاهر في قصده الرجوع عن الوصية وإبطالها، لأن من يريد تنفيذ وصيته لا يضع العراقيل في طريق وصول الموصى له إليها بخلطها بغيرهاأو بإحداث زيادة تمنع من تسليمها وحدها.

وممن ذهب إلى ذلك فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة .

وخالفهم المالكية . فلم يعتبروا هذا التصرف رجوعاً عن الوصية بدون قرينة خارجية تدل على أنه قصد به الرجوع . فإذا لم توجد قرينة ولا عرف يدل على ذلك تبطل الوصية ، ولعل ملحظهم في هذا ما قدمناه من أنهم لا يشترطون لصحة التبرعات القدرة على التسليم .

ولأن هذه الأفعال لم تعدم الموصي به ، بل هو باق بعدها وإن كان مختلطاً بغيره .

وقد أخذ القانون بهذا الرأي فلم يعتبر شيئاً من ذلك رجوعاً عن الوصية إلا إذاوجدت قرينة خارجية ،أو عرف يدل على أن الموصي قصد به الرجوع ، كما هو صريح المادة التاسعة عشرة[1] .

هذا ولما لم يعتبر القانون إحداث الزيادة بالموصي به رجوعاً عن الوصية ، وكانت صورها عديدة خصها بمزيد من البيان في خمس مواد من مواده بين فيها أنواعها وأحكامها .

وقبل أن نتكلم على أحكام الزيادة ننبه إلى أن القانون بعد اعتباره ا لرجوع عن الوصية بنوعيه الصريح والدلالي شرط في سماع دعوى الرجوع القولي الصريح عند الإنكار بعد الوفاة: أن يكون ثابتاً بدليل كتابي يختلف تبعاً لتاريخ الوصية أوالرجوع عنها ، ففي الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ م يكفي وجود أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى ، وأما الحوادث الواقعة من أول سنة ١٩١١ فلا بد من وجود ورقة رسمية ، أو ورقة مكتوبة

---

(١) ونصها « لا يعتبر رجوعاً عن الوصية جحدها ولا إزالة بناء العين الموصي بها ، ولا الفعل الذي يزيل الموصي به ، أو يغير معظم صفاته ، ولا الفعل الذي يوجب فيه زيادة لا يمكن تسليمه إلا بها ، إلا إذا دلت قرينة أو عرف على أن الموصي يقصد بذلك الرجوع عن الوصية .

كلها بخط المتوفى المدعي رجوعه وعليها إمضاؤه: أو ورقة بالرجوع عليها إمضاء صاحب الوصية مصدقاً عليه.

وقد قدمنا شرح ذلك، وبيان الحكمة من اشتراطه عند الكلام على ما شرطه القانون لسماع دعوى الموصية، أما الرجوع الفعلي الدلالي فلم يشترط في سماع دعواه شيئاً، بل تركه لطرق الإثبات الأخرى، لأنها حوادث مادية ليس للتزوير فيها مجال.

الزيادة في الموصي به

عرض القانون لزيادة الموصي به الناشئة عن فعل الموصي، وفصل أحكامها في الأرض والبناء والغراس في المواد[1] من ٧١ ـ ٧٥، ومنها يعلم حكم الزيادة في غيرها من المنقولات.

ومسلك القانون يتلخص في أمور.

---

(١) ونصها مادة ٧١ ـ إذا غير الموصي معالم العين الموصي بها أو زاد في عمارتها شيئاً مما لا يستقل بنفسه كالمرمة والتجصيص كانت العين كلها وصية.

وإن كانت الزيادة مما يستقل بنفسه كالغراس والبناء شارك الورثة الموصى له في كل العين بقيمة الزيادة قائمة.

مادة ٧٢ ـ إذا هدم الموصي العين الموصي بها وأعاد بناءها على حالتها الأولى ولو مع تغيير معالمها كانت العين بحالتها الجديدة وصية.

وإن اعاد البناء على وجه آخر اشترك الورثة بقيمته مع الموصى له في جميع العين

مادة ٧٣ ـ إذا هدم الموصي العين الموصي بها وضم الأرض إلى أرض مملوكة له وبنى فيها اشترك الموصى له مع الورثة في جميع الأرض والبناء بقيمة أرضه.

مادة ٧٤ ـ استثناء من أحكام المواد ٧١ فقرة ثانية، ٧٢ فقرة ثانية، ٧٣ إذا كان ما دفعه الموصي أو زاده في العين يتسامح في مثله عادة ألحقت الزيادة بالوصية وكذلك تلحق الزيادة التي لا يتسامح فيها إذا وجد ما يدل على أن الموصي قصد إلحاقها بها.

مادة ٧٥ ـ إذا جعل الموصي من بناء العين الموصي بها ومن بناء عين مملوكة له وحده لا يمكن تسليم الموصي به منفرداً اشترك الموصي له مع الورثة بقدر قيمة وصيته

الأول: أن الزيادة تتنوع إلى نوعين .زيادة تتبع العين الموصي بها . فتصير جزءاً من الوصية، ولا توجب حقاً للورثة في تلك العين، وأخرى لا تتبع الوصية وتوجب الشركة بين الورثة والموصى له في تلك العين وزيادتها .

فالأولى: هي التي لا يمكن فصلها أو لا يكون لها قيمة إذا انفصلت كدهن الجدران والأبواب وترميم المتداعي منهـا ، وتسميـد الأرض مثلاً . وكـذلـك الزيادة التي لها قيمة بعدفصلها ،ولكن الناس يتساهلون فيها عادة، كبناء حجرة في سطح الدار الكبيرة أو في فنائها ، وغرس شجرة أو أشجار قليلة في حديقة كبيرة .

أو كان لها قيمة ولا يتساهل الناس فيها ،ولكن وجدت معها قرينة دالة على أن الموصي قصد إلحاقها بالوصية، كما إذا هدم بناء الدار الموصي بها وأعاد بناءها على صورتها الأولى مما يعده العرف تجديداً للبناء الأول .

ففي هذه الصورة تكون الزيادة مع العين الموصي بها وصية لا حق للورثة فيها .

الثانية: هي الزيادة التي يكون لها قيمة بعد فصلها ولا يتساهل الناس فيها . ولم توجد قرينة تدل على إلحاقها بالوصية . كما إذا بنى في الأرض الموصي بها ، أو زاد طبقة في بناء دار مكونة من طبقات، أو غرس أشجاراً كثيرة في أرض موصى بها ، أو هدم بناء الدار وأعاده مما يوجب زيادة قيمتها .

وهذه الزيادة توجب الشركة بين الورثة والموصى له فيشترك الورثة بقيمة هذه الزيادة .

الثاني: إن ما كان تابعاً للعين الموصي بها من بناء أو أشجار إذا انفصل عنها في عملية الزيادة تلغى تبعيته للوصية، لأن التابع يكون تابعاً في حالة اتصاله فقط فإذا انفصل زالت تبعيته .

فإذا كانت الوصية داراً وهدمها الموصي وجدد بناءها على شكل آخر، فإن الشركة تثبت في الدار الجديدة للورثة بقيمة البناء قائماً، والموصى له بقيمة الأرض، والأنقاض تكون للورثة، لأنها خرجت عن الوصية بانفصالها بالهدم، ومثل ذلك يقال في الأشجار المقلوعة.

الثالث: إن إعادة البناء بعد هدمه إن كان على الشكل الأول بحيث يعتبر في العرف تجديداً للموصي به فلا تثبت به الشركة، وإن زاد في قيمة الدار وغلتها وإن لم يكن إعادة للأول تثبت به الشركة.

الرابع: إن البناء والغراس في الأرض الموصي بها لا يعتبر تعدياً من الموصي فتعتبر قيمته قائماً، فإذا وقعت الشركة في أرض عليها بناء جديد كان للموصى له نصيباً بقيمة الأرض، وللورثة نصيباً بقيمة البناء قائماً.

وعلى ضوء هذه الأسس يمكن تخريج أحكام صور الزيادة المختلفة.

فإذا أوصى بدار فتصدع بناؤها فقام بترميم جدرانها وتجصيصها وتحسينها ثم مات فإن الدار تكون كلها وصية ولا حق للورثة فيها، لأن تلك الزيادة لا قيمة لها وحدها إذا أمكن فصلها، والموصي حينما فعلها لم يقصد بها إلا إصلاح العين الموصي بها.

وإذا زاد بعد هذا الإصلاح طبقة أخرى من البناء كانت الدار شركة بين الموصي له بقيمة الأرض والبناء الأول، والورثة بقيمة الطبقة الجديدة، بأن تقوم الدار بدون هذه الطبقة، ثم تقوم معها. والفرق بين القيمتين هو قيمة ما للورثة فتوزع الغلة بين الشركاء بنسبة ما لهم.

وإذا هدم هذا البناء ثم أعاده على شكله الأول مما يعده العرف تجديداً له كانت الدار للموصى له، ولا شركة للورثة فيها، لأن البناء على هذه الصورة لا يقصد به تشريك الورثة، لكن أنقاض البناء الأول تكون لورثة الموصي،

لأن البناء كان تابعاً للأرض وهو قائم متصل بها، فإذا انفصل بالهدم زالت تبعيته وخرج من الوصية، وإذا أعاد البناء على شكل مغاير للشكل الأول بحيث لا يعد في العرف تجديداً له كانت هذه الزيادة موجبة للشركة بين الورثة والموصى له، وللورثة نصيب بقدر قيمةالبناء، وللموصى له بقدر قيمةالأرض لكن يشترط فيثبوتالشركة في هذه الحالة وأمثالها عدم وجود قرينة تدل على أن الموصي قصد بهذا البناء إلحاقه بالوصية.

وإذا كانت الوصية بدار فهدم بناءها، ثم ضم إلى أرضها أرضاً أخرى: وبنى على القطعتين داراً كبيرة. كانت الدار الجديدة شركة بين الموصي له والورثة. للموصي له بقدر قيمة الأرض الموصي له بها فقط، وللورثة بقيمة الأرض الثانية مع قيمة البناء كله.

وإذا كان للموصي داران متجاورتان فأوصى بإحداهما لشخص، ثم قام بعمارة في الدارين بأن جعلهما داراً واحدة بمرافق واحدة بحيث لا يمكن تسليم الموصي بها وحدها فإن الدار الجديدة تكون شركة للموصي له فيها بقدر قيمة وصيته. وللورثة بقدر قيمةالعين الموروثة.

وكذلك يقال في الغراس والوصية بالمنقول إذا حدث فيه بعض الزيادات.

الخاتمة
في
تزاحم الوصايا

قدمنا أن الوصية إذا زادت عن ثلث التركة توقف نفاذها فيما زاد على إجازة الورثة. إن أجازوها نفذت، وإن ردوها بطلت، وإن أجازها البعض وردها الآخرون نفذت في حق من أجاز، وبطلت في حق من لم يجز، فإن لم يكن للموصي وارث من الأشخاص نفذت في جميع التركة من غير توقف. وأن الوصية التي أوجبها القانون مقدمة في التنفيذ على الوصايا الاختيارية[1].

فإذا كان للشخص وصية واحدة من هذا النوع أخذ الموصي له وصيته كاملة إذا لم يكن للموصي ورثة، أو كان له وأجازوها، فإن لم يجيزوها أخذ منها ما يعادل ثلث التركة فقط.

وإذا كان له وصايا عديدة يتسع لها ثلث التركة، أو التركة كلها عند إجازة الورثة أخذ كل واحد من الموصي لهم وصيته كاملة لا فرق بين الوصية للقربات والوصية للأشخاص واجبة كانت أو اختيارية، فإن ضاق الثلث أو كل المال في الحالتين عن الوفاء بها كلها تزاحمت فيه بحيث لا يمكن تنفيذها جميعها. **فتزاحم الوصايا إذاً لا يكون إلا عند تعددها وضيق المال المخصص لتنفيذها عن الوفاء بها** وهو يقتضي التشريك بينها لا تقدم واحدة منها على غيرها إلا إذا كانت وصية أوجبها القانون فإنها تستوفي أولاً، وما بقي بعدها تتزاحم فيه الوصايا الأخرى، وتقديم الوصية الواجبة على هذا الوجه من صنع

---

(١) المراد بالوصايا الاختيارية التي تقدم عليها الوصية الواجبة ما أنشأها الموصي ولم تكن واجبة عليه بحكم القانون سواء كانت لجهة أو لأشخاص، وسواء كانت بفرض أو واجب أو كانت تبرعاً. كما جاء بالمذكرة التفسيرية.

القانون، فهو الذي أوجبها، وأوجب تقديمها على جميع الوصايا الاختيارية كما صرحت به المادة ـ ٧٨ ـ.

فالتزاحم بين الوصايا يتنوع إلى نوعين. تزاحم فيه وصية واجبة، وتزاحم ليس فيه ذلك بل جميع وصاياه من النوع الاختياري.

فإذا كان بين الوصايا المتزاحمة وصية واجبة نفذت أولاً، فاذا استنفذت كل الثلث بطلت الوصايا الأخرى، وإن بقي منه شيء تزاحمت فيه تلك الوصايا

فاذا توفي شخص وترك ثلاثة أبناء، وأولاد ابن توفي في حياته، وكان قد أوصى لهم بثلث ماله، وأوصى لجهة خيرية بثلث المال أيضاً، ولم يجز أبناؤه الوصية بما زاد على الثلث.

ففي هذا المثال نجد الموصي قد أوصى لأصحاب الوصية الواجبة بأكثر مما أوجبه لهم القانون، لأنهم يستحقون مثل نصيب أبيهم بشرط عدم مجاوزته الثلث، ونصيب أبيهم في هذه المسألة أقل من الثلث فتنحل وصيتهم إلى وصيتين إحداهما واجبة بمقدار ما كان يستحقه أصلهم لو كان حياً، والثانية اختيارية ببقية الثلث، وإذا أضفنا الوصية للجهة الخيرية إلى هاتين الوصيتين تجمعت معنا وصايا ثلاث تتزاحم في الثلث حيث رد الورثة ما زاد عنه، فتنفذ الوصية الواجبة أولاً، وما بقي من ثلث التركة يقسم بين الوصيتين الاختياريتين.

وطريقة استخراج الوصية الواجبة عرفناها فيما سبق، وخلاصتها: أن نفرض أصل أصحاب الوصية الواجبة حياً، وتقسم التركة على الورثة ومعهم هذا الشخص المفروض حياته، فإذا عرفنا مقدار نصيبه وازناه بثلث التركة فان كان مساوياً له أو أقل منه أعطى لأولاده، وإن كان أكثر منه أعطي لهم مقدار

الثلث فقط .

فإذا لاحظنا مع ذلك أن تقسيم التركة بين الورثة لا يكون إلا بعد إخراج الوصية، لأنها مقدمة على الميراث وجب علينا عند وجود وصية اختيارية مع الوصية الواجبة أن نزيد خطوة أخرى تسبق تلك الخطوات السابقة: وهي اقتراض نفاذ الوصية الاختيارية في هذه الحالة، فنطرح مقدارها إذا كانت في حدود ثلث التركة قبل تقسيمها .

لأننا لو لم نفعل ذلك وقسمناه ابتداء على الورثة بما فيهم أصحاب الوصية الواجبة، ثم أعطيناهم نصيب أصلهم للزم عليه آن يآخذوا أكثر من نصيب ذلك الأصل لو كان حيا، لأنه لو كان موجوداً عند وفاة المورث لأخذ نصيبه بعد إخراج الوصية الاختيارية، ففراراً من هذا المحظـور يجب اتبـاع الخطـوات الآتية لاستخراج مقدار الوصية الواجبة في هذه الحالة .

١ ـ نطرح مقدار الوصية الاختيارية إذا كانت في حدود الثلث من التركة أولا مفترضين نفاذها .

نفترض حياة أصل أصحاب الوصيةالواجبة أبا كان أو أما .

٣ ـ تقسم التركة على الورثة ومعهم ذلك الأصل المفروض حياته لمعرفة مقدار نصيبه .

٤ ـ إذا عرفنا مقدار نصيبه ووجدناه أكثر من الثلث[1] كانت الوصية بمقدار الثلث فقط ،وإن كان مساوياً له أو أقل منه أعطي هذا النصيب لأولاده وما بقي من الثلث يعطي لأصحاب الوصايا الاختيارية .

ففي المثال السابق لو كانت التركة ٩٠ فداناً قسمنا ثلثها وهو ٣٠ فداناً

---

(١) المراد ثلث كل التركة لأنه الذي يخرج منه الوصية في هذه الحالة:

على الوصايا الثلاثة، نخرج منها الوصية الواجبة بأكملها، وما بقي بعدها يقسم بين الوصيتين بنسبة سهامها. ولبيان هذا نطرح أولاً ثلث التركة وهو ٣٠ فداناً باعتباره مقدار الوصية الاختيارية النافذة، ثم نفرض وجود الإبن الميت، ونقسم الباقي وهو ٦٠ فداناً على الأبناء الأربعة، فيكون نصيب الإبن المفروض حياته ١٥ فداناً، وهو أقل من ثلث التركة، فيعطي لأولاده على أنها وصية واجبة وبمقارنة مقدار هذه الوصية بالتركة نجده مساوياً لسدسها، فيكون الباقي للوصايا الاختيارية هو سدس التركة فقط، فيقسم بين الوصيتين بنسبة ١/٦ : ١/٣ أي بنسبة ١ : ٢ فيعطي لأولاد الإبن ٥ أفدنة أخرى وصية اختيارية، ويعطي للجهة الخيرية ١٠ أفدنة فيكون توزيع الوصايا كالآتي:

١٥ فداناً لأولاد الإبن وصية واجبة.
٥ أفدنة لأولاد الإبن وصية اختيارية
١٠ أفدنة للجهة الخيرية وصية اختيارية
فيكون المجموع ٣٠ فداناً.

والباقي وهو ٦٠ فداناً يكون ميراثاً توزع بين الأبناء الثلاثة، فيأخذ كل واحد منها ٢٠ فداناً.

وأما تتزاحم الوصايا الاختيارية وحدها: فلا يخلو. إما أن تكون هذه الوصايا كلها للعباد. كأن يوصي لكل من محمد ومحمود وإسماعيل وصية مستقلة بسهم من التركة. أو بمبلغ من المال، أو بعين منها لا يتسع لها ثلث التركة أو كلها.

وإما أن تكون كلها للقربات. كأن يوصي لكل من المسجد والمستشفى وفقراء بلده والحج عنه، وما عليه من زكاة ببعض ماله. سواء عين لكل قربة منها مقداراً معيناً، أو سهماً شائعاً، أو لم يعين شيئاً من ذلك.

وإما أن يكون بعضها للعباد وبعضها الآخر للقربات: كأن يوصي بمقدار من المال للمسجد والحج عنه، وما عليه من كفارات، ولأولاد أخيه.

فإذا كانت الوصايا المتزاحمة كلها للعباد، فإن كان التزاحم في ثلث التركة قسم ذلك الثلث بين أرباب الوصايا بالمحاصة بنسبة سهام وصاياهم، وإن كان في التركة كلها قسمت التركة بينهم أيضاً بنسبة سهامهم، سواء أكانت السهام معلومة من أصل الوصايا، كما لو أوصى لواحد بثلث ماله، ولآخر بنصفه. ولثالث بثلثيه. أم كانت غير معلومة، كما لو أوصى لواحد بمائتي جنيه ولآخر بدار معينة. ولثالث بمرتب خمسة جنيهات كل شهر طوال حياته. ولرابع بالانتفاع بأرض معينة مدة عشرين عاماً، لأنها إذا لم تكن سهامها معلومة قدرت الوصايا بالطرق التي عرفناها في تقدير الوصايا بالأعيان والمنافع. والمرتبات. والنقود المرسلة، وبعد هذا التقدير تنسب كل وصية على حدة إلى التركة لتعرف نسبتها إليها فتؤول هذه الوصايا إلى وصايا بسهام مقدرة من التركة.

فلو تزاحم في الثلث وصية بربع ماله. وأخرى بثلثه، وثالثة بنصفه قسمنا ثلث التركة بينها بالمحاصة بنسبة هذه السهام، فنستخرج المضاعف البسيط لمقام هذه الكسور، وهو في هذا المثال ١٣، ربعها ٣، وثلثها ٤، ونصفها ٦ فيكون مجموع سهام الوصايا ٣ + ٤ + ٦ = ١٣ تقسم ثلث التركة.

ولو تزاحم في كل التركة وصية بربع المال، وأخرى بنصفه، وثالثة بالمال كله قسمت التركة عليها بالمحاصة بنسبة ١ : ٢ : ٤ : فيكون مجموع السهام ٧ تقسم التركة عليها، فيأخذ الأول منها ١/٧، والثاني ٢/٧، والثالث ٤/٧.

ويلاحظ هنا أولاً: أنه إذا كانت إحدى هذه الوصايا بعين معينة أخذ الموصي له بها سهمه منها لا من غيرها، لأن الموصي عين حقه في تلك العين فلا

تتجاوزها تنفيذاً لإرادته بقدر الإمكان، جاء بيان ذلك بالمادة الثمانين[1].

ثانياً: إذا وجد بين الوصايا المتزاحمة وصية مؤقتة بمرتب لشخص أو لجهة ثم مات الشخص الموصي 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 الوصية، جاء بيان ذلك بالمادة الثانية والثمانين[2].

ثالثاً: إن الحكم بتقسيم الوصايا عند التزاحم بالمحاصة بنسبة سهام وصاياهم متفق عليه بين الفقهاء عدا صورة واحدة، وهي ما إذا كان التزاحم في الثلث وكان بعض الوصايا بمفردها أكثر من الثلث، ولم تكن بشيء معين، ولا بنقود مرسلة، وامتنع الورثة عن إجازتها، فقد خالف فيها أبو حنيفة فقال: إن الوصية التي تزيد على الثلث تنقص إلى الثلث، وتصير كأنها وردت كذلك من أول الأمر، ثم يقع التزاحم والتقسيم بين الوصايا على هذا الأساس.

فلو أوصي لشخص بكل المال، ولآخر بنصفه، ولثالث بثلثه، ولم يجز الورثة الزيادة قسم الثلث بين هؤلاء الثلاثة مثالثة، فيأخذ كل واحد منه ثلثه، لأن الموصي له بالكل جعل كأنه موصي له بالثلث، وألغيت الزيادة، وكذلك الموصي له بالنصف.

ولو أوصي لواحد بنصف المال، ولآخر بسدسه، ولم يجز الورثة قسم الثلث

---

(١) ونصها «إذا زادت الوصايا عن ثلث التركة وأجازها الورثة وكانت التركة لا تفي بالوصايا أو لم يجيزوها وكان الثلث لا يفي بها قسمت التركة أو الثلث على حسب الأحوال بين الوصايا بالمحاصة، وذلك مع مراعاة ألا يستوفي الموصى له بعين إلا من هذه العين».

(٢) ونصها «إذا تزاحمت الوصايا بالمرتبات ومات بعض الموصي لهم أو انقطعت جهة من الجهات الموصى لها بالمرتب كان نصيبها لورثة الموصي».

بينهما بنسبة الثلث إلى السدس، أي بنسبة ٢ : ١ ، فيأخذ الموصي له بالنصف ثلثي الثلث، والموصي له بالسدس ثلثه . ووجهة الإمام في ذلك . أن الوصية بما زاد على الثلث عند عدم إجازة الورثة تقع باطلة لعدم إمكان تنفيذها بحال من الأحوال سواء أكانت وحدها أم مع غيرها .

وعلى هذا لا يعتبر عند التزاحم إلا الوصية بما يمكن تنفيذه في الجملة، أي في حالة الانفراد.

وأما صاحباه ومعهم جمهور الفقهاء فقد قالوا: إن تلك الوصية صدرت بإرادة الموصي، وقصد بها أمرين ـ ١ ـ إستحقاق الموصي لهم جزءاً من حق الورثة، وهو ما زاد على الثلث ٢ ـ التفضيل بين الموصي لهم، فإذا تعذر تحقيق الغرض الأول لعدم إجازة الورثة فلا أقل من أن نعمل على تحقيقه في الشطر الثاني، وهو التفضيل بين الموصي لهم، **ولا شك في أن هذا أقرب إلى العدل من الأول .**

ولقد عدل القانون عن رأي أبي حنيفة بعد أن كان معمولاً به في المحاكم قبل العمل به باعتباره الرأي المفتي به في المذهب الحنفي، عدل عنه وأخذ برأي صاحبيه ومن وافقهم لوضوحه وسهولة تطبيقه كما تقول المذكرة التفسيرية .

وإذا كانت الوصايا المتزاحمة كلها للقربات فلا يخلو، إما أن تكون كلها من نوع واحد، أو تكون من أنواع مختلفة، فإن كانت من نوع واحد، كالوصايا بالفرائض من الحج والزكاة وفدية الصوم، أو بالواجبات، كالأضحية وصدقة الفطر والنذور، أو التطوع، كالوصية بإنشاء مسجد، او التصدق على الفقراء .

وفي حالة الاتحاد يقسم الثلث أو التركة كلها بين الوصايا بالمحاصة بنسبة السهام إذا عين سهاماً، كالثلث والربع لكل جهة، أو عين مقداراً من المال لكل

منها كما سبق بيانه.

فإذا لم يعين سهاماً ولا مقادير فإنه يقسم بينها بالتساوي عملا برأي زفر[1] من الحنفية كما تقول المذكرة التفسيرية لاستواء تلك الجهات في درجتها وسبب استحقاقها، وعدم وجود ما يدل على تفضيل بعضها على البعض الآخر.

وإنما أخذ القانون برأي زفر لسهولة تطبيقه، ولأنه أقرب إلى تحقيق غرض الموصي الذى لو قصد تقديماً أو تفضيلاً لبينه.

فلو أوصى بنصف ماله للحج عنه وما عليه من الزكاة، ولم يجز الورثة ما زاد على الثلث قسم الثلث بين الحج والزكاة مناصفة. فيصرف نصفه للحج عنه، ونصفه الآخر لما عليه من زكاة.

وإذا اختلفت درجاتها بأن كان بعضها فرائض، وبعضها واجبات وبعضها تطوع، وضاق ما تنفذ فيه الوصايا عن الوفاء بالكل، ولم يكن الموصي رتب بينها قدمت الفرائض على الواجبات وما دونها، فيقسم المال بينها بالتساوي إذا لم يكن في كلام الموصي تحديد لكل جهة بسهم خاص أو بمقدار معين، فإذا استنفدت الفرائض المقدار كله بطلت الوصايا الأخرى. وإن بقي من الفرائض شيء صرف لما بعده، وهكذا.

---

(١) هناك رأيان آخران. أحدهما، إنه يقدم في التنفيذ ما بدأ به الموصي في كلامه، فإن فضل منه شيء صرف لما بعده، وهكذا حتى ينتهي المقدار المخصص لتنفيذ الوصية وهو رواية عن الإمام وصاحبيه.

وثانيهما: إنه يقدم الأقوى في القربه أو الثبوت. وهو رواية أخرى في المذهب الحنفي راجع البدائع جـ ٧ ص ٢٧١. والرأي الثاني هو مشهور مذهب مالك أيضاً كما جاء في المنتفى شرح الموطأ جـ ٦ ص١٦٠.

ففيه «قال ابن القاسم وأشهب في المجموعة وغيرها لا ينظر إلى ما قدمه الميت بالذكر في كتاب وصيته وإنما يبدأ بالأوكد فالأوكد».

جاء ذلك مصرحاً به في المادة الحادية والثمانين[1] .

وإذا كانت الوصايا خليطاً من الوصايا بالقربات، والوصايا للعباد . فإن عين سهام هذه الوصايا ، أو مقاديرها قسم المال المخصص لتنفيذها بالمحاصة بنسبة هذه السهام .

وإن لم يعين لها سهاماً قسم بينهما بالتساوي ، وبعد التقسيم يصرف ما يخص وصايا العباد من المعينين لهم واحداً كان.أو أكثر .

وما يخص الوصايا بالقربات يجمع ويصرف بينها بالطريقة السابقة . بمعنى أنه إذا اختلفت هذه الجهات . بأن كان بعضها فرضاً ، وبعضها واجباً ، أو تطوعاً صرفت الوصايا للأقوى ثم الذي يليه .

فلو أوصى بنصف ماله للحج والزكاة وصدقة الفطر والتصدق على المحتاجين وشخص معين ، ولم يجز الورثة الزيادة قسم الثلث بين هذه الوصايا أخماساً . فيأخذ الشخص المعين نصيبه . ثم تجمع الأخماس الأربعة التي جعلت للقربات . ويصرف منها أولاً للفرائض . فإن بقي شيء صرف لما دونها من الواجبات . فإن لم يف ذلك المقدار بتنفيذ الفرائض مثلا قسم بينها بالتساوي . كما هو الأصل المقرر في ذلك . والله وحده العليم بحقائق الأمور ، بيده الخير وهو على كل شيء قدير .

---

(١) ونصها « إذا كانت الوصية بالقربات ولم يف بها ما تنفذ فيه الوصية فإن كانت متحدة الدرجات كانت متساوية في الاستحقاق . وإن تفاوتت درجاتها قدمت الفرائض على الواجبات . والواجبات على النوافل » .