

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^(١) ، وقالت مذكرته التفسيرية : إن هذه المادة مأخوذة من مذهب الحنفية^(٢) . ولذلك سنقتصر على بيان ما جاء به القانون . ونترك تفصيل آراء الفقهاء لعدم الحاجة إليها .

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

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

(١) ونصها : يشترط في الموصي به :

١ - أن يكون مما يجري فيه الإرث أو يصح أن يكون محلاً للتعاقد حال حياة الموصي .

٢ - أن يكون متقوماً عند الموصي إن كان مالاً .

٣ - 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 بالملك » وفي ص ٣٥٤ عبارة تكاد تتفق معها عبارة المادة في لفظها ونصها « لأن

الوصية إنما تجوز فيها يجري فيه الإرث أو فيها يدخل تحت عقد من العقود في حالة الحياة » .

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

وإن شئت قلت: الأموال المحوزة حقيقة أو حكماً.

٢ - الحقوق المالية أو الملحققة 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^(١) التي ليست في ذاتها أموالاً، ولكنها تقوم بالمال أو تزيد في قيمة العين كحقوق الارتفاق من الشرب والمجرى والمزور والمسيل.

٤ - 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 محلاً 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 شبه 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 ، فإذا 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 الموصي ، 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 محلاً للتعاقد حال حياة الموصي ، 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 محلاً للتعاقد حال حياة مالكها ، كما تصح بالمنافع لصلاحتها للتعاقد عليها بالإجارة والإعارة حال حياة الموصي ، 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 استثناءً 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^(١).

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 بها غير المسلم فإن كان لمثله صحت الوصية لتقومها في حق غير المسلمين، وإن كانت الوصية لمسلم لا تصح لعدم تقومها في حق المسلمين.

الشرط الثالث: وهو خاص بأعيان الأموال دون المنافع. أن يكون موجوداً في ملك الموصي عند إنشاء الوصية إذا كان معيناً بالذات^(٢) كأن يوصي بدار بشير إليها فإنه يشترط وجودها في ملكه حين إنشاء الوصية، لأن لا يتصور الوصية بشيء معين غير موجود.

(١) البدائع ج ٧ ص ٣٥٢.

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

وشرط الوجود في ملك الموصي أحد الرأيين في مذهب الحنفية^(١)، 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 الموصي به عند إنشاء الوصية، سواء كان شائعاً في بعض المال^(٢) 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 الموصي به ثلث ماله عند الموت بعد أداء الحقوق الأخرى إن وجد له مال، فإن 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 ج 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^(١) بستانه وليس فيه غلة وقت الوصية ثم مات ولا غلة له موجودة فإن 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 للموصي 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 يجزوها 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^(٢) فبين أن الوصية لا تنفذ فيما زاد على الثلث إلا بإجازة الورثة بعد وفاة الموصي، لأنه الوقت الذي

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

(٢) ونصها «تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره، ولا تنفذ في الزيادة إلا 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 يميزونها .
تلك هي شروط الموصى به التي جاء بها القانون لتصح الوصية وتنفذ .
ومن هنا 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 - إلا من شذ - 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 قيدها 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 نهي سعداً عنها، والنهي المطلق يفيد التحريم، وهو بدوره يقتضي بطلان المنهي عنه^(١).

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 وغيرها.

وأما توقفها فمراعاة لحق الورثة المتعلق بهذا القدر. فيترك أمرها إليهم إن أجازوها نفذت. لأن المانع زال بتنازلهم عن حقهم. وإن ردها 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 الموصي 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 وحياسة. الخ.

وبهذا الرأي أخذ القانون، كما جاء في المادة السابعة والثلاثين^(١).

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 ٧٠٢ 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 يميزونه. وتنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه من غير توقف على إجازة الخزانة العامة».

وعلى هذا توزع التركة كالاتي: يعطى للولد الذي رد الوصية ٤٠ ف، وللذي أجازها ٣٦ ف، وللبنات 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.

أولها: أن تكون بعد^(١) 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 ج ٦ ص ١٤، وتحفة المحتاج بشرح المنهاج ج ٧ ص ١٤، والمبسوط ج 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 يميزه . 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^(١) .

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 الموصي له تلك الزيادة بلا خلاف بين جمهور الفقهاء ، ولكنهم مختلفون في سبب هذا الملك .

فقليل 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 ، فالمنشئ للحق هو الوصية التي حال المانع دون تنفيذها ، والإجازة رفعت المانع .

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

(١) خالف المالكية في هذا الشرط فقالوا : إنه لا يشترط علمه بمقدار ما يميزه 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 عطية 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 تملكاً ابتداءً، 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^(١).

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

ففي 'تحفة المحتاج ج 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 ج 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 ج 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 بخلافاً 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 يخيزونه ».

ولو كان يعتبرها هبة مبتدأة لشرط في ثبوت الملك فيها وجود العقد الرسمي فيما إذا كان الموصي 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.

ف قيل: إنه يوم الوصية فلا عبرة بما يحدث بعدها من زيادة أو نقصان وهذا الرأي منسوب لبعض الشافعية. كما جاء في كتبهم^(١).

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، وبالفارق 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 مثلاً حينما يملك الآلاف الكثيرة ثم نقص ماله حتى كانت

(١) ففي تحفة المحتاج ج 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 التملك 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^(١).

وقيل يعتبر يوم القسمة وفرز الأنصباء. لأنه الوقت الذي تنفذ فيه الوصية بالفعل، ويستقر فيه الملك. وإلى هذا ذهب الحنفية والمالكية^(٢) وهو قول للحنابلة.

ونمرة هذا الخلاف تظهر فيما إذا طرأ على التركة تغير بالزيادة أو النقصان فإن قيمة الموصى به تتأثر بهذا التغير على الرأي الأخير. فالتقص يلحق جميع المستحقين من موصى لهم وورثة على قدر أنصبتهم، 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 الموصى به وطراً عليه بعد الموت وقبل التنفيذ نحو جائحة حتى قل فلا يلزم إلا ثلث الباقي، ولا فرق بين وصية المرض والصحة ا.هـ.

القسمة ألف وخمسة مائة كان مقدار الوصية خمسمائة، ولو كان الأمر بالعكس كانت قيمتها ألفاً.

وعلى الرأي الذي قبله لا تتأثر بواحد منها 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 - 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 بالسراجح 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 - 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^(١) 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 - كما ترى - لا تتفق إلا مع القول بأن وقت التقدير هو وقت موت الموصي.

(١) ونصها «إذا كان الموصى له موجوداً عند موت الموصي استحق الموصى 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».