

الفصل الثاني

تمهيد

معنى الركن

الركن فى الاصطلاح:

ركن الشئ فى الاصطلاح هو مالا وجود لذلك الشئ إلا به وهو الجزء الذاتى الذى تتركب الماهية منه ومن غيره بحيث يتوقف تقومها عليه .
وهناك اتجاهان فى تحديد الركن فى العقود - ومنها الوصية - نبينهما على النحو التالى :

الاتجاه الأول:

وهذا الاتجاه يمثله جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة حيث يذهبون إلى أن لكل عقد ثلاثة أركان هى :
الصيغة والعاقدان والمعقود عليه
وهذه الثلاثة تنقسم بدورها إلى ستة :

فالصيغة مثلا تتكون من الإيجاب والقبول، والعاقدان - فى عقد البيع مثلا هما البائع والمشتري، والمعقود عليه هو الشئ المباع والثلث الذى يقابل هذا المبيع^(١).

الاتجاه الثانى:

ويمثله الحنفية الذين يذهبون إلى أن لكل عقد ركنا واحدا هو الصيغة المكونة من الإيجاب والقبول معا^(٢).

(١) حاشية الدسوقي ٢/٣، مغنى المحتاج ١١٧/٢، كشاف القناع ٣/١٤٦.

(٢) حاشية ابن عابدين ٥/٤، بدائع الصنائع ٥/١٣٣.

أما العاقدان ومحل العقد فليسا - عندهم - من أجزاء العقد الرئيسية، وإنما هما من لوازم الإيجاب والقبول .

لأنه يلزم من وجوب الإيجاب والقبول وجود موجب وقابل كما أن وجود الموجب والقابل مرتبطين يستلزم وجود محل يظهر فيه أثر هذا الارتباط .

ومهما يكن من أمر فإن هذه الأشياء الثلاثة (الصيغة والعاقدين والمعقود عليه) ضرورية لتكوين العقد بالإجماع سواء أكانت ركناً أم كانت شروطاً لهذا الركن .

فإن الشرط هو ما يتوقف وجود الشيء على تحقيقه دون أن يكون جزءاً منه . ومع ذلك فإن القدر المتفق عليه في العقود أن ترك الركن فيها بوجوب بطلانها، وذلك لانعدام الأمور التي لا بد منها ليتحقق العقد في الخارج .

فمن ترك الإيجاب أو القبول في جميع صورهما في أى عقد من العقود فعقده باطل، وذلك كمن يبيع أو يشتري من غير إيجاب أو قبول ولم يقع على سبيل التعاطى فيكون بيعه باطلاً .. وحيث نرى أن الاختلاف بين الحنفية والجمهور في تصور الركن تصور شكلي لا واقعي ..

فإن هذا الاختلاف يقتضينا الكلام عن الأشياء الآتية :

الصيغة - الموصى - الموصى له - الموصى به .

* * *

المبحث الأول

الصيغة^(١)

تعريف الصيغة :

لم يحدد الفقهاء قديماً تعريفاً جامعاً للصيغة فى كل العقود الشاملة للتصرفات والمعاملات وغيرها.

لكن يفهم من الربط بين التعريف اللغوى والتعريف الاصطلاحى أن الصيغة فى كل العقود هى الألفاظ والعبارات التى تعرب عن إرادة المتكلم ونوع تصرفه . كما يفهم من ذلك أن الأصل فى التعبير عن الإرادة فى العقود هو اللفظ المنطوق والعبرة التى تصدر من كل من الإيجاب والقبول .

ومن ثم فإن التعبير الذى يجمع بينهما ويحقق التراضى هو الصيغة المطلوبة، وإذن فإن الصيغة هى التى تظهر الإرادة وتعبر عنها، وهى ما يتحقق بها الإيجاب والقبول .

والصيغة - على هذا الاعتبار - هى الصورة الخارجية للعقد، حيث تكون الصورة الداخلية هى النية، أو هى بالتعبير الاصطلاحى (الإرادة الباطنة) وتكون الصيغة - إذن - هى الإرادة الظاهرة المعبرة عن النية المستترة لكل من العاقدين .

(١) مادة / ٢ من قانون الوصية :

(تتعقد الوصية بالعبرة أو بالكتابة، فإذا كان الموصى عاجزاً عنها، انعقدت الوصية بإشارته المفهومة. ولا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الرجوع القولى عنها بعد وفاة الموصى فى الحوادث السابقة على سنة ١٩١١، إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى. وأما الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ فلا تسمع فيها ما ذكر بعد وفاة الموصى إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاءه، كذلك تدل على ما ذكر أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقا على توقيع الموصى عليها).

اختلاف الصيغة باختلاف الالتزامات^(١):

تختلف الصيغة – من حيث تمثيلها لالتزام كل من الطرفين – باختلاف الالتزامات على النحو التالي:

(أ) تنقيد بعض الالتزامات بصيغة خاصة لا يجوز العدول عنها، ومن أمثلة ذلك الشهادة عند جمهور الفقهاء.

فالشهادة إخبار عن ثبوت الحق للغير على الغير في مجلس القضاء، وقد اختلفت صيغتها تبعاً لتضمنها شروطاً في قبولها كلفظ الشهادة ومجلس القضاء وغيره.

والشهادة من طرق القضاء لقوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وقوله ﷺ: «البينة على المدعى واليمين على من أنكر».

(ب) وهناك التزامات لا تنقيد بصيغة معينة، بل تصح بكل لفظ يدل على المقصود كالبيع والإعارة^(٢).

فالصيغة التي تؤدي إلى انتقال الملك بعوض تسمى بيعاً، وبغير عوض تسمى هبة أو عطية أو صدقة.

وهي عند الحنفية – بناء على ذلك – تؤدي بأى لفظ معبر عن نية قائله لأن العبرة – عندهم – «بالمعاني لا بالألفاظ والمباني»^(٣).

وليس لهذه الصيغة أيضاً – عند المالكية – لفظ معين، فكل لفظ أو إشارة فهم منها الإيجاب والقبول، لزم به العقد.

ونجد نحواً من ذلك عند سائر المدارس الفقهية^(٤).

(١) أنظر: البدائع ص ٦ / ٢٧٣، مغنى المحتاج ٤ / ٤٥٣.

(٢) نصب الرأية ٤ / ٩٥. (٣) فتح القدير ٥ / ٤٥٨.

(٤) انظر: الخطاب ٤ / ٢٣٠، نهاية المحتاج ٤ / ١٧٩، كشاف القناع ٣ / ١٤٦.

وكل ما يشترط في الصيغة أن تكون صادرة من هو أهل للتصرف، فإذا كانت خاصة بالتبرعات فيشترط في المتبرع أن يكون أهلاً للتبرع، وإن كان بعض الفقهاء - كما سنذكر - قد أجازوا وصية السفية والصبى المميز.

كما يشترط في هذه الصيغة أن يقصد المتكلم المعنى الذى يعبر عنه اللفظ، إذ الجهل بمعنى اللفظ مسقط لحكمه.

وبناء على الشروط التى تشترط فى الصيغة فإنها متى صدرت مستوفية لشروطها فقد أنتجت نتائجها.

الصيغة فى الوصية

وبناء على ما قدمناه من اختلاف الصيغة باختلاف الالتزام الناتج عنها، فإن للوصية طبيعة خاصة تختلف عن عقود المعاوضات، بل قد تختلف فى جانب منها عن عقود التبرعات.

فهى تختلف - من حيث التعبير عن الإرادة - فى وسائل هذا التعبير، وإذا كانت الألفاظ والعبارات هى الأصل فى التعبير عما يريد الإنسان.

وكانت الكتابة أو الإشارة مما يقوم مقام الألفاظ والعبارات فى تمثيل الصيغة..

فإن الوصية كما تنعقد باللفظ المباشر كأن يقول: (أوصيت بجزء من مالى لفلان).

فإنها تنعقد كذلك بالكتابة، بل قد تكون الكتابة فى الوصية أكثر توثيقاً من اللفظ، لأن الموصى قد يعبر عن وصيته بالألفاظ فيجحدّها ورثته من بعده.

ولكن الكتابة تبقى بعد وفاته، سيما وأن الوصية مضافة إلى ما بعد الموت. ولقد خص بعض الشافعية عقد الوصية دون غيرها بالكتابة لثبوت الخبر منها.

وذلك استناداً إلى قول الرسول ﷺ: «ما حق امرىء مسلم بيت ليلتين وله شىء يريد أن يوصى فيه إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه».

وقد استدلوا بقوله - ﷺ - « ووصيته مكتوبة » على جواز الاعتماد على الكتابة والخط، ولو لم يقترن ذلك بالشهادة قال القرطبي: ذكر الكتابة مبالغة في زيادة التوثيق، وإلا فالوصية المشهود بها متفق عليها ولو لم تكن مكتوبة^(١).

الإشهاد على الوصية:

الحديث الذي ذكرناه سابقاً لم يشر إلى وجوب الإشهاد على كتابة الوصية، ويفهم من ذلك أن الإشهاد على الكتابة ليس شرطاً في صحة الوصية التي يتسامح فيها كما يتسامح في كتابة الحديث دون إشهاد.

لكن لا نشك في أن الإشهاد إذا انضم إلى الكتابة كانت الوصية أكثر توثيقاً. وقد اتفق الفقهاء على نفاذ الوصية إن كتب الموصي وصيته وأشهد عليها، ثم قرأها على الشهود^(٢).

ولكنهم اختلفوا إن كتبها ولم يعلم الشهود بما فيها، سواء أكتبها ولم يشهد عليها أم كتبها في غيبة الشهود ثم أشهدهم عليها.

فإذا كتبها مبهمه ثم دعا الشهود وقال: هذه وصيتي فاشهدوا على ما في هذا الكتاب، فإن للفقهاء في نفاذ الوصية وعدمه رأيين:

الرأى الأول: عدم نفاذ هذه الوصية، لأن الحكم لا يجوز برؤية خط الشاهد بالشهادة بالإجماع فكذا هنا.

وهذا قول الحنفية والحنابلة وبعض الشافعية، إلا أن بعض الحنابلة يقيد ذلك بما إذا كان خط الكاتب غير معروف للشهود، فإذا كان معروفاً لديهم فإن الوصية تكون نافذة^(٣).

(١) نيل الأوطار ج ٧، كتاب الوصايا / ١٦٧.

(٢) الخرشى ١٨ / ١٩٠، المغنى ٦ / ٦٩.

(٣) شرح أدب القاضى للخصاف ٣ / ٣٣٧، المغنى ٦ / ٦٩.

الرأى الثانى : أن هذا الإشهاد يصح وتنفذ به الوصية وإن لم يقرأها على الشهود، وهو قول المالكية، وعندهم أن الموصى إذا كتب وصيته بحضور الشهود، وأشهدهم عليها دون علم بما فيها فإنها تنفذ أيضاً.

ويبدو أن هؤلاء المالكية - أصحاب هذا الرأى - يبطلون الوصية بالكتابة دون الإشهاد عليها، فقد جاء فى قولهم: (من كتب وصية بخط يده، وكتب «أنفذوها»، ولكنه لم يشهد عليها حتى مات فوصيته باطلة، لاحتمال رجوعه عنها قبل موته) (١).

ونقول إن الإشهاد على الوصية لا يمنع الموصى من الرجوع عن وصيته قبل موته، كما لا يلزم الموصى مادام حياً، وله حق الرجوع عنها مادام نفاذها لا يتم إلا بعد وفاته.

ومع ذلك فإن الإشهاد على الكتابة - كما نرى عند المالكية - لا يكون بالاطلاع حتماً على مضمون الوصية، ولكن بمجرد معرفة الشهود أن المكتوب (فى هذه الورقة) وصية من فلان إلى فلان.

فهى بمثابة شهادة على فعل لا على تفصيل لهذا الفعل.

وقد جاء فى «المدونة» (٢): كتب رجل وصيته ولم يقرأها على الشهود ودفعها إليهم مكتوبة فشهدوا بما فيها دون قراءة فهذا جائز إذا عرفوا مضمونها وصدق الموصى.

وإذا كتب وصيته وهو مريض وأشهد عليها ثم مات فالوصية جائزة ومعنى ذلك أن المرجع فى حقيقة هذه الوصية وجديتها هو صدق الموصى لأشهادة الشهود.

(١) فتح العلى المالك، للشيخ محمد أحمد عيش ٢ / ٣٦٨.

(٢) ج ١٥، كتاب الوصايا / ١٤.

كما يفهم من الاتجاه السابق فى اشتراط الشهادة أيضاً أن الشهادة قد تتحقق بكتابة الموصى، ثم قوله لمن حوله - شفويًا - «أنفذوا هذه الوصية» فإذا كتب وصيته ولم يوص بإنفاذها، فإن ذلك - عندهم - لا يفيد ولا تنفذ بعد موته.

بل إنه لو كتب كلمة «أنفذوها» ومات قبل أن يخاطب جماعة بالمشافهة ويقول «أنفذوها».. فالحاصل أن الكتابة بمجرد لا عبرة بها، إذ لا بد أن يقول لأحد بالمشافهة «أنفذوها»^(١).

وفى هذا لون من التشديد فى توثيق الوصية، إذ يجمع بين الكتابة والنطق والإشهاد على كل منها.

والقول بنفاذ الوصية لمجرد كتابتها بحضرة الشهود وإشهادهم عليها دون علم بما فيها يستند إلى أن الرسول ﷺ كان يكتب إلى عماله وأمرائه فى أمر ولايته وأحكام سننه.

وأن الخلفاء الراشدين من بعده كتبوا إلى ولائهم الأحكام التى تتضمن أحكاماً فى الجنايات والأموال، وبعثوا بها مختومة لا يعلم حاملها ما فيها وأمضوها على وجوها.

وقد جاء فى المغنى لابن قدامة الحنبلى^(٢): لا نعلم أحداً أنكر ذلك مع شهرته فى علماء العصر فكان ذلك إجماعاً.

أما عند أبى حنيفة والشافعى فإن الوصية بهذه الكيفية لا تنفذ، لأنها كتاب لا يعلم الشاهد ما فيه، فلم يجوز أن يشهد عليه ككتاب القاضى إلى القاضى^(٣).

ورغم ما أشرنا إليه من عدم أهمية الإشهاد فى الوصية، وأنها لا تمنع الموصى

(١) فتح العلى المالك (السابق).

(٢) ج ٦/ ٩٦.

(٣) بدائع الصنائع ٧/ ٣٣٧ - القليوبى وعميرة ٣/ ٢٨.

من الرجوع فى وصيته حال حياته، فإننا نرى أن الإشهاد على وصية مكتوبة دون الإطلاع على ما فيها هو إشهاد على شىء مجهول، ولا تجوز الشهادة على مجهول.

وعند الحنفية أن إنشاء الوصية كتابة جائز، وأن الكتابة فى ذلك تساوى العبارة، مادام الوصى قادراً على الكتابة.

فإذا كان خط الموصى معروفاً فإن ذلك يقوم مقام الشهادة، أما إذا لم يكن معروفاً، أو كتبها غيره فإنها لا تصح^(١).
وإلى نحو ذلك يتجه الحنابلة^(٢).

ونرى أن اشتراط كتابة الموصى بيده لا محل له مادام هناك شهود على الوصية سواء أكانت بالعبارة أو بالكتابة.

فإن الله سبحانه يقول فى كتابة الديون: ﴿وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، ولا يشترط أن يكون هذا الكاتب هو المدين الذى يقر بالدين، واكتفت الآية بأن هذا المدين المقر بالدين هو الذى يملئ الكاتب، وكان هذا الإملاء اعتراف بالدين أمام الشهود... ﴿وَلْيَمْلَأِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ﴾.

ولقد جاء فى المذكرة التفسيرية لقانون الوصية أنه لا يشترط أن يكتب الموصى وصيته بخط يده، بل يمكن أن ينيب أحداً عنه ليكتب له هذه الوصية. فإذا قرأها الموصى أو قرأها الكاتب أمام الناس، فقراءتها إقرار وسماع الناس لها شهادة.

ومن هنا نقول أن الكتابة كافية، وإن الإشاد على هذه الكتابة من باب الاستحسان لتمام توثيقها.

(١) ابن عابدين ٥ / ٤٢٦ .

(٢) شرح أدب القاضى للخصاف ٣ / ٣٤١ .

ولقد اتفق الفقهاء على صحة العقود وانعقادها بالكتابة .
والكتابة المقصودة هنا - والتي تقوم مقام العبارة - هي الكتابة الواضحة
المستبينة التي تعبر عن حقيقة الإرادة .

كالكتابة على الصحيفة وما شابهها، أما الكتابة غير المستبينة فهي
كالكتابة على الماء أو على الهواء، وهذه لا ينعقد بها تصرف من التصرفات .
الوصية بالإشارة:

تجزئ الإشارة عن النطق والكتابة إذا كان المتعاقد أبكم منذ ولادته، فإذا
كانت هذه العلة طارئة عليه فلا تعتبر إشارته إلا إذا فقدنا الأمل في شفائه^(١) .
ومن الفقهاء من لا يجيز عقود الأخرس بالإشارة إذا كان يجيد الكتابة، لأن
الكتابة أقوى في الدلالة من الإشارة .

ولا يصح العدول عن الدلالة القوية إلى الدلالة الضعيفة .
بينما يرى المالكية والحنابلة انعقاد العقد بالإشارة من الأبكم وغير الأبكم
مادامت مؤدية إلى المعنى المقصود، ومادام الناس قد تعارفوا عليها وتفاهموا بها .
وإن غير الأخرس كالأخرس في اعتبار إشارته المفهومة^(٢)، بل ذهبوا إلى أن
الإشارة يطلق عليها أنها كلام حيث يقول الله تعالى: ﴿ قَالَ آيَاتِكَ إِلَّا تُكَلِّمُ النَّاسَ
ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمَزًا ﴾ [آل عمران: ٤١] .

وهذا الاتجاه في التسوية بين الإشارة والعبارة هو ما يذهب إليه القانون
المدني، حيث أشرنا قبل ذلك إلى نص المادة القائلة (التعبير عن الإرادة يكون
باللفظ والكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً...) .

ولقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن وصية الأخرس معتبرة شرعاً، وتقوم مقام
عبارة الناطق فيما لا بد فيه من العبارة .

(١) بدائع الصنائع ج ٥ / ١٣، حاشية ابن عابدين ج ٤ / ١٠ .

(٢) مواهب الجليل ج ٤ / ٢٢٩، المغني ج ٦ / ٥٣٤ .

كما ذهبوا إلى أن (معتقل اللسان) - وهو وسط بين الناطق والأخرس - كالأخرس فتقوم إشارته المفهمة مقام العبارة.

فإن أوصى بالإشارة، أو قرئت عليه الوصية، وأشار أن (نعم) صحت الوصية.

والمذهب عند الحنابلة أن معتقل اللسان لا تصح وصيته^(١).

قبول الوصية:

وهذا القول يتعلق بحق الموصى له، وسنخصص له مبحثاً في الصفحات التالية لنبين حكم اشتراط قبول للوصية.

ولكننا نشير هنا إلى رأى الحنفية^(٢) فى قبول الوصية، حيث يرون أن قبول الوصية يكون بعد موت الموصى، ويبطل ردها وقبولها فى حياته لأن أوان ثبوت حكم الملك بعد الموت لتعلقه به، فلا يعتبر القبول قبله كما لا يعتبر قبل العقد.

ولأن وضع الوصية متعلق بالموت فلا يكون الملك فيها حالاً كالبيع الذى لا بد له من القبول فى المجلس.

ونرى أن تعليق قبول الوصية على وفاة الموصى يعد استثناءً من طبيعة العقود كلها، فالأصل فى كل العقود وجود طرفى العقد (الإيجاب والقبول) فى المجلس، وسماع كل منهما قول الآخر، حيث تلتقى إرادتهما على موضوع واحد.

فإذا كان القول بجواز قبول الموصى له بعد وفاة الموصى مقبولاً، فليس القول ببطلانه فى حياة الموصى مقبولاً.

* * *

(١) الأشباه والنظائر / ٢٤٨، ٢٤٩.

(٢) كشف الحقائق، شرح كنز الدقائق ج ٢ / ٣١٢.

المبحث الثانى

الموصى

تعريفه :

يعرف الموصى بأنه (كل مالك صحيح الملك) .
ومعنى هذا التعريف الوجيز أن الموصى هو الذى ملك مالا ملكية صحيحة بحيث يستطيع أن يتصرف فيه تصرف الملاك، أو يوصى فيه وصية الأحرار .
ومن هذا التعريف نجد أنه ليس من حق كل إنسان أن يوصى بمال، لأنه ليس من حق إنسان أن يتصرف فى مال غيره .
وبناء على ذلك فإن لنا أن نتصور شروطاً يجب أن تتوفر فى الموصى حتى تصح وصيته وتنفذ فى القدر الذى أوصى به من مال .

شروط فى الموصى :

من الشروط التى يجب أن تتوفر فى الموصى :

١- أن يكون من أهل التبرع :

أى أن تكون له سلطة على ماله تخوله أن يتبرع به أو بجزء منه، وألا يكون لأحد سلطان عليه يغل يده أو يمنع وصيته بسبب من أسباب المنع .
وذلك لأن الوصية تبرع بإيجاب الموصى مضاف إلى ما بعد وفاته فلا بد أن يكون هذا الموصى أهلاً للتبرع .

(أ) وصية الصبى :

ومن هنا فإن الوصية لا تصح من الصبى غير المميز الذى لا يفرق بين ما يضره وما ينفعه .

كما لا تصح من المجنون الذى لا يدرك معنى لتصرفاته، ولا يقدر على تحديد الهدف من هذه التصرفات .

وتصرفات هذين تكون - بناء على ذلك - من التصرفات الضارة ضرراً محضاً، حيث لا يقابلها عوض مادمى يمنع هذا الضرر . وبهذا الشرط يقول الحنفية^(١) .

ويقصد بالعوض المادى هنا عوض يجده الموصى فى الدنيا، حيث الكلام ليس على عوض الآخرة وهو الثواب .

وهذا العوض المادى لا يملكه الصبى، لأنه لا يملك التصرف فى ماله تصرفاً حراً يؤدى به إلى ضرر محقق .

وسواء أكانت هذه الوصية من الصبى قد وقعت قبل إدراكه أو بعد هذا الإدراك .

لأنها وقعت - من أول الأمر - باطلة، فلا تنقلب إلى الجواز بالإدراك، إلا إذا استأنف وصية جديدة بعد إدراكه .

فلو أن الصبى أضاف وصيته إلى ما بعد إدراكه فقال مثلاً: (إذا أدركت ثم مت فثلث مالى لفلان) لم تصح، لأن عبارته لم تقع صحيحة فلا تعتبر فى إيجاب الحكم بعد الموت .

والوصية ليست من باب التجارة، فلا تجوز للصبى وإن كان مأذوناً له فى التجارة .

لأن الفرق بين التجارة والوصية أن الأولى معاوضة المال بالمال، وأما الثانية فإنها تدخل فى باب التبرعات، ولا يملك الصبى أن يتبرع من ماله تبرعاً يلحق الضرر به .

(١) بدائع الصنائع: ٧ / ٣٣٤ .

ولقد قال الشافعى فى أحد قوليهِ : إن وصية الصبى العاقل فى القربات - أى التقرب لله - صحيحة .

واستدل على ذلك بما روى أن عمر - رضى الله عنه - أجاز وصية غلام مميّز قريب من الإدراك .

ووجه ذلك أن وصيته فى القربات يحقق له الثواب فى الآخرة، ولو لم يوص لزال ملكه إلى الوارث من غير أن ينال ثواباً، لأنه يزول عنه جبراً شاء أو أبى، فكان هذا تصرفاً نافعاً فى حقه، وهو أشبه - حينئذ - بصلاة التطوع وصوم التطوع .

وليس هناك - فيما نرى - خلاف بين الحنفية والشافعية فى الوصية بالقربات من الصبى .

وإجازة عمر لوصية الصبى ربما كانت لتجهيزه وتكفينه ودفنه ووصية الصبى فى مثل ذلك جائزة - عند الأحناف والشافعية وغيرهم - لأن حقوق الصبى فى التجهيز والدفن ثابتة من غير وصية .

كما يجيز مالك وصية الصبى فى القربات كذلك^(١) .

ولكن يرد على احتمال أن وصية الصبى التى أجازها عمر كانت لتكفينه ودفنه بعد وفاته برواية تقول إنه قيل لعمر بن الخطاب : إن هنا غلاماً يافعاً لم يحتلم وورثته بالشام وهو ذو مال، وليس له هنا إلا ابنة عم له، فقال عمر : فليوص لها، فأوصى لها بمال بلغ ثلاثين ألفاً .

أى أن الوصية كانت بمال، ولم تكن وصية بإحدى القربات . ومع ذلك فلقد كان الصبى ابن عشر أو اثنتى عشرة سنة، ووصيته - حينئذ - تصرف نافع للصبى، فتصح منه إذ لا فرق بينها وبين إسلامه وصلاته .

فهى جميعاً تحقق له ثواباً بعد غناه عن ملكه وماله فلا يحلّقه ضرر عاجل فى دنياه أو أخره بخلاف الهبة التى يفوت بها شىء من ماله يحتاج إليه فى حياته .

(١) بداية المجتهد لابن رشد، كتاب الوصايا ص ٤٢٩ .

وقد جاء تفصيل بأحد كتب الحنابلة^(١) فى وصية الصبى على النحو التالى :

تجوز وصيته إذا بلغ عشر سنين أو زاد على ذلك فأما الطفل وهو من له دون السبع فلا وصية له، وهذا قول أكثر أهل العلم.

ومن هو بين السابعة والعاشرة فيحتمل أن لا تصح وصيته لأن لا يصح تصرفه أشبه بالطفل.

وضابط ذلك على وجه العموم أن من صح تصرفه فى المال صحت وصيته لأنها نوع من التصرف.

وخلاصة ما عرضناه فى وصية الصغير نجمله فيما يلى :

يتفق الحنفية والشافعية على اشتراط البلوغ لصحة الوصية، فلا تصح وصية الصبى المميز وغير المميز، ولو كان مميزاً مأذوناً له فى التجارة.

لأن الوصية من التصرفات الضارة ضرراً محضاً، إذ هى تبرع لا تجارة.

أما وصية الصبى المميز إذا كانت لتكفينه وتجهيزه فإنها جائزة، لأن التكفين والتجهيز مطلوبان وإن كانا بغير وصية.

وأجاز المالكية والحنابلة وصية المميز، وهو ابن عشر سنين أو قريب من ذلك.

أما غير المميز فلا تجوز له وصية، كما لا يعتبر إسلامه أو صلته.

(ب) وصية السفه^(٢)

والسفه - فى الاصطلاح - هو التبذير فى المال والإسراف فيه، ويقابله

(الرشد) : وهو إصلاح المال وتنميته وعدم تبذيره.

(١) المغنى لابن قدامة ج ٦ / ١٠١.

(٢) مادة (س) من قانون الوصايا: (يشترط فى الموصى أن يكون أهلاً للتبرع قانوناً، على

أنه إذا كان محجوراً عليه لسفه أو غفلة أو بلغ من العمر ثمانى عشرة سنة شمسية جازت وصيته بإذن المجلس الحسبى.

ولهذا السفه حالتان :

الأولى : استمرار السفه بعد بلوغ الإنسان .

الثانية : طروء السفه بعد البلوغ والرشد .

ولكل من هاتين الحالتين أحكامها عند الفقهاء من حيث الحجر على السفه ومنعه من التصرف في ماله .

والذى يعيننا هنا أن الفقهاء القائلين بالحجر على السفه يرون عدم صحة هبته إذا كانت بغير عوض مالى، لأن الهبة تبرع مالى، وليس السفه من أهل التبرع، كما أنها تحتاج إلى الإيجاب وهو ليس من أهل الإيجاب . وبناء على ذلك فإننا نستطيع أن ندرك أثر السفه على الوصية عند الفقهاء .

ويمكن تلخيص آرائهم فى اتجاهات ثلاثة :

الاتجاه الأول :

وهذا الاتجاه لجمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إذ هم يرون صحة وصية السفه فيما يتقرب به إلى الله .

وحجتهم فى ذلك أن السفه صحيح العبارة، وأنه عاقل مكلف، وإذا كان الحجر على تصرفاته مشروعاً فإن ذلك بغرض المحافظة على ماله، وليس فى الوصية إضاعة للمال .

وهو إن عاش كان ماله له، وإن مات فله ثوابه وهو أحوج إليه من غيره . يقول الشوكانى : (الحكمة فى الحجر على السفه أن حفظ الأموال حكمة، لأنها مخلوقة للانتفاع بها بلا تبذير) .

الاتجاه الثانى :

ويذهب هذا الاتجاه إلى عدم صحة الوصية من السفه، لأنه محجور عليه فى تصرفاته ومنها الوصية .

وقد تجوز الوصية منه قبل الحجر عليه لا بعده .

الاتجاه الثالث :

وهذا الاتجاه يفرق بين ما إذا كان هذا السفية يخلط (أي يهذى) فى وصيته أم لا يخلط .

فهو إذا حصل منه تخليط - وهو أن يوصى مثلاً بما ليس بقرب، أو يوصى بمعصية، أو لا يعرف فى نهاية كلامه ما ابتدأ به من هذا الكلام... فلا تصح وصيته .

وإذن فإنه إذا كان واعياً يعرف أبعاد كلامه ولا يخلط فى قوله جازت وصيته .

وهذا ما يراه المالكية والحنفية^(١) .

وإذا عرضنا هذه الاتجاهات فى وصية السفية، فإن للظاهرة تصوراً آخر فى ذلك .

فهم يرون أولاً أن المسلم الذى لا يعقل لا يكون سفياً، إنما السفية هو الكافر أو المجنون الذى لا يميز .

وإذا كان الصغير الذى لا يميز ممنوعاً من ماله، فإن السفية والأحمق كذلك .

ثم إنهم يعتمدون على قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ [النساء: ٥] فصح - عندهم - بنص القرآن أن المجنون والصغير ممنوعان من أموالهما حتى يعقل الأحمق ويبلغ الصغير، فصح أنه لا يجوز لهما حكم فى أموالهما أصلاً^(٢) .

(ج) وصية المجنون

عرف الفقهاء والأصوليون المجنون بأنه (اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهجه إلا نادراً)^(٣) .

(١) شرح العناية ٨ / ٢٠٠، بلغة السالك ٢ / ٢١٢ .

(٢) انظر المحلى لابن حزم ج ٩، كتاب الوصايا / ٣٣٢ . (٣) التعريفات للجرجاني .

وهو - فى هذا - غير السفىه، حىث السفىه يعقل وىدرك تصرفاته وإن كان لا يضبط إنفاقه.

وىقترب من معنى الجنون العته، وهو نقصان العقل نقصاناً لا ىصل إلى حد الجنون.

والصرع وهو علة تمنع الدماغ من فعله منعاً غير تام وقد قسموا الجنون إلى نوعین: نوع أصلى أو مطبق وهو اللازم الممتد الذى لا یرجى الشفاء منه.

ونوع عارض أو غير مطبق وهو الذى ىطراً على الموصوف به أحياناً وىتركه أحياناً أخرى.

والجنون المطبق ىسقط معه وجوب العبادات وسائر التكاليف فلا تشغل بها ذمة المجنون.

أما الجنون الطارىء غير المطبق فإنه لا ىمنع التکلیف ولا ىنفى أصل الوجوب لأن مناط الوجوب وجود الذمة وهى ثابتة، ولذلك فإن الموصوف بالجنون غير المطبق تصح تصرفاته فى وقت إفاقته.

وبناء على ذلك فإن الوصية لا تصح من المجنون جنوناً مطبقاً، لأن الوصية عقد جائز (أى غير لازم) كالوكالة، فىكون لبقائه حکم الإنشاء كالوكالة.

وقد نص ابن عابدين - الفقىه الحنفى - على أن من أوصى بوصية ثم جن، فإن أطبق الجنون حتى بلغت ستة أشهر بطلت وإلا فلا^(١). وظاهر كلام الجمهور أن الوصية لا تبطل بجنون الموصى بعد الوصية فقد قال المالكية: لا تصح الوصية من المجنون إلا حال إفاقته. وفى ذلك تفصیل نعرضه على النحو التالى:

ىعتبر اشتراط توافر العقل عند الإیضاء من الموصى وعند موته دون اعتبار ما بینهما.

(١) ابن عابدين ٥ / ٤١٥.

وعلى هذا لو أوصى عاقل إلى مجنون فأفاق قبل وفاة الموصى صححت الوصية، لأن التصرف بعد الموت، فاعتبرت الشروط عنده كما تعتبر عدالة الشهود عند الأداء.

٢ - إسلام الموصى :

لا خلاف في جواز وصية المسلم للمسلم، فإن الوصية من الأمور التي تنظمها شريعة الإسلام للمسلمين.

ولكن الخلاف في وصية المسلم لغير المسلم ووصية غير المسلم للمسلم، ونذكر الخلاف على النحو التالي :

يرى الحنابلة جواز وصية المسلم للذمي أو الحربى جوازاً مطلقاً، وكذلك يذهب الشافعية في أصح الأقوال، ويمنع المالكية والحنفية وصية المسلم للحربى أو للمسلم المقيم في دار الحرب والحجة في ذلك أن التبرع بالمال للحربى أو للمقيم في دار الحرب إنما هو بمثابة إعانة أهل الحرب على محاربة المسلمين، وإذا كان المسلمون يقاتلون المحاربين من غير المسلمين ويأخذون أموالهم غنيمة، فلا معنى للوصية لهم.

ومن أجل هذا فإن الحنفية قد صرحوا بعدم جواز الوصية للحربى حتى لو أجازها الورثة. وهذا - في الواقع - اتجاه جيد يستمد جودته من واقعية العلاقة بين المسلمين وأعدائهم من المحاربين الذين يقاتلونهم في الدين والوطن.

ولكن الحنابلة الذين يجيزون هذه الوصية ينظرون إلى أن الوصية تمليك، ولا يمتنع التمليك للحربى قياساً على البيع. وأحسب أنه لا يصح القياس هنا، فالبيع معاوضة مال بمال، ومبادلة منفعة بمنفعة، والوصية أشبه بالتبرع، ولا ينبغي التبرع للعدو المحارب. أما إذا كان الحربى مستأمناً في دار الإسلام، فإن الحنفية يقولون بصحة وصية المسلم له، وبصحة وصية المستأمن للمسلم، لأن المستأمن ملتزم بأحكام الإسلام.

ولو أوصى هذا المستأمن بكل ماله لمسلم أو ذمى، ولم يكن معه من ورثته بدار أحد جاز ولا عبرة بورثته الذين هم في دار الحرب، لأنهم أموات في حق المسلمين، ولأنه لا عصمة لأنفسهم ولا لأموالهم ماداموا على حرب مع المسلمين، ومن باب أولى لا يكون لحقهم الذي في مال مورثهم عصمة.

أما إذا كان مع هذا المحارب أحد من ورثته معه، وأراد هو أن يوصى للمسلم فلا تجوز وصيته إلا بإجازة ورثته.

وهذا اتجاه عادل في احترام ملكية غير المسلم، وكفالة حرثته في التصرف في هذه الملكية. وفي جواز الوصية من مسلم لدمى لمسلم يستشهدون بقوله سبحانه: ﴿لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ [المتحة: ٧]، لأن الكفر لا ينافي أهلية التملك، وكما يصح بيع الكافر وهبته، فلذلك تصح الوصية منه وله.

وعند الشافعية أن الوصية تصح للدمى إذا كان معيناً، كأن يقول: أوصيت لفلان بكذا، أما لو قال: أوصيت لفلان الكافر بكذا فلا تصح الوصية، لأن جعل الكفر حاملاً على الوصية، وكأنه يوصى له رغم علمه بأنه كافر، أو كأن الكفر مبرر للوصية له^(١).

والمالكية يوافقون على وصية الذمى للمسلم، ولا يوافقون على وصية المسلم للدمى إلا إذا كانت على وجه الصلة كأن كانت بينهما قرابة، وإلا فقد كرهوا وصية المسلم للدمى، إذا لا يقبل من المسلم أن يوصى لدمى ويترك أهل دينه فقراء محتاجين.

أما وصية الكافر (لكافر مثله) أو كافر من ملة غير ملته فهذا جائز حيث «الكفر ملة واحدة».

(١) البدائع ٧ / ٢٣٥، الدسوقي علي الشرح الكبير ٤ / ٤٢٦.

٣ - رضا الموصى :

ويقصد بهذا الرضا توفر إرادته، لأن الوصية تمليك للغير بإيجاب من الموصى، ولا بد أن يتوفر الرضا في هذا الإيجاب فلا تصح وصية المكره لأن الإكراه - عند العلماء - يفسد إرادة من وقع عليه الإكراه، فيترب على هذا الفساد بطلان التصرفات.

والإكراه على تصرف من التصرفات يسقط هذا التصرف، كما يسقط الأثر المترتب عليه.

فإذا أوصى واحد لغيره بجزء من ماله تحت التهديد والإكراه، فقد أوصى دون رضاه فبطلت وصيته.

وعند الحنفية أن المكره عليه إذا كان من الإقرارات - كالوصية - كان أثر الإكراه يبطل الإقرار والغناء.

ومن أكره على الاعتراف بمال أو زواج كان اعترافه باطلاً، ولا يعتد به شرعاً. على أنهم يفرقون بين البطلان والفساد، فيجعلون الإكراه على الإقرار باطلاً والإكراه على العقود والتصرفات الشرعية كالبيع والإجارة والرهن مؤدياً إلى فساد هذه العقود حتى يجيزه من وقع عليه الإكراه فيصير صحيحاً.

ولم يفرق المالكية وغيرهم بين الإكراه على الإقرار والإكراه على العقود والتصرفات فالإكراه لا يلزم المكره بشيء.

ومما يتنافى مع رضا الموصى أيضاً أن يوصى وهو سكران أو هازل أو مخطيء، فإن هذه الصفات جميعاً تفوت الرضا.

فالخطأ فعل يصدر من الإنسان بلا قصد إليه عند مباشرة أمر مقصود سواه. والهزل أن لا يراد باللفظ ودلالته المعنى الحقيقي ولا المجازى بأن لا يراد به شيء، أو يراد به ما لا يصح إرادته به.

وهو كالحطأ في أنه من العوارض المسقطه للرضا، إلا أن المخطيء لا قصد له في خصوص اللفظ ولا في حكمه .

والهازل مختار راض باللفظ، غير راض بحكمه . ومن ثم فإن الرضا - كما عرفه الحنفية (امتلاء الاختيار، أى بلوغه نهايته، بحيث يفضى أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشة في الوجه)^(١) .

فإن لم تظهر هذه البشاشة على الوجه، فلا أقل من أن ينتقى الإكراه الذى ينفى الرضا .

ولا خلاف بين الفقهاء في أن أكل أموال الناس متعلق بالرضا لقوله سبحانه: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ﴾ [النساء: ٢٩] .

ولقول الرسول ﷺ: « لا يحل لامرئ من مال أخيه إلا ما طابت به نفسه »^(٢) .

حق رجوع الموصى عن الوصية :

الوصية ليست من العقود اللازمة، ومن ثم فإن الرجوع فيها جائز، وهو من حق الموصى الذى أضاف وصيته إلى ما بعد موته . وهو إذن يحتفظ بحق الرجوع عن وصيته طيلة حياته .

والفقهاء يستعملون الرجوع والرد بمعنى واحد ويقولون فى الوصية، يكون الرجوع فى الوصية بالقول كرجعت فى وصيتى، أو أبطلتها ونحوه كرددتها^(٣) .

والرجوع فى الوصية يختص بمن صدر منه التصرف . وهو الموصى إذ هو يملك الرجوع مادام حيا .

لأن الموجود قبل موته مجرد إيجاب وأنه محتمل الرجوع فى عقد المعاوضة فهى بالتبرع أولى^(٤) .

(٢) أخرجه أحمد ٣ / ٤٢٣ .

(٤) البدائع ٧ / ٣٧٨ .

(١) انظر التلويح على التوضيح ٢ / ١٩٥ .

(٣) القليوبى وعميره ١٣ / ٢٢، ٢١ .

الحكم التكليفي للرجوع عن الوصية :

ومن هنا فإننا نستطيع أن نفهم أن الحكم التكليفي للرجوع في الوصية هو الإباحة .

فليس هو واجباً كرجوع المرتد إلى الإسلام، ورجوع البغاة إلى طاعة الإمام^(١) .

وليس مستحباً كرجوع المتبايعين بالتراضى بعد تمام العقد وهو ما يسمى بالإقالة^(٢) لقوله ﷺ : « من أقال مسلماً أقال الله عشرته يوم القيامة »^(٣) .

كما أنه ليس حراماً كالرجوع في الصدقة، ولا مكروها كالرجوع في الهبة لقوله ﷺ : « العائد في هبته كالكلب يقىء ثم يعود في قيئه »^(٤)، ولقوله أيضاً : لا يحل للرجل أن يعطى عطية ثم يرجع فيها إلا الوالد فيما يعطى ولده^(٥) .

ما يكون به الرجوع عن الوصية :

الرجوع عن الوصية يكون بطريقتين :

الطريق المباشر بالقول :

وذلك كأن يقول الموصى : رجعت في الوصية، أو فسختها، أو رددتها، أو أبطلتها، أو نقضتها . .

وهذه الألفاظ وما في معناها تدل دلالة صريحة على الرجوع عن الوصية، كما يكون الرجوع صريحاً أيضاً إذا قال : تركتني حرام على غير ورثتي، لأنه لا يكون حراماً وهو وصية، كما ينافي كونه وصية وهو كله للورثة . . أما إذا قال : هذا المال كله تركتني، فإن ذلك لا يعد رجوعاً عن الوصية، لأن الموصى به من تركته^(٦) .

(١) جواهر الإكليل ٢ / ٢٧٨ .

(٢) انظر كتاب « الإقالة » للمؤلف .

(٣) ابن ماجه ٢ / ٧٤١ .

(٤) فتح الباري ٥ / ٢٣٥ .

(٥) أخرجه الترمذى ٤ / ٤٤٢ .

(٦) الكافي في الفقه لموفق الدين بن قدامة القدسي ج ٢ / ٣٤٣ .

الطريق غير المباشر بالتصرف :

وذلك كان يفعل الموصى في الموصى به فعلاً يستدل به على الرجوع، فلو أن الموصى فعل في الموصى به فعلاً يقطع به ملك المالك، فإن ذلك يعد رجوعاً عن الوصية بالتصرف.

ومن قبيل التصرف الذي يعد رجوعاً عن الوصية أن يبيع الموصى به أو يهبه لشخص آخر غير الموصى له.

ومن قبيل التصرف أيضاً ما إذا أوصى بقطعة من القماش، ولكنه قطعها وخاطها قميصاً، أو أوصى بقطن فغزله.

لأن هذه التصرفات لما أوجبت حكم الثابت في المحل وهو الملك فلأن توجب بطلان مجرد كلام من غير حكم أصلاً أولى.

ووجه الدلالة أن كل واحد من هذه الأفعال والتصرفات تبدل العين وتصيرها شيئاً آخر اسماً ومعنى، فكان استهلاكاً من حيث المعنى، فكان دليل الرجوع^(١).

ويطلق أيضاً على هذا الرجوع اسم (الرجوع الدلالي) لأنه يشمل الكلام الذي لا يدل على الرجوع صراحة، ولكن يدل عليه إشارة أو دلالة.

ما لا يعد من التصرفات رجوعاً :

فرق بعض الفقهاء بين التصرفات التي تعد رجوعاً وبين التصرفات التي لا تعد رجوعاً.

فالأمثلة السابقة من التصرفات كانت بمثابة الرجوع لأنها صرفت الموصى به عن الموصى له، وعرضت الموصى به لزوال ملك الموصى.

لكن الأمثلة الآتية من التصرفات لا تعد رجوعاً.

١- إن أوصى بثلاث ماله لم يكن رجوعاً، لأن الوصية بثلاث ماله عند الموت

لا بثلاث الموجود.

(١) البدائع ٧ / ٣٧٨

٢- إن سكن الدار التي أوصى بها لم يكن ذلك رجوعاً لأنه لا يزيل الاسم ولا يدل على الرجوع.

٣- إن أوصى بأرض ثم زرعها لم يكن رجوعاً، لأنه لا يراد للبقاء، وقد يحصد الزرع قبل الموت.

فإن غرسها أو بناها ففيه وجهان:

أحدهما: يكون رجوعاً لأنه جعلها لمنفعة مؤبدة.

والثاني: لا يكون رجوعاً لأنه استيفاء منفعة أشبه بالزراعة.

وإن أوصى له بسكنى داره سنة، ثم أجرها فمات قبل انقضاء الإجارة ففيه وجهان:

أحدهما: يسكن سنة بعد انقضاء مدة الإجارة لأنه موصى له بسنة.

والثاني: تبطل الوصية بقدر ما بقى من مدة الإجارة، وتبقى في الباقي^(١).

حكم جحد الوصية:

وجحد الوصية يعنى إنكارها، وقد سوى بعض علماء اللغة بين الإنكار والجحود.

وقد يكون هذان اللفظان مرادفين للرجوع، فالرجوع في الشهادة أن يقول الشاهد: أبطلت شهادتي أو فسختها أو رددتها. وقد يكون الرجوع عن الإقرار بادعاء الغلط ونحوه^(٢).

ومن صور جحود الوصية أن يوصى رجل بوصية ثم تعرض عليه من الغد فيقول: لا أعرف هذه الوصية.

فإن هذه الصورة من الإنكار تعد رجوعاً عن الوصية عند أبي يوسف ولا تعد رجوعاً عند محمد (صاحبى أبى حنيفة).

ووجه اعتبار الجحود رجوعاً أن معنى الرجوع عن الوصية هو فسخها وإبطالها وفسخ العقد كلام يدل على عدم الرضا بالعقد السابق وبثبوت حكمه،

(٢) القليوبي ٤ / ٣٣٢.

(١) الكافى فى الفقه ج ٢ / ٣٤٤.

والجحود فى معناه لأن الجاحد لتصرف من التصرفات غير راض به وبشبهت حكمه، فيتحقق فيه معنى الفسخ فحصل معنى الرجوع.

أما وجه عدم اعتبار الجحود رجوعاً عن الوصية أن الرجوع عن الوصية يستدعى أن تكون الوصية سابقة على الجحود.

والجحود يستدعى إنكار وجود الوصية أصلاً فلا يتحقق فى الإنكار معنى الرجوع فلا يمكن أن يجعل رجوعاً.

ولهذا لم يكن جحود النكاح طلاقاً، ولأن إنكار الوصية بعد وجودها يكون كذباً محضاً فكان باطلا لا يتعلق به حكم كالإقرار الكذب^(١).

والذى نراه فى جحود الوصية أو إنكارها أنه يعد رجوعاً عن الوصية، لأن الموصى إذا أنكر وصيته فقد رجع فيها، وإذا كانت الوصية من العقود غير اللازمة أصلاً فإن أى إنكار لها يعد رجوعاً عنها.

رجوع الورثة عن إجازة الوصية :

أجاز جمهور الفقهاء وصية الموصى بأكثر من ثلث تركته، إذا أجاز ورثته ما زاد على الثلث.

إلا أن الظاهرية قد منعت الوصية بأكثر من الثلث وإن أجازها الورثة. لكن إجازة الورثة - فيما زاد على الثلث - ثابت بما يروى عن ابن عباس: « لا تجوز الوصية لو ارث إلا أن يشاء الورثة، وروى عن عمر بن خارجه قال: فقال رسول الله ﷺ: « لا وصية لو ارث إلا أن تجيز الورثة ».

وهذان الحديثان وإن كانا يثبتان حق الورثة فى إجازة الوصية لو ارث أو رفضها، فإن هناك أحاديث أخرى تثبت حقهم فى إجازة الوصية بأكثر من الثلث أو رفضها.

فما حكم رجوع الورثة عن إجازتهم فى هاتين الحالتين؟

(١) البدائع ج ٧ / ٣٨١.

يرى أبو حنيفة والشافعي وأحمد أنه ليس للورثة الرجوع في إجازتهم للوصية للوارث بعد وفاة الموصى .

واحتجوا لذلك بأن المنع إنما وقع من أجل الورثة أنفسهم، فإذا أجازوه جاز . وقد اتفقوا أنه إذا أوصى بأكثر من ثلثه لاجنبي جاز بإجازتهم فكذلك هنا . وفرق مالك فقال : إذا أذن الورثة للموصى في صحته فلهم أن يرجعوا، وإذا أذنوا في مرضه حين يحجب عن ماله فذلك غير جائز عليهم .
وحجة ذلك القول أن الورثة قد أجازوا شيئاً لم يملكوه في ذلك الوقت، وإنما يملك المال بعد وفاته .

وقد يموت الوارث المستأذن قبله ولا يكون وارثاً وقد يرثه غيره، فقد أجاز من لا حق له فيه فلا يلزمه شيء .

واحتج مالك بأن قال : إن الرجل إذا كان صحيحاً فهو أحق بماله كله يصنع فيه ما شاء، فإذا أذنوا له في صحته فقد تركوا شيئاً لم يجب لهم، وإذا أذنوا له في مرضه فقد تركوا ما وجب لهم من الحق، فليس لهم أن يرجعوا فيه إذا كان قد أنقذه لأنه قد مات .

فإن لم ينفذ المريض ذلك كان للوارث الرجوع فيه لأنه لم يقف بالتنفيذ، وقول مالك في هذه المسألة أشبه بالسنة من غيره^(١) .

وقد قال كثير من العلماء إن الإجازة غير معبرة حال حياة الموصى، حتى إنهم لو أجازوا في حياته، فإن لهم أن يرجعوا عن ذلك بعد موته، لأن حقهم إنما يثبت عند الموت، حيث لا تعلم إذا كان هذا المريض مرض الموت أم لا، فإذا مات الآن علم كونه مرض الموت فيثبت حقهم الآن .

إلا أنه إذا ثبت حقهم عند الموت استند الحق الثابت إلى أول المرض، والاستناد إنما يظهر في الحاضر لا في الماضي .

(١) القرطبي ج ٢ / ٦٤٢ .

وإجازتهم حال حياته قد مضت لغوا لانعدام الحق حال وجودها فلا تلحقها الإجازة.

وهناك رأى آخر يقول بجواز إجازة الورثة للوصية فى حياة الموصى وبعد موته. وليس لهم أن يرجعوا بعد موته، وذلك لأن إجازتهم فى حال حياة الموصى صادفت محلها، لأن حقهم يتعلق بماله فى مرض موته، إلا أنه لا يظهر كون هذا المرض مرض الموت إلا بالموت، فإذا اتصل المرض بالموت أدركنا أنه كان مرض الموت، وتبيننا أن حقهم كان متعلقاً بماله، فتبين لهم أنهم أسقطوا حقهم بالإجازة فجازت إجازتهم^(١).

اشتراط موت الموصى قبل الموصى له:

نقل البعض إجماعاً على أن موت الموصى له المعين قبل موت الموصى يبطل الوصية.

ذلك لأن الوصية عطية، وقد صادفت المعطى ميتاً فلا تصح كالهبة للميت، ولأن الوصية لا تلزم إلا بوفاة الموصى وقبول الموصى له. ولكن الخنفية لا يقولون ببطلان الوصية بوفاة الموصى له قبل وفاة الموصى، وذلك لأن القبول عندهم معناه عدم الرد.

أما الجمهور فقد اشترطوا موت الموصى قبل الموصى له لتصح الوصية يقول ابن رشد: «واختلفوا فى الوصية للميت فقال قوم: تبطل بموت الموصى له وهم الجمهور، وقال قوم لا تبطل»^(٢).

والذين يقولون بصحة الوصية حتى وإن مات الموصى له قبل الموصى يجعلون الوصية تملكياً بمجرد اللفظ دون الافتقار إلى قبول الموصى له أو لحياته، وجعلوا الوصية منعقدة بمجرد موت الموصى فقط^(٣).

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ٣٧٠ وما بعدها. (٢) بداية المجتهد ٢ / ٣٣٤.

(٣) الفقه الإسلامى وأدلته، د/ وهبه الزحيلي ٨ / ٢٢.

وجمهور الفقهاء على بطلان الوصية إذا مات الموصى له قبل الموصى: فمن شروط صحة الوصية عند الأحناف أن يكون الموصى له موجوداً - كما ذكرنا سابقاً - فإن لم يكن موجوداً فلا تصح الوصية، لأن الوصية للمعدوم لا تصح^(١)، ومثل ذلك عند المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤)، والظاهرية^(٥). ولهذا الاتجاه وجاهاته لأن الوصية كالعطية، والعطية لا تعطى إلا للأحياء، والموصى له إذا مات فإن للموصى أن ينقل الوصية إلى ورثته فيكون إنشاء لوصية جديدة لموصى لهم جدد، وهو يملك ذلك في حياته.

هبة المريض ووصيته:

يفرق الفقهاء بين الصحيح والمريض في هبته ووصيته:

فقد قال الحنفية: إذا وهب المريض شخصاً أجنبياً عنه ولم يكن للواهب وارث فإن هذه الهبة تكون صحيحة نافذة، ولو استغرقت كل ماله، ولا تتوقف على إجازة أحد^(٦).

وقال الشافعية والمالكية: تبطل الهبة فيما زاد على ثلث مال المريض، لأن ماله ميراث للمسلمين، ولا مجيز له منهم فبطلت^(٧). والهبة في ذلك تشبه الوصية فيما زاد على ثلث التركة.

هذا إذا لم يكن للمريض ورثة، أما إذا كان له ورثة فقد اتفق الفقهاء على نفاذ هبة المريض إن كانت في ثلث ماله.

أما إذا زادت على الثلث فهي كالوصية يتوقف القدر الزائد منها على إجازة الورثة، فإن أجازوه نفذ وإن ردهه بطل.

وتعتبر إجازة الورثة لو وقعت تنفيذاً وإمضاء لهبة مورثهم. وقد استدل

(١) البدائع ٧ / ٤٩٥ .

(٢) مواهب الجليل ٦ / ٣٣٦ .

(٣) مغنى المحتاج ٣ / ٤٠ .

(٤) المغنى ٦ / ٦٧ .

(٥) المحلى ٩ / ٣٢٢ .

(٦) المبسوط ١٢ / ١٠٣ .

(٧) الام ٤ / ٣٠ .

الفقهاء على اعتبار هبة المريض للأجنبي من ثلث ماله كالوصية استناداً إلى ما روى عن سعد بن أبي وقاص من الحديث الذي رويناه سابقاً، وأن الرسول ﷺ أباح له الوصية في ماله في حدود الثلث ولا زيادة عن الثلث .

وهذا الحديث جعل هبة المريض من الثلث كوصاياهم من الثلث بعد موته .
وإذا كانت هبة المريض موجهة إلى وارثه ولم يكن له سوى هذا الوارث فقد قال الحنفية: إن هذه الهبة صحيحة نافذة ولا تتوقف على إجازة أحد سواء أكان الموهوب أقل من الثلث أم أكثر منه .

وإذا كان للمريض ورثة غير الموهوب له فقد قال جمهور الفقهاء: تتوقف الهبة على إجازة باقى الورثة، سواء أكان الموهوب أقل من الثلث أم أكثر منه - كما فى الوصية لوارث - فإن أجازها الورثة نفذت، وإن ردها بطلت^(١) .

وتعتبر إجازة الورثة تنفيذاً وإمضاءً لهبة مورثهم غير أن الإمام الشافعى يخالف ذلك فيقول: هبة المريض المقبوضة لوارث باطلة مردودة^(٢) .

ولا تجوز هبة المريض ولا صدقته إلا مقبوضة، وهى فى ذلك تخالف الوصية المضافة إلى ما بعد الموت، فإذا قبضت جازت من الثلث، وإذا مات الواهب قبل التسليم بطلت^(٣) . بخلاف الوصية التى لا تنفذ إلا بعد وفاة الموصى .

* * *

(١) الفتاوى الهندية ٤ / ٤١٢، المهذب ١ / ٤٥٨ .

(٢) الأم ٤ / ٣٢ .

(٣) الفتاوى الهندية ٤ / ٤٠٠ .

المبحث الثالث

الموصى له

الموصى له هو الشخص أو الجهة المقصودة بالوصية، وهو الذى يفيد من الوصية بعد وفاة الموصى .

ومن الشروط التى يجب أن تتوفر فى الموصى له^(١):

١ - أن يكون موجوداً:

فلا يتور أن يوصى الموصى لشخص مجهول أو لجهة مجهولة، فالوصية للمعدوم لا تصح .

ولقد ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن الوصية للمعدوم باطلة، لأن من شروط الموصى له أن يكون موجوداً وقت الوصية، ويتصور الملك له، فتصح الوصية لحمل فى بطن أمه .

ومن هنا فلو قال الموصى مثلاً: أوصيت بثلاث مالى لما فى بطن فلانة فإذا كانت حاملاً، وكان حملها معروفاً بأن كان الجنين موجوداً فى بطن أمه صحت الوصية.. وإلا فلا .

ذلك لأن الوصية - حينئذ - تكون موجهة إلى مجهول .

ويعلم ذلك إذا ولدت الحامل لأقل من ستة أشهر من وقت موت الموصى أو وقت وجود الوصية .

(١) تنص المادة (٦) من قانون الوصية على الشروط الآتية فى الموصى له:

(أ) أن يكون معلوماً

(ب) أن يكون موجوداً عند الوصية إن كان معيناً، فإن لم يكن معيناً لا يشترط أن يكون

موجوداً عند الوصية ولا وقت الموصى .

لأنها إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الموت أو وقت الوصية تيقنا أن الجنين كان موجوداً.

ذلك لأن المرأة لا تلد لأقل من ستة أشهر.

وقد فصل الحنفية^(١) في موضوع وجود الموصى له، فبينوا أن حكم الإقرار بمال لما في بطن فلانة يعتمد على ذكر السبب لهذا الإقرار.

فقد يكون السبب جائز الوجود أو مستحيل الوجود.

فإذا قال المقر مثلاً: (لما في بطن فلانة على ألف درهم لأنى استهلكت ماله أو غصبت أو سرت...) جاز إقراره.

أما إن قال: (لما في بطن فلانة على ألف درهم لأنى اقترضته منه) لم يجز لأنه أسند إقراره إلى سبب مستحيل وهو الاقتراض من (كائن) لم يوجد بعد.

وذهب المالكية إلى جواز الوصية للمعدوم، حتى جازت الوصية لميت علم الوصية بموته حين الوصية، وتصرف في وفاء ديونه، ثم لوارثه، فإن لم يكن له وارث بطلت الوصية، ولا تعطى لبنت المال^(٢).

الوصية للحمل والوصية للميت:

الوصية للحمل - عند الحنابلة^(٣) - صحيحة لأن الوصية جرت مجرى الميراث من حيث كونها انتقال المال من الإنسان بعد موته إلى الموصى به بغير عوض كانتقاله إلى وارثه، وقد سمي الله تعالى الميراث وصية بقوله سبحانه: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾ [النساء: ١١].

كما أن الحمل يرث، فتصح الوصية له لأن الوصية أوسع من الميراث. فإذا انفصل الحمل ميتاً بطلت الوصية لأنه لا يرث ولأنه يحتمل أن لا يكون حياً حين الوصية، فلا تثبت له الوصية والميراث بالشك.

(١) بدائع الصنائع ج ٧، كتاب الوصايا / ٣٣٧.

(٢) بداية المجتهد ٢ / ٣٠٦، حاشية الدسوقي ٤ / ٤٢٦.

(٣) المغنى ج ٦ / ٥٦.

وإذا وضعته حياً صحت الوصية له .
وإذا وصى لحمل امرأة من زوجها صحت الوصية له مع اشتراط إلحاقه به،
فإن لم يصح إلحاقه لم تجز الوصية .
وإذا وصى لحمل امرأة فولدت ذكراً وأنثى فالوصية لهما بالسوية، لأن ذلك
عطية وهبة، فأشبه ما لو وهبها شيئاً بعد ولادتها .
أما الوصية للميت فإن هناك فرقاً بين الوصية لحي مات بعد الوصية أو قبلها،
أو مات بعد الموصى أو قبله :
فمن أوصى لحي ثم مات بطلت الوصية له، وإن علم الموصى بأن الذى
أوصى له ميت فهو لورثة الميت، فإن كان لم يعلم فهو لورثة الموصى .
ويعقب ابن حزم^(١) بقوله : هذا باطل، لأنه لو أراد الوصية لاستطاع أن
يقول ذلك، فتقويله ما لم يقل حكم بالظن، والحكم بالظن لا يحل .
ولقد نقل عن بعض العلماء أن الموصى إذا علم بموت الموصى له، ولم
يحدث فيما أوصى به شيئاً فهو لوارث الموصى له، لأنه مات قبل عقد الوصية
فيقوم الوارث مقامه كما لو مات بعد موت الموصى وقبل القبول .
وقال أبو حنيفة والشافعى لا تصح الوصية لميت، بينما يرى مالك أن
الموصى إن علم موت الموصى له، فالوصية جائزة، وهى لورثته بعد قضاء ديونه
وتنفيذ وصاياه، لأن الغرض نفعه بها، وبهذا يحصل له النفع فأشبه ما لو كان
حياً .

٢ - قبول الموصى له بالوصية :

تقتضى طبيعة بعض العقود عدم اشتراط اتحاد المجلس فى الإيجاب والقبول،
بل إن بعض هذه العقود لا يصح فيه القبول فى المجلس .
ومن هذه العقود عقد الوصية، فإنها تملك مضاف إلى ما بعد الموت،

(١) انظر المحلى ج ٩، كتاب الوصية / ٣٢٢ .

فيصدر الإيجاب فيها حال حياة الموصى، لكن لا يعتبر القبول من الموصى له إلا بعد وفاة الموصى، فإذا قبلها الموصى له في حياة الموصى لا تنعقد الوصية.

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن من حق الموصى له أن يقبل الوصية من الموصى أو يردّها.

ذلك لأن قبول الوصية شرط لثبوت الملك، والقبول أو الرد يثبت إرادة الموصى له في إدخال شيء إلى ملكه.

هذا إذا كان الموصى له حياً حين صدرت الوصية، وكان له حق القبول أو الرد ولكن ما الحكم إذا مات الموصى له بعد الموصى وقبل صدور القبول أو الرد منه؟ هل ينتقل الحق إلى ورثته أم يسقط بموته؟

الإجابة عن هذا السؤال تسير في اتجاهات ثلاثة:

الاتجاه الأول:

أن حق القبول أو الرد للوصية ينتقل لورثة الموصى له (كما ذكرنا في السطور السابقة)، فهم يستطيعون أن يقبلوا الوصية الموجهة إلى مورثهم أو يردوها، وذلك لأن هذا الحق مما ينتقل شاءوا أو ردوا.

وهذا الاتجاه يتبناه الشافعية والمالكية والحنابلة.

ولكن المالكية يستثنون من هذا الاتجاه ما إذا كانت الوصية موجهة إلى شخص بعينه، كأن يقول الموصى: أوصيت بجزء من مالي إلى فلان مدة بقائه حياً.

فإن الوصية - حينئذ - تسقط بموت الموصى له، ولا ينتقل الحق إلى ورثته^(١).

الاتجاه الثاني:

ويتلخص في أنه إذا مات الموصى له قبل القبول أو الرد بعد وفاة الموصى، فإن الشيء الموصى به يدخل في ملك الموصى له دون حاجة إلى قبول الورثة.

(١) مواهب الجليل ٦ / ٣٦٧.

وفلسفة هذا الاتجاه أن عدم الرد دليل على القبول، فما دام الموصى له لم يرد الوصية حال حياة الموصى فمعنى ذلك أنه قد قبلها.. أى أن السكوت - كما يقال - دليل على القبول. وإذا سكت الموصى له فإنه يعتبر قابلاً حكماً. وهذا الاتجاه يتبناه الحنفية وبعض المالكية^(١).

إلا أنا قد أشرنا - قبل ذلك - إلى رأى أحد أعلام المذهب الحنفى وهو «زفر».

ونذكر هنا بهذا الرأى وهو أن ركن الوصية يكون فى إيجاب الموصى فقط، لأن ملك الموصى له بمنزلة ملك الوارث، وملك الوارث ينتقل بموت المورث دون حاجة إلى قبول الوارث، وكذلك ملك الموصى له.

ولكن يرد على هذا الرأى بقول الله سبحانه: ﴿وَأَنْ تَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾.

وظاهر هذا النص أن لا يدخل شىء إلى ملك الإنسان إلا بسعيه.

ولو ثبت الملك للموصى له من غير قبول لثبت من غير سعيه وهذا منفى إلا ما خص بدليل.

وقد يؤدى ثبوت الملك من غير قبول إلى الإضرار بالموصى له واحتمال الإضرار به يأتى من وجهين:

أحدهما: إضرار المن عليه من جانب الموصى أو جانب ورثته، ولهذا يتوقف ثبوت الملك للموهوب له على قبوله دفعا لضرر المنة.

والثانى: أن الموصى به قد يكون شىء يتضرر به الموصى له. كأن يوصى الموصى للموصى له بالإتفاق على طفل يتيم أو رعاية شخص مقعد عاجز عن الكسب.

إذا ليس للموصى إلحاق الضرر بالموصى له.

(١) البدائع ج ٧ / ٣٣١، مواهب الجليل ٦ / ٣٦٧.

وذلك بخلاف ملك الوارث، لأن اللزوم هنا بإلزام من له ولاية الإلزام وهو الله سبحانه وتعالى فلم يتوقف على القبول كسائر الأحكام التي تلزم بإلزام الشرع ابتداءً.

ولو مات الموصى ثم مات الموصى له قبل القبول صار الموصى به ملكاً لورثة الموصى له استحساناً لا قياساً.

فالقياص يبطل الوصية ويثبت لورثة الموصى له الخيار إن شاءوا قبلوا وإن شاءوا ردوا.

وهذا القياص يتلخص في أن القبول أحد ركني العقد، وقد فات بالموت فيبطل الركن الآخر.

كما أن الموصى له كان من حقه القبول في حياته، فإذا مات قام ورثته مقامه. أما جواز الوصية دون قبول الموصى له استحساناً فهو يستند إلى أن أحد الركنين من جانب الموصى له هو عدم الرد منه، وذلك بوقوع اليأس على الرد منه وقد حصل ذلك بموته فتم الركن.

كما أن القبول من الموصى له لا تشترط فيه العبارة لأن هذا القبول لا يشترط لذاته، بل لوقوع اليأس من الرد، وقد حصل ذلك بموت الموصى له.

الاتجاه الثالث :

ويتلخص في أن الوصية تبطل بموت الموصى له قبل قبوله، وذلك لأنها عقد كسائر العقود يفتقر إلى القبول. فإذا مات من له حق القبول قبله بطل العقد كالهبة.

ولأنه خيار لا يعتاض عنه، فيبطل بالموت، كخيار المجلس وخيار الشرط، وخيار الأخذ بالشفعة. وهذا الاتجاه لبعض المالكية وبعض الحنابلة^(١).

(١) مواهب الجليل ٦ / ٣٦٧، المغنى ٨ / ٤١٧.

٣ - ألا يكون قاتلاً للموصى (١):

وهذا الشرط شبيه بحرمان القاتل من الإرث في تركة مورثه. ولقد اختلف الفقهاء في جواز الوصية للقاتل.. لا فرق في ذلك بين القتل العمد والقتل الخطأ في ذلك.

والقتل العمد هو قصد الفعل وقصد الشخص بما يقتل أو غالباً (٢) أما القتل الخطأ فهو ما وقع دون قصد الفعل والشخص، أو دون قصد أحدهما (٣). وقد ذهب الشافعية وبعض الحنابلة إلى جواز الوصية للقاتل، لأن الهبة تصح له، فكذلك الوصية.

كما أن مالكا لا يرى اشتراط هذا الشرط، ويذهب إلى صحة الوصية للقاتل، لأن الوصية تمليك وتملك، والقتل لا يتنافى مع أهلية التمليك.

أما الحنفية فإنهم يرون عدم الوصية للقاتل، وحجتهم في ذلك قول الرسول ﷺ: « لا وصية لقاتل » وهذا نص، كما روى عنه أيضاً قوله: « ليس لقاتل شيء »، وقد ذكرت كلمة « شيء » نكرة في محل النفي، وإذا ذكرت النكرة في محل النفي فإنها - عندهم - تفيد العموم.

فهى هنا تعم الميراث والوصية جميعاً.

كما أن الورثة يتأذون بوضع الوصية في القاتل كما يتأذون بوضعها في بعض الورثة دون بعضهم الآخر حيث يؤدي ذلك إلى قطع الرحم.

كما أن القتل بغير حق جناية عظيمة فتستدعى الزجر بأبلغ الوجوه، والحرمان من الوصية - حينئذ - يصلح زاجراً كالحرمان من الميراث. وسواء أكانت

(١) تنص المادة (١٧) أن القتل مانع من موانع استحقاق الوصية سواء أكان القاتل فاعلاً أصلياً أم شريكاً أم كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام على الموصى وتنفيذه، وذلك إذا كان القتل بلا حق ولا عذر، وكان القاتل عاقلاً بالغاً من العمر ١٥ سنة.

(٢) (٣) السابق.

(٢) مغنى المحتاج ٤/٣.

الوصية للموصى له بعد الحناية أو قبلها، لأن الوصية إنما تقع تملكاً بعد الموت فتقع وصية للقاتل تقدمت الحناية أو تأخرت .

ويتصور وقوع الحناية بعد الوصية بأن يوصى شخص بوصية لشخص آخر، ويضيف هذه الوصية إلى ما بعد موته^(١) .

فيتعجل الموصى له بتنفيذ الوصية فيقتل الموصى (من تعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه) .

وقد فصل أحد الحنابلة ففرق بين الوصية بعد الجرح والوصية قبله فقال :

إن وصى له بعد جرحه صح، لأن الوصية بعد الجرح صدرت من أهلها في محلها، ولم يطرأ عليها ما يبطلها .

وإن وصى له قبل الجرح ثم طرأ القتل على الوصية أبطلها، لأن القتل يبطل ما هو أكثر منها تأكيداً وهو الميراث^(٢) .

وأرجع المالكية صحة الوصية للقاتل إلى علم الموصى قبل وفاته : فإن علم الموصى بأن الموصى له هو الذى ضربه عمداً أو خطأ صححت الوصية منه من باب عفو المجنى عليه من الجانى ﴿ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى ﴾ .

وتكون الوصية فى الخطأ فى المال والدية، وتكون فى العمد فى المال فقط .

فإذا لم يعلم الموصى فى صحة وصيته للموصى له القاتل تأويلان .

إجازة الورثة للموصى له القاتل :

إذا كان الموصى له هو الذى قتل الموصى، ثم أجاز الورثة هذه الوصية بعد موت الموصى .. فما حكم هذه الإجازة؟

يرى أبو حنيفة وصاحبه محمد جواز ذلك، وذلك أن إجازة الوصية حق للورثة فإذا أجازوها جازت .

(٢) المغنى ٦ / ١١١ .

(١) بدائع الصنائع ج ٧ / ٣٣ وما بعدها .

وهؤلاء الورثة هم الذين يتأذون بوضع الوصية للمقاتل أكثر مما يتأذى البعض بإيثار البعض بالوصية، ثم جازت الوصية للبعض بإجازة الباقين فهنا أولى .
كما أن الورثة ينتفعون ببطلان الوصية للمقاتل، وحق الإنسان ما ينتفع به،
فإذا أجازوا فقد زال المانع فجازت الوصية .

ولهذا فقد جازت الوصية لبعض الورثة بإجازة الباقين . وعند أبي يوسف -
أحد أصحابي أبي حنيفة - لا تقبل إجازة الورثة للوصى القاتل، لأن الرسول ﷺ
قال : « لا وصية لقاتل » وقال : « ليس لقاتل شيء » من غير فصل بين ما إذا أجاز
الورثة الوصية أو لم يجيزوها .

ولأن المانع من الوصية هو القتل، وإجازة الورثة لم تمنع القتل، فبقى الحكم
- وهو الحرمان من الوصية - قائماً مع وجود العلة - وهى القتل - والحكم - كما
قال الأصوليون - (يدور مع العلة وجودا وعدما) .

أى أن إجازة الورثة لم تؤثر فى وجود العلة . فيبقى الحكم على ما هو عليه
أصلاً وهو الحرمان .

بقى أن نفرق بين القتل الذى يمنع الوصية والميراث، والقتل الذى لا يمنع
ذلك .

فالقتل قصاصاً بأن يكون القاتل (ولى دم)، أو يأذن له ولى الأمر بالقتل .
فهذه الصورة ومثلها لا تمنع صحة الوصية . لأن القتل فى هذه الحالة ليس قتلاً
حراماً .

وكذلك لو كان القاتل صبياً لا يدرك معنى القتل ولا يقصده، لأن هذا
القتل لا يوصف بالحرمة، حيث لم يتعلق بشيء من ذلك حرمان الميراث فلا يتعلق
به حرمان من الوصية .

والقتل بالتسبب أيضاً لا يمنع جواز الوصية كما لا يمنع حرمان الميراث،

وهذا النوع من القتل يكون نتيجة فعل لا يؤدي مباشرة إلى القتل، كمن يحفر بئراً في غير ملكه، فيقع فيه إنسان فيقتل (١).

فهو لم يتعمد القتل ولم يقصد حقيقته فلا يكون عمله مؤدياً إلى حرمانه من الميراث أو من الوصية.

وقد ذهب المالكية والحنابلة إلى أن هذه الصورة تعد من نوع قتل الخطأ وموجبه الدية على المتسبب.

أما الحنفية فلأنهم لا يرون في ذلك تعدياً مباشراً فقد جعلوه قتلاً بالتسبب وموجبه الدية على العاقلة لا على المتسبب ولا يتعلق به حرمان من الميراث.

وهذا بخلاف ما لو قصد حافر البئر وقوع القتل ووقع فعلاً، فإن على الفاعل القصاص.

وهذا مبحث واسع في كتب الفقه في باب الجنائيات، فليرجع إليه من شاء الاستزادة.

٤ - ألا يكون الموصى له وارثاً (٢):

قد يكون الموصى له قريباً للموصى، ولكنه لا يرث في تركته بسبب من أسباب المنع كالحجب أو الحرمان أو غير ذلك من الأسباب.

وقد يكون هذا القريب وارثاً مستحقاً في التركة بأحد أسباب الميراث كأن يكون أحد أصحاب الفروض، أو عاصباً من العصبات فما حكم الوصية لهذا الوارث وقد نال نصيباً من التركة بالميراث؟

تتلخص رؤية الفقهاء لهذا الحكم في الاتجاهات التالية:

(١) رد المختار ١٥ / ٣٤١.

(٢) مادة (٣٧) من قانون الوصية: 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 الموصى، وكانوا من أهل التبرع عاقلين بما يجيزونه.

الاتجاه الأول:

القول بعدم صحة الوصية للوارث وقت موت الموصى، استناداً إلى ما روى عن عطاء بن عباس من قوله: « كان المال للولد »، وكانت الوصية للوالدين، فنسخ الله من ذلك ما أحب، فجعل للذكر مثل حظ الأنثيين، وجعل للأبوين لكل واحد منهما السدس، وجعل للمرأة الثمن والربع، وللزوج الشطر والربع»^(١).

وعلى المقصود من قوله: «... وكانت الوصية للوالدين» هو الإشارة إلى قول الله سبحانه: ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ ﴾ [المائدة: ١٨٠].

واعتبر نسخ هذه الآية في قوله: « وجعل للأبوين لكل واحد منهما السدس ».

فما دام قد جعل لهما نصيباً في التركة عن طريق الميراث، فلا نصيب لهما فيها عن طريق الوصية.

وجعل ذلك نسخاً للآية: ومما يستشهد به على منع الوصية للوارث ما روى عن رسول الله ﷺ في خطبة الوداع من قوله: « إن الله قد أعطى كل ذلك حق حقه، فلا وصية لوارث ».

وهذه الرواية أصرح من سابقتها في منع الوصية للوارث، وقد قواها جماعة من الأئمة منهم أحمد والبخاري.

غير أن البعض قد ضعفها وقالوا: لا يخلو إسناده من مقال لكن مجموعها يقتضى أن للحديث أصلاً.

وقد رأى الشافعي أن المتن متواتر فقال: وجدنا أهل الفتيا ممن حفظنا عنهم من أهل المغازي وغيرهم لا يختلفون في أن النبي ﷺ قال عام الفتح « لا وصية لوارث »، فكان هذا النقل (نقل كافة عن كافة)، أى نقل عدد كثير عن عدد كثير فأشبهه التواتر، وهو أقوى من نقل واحد من واحد.

(١) البخاري، كتاب الوصايا، حديث ٢٧٤٧.

ورغم قول الشافعى ذلك فإنه هو الذى يرى أن القرآن لا ينسخ بالسنة .
ولعل القائلين بنسخ الحكم فى قوله تعالى: ﴿... الوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ
وَالْأَقْرَبِينَ﴾ يرون أن هذا النسخ يتمثل فى تخصيص فرض من التركة للوالدين
عن طريق الميراث فى قوله تعالى: ﴿... ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما
ترك﴾ .

فكان تخصيص نصيب لهما فى الميراث ناسخاً لنصيب كل منهما فى الوصية .
كما يستند القائلون بعدم جواز الوصية للوارث أن الذى روى قوله ﷺ :
«إن الله أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث» هو سليمان بن عياش، وأن
هذا الرجل كان مريضاً فعاده أبو حنيفة فوجده يوصى لابنيه، فقال أبو حنيفة: إن
هذا لا يجوز، فقال: ولماذا يا أبا حنيفة!؟

فقال: لأنك رويت لنا أن رسول الله ﷺ قال: لا وصية لوارث .

فقال سليمان لأبى حنيفة: يا معشر الفقهاء أنتم الأطباء ونحن الصيادلة .
أى أن الفقهاء هم الذين يرون الرأى، وغيرهم يلتزم به كما يلتزم الصيادلة
بما يكتب الأطباء .

وفهم من ذلك - كما يرى الحنفية وغيرهم - تحول الحق من الوصية إلى
الميراث كما استندوا فى تعزيز هذا الاتجاه أيضاً إلى سبب إنسانى حيث قالوا: (لو
جوزنا الوصية للورثة لكان للموصى أن يؤثر بعض الورثة وفيه إيذاء البعض
وإيحاشهم فيؤدى إلى قطع الرحم وأنه حرام، وما أفضى إلى الحرام فهو حرام دفعاً
للتناقض)^(١) .

ولقد ذهب ابن حزم الظاهرى فى عدم جواز الوصية لوارث إلى حد بعيد ..
إذ هو لا يجيزها للوارث حتى ولو أجازها بقية الورثة ..

(١) انظر البدائع ٧ / ٣٣٧ .

حتى إن الموصى إذا أوصى لغير وارث فصار وارثاً عند موت الموصى^(١) بطلت الوصية له .

وإن أوصى لوارث ثم صار غير وارث^(٢) لم تجز له الوصية، لأنه حين عقدها كانت باطلة .

وسواء أجاز الوارث ذلك أم لم يجوزوا لما ثبت من قوله ﷺ : « لا وصية لوارث » .

وإذ قد منع الله تعالى من ذلك فليس للورثة أن يجيزوا ما أبطله الله تعالى على لسان رسوله، إلا أن يبتدئوا هبة لذلك من عند أنفسهم فهو ما لهم^(٣) وأرى أن هذا الاستثناء الأخير في قوله (إلا أن يبتدئوا... إلخ) يعد بمثابة جواز الوصية للوارث بإجازة بقية الورثة، إذ أن الفرق بين إجازتهم لوصية الموصى - وهو المورث - وبين هبتهم شيئاً من ما لهم للموصى له - وهو في الوقت نفسه وارث - فرق شكلي، حيث تلتقى الصورتان عند سماحهم لأخيهم - أو لأحد الورثة - بحيازته شيئاً زائداً على نصيبه عن طيب نفس منهم ولقد كان مسلك ابن حزم تجاه ما روى عن الرسول ﷺ من قوله عام الفتح في خطبته « لا تجوز وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة » .

أن هذا الأثر المروى ضعيف، إذ رواه أربعة لا يوثق بهم، وأنه مرسل .

الاتجاه الثاني :

القول بتوقف صحة الوصية للوارث على إجازة بقية الورثة، فإذا أجازوها جازت وإلا فلا .

والمراد بعدم صحة وصية الوارث عدم اللزوم، لأن الأكثر على أنها موقوفة على إجازة الورثة .

(١) ويتصور ذلك فيما إذا أوصى لأخيه مع وجود ولده، فإذا مات الولد صار الأخ وارثاً .

(٢) كما إذا أوصى لأبنته فقتله الابن .

(٣) المحلى لابن حزم الظاهري ج ٩ / ٣١٦ .

فإذا قيل أن الوصية لا تجوز لو ارث، فإن نفى الجواز يعنى تعلقه بإجازة الورثة.
وإذا رضى الوارث بالوصية كانت صحيحة كما هو شأن بناء العام على
الخاص.

فعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: « لا وصية
لوارث إلا أن يجيز الورثة ».

فإذا أجازوا جميعاً هذه الوصية نفذت، فإن اختلفوا فأجازها البعض وردھا
البعض، فإنها تنفذ في حق المجيز دون شركائه.

وفى الاستثناء الذى ورد فى الحديث « إلا أن يجيز الورثة » ما يدل على
جواز الوصية بإيجاز الورثة.

أما إذا أمتنع سائر الورثة فلم يجيزوها، فإنها - وإن نشأت صحيحة - إلا أنها
غير نافذة لتوقف نفاذها على موافقة أصحاب الحق وهم الورثة.

وما داموا لم يوافقوا فالعقد موقوف.

الاتجاه الثالث:

القول بصحة الوصية لو ارث فى حدود الثلث دون توقف على إجازة الورثة.
والوارث الموصى له - فى حدود الثلث - شأنه شأن غير الوارث فإن الله
سبحانه يقول: ﴿ كَتَبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ
لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾.

والوصية فى هذه الآية لم تنسخ، حيث لا نسخ بدون ناسخ، ولا سيما
والآية تجعل الوصية للوالدين والأقربين « حقاً على المتقين ». وهذا الحق يظل حقاً
غير منسوخ.

بل إن الآية لتهدد بعد ذلك من يخالف العمل بها فى قوله تعالى: ﴿ فَمَنْ بَدَّلَهُ
بَعْدَمَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾ [البقرة: ١٨١].

وإذا كان الله قد أعطى الإنسان ثلث ماله يتصرف فيه قبل وفاته كما أشار إلى ذلك حديث ذكرناه فى موضعه .

فإن الحرية الممنوحة لصاحب المال تقتضى أن يوجه هذا (الثلث) حيث شاء دون توقف على إجازة أحد ولو كان وارثاً، إذ الوارث لا يكتسب هذه الصفة إلا بعد وفاة المورث، ولا يملك حق القبول والرفض إلا فيما يملكه .

وقد أخذ قانون الوصية بهذا الاتجاه فصحح الوصية بثلث المال لوارث أو غير وارث دون توقف على إجازة الورثة .

وإذا جازت الوصية لغير (الأقربين) - فى حدود الثلث - دون إجازة الورثة .

فإنها تجوز للورثة والأقربين من باب أولى، إذ الأقربون أولى بالمعروف .
ونرى أن لهذا الاتجاه وجهته للأسباب الآتية :

١ - قد تكون الوصية لوارث - فى بعض الأحيان - هى العدالة، والعدالة هنا ليست عدالة مادية، ولكنها « عدالة التوازن » فى حياة الورثة :

فقد يكون أحدهم مريضاً عاجزاً عن الكسب، أو صغيراً لم تتوفر له أسباب التربية والتعليم كما توفرت لإخوته .. أو أكثر برأ بأبيه أكثر من إخوته . فتأتى الوصية لتدارك ما لم تقدر قواعد الميراث أن تدركه .

٢ - لا تتعارض الوصية لوارث مع قواعد العدالة والمساواة بين الأولاد أو بين الورثة بوجه عام .

إذ أن الوالد (المورث) إذا اتصف بالعدل فإن غايته من الوصية - فى هذه الحالة - ستكون إقامة (العدالة الإنسانية) بين أولاده بغض النظر عن التساوى فى أنصبتهم من التركة، وإذا اتصف بالظلم فلن يعدم من الوسائل الأخرى - غير الوصية - ما يظلم بها ورثته ومحابة بعضهم على حساب البعض الآخر .

٣ - إذا كانت الوصية لوarith تحتمل المحابة وتفضيل بعض الأبناء على بعضهم الآخر.

فإن الوصية لغير الوarith - وهى جائزة باتفاق - تحتمل رغبة الموصى فى حرمان ورثته من بعض تركته عن طريق الوصية لأجنبى .

ومن ثم فإن تصرفات الحى فى ثلث تركته - سواء أكانت لوarith أم لغير وارث - منوطة بضميره وعدالته، وهما مما لا يطلع عليه إلا الله الذى يقول ﴿ وَنَعْلَمُ مَا تُسْوِسُ بِهِ نَفْسُهُ ﴾ [ق: ١٦] .

من «الأقربون» فى مشروعىة الوصية؟

تطرق الفقهاء إلى تعريف القرابة عند كلامهم على الوصية للأقارب أو الهبة لهم .

وقد أخذت تعريفاتهم للقرابة الاتجاهات التالية :

١ - اقتصار القرابة على من كان من جهة الأب دون من كان من جهة الأم . وهذا يقصر القرابة على أربعة أباء فقط، فمن قال : أوصيت لقرابة فلان بكذا، فقد دخل فى هذه الوصية أولاد الموصى له، وأولاد أبيه، وأولاد جده، وأولاد جد أبيه . غير أنه قد رويت رواية عن الإمام أحمد أن الوصية - فى هذه الصورة - تصرف أيضاً إلى قرابة أمه إن كان يصلهم فى حياته .

٢ - توسيع مدلول القرابة حتى تشمل قرابة الأم وقرابة الأب، لأن إطلاق لفظ (القرابة) يعنى قرابة ذى الرحم المحرم، وأما غيرها من الرحم غير المحرم فناقص .

ولا يدخل فى هذه القرابة الآباء^(١) والأجداد والأحفاد، لا لبعدهم ولكن لأن لهؤلاء منزلة أقوى من القرابة، حتى قال «الحصكفى»: إن من قال للوالد إنه «قريبى» فهو عاق^(٢)، إذ أن (الوالدية) أعم وأشمل من القرابة .

(١) المغنى لابن قدامه ٦ / ١١٨ . (٢) الدر المختار ٥ / ٤٢٩ .

وجاء فى بدائع الصنائع للكاسانى^(١): الوالد والولد لا يسميان قرابتين عرفاً وحقيقة أيضاً، لأن الأب أصل، والولد جزؤه، والقريب من تقرب إلى الإنسان بغيره لا بنفسه.

وإذ جاء فى الوصية قول الله تعالى: ﴿الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾، فإن العطف يقتضى المغايرة، حيث يكون ﴿الوالدان﴾ شيئاً و﴿الأقربون﴾ شيئاً آخر.

٣ - هذا الاتجاه قريب من الاتجاه السابق، لكنه يطلق القرابة على كل ذى رحم وإن كان بعيداً. سواء أكان محرماً أو غير محرّم غير الأصول والفروع^(٢).

٤ - ويتوسع اتجاه فقهي آخر فيجعل القرابة أى قرابة وإن بعدت، حيث يدخل فيها الأب والأم وولد الصلب.

كما يدخل فيها الأجداد والأحفاد، وتشمل - كذلك - الزوجية والرضاع^(٣)، حيث إنه بين الرضاع والقرابة عموماً وخصوصاً مطلقاً. وقد اتفق العلماء على أن الرضاع يأخذ حكم النسب فى كثير من الأحوال.

وقد قال رسول الله ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب».

وما دما قد ذكرنا (الرحم المحرم) و(الرحم غير المحرم)، فإن هذا يقتضى أن نقول إن المحارم تعنى كل شخصين لا يصح النكاح بينهما من القرابة النسبية، وقد جمعتهما آية النساء ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ... الآية﴾ [النساء: ٢٣].

فهؤلاء المذكورات فى الآية يحرم الزواج منهن.

أما غير المحارم فبقية القرابات غير من ذكرن فى الآية، فبنت الخال وبنت

(٢) معنى المحتاج للشريينى ٣ / ٦٣.

(١) ج ٧ / ٣٤٩.

(٣) البدائع (السابق)، الأم ٦ / ١٠٢.

الحالة، وبنيت العم وبنيت العممة إن كن من «أولات الأرحام» فلسن من المحارم وبعد هذا التوضيح نقول:

أجمع المسلمون على مشروعية الوصية لغير الوارث، أما الوصية للوارث فقد جرى فيها اختلاف وتفصيل.

ولقد خص بعض العلماء أولى القربى بالوصية، فقالوا إنهم أولى بها من الأجانب لقوله سبحانه ﴿وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ١٨٠].

حتى قال بعضهم: إن أوصى الرجل لغير قرابته فقد ختم عمله بمعصيته. وقال الحسن: إن أوصى لغير الأقربين ردت الوصية للأقربين. ولا تجوز الوصية لغير الأقربين مع ترك الأقربين.

كما جاء عن مالك والشافعي وأبي حنيفة وابن حنبل أن من أوصى لغير قرابته وترك قرابته محتاجين فبئسما صنع^(١).

ولعل استنكار هؤلاء راجع إلى الوصية للأجانب مع ترك الأقارب غير الورثة. فإذا كانوا ورثة فلا محل للاستنكار إذ يصلهم نصيبهم (المفروض) عن طريق الوراثة إذا لم يصلهم عن طريق الوصية.

ولقد أجمع أهل العلم على أن الوصية للوالدين اللذين لا يرثان - بأى سبب من أسباب المنع - والأقرباء الذين لا يرثون جائزة.

وقد قال ابن عباس إن نسخ الوصية للأقارب كان خاصاً بمن كان يرث بآية الفرائض.

وقد قيل أيضاً إن آية الفرائض لم تستقل بنسخ الوصية للوارث، ولكن بضميمة أخرى هي قوله ﷺ: «إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث».

ومعنى ذلك أن نسخ الوصية لوارث إنما كان بالسنة الثابتة لا بآية الفرائض.

(١) القرطبي ج ٢ / ٦٤١.

ولولا الحديث لأمكن الجمع بين آية الميراث وآية الوصية بأن يأخذ الورثة المال عن المورث بالوصية وبالميراث إن لم يوص، أو ما بقى من الوصية لكن منع من ذلك الحديث والإجماع.

وقد قال ابن عباس والحسن: نسخت الوصية للوالدين بالفرض في سورة النساء ﴿... وَالْأَبْوِيهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ﴾. وثبتت هذه الوصية للأقربين الذين لا يرثون.

وفي البخارى: كان المال للولد، وكانت الوصية للوالدين، ففسخ الله من ذلك ما أحب، فجعل للذكر مثل حظ الانثيين، وجعل للأبوين لكل واحد منهما السدس، وجعل للمرأة الثمن والربع، وللزوج الشطر (أى النصف) والربع^(١).

وقد حكى ابن عبد البر إجماعاً فى عدم الوصية لوارث، ولكنه أطلق هذا الإجماع دون تقييد بإجازة الورثة مع أنه ذكر فى موضع آخر اتفاق الجمهور على أن الوصية للوارث موقوفة على إجازة الورثة.

وجمهور الفقهاء على عدم الوصية للوارث إلا إذا أجازها الورثة^(٢).

ونعوذ فنذكر بما ذكرناه سابقاً من أن التصرف فى ثلث التركة متروك لصاحبها، وقد جعل الله حرية التصرف فى هذا الثلث «صدقة» للموصى بنص الحديث «إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم... الحديث». وأما حق الورثة المقرر لهم فإنه ثابت فى باقى التركة وهو الثلثان.

ترتيب الوصايا فى التنفيذ :

إذا أوصى الرجل بوصايا من حقوق الله قدمت الفرائض منها، سواء قدمها الموصى أم آخرها.

(١) القرطبي ج ١ / ٦٤٠.

(٢) الاختيار ٤ / ١٢٨، الشرح الصغير ٤ / ١٨٢، مغنى المحتاج ٦ / ٥٨.

لأن الفريضة أهم من النافلة، فإن تساوت وقدم الموصى بعضها على بعض بما يفيد الترتيب بدىء بما قدمه الموصى .

المحاصة فى الوصية :

ويقصد بالمحاصة أن يأخذ كل فرد (حصة) من الوصية إذا كانوا أكثر من وصية . . فمن أوصى بوصايا تزيد على ثلث ماله ولم يجز الورثة تلك الزيادة، وكان الثلث يضيق بالوصايا فإن الموصى لهم يتحاصون (أى يشتركون) فى مقدار ثلث التركة بنسبة مالكل منهم، فيدخل النقص على كل منهم بقدر وصيته، فمن أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بالسدس ولم يجز الورثة فالثلث بينهما يقتسمان على قدر حقيهما كما فى أصحاب الديون الذين يتحاصون مال المفلس، وهذا أصل متفق عليه بين المذاهب^(١) .

* * *

(١) بدائع الصنائع ٧ / ٣٧٤، المدونة ٦ / ٥١، المغنى ٦ / ١٥٩ .

المبحث الرابع

الموصى به

الموصى به هو - فى الواقع - موضوع الوصية، حيث يكون طرفاها هما الموصى والموصى له.

أما الموصى به فهو محل العقد إذا كان العقد هو الوصية. ومن شروط صحة الوصية تحقق الشروط الآتية فى الموصى به:

١ - أن يكون مما يجرى فيه الإرث:

وهذا الشرط يفيد أن يكون الموصى به مالا أو متعلقاً بالمال، لأن الوصية إيجاب الملك أو إيجاب ما يتعلق بالملك من البيع والصدقة، وإذا فإن محل الملك هو المال، فلا تجوز الوصية بغير المال.

وقد وردت تعريفات كثيرة للمال تفيدنا فى تحديد هذا الشرط، وتبين لنا المقصود بالمالية فى الموصى به.

فقد عرف الحنفية المال بأنه (ما يميل إليه الطبع، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة، وتثبت المالية بتمويل الناس كافة أو بعضهم)^(١). وهذا التعريف يحدد المال بالسلمات التالية:

(أ) ميل الناس له، وهذا الميل يمثله قوله تعالى: ﴿ وَتُحِبُّونَ الْمَالَ حُبًّا جَمًّا ﴾ وقوله: ﴿ ... وَإِنَّهُ لِحُبِّ الْخَيْرِ لَشَدِيدٌ ﴾. والإسلام لا ينكر هذا الميل فى الإنسان بل يقره عليه ما دام يوظف المال فى وجوه الخير، حيث يقول رسول الله ﷺ: « نعم المال الصالح للرجل الصالح ».

(١) رد المختار ٣/٤.

(ب) إمكانية إيدار هذا المال لوقت الحاجة، وهذا الإمكان يفسر المالية فى المال لأنه يشير إلى حرص الإنسان عليه فى الحاضر والمستقبل ولا ينفى هذه المالية أن يكون المدخر مما يتسارع إليه الفساد كالحضر والسلك، فإن هذه الأشياء أيضاً مما يحرص عليه ويمكن ادخاره بوسائل الحفظ والادخار.

(ج) كما لا ينفى المالية أيضاً أن بعض الناس لا يتمولون بعض الأشياء ذات القيمة، لأن الحكم فى هذا التمول هو حكم الغالب لا حكم الجميع. وقد عرفه أيضاً الإمام الشاطبى - من المالكية - بقوله: «المال ما يقع عليه الملك ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من وجهه»^(١).

كما حكى السيوطى عن الشافعى قوله (لا يقع اسم المال إلا على ماله قيمة يباع بها، وتلزم متلفه، وإن قلت، وما لا يطرحه الناس)^(٢) وقال الحنابلة: المال شرعاً ما يباح نفعه مطلقاً، أى فى كل الأحوال، أو يباح اقتناؤه بلا حاجة^(٣).

وهذه التعريفات - على اختلافها - تلتقى فى أن للمال قيمة يحرص الإنسان عليها، وله منفعة تحدد الغاية من هذا الحرص، وله احترام يجعل الشريعة تصونه من الائتلاف.

وهذا الشرط الأول فى الموصى به وأن يكون مالياً يقتضينا الكلام عن صحة الوصية فيما يلى:

الوصية بالمنافع:

ويقصد بالمنافع ما يبتغيه الإنسان من المال، فالغاية من تمول المال تكمن فى قصد الانتفاع بها.

وإذن فإن سكنى الدار واستعمال الثياب وركوب السيارات من المنافع.

(١) الموافقات ٢ / ١٠.

(٢) الأشباه والنظائر / ٣٢٧.

(٣) شرح منتهى الإرادات ٢ / ١٤٢.

وقد اختلف الفقهاء فى مالية المنافع على قولين :

القول الأول :

وهذا القول للحنفية الذين يرون أن المنافع ليست أموالاً فى ذاتها، لأن صفة المالية للشيء إنما تثبت بالتمول .

والتمول يعنى صيانة الشيء وادخاره لوقت الحاجة، والمنافع لا تبقى زمانين لكونها أعراضاً، فكما تخرج من حيز العدم إلى حيز الوجود تتلاشى، فلا يتصور فيها التمويل . ومع ذلك فإن الحنفية أنفسهم يعدون المنافع أموالاً إذا ورد عليها عقد معاوضة كالإجارة^(١) .

فمن أجز داره للسكنى فقد حول هذه السكنى إلى مال يجوز التعاقد عليه، وكذلك الإجارة على ركوب السيارات وغيرها .

القول الثانى :

وهو لجمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة الذين يرون أن المنافع أموال بذاتها، لأن الأعيان لا تقصد لذاتها بل لمنافعها .

فالسيارة لمنفعتها وهى الركوب، والدار لمنفعتها وهى السكنى، والأرض لمنفعتها وهى الزراعة وهكذا .

وعلى ذلك جرت أعراف الناس ومعاملاتهم .

وقد نشأ اعتبار المنفعة ما لا حيث جعلها الشرع مقابلة بالمال فى عقد

الإجارة وهو من عقود المعاوضات المالية .

كما جعل المنفعة مالا فى عقد النكاح، حيث قال شعيب لموسى عليهما

السلام: ﴿ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتِي هَاتَيْنِ عَلَيَّ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ ﴾

[القصص: ٢٧]

فقد جعل الخدمة - وهى منفعة - مالا يجوز أن يكون مهراً فى عقد

(١) المبسوط ١١ / ٧٨، ٧٩ .

النكاح . ويترتب على عدم اعتبار المنافع أموالاً تضييع لحقوق الناس، وإغراء للظالمين بالاعتداء على منافع الأعيان التي يملكها غيرهم .

وبناء على هذا التصور للمنافع، والقول بماليتها حتى عند الأحناف الذين يحولون المنافع إلى أموال إذا ورد عليها عقد من عقود المعاوضة كالإجارة . فإنه تجوز الوصية بالمنافع كسكنى الدار وركوب السيارات وغير ذلك من سائر المنافع .

وهذا ما جرى عليه قانون الوصية، فإذا كان قد جاء في مادته العاشرة (بند ١) في شروط الموصى به (أن يكون مما يجرى فيه الإرث، أو يصح أن يكون محلاً للتعاقد حال حياة الموصى) .

فقد جاء في المادة الحادية عشرة أنه (تصح الوصية بالخلو والحقوق التي تنتقل بالإرث ومنها حق المنفعة بالعين المستأجرة بعد وفاة المستأجر) . ومن هنا نجد أن القانون قد أجاز الوصية بحق المنفعة المملوكة للمستأجر في حال وفاته قبل انتهاء مدة الإجارة . ومن هنا فإن الموصى له يصير صاحب حق في الانتفاع بالعين المؤجرة بعد وفاة الموصى .

وعلى ذلك فإن المنافع ينظر إليها - بهذا الاعتبار - على أنها (مما ينتقل بالإرث) وهو الشرط الأول، وتعتبر أموالاً بحد ذاتها، حيث يجوز المعاوضة عنها بالمال، كمال أنها صالحة لأن تثبت ديناً في الذمة، ومن هنا فقد جاز التعاقد عليها .

الوصية بالدين :

الدين هو لزوم حق في الذمة، وقد يكون محله مالا كما يكون عملاً أو عبادة من صوم وصلاة وحج .

فإذا كان الدين الشاغل للذمة مالياً، فقد رأى الحنفية أنه لا يعد مالاً حقيقياً إلا على سبيل المجاز .

إذ يكون هذا الدين عبارة عن وصف شاغل للذمة، ولا يتصور قبضه حقيقة. ولكن نظراً لأنه سيصير مالا بعد ذلك، فإنه يسمى مالا على سبيل المجاز (١) ومن الفقهاء - غير الحنفية - أيضاً من قال بأن المالية من صفات الموجود، والدين - في الواقع - ليس موجوداً في الحال.

فمن كان له ديون على الناس فإنه لا تجب عليه الزكاة في هذه الديون لعدم وجودها فعلاً.

ولكنهم - من طريق آخر - يقولون بأن من حلف أنه لا مال له، وله دين حال على رجل موسر، فقد حنث في يمينه.

وهذا يدل على أن الدين المضمون مال، لأن الدين الحال هو ما يجب أدائه عند طلب الدائن، ويقال له (الدين المعجل) أيضاً.

ومما يدخل في الوصية بالدين ما يسمى تمليك الدين للمدين، وهو يختلف بحسب حال الدين ومدى استقرار ملك الدائن عليه.

فإذا كان ملك الدائن على الدين مستقراً كغرامة المتلف وبدل القرض وضمن المبيع ونحو ذلك فلا خلاف بين الفقهاء في جواز تمليكه لمن هو عليه بعوض أو بغير عوض (٢).

وقد استثنى الحنفية من قاعدة عدم جواز تمليك الدين لغير المدين ثلاث حالات، منها الوصية، فإن الوصية تصح بالدين لغير المدين، لأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، فينتقل الملك فيه كما ينتقل بالإرث.

٢ - أن يكون الموصى به مالا متقوماً:

وهذا هو الشرط الثاني من شروط الموصى به، فلا يكفي أن يكون الموصى به مالا - مجرد مال - بل لابد أن يكون مالا متقوماً عند المسلمين.

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم / ٣٥٤.

(٢) المجموع شرح المهذب ٩ / ٢٧٤، الأشباه والنظائر / ٣٣١.

ولقد جاء في المادة الثالثة من قانون الوصية أنه يشترط في صحة الوصية ألا تكون بمعصية، وألا يكون الباعث عليها منافيا لمقاصد الشارع.

فاشترط التقويم في المال الموصى به تناسق مع اشتراط عدم منافاة الوصية لمقاصد الشارع.

ويقصد بالمال المتقوم ما يباح الانتفاع به شرعا في حالة السعة والاختيار وهذا بعكس المال غير المتقوم الذي لا يباح الانتفاع به شرعا.

كالخمر والخنزير بالنسبة للمسلم، أما بالنسبة لغير المسلم فهما من المال المتقوم.

لأن غير المسلم لا يعتقد حرمتهما، وقد أمرنا الإسلام بأن نترك غير المسلمين وما يدينون.

على أنه لا تلازم بين التقويم وبين المالية (عند الحنفية)، فقد يكون الشيء متقوما يباح الانتفاع به، ولا يكون مالا كحبة واحدة من القمح ولقمة صغيرة من الخبز، وقبضة قليلة من التراب.

فهذه الأشياء إن كان يباح استعمالها إلا أنها لتفاهة قيمتها - لا تعد مالا وقد قال ابن عابدين (الفقيه الحنفى): المال أعم من المتقوم، لأن المال ما يمكن ادخاره ولو غير مباح كالخمر، والمتقوم ما يمكن ادخاره مع الإباحة، فالخمر مال ولكنه غير متقوم^(١).

وبناء على ذلك فلا تصح الوصية بالمال غير المتقوم كالخمر، فالخمر وإن كانت مالا، فقد أهدر الإسلام قيمتها.

فليس للمسلم أن يوصى لمسلم بكمية من الخمر أو قطيع من الخنازير، فلا يوصى بها الموصى، ولا يقبلها الموصى إليه.

(١) رد المختار ٤/٣.

فإذا جاز لغير المسلم أن يوصى بالخمير طبقاً لما يراه في شريعته، فلا يجوز له أن يوصى بها للمسلمين، لأنها - عندهم - مال غير متقوم غير مضمون بالإتلاف.

وضابط التقوم في المال شرعاً - كما ذكرنا - هو حل الانتفاع بالمال في حالة الاختيار والسعة.

ومعنى ذلك أن الضرورة التي تدفع الإنسان إلى الانتفاع بغير المباح لا تحولهُ إلى مباح في كل الحالات.

فقد حرم الله الخمر في حال السعة والاستغناء، ثم قال: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرٍ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [المائدة: ٣].

فإن الإقدام على شرب الخمر في حال الضرورة لا يجعل الخمر متقوماً بعد أن كان متقوماً، لأن الضرورة إن أباحت المحظور، فإنه يبقى على حظره، وتبقى الضرورة استثناءً من هذا الحظر.

٣ - أن يكون الموصى به موجوداً^(١):

بينما أن الموصى به هو محل العقد في الوصية، كما بينا أنه كما يكون لكل عقد إيجاب وقبول، فإن لعقد الوصية قبولاً يصدر من الموصى له بعد وفاة الموصى. وهنا نقول إن اشتراط وجود محل العقد يختلف باختلاف العقود وطبيعة كل منها:

ففي عقد البيع مثلاً اتفق الفقهاء على ضرورة وجود محل العقد، ولا يجوز بيع مال لم يوجد لقوله ﷺ: «لا تبيع ما ليس عندك»^(٢).

ولكن الفقهاء قد استثنوا من بيع المعدوم عقد السلم، وذلك لحاجة الناس

(١) تنص المادة العاشر (بند / ٣) من قانون الوصية على وجوب وجود الموصى به في ملك الموصى إن كان معيناً بالذات.

(٢) جامع الترمذى ٤ / ٤٣٠.

إليه . كما فرقوا - فى اشتراط وجود محل العقد - بين ما يسمى بعقود المعاوضة
وعقود التبرع .

فقالوا بعدم جواز العقد فى حالة انعدام المحل وذلك فى عقود المعاوضات ..
أما فى عقود التبرع فإنها تجوز مع عدم وجود المحل .

ومن هذه العقود الأخيرة (عقود التبرع) عقد الهبة، فإنه يجوز فيه أن
يكون موضوع العقد (الموهوب) غير موجود، بل ديناً فى الذمة، أو غير معلوم
فعلاً .

وقد قال المالكية إن الغرر (أى الجهالة) فى الهبة لغير الثواب جائز، فمن
وهب لرجل ما يرثه من فلان، وهو لا يدري كم يرث، هل هو نصف أم ربع أم
سدس .. فذلك جائز^(١) .

وفى الوصية بالمعدوم ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى صحة الوصية به
مطلقاً لأنه يقبل التملك فى حال حياة الموصى فتصح الوصية به . وذهب الحنفية
إلى أنه تجوز الوصية بالمعدوم إذا كان قابلاً للتملك بعقد من العقود .

ولهذا قالوا بجواز الوصية فيما تثمر النخيل فى هذا العام مثلاً مع أن هذا
الثمر لم يوجد بعد، كما تصح الوصية بالصفوف على ظهر غنمه وباللبن فى
ضرعها .

وذلك لأن الموصى به يقبل التملك فى حال حياة الموصى بعقد المعاملة .
أما الوصية بما تلد أغنام الموصى فإنها لا تجوز استحساناً، لأنه لا يقبل التملك
فى حال حياة الموصى بعقد من العقود^(٢) .

بخلاف الوصية بثمر البستان والشجر فإنها جائزة لأن الوصية تجوز فيما
يجرى فيه الإرث أو فيما يدخل تحت عقد من العقود فى حالة الحياة .

(١) جواهر الإكليل ٢ / ٢١٢

(٢) حاشية ابن عابدين ٥ / ٤١٦ .

وعدم جواز الوصية بما فى بطون الأنعام راجع إلى أنه لا يجرى فيه الإرث ولا يدخل تحت عقد من العقود فلا يدخل تحت الوصية.

وجود الموصى به ووجود الموصى :

اشترط وجود الموصى به يتعلق بحياة الموصى وموته على النحو التالى :

١- إذا كان الموصى به موجودا فى حال حياة الموصى، ثم هلك الموصى به، ومات الموصى، فقد بطلت الوصية، لأن الأصل فيها أنها مضافة إلى ما بعد الموت ولا شىء تنفذ فيه هذه الوصية.

٢- إذا أوصى بالمعدوم حال حياته كما فى البطن والضرع وبما على الظهر من صوف ثم مات، وظهر نتاج فى البطن أو لبن فى الضرع أو صوف على الظهر فإن الوصية جائزة. كما لو أوصى ببستانه يوم يموت، وليس له بستان، ثم اشترى بستانا فمات فالوصية جائزة، لأن الوصية بالمال إيجاب الملك عند الموت، فيراعى وجود الموصى به وقت الموت. والقياس بطلان هذه الوصية لأنها وصية بمعدوم، ولكنها تجوز استحسانا لأن للوصية طبيعة تختلف عن طبيعة عقود المعاوضات.

٣- إذا أوصى - حال حياته - بشىء موجود وشىء سيحدث فيما بعد، ثم مات.. فإن الموجود يدخل تحت الوصية، أما الذى يحدث بعد الموت لا وقت الموت فإنه لا يدخل تحت الوصية قياسا، وإن كان يدخل استحسانا.

وجه القياس أن الثمرة بمنزلة الولد والصوف واللبن، والوصية بشىء من ذلك لا يتناول الحادث.

أما وجه الاستحسان فإن الوصية تحتمل الموجود فى الحاضر والحادث فى المستقبل، وفى حمل الوصية عليه تصحيح العقد ويمكن تصحيحه لأن له نظيرا من العقود وهو الوقف والمعاملة^(١).

(١) انظر: بدائع الصنائع ج٧/٣٥٤، وما بعدها.

غلة الموصى به بعد وفاة الموصى :

أشرنا إلى أن الوصية تنفذ بعد موت الموصى لأنها تمليك لما بعد الموت .
وينتقل ملك الموصى به إلى الموصى له مباشرة إذا تم قبول الموصى له للوصية
بعد وفاة الموصى .

ولكن ماذا لو تأخر قبول الموصى له للوصية بعد موت الموصى ؟
وماذا لو كان للموصى به غلة نتجت في المدة ما بين وفاة الموصى وقبول
الموصى له ؟

هل تكون هذه الغلة من حق الموصى له أم تكون من حق الورثة ؟ بمعنى
لو كان الموصى به بقرة فولدت، أو كان شجرا فثمر. فلمن يكون هذا النتاج
أو هذا الثمر؟ يكون ذلك على ثلاثة أقوال :

الأول : أن الغلة الحادثة بعد موت الموصى وقبل قبول الموصى له تكون
للموصى له .

لأن الموصى له يملك الموصى به بالموت، ويثبت الملك بالقبول . ومعنى ذلك
أن الموصى به يصير ملكا للموصى له بعد وفاة الموصى مباشرة مادام قد صدر
القبول .

وأن يترتب على هذه الملكية أن يكون الموصى به وما يتولد عنه من غلة
أو ثمر ملكا للموصى له .

الثاني : أن الغلة التي تحدث بعد وفاة الموصى وقبل قبول الموصى له تكون
للورثة .

لأن الملك في الوصية لا يثبت للموصى له إلا بقبوله بعد الموت، فتكون
الغلة للورثة لأنها تنمو في ملكهم .

الثالث : أن يأخذ الموصى له ما أوصى به الموصى ، ثم يأخذ ثلث الغلة
الحادثة بعد ذلك، ويترك الثلثين للورثة .

لأن المعتبر فى تنفيذ الوصية الأمران معا (وقت الموت ووقت القبول) (١).
ونرى ترجيح القول الأول، إذ أن ملكية الموصى له للموصى به يجب أن
تنفذ بعد وفاة الموصى مباشرة.
وإذا كانت الوصية مقدما على حقوق الورثة فى الشركة، وإذا لم يكن
اشتراط القبول من الموصى له متفقا عليه من جميع الفقهاء، فإن ملكية الموصى له
ثابتة فى الموصى به، وتثبت كذلك فى الغلة الناتجة عنه تبعا له.

* * *

(١) بدائع الصنائع ٧ / ٣٣٤، الشرح الصغير ٢ / ٤٦٦، المغنى ٦ / ١٥٨.