

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 جميعاً 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 ينشأ 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 الطارئ 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 الطارئ 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 وهو ما يستمر شهراً - على الرأي الراجح عندهم - وبين الجنون غير المطبق وهو ما دون ذلك ، فيجعلون 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 الطارئ 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 الموصي أن يموت مصراً عليها، وهذا الإصرار لا يتحقق إلا ببقاء أهليته كاملة حتى الموت، فإذا فقدت أهليته بهذا النوع من الجنون انتفى شرط الإصرار عليها إلى الموت، لأنه لا إصرار مع عدم الإرادة فتكون الوصية كأن لم تكن جاء . ذلك صريحاً في الفقرة الأولى من المادة الرابعة عشرة^(١) .

البلوغ: بينا 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 . أولاً - هل هذه الوصية يلحق بالصبي 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 فيصحون 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 سنة تسع سنين أو عشر سنين لابنة عمه فأوصى لها بما بيع بثلاثين ألف درهم^(١).

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 بإذنتهم، فإنشاء الوصية لا يخرج المال عن ملكه، ومنعه من التبرعات الناجزة لأنها مضيعة للمال في حياته وهو ضرر عليه.

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

وما يلاحظ هنا أن بعض المذاهب المجوزة لوصية الصبي المميز فرقت بين من كانت سنه عشر سنين فأكثر، فأجازت وصيته قولاً واحداً، وبين من كانت سنه أقل من العشر ففي وصيته رأيان، رأي بجوازها وآخر ببطالانها^(١) 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 المانع 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^(٢).

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 يرويه 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 السفیه وذو الغفلة^(٣) 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 قولاً واحداً وما زاد على العشر فتصح على المنصوص. وفيه وجه آخر لا تصح حتى يبلغ.

(٢) راجع البدائع جـ ٧ ص ٣٣٤.

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

تبرعاً وهما ممنوعان منه، إلا أن المعنى الذي من أجله حجر عليها وهو المحافظة على أموالها في حياتها لمصلحتها 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 السفية والمغفل مكلفٌ بالعبادات والطاعات لكمال أهليتها وقد يفوتها أداء حق من الحقوق كالزكاة والحج، فمن حقها أداء ذلك الحق بطريق الوصية لدخولها في الخطاب العام « إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم فضعوه حيث شئتم ».

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

وأما غير الحنفية فلم يقيدوا جواز وصيتها بشيء وسواها بينها وبين وصية الرشيد نظراً لصحة عبارتها وكمال أهليتها.

وكما أن الفقهاء لم يشرطوا رشد الموصي لصحة الوصية ابتداءً 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 والعمله لا يمنعان صاحبها 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^(١) .

وهذا 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 وصية السفیه 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 وصيتها 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 السفیه 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 :
م ٣٣٠ - يشترط في الموصي أن يكون أهلاً للتبرع قانوناً على أنه إذا كان محجوراً عليه جازت وصيته بإذن المحكمة ، ونصح وصية المرتد .

فأجازته وصية هؤلاء تقربه مما قرره الفقهاء وتجعله متسقاً مع قانون المجالس الحسينية حينذاك المحاكم الحسينية فيما بعد» الذي جعل سن الرشد إحدى وعشرين سنة، وجعل للمحكمة الحسينية 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 الحسيني للاحتياط في وصية هؤلاء.

ومع هذا التقريب الذي قصده واضعوا القانون لا يزال بعيداً عن مذاهب الفقهاء في وصية السفیه، لأن الحنفية أجازوها إذا كانت بما هو قرابة كبناء مسجد أو الإنفاق على ملجأ أو لفقير، ومنعوها إذا لم تكن كذلك. كالوصية لغنى أجنبي، وغير الحنفية أجازوها على الإطلاق وجاء هو فقيداً بالإذن مطلقاً مع أن هذا التقييد قد يفوت عليه مصلحته في الإيضاء 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 تم عرض له سفه أو غفلة مما يوجب الحجر عليه ظلت هذه الوصية صحيحة ما لم يرجع عنها قبل وفاته كما صرحت بذلك المادة - ١٦ -^(١).

الرضا

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

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

البدائع من الحنفية^(١) : ومن الشروط رضا الموصى لأنها إيجاب ملك أو ما يتعلق بالملك فلا بد فيه من الرضا كما إيجاب الملك بسائر الأسباب، فلا تصح وصية الهازل والمكره والمخاطيء لأن هذه العوارض تفوت الرضا .

ويلحق بهؤلاء السكران في بطلان الوصية على الأصح، لأنه لا قصد له، ولأن إيجابه بتصرفاته فيما إذا سكر بمحرم عقوبة له - 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 قانوناً . جاء في مذكرته التفسيرية عند توضيح المادة الخامسة، ويتشترط في الموصى أن يكون أهلاً للتبرع بأن يكون عاقلاً بالغاً راضياً فلا تصح وصية الصبي والمجنون والمعتوه ومن ذهب عقله بسكر أو غيره، ولا وصية المكره والمخاطيء والهازل لفوات شرط الرضا وهذا مذهب الحنفية .

هل الاسلام شرط لصحتها؟

لا يشترط في الموصى أن يكون مسلماً لأن الوصية كما تكون قرينة 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 الشروط السابقة، 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) ج ٧ ص ٣٣٥ .

إما أن يكون موجوداً في دولة إسلامية يعيش فيها عيشة دائمة، متجنساً بجنسيتها بحيث يصبح من رعاياها، ويسمى في عرف الفقهاء « بالذمي » وإما أن يكون دخلها بأمان ليعيش فيها مدة محدودة من غير أن يكتسب جنسية ولا رعية . 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 »^(١) .

فالذمي 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 قرابة في دينه دون الإسلام . كالوصية للكنائس مثلاً ، 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 قرابة في الشريعتين . كالوصية للملاجيء والفقراء والمصححات ، وما هو قرابة في نظر الإسلام كالمساجد وغيرها ، وما هو قرابة في دينه ، فقط كالكنائس ، وما يتعلق بإقامة شعائرهم ، كما تصح وصيته للمسلم والذمي والمستأمن ، كما يصح ذلك من المسلم ، وتصح وصيته للحربي إذا توفر الشرط الذي شرطه القانون ، وهو أن تكون شريعة الموصي له لا تمنع الوصية لمثل الموصي .

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

الثالث، 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 معاً .

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 الحالة لعدم 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^(١) .

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 تنقذ من غير توقف لانعدام حق الورثة في هذا المال .

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

(١) راجع تبين الحقائق ج ٦ ص ٢٩٦ ، ورد المحترار لابن عابدين ج ٥ ص ٦٨٣ والبحر الرائق ج 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 الحزبي: وهو غير المسلم التابع في رعيته 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 مستأماً تأخذ وصيته الحكم الذي قررناه في وصية المستأمن، فإذا جاءنا بعد أن أوصى بوصايا، ثم حصل فيها نزاع وترافعوا إلينا فإننا نطبق عليهم حكم الإسلام فيها^(١)، فلو كانت وصيته بمعصية لا تنفذ، كما لو كانت لمسلم بخمر مثلاً.

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 فإن 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 بلحاظه.

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

وأبو حنيفة يرى أن وصيته تقع موقوفة^(١) لورودها على مال غير مملوك له لأن بالردة يزول ملكه زوالاً موقوفاً حتى يتقرر مصيره، فإن عاد إلى الإسلام عاد إليه ملكه، وإن مات على رده أو قتل أو لحق بدار الحرب تقرر زوال ملكه من حين الردة، فتبطل تصرفاته التي صدرت منه بعد رده - وسيأتي توضيح لذلك عند الكلام على مبطلات الوصية - 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 رده مذهب الصحابين، 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 ».

وحيثما يسكت القانون عن حكم وصية من الوصايا يعتبر إحالة على الراجح من مذهب الحنفية^(٢) 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 ج ٤ ص ٣٩٦ والدر المختار مع حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤١٧ .
(٢) ولما لم يوجد من الفقهاء ترجيح لأحد الرأيين كان الراجح هو رأي الإمام عملاً 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 أياً 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، فإذا استوفى الدائن دينه منها أخذ الموصى له باقية 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 مثلاً. وبقي منها بعد استيفاء الدين ما قيمته مائتان فإن الموصى له يستوفى 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 بحقوقهم، 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 الموصي الدائنين من كل دينهم أو بعضه نفذت الوصية في حدود ثلث ما أبرأ 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 - ٣٨ ، ٣٩^(١).

المبحث الثالث

في

شروط الموصى له

الوصية في أصل تشريعها مبنية على التسامح واليسير 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 أولاً، لهم جنسية واحدة أولاً، كما تقع للوارث ولغير الوارث، وقد يحدث أن يتعجل الموصى له التمليك فيقتل الموصى أو يتسبب في قتله.

(١) ونصها مادة ٣٨ - «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 - ٣٩ - «إذا كان الدين غير مستغرق واستوفي كله أو بعضه من الموصى به كان للموصى له أن يرجع بقدر الدين الذي استوفى في ثلث الباقي من التركة بعد وفاء الدين».