

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 ليتدرك 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 أموالى صدقة بعد وفاتي، فتؤول الوصية إلى تملك 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 تحمل 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 إذا كان مال 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، وبشيء قليل الفائدة رد عليهم بيانهم، لأن الموصى 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^(١) من ماله قيل إن البيان إلى الورثة أيضاً بناء على أن السهم كالجزة في عرف الناس يطلقان على القليل والكثير فلا تلزم الورثة بقدر معين .

وقيل إنه يتعين عليهم إعطاء قدر معين وهو أقل أنصبا الورثة^(٢) بحيث لا يزيد على السدس عند أبي حنيفة ، فإن زاد أعطى السدس فقط ، وقال أصحابه

(١) المالكية يقولون: إذا أوصى 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 جزءاً 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 الخرشبي على مختصر خليل ج ٥ ص ٤٢٩ .

(٢) جاء في الفتاوى الهندية ج ٦ ص ٩٨ ، ٩٩ ولو أوصى بسهم من ماله أو بجزء من ماله قيل للورثة: أعطوه ما شئتم ، وهذا الذي ذكرنا اختيار المشايخ بناء على ما عرفنا من أن السهم كالجزة ، وأما أصل الرواية فبخلافه ، فذكر في المبسوط: إذا أوصى 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 ، وقال يعطي للموصى له أخس سهام الورثة إلا أن يزيد على الثلث فحينئذ له الثلث كذا في الكافي ، ولو أوصى 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 ج ٧ ص ٣٥٦ ولو أوصى بسهم من ماله فله أخس الأنصبا يزداد 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 يزداد على السدس عند أبي حنيفة . وعندهما لا يزداد على الثلث . فعلى رواية الأصل يجوز النقصان عن السدس عنده وعلى رواية الجامع الصغير لا يجوز .

وبيان هذه الجملة . إذا مات الموصي وترك زوجة وابناً فللموصي له على رواية الأصل أخس سهام الورثة وهو الثمن يزداد على ثمانية أسهم سهم آخر فيصير تسعة فيعطي تسع المال . وعلى رواية الجامع الصغير يعطي السدس لأنه أخس سهام الورثة .

ولو ترك زوجة وأخاً 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 فزداد 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 للموصي له نصف المال ، ولبيت المال النصف الآخر ، ومثله في ذلك الوصية بالجزء ، لأن الموصي بهذه العبارة جعل الموصي 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 - لا شك - 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 أوصى 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 أحد 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 يزداد على أقل سهامهم بالشك والاحتمال اهـ .

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 معينا بذاته أو غير معين، واختلفوا بعد ذلك في موضعين:

أولهما: في جواز الوصية بنصيب أحد الورثة .

فأبو حنيفة وصاحبه 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^(١) .

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^(٢) 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 تبين الحقائق من الحنفية، لأن نصيب الابن قبل الوصية من أصل

(١) تبين الحقائق ج ٦ ص ١٨٨، المبسوط ج ٢٧ ص ١٤٧ .

(٢) راجع الشرح الكبير ج ٤ ص ٤٤٦، وشرح الخرشبي على مختصر خليل ج 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 أحقوه به أو ما شابه ذلك .

المال، وهو التصف في الصورة الأولى . والثالث في الصورة الثانية .
ويوافق المالكية في هذا من الفقهاء ابن أبي ليلى ، وزفر من الحنفية ، وداود
الظاهري .

وذهب الجمهور^(١) 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 يزداد 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 الأنصاء ، 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 ج ٦ ص ٣٢ .

ففي المثال السابق يقسم المال بين الولدين والبنت فتكون السهام خمسة يكون للموصى له مثل نصيب البنت . وهو سهم واحد يزداد على أصل التركة فتصير مجموع السهام ستة . فيأخذ الموصى له سدس التركة ، وإنما استحق مثل نصيب أقلهم . لأن العبارة تحتل 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 مضافاً على سهام الفريضة لا من أصلها .
جاء بيان ذلك في المواد ٤٠ ، ٤١ ، ٤٢^(١) .

وتفصيل ذلك . أن الوارث الموصى 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 - ٤٠ - « إذا كانت الوصية بمثل نصيب وارث معين من ورثة الموصي استحق الموصى له قدر نصيب هذا الوارث زائداً على الفريضة » .

مادة - ٤١ - « 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 - ٤٢ - « إذا كانت الوصية بسهم شائع في التركة ، ونصيب أحد ورثة الموصي أو بمثل نصيبه : سواء أعين الموصي الوارث أم لم يعينه قدرت حصة الروصي له بنصيب الوارث على اعتبار أنه لا وصية غيرها ، ويقسم الثلث بينها بالخاصة إذا ضاق عن الوصيتين » .
وإذا كانت الوصية بقدر محدد من النقود ، أو بعين من أعيان التركة بدل السهم الشائع قدر الموصى 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 الموصي 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 الموصي له مثل سهام البنت أو الأخت .

ولبيان مقدار الوصية تقسم التركة على الورثة الموجودين ، وبعد معرفة سهام كل وارث يزداد على مجموع السهام مثل سهام الوارث الموصى بمثل نصيبه ، ثم تقسم التركة ، وإن زاد عليه توقف الزائد على إجازة الورثة .

فلو أوصى لأخته بمثل نصيب ابنته وماتت عن بنت وابن ، وترك ٦٠ فداناً فان التركة تقسم أولاً بين الابن والبنت إلى سهام ثلاثة ، للبنت واحد منها ، ثم يزداد 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 الموصي الوارث . بأن أوصى بنصيب ابنه . أو بمثل نصيب ابنه . أو بنصيب ابن له لو كان . أو بمثل نصيب ابن له لو كان . سواء أكان له ابن أم لم يكن فإنه يفرض ابن يزداد سهمه على سهام فريضة التركة . ويكون نصيبه للموصي له . والباقي للورثة يقسم بينهم حسب فرائضهم .

وإذا كان من أوصى بنصيبه أو بمثل نصيبه لو فرض موجوداً يجب غيره من الورثة حجب حرمان . أو حجب نقصان فإن الفريضة تصحح بالنسبة لغير المحجوب . ثم يزداد عليه سهم للموصي له . كما لو ترك الميت أخاً وبناتاً وأوصى لرجل بنصيب ابن لو كان اعتبرت التركة سهماً واحداً للبنت يزداد 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 .

٤٠ - 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 - بعد أن لم ينص القانون عليها - 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 بالراجع 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 ذلك الوارث إلا أنه في هذه المسألة قد سوى بين الصورتين، وأجاز الوصية بنصيب وارث معين غير موجود^(١) .

(١) جاء في الفتاوى الهندية ج 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 أو بنت فإنه تجوز الوصية .

ومن هنا لا يظهر وجه لما جاء بالمذكرة التفسيرية من التصريح بأن هذا مأخوذ من مذهب مالك، لأن واضح المذكرة إن أراد أن المالكية هم الذين سورا بين العبارتين .
الوصية بنصيب الوارث أو بمثل نصيبه، وصححوا الوصية في الصورتين، والحنفية لم يصححوا إلا الوصية بمثل نصيب الوارث . إن أراد ذلك فهام الحنفية قد صححوها في هذه

كما أجازها بمثل نصيبه، وفرض له سهماً 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 الوصية 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 إيضاء بحق الغير فتصح.

والمقرر عندهم في هذا الموضع أن التركة تقسم على الورثة الموجودين كي تعرف سهام كل وارث، وعلى ضوءها 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 ليم 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^(١).

= 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 ح ٦ ص ٩٩، ص ١٠٠ ما نصه «ولو أوصى بنصيب ابن لو كان

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 سهان، وللابن عشرة، والوجه في ذلك أن تصحح الفريضة أولاً، فتقول لولا الوصية لكانت الفريضة من ستة للأم السدس سهم. والباقي للابن خمسة فإذا أوصى بنصيب بنت لو كانت يزداد على الفريضة نصيب بنت، وهو نصف نصيب الابن، فيزداد على أصل الفريضة سهان ونصف. فصار ثمانية ونصف فوق الكسر فوجب الضعيف فصار سبعة عشر، وصار لكل ضعف ذلك. يعطي للموصى له أولاً خمسة لأن وصيته حصلت بأقل من الثلث فتكون متقدمة على الميراث. بقي ثمة اثنا عشر تعطى الأم السدس سهان 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 بالفريضة 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 يميزا فللموصى له الثلث والثلثان بين الأخ والبنت نصفان. ولو أوصى بمثل نصيب ابن لو كان والمسألة بجعلها فللموصى له خسا المال إن أجازا.

قال: وإذا هلك رجل وترك أخاً وأختاً، وأوصى لرجل بنصيب ابن لو كان وأجازا =

إذا وصى بنصيب ابن لو كان، وترك بنتاً واحدة، فإن المال كله سهم واحد للبنت، ونصيب الابن على هذا سهمان يزداد 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 بجالها تقسم التركة بين بنت وابن فتكون السهام ثلاثة يزداد 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 وأخاً 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 يجزها كان له ثلث المال والباقي يقسم بين الزوجة والأخ لأم، للزوجة ربه، وللأخ لأم الباقي فرضاً ورداً.

ولو أوصى في المثال السابق لذلك الشخص بمثل نصيب ابن لو كان، كانت السهام خمسة عشر، 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 أوصى بمثل نصيب ابن لو كان للموصى له نصف المال إن أجازا والنصف الآخر يقسم بين الأخ والأخت أثلاثاً، وإن لم يجزها فللموصى له ثلث المال. ويقسم الباقي بينهما.

ولو ترك بنتاً وأختاً وأوصى لرجل بنصيب بنت لو كانت كان للموصى له ربع المال أجازت أولاً.

كل واحد يزداد على مجموع السهام مثل سهم أحد الورثة إذا كانوا متساويين في الأنصباء، أو مثل سهم 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 أولاً للأب السدس، وللأم مثله، والباقي بين البنات، الأربعة، فالأنصباء متساوية، ومجموع السهام ستة يزداد عليها واحد، فتصير سبعة تقسم التركة عليها، فيأخذ الموصى له سبعة 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 كالاتي، 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 يزداد عليها مثل سهم 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:

إحداهما: انه يقدر نصيب الموصى له بمثل نصيب أحد الورثة بالطريقة السابقة كأنه لا وصية غيرها، بأن تقسم التركة كلها على الورثة، ثم يزداد 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، ولبنت أخيه بمثل نصيب ابنته ومات وترك أما وبنيتين وأختا شقيقة . تقسم التركة بين الورثة على الوجه الآتي : للأم $1/6$ وللبنيتين $2/3$ ، وللأخت الباقي وهو $1/6$ فالمسألة من 6 يزداد عليها سهام للموصى لها بمثل نصيب البنت، فيصير مجموع السهام 8 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 12 .

فإذا كانت التركة 63 فدانا قسم ثلثها وهو 21 فدانا بين الوصيتين بنسبة 3 : 4 فيعطي لابن أخيه 12 فدانا ولبنت الأخ 9 أفدنة .

والثانية إنها تقدر من الباقي بعد إخراج مقدار الوصية بالسهم الشائع، ففي المثال السابق يخرج الثلث أولاً، ثم تقسم الثلثين على الورثة على الوجه السابق للأم السدس، وللبنيتين الثلثان، وللأخت الباقي وهو السدس، فالسهم 6 يزداد عليها سهام مثل نصيب البنت فتصير 8، وإذا كانت هذه هي سهام الثلثين فيكون أصل التركة من 12 يستحق الموصى له بالثلث منها 4، والموصى لها بمثل نصيب البنت 2 ومجموعها أكثر من الثلث، فإذا لم يجز الورثة الزيادة قسم الثلث بينهما بالمحاصة بنسبة 4 : 2 .

والقانون بلفظه يسير مع الطريقة الأولى . جاء في الفقرة الأولى من المادة - 44 - « 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 يسعها ولم يجز الورثة ، ففي المثال السابق إذا ترك الموصى ولدين كانت الفريضة من اثنين يزداد عليها 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 فصریح القانون ومذكرته التفسيرية ناطقان بأنه يسير مع إحدى الطريقتين^(١) في مذهب الحنابلة وهي الطريقة المنسوبة ليحيى بن آدم .

(١) جاء في المغنى جـ ٦ ص ٣٨ ما نصه « وإذا أوصى 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 ، والثلاثان بين الورثة .
والوجه الثاني : أن يعطي صاحب النصيب مثل نصيب الوارث كأن لا وصية سواها ، وهذا قول يحيى بن آدم .

مثاله . رجل أوصى 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 سهان ، وللآخر سهم ، وإن ردوا فالثلث بين الوصيتين على ثلاثة ، والثلاثان بين البنين على ثلاثة ، وتصح من تسعة .

وعلى الوجه الآخر لصاحب الثلث الثلث . وللآخر الربع إن أجزى لهما ، وإن رد عليها قسمت الثلث بينهما على سبعة والثلاثان للورثة . وتصح من ثلاثة وستين .

وهذه الطريقة تسوى بين الوصيتين حيث تعتبر كلا منهما من كل المال .
بخلاف الطريقة الأخرى فإنها تعتبر إحدى الوصيتين - وهي ما كانت بالسهم
الشائع - من كل المال، وتعتبر الأخرى - وهي ما كانت بمثل نصيب أحد
الورثة - من باقي المال بعد الوصية الأولى، والمفروض أن الموصى وضعهما في
موضع واحد، فكيف نفرق بينهما؟!!

وقد ترجع 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 يمثل 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 بينها، فإنه 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 ستة آلاف
جنيه .

ففي هذا المثال نجده قد أوصى للشخص الأول بما قيمته سدس التركة، وللثاني بما قيمته ثلثها، لأن المال بين الابنين على سهمين يزداد عليها 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 - ٤٢ - والمذكورة 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 تعلق 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 - كما لو أوصى بهذه الدار أو بهذه السيارة مثلاً - تعلق 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 باقياها 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 بينها

إلا في أن الهلاك مبطل لها إذا حدث قبل القبول والقبض^(١)، والاستحقاق مبطل لها مطلقاً قبل القبول والقبض وبعدهما على السواء.

الصورة الثانية: إذا أوصى بسهم شائع في معين كنصف دار معينة تعلق الوصية بنصف غير معين، فإذا هلكت الدار كلها أو استحققت بطلت الوصية وإذا هلك جزؤها أو استحق استوفى الموصى له حقه من باقية 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 - كما لو أوصى بغنمه أو بإبله أو بخيله مثلاً - فإن كان يوجد عنده هذا النوع حين إنشاء الوصية تعلق بالموجود منه، حتى لو هلك ما عنده أو استحققت بطلت الوصية لفوات المحل، فإذا اكتسب منه شيئاً قبل وفاته لا تعود الوصية صحيحة، لأن الباطل لا ينقلب صحيحاً.

(١) هذا إذا هلكت بغير تعدد من أحد عليها قبل وفاة الموصي أو بعدها، وكذلك إذا استهلك قبل وفاته سواء كانت بسبب موجب للضمان أو لا، أو استهلك 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 الخنفة.

والسبب في هذا هو أن ملك الموصى له يثبت من وقت موت الموصي فيكون الاستهلاك واقعاً على ما يملك فيستحق بدل العين المالكة، ولأن حق الموصى له تأكد بها بالموت فيثبت لذلك في بدلها، بخلاف ما إذا 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 بثلاث سياراته - فإن كان عنده سيارات تعلق الوصية بالموجود منها، فلو هلكت جميعها بطلت الوصية حتى ولو ملك غيرها من السيارات، وإن هلك بعضها كان للموصى له^(١) 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 أوصى بثلاث غنمه فهلك ثلثها 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 وصاحبه 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 الموصى 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 تبين الحقائق للزبلي ج 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 دلالة على غرضه .

الصورة السادسة: إذا أوصى بسهم شائع من كل ماله - كما لو أوصى بربع ماله مثلاً - تعلق 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 ألفاً 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^(١) 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 أنصبتهم .

أما إذا كان في التركة مال حاضر^(٢) وآخر غائب أو دين أو كانت خليطاً

(١) ونصها مادة - ٤٧ - « إذا كانت الوصية بعين من التركة أو بنوع من أنواعها فهلك الموصى 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 . »

بمادة - ٤٨ - « إن كانت الوصية بصفة 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 - ٤٩ - « إذا كانت الوصية بصفة شائعة في نوع من أموال الموصى 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 بصفة شائعة فيه .
(٢) المال الحاضر: هو ما كان تحت تصرف الموصى له أو الورثة فيشمل الأموال التي تحت أيديهم حقيقة أو حكماً كالتى تحت أيدي الأمانة 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 الموصى ، أو الذي في يد الغير من غير دليل يشبهه 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 يستوفى 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 الموصي ملكه قدرأ معلوماً، ولم يجعله شريكاً للورثة، والوصية مقدمة على الميراث، فما دام سيبقى للورثة ضعف ما أخذه الموصي له فلا يلحقهم ضرر من جانب الوصية حتى ولو هلك المال الغائب، بخلاف ما إذا كان لا يخرج من ثلث الحاضر فإنه لو أعطى 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 - كما لو أوصى بداره المعينة، أو بقطعة أرض محددة . أو بما في محل تجارته من بضاعة، أو بالنقود المودعة عند فلان - فإنه ينظر للعين الموصى بها مع الحاضر، من التركة فإن كانت تخرج من ثلثه أخذها الموصي 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 الموصي له أخذ بعض الموصى به بذاته وبعضه بقيمته .

فلو أوصى لشخص بقطعة أرض محدودة قيمتها ألف من الجنيهات، فإن كان الحاضر من تركته يساوي ثلاثة آلاف أخذ الموصي له قطعة الأرض كلها، وإن كان الحاضر منها يعادل ألفاً وخمسة مائة، وفيها ديون تساوي ألفاً أخذ الموصي له نصف قطعة الأرض، وأخذ الورثة نصفها الآخر، وكلما استوفى مقدار من الديون أخذ الموصي له ثلثه حتى يستوفي باقي قيمة الأرض .

جاء حكم هاتين الصورتين في المادة - ٤٣^(١) 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 - كما لو أوصى بخمس ماله أو بربعه مثلاً - فإن الموصى له يأخذ سهمه من الحاضر قليلاً 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 الاستحقاق في الحاضر والغائب، والدين والغين 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 الموصى 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 - ٤٤^(١).

الصورة الرابعة: إذا كانت الوصية بسهم شائع في نوع من أنواع المال كما
لو أوصى بنصف أرضه المعدة للبناء، أو بنصف منزله في هذه البلدة، أو بربع
نقوده، أو بثلاث أسهمه في شركة معينة، أو بثلاث 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 بثلاث 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^(١).

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 تحسناً بحيث يضرهم أخذه ترك معهم وأخذ الموصى له باقي حقه مما يحضر من المال الغائب كما جاء ذلك صريحاً بالمادة الخامسة والأربعين^(٢).

- (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 منها نصيبه فيما يحصل منه ولا شركة له 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 أخذه بينا لم يجعل له حق الاسترداد أصلاً في صورة الإيضاء 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، فتجوز المشرع نقض القسمة في حالة الإيضاء بسهم من النوع إذا لم يترتب عليه ضرر متفق مع عدم تجوز نقضها في الحالة الأخرى، لأن مناط المنع هو وجود الضرر، ونقض القسمة في دار معينة لا يخلو من ضرر. بخلاف نقضها في دور كثيرة - إذا كانت الوصية بسهم منها - فإنه قد يخلو من الضرر في بعض صورته.

هذا هو حكم ما إذا كان الدين على أجنبي لا فرق فيه بين الدين المستحق للأداء عند القسمة، والذي لم يجل 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 الموصى بسهم منه على ألا يضر ذلك بالورثة فإن كان يضرهم أخذ الموصى له قيمة ما بقي من سهمه في النوع الموصى به من ثلث ما يحضر حتى يستوفي حقه.

أما إذا كان الدين على أحد الورثة فالأمر يختلف لأنه لا يكون عرضه للتوي في كل صورته، 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 كاملاً 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 وبقيّة الورثة لا يأخذها 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 أربعمئة 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^(١) ، 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 الأربعمئة فقط ، ثم يأخذ باقي حقه عند استيفاء الدين .

وإذا كان الدين في الصورة السابقة مائة ، والنقد خمسمئة 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 أربعمئة جنيه ، 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 حقها في الدين الذي عليه ، فإن أدى إليها ثلثي ما عنده من الدين اقتسماه وسلمها له نصيبه في العقار وهو الثلث ، وإن لم يفعل رفع الأمر إلى القاضي لبيع حصته في العقار لإبقاء ما عليه من الدين .

وإذا كان الدين أكثر من نصيب الوارث المدين اعتبر منه مالا حاضراً

(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 منها 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 الزيادة 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 الحاضر، والباقي من الدين يكون بين الثلاثة، فإذا حضر حيز المدين منه باقي نصيبه وهو خمسة عشر، واعطى 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^(١)

(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 الداية 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^(١).

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^(٢)، 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، فبدخل ثمن الشجر غير الثمر. كالحور والصفصاف كما يقول صاحب الدر المختار^(٣).

= إن كان يخرج من الثلث أو أخذ منه بقدر ما يخرج من الثلث.

(١) راجع نهاية المحتاج ج ٧ ص ٦١.

(٢) المغنى ج ٦ ص ٥٩.

(٣) الدر المختار وحواشي ابن عابدين ج ٥ ص ٦٧٨ . ص ٦٨١