

شرح

قانون الوصية

دراسة مقارنة
مؤلفها دة القمصية

تأليف

محمد أبو زهرة

الأستاذ بكلية الحقوق - جامعة القاهرة

الناشر

مكتبة الأنجلو المصرية

١٦٥ شارع محمد زكي

القاهرة

حقوق إعادة الطبع للمؤلف

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين ، وعلى آله وصحبه أجمعين .

أما بعد : فإننا نحمد الله ونستعينه . ونقدم الطبعة الثانية من كتابنا (شرح قانون الوصية) وقد تلقى رجال القانون والمشتغلون بالفقه الإسلامى ذلك الكتاب تلقياً محموداً منهم ، مشكوراً لهم ، إذ تقبلوه بقبول حسن ، كان جديراً بفضلهم ، وأكثر مما نستحق ، فجزاهم الله عنا وعن العلم خيراً ، وأحسن مشوبتهم ، وهو الولي المتعال .

وإن هذه الطبعة هي كالأولى في مبناها ومعناها ، تفحّت بعض عباراتها ، وشذب بعض أطرافها ، فلم نزد في الجملة شيئاً على الأولى ؛ إذ لم نجد ما يوجب التغيير أو التبديل ، أو زيادة فصول لم تكن .

بيد أننا وجهنا عنايتنا إلى أمرين كان ما استوجب العناية بهما :

(أحدهما) : توضيح عبارات في القانون كنا نظنها واضحة ، ونهنا إلى وجوب تجليتها أعضاء اللجنة التي تولت وضع القانون بالصيغة الفرنسية ، فقد كان الأعضاء الكرام ، وهم من الصفوة المختارة من رجال القانون يسألوننا عن عبارات غير بيّنة كنا نظنها بيّنة ، فكان ذلك الاستفسار الكريم تديباً حسناً إلى وجوب بيانها ، فبيناهما في هذه الطبعة .

(ثانيهما) : ما يتعلق بالوصية الواجبة من ناحية استخراجها ، وبيان طريق حل مسائل الميراث المشتملة عليها ، فقد سلكنا في طريق الحل ما رأيناه يتفق مع نصوص القانون والمقصد منه ؛ وبيننا ذلك في الطبعة الأولى ،

واكتفينا فيها ببيان ما رأيناه الطريقة المثلى ، وتركنا الموازنة بينها وبين غيرها من الطرائق ، وأحلنا تلك الموازنة على بحث كنا كتبناه في مجلة القانون والاقتصاد بعنوان (الجديد في قانون الوصية) ولكن فضيلة الأستاذ الجليل مفتي مصر اختار في فتياه بعض الحلول التي أدرجناها في هذا البحث ؛ وبعض القضاة الشرعيين اختار طريقة أخرى ، وكثيرون اختاروا ما اختارنا ، فحق علينا أن نبين الموضوع في هذه الطبعة ، ولا نحيل على ما كتبنا في مجلة القانون والاقتصاد ؛ لأنها لا يقرؤها إلا الخاصة من رجال القانون ، وسنجهتد في عرض حجة المخالفين بأمانة ؛ فنبين مصادرها ، ثم نجلى المآخذ عليها ، ولا نزيد إلا الحق السائغ ، فلا نختار ما يعطى أحداً أكثر مما يستحق ، ولا نختار ما يظن حق أحد ، بل نرجو أن يكون فيما اخترنا القسطاس المستقيم ، ونضرع إلى المولى جللت قدرته وعظمت منته أن يديم علينا نعمة التوفيق ، فإنه لولا فضل الله وتوفيقه ما استنار لنا سبيل ، ولا اهتدينا إلى طريق ، وإنه سبحانه على ما يشاء قدير ، وهو نعم المولى ونعم النصير ؟

ربيع الأول سنة ١٣٦٩

يناير سنة ١٩٥٠

محمد أبو زهرة

إفتاحية الطبعة الأولى :

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، وصلى الله على سيدنا محمد النبي الامى ، وعلى آله وصحبه ، وسلم .

أما بعد ، فهذا شرح القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ، المبين لأحكام الوصية ، قد أقيمت بعضه دروسا على طلبة كلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول ، ولم أقيده نفسى فيه بكفاية الطالب وحاجته ، بل أطلقت القلم ، ليجد فيه الدارس والباحث بغيته ، فجاء للطالب غاية ونهاية ، ووضع المصباح للباحث ، وفتح له عين الطريق .

ولقد عنيت فى هذا الشرح بثلاثة أمور :

(أولها) توضيح معانى القانون وفتح مغلفاته ، وكشف عباراته ، وبيان مراميه ، وتصوير صورته ، ولم يكن ذلك أمراً سهلاً ، فإن ألفاظ القانون لم تكن بينة جلية ، ولم تجل المذكرة التفسيرية مواضع الإبهام ، فى كثير من الأحيان ، ولم تفرع الفروع ، وتضرب الأمثال ، فبدلنا فى ذلك جهداً غير قليل ، ونرجو أن نكون قد وصلنا فى ذلك إلى ما نرجو من توضيح وبيان .

(ثانياً) بيان المصادر التى استقى منها القانون أحكامه ، وموازنتها بمذهب أبى حنيفة الذى كان معمولاً به من قبل إذا كان الجديد يخالفه ، بل كنا فى أكثر الأحوال نوازن بين الآراء المختلفة بين الفقهاء ، ونسوق الأدلة لكل رأى لى يتجلى فقه الموضوع لدى القارىء ، ويستطيع المطبق للقانون أن يعرف مساره واتجاهه ، وروحه ومنطقه ، ويفصل بحملة ، ويستنبط أحكام ما لم ينص عليه فى القانون من مصدره ، وما اشتق منه .

(ثالثاً) نقد القانون ، وتمحيص أحكامه ، ووزنها وزناً دقيقاً بالأصول

الفقهاء ، والغايات المصلحية ، والنتائج المترتبة على الأخذ بأحكامه ، وتعميمها في الأمر ، وبيان حسن العقبي ، أو سوءها .

وقد يقول قائل : إنه لا حاجة إلى هذا النقد ، بعد أن صارت تلك الأحكام قانوناً ، إذ زمان النقد ، وهي مشروع ، ولذلك القول وجهه بالنسبة للقاضي الذي يطبقه ، لا بالنسبة للشارح الذي يبينه ، فإن القاضي توجب عليه العدالة القانونية أن يلتزم أحكام ما شرع ، لا أن يشرع بحكمه ، فأوجب هذا الاعتبار عليه الاتباع دون الرد والتزييف .

أما الشارح فهو مبين للمصادر والغايات ، والمرامى والاتجاهات ، وإن ذلك لا محالة يسوقه إلى التخصيص والنقد أحياناً ، ولو امتنع عن النقد ما أصلح قانون ، ولجئت الأحكام ، ولتحمل الناس آثام هذه العيوب ، إن لم يكن ذلك المرشد العلي ولقد وجدنا في القانون مبادئ جديدة خطيرة على الأسرة نهينا إليها ، ووجدنا أحكاماً كان غيرها أولى بالأخذ منها فذكرناها ، وذكرنا ما يقابلها ووجه الصلاح فيه ، ووجدنا أحياناً أحكاماً متناثرة ، بل متنافرة في أصولها ، لا تجمعها قاعدة ولا يضبطها ضابط ، فلم نضن على القرطاس ببيان تنافرهما ، وما كان يجب لتأنيس أحكامها ، بعضها ببعض .

وإننا لندرج أن يكون ذلك حافزاً على إعادة النظر في هذا القانون .

هذا ، وإننا في ذلك الشرح لم نتقيد فيه بترتيب مواد القانون ، بل رتبناه ترتيباً علياً ، وبوبناه تبويباً يتفق مع التقسيم العقلي المنطقي ، مع شمول الشرح لكل مواد القانون من غير نقص ولا إهمال ، فتكلمنا في إنشاء الوصية ، وكل ما يتعلق به ، ثم تكلمنا في الموصى ، ثم الموصى له ، ثم الموصى به ، ثم أحكام الوصية ، ثم تنفيذها والله سبحانه وتعالى هو الذي أمدنا بعونه وتوفيقه ، فنحمده سبحانه وتعالى ، ونبتل إليه أن يجعل فيه من النفع للناس بمقدار ما نرجو ، وهو العالم الخبير

محمد أبو زهرة

يناير سنة ١٩٤٧

تمهيد

١ - تنقسم أسباب الملكية إلى ثلاثة أقسام :

(أولاً) أسباب منشئة للملكية بعد أن لم تكن على الشيء ملكية قط ، وهي إحراز المباح ، والصيد ، والاستيلاء على المعادن والكنوز ، وغير ذلك مما يعد إنشاء للملكية على الشيء لم تكن ثابتة عليه .

(ثانياً) أسباب ناقلة للملكية من حين إلى حين ، وهي العقود الناقلة للملكية ، أو بعبارة أعم التصرفات الناقلة للملكية ، سواء أكانت في أصل وضعها لنقل المال من مالك إلى مالك ، أم وضعت في معنى آخر ، ولكن جاء نقل الملكية أثراً للعقد ، وليس جزءاً من حقيقته ، كالمهر في الزواج ، فإنه ينتقل إلى ملكية الزوجة ، وإن كان عقد الزواج لم يكن في حقيقته لنقل ملكية ذلك المال ، بل القصد الأول منه هو حل العشرة الزوجية بينهما ، وجاء المهر حكماً من أحكامه ، أى كان أثراً من آثاره .

(القسم الثالث) أسباب للملكية بالخلافة عن المالك ، وهذا النوع هو الذى تتول الملكية فيه إلى شخص له صلة بالمالك الميت ، لأن المالك قد ذهبت ذمته المالية بموته ، فكان لا بد أن ينتقل ما كان له من حقوق وأموال إلى آخر يعد خليفة له في حقوقه وأمواله ، وهذا الشخص يكون في الغالب وجوده امتداداً لوجود الميت ، أو بمن عاونوه وناصروه في حياته ، حتى كادوا يكونون شركاءه في تكوين ماله ، وحمايته .

٢ - وهذه الخلافة قد تثبت بحكم الشارع ، وهذا في الموارث ، فإن خلافة الوارث للورث فيما له من حقوق ، تثبت بحكم من الشارع ، لا بإرادة من الورث ، بل من غير إرادة الوارث ، ولذلك قالوا إنه لا يدخل شيء في ملك الإنسان جبراً عنه ، سوى الميراث ، فإنه يدخل ملكه من غير إرادته .

وقد تثبت هذه الخلافة بإرادة الشخص ، وهذا في الوصية ، فالموصى له يملك ما يوصى به بمقتضى خلافته عن الموصى ، وهي خلافة اختيارية من الموصى ، ومن الموصى له ، فالموصى أراد أن يكون هذا خليفة له في قدر محدود من ماله ، والموصى له قبل تلك الخلافة مريداً مختاراً .

٣ — ولقد حد الشارع حدوداً للخلافة الاختيارية في القدر الذي تجوز فيه ، وفي صفة الموصى له ، وفي الباعث على تلك الخلافة ، وفي الشروط المقترنة ، ولم يترك أمرها فرطاً ؛ لأن الأصل عند فقهاء المسلمين أن الشارع هو الذي يتولى أمر الخلافة في مال الميت ، وينظمها ، ولكن لكي يتدارك الشخص ما عساه يكون قد فاته من واجبات في حياته ، وليكفي من عاونه وناصره من غير أقاربه في هذه الحياة ، أجاز له الشارع في قدر معين ، وهو الثلث ، أن يختار خليفة فيه ، على أن يكون في ذلك غير متجانف لإثم ، ولا قاصد لآمر محرم ، ولذلك قال ﷺ : « إن الله تبارك وتعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم زيادة على أعمالكم ، فضعوه حيث شئتم » ، وروى أن سعد بن أبي وقاص كان مريضاً فعاده رسول الله ﷺ ، فقال : يا رسول الله أوصى بجميع مالي ؟ فقال : لا ، فقال فبثلثي مالي ؟ قال : لا ، قال فبنصف مالي ؟ قال : لا ، قال فبثلث مالي ، فقال عليه الصلاة والسلام : الثلث ، والثلث كثير ؛ إنك إن تدع ورثتك أغنياً خير من أن تدعهم فقراء يتكففون الناس .

وبهذين الحديثين ثبت أن الشارع جعل الخلافة له ، يتولاها بالتنظيم ، والتوزيع العادل وترك للشخص التصرف بعد وفاته في الثلث فقط تداركاً لما فاته من واجبات كما قلنا ، ورفعاً لحسيسة من يرى له حقاً ، أما الثلثان فأمرهما إلى الشارع الحكيم ، وقد قال تعالى بعد أن أعطى كل ذي حق حقه : « يبين الله لكم أن تضلوا ، والله بكل شيء عليم » .

إنشاء الوصية وثبوت الملكية بها

٤ م — ذكر القانون في المادة الأولى^(١) منه تعريف الوصية ، فعرفها بأنها تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت . وهذا تعريف قد وضعه الذين أعدوا القانون في أدواره الأولى ، وخالفوا فيه تعريفات الفقهاء المختلفين لها ، فقد عرفها بعضهم بأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع ، وبعضهم بأنها تبرع مضاف إلى ما بعد الموت ، وعرّفها الكاساني بأنها اسم لما أوجه الموصى في ماله بعد الموت ، وقال الكرخي في تعريفها : إنها ما أوجه الموصى في ماله تطوعاً بعد موته ، أو في مرضه الذي مات فيه .

٥ م — هذه التعريفات كلها ناقصة ، وتعريف القانون أشمل منها ، وأضبط ، وأدق ووجه نقصها أن التعريف الأول لا يشمل الإسقاطات كالإبراء ، ولا يشمل كل ما جاء في القانون على ما سنشير إليه . والتعريف الثاني ، والثالث ، لا يشملان بعض الوصايا التي اشتمل عليها القانون ، كالوصية بتقسيم التركة بين الورثة . وتعريف الكاساني لا يشمل الوصية بأداء واجبات عليه ، لأنه ما أوجهها على نفسه ، بل هي واجبة بإيجاب الشارع ، وما أوجهه هو أدائها بعد وفاته ، وتعريف الكرخي يجعل تبرعات المريض مرض الموت من باب الوصايا عند إنشائها ، وهذا لا يتفق مع الوضع الفقهي لها ؛ لأن الذي يقرره الفقهاء^(٢) أن تبرعات المريض المنجزة في حال مرضه تأخذ في إنشائها حكم الهبات ، فيشترط

(١) نص المادة الأولى : « الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت ، .

(٢) قد اعتبر القانون المدني الجديد كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت . ويكون مقصوداً به التبرع تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت تسرى عليه أحكام الوصية وإذا أثبتت الورثة أن التصرف صدر في مرض الموت اعتبر تبرعاً ، حتى يقوم الدليل على خلافه ويعتبر التصرف وصية أيضاً إذا كان لأحد الورثة واشترط المتصرف ولو كان صحيحاً حياة العين التي تصرف فيها والانتفاع بها مدى الحياة ، مالم يقدم دليل على خلاف ذلك المادتان ٩١٦ ، ٩١٧ .

لتكوينها ما يشترط في الهبات ، ولكنها في المآب تأخذ حكم الوصية إن استوفت عند إنشائها شروط الهبة ، بحيث إذا لم تستوف هذه الشروط عند الإنشاء تبطل ولا يكون لها حكم الوصايا بعد الوفاة ، فالهبة في مرض الموت إذا لم تقبض ، ومات الواهب قبل أن يقبضها الموهوب له تبطل ، ولا تأخذ حكم الوصايا ، فتعريف السكرخي قد أدخل في الوصايا ما ليس منها في حقيقته ، وإن أخذ حكمها في نهايته احتياطاً لحقوق الورثة ، وحماية لها .

٦ م - وكان تعريف القانون أجمع من هذه التعريفات ؛ لأنه يشمل كل الوصايا التي اشتمل عليها ، فهو يشمل التمليكات والإسقاطات ، وتقرير مرتبات ويشمل تقسيم التركة بين ورثته ، ويشمل ما يكون بالمنافع ، ولا يكون بالأعيان ، بل يشمل بيان الطريق للوفاء بما على التركة من حقوق ، إن كان قد بين ذلك الوفاء ، فإن هذا وغيره يعد تصرفاً في التركة ، إذ كلمة تصرف عامة تشمل هذا وغيره .

ولا ينقص التعريف أنه لم يشمل تبرعات المريض مرض الموت المنجزه التي تأخذ حكم الوصايا ، فقد بينا أن الفقه الصحيح ، لا يجعلها من الوصايا من حيث الإنشاء . فعدم شمولها من كمال ذلك التعريف ، لامن أسباب نقصه .

٧ م - وركن الوصية قد ذكره القانون في الفقرة الأولى من المادة الثانية^(١) فقد ذكرت هذه الفقرة أن الوصية تنعقد بالعبارة أو الكتابة ، لمن قدر عليهما ، فإن لم يكن قادراً عليهما انعقدت الوصية بالإشارة الدالة على ذلك ، سواء أكان العجز بسبب أنه أخرس ، أم اعتقل لسانه لمرضه ، ولم يكن يعرف القراءة والكتابة ، أو عجز عن الكتابة ، ففي كل هذه الأحوال تغني الإشارة عن العبارة في إنشاء الوصية ، وإن لم تغن في إثباتها كما سيتبين .

٨ - ونريد هنا أن نتكلم في أمرين : (أحدهما) في العبارة التي تنشئ الوصية وما يقوم مقامها ، (وثانيهما) في ركن الوصية ، وهو الإيجاب فقط من الموصى .

(١) هذه الفقرة من المادة الثانية هي : « تنعقد الوصية بالعبارة ، أو بالكتابة ، فإذا كان الموصى عاجزاً عنها انعقدت الوصية بإشارته المفهومة ، .

أى أنها تصرف بإرادة منفردة ، أم هى تصرف ينشأ بإيجاب وقبول ؟ وما وقت هذا القبول ؟ إن كان ثمة حاجة إليه .

٩ - أما الأمر الأول ، فمن المقرر عند الحنفية أن التصرف ينشأ بالعبارة إن كان المتصرف قادراً عليها ، ولا تغنى الكتابة غناءها إلا إذا كان العقد بالمراسلة فإن المشافهة حينئذ تكون غير ممكنة ، فتقوم مقامها المكتوبة ؛ وهذا لأن الأصل فى الدلالات كلها أن تكون بالألفاظ ، فلا تنتقل عنها إلى غيرها إلا عند العجز . فإذا كان عاجزاً عن العبارة كالأخرس والمعتقل كما ذكرنا قامت الإشارة المفهمة أو الكتابة مقام اللفظ ، وإذا كان من لا يستطيع النطق لا يعرف الكتابة اكتفى بالإشارة بلا كلام ، وإن كان يعرف الكتابة ففي المذهب الحنفي رأيان : (أحدهما) أنه لا يجوز عقده بالإشارة ، لأن الكتابة تعبير بالقلم ، فهى كالنطق فى قوة الدلالة ، والإشارة أضعف منها ، ولا يعدل عن الأقوى إلى الضعيف من طرق الإفهام ما دام الإفهام بالأقوى ممكناً .

و (القول الثانى) أن الإشارة تكفى فى إنشاء العقد ، لأن العبارة هى الأصل ، فإذا لم تكن ممكنة ، ورخص له فى غيرها قام كل ما يدل على العقد مقامها ، والقول الأول هو رواية الأصل ، والقول الثانى هو رواية الجامع الصغير فكان منشأ القولين هو اختلاف الرواية (١) .

هذا مذهب أبى حنيفة فى أحكام العقود عامة ، وتراه يخالف ما جاء بالمادة الثانية من القانون فى ناحيتين :

(إحداهما) أنه لا يجوز العقد بغير النطق إلا عند العجز عنه ، بينما القانون فى الوصية يجعل الكتابة فى مقام العبارة بلا فارق بينهما .

(وثانيهما) أنه قرر أن الإشارة لا يتجه إليها عند العجز عن الكتابة ، وهذا يخالف الرواية الثانية للمذهب ، وهى رواية الجامع الصغير ، ولكن فى المذهب بالنسبة للوصية جواز إنشائها بالكتابة ، ثم قراءتها عليه (٢) وإن هذا

(١) راجع الملكية ونظرية العقد ص ٢٠١ للمؤلف .

(٢) راجع الهندية والحانية فى كتاب الوضابا .

الحكم يتفق مع قول مالك ، وقول في مذهب أحمد بن حنبل رضى الله عنهما ،
ففي المدونة الكبرى في كتاب الوصايا الأول :

« قلت رأيت رجلا كتب وصيته ، ولم يقرأها على الشهود ، ودفعها إليهم
مكتوبة ، وقال لهم اشهدوا على بما فيها ولم يعاينوه حين كتبها ؛ إلا أنه دفعها إليهم
مكتوبة ، وقال اشهدوا على بما فيها ، قال مالك ذلك جائز إذا عرفوا أنه الكتاب
بعينه . وقال ابن وهب عن مالك مثله إذا طبع عليها ودفعها إلى نفر ، وأشهدهم
أن ما فيها عنه ، وأمرهم أن يكفلوا خاتمه ، حتى يموت ، قال ذلك جائز إذا أشهدهم
أن ما فيه منه . . . عن عاصم بن عمر بن الخطاب أنه كان إذا أراد سفراً كتب
وصيته ، وطبعها ، ثم دفعها إلى سالم بن عبد الله بن عمر ، وقال اشهدوا على بما فيها
إن حدث بي حدث ، فإذا قدم قبضها منه ، (١) .

وجاء في المغنى : « ومن كتب وصيته ، ولم يشهد فيها حكم بها ما لم يعلم رجوعه
عنها ، نص أحمد على هذا في رواية إسحاق بن إبراهيم ، فقال ومن مات ، فوجدت
وصيته مكتوبة عند رأسه ، ولم يشهد فيها ، وعرف خطه ، وكان مشهور الخط يقبل
ما فيها ، وروى عن أحمد أنه لا يقبل الخط في الوصية ، ولا يشهد على الوصية
المختومة ، حتى يسمعها الشهود منه ، أو تقرأ عليه ، فيقرأ بما فيها ، (٢) .

وترى من هذا أن إحدى الروايتين عن أحمد صريحة في موافقة القانون ،
والثانية كراى مالك وأبي حنيفة توافق القانون ، ولكن تشترط أن يعلن أن
الخط خطه ، ويقرأ عليه ، وبهذا تكون المذاهب الثلاثة موافقة للقانون في الجملة ،
وإحدى الروايتين عن أحمد أوضح في الموافقة ، لأنها مطلقة كإطلاق القانون .
ولقد جاء في المذكرة الإيضاحية . أن هذا الجزء من القانون مأخوذ من مذهب
أحمد بن حنبل ، فقد قالت : « لا يشترط فيمن يعرف الكتابة أن يكتب
وصيته بخطه ، بل يكفي أن يكتبها له غيره ، فيقرأها ، أو يقرأها له غيره ،
فيوقع عليهما ، أخذنا من مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، فعنده الإيجاب يكون بالقول ،

(١) المدونة الكبرى رواية سحنون عن ابن القاسم عن مالك ج ١٥ ص ١٣ .

(٢) المغنى ج ٦ ص ٤٨١ .

أو بالفعل الذى يدل على الرضا . والتوقيع فعل يدل على الرضا بالمكتوب ، .
وترى من هذا أنها تذكر أنها أخذت من مذهب أحمد ، ولكن الأحكام
التي ذكرتها ، وجد مثلها في مذهب أبي حنيفة ومالك بالقدر الذى قالته ، وكان
الأولى عند تخصيصها مذهب أحمد بالذكر ، أن تبين أنه اعتبر الحظ دليلاً على
الإشياء من غير حاجة إلى الإشهاد على أنه خطه ، كما جاء في إحدى الروايات
عن أحمد كما ذكرنا ، وهى أحد الأقوال فيه .

١٠ م — والقانون يعتبر الوصية تصرفاً ينشأ بإرادة منفردة ، إذ أنه بمجرد
وجود العبارة الدالة على إرادة الشخص لتصرف معين في تركته بعد وفاته تعتبر
الوصية قد وجدت بحكم القانون .

ولكن الملكية بمقتضى الوصية لا تثبت للموصى له إلا بقبوله للوصية (١)

(١) قد بينت المواد المنعمة للعشرين ، والحادية والعشرون ، والثانية والعشرون ؛
والثالثة والعشرون ، والرابعة والعشرون ، والخامسة والعشرون أحكام القبول وهذا نصها :
مادة ٢٠ — تلزم الوصية بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصى ، فإذا
كان الموصى له جنيناً أو قاصراً ، أو محجوراً عليه يكون قبول الوصية أو ردها بمن له الولاية
على ماله بعد إذن المجلس الحسى (المحكمة الحسبية) ، ويكون القبول عن الجهات والمؤسسات
والمنشآت ، بمن يمثلها قانوناً ، فإن لم يكن لها من يمثلها لزم الوصية بدون توقف على القبول .
مادة ٢١ — إذا مات الموصى له قبل قبول الوصية وردها قام ورثته مقامه في ذلك
مادة ٢٢ — لا يشترط في القبول ولا في الرد أن يكون فور الموت ، ومع ذلك تبطل
الوصية إذا أبلغ الوارث أو من له تنفيذ الوصية الموصى له باعلان رسمى يشتمل على بيان
كاف عن الوصية وطلب منه قبولها أو ردها ، ومضى على علمه بذلك ثلاثون يوماً كاملة خلاف
مواعيد المسافة القانونية ولم يجب بالقبول أو الرد كتابة دون أن يكون له عذر مقبول .
مادة ٢٣ — إذا قبل الموصى له بعض الوصية ، ورد البعض الآخر ، لزم الوصية فيما
قبل وبطلت فيما رد ، وإذا قبلها بعض الموصى لهم وردها الباقي ، لزم بالنسبة لمن قبلوا ،
وبطلت بالنسبة لمن ردوا .

مادة ٢٤ — لا تبطل الوصية بردها قبل موت الموصى ، فإذا رد الموصى له الوصية كلها
أو بعضها بعد الموت وقبل القبول بطلت وإذا ردها كلها أو بعضها بعد الموت ، والقبول ،
وقبل منه ذلك أحد من الورثة انفسخت الوصية ، وإن لم يقبل منه ذلك أحد منهم بطل رده =

صراحة أو دلالة ، بعد وفاة الموصى ، ولا عبارة لقبوله أو رده قبل وفاته ، لأن الوصية تصرف لانظهر آثاره إلا بعد الوفاة ، فلا عبارة بالقبول أو الرد إلا وقت التنفيذ ، ولأن القبول إنما هو لثبوت الملكية ، لا لإنشاء التصرف ، فكان لا عبارة به إلا عند تنفيذ أحكامه ،

وقد فصل القانون أحكام القبول والرد ، فذكر أن القبول من كامل الأهلية الرشيد يكون منه بالصراحة أو الدلالة ، وكذلك الرد ، وأن قبول قاصر الأهلية وفاقدتها والمحجور عليهم يكون ممن لهم الولاية على مالهم ، ولأولئك حق القبول والرد مطلقاً في القانون بعد استئذان المحكمة الحسبية ، ولو أن القبول نفع محض ، والرد ضرر محض . ويكون القبول إذا كان الموصى له جهة أو مؤسسة أو منشأة ، ممن يمثلها قانوناً فان لم يكن لها من يمثلها لزم الوصية من غير حاجة إلى قبول .

١١ م — وإذا مات الموصى له قبل القبول أو الرد قام ورثته مقامه فيما . وإن من له القبول له أن يقبل الوصية كلها ، أو بعضها . فان قبلها كلها لزم وإن رد بعضها بطلت فيما ردها فيه ، فهي تقبل التجزئة ، لأن من يملك رد الكل يملك رد البعض من غير نزاع ، وهو أدري بمصلحته ، ولا ضرر على غيره في تجزئة القبول والرد . وإذا تعدد الموصى لهم فقبل بعضهم ، ورد بعضهم ، لزم في نصيب من قبل ، وبطلت في نصيب من رد .

١٢ م — والقبول لا يشترط أن يكون فور الوفاة ، فليس له وقت معلوم بل يستمر ذلك الحق للموصى له ما لم يثبت رده صراحة أو دلالة ، فحق القبول أو الرد ثابت على التراخي لأعلى الفور . وإذا استطال الوارث ، أو من له تنفيذ الوصية الزمن أو خشي استطالته ،

== مادة ٢٥ — إذا كان الموصى له موجوداً عند موت الموصى استحق الموصى به من حين الموت ما لم يفد نص الوصية بثبوت الاستحقاق في وقت معين بعد الموت ، وتكون زوائد الموصى به من حين الموت إلى القبول للموصى له ، ولا تعتبر وصية ، وعلى الموصى له نفقة الموصى به في تلك المدة .

فقد أعطاه القانون حقاً لدفع الضرر ، أو لمنع الاستطالة من غير مبرر ، فسوغ له أن يبلغ الموصى له بإعلان رسمي فيه بيان كاف للوصية ، ويطلب منه القبول أو الرد ، فإذا مضى على علمه بذلك ثلاثون يوماً كاملة ، لا يدخل فيها يوم الإعلان ولا مواعيد المسافة ، ولم يجب قابلاً أو راداً ، ولم يكن له عذر مقبول في عدم الإجابة ، تعتبر الوصية قد بطلت ، لأن هذا يكون دليلاً على الرد ، وإن لم يكن رداً صريحاً ، ولأن الانتظار بعد ذلك عبث ، وهو ضرر من غير جدوى .

١٣ م — وإذا كان الموصى له غير موجود وقت الوفاة ، ثم وجد^(١) ، ولم يوجد من قبل عنه عند الوفاة ، فالمفهوم أنه عند وجوده ، ووجود من يقبل عنه ، يكون له القبول والرد ، لأن القانون ذكر أن القبول لا بد منه صراحة أو دلالة للزوم الوصية ، اللهم إلا إذا اعتبر ذلك النوع من الوصية ، وصية على جهة ليس لها من يمثلها ، فإن الوصية لا تحتاج إلى قبول للزومها ، بل تلزم من غير حاجة إليه ، فإن لم يمكن هذا الاعتبار فلا بد من القبول .

١٤ م — والملكية لا تثبت من وقت القبول ، بل تثبت من وقت الوفاة إن لم يكن قد حد لها وقت معين عند إنشاء الوصية ، وذلك لأن سبب الملكية ليس هو القبول ، بل يرجع إلى الوصية نفسها ، فقد ثبتت بها الملكية بسبب الخلافة الاختيارية ، والقبول شرط لزوم ، أو شرط لدخول المال في ذمة الموصى له ، وذلك لكيلا يدخل شيء في ملك الإنسان جبراً عنه ، ولأن من الناس من لا يتحمل منة التبرع له ، فجعل له حق الرد في الوصايا ، فإذا وجد القبول ثبتت الملكية مستندة إلى وقت السبب ، وهو الخلافة الاختيارية التي أنشأها الموصى بإرادته .

(١) قد سوغ ذلك القانون في المواد ٢٦ وما يليها كما سنبين . هذا ويلاحظ أن تقريرنا أن القبول يثبت الملكية من الوفاة يلاحظ معه ما شرطه للملكية قانون الشهر العقاري الذي يسرى من أول يناير سنة ١٩٤٧ من أنه يشترط في نقل ملكية العقار التسجيل في الوصايا وغيرها . وإذا تم التسجيل يثبت الملك من وقت الوفاة ، أما الوصية بالنقل ، فلا يحتاج ثبوت الملك ولا حق التصرف فيها إلا إلى القبول بعد الوفاة (راجع المادة - ٩ - من قانون الشهر العقاري) .

وإذا ثبتت الملكية من وقت الوفاة ، فإن زوائد المال وهي نمائوه ، أو غلاته تكون ملكاً للموصى له من وقت الوفاة أيضاً ، وإذا كانت الغلات والنماء له ، فعليه نفقة الموصى به من وقت الوفاة ، على أنها نماء ملكه ، لا على وجه الوصية سواء أكانت نفقات الحفظ أم نفقات الإصلاح والإبقاء ، لأن هذه تكاليفات الملكية ، ومن له الملكية عليه تكليفها .

١٥ - وقد ذكر القانون حكماً ، ما كانت ثمة حاجة إلى ذكره ، وهو حكم الرد بعد القبول ، فقرر أن الرد في هذه الحال فسخ للوصية ، وذلك لا يتم إلا بقبول الورثة أو بعضهم ، لأنه بالقبول ثبتت ملكية الموصى له للأموال الموصى بها ، وإذا ثبتت لا تنتقل إلى غيره إلا بقبول منه ، فلا بد لفسخ الوصية من قبول الورثة .

ووجه عدم الحاجة إلى ذكر ذلك في هذا القانون أن ترك ذلك في المبادئ العامة للقانون المدني أو الشرعي أولى ، إذ أن هذا تبرع من الموصى له للورثة . فيدخل تحت أحكام التبرع العامة ، فكان ينبغي تركها ، ولأن قانون الوصية اعتبر ذلك فسخاً للوصية ، وفسخ الوصية يكون بين الطرفين اللذين أنشأ العقد ، ومنشئ الوصية ، هو المتوفى ، وقد مات ، فكان اعتبار ذلك من أنواع الفسخ محل نظر ، لأنه لا يتفق مع المنطق الفقهي للعقود ، ولأنه إذا قبل ثم رد صارت المعاملة بينه وبين الورثة بأشخاصهم لا باعتبار تمثيلهم للمتوفى ، فكان الاكتفاء بواحد وتسمية ذلك فسخاً بعيداً عن قريباً ؟ فإذا كانت عليه ديون ، وقد أفلس بعد القبول لاتعمال ديونهم بذلك الجزء من المال بعد الفسخ ، لأن الفسخ نقض للتصرف من أصله ، وإذا نقض التصرف من أصله ، زالت الملكية مستندة في زوالها إلى وقت الوفاة ، وإذا خرج الفسخ ذلك التخريج ، وهو الظاهر ، ففي ذلك مضارة بالدائنين بالارباب ، وخصوصاً أنه ليس للرد بعد القبول أمد محدود ، بل يجوز أن يكون القبول ، ثم الرد ، وبينهما بضع سنين أو أكثر من ذلك ، وإن اعتبرنا الرد فسخاً بالنسبة للموصى له ووارثه فقط ، ويكون في حكم إنشاء تبرع جديد ، بالنسبة لغيرهما ، فلا ضرر ، ولكن ذلك غير

ظاهر ، ولا يوجد ما يدل عليه . بل يدل القانون على ضده ، ولا يصح فهم القانون بما يدل على ضده .

لهذا كان خيراً لو استبعد ذلك الجزء ، وترك المبادئ العامة للقانون ، وسنن من مصدره الفقهي^(١) عند بيان المصادر الفقهية للأحكام الخاصة بالقبول كلها .

١٦ — قد بينا ركن الوصية ، وطريق انتقال الملكية فيها ، كما جاءت في القانون ، ولم نبين المصادر الفقهية لها ، وبعضها متفق عليه ، وبعضها فيه خلاف يسير وبعضها فيه خلاف كبير ، تعارضت فيه نظريات فقهية للمذاهب المختلفة ، واختار القانون أحد الوجوه فيها ، وبعضها مستنبط لوضعي القانون من قواعد الفقه العامة ، وإن لم تذكر في مذهب معين .

فقد اتفق الفقهاء (١) على أن القبول لا يكون إلا بعد الوفاة ، ولا عبرة به في حياة الموصى ، (٢) واتفقوا على أن الوصية تنشأ بإيجاب من الموصى ، ولكن شرط ثبوت الملكية أو لزومها هو القبول بعد وفاته ، (٣) واتفقوا على أن القبول ، أو الرد لا يشترط أن يكون فور وفاة الموصى ، بل يثبت على التراخي ، وأنه يقبل عن المجنون ، والمعته ، والصبي غير المميز من له الولاية عليه . هذه مواضع الاتفاق بين الفقهاء ولم يخرج عنها القانون ، أما مواضع الخلاف بينهم فكثيرة ، وهي ما عدا المتفق عليه ، ولنبتدىء بذكرها ، مئينين أوجه النظر المختلفة في إيجاز من غير إطّاب .

١٧ — وأول مسألة خلافية ، هي في أصل اشتراط القبول للزوم الوصية . فإن زفر^(٢) خالف في ذلك ، وقال الوصية تلزم بالموت من غير حاجة إلى قبول ، ومقتضى كلام الناقلين عنه أنها لا ترد بالرد عنده .

(١) المصدر الفقهي لهذه الفقرة هو مذهب أبي حنيفة ، ورأى في مذهب الشافعي ، وسنين ذلك ، ثم مع هذا لا ترى أن من المصلحة وجودها في هذا القانون في مثل أحوالنا ، وعصرنا الذي تعقدت فيه المعاملات بين الناس .

(٢) وذاك في إحدى الروايتين عنه ، وفي الرواية الأخرى رأيه كراى الجمهور (راجع البدائع ، والزيلعي ، والمبسوط) .

وحجته أن ملك الموصى له يثبت بالخلافة ، كما يثبت ملك الوارث ، لأن الانتقال في كليهما كان مقترناً بالموت ، ولا يثبت إلا به ، فكان الوضع الفقهي لنوع الملكية واحداً وهو الخلافة ، بيد أن الميراث باستخلاف الشارع ، والوصية باستخلاف الموصى ، وإذا كان الميراث لا يلزم فيه القبول فكذلك الوصية .

وحجة جمهور الفقهاء أنه لا شيء يدخل في ملك الإنسان جبراً عنه غير الميراث بمقتضى نص الشارع ، ولأن الموصى يجب أن يعطى حق الرد دفعاً لاحتمال الضرر ؛ لأن ضرر المنة ثابت ؛ ومن الناس من لا يقبله ، فحق له أن يرد دفعاً لذلك الضرر عن نفسه ؛ ولأن الموصى به قد يكون ملزماً بمؤن أكثر مما فيه من نفع ، ومثلوا لذلك بمن أوصى لشخص بعبيد كلهم عميان ، لا يحسنون عملاً ، فإننا لو قلنا إن الملكية تثبت بمجرد الوفاة من غير حاجة إلى قبول ، أو أنها لا ترد بالرد ، يكون الغرم على الموصى له أكثر من الغنم ، وفي ذلك من الضرر به ما فيه . ولا يصح أن تقاس الوصية على الميراث لمجرد ثبوت الاستخلاف في كليهما ؛ لأن الاستخلاف في الميراث من الشارع ، وله ولاية الإلزام ، فصح أن تكون الملكية في الميراث بالإيجاب ، وأما الاستخلاف في الوصية فمن الموصى ، وهو لا يملك إلزام الموصى له ، فكان لا بد من قبوله ، أو على الأقل يكون له الحق في الرد دفعاً لضرر المن ، ولما عساه يكون من مؤن تلزم ، وقد تربو على الفائدة . وليتحقق الامتلاك الاختياري بلا شك في هذه المسألة أخذ القانون برأى جمهور الفقهاء .

١٨ — وثاني مسألة جرى فيها الخلاف ، ولكنه خلاف هين كسابقه ، أن زفر يرى أن الوصية إذا ردت في حال حياة الموصى بطلت ، وذلك لأن الرد أبطل الصيغة المنشئة ، وجعلها غير مفيدة لمؤدائها ، فإذا حصلت الوفاة بعد ذلك ، فقد حصلت ، والصيغة لا وجود لها ، فلا ملكية تثبت بمقتضاها ، ولا يحییها قبول جديد للموصى له .

وجهور الفقهاء أنه لا عبرة بالقبول أو الرد في الحياة ؛ لأن حكم الوصية أي

أثرها الشرعي المترتب عليها لا يثبت إلا بعد الوفاة ، فلا اعتبار للقبول أو الرد إلا من وقت حصوله ، كمن يقول لامرأته أنت طالق غداً إن قبلت إعطائي مائة دينار ، فإن قبولها أو ردها لا قيمة لها إلا إذا جاء وقت التنفيذ ، وهو الغد ، فإن ردت أو قبلت قبل ذلك ، فلا اعتبار لكلامها^(١) .

والقانون قد أخذ بلا ريب برأى الجمهور ، وعندى أنه لو أخذ القانون برأى زفر ، لكان في ذلك اعتبار لأقوال الناس ، واحترام لها ، وفيه مصلحة للموصى ، أما وجه الاحترام للأقوال فلأنه يجب أن تصان عبارات الناس عن اللغو والعبث ، وإذا رد الوصية ، ولم نأخذ برده في حال حياة الموصى فقد ألغينا إرادته في وقت معين ، وأما وجه المصلحة ، فلأن الموصى قد يكون من مقاصده تبرع آخر معين لو رد الموصى له ، فإذا استبان له ذلك في حياته باعتبار رده نهائياً — وجه ماله الذي تجوز فيه الوصية إلى ما يراه من أبواب الخير والصدقات .

١٩ — وثالث المسائل التي جرى فيها الخلاف مسألة حقيقة القبول المطلوب ، وهو القبول الإيجابي ، الذي يكون بالقول أو ما يقوم مقام القول من كل عمل إرادى يدل على الرضا بالوصية ، كالتصرف في العين تصرف الملاك ، أم يكتفى بالقبول السلبي ، وهو عدم الرد الصريح ، أو ما يقوم مقامه ، قال أبو حنيفة والصاحبان : إن القبول المطلوب هو عدم الرد ، وإنه بذلك يستقيم التفريع في الفقه الحنفي ، وعلى ذلك إذا مات الموصى من غير أن يصدر عنه ما يدل على القبول أو الرد انتقل الملك في الوصية إلى ورثته ، واعتبر قابلاً ، وانسحبت الملكية إلى وقت الوفاة ، وقال مالك والشافعي وأحمد^(٢) لا بد من القبول بالقول أو ما يقوم مقامه ولا يكتفى بعدم الرد ، وعلى ذلك إذا مات الموصى له قبل أن يعرف له قبول

(١) تبيين الحقائق ج ٦ ص ١٨٤ .

(٢) في مذهب أحمد رأى آخر يقول إن الوصية تبطل إذا مات الموصى له قبل القبول أو الرد ، وقال المغني أنه قياس المذهب ، لأنه خيار لا يعتاض عنه . كخيار المجلس والشرط وخيار الأخذ بالشفعة (راجع المغني ج ٦ ص ٤٣٩) وفي مذهب مالك مثل ذلك الرأي .

أورد ، ينتقل ذلك الحق إلى ورثته ، وقد كان الخلاف في هذا الفرع الجزئي ،
تحت سلطان ذلك النظر السكلي .

ولكن الحنفية مع تقريرهم أن الموصى إذا مات قبل أن يعرف له قبول
أورد ، تتقرر الوصية ، وتنقل الملكية إلى ورثته باعتبارها قد انتقلت إليه في
حال حياته — قد قالوا إن ذلك هو الاستحسان ، والقياس كان يوجب ألا تنتقل
وتبطل ، أو ينتقل الحق في القبول أو الرد إلى الورثة ، إذ أنها إذا بطلت كان
ذلك منطبقاً على القواعد الفقهية ؛ لأن الوصية قد فقدت شرط لزومها من له ذلك
الحق فتبطل ، وإذا قلنا إن ذلك ينتقل إلى الورثة يكون موافقاً أيضاً للقواعد
الفقهية . وذلك لأن الورثة خلفاء المتوفى في كل ماله من حق ، وقد كان الموصى
الفقهاء من الحنفية قرروا أن الملك يتقرر ويثبت ، يخالفوا بذلك القياسين ،
وكان استحساناً ؛ ووجهه أن الشرط في انتقال الملكية بالوصية ليس هو القبول ،
بل عدم الرد ، وقد تم ذلك بموته من غير أن يعرف له رد ، وإنما كان الشرط
عدم الرد فقط ، لأن اشتراط القبول إنما هو لدفع مضرة المنة ، وما عساه يكون
من مضار الموثون في الدين الموصى بها ، وذلك يتحقق بعدم الرد ، فيكتفي به ، وقد تحقق
بموته من غير أن يرد ، ولأن الوصية من جانب الموصى قدمت بموته تماماً لا يلحقه
الفسخ من جهته ، وإنما يتوقف لحق الموصى له ، فإذا مات دخل في ملكه ، كما في البيع
المشروط فيه الخيار المشتري أو البائع ، ثم مات من له الخيار ، قبل الأجازة (١) .
هذه حجة الحنفية ، وحجة الحنابلة والشافعية والمالكية أن الوصية بعد الموت
تصير لازمة بالنسبة للموصى ، فلم تبطل بموته ، بل تقررت من جانبه به ، وإذا كان
الموت لم يبطلها من جانب ، فلا يبطلها من الجانب الآخر (٢) .
وقد اختار القانون رأي الأئمة الثلاثة ، كما علمت من الموجز الذي ذكرناه ،
فقد جعل حق القبول والرد ينتقل إلى الورثة .

(١) البدائع ص ٣٣٢ ج ٧ ، وتبيين الحقائق ج ٦ ص ١٧٤ .

(٢) المغني ص ٤٣٩ ج ٦ .

٢٠ - وبذلك المسلك الذى سلكه القانون يكون قد أعطى الموصى له وورثته حق الرد والقبول متراخيا غير محدود بالوقت إلا إذا كان مايدل على الرد أو القبول صراحة ، وقد يحدث من ذلك ضرر بالموصى به ، وضرر بالورثة ، فلا يعرفون أم ملاك للعين فيرعوها ، أم مالكا غيرهم فيتركوها له ، وقد يريدون القسمة ويحول بينهم وبينها استمرار الوصية معلقة بين القبول والرد . ولهذا سد القانون ذلك النقص ، وجعل لهم الحق فى طلب القبول أو الرد فى مدة معلومة ، حدها القانون بثلاثين يوماً كاملة ، إن لم يقبل فيها اعتبر راداً ، إلا إذا كان له عذر مقبول .

وقد ذكرت المذكورة أنها اعتمدت فى هذه الفقرة على مذهب الشافعى وأحمد ، والأصل فى ذلك أنه نص فى مذهب هذين الإمامين على أن الموصى له إذا لم يقبل ولم يرد كان لورثة الموصى أن يطالبوه بالقبول أو الرد ، فإن امتنع من القبول أو الرد حكم عليه بالرد ، لأن الملك متردد بينه ، وبين الورثة ، فوجب حسم الموضوع ليتبين لكل ذى حق حقه ، ومثله فى ذلك كمثل من حجر أرضاً لإحيائها ، لكنه إمتنع عن إحيائها ، وكالذى يقف فى مشرعة فلا يأخذ الماء ، ولا يصرفه ، فكلاهما معطل بتوقفه ، فكان لا بد فى الأول من إحياء الأرض الموات التى حجرها ، أو يتركها لغيره ينتفع بها ، وفى الثانى إما أن يأخذ ثم ينصرف ، وإما أن يصرفه ، ولا يعطل الناس عن أخذ الماء ، كذلك الموصى له إذا لم يقبل ولم يرد الوصية هو معطل للموصى به ، فلا يعلم أهو له بقبوله أم هو لورثة الموصى به برده ، (١) .

وإذا كان لورثة الموصى حق فى أن يطلبوا القبول أو الرد من الموصى له ، وأنه إذا لم يجب اعتبر راداً ، فقد حد القانون أمداً معقولاً يكون مدة كافية للتروى ، وتدبر الأمر ، وهى ثلاثون يوماً كاملة ، بحيث إذا لم يجب فى أثناءها اعتبر راداً ، وذلك حد حسن مقبول .

(١) ألزم التبرعات للاستاذ المرحوم أحمد إبراهيم بك .

٢١ - ومن المسائل التي تحتاج إلى نظر وتأمل بعض ما اشتملت عليه المادة الرابعة والعشرون؛ فإنها تنص على أنه إذ رد الموصى له بعض الوصية، وقبل بعضها أو إذا قبل بعض الموصى لهم، ورد بعضهم، لزمت في القدر المقبول وبطلت في غير المقبول، وقالت المذكرة التفسيرية في بيان هذا الجزء من المادة المذكورة «مطابقة للقبول الإيجاب ليست شرطاً في لزوم الوصية، فقبول الموصى له بعض الوصية، ورد البعض، وقبول بعض الموصى لهم في عقد واحد، ورد الباقي، معتبر وتلزم الوصية، فيما قبل، وتبطل فيما رد، وهو مذهب الحنفية». وهذا الكلام يدل على أن أصل هذه المادة مذهب أبي حنيفة، وذلك كلام مقبول، ولكن كون مطابقة الإيجاب للقبول ليست بشرط في مذهب الحنفية، وبناء تلك الأحكام المذكورة على ذلك موضع نظر في بعض أجزائه.

وإن المذهب الحنفي يقرر بلاريب أن قبول بعض الموصى لهم، ورد بعضهم لا يبطل الوصية، ولقد قال في ذلك السرخسي في مبسوطه «لو أوصى رجل لرجلين بثلاث ماله، فرد أحدهما الوصية بعد موته كان للآخر حصته من الوصية إذا قبل، لأنه في حق الراد منهما بطلت الوصية برده، ولو بطلت بسبب آخر بأن كان وارثاً جاز في حصة الآخر؛ فكذلك إذا بطلت برده، وهذا لأن الشيوع لا يمنع صحة الوصية بخلاف الهبة، فإن القسمة مشروطة فيها لتام القبض، والقبض ليس بشرط لوقوع الملك في الوصية».

فهذا الكلام يفيد بلاشك أنه يجوز نفاذ بعض الوصية وبطلان بعضها، ولو كانت في عقد واحد.

ولكن المذكرة تقول إن الموافقة بين الإيجاب والقبول ليست بشرط، ولقد وجدنا في البدائع التصريح بأن المطابقة شرط، فهو يقول:

«أما الذي يرجع إلى نفس الركن، فهو أن يكون القبول موافقاً للإيجاب، فإن خالف الإيجاب لم يصح القبول، لأنه إذا خالفه لم يرتبطا، فبقي الإيجاب بلا قبول، فلا يتم الركن، وبيان ذلك: إذا قال لرجلين: أوصيت بهذه الجارية

لكما ، فقبل أحدهما بعد موت الوصى ، ورد الآخر لم يصح ؛ لأنه أوصى لهما جميعاً ، فكان وصية لكل واحد منهما بنصف الجارية ، وكانت الجارية بينهما لو قبلا ، فإذا رد أحدهما لم يوجد الشرط ، وهو قبولها جميعاً ، فبطلت الوصية ، ولو أوصى بها لإنسان ، ثم أوصى بها لآخر ، فقبل أحدهما بعد موت الموصى ، ورد الآخر ، فالنصف للموصى له ، والنصف لورثة الموصى ، (١) .

وهذا الكلام يستفاد منه أمران : (أحدهما) أن موافقة القبول للإيجاب أمر لا بد منه ، وهو بهذا يخالف ولو في ظاهر القول المذكورة الإيضاحية ، (وثانيهما) أن الوصية لشخصين في عقد واحد تقتضى قبولها معاً أو ردهما معاً ، وبهذا يختلف البدائع عن المبسوط .

ولكن يلاحظ أن موضوع الوصية الذى ذكره السرخسى غير موضوعها الذى ذكره البدائع ، فإن الموصى به الذى ذكره البدائع لا يقبل القسمة ، فكان اشتراط قبولها معاً يحتمل رجحان أن يكون ملاحظاً ، وبذلك علل البدائع ، وعليه يستقيم قوله . أما موضوع الوصية الذى ذكره السرخسى ، فهو ثلث المال كله . وهو على ظاهر القول قابل للقسمة ، وعلى ذلك يكون اشتراط الاجتماع غير ملاحظ ، ولا يوجد ما يدل على قصده .

وننتهى من هذا إلى أن موافقة الإيجاب والقبول ضرورية إذا كان الموصى قد قرن الوصية بشرطه ، أو كان كلامه يفيد التقييد بشرطه ، أو كان موضوع الوصية يجعل اشتراط شرط معين (وهو الاجتماع مثلاً دون التجزئة) مفهوماً ، ولو بطريق الظن الراجح .

ومن هذا التحليل ننتهى إلى أن النطاق بين الإيجاب والقبول بمعنى أن يكون المقبول من الوصية مساوياً للمقدار الموصى به غير مطلوب ، إلا إذا اشترط الموصى عدم التجزئة ، فإن شرطه محترم ومن المقرر فى باب الوصايا فى الفقه الحنفى أن الشروط فيها محترمة ، بذلك جاء القانون أيضاً مع تقييدها فى دائرة المقاصد الشرعية .

(١) البدائع ج ٧ ص ٢٣٤ .

٢٢ — ومن المسائل التي اختلفت فيها الفقهاء رد الموصى له بعد قبوله ، فإن الحنفية أجازوه وقالوا إن الموصى إن رد بعد قبوله ، فإن قبل الورثة جميعاً فسخت الوصية ، وإن قبل أحدهم تفسخ أيضاً ؛ لأنه قائم مقام الموصى ، وكل وارث يصح أن يقوم مقامه .

وأساس ذلك المذهب أن الرد عليهم فسخ للوصية ، وهم قائمون مقام الموصى ، وكان يمكن أن يرد عليه لو كان حياً إذا قبله ، فكذلك إذا ردها على الورثة الذين يقومون مقامه ، وهذا لأن فسخ العقد ، يلاحظ فيه أصل انعقاده ، فإن كان يتعقد بالإيجاب والقبول ، فكذلك يجب فسخه بالتراضى ، وقد قال السرخسي في المبسوط : وإذا رد على بعض الورثة دون بعض ، ففي القياس هذا باطل ، لأن هذا تملك منه لمن ردها عليه ، ولكننا نستحسن ، فنجعل ذلك كالرد على جماعتهم ، وكان بينهم على فرائض الله تعالى ، لأن أصل العقد كان بينه وبين الموصى والرد فسخ لذلك العقد ، ويجوز بينه وبين الموصى أيضاً ، وأحد الورثة يقوم مقام الورثة في حقوقهم كجماعتهم ، فكان الرد على أحدهم بمنزلة الرد عليهم ، أو هذا فسخ لقبوله ، وهو ينفرد بفسخ القبول في حق نفسه ، وإنما كان لا يثبت في حق الورثة إذا أبوا ذلك دفعاً للضرر عنهم ، وعن مورثهم ، فاذا رضوا بذلك ، أو رضى به أحدهم ، وهو قائم مقامهم في فسخ القبول منهم ، وصار كأنه رد قبل أن يقبل ، فيكون ميراثاً للورثة ، (١) .

هذا مذهب الحنفية وهو يتفق مع القانون ، وقد ذكرت المذكرة الإيضاحية أنها أخذت الفقرة الخاصة بذلك من هذا المذهب .

ولكى يتبين الأمر على وجهه ، وليتبين مقدار التوفيق لمن وضعوا أسس ذلك القانون ننقل لك بعض الأقوال في هذا المقام .

لقد ذكر المغنى أن الرد بعد القبول له حالان : إحداهما ، أن يرد بعد القبول والقبض ، فلا يصح الرد ؛ لأن ملكه قد استقر عليه فأشبهه رده بسائر ملكه ،

(١) المبسوط ج ٢٨ ص ٤٩ .

إلا أن يرضى الورثة بذلك ، فتكون هبة منه لهم تفتقر إلى شروط الهبة ، أى أنها تأخذ أحكام التبرعات المنشأة التي لا ترتبط بكون سبب الملك الوصية أو غيرها .
(ثانيهما) أن يرد بعد القبول ، وقبل القبض ؛ فينظر ، فإن كان الموصى به مكيلاً أو موزوناً صح الرد ، لأنه لا يستقر ملكه عليه قبل قبضه ، فأشبهه رده قبل القبول ، وإن كان غير ذلك لم يصح الرد لأن ملكه قد استقر عليه ، فهو كالمقبوض ، ويحتمل أن يصح الرد بناء على أن القبض معتبر فيه .

د ولأصحاب الشافعي في الحال الأخيرة وهي حال الرد قبل القبض وجهان .
(أحدهما) يصح الرد في الجميع ، ولا فرق بين المكيل والموزون وغيرهما ، وهذا هو المروي عن الشافعي ، لأنهم لما ملكوا الرد من غير قبول ملكوا الرد من غير قبض ، لأن القبض يقرر الملكية ويثبتها ، فكان الرد قبله ، كالرد قبل القبول ، إذ ملك الموصى له لم يستقر عليه قبل القبض ، فصح رده ، كما كان قبل القبول .
د والوجه الثاني لا يصح الرد ، لأن الملك يحصل بالقبول من غير قبض (١) .
هذا ما ذكره المغني ، ويستفاد منه أن مذهب أحمد والشافعي أن الرد بعد القبض لا يجوز ، ولا يسوغ ، لأن الملك قد ثبت بالقبول ، واستقر بالقبض ، فالرد بعد ذلك تبرع خالص تجرى عليه كل أحكام التبرع المبتدأ من غير استناد إلى سبب آخر غيره .

وأما الرد قبل القبض ، ففيه أقوال ثلاثة في هذين المذهبين (أحدها) التفريق بين المثل والقيمي ، فالمثل يجوز رده ، لأنه يتعين تعييناً كاملاً بالقبض ، فالقبض يقرر الملكية فيه ، فيجوز الرد قبله ، والقيمي معين بنفسه من غير حاجة إلى قبض أو إشارة تعيينه ، فتثبت الملكية فيه مقررة ، فلا يحتاج إلى قبض ، فلا يسوغ رده (ثاني الأقوال) أنه يصح الرد من غير تفرقة بين مثل وقيمي ، لأن القبض تستقر به الملكية ، وقبله لم تستقر .

(١) المغني الجزء السادس ص ٤٣٧ .

(ثالثها) أنه لا يصح الرد بلا تفرقة بين مثلي وقيمي لأن الملكية ثبتت فكل رد تبرع مبتدأ به .

٢٣ — هذه أقوال أربعة أولها قول الحنفية ، ثم هذه الأقوال الثلاثة التي ذكرناها ، ثم اتفاق أحمد والشافعي على أن الرد بعد القبض لا يجوز ، ألا ترى أن الذين وضعوا المواد الأولى لهذا القانون لم يكونوا موقنين عندما اختاروا الأخذ بمذهب أبي حنيفة ، لأنه يقناني مع المنطق الفقهي للمذهب الحنفي نفسه والقانون ، إذ كلاهما يقرر أن الملكية تثبت بالقبول ، فلا تخرج إلا بتملك مبتدأ ، ونظرية الفسخ مخالفة للقياس الفقهي ، وفوق هذا إن هذا قد يؤدي إلى أمور لا تتفق مع نظم التعامل اليوم ، فقد يوصى لشخص فيقبل الوصية بعد موت الموصى ، وبعد عشرات السنين يرد فراراً بما له من دائنيه .

ولقد كان الأولى أن يؤخذ بمذهب الشافعي الأخير الذي لا يسوغ الرد بعد القبول أو على الأقل يؤخذ بمذهب أحمد والشافعي في عدم تسوية الرد بعد القبض ، وكلا الرأيين عدل مستقيم ، وإن كان الأولى هو الأخذ بالأول دون الثاني .

٢٤ — بينما فيما سبق مصادر القانون فيما يتعلق بأصل اشتراط القبول ، ووقت القبول والرد ، وحكم الرد قبل القبول وبعده ، ورد البعض وقبول البعض ، وبقى أمران لم تبين مصادرهما : أولها — من يعتبر قبوله ، وثانيهما وقت ثبوت الملكية بالقبول ، وهو موضع خلاف بين الفقهاء سنبينه .

أما الأمر الأول ، فقد اتفق الفقهاء على أن الموصى له المعين بشخصه إذا كان ذا ولاية كاملة غير محجور عليه يقبل عن نفسه ، إذ ليس لأحد عليه سلطان ؛ كما اتفقوا أيضاً على أن الموصى له المعين بشخصه ، يقبل عنه وليه المالي إذا كان فاقد الأهلية ؛ لأنه ملغى العبارة . هذان أمران هما موضع اتفاق بين الفقهاء .

وإنما جرى الخلاف في القبول عن الجنين والسفيه وناقص الأهلية ، وفي القبول عن غير المحصورين ، وفي القبول عن الجهات .

٢٥ — أما الجنين ، فالمذهب الحنفي أن الوصية له لا تحتاج إلى قبول ،

بل تدخل ملكة استحسانا ، لأن الجنين ليس له ولى يقبل عنه (١) .
لكن بعض الشافعية والحنابلة قرروا أن الوصية له تحتاج إلى القبول ،
ويكون الذى يتولاه هو الولى عليه بعد الولادة ، وذلك معقول فى ذاته ، لأن
الولادة ستقرر وجوده وصحة الوصية له ، وفى هذا الوقت سيكون له ولى
يتولى عنه لاحالة ، فإذا جعل لهذا الولى الحق فى القبول والرد على ما يكون
فى نظره الحظ له ، فقد صارت له الولاية فى وقتها ، وقبل ذلك لا يتأكد
استحقاقه ؛ إذا عساه يولد ميتاً .

ولقد أخذ القانون بذلك الرأى ، ونصومه لاتفيد تأجيل القبول إلى ما بعد
الولادة ، بل تجعل له القبول والرد من ذلك الوقت ؛ لأن القوانين القائمة تفرض
له وصياً ؛ أو ولياً يحافظ على حقوقه .

والواقع أن فرض ولى مالى للجنين لا يفترق عن الفقه كبيراً ، لأن الفقه
يفرض أن للجنين أميناً يحافظ على ماله ، حتى يولد حياً فيسلم ماله للولى أو
الوصى والغالب على الظن أن يكون نفس الولى هو الأمين ، والفرق الجوهرى
بين الفقه والقوانين القائمة ، أن القوانين القائمة تجعل له تصرفات الأوصياء ،
والفقه لا يجعل له إلا المحافظة ؛ والتصرفات التى تكون سبباً لهذه المحافظة .

٢٦ — والوصية على غير المحصورين إذا لم يكن فيها ما ينبئ عن الحاجة تكون
باطلة فى المذهب الحنفى بخلاف القانون ، كالوصية على أهل القاهرة أو الوصية على
قبيلة لا يحصى عددها ، والسبب فى ذلك أن الوصية تمليك ، ولا بد لصحة التمليك
من تعيين المملك ، وغير المحصورين غير معينين فيعد الموصى له غير معلوم ،
فلا يصح تمليكهم ، ولا يمكن تخريجها على وجه غير ذلك النوع من التمايك مادامت
العبارة ليس فيها ما يشعر بالحاجة .

(١) الزيلعى ص ١٧٥ ص ٦ ، وهذا مشهور فى المذهب الحنفى ، فقد قال الخير الراملى
والنقل فى عدم ولاية الوصى على الجنين متظاهر جداً ، واقد قال ابن عابدين تابعاً
لشيخه إنه يصح للأب أن يقيم وصياً على الحمل ، ولكن لا تثبت ولايته عليه إلا بعد ولادته

وإن كان في العبارة المنشئة للوصية ما يشعر بالحاجة كفقراء القاهرة ، أو يتاماها ، أو من لا مأوى لهم ، فإن الوصية تنعقد ، وبالموت تلزم ، وذلك لأنها صدقة انصرفت العبارة إليها بما احتوى اللفظ من الإشارة المنبئة عن الحاجة ، والتصديق تملك لله سبحانه وتعالى ، فالمملك معلوم ، لأنه الواحد الأحد ذو الجلال والإكرام ، فصحت الوصية .

ولكنها تلزم من غير حاجة إلى قبول أحد ، ولزومها يكون بعد الوفاة ، إذ تكون كالوقف ، والوقف ينشأ ويلزم من غير حاجة إلى القبول ، ولأن الشرط في الملكية بالوصية عندهم ليس هو القبول ، بل الشرط عدم الرد ، وليس لواحد بعينه أن يتولى الرد بالنيابة عن اليتامى أو الفقراء ، أو المساكين (١) .

وقد قرر ذلك الرأي ، وهو لزوم الوصية لغير المحصورين من غير حاجة إلى قبول أكثر الحنابلة والمالكية ، فقد ذكر المغني أن الوصية إن كانت لغير معين كالفقراء والمساكين ، ومن لا يمكن حصرهم ، كبنى هاشم ، وتميم ، أو على مصلحة كمسجد ، أو حج لم تفتقر إلى قبول ، ولزمت بمجرد الموت ، لأن اعتبار القبول من جميعهم متعذر فيسقط اعتباره ، ولا يتعين واحد منهم ، فيكتفى بقبوله ، ولأن الملك لا يثبت لهم بالقبول ، بل يثبت لكل واحد منهم بالقبض ، فيقوم قبضه مقام قبوله (٢) .

والشافعية يشترطون لثبوت الملكية بالوصية إذا كانت لمن لا يحصون ، وكانوا ينتمون إلى جهة لها من يمثلها ، ويتكلم باسمها كطلبة العلم بالأزهر ، أو كانت على جهة لها من يمثلها كمسجد له ناظر ، فإن الوصية لا بد لتامها والإلزام بها من قبول تلك الجهة .

وهذا الرأي يوافق رأى الشيعة الأمامية الإثنا عشرية ، بل إن رأى هؤلاء أوسع شمولاً ، وأكثر إحاطة ، فانهم يشترطون للزوم الوصية ، إذا كانت لغير محصورين ، أو لجهات كمساجد ومدارس القبول من الناظر على الوقف إن

(٢) المغني ج ٦ ص ٤٤١

(١) البدائع ج ٧ ص ٣٤٣ .

كانت جهة وقف ، أو من الولى عليها أو الحاكم باعتباره المتكلم باسم الكفاة (١) ،
وإذا كان الأمر كذلك ، فليس ثمة جهة يصح أن نقول إنها ليس لها من يمثلها .

٢٧ - وقد اشترط القانون القبول بالنسبة للجهات التي لها من يمثلها ، ولم
يشترط القبول بالنسبة للجهات التي ليس لها من يمثلها بل حكم بلزوم الوصية بمجرد
وفاة الموصى .

والقانون في هذا قد سار على الأصول القانونية العامة ؛ لأن المبادئ القانونية
المقررة تفرض أن الجهات والمؤسسات شخصيات معنوية لها ذمة صالحة للتعاقد ،
تثبت لها الحقوق ، وتجب عليها الواجبات المالية ، وتضمن ضماناً مالياً كل ما يترتب
على أعمالها من مضار بالناس ، وإذا كانت الأصول القانونية قد فرضت ذلك
الفرض ، وهو أمر لا بد منه بسبب اتساع العمران ، والإكثار من الشركات
الصناعية وغيرها ، فإن الوصية لهذه الجهات وصية لمعين ، يقبل التملك ، ويمثله
هو الذى يقبل عنه ، وإذا كانت الجهة ليس لها من يتكلم عنها كفقراء مدينة ،
أو يتأماها ، فإن الوصية تلزم من غير حاجة إلى قبول ، ويظهر أن الدعوى بها
تكون حسبة يتولاها أى واحد من الناس ، باعتبارها تتصل بمصلحة الكفاة ،
ولأنها أمر دينى ليس له من يطالب بحقه ، فحق على الجميع أن يطالبوا ، وإذا قام
بهذا الواجب البعض سقط الخرج عن الباقيين .

وقبل أن تترك ذلك المقام نشير إلى أمرين :

(أحدهما) أن القانون شدد في ضرورة القبول ، وعندى أن الأولى كان
الإطلاق إذا كان الموصى لهم غير محصورين ، أو كان الموصى له جهة لها من
يمثلها ، فإن ذلك قد يدفع الممثل لها في بعض الأحوال إن كان من ذوى الغايات
غير المحمودة ، وليسوا قليلاً ، إلى الرد في نظير مكافأة يناهاها من الورثة ، ولأن
فرض الضرر في قبول الوصايا يفرض بعيد فيندر ، بل لا يكاد يوجد مال موصى
به من غير شروط توجب التزامات على الموصى له ، مغارمه أكثر من مغانمه ،
إن ذلك شاذ ، والشاذ لا حكم له ، وإن فرض وجوده ، فالتخلص منه سهل .

(١) راجع كتاب كفاية الأحكام ، وكتاب شرائع الاسلام .

بل إن القانون نفسه اعترف بهذه الحقيقة الثابتة التي لا مجال للريب فيها ، وهي أن الوصايا نافعة نفعاً محضاً بالنسبة للموصى له ، ولذلك حكم بلزومها بالموت من غير حاجة إلى قبول إذا كانت الجهة ليس لها من يمثلها ، ولم يحكم ببطلان الوصية . (ثانيتها) أن الحد الفاصل بين من يحصون ومن لا يحصون قد اختلف فيه الفقهاء فقال محمد من لا يحصون هم من بلغوا مائة ، ومن دون ذلك عدداً يحصون ، وهذا ما عليه المحاكم الشرعية ، وقال أبو يوسف إذا كان الموصى لهم لا يحصون إلا بكتاب ، فهم لا يحصون ، وإن كانوا يحصون من غير كتاب ، فهم يحصون . ويرى الشافعية أن من لا يحصون هم من لا يمكن استيعابهم إلا بمشقة ، ومن كانوا يحصون بغير مشقة فهم يحصون ، وكثيرون من علماء المذاهب المختلفة على تفويض الأمر في هذا إلى القضاء ، ولعل أسلم التقديرات من الإبهام هو رأى محمد الذي أخذت به المحاكم الشرعية .

٢٨ م — هذا ما يتعلق بالمصادر الفقهية التي اعتمد عليها القانون بالنسبة لاشتراط قبول الجهات والمؤسسات ، ولننتقل إلى قبول القاصرين والمجور عليهم . لقد ذكر القانون أن قبول هذين النوعين من الموصى لهم هو للمولى المالى عليهم ، سواء أكان ولياً شرعياً أقامه الشارع ، أم كان وصياً مختاراً وافقت عليه المحكمة الحسبية ، أم كان قيمياً قد أقامته المحكمة الحسبية من أول الأمر ، وكلية قاصر تشمل نوعين ، هما فاقد الأهلية ، وهو المجنون والمعتوه والصبي غير المميز ، وناقص الأهلية . وهو الصبي المميز ، والمعتوه المميز ، عند من يقسم المعتوه إلى قسمين .

وكلية مجور عليه تشمل البالغ العاقل الذى حجر عليه لسفه أو غفلة ، لأن من حجر عليه لذلك لا يعد قاصراً ، إذ أن القصور وصف للعقل ، وعقل هذا كامل ، بدليل أنه لم يسقط عنه شيء من التكليف الدينى أو الاجتماعى قط ، وإنما النقص فى إدارته لأمواله ، وقدرته على المحافظة عليها ، فكان الحجر عليه لذلك .

وقد ذكرنا أن تولى القبول والرد عن فاقدى الأهلية أمر متفق عليه بين الفقهاء ، لأن عبارة هؤلاء ملغاة لا اعتبار لها ، فلا عبرة بكلامهم قبولاً أو رداً لأن كلامهم من لغو القول .

أما ناقصو الأهلية ، والمحجور عليهم لغفلة أو سفه ، فعبارتهم صحيحة عند الحنفية سليمة تنعقد بها العقود ، ولا يبطل إلا ما كان ضاراً منها ضرراً محضاً ، ويتوقف نفاذها على الأولياء فيما يكون متردداً بين الضرر والنفع ، فإن أجازوها نفذت ؛ وإن لم يجزوها بطلت . أما العقود النافعة نفعاً محضاً ، فإنها تجوز منهم ؛ وتنفذ ، ومن ذلك قبول الهبات ، وقبول الوصايا ، وقبول الاستحقاق في الوقت ، وعلى ذلك لم يكن المذهب الحنفي متفقاً مع القانون في هذه المسألة ، لأن المذهب الحنفي يعتبر قبول هؤلاء ؛ لأنه نافع نفعاً محصناً ، ولا يعتبر ردهم ، لأنه ضار ضرراً محضاً .

ولكن القانون جعل للولى القبول والرد ، وسوى بين فاقد الأهلية وناقصها ، وقد يقول قائل إن القانون قد جعل ذلك الحق للولى أو الوصى ، ولكنه لم يسلب ما للوصي المميز ، والسفيه من حق القبول ، وذلك مقبول ، ولكن روح القانون تمنع ذلك لأن قبول الولى أو رده ياذن من المجلس الحسبي (المحكمة الحسبية) فأولى أن يكون عمل القاصر والسفيه في دائرة المنع ، إذ ولاية الولى المالى غير مطلقة فأولى أن يكون حق القاصر غير مطلق كالفقه ، بل أن يكون غير موجود .

ثم إذا تعارضت إرادة القاصر أو السفيه مع الوصى ، إن فوض إليه أمر الرد والقبول ، فإنه بلا شك سيكون القول النافذ قول الوصى ، مع أن حق القاصر في القبول مطلق في الفقه الحنفي .

٢٩ — والقانون قد اعتمد فيما قرر على مذهب أحمد بن حنبل ، فإنه يقرر أنه إذا كان في الموصى لهم من ليس أهلاً للتصرف قام وليه مقامه في القبول والرد ، وليس له أن يفعل إلا ما للولى عليه الحظ فيه ، فإن فعل غيره لم يصح ،

فإذا كان الحظ في قبولها ، فردها ، فلم يصح رده ، وكان له قبولها بعد ذلك ، (١) وقبل أن نترك الكلام في هذا المقام نشير إلى ثلاثة أمور هي موضع نقد في القانون :

(أحدها) أن القانون قد جعل حق الرد سائغاً من الولى المالى ، وقد علمت أن القبول نفع محض ، وحال الضرر حال نادرة جداً ، ما كان يصح النظر إليها ، ولعل الذى خفف خطر ذلك الحق كونه كالقبول بإذن من المحكمة الحسبية .

(ثانيها) أنه جعل استئذان المحكمة الحسبية ضرورياً لكل من له ولاية مالية ولو كان أباً ، وذلك غير ملتئم مع القانون القائم ، لأن القانون القائم ، المنظم للمحاكم الحسبية أعنى الأب الأمين حسن الرأى والتدبير من كثير من أشرف المحكمة بل إدارته غير مقيدة تقيداً كاملاً ، فكان غريباً أن يكون له حق الشراء والبيع فى كثير من الأحوال من غير استئذان ، ويمنع من قبول الوصية إلا بعد الاستئذان ، وهذه مفارقة قانونية غريبة ، بل هى منافرة بين قوانين الدولة ، لا يستساخ فى نظر قانونى مستقيم النظر ، اللهم إلا إذا قلنا إن الأب غير خاضع للمادة المتممة للعشرين من قانون الوصية ، إذ أنها خاصة بالأولياء الخاضعين للجانس الحسبية . وبذلك يتلامم القانون فى هذه القضية . ولكن لايسهل قبول هذا ، لشمول القانون لكل من له الولاية المالية .

(ثالثها) أن القانون قيد الوصى المالى بالقبول باستئذان المحكمة الحسبية ، وكنت أفهم أن يقيد الرد بذلك دون القبول ، لأن قانون المحاكم الحسبية يبيح قبول الهبات التى لا تكون مقيدة بشرط ، والهبات غير المقيدة بشرط ، كالوصايا غير المقيدة بشرط ، فاذا كان القانون قد أباح الوصى قبول هذه الهبات ، وجب أن يبيح له أيضاً قبول هذا النوع من الوصايا ، وإلا كان تفرقاً بين عمليتين متماثلين تمام التماثل من غير داع ، فإما أن يغير قانون المحاكم الحسبية ليلتئم مع قانون الوصية ، وإما أن تحذف هذه الفقرة من قانون الوصية .

٣٠ م — بعد ذلك ننقل إلى الجزء الأخير من شرح هذه المواد المتعلقة بالقبول

(١) المغنى ج ٦ ص ٤٤٠ .

وهو وقت الملكية ، فإنه من المقرر أنه حال احتياج الوصية إلى قبول لا تثبت إلا بالقبول ، وإن كان الموصى قد عين ميعاداً للملكية تبتدى به ، فإنها تبتدىء من ذلك الميعاد ، فإن شروط الموصى محترمة ، ما دامت لا تخالف مقصداً من مقاصد الشرع .

وإذا لم يكن الموصى قد ذكر وقت ابتدائها ، فإن القانون قد ذكر أنها تبتدىء من وقت الوفاة مستندة إليه ، وإن كان طريق ثبوتها القبول ، وعلى ذلك تثبت ملكية الزوائد على طريق أنها نماء الملك أو غلاته ، لا على طريق الوصية ، وقد ذكرت المذكرة الإيضاحية أنها أخذت ذلك الحكم من مذهب أبي حنيفة ومذهب الشافعي ، فأخذت انتقال الملكية من وقت الوفاة من المذهبين ، وأخذت امتلاك الزوائد من مذهب الشافعي ، لأنه يقرر في الأقوال الراجحة فيه أنها تملك على غير وجه الوصية ؛ ولذا لا تحسب في الثالث .

٣١ - ومن الحق علينا أن نتكلم في الموضوع من الوجهة الفقهية ، ونذكر اختلاف العلماء فيه ، ليتبين المصدر الفقهي للقانون تمام التبيين ، فيمكن الرجوع إليه في تفريع فروعه ، وتفصيل مجمله ، وبيان ما عساه يستهم تطبيقه في بعض الجزئيات في هذا المقام .

لقدقال بعض الحنابلة وبعض المالكية إن الملكية تثبت بالقبول ، وتوجد به ، ولا يستند وجودها إلى ما قبله ، وقال الحنفية والشافعي وبعض المالكية إن الملكية تثبت بالقبول مستندة إلى الموت في وجودها .

والملكية عند الحنابلة بين القبول والوفاة تكون للورثة ، ونماؤها لهم ، وحثهم أن الامتلاك بمقتضى الوصية يفتقر إلى القبول ، فلا يمكن أن يكون سابقاً للقبول ، كسائر العقود التي تحتاج إلى القبول ، ولأن القبول من تمام السبب للملكية ، فلا تقدم الملكية على سببها ، ولأننا لو فرضنا أن القبول شرط لثبوت الملكية بالاجاب ، فهو شرط لتحقيق السبب ، فلا يمكن أن تكون الملكية قبله ، لأن السبب لا يتحقق موجهه بدونه ، لهذا كله كان نماء العين ، وزيادتها على هذا

المذهب ملكا للورثة في الفترة التي تكون بين القبول والموت ، لأنه نماء ملكهم وتناجه أو غلته ، وإذا كان كذلك فهو ملكهم مثله .

أما مذهب الحنفية والشافعية ، فهو أن القبول تثبت به الملكية مستندة إلى الوفاة كما بينا ، وحجتهم في ذلك أن الملك بالوصية مضاف إلى الموت ، فتنفيذ هذا التصرف يكون عند الموت ، والقبول قد ورد على التصرف بهذا الوضع ، فالقابل قد قبل ملكا مضافا إلى وقت الموت ، إذ قد أثبت القبول ملكية متفقة مع الإيجاب ، وهي الملكية المعقبة للموت فوراً ، كالعقد الموقوف على إجازة صاحب الشأن ، فإن أجاز ، فإن الإجازة تكون تنفيذاً للعقد من وقت إنشائه ، وكالبيع المقترن بخيار الشرط ، فإن أجاز من شرط له خيار الشرط ، فإن الإجازة تعتبر مثبتة للملكية من وقت إنشاء العقد وهكذا ، ولذلك تكون زوائد المبيع الناشئة في فترة الخيار ملكا للمشتري بالخيار ، لأن ملكيته مستندة إلى وقت الإنشاء .

وعلى ذلك تكون زوائد العين ملكا للموصى له إذا حدثت بين الموت والقبول ، ولكن اختلف الحنفية والشافعية في وجه ملكية الموصى له للزوائد ، أهي باعتبار أن الزوائد نماء ملكه وثمرته ، وليست بسبب الوصية ، أم تثبت على أنها تبع للموصى له ، فتكون من ضمن الوصية ، كالوصية بالأرض يتبعها البناء والغراس ، على أنه وصية ثبتت تبعاً ؟ اختلف في ذلك الشافعية والحنفية ، فالحنفية قالوا إن الملك في الزوائد يكون بالوصية على وجه التبع للعين ، كحلية السيف إذا دخلت في الوصية تبعاً له ، وككل متصل بالعقار اتصال قرار يكون تبعاً له في الوصية ، وقال الشافعية إن الزوائد تدخل في ملك الموصى له على أنها نماء ملكه ، لا على أنها وصية .

وأساس هذا الخلاف هو الخلاف بينهما في ملكية العين في فترة التوقف التي هي بين الموت والقبول ، فقد قال الحنفية إنها تكون على حكم ملك الموصى ، كالميراث إذا تعلق به حق الدائنين ؛ وذلك لأن ذمة الميت تبقى بعد وفاته إلى أن تسدد ديونه ، وتنفذ ضاياها ، وذلك لحاجته إلى ذلك ، فإن من الوصايا ما يكون

تتداركاً لواجبات فائته ، وقد تكون قربات من الواجب عليه أداؤها ، وأدناها أن تكون صلوات ، قد جعلت لمن يود أن يصله ، وهذه كلها حاجات له ، وما بقيت له حاجة في ماله ، فذمته باقية في حكم المالك حتى تسد تلك الحاجات ، فالعين الموصى بها على حكم ملكه ، فإذا نمت أو أثمرت فقد نمت على ملكه ، فإذا جاء القبول وثبتت الملكية للموصى له ، أو بعبارة أدق حلت محل ملكية الموصى الذي استمرت ذمته حكماً لحفظ حق الموصى له ، فإنها تحل محلها في مقادير الوصية مستندة إلى الموت الذي أضيفت الملكية إليه (١) .

هذا توجيه المذهب الحنفي ، أما المذهب الشافعي ، فيسير في هذه المسألة غير ذلك السير ، إذ أنه يعتبر الملكية في فترة التردد متوقفة ، حتى يتقرر مآل الوصية ، فإن قبلت وآلت الملكية إلى الموصى له استندت إلى وقت الوفاة ، وإن لم تقبل الوصية ، وآلت التركة كلها إلى الورثة ، فإن الملكية تثبت لهم مستندة أيضاً إلى الوفاة ، ولا يصح أن يقال إنه في هذا الوقت كانت العين لا مالك لها ، بل لها مالك ، ولكنه غير معروف ، والقبول أو الرد هو الذي يعرفه ، فإن تم القبول كان الموصى له ، وإلا فالورثة . وقد انبنى على هذا الخلاف في شأن الزوائد كما رأيت ، فقرر الحنفية أنها تملك للموصى له على أنها من توابع العين الموصى بها ، وقرر الشافعية أنها تملك على أنها ثمرات الملكية ، لا على أنها من الوصية ؛ إذ لا تثبت بالتبع للموصى به . إنما تثبت باعتبارها ثمة ملكه الخاص .

(١) قد قالوا إن الملكية تكون على حكم ملك الموصى إلى القبول بيقين ، أما بعد القبول والقسمة . فالملكية تكون قطعاً للموصى له مستندة ، وقبل القسمة أتكون التركة على حكم ملك الميت ، ولذلك تكون الزوائد أيضاً من الوصية ، أم تكون الملكية بالقبول وهي مستندة فتكون الزوائد ثمة الملك الخاص ، وعامة المشايخ على الأول ؛ لأن القبول لا تؤكد به الملكية إلا بالقسمة ، كما جاء في البدائع « والأولى إن يقال أن القبول وحده ليس كافياً لتنفيذ الوصية ، بل تنفيذها بالقسمة ، فتمت التركة على حكم ملك المتوفى إلى أن تنفذ الوصايا ، فيحل الموصى له والورثة محلّه ، ويكون ذلك مستنداً إلى وقت الوفاة . »

ويترتب على اعتبارها في ضمن الوصية عند الحنفية اعتبارها مع العين الموصى بها أصلا من الثلث ، فإن كان مجموعها مع الموصى بها لا يزيد على ثلث التركة نفذت الوصية من غير حاجة إلى إجازة الورثة ، وإن كانت مع العين الموصى بها لا تخرج من التركة توقف نفاذ الجزء الزائد على إجازة الورثة ، وهذا عند أبي حنيفة وأصحابه (١) . وعند الشافعي لا تحتسب الزوائد التي حدثت بين القبول والوفاة من الوصية في شيء ، ولذلك إذا زاد مجموعها مع العين الموصى بها على الثلث ، والعين وحدها تخرج من الثلث ، فإن الوصية تنفذ من غير حاجة إلى استئذان أحد . وبالنظر الشافعي أخذ القانون ، إذا اعتبر الزوائد مملوكة للموصى له ، ولم يعتبرها وصية ومن البدهي أن نفقات العين تكون على مالها ، لأن من له غلاتها ، عليه نفقاتها .

٣٢ — هذا بيان ركن الوصية المنشئ لها ، وحكم القبول ، وأثره في الملكية قد بينا أحكام القانون فيه ، وبيننا المصادر الفقهية ، واختلاف الفقهاء في موضوع هذه المسائل ، وما اختاره القانون قد بيناه بقدر يعنى المبتدئ ، وبينير الطريق للباحث ، حتى يرجع الفروع إلى أصولها ، وأحكام القانون إلى مصادرهما ، والآن ننتقل إلى شكل الصيغة .

(١) إذا أوصى بجارية وولدت بعد الوفاة وقبل القبول ؛ وكانا لا يخرجان من الثلث فقد ، قال الكاساني في البدائع : « عند أبي حنيفة يعطى للموصى له الجارية أولا من الثلث فإن فضل من الثلث شيء يعطى من الزيادة بقدر ما فضل ، وعند أبي يوسف ومحمد يعطى الثلث منها جميعا بقدر الحصص ، وجه قولهما أن الزيادة أن صارت موصى بها صارت كالموجودة عند العقد فيعطى الثلث منها جميعا ، ولأبي حنيفة أن القول بانقسام الثلث على الأصل والزيادة أضرار بالموصى له من غير ضرورة ، وهذا لا يجوز ، وبيان ذلك أن حكم الوصية قبل حدوث الزيادة كان سلامة كل الجارية للموصى له ، وبعد الانقسام لا تسلم الجارية له ، بل تصير مشتركة ، والشركة في الأعيان عيب ، خصوصا في الجوارى فيتضرر به الموصى له ، ولا ضرورة إلى الحاق هذا الضرر لا مكان تنفيذ الوصية في الأصل دون الزيادة . وهذا الخلاف في الزيادة المنفصلة ، أما المتصلة فانها تقسم بلا خلاف ، لعدم إمكان فصل الثلث من غير ذلك .

الصيغة المنشئة والشروط المقترنة بها والباعث عليها

٣٣ م — الصيغة المنشأة للعقود والتصرفات تنقسم إلى ثلاث أقسام من حيث التنجيز والتعليق والإضافة ، فالصيغة المنجزة هي ما تدل على إنشاء العقد وترتيب آثاره في الحال ، كالبيع والشراء ، وغير ذلك من العقود التي وضعت لإنشاء الملك في الحال :

والصيغة المضافة إلى المستقبل ما تدل على إنشاء العقد في الحال ، ولكن تؤخر أحكامه إلى زمن مستقبل ، كاجارة تعقد في الحال ، وتنفيذها بعد شهرين ، فلا تنفيذ إلا بعد الزمن المذكور .

والصيغة المعلقة ما تدل على ترتيب وجود العقد على وجود أمر غير مستحيل الوقوع في المستقبل .

ومن المقرر أن الوصية لا تعقد بصيغة منجزة ، لأنها تتأخر آثارها إلى ما بعد الموت ، فلا تصح إلا مضافة إلى المستقبل أو معلقة ؛ ومثلها الايصاء ، وقد جاء القانون بهذا المعنى ، كما دلت على ذلك المادة الرابعة (١) .

يبد أن التعبير بكلمة تصح التي جاء بالقانون ليس أدق تعبير ، فلو قال لا تصح الوصية إلا مضافة أو معلقة على شرط ، يكون تعييننا للمراد ، وفيه بيان أنها لا تصح منجزة ، بخلاف تعبير القانون ، فقد يوهم أنها تصح منجزة ، مع أن صيغة ذلك العقد لا يمكن أن تكون منجزة ؛ لأن التنجيز يقتضى تنفيذ الأحكام في الحال ، وعدم تأخيرها إلى المآل ، وذلك لا يكون في الوصية ، والايصاء مطلقاً ، إذ لا تكون أحكامهما إلا بعد الموت .

(١) نص المادة الرابعة هو : « مع مراعاة أحكام المادة الثالثة تصح الوصية المضافة إلى المستقبل أو المعلقة بالشروط ، أو المقترنة به ، وإن كان صحيحاً وجبت مراعاته مادامت المصلحة فيه قائمة ، ولا يراعى الشرط أن كان غير صحيح ، أو زالت المصلحة المقصودة منه . والشرط الصحيح هو ما كان فيه مصلحة للموصى أو الموصى له ، أو لغيرهما ولم يكن منهيًا عنه ، ولا منافياً لمقاصد الشريعة ، :

٣٤ - وقد أجاز القانون أن تكون الصيغة مقترنة بشروط (١) ، وأوجب اعتبار بعض الشروط ، وألغى إعتبار بعضها ، فأوجب مراعاة الشرط الصحيح ، ولم يوجب مراعاة الشرط غير الصحيح .

وعرف الشرط الصحيح بأنه ما كان فيه مصلحة للموصى ، أو الموصى له ، أو لغيرهما ، ولم يكن منهيًا عنه ، ولا منافيًا لمقاصد الشريعة ، ومثال الشرط الذي يكون فيه مصلحة للموصى أن يبدأ في تنفيذ الوصايا بأداء ما فاتته من واجبات كالزكاة ، أو الحج ، أو القيام ببعض التدوير التي نذرها الله ، وعجز عن تنفيذها ، فإن هذه شروط من مصلحة الموصى القيام بها . ومثال الشروط التي تكون في مصلحة الموصى له - اشتراط أن يبدأ من الوصية بأداء ديونه ؛ فإن ذلك الشرط في مصلحة الموصى له . ومثال ما يكون فيه مصلحة لغيرهما أن يوصى بمنفعة دار من أعيان ماله لجهة من الجهات ، على أن يكون لمن لا يجد له مأوى من ذريته حق سكنائها ، إن كان فيها متسع له ، أو يكون هو الأولى من غيره بسكنائها ، وهكذا .

ومثال الشروط المنهى عنها أن يشترط في تنفيذ وصاياه تخصيص قدر معين من المال ، ليكون أجرة للناثمة ، أو يشترط لإعطاء الموصى له أن يبقى على حال من المنكر المنهى عنه . ومثال مشروط المنافي لمقاصد الشارع اشتراط العزوبة أو تقييد الأخذ من الوصية بعدم الزواج ، فإن ذلك منافي لمقاصد الشارع الإسلامي . ويلاحظ أن القانون قد قصد إلى أمرين في الشرط الصحيح :

(الامر الأول) أن يكون فيه مصلحة بينة بحيث لا يكون اشتراطه عبثاً ، حتى لو كان فيه مصلحة في وقت ، وتزول في وقت آخر ، يكون صحيحاً واجب الوفاء في وقت ثبوت المصلحة فيه ، ولا يكون صحيحاً واجب الوفاء في وقت عدم تحقق المصلحة فيه ،

(١) الفروق بين التعليق على الشرط والاقتران بالشرط ، ان الاقتران معناه أن تكون الصيغة منسوبة للعقد على أن يكون مفيداً في أحكامه بشرط معينة . أما التعليق فهو أن يترتب وجود العقد على وجود شرط .

فإذا أوصى جماعة من الفقراء بمقدار من المال على أن يكون إنفاقه في كسوتهم ، وكانت مصلحتهم في ذلك — صرف فيها ، فإن كانت مصلحتهم في أخذ نقود ، أو طعام صرف على الوجه الذي يكون فيه مصلحتهم ، فالمصلحة هي الأمر المقصود يدور معها وجوداً وعدمها الحكم بلزوم استيفاء الشرط .

(الأمر الثاني) ألا يكون منهيّاً عنه ، ولا منافياً لمقاصد الشارع .

وإذا كان الشرط واجب المراجعة هو ما استوفى هذين الأمرين ، فالشرط الباطل الذي لا تلزم مراعاته هو الذي لا يتحقق فيه الأمران معاً ، فإذا لم يكن الشرط فيه مصلحة لأحد ، أو كان منهيّاً عنه ، أو منافياً لمقاصد الشارع ، فهو باطل لا يجب مراعاته .

وواضح من المادة الرابعة أن الشروط الباطلة لا تؤثر في صحة الوصية ، إلا إذا محضت الوصية للمعصية أو دلت على أن باعث الوصية وموئداها مناف لمقاصد الشارع ، أما إذا لم تؤدي ذلك ، فإنها لا تؤثر في صحة الوصية ، بل لا تلزم مراعاتها وتهمل ، ولا يلتفت إليها .

وذلك لأن المادة الرابعة مقترنة بالمادة الثالثة ، والمادة الثالثة تصرح ببطلان الوصايا التي محضت للمعصية ، أو يكون الباعث عليها منافياً لمقاصد الشارع ، وبملاحظتهما معاً تنتهي إلى أن الشروط الباطلة من حيث تأثيرها في العقد تنقسم إلى قسمين :

القسم الأول — شروط لو نفذت لكانت الوصية محضة للمعصية ، أو لأمر مناف لمقاصد الشارع ، وليس في عبارة الموصي ما يدل على توجيهها إلى أمر مشروع متفق مع مقاصد الشارع إن لم ينفذ الشرط ، كوصية لبغى بشرط استمرار حالها ، فإن الوصية تكون باطلة ، لأنها معصية ، ولا يمكن توجيهها إلى ناحية صالحة للوصية ، والباعث عليها أيضاً معصية بدليل ذلك الاشتراط .

والقسم الثاني — الشروط الباطلة التي لا تؤثر في صحة الوصية ، وتعتبر هي ملغاة لا أثر لها ، وهي الشروط التي لا مصلحة لأحد فيها ، أو فيها منافاة

لمقاصد الشارع ، ولكن يمكن تنفيذ الوصية ، مع عدم الالتفات إلى الشرط
كان يوصى إلى أولاد شخص ، بشرط عدم زواج البنات فان الشرط
لا يلتفت إليه .

٢٥ - ولنرجى الكلام في الوصية التي محضت للمعصية ، أو لأمر ليس
معصية في ذاته ، ولكن هو مناف لمقاصد الإسلام إلى الكلام في تفسير
المادة الثالثة .

ولنتجه الآن إلى بيان فقه القانون في الجزء الخاص بالشروط ، ولنذكر
أولا كلام الفقهاء ذلك ، ثم نبين قرب القانون منها جملة ، أو من بعضها ،
وما يصح أن يكون سناداً له ، أو معتمداً ، وإن كان هو لم يحاول الاعتماد على
مذهب معين في ذلك :

وإننا إذ نتصدى لذلك يجب علينا أن نذكر كلمة موجزة في الشروط المحترمة
في نظر الشريعة ، والشروط التي لا تحترم .

إنه من المقرر أن الشريعة لا تحمي كل الشروط التي يشترطها الناس في عقودهم
بل تعطى تلك الحماية لما يلائمها من الشروط ، وتمنعها عما يخالفها ، ومثلها في ذلك
المنع مثل القوانين الحديثة في نظرها إلى الشروط المخالفة للنظام العام ، فهي
لا تحميها ولا تجيز رعايتها ، بل تعتبرها جريمة في بعض الأحوال .

ولقد اختلف الفقهاء في حدود الشروط التي يحترمها للشرع ونراها على ثلاثة
مذاهب ، كما يستنبط من قواعدهم وفروعهم .

فذهب الحنيفة والشافعية والمالكية أن كل شرط يخالف الشرع ، أو يزيد
على مقتضى العقد الذي اشترط فيه من غير ورود أثر به شرط لا يقره الشرع ،
ولا يراه كأن تشترط المرأة في الزواج ألا يتزوج عليها .

والمذهب الثاني ما يؤخذ من أصول كثيرين من الحنابلة ، فإنه يستفاد منها
أن كل شرط لم يقره دليل من الشرع على النهي عنه ، وعلى عدم اعتباره ، فهو ملزم
يجب الوفاء به من غير تقييد بمقتضى العقد ، وذلك لأن الناس عند شروطهم ،

وعليهم رعاية عهودهم ، ولذا أوجب الحنابلة الوفاء بالشروط التي تصحب عقد الزواج كانت تشترط المرأة ألا يتزوج عليها ، وألا ينتقل من بلدها أو دارها ، ويجوز لها فسخ النكاح إذا تزوج عليها ، كما أجازوا اشتراط البائع سكنى الدار المبيعة سنة ، ونحو ذلك ، وهكذا ترى كثيرين من الحنابلة قد فتحوا باب الشروط في العقود من غير قيد ولا شرط إلا شرطاً واحداً ، وهو ألا يخالف الشرط كتاب الله أو سنة رسوله ، وألا يثبت من قواعد الشريعة العامة منعه .

وقال الظاهرية إنه لا يعتبر من الشروط إلا ماورد النص بإثباته : وقام الدليل على وجوب الوفاء به ، لأن الالتزامات الشرعية لا تأخذ قوتها من أقوال العاقدين وإرادتهما ، ولكن بمايرتبه الشارع على أقوالهم ، ويحكم بأنه أثرلتصرفاتهم فلم يرد من الشارع دليل على اعتبار الشروط التي يشترطها العاقدان لا يلتفت إليها ، ولا يحكم لها بأثر ، ولا تنال قوة التنفيذ .

٣٦ - وقد قسم الحنفية على أساس تقييدهم للعاقدين في الدائرة التي بينها في المذهب الأول الشروط إلى ثلاثة أقسام : شروط صحيحة ، وفاسدة ، وباطلة ، فالشرط الصحيح ما يكون موافقاً لمقتضى العقد ، كاشتراط تسليم الثمن قبل المبيع ، وكاشتراط أن تكون الزوائد للموصى له إن حدثت بعدالموت ؛ أو مؤكداً لمقتضى العقد ، كاشتراط كفيل بالثمن أو يكون قد ورد به أثر ، كاشتراط الخيار في البيع أو قد جرى به عرف ، كان يشتري ساعة ، ويشترط إصلاحها مدة معلومة ، والجزء الأخير عند الإمام والصاحبين ، وزفر لم يعتبر العرف مسوغاً للصحة والشرط الصحيح يلتحق بأصل العقد ويكون حكمه في الصحة وال لزوم حكمه . والشرط الفاسد ما يكون غير موافق لمقتضى العقد ، ولا مؤكداً له ، ولم يرد به أثر ، ولم يجربه عرف ، وفيه منفعة لشخص ، سواء أكان أحد العاقدين ، أم كان غيرهما ، كمن يوصى لشخص بعين ، ويشترط أنه إذا مات الموصى له ، والعين الموصى بها قائمة على ملكة تكون لفلان ، ولا تكون لورثة الموصى له ، فإن هذا شرط فاسد ، والشرط الفاسد إذا اقترن بعقد من عقود المبادلات المالية

كالبيع والإجارة والقسمة أفسد العقد ، وإن كان العقد ليس عقد مبادلة مالية ،
كالنكاح والهبة والحوالة والكفالة والوصية كان العقد صحيحاً ، والشرط
لاغياً ، بمعنى أن العقد لا يؤثر فيه الشرط ، ولكن الشرط لا يجب الوفاء به ،
فالشرط لا يلتفت إليه ، لافي الوفاء ، ولا تأثير له في العقد .

والشرط الباطل ما ليس موافقاً لمقتضى العقد ، ولا مؤكداً له ، ولم يرد به أثر ،
ولم يجر به عرف ، وليس فيه نفع لأحد العاقدين ، ولا لغيرهما من أهل الانتفاع
ولا يؤثر ذلك الشرط في أى عقد من العقود ، بل يصح العقد ، ويلغى الشرط .
٣٧ - هذه خلاصة كلام الفقهاء في الشروط ، وقد خصصنا الحنفية ببيان
أقسام الشرط عندهم ، لأن مذهبهم كان معمولاً به في الوصية ، فحق علينا أن
نخصه ببعض البيان .

ولكن الوقف والوصية قد اختصهما الفقهاء ، وخصوصاً فقهاء المذهب
الحنفي بتوسعة قبول الشروط التي يشترطها الواقفون والموصون ، ذلك لأن الوصية
تصرف في الملك جاء على خلاف القواعد الفقهية التي كانت لسائر العقود
للتوسعة على المالك ، لكي يتدارك ما فاتته من واجبات ونذور ، وليصل ببعض
ماله من يرى مصلحة له في صلته ، وليتقرب ببعض الصدقات ، وذلك كله يقتضى
أن يطلق له الحق في الشروط ، ولأن الوصية بالمنافع والوقف كلاهما تصرف
بالمصلحة ، ومن المقرر فقهاً أن تملك المنافع يتقيد بالشرط ، بل يتقيد بكل شرط
لا يكون من الحرام اشتراطه ، ولذلك كان كل شرط في الوقف والوصية مقبولاً
إلا إذا كان الشرط منها عنه ؛ أو كان في تنفيذه ضرر بالوقف ، أو بمصلحة
الموصى لهم من غير نفع مقصود لغيرهم .

ولذلك جاء على السنة الفقهاء : شرط الواقف كنص الشارع ؛ والوصية
أخت الوقف في باب الشروط التي يشترطها الموصون ؛ وخصوصاً في الوصية
بالمنافع . بل أن منها ما يكون في ماله من معنى الوقف تماماً .

وفي رحاب تلك التوسعة التي وسع بها فقهاء المذاهب الأربعة فيما استنبطوه

من فقه قد أفرط كثيرون من الواقفين في اشتراط الشروط ، فكانوا يشترطون أن من يستدين لا يستحق ، ويشترطون أن من يتزوج لا يستحق ، ويحرمون بعض الورثة ، ويغدقون على الآخرين ، وكان في الوقف متسع لكل ظلم بالشروط واسترسلوا استرسالاً في دعوى أن شرط الواقف كنص الشارع ، كما وجد في الوصايا مثل ذلك النحو ، فيوصى لبعض أقاربه من النساء ، ويشترط لاستحقاق الوصية ألا يتزوج ، ونحو ذلك من الشروط التي لا يدعو إليها دين ولا عرف ولا باعث من مروءة وحق .

ومن أجل هذا وجد من الفقهاء في عصور مختلفة من وقفوا في سبيل هذه التوسعة وقيدوها ، وكان على رأس هؤلاء شيخ الإسلام ابن تيمية ، وتلميذه ابن القيم ، فقد استنكرا أشد الاستنكار تلك القاعدة التي تفتح باب الشروط ، وهي أن شرط الواقف أو الموصى كنص الشارع ، استنكراهما في الوقف ، واستنكرا الاسترسال في مثلها ، أو بالقياس عليها في الوصية ، ومع أنهما من الحنابلة وقد علمت أن الحنابلة يوسعون في الشروط أكثر من غيرهم ، فقد ضيقا في الشروط في الوصايا والأوقاف سداً لباب حسبه شراً ، لأن من الشروط ما رآوا أن فيه فتحاً لباب الفساد ، كاشتراط عدم الزواج في الاستحقاق في الوقف ، أو في الدخول في الوصية .

وأساس الخلاف بين هذين الفقهاء الجليلين وغيرهما من الأئمة في شروط الأوقاف والوصايا التي يشترطها الواقفون والموصون أن أبا حنيفة وأصحابه وسائر الأئمة لا يبطلون من الشروط إلا ما يكون منهيّاً عنه في الوصايا والأوقاف أو يضر بمصلحة الأعيان والمستحقين ، أما ابن تيمية فيرى ومعه ابن القيم أن كل شرط لا يتفق مع مقاصد الشارع العامة يكون باطلاً ، ولو لم ير فيه نهي خاص ، ويوسعان في معنى هذه المقاصد الشرعية ، وكلما وسعا فيها ضيقاً من نطاق الشروط الجائرة ، وهنا مفصل الخلاف بينهم وبين الحنفية ، ولنضرب لذلك مثلاً موضحاً ، وهو اشتراط عدم الزواج للدخول في الاستحقاق في الوقف .

أو في الوصية ، فأبو حنيفة وأصحابه لا يرون في مثل هذا الشرط ما يوجب إلغائه ؛ لأنه لم يرد نهى عنه ، وابن تيمية وابن القيم ومن سلك سبيلهما يرون فيه مخالفة لمقاصد الشارع من الحث على الزواج ، ومنع الفساد ، وأن الامتناع عن الزواج رغبة في الأموال قد يوقع في الشر ويشيعه .

وإن شئت تحرير الفرق بين المسلكين ، فقل إنهما اتفقا على أن مخالفة مقاصد الشارع غير سائغة في الشروط ، فكل شرط اشتمل عليها باطل . ولكن الحنيفة ضيقوا معنى المخالفة في دائرة المنهى عنه بالذات ، أما ابن تيمية وتلاميذه ، فوسعوا معنى المخالفة ، حتى تشمل كل ما يؤدي إلى فساد ، أو ما يكون ضد المصلحة الاجتماعية .

فابن تيمية وتلاميذه ينظرون إلى مقاصد الشارع العامة ، وإلى آثار تنفيذ هذه الشروط ، وتلاقيها مع تلك المقاصد العامة ، بينما يستفاد من الفروع التي تنص عليها كتب الحنفية أنهم ينظرون أول ما ينظرون إلى هذه الشروط من حيث منافاتها في ذاتها لمصلحة المستحقين ، وكونها متفقة في الجملة مع الشريعة لم تشتمل على منهى عنه ، ولا ينظرون في فروعهم إلى الآثار الاجتماعية العامة لكل شرط ، واعتبر ذلك بالمثال الذي ذكرناه ، وهو شرط التعزب ، فالحنفية لم يتجاوزوا في النظر إليه إلا كونه معصية أو ليس بمعصية ، أما ابن تيمية وتلاميذه فنظروا إليه من ناحية آثاره الاجتماعية ، واتفاهه مع المقصد العام للشرع الإسلامي ، وعدم اتفاهه .

٣٨ — ولقد قسم ابن تيمية الشروط التي يشترطها الواقفون والموصون ، إلى ثلاثة أقسام .

القسم الأول . عمل يتقرب به إلى الله تعالى ، وهو الواجبات ، والمستحبات فنزل هذا الشرط يجب الوفاء به .

والقسم الثاني : عمل نهى عنه نهى تحريم أو نهى تنزيه ، فاشترط مثل هذا الشرط باطل بانفاق العلماء ، وقد جعل ابن المقيم من هذا القسم ما كان

من الشروط مستلزماً وجود ما نهى عنه ، إذ هو بمنزلة ما نص على النهى عنه .
ولقد قال : « قد اختلف العلماء في بعض الأعمال هل هو من المنهى عنه ؟
فيختلف اجتهادهم في ذلك الشرط بناء على هذا ، وهذا أمر لا بد منه في الأمة
ومن هذا الباب أن يكون العمل ليس محرماً في نفسه ، ولكنه منافع لحصول
المقصود المأمور به ، ومثال هذه الشروط أن يشترط على أهل الرباط إقامتهم فيه
وهذا مكروه في الشريعة مما أحدثه الناس ، .

وعما يلحق بهذا القسم أن يكون الشرط مستلزماً ترك ما ندب إليه الشارع .
القسم الثالث - عمل ليس بمكروه في الشرع ولا مستحب ، بل هو مباح
مستوى الطرفين ، فهذا قرر بعض العلماء وجوب الوفاء به ، وغيرهم على أنه
شرط باطل ، فلا يصح أن يشترط إلا ما كان قرينة إلى الله تعالى ، وذلك لأن
الإنسان ليس له أن يبذل ماله ، إلا لما فيه منفعة في الدين أو في الدنيا ، فما دام
الإنسان حياً فله أن يبذل ماله في تحصيل الأغراض المباحة ، لأنه ينتفع بذلك ،
فأما الميت فإنه بعد الموت لا ينتفع بشيء من أعمال الأحياء إلا عمل صالح قد أمر به
أو أعان عليه ، أو هدى إليه ، فإذا اشترط الموصى أو الواقف عملاً ، أو صفة
لا ثواب فيها كان السعي في تحصيلها سعيًا فيما لا ينتفع به في دنياه ، ولا في آخرته ،
ومثل هذا لا يجوز .

٣٩ - هذه أقوال الفقهاء في شروط الموصين والواقفين ، وإنما نرى أن
القانون يتجه إلى تقييد الشروط الواجبة التنفيذ ، فضيق في نطاق الشروط الصحيحة ،
ووسع في نطاق الشروط الباطلة ؛ وهو في ذلك ينحو نحو ابن تيمية وتلميذه
ابن القيم في الوصية والوقف ، ومن اختاروا مسلكه ، ولذلك أكثر من القيود
في الشروط الصحيحة ، وكل قيد من قيودها إطلاقاً لضدها ، وتوسعه فيه .
وقد قيدها الشروط الصحيحة بثلاثة قيود : أولها أن يكون فيه مصلحة ،
ولو كانت فيه مصلحة وزالت في وقت ما لم يجب الوفاء به ، والثاني ألا يكون
منهياً عنه ، والثالث ألا يكون منافياً لمقاصد الشريعة .

وهنا نلاحظ ملاحظة شكلية في صيغة القانون ، فإنها فيها حشواً ؛ لأنه لم يكن ثمة داعٍ لذكر القيد الثاني وهو ألا يكون منهيّاً عنه ، اكتفاءً بالقيد الأخير ، لأن المنهى عنه يدخل في عموم المنافي لمقاصد الشريعة ، إذ المنافي لمقاصد الشريعة يشمل المنهى عنه بالذات أو في الجملة ، ويشمل ما كان مخالفاً لمقاصد الشريعة العامة أو يؤدي الأخذ به إلى وقوع في منهى عنه ، أو مكروه أو ترك أمر مندوب إليه فما كان إذن حاجة إلى ذكر كلمة لم يكن منهيّاً عنه ، استغناءً بما بعدها عن ذكرها . ولعل واضح النص أراد أن يجمع بين الشروط غير الصحيحة عند أبي حنيفة وابن تيمية وابن القيم ، فذكر الوصف المذكور عند الحنفية ، وذكر الوصف المذكور في فتاوى ابن تيمية ، وبحوث ابن القيم ، ولكن ذلك لا يمنع أنه حشو لم يكن ثمة حاجة إليه ، وفي الصيغة غناء عنه .

والقانون إذ يتجه إلى توسيع نطاق الشروط الباطلة ، يسلك مسلك ابن تيمية ، بل إنه ينهل من معينه ، لأن تعريفه للشرط الصحيح يتفق مع رأى ابن تيمية تماماً ، مما يدل على أنه اعتمد عليه ، لأنه لم يعتبر إلا الشرط الذي لا يكون منافياً لمقاصد الشارع ، وفيه مصلحة ، أي أنه يكون مطلوباً لتحقيق المصلحة ، فهو لا ينظر في الشرط إلا إلى الفائدة التي تجعله مطلوباً بعد أن يلاحظ أنه غير منافٍ للمقاصد الشريعة ، وبالموازنة بين هذا وما نقلناه لك آنفاً من كلامه في القسم الثالث من الشروط ننتهي إلى أنه يتفق معه تمام اتفاق ، أو على الأقل يقاربه .

٤٤٠ م — والآن نريد أن نتجه إلى بيان ما اشتملت عليه المادة الثالثة (١)

وهي متصلة تمام الاتصال بالمادة الرابعة ، لأن الأخيرة مرتبطة في لفظها ومعناها بها ، وقد منّا الكلام في الرابعة عن الثالثة ، لأنها تتصل بالصيغة ، وتبين شكلها ، في إضافتها إلى المستقبل ، وتعليقها ، واقترانها بالشرط ، فكان تقديمها

(١) نص المادة الثالثة هو « يشترط في صحة الوصية ألا تكون بمعصية ، وألا يكون

الباعث عليها منافياً لمقاصد الشارع ، وإذا كان الموصى غير مسلم صحت الوصية إلا إذا كانت محرمة في شريعته وفي الشريعة الإسلامية ، .

أولى ، ونحن نتكلم في الإنشاء والركن . أما الثالثة فإنها في الباعث والغرض ، ووصف الوصية من هذه الناحية ، فكان الكلام في ذلك مؤخراً عن الكلام في الركن وشكله .

تعرضت المادة الثالثة لبيان حكم الوصية إذا تمحضت للمعصية ، فتضمنت أن الوصية إذا كانت بمعصية أو كان الباعث عليها منافياً لمقاصد الشارع فهي غير صحيحة . لأن من شروط الصحة ألا تكون كذلك ؟

كما تضمنت بيان حكم وصية غير المسلم فحكمت بأنها صحيحة إلا إذا كانت قد تمحضت لأمر محرم في الشريعة الإسلامية وشريعته ، فإذا كان محرماً في إحداها ، وهو حلال في الأخرى كانت الوصية به صحيحة .

ولكى تلتئم هذه المادة مع المادة التي تليها ، ويستبين الاتصال بينهما ، وجب أن نقول إن المادة الثالثة تبين الوصية إذا تمحضت للمعصية ، كالوصية على أندية القمار ، أو إقامة القباب على المقابر ، أو النياحة على القبور أو وراء جنازة الموتي فتكون باطلة ، لأنه لا توجيه لها إلا في سبيل المعاصي ، ولا مصرف لها سوى هذا السبيل ، والشارع لا يقر الصرف في ذلك فتكون باطلة . أما إذا كانت الوصية موضوعها خير في ذاته ، ولكن اشترط فيها شرط هو معصية في ذاته أو يؤدي تنفيذه إلى منافاة لمقاصد الشارع ، فإن الشرط يلغى ، وتصرف الوصية في مصارف الخير ، ولا يلتفت إلى الشرط المشتغل على المعصية ، وهذا ما تعرضت لبيانه المادة الرابعة ، وإنما صحت الوصية في هذه الحالة مع اشتراط المعصية ، لأنه أمكن توجيهها من الناحية المباحة ، وصرفها في المصارف التي لا إثم فيها ، فنفذت مع ملاحظة أوامر الشارع ونواهيه ، فنفذ منها ما يتفق مع ذلك وأبطل غيره ، ولذلك لم يحكم عليها بالبطلان .

٤١ م — والمادة الثالثة كما نوهنا اشتملت على ثلاثة أمور :

أولها — الوصية التي تمحضت للمعصية ، وهي الوصية بأمر محرم نصاً ، كوصية لأندية القمار ، أو لمرقص .

ثانيها — وصية ليست في ذاتها معصية ، بل هي تمليك مباح ، ولكن الباعث عليه أمر محرم ، كالوصية للخليلة ليضمن أن تستمر معه على الحال المحرمة بينها ، وكالوصية لأهل الفسوق ، ليستعينوا بها على فسقهم ، فإن هذه الوصية ينظر حينئذ إليها نظران : (إحدهما) كونها تمليكا مباحاً لمن هو أهل للتمليك .

(والثاني) نظر القانون إلى الباعث ، فإن الباعث عصيان ، وما كانت الوصايا لذلك ، وهي مشروعة استثناءً للإعانة على الواجبات التي فاتته في ماضى حياته ، أو لتكون له صدقة جارية من بعد وفاته ، أو ليصل بالمودة من يود صلته من ذوى قربه أو غيرهم الذين أعانوه في حياته ، ولا يتفق هذا مع اتخاذها ذريعة للاستمرار على الفسق والفجور ، ولذلك أبطل القانون الوصايا التي يكون الباعث عليها لا يتفق مع مقاصد الشرع أو بعبارة أوضح يكون الباعث عليها معصية أو يؤدي قطعاً إلى أمور لا يحلها الشارع .

٤٢ م — وهنا يجب أن نشير إلى أن القانون في هذه المسألة قد أتى بأمر جديد على القواعد العامة لفقهاء أبي حنيفة والشافعي ومالك أو بعبارة أعم لفقهاء المذاهب الأربعة في الجملة ؛ لأن العبرة في صحة العقود في هذه المذاهب في الجملة إلى الألفاظ الدالة عليها ، ولا يحكم على المقاصد والبواعث ، إلا إذا كانت هناك ألفاظ تدل عليها ، وفي هذه الحال يعطى الحكم على أساس هذه الألفاظ ، لا على أساس البواعث الخفية التي لم يقم دليل من الألفاظ عليها .

ولكي يكون القانون غير غريب من كل الوجوه ، ويكون متفقاً مع الأصول المقررة في الإثبات بين يدي القضاء يجب أن يكون الأمر في تعريف الباعث والمقصد معتمداً على أمور مادية واضحة بينه ، لا على مجرد الحدس والتخمين . فالوصية للخليلة مثلاً ، والموصى قوى معافى سليم إذا اقترن بقرائن أخرى ، يمكن أن يعرف باعته ، وهو استمرارها على تلك الحال المحرمة ، وضمان ذلك الاستمرار ، ولهذا تكون الوصية باطلة ، وإذا كانت الوصية وهو مريض مرضاً يظهر له أنه لن يبرأ منه ، فإن مثل هذه الوصية لا تكون باطلة ؛ لأنها قد تكون

صونا لها من بعده عن الإبتدال ، وليس في ذلك ما يؤدي إلى أمر محرم ، فلا يحكم عليها بالبطلان ، أو دلي الأقل يتوقف القاضي ، حتى يثبت لديه بالبرهان باعته الذي يؤدي إلى أمر آثم يقينا .

الأمر الثالث - وصية غير المسلم ، وقد نوهنا إلى أن القانون اعتبرها باطلة إذا كانت محرمة في دينه وفي الإسلام ، فالوصية لفقراء المسلمين صحيحة ؛ لأنها حلال فيهما ، والوصية لفقراء غير المسلمين كذلك ، والوصية على المصالح مثلها ، والوصية على المساجد صحيحة ؛ لأنها حلال في نظر الإسلام ، والوصية للكنائس والبيوع وبيوت العبادة صحيحة ، لأنها حلال في دينه ، والوصية على أذية الفهار غير صحيحة ، لأنها حرام فيهما ، وكذلك الوصية على الخلائل لتستمر الحال التي لا تتفق مع دين ، أو على الأقل لا تتفق مع دين سماوي ، وغير المسلمين في مصر من أهل الديانات السماوية والحمد لله .

٤٣ - هذا بيان المادة الثالثة وما اشتملت عليه ، ولنتجه إلى بيان المصدر الفقهي ، لقد ذكرت المذكرة التفسيرية أن الأمر الأول ، وهو بطلان الوصية بأمر محرم مأخوذة من الفقه الحنفي ، فيجب إذن أن نرجع إلى ذلك الفقه ؛ لنعرف البيان الكامل لأصل هذه المادة :

إن المنصوص عليه في الفقه الحنفي أن الوصية لأهل الفسوق مكروهة ، ولكنها من الناحية القضائية تكون صحيحة ليس لقاض أن يحكم ببطلانها ، لأنها تملك^(١) لمن هم أهل التملك ، فصح ذلك التملك ، لأنه لشخص صالح له ، وقد نص بجوار ما سبق على أنه إذا كانت الوصية بضرب قبة على قبره ، فإنها تكون باطلة ، وكذلك نص على بطلان الوصية بقراءة القرآن على القبر ، وغير هذا من الوصايا بأمور ليس فيها تملك لأحد .

وقد قال ابن عابدين إن مقتضى هذا الكلام أنه يشترط لصحة الوصية عدم

(١) راجع أول كتاب الوصايا في الدر المختار ورد المختار والنظر في بطلان هذه قانونا بجي . من ناحية النظر إلى الباعث ، لا الصرف في ذاته .

الكرامة وأنها تكون باطلة، ووفق بينها وبين إجازة الوصية لأهل الفسوق مع أنها مكروهة بقوله : « يفرق بينهما بأن الوصية إما صلة أو قرابة ، وليست هذه واحدة منهما . فبطلت بخلاف الوصية لفاسق ، فإنها صلة لها مطالب من العباد ، فصحت وإن تكن لفاسق كالوصية لغني ، لأنها مباحة ، وإن لم تكن قرابة ، (١) . وجوهر الفرق في أن الوصية لأهل المعاصي تجوز قضاء في الفقه الحنفي ، والوصية لعمل منهي عنه كضرب قبة على قبر غير صحيحة — أن المذهب الحنفي ، لا يشترط جهة القرابة إذا كانت الوصية لمعين أو نحوه لأنها تملك ، وهو من أهل التملك ، وإن كانت لغير معين بأن كان لا يحصى ، أو لمن لا يملك ، لانصح إلا إذا كان فيها قرابة ، فتبطل إذا كانت غير قرابة ، وبالأولى إذا كانت بمعصية .

وبعد هذا البيان نستطيع أن نقول إن الأمر الأول بما اشتملت عليه المادة الثالثة مأخوذ من مذهب أبي حنيفة ، كما جاء في المذكرة التفسيرية .

٤٤ — أما الأمر الثاني : وهو بطلان الوصية إذا كان الباعث عليها منافياً لمقاصد الشارع ، فقد ذكرت المذكرة التفسيرية أنه مأخوذ من القاعدة الشرعية : « الأمور بمقاصدها ، وقالت : « العمل الذي يقصد به أن يكون وسيلة للشر أو مكاباة عليه يكون حراماً باطلاً ، .

ولكن يجب علينا أن ننبه إلى أن اعتماد المذكرة على تلك القاعدة اعتماد على أساس لا يثبت عليه قانونهم ؛ لأن الفقهاء الذين قرروا هذه القاعدة لم يحكموا ببطلان العقود للبواعث التي تبعث عليها ، إذا لم يكن في ألفاظ التعاقد ما يجعل العقد باطلاً ، ولا يصح أن نعتمد على كلام شخص لإثبات نقيض قوله ، بل يجب أن نفهم كلام أولئك المتقدمين على أساس أنه مرتبط ببعضه بعضه ، فيجب مثلاً أن نفهم كلمة فقهاء الحنفية « العبرة بالمعاني ، لا بالألفاظ والمباني ، مقترنة بما جاء في شرح الجامع الصغير : « المعتبر في أوامر الله المعنى والمعتبر في أمور العباد الاسم واللفظ . (٢) » ومقترنة بفرعهم الكثيرة التي لم يطلوا فيها العقود لمقاصدها وبواعثها

(١) راجع عابدين ج ٥ ص ٥٧٧ طبعة استانبول .

(٢) راجع الأشباه والنظائر وحاشيته ج ١ ص ٣٢٠ ، ٣٢٢

بل أبطلوها لما اقترن بها من عبارات تؤدي إلى إبطال مقتضاها ، وإذا فهمت القاعدة على هذا الأساس يكون المقصود بها المقاصد المعتبرة التي تدل الألفاظ عليها ، كالهبة إذا كان العوض مقدراً عند إنشاء العقد وسلم ، فإنها تكون بيعاً لاهبة .

وإذا كانت تلك القاعدة لم تصلح أصلاً فقهيّاً ، وجب أن نبحث عن أصل صحيح مقرر صريح ، وإن ذلك الأصل نجدّه في كلام ابن القيم ، وهو صريح في ذلك ، فهو يصرّح بأن العبرة في أحكام العقود بالمقصود ، وأن القصد من العقد إذا كان آمناً ، وقام دليل عليه فسد العقد ، لذلك يقول :

« قد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده على أن المقصود في العقود معتبرة ، وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده ، وفي حله وحرمة ، بل أبلغ من ذلك تؤثر في الفعل الذي ليس بعقد تحليلاً وتحريمًا ، فيصير حلالاً تارة ، وحرماً تارة أخرى باختلاف النية والقصد ، كما يصير صحيحاً تارة ، وفاسداً تارة أخرى باختلافها ، ولذلك لو أكلنا طعاماً حراماً يظنه حلالاً لم يأثم به ، ولو أكله وهو حلال يظنه حراماً أثمّ بنيته . »
ويقول أيضاً فيمن قصد بعقد غير معناه المتفق مع غرض الشارع : « إن قصد به ما لا يجوز قصده ، كالتكلم بنكحت وتزوجت لا يقصد عشرة زوجية غير مؤقتة ، بل يقصد تحليلها لمطلقها الثلاث ، وبعث واشترت بقصد الربا وما أشبه ذلك ، فهذا لا يحصل له مقصوده الذي قصده ، وجعل ظاهر اللفظ والفعل وسيلة إليه ، فإن في تحصيل مقصوده تنفيذاً للبحرّم ، وإسقاطاً للواجب ، وإعانة على معصية الله . ومناقضة شرعه . وإعانتته على ذلك إعانة على الإثم والعدوان ، ولا فرق بين إعانتته على ذلك بالطرق التي وضعت مفضية إلى غيره ، واتخاذها هو ذريعة ، كمن يعقد عقد شراء ليكون ذريعة للزنا ، فالقصد إذا كان واحداً لم يكن اختلاف الطرق الموصلة إليه موجباً لاختلاف حكمه ، فيحرم من طريق ، ويحل بعينه من طريق أخرى ، فإن الطرق وسائل ، وهي مقصودة لغيرها ، فأى فرق بين التوسل إلى الحرام بطريق الاحتيال والمكر والخداع ، والتوسع إليه بطريق المجاهرة التي يوافق فيها السر الاعلان ، والظاهر الباطن ، والقصد اللفظ ، بل سلك هذه الطريقة قد

تكون عاقبته أسلم ، وخطره أقل من سالك تلك ، كما أن سالك طريق الخداع والمكر عند الناس أمقت ، وفي قلوبهم أوضع ، وهم عنه أشد نفرة ممن أتى الأمر على وجهه ، ودخله من باب^(١) .

وهذا كلام صريح في أن العقد يأخذ حكم باعته ، فإن استيقن القاضى بأن الباعث إثم أو يؤدي لا محالة إلى شر حكم يبطلانه ، وإذا ثبت لدى القاضى أن الباعث على الوصية يتنافى مع مقاصد الشريعة ، وقامت على ذلك القران فإنه يحكم بأن العقد غير صحيح ، ولا أثر يترتب عليه .

هذا والمادة بعمومها في هذا الجزء وهو عدم صحة الوصية التي يكون الباعث عليها منافياً لمقاصد الشارح تشمل بطلان وصية الضرار ، وهي التي يقصد بها الأضرار بالورثة ، بأن يوصى بثلث ماله لبعض الناس ، لا لقصد صلته ، بل مضارة بورثته ، وقد أطلعنا على بعض وثائق الوصايا ، فوجدنا الموصى يصرح بأنه يوصى بثلث ماله لبعض جهات البر إن تزوج ابنه من فلانة ، ويصرح بأنه كان يريد أن يوصى بكل ماله في هذه الحال ، ولكن القانون لا يمكنه إلا من الثلث ، فهذه الوصية وأشباهاها ، وكل ما هو على شاكلتها ، وإنه لكثير - لا يقصد به إلا مضارة الورثة ، فالباعث عليها منافي لمقاصد الشارح ، وإذا ثبت هذا الباعث ، كما جاء في الوثيقة التي أشرنا إليها كانت الوصية غير صحيحة .

وقد حقق بعض العلماء بطلان وصية الضرار ، ومنهم الشوكاني في نيل الأوطار ، فقد جاء فيه ، الوصية المشتملة على الأضرار مخالفة لما شرعه الله تعالى ، وما كان كذلك فهو معصية . . وعن ابن عباس بإسناد صحيح أن وصية الضرار من الكبائر ، فما أحق وصية الضرار بالابطال من غير فرق بين الثلث ، وما دونه وما فوقه . .

٤٥ — أما الأمر الثالث ، وهو الخاص بوصية غير المسلم ، فقد ذكرت المذكورة التفسيرية في بيان مصدره الفقهي أنه مذهب أبي حنيفة في أكثره ، ومذهب

(١) منقول بتصرف من إعلام الموقعين الجزء الثالث ص ٢٠٦ وما يليها .

الشافعي في فرع من فروعه ، فقالت : « والأحكام موافقة لمذهب الإمام أبي حنيفة إلا في الوصية بما هو قرابة عند المسلمين دون شريعة الموصى ، فإنها تصح على مذهب الشافعي ، .

ولنذكر أحكام وصايا غير المسلمين في مذهب أبي حنيفة بالنسبة للجهة الموصى لها ، ويتبين منها أن الجزء المأخوذ من مذهب الشافعي صغير جداً .
لقد نص الحنفية على أن الموصى له إذا كان معيناً بأن كان شخصاً معيناً أو قوماً معينين ، فإن الوصية لهم تجوز من غير المسلم ، سواء أكان الصرف لهم قرابة في نظر المسلم وحده أم في نظر المسلم وغير المسلم ، ما دامت لا معصية فيها ، وعلل ذلك الزيلعي بأن ذلك تمليك ، وتمليك غير المسلم جائز للمسلمين المعينين ، ولو كان قد ذكر أن تسرج به مساجدهم ، وقد قال في ذلك « فحاصله أن وصيته لقوم معينين تجوز في الكل على أنه تمليك لهم ، وما ذكره من الجهة من تسريح المساجد ونحوه خرج منه على طريق المشورة ، لا على طريق الإلزام ، حتى لا يلزمهم أن يصرفوه في الجهة التي عينها بل يفعلون به ما شاء : لأنه ملكهم ، .

وإذا كانت الوصية لغير معين ، أي لقوم غير محصورين ، فهنا موضع التفصيل ، لأن الحنفية يشترطون في الوصية في هذه الحال لأجل صحتها أن يكون هناك ما يشير إلى معنى الحاجة ؛ لتكون الوصية قرابة وصدقة ، وإذن يشترط لصحة الوصية في هذه الحال أن تكون في قرابة ، وقد قسم فقهاء الحنفية وصية غير المسلم في ذلك إلى ثلاثة أقسام :

أولها - الوصايا التي تعتبر قرابة عندنا وعندهم ، كما إذا أوصى بأن يسرج بيت المقدس ، أو أوصى لفقراء أهل القرية ، أو لفقراء المسلمين ، أو لفقراء مدينة القاهرة ، أو بغداد أو دمشق ، فإن الصرف للفقراء مهما تختلف دياناتهم قرابة في كل الأديان .

وثانيها - الوصية بما محرم في الإسلام وفي ديانة الموصى ، كان يوصى للغنيات والناتحات ، فإن الوصية في هذه الحال باطلة إن تمحضت لهذه المعصية

ومثلها عند الحنفية ، إذا كانت الوصية قربة عندنا ، وليست قربة عندهم .

ثالثها — الوصية بما هو قربة عندهم ، وليس قربة عندنا ، وهذه قد اختلف فيها أبو حنيفة مع صاحبيه ، فأبو حنيفة قرر أنها وصية جائزة ، والصاحبان قررا أنها باطلة ، ومثال هذا النوع الوصية ببناء كنيسة لغير معين ، وحجة أبي حنيفة أن هذه قربة في معتقدهم ، ونحن أمرنا بتركهم وما يدينون ، فتجاوز الوصية بالبناء على معتقدهم ، ولا يعاملون بغيره .

وحجة الصاحبين أن هذه ليست قربة في نظر الإسلام ، والعبرة في قضاء الإسلام بنظره . فعلينا أن نقضى بحكمه ، لأننا لا نحكم بغير ما أنزل الله ، فلا نحكم بمعتقدهم ، وأمرنا بتركهم وما يدينون يقتضى ألا تتدخل في شئونهم ، ولكن عند التقاضى لا يقضى باعتقادهم ، بل يقضى بحكم الإسلام . والعمل على مذهب أبي حنيفة من قديم الزمان .

٤٦ — جاء القانون ، فنص على أنه لا يبطل وصية غير المسلم إلا إذا كانت محرمة في شريعته وفي الشريعة الإسلامية ، كما علمت ، وهذا يتفق مع مذهب أبي حنيفة ، إلا في جزء من الحال الثانية السابقة ، وهو الذى تكون فيه الوصية فى معناها لغير معين ، وكان الصرف قربة فى نظر المسلمين ، ولم يكن قربة فى نظر الموصى ، كأن يوصى لمسجد فى مدينة لا ينتفع بالصلاة فيه معينون أو محصورون . وقد أخذ ذلك الحكم من مذهب الشافعى وأحمد ؛ لأنهما يعتبران القربة المطلوبة فى حال اشتراط القربة هى ما كان فى نظر الإسلام قربة ، وفوق ذلك ، فإن أحمد كالك لا يشترط القربة لافى الوقف ولا فى الوصية ، بل الشرط ألا يكون فى الصرف معصية ، والعبرة فى كونه معصية عند أحمد هو بنظر الإسلام ، وعلى ذلك نستطيع أن نقول إن الفقرة الأخيرة لا تعتمد فقط على مذهب الشافعى ، بل توافق أيضاً مذهب أحمد ومذهب مالك ، لأن مذهب أحمد ينظر القرية عند اشتراطها بنظر الإسلام ، ولأن مالك وأحمد لا يشترطان القرية فى الوقف والوصية لغير المعين ، بل الشرط أن يكون فى الصرف بر أو معروف ، وألا يكون فيه معصية .

سماع دعوى الوصية

٤٧ م — ذكرنا إنشاء الوصية ، والصيغة التي تنشأ بها ، ولم يشترط القانون بوضعه القائم شروطاً أخرى رسمية للإنشاء ، ولكنه اشترط فقط لسماع الدعوى بعد وفاة الموصى عند الإنكار أن تكون الورقة ثابتة بورقة رسمية أو بورقة عرفية كتبت جميعها بخط المتوفى ، وعليها توقيعه ، أو كانت بإمضاء مصدق عليه ، وطبق ذلك على الحوادث الواقعة بعد سنة ١٩١٠ .

أما الحوادث السابقة على ذلك فقد اكتفى في إثبات الدعوى بورقة عرفية عليها إمضاء المتوفى ، أو ختمه بشرط أن تكون خالية من شبهة التصنع . وقد أخذ في ذلك مما جاءت به لائحة سنة ١٩٣١^(١) في الجملة ، وزاد عليها الإثبات بالورقة المصدق على توقيعها ، وإن لم تكن بخطه جميعها .

٤٨ م — ولقد كان المشروع الذي تقدمت به وزارة العدل لمجلس الأمة ينص على أن الوصية لا تنشأ إلا بمقد رسمي ، أو بعقد عرفي مصدق على أمضائه ، ولقد نقدنا ذلك الجزء ، وقلنا في ختام النقد مانصه :

« ولو أن لنا أن نقترح شيئاً يحل محل ما اقترحتة اللجنة في هذا المقام ، فهو أن نبقى ما جاء باللائحة الشرعية على ما هو عليه ، وهو ألا نسمع دعوى الوصية بعد الوفاة عند الإنكار إلا إذا كانت ثابتة بأوراق رسمية ، أو ورقة مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها إمضائه ، ويزاد على ذلك ألا تنتقل ملكية العقار الموصى به إلى الموصى له بعد الوفاة ، إلا إذا سجل عقداً الوصية ، أو الحكم الصادر بها عند التنازع

(١) وهذا نص الفقرة الخاصة بذلك من المادة الثانية من القانون : ، ولا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الرجوع القولى عنها بعد وفاة الموصى في 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 دعوى ما ذكر إلا إذا وجدت أوراق رسمية ، أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى ، وعليها امضائه كذلك ، أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع مصدقاً على توقيع الموصى عليها .

فيها ، وبذلك تتفق الوصية بالعقار مع العقود النافذة للملكية العقار من يد إلى يد ، (١) وقد وجد الأمر ان أذنا مصغية ، فقد رأيت أن حكم اللائحة الشرعية هو الذى أخذ به بالنسبة لإنشاء الوصية وسماع الدعوى بها فى الجملة ، وعدل عن اشتراط الرسمية ، أو ضرورة التصديق على التوقيع لإنشائها .

أما الأمر الثانى ، وهو اشتراط التسجيل لنقل الملكية بها فى العقار ، فقد أخذ به فى المبدأ العام الذى قرر بمقتضى قانون الشهر العقارى الذى طبق منذ أول يناير سنة ١٩٤٧ - أن الوصية لا تنتقل بها الملكية فى العقار فى الوفيات الواقعة بعد ذلك التاريخ إلا بعد تسجيل ذلك النقل ، فصارت الوصية لا تنقل الملكية فى العقار إلا إذا سجل العقد أو الحكم عند التنازع .

ولقد كان ذلك حسناً ، فإن شهر العقار بالتسجيل يميز الحقوق ويمنع الاعتداء ، وهو منطق القرائن القائمة ، فالأخذ به فى كل أسباب نقل الملكية للعقار ربط بين كل هذه الأسباب ، ففسير على نسق واحد محكم ، وتكون وسائل إثبات الحقوق فى العقار متحدة لا تنافر بينها . بل تجرى على نظام مقرر ثابت .

وبمقتضى ذلك تصير الوصية كالبيع تذباً بالأفوال المنشئة لها ، ولكن لا تثبت الملكية فى العقار إلا بالتسجيل ، وكذلك البيع .

(١) راجع مجلة القانون والاقتصاد السنة الثالثة عشر ص ٢٦٠ وقد بنى نقد المشروع فى أمور هذه ملخصها :

أولاً : أنه لا توجد غاية معقولة لاشتراط الرسمية أو ما يشبهها للإنشاء ، فلا يكون الغرض الشهر لأنه اكتفى بالعقد المصدق على توقيعه ، وبذلك لا يصلح غاية معقولة ، ولا يمكن أن تكون الغاية شبهها بالهبة ، لأن الباعث على الاشتراط فى الهبة هو حماية الواهب وليس ذلك بمتحقق فى الوصية ، لأن الملكية لا تثبت الا بعد الوفاة ، وله الرجوع فى أى وقت شاء .

ثانياً : ان اشتراط التسجيل للإنشاء فيه ضرر بالموصى ، لأن فيه اهمال ارادته ، وضرر بالموصى له . لأنه حرمان له ، وإن كثيراً من الوصايا فى أبواب القرىات فلا يصح التصديق فى انشائها ، بل المعقول هو التوسعة .

ثالثاً : أن طبيعة الوصية تتنافى فى كثير من الأحوال مع اجراءات التسجيل ، اذهى فى غالب أحوالها تكون قرب الوفاة ، وتلك حال لا يسهل فيها التسجيل ، وقد يكون سبباً فى قوائها ، وفى قوائها المضرة للموصى والموصى له كما بينا .

شروط الموصى

٤٩ - ذكرنا فيما أسلفنا من قول ركن الوصية ، والعبارة المنشئة لها ، وما يقترن بها من شروط ، والبواعث على الوصية ، وصحة الوصية وبطلانها من هذه الناحية ، وذكرنا في ثنايا القول متى تنتقل الملكية في الوصية النافذة من غير حاجة إلى إجازة أحد ، والآن نتكلم في شروط الوصية . وهي أقسام ثلاثة : شروط تتعلق بالموصى ، وشروط تتعلق بالموصى له وشروط تتعلق بالموصى به . ولنتكلم في كل من هؤلاء ، مبتدئين بالموصى .

٥٠ م - ذكر القانون شروط الموصى التي يجب توافرها؛ لكي تنشأ الوصية الاختيارية صحيحة ، وتستمر صحيحة إلى الموت في المواد الخامسة ، والرابعة عشرة والسادسة عشرة (١) .

وخلاصة ما اشتمل عليه من أحكام أن الموصى يشترط أن يكون من أهل التبرع ، بأن يكون بالغاً عاقلًا رشيداً ، وعبر القانون عن هذه المعاني بكلمة « وأن يكون من أهل التبرع قانوناً » ، ومعناها هو هذا الذي ذكرناه ، وعلى ذلك إذا صدرت وصية عن غير البالغ ، أو عن المجنون ، أو المعتوه كانت باطلة .

أما العاقل السفیه ، ومثله من لم يبلغ الحادية والعشرين ، وقد بلغ ثمانى عشرة سنة شمسية ، فإن وصيتهم ليست باطلة باطلاق ، بل تصح بعد استئذان المحكمة الحسينية وإذنها .

وقد لاحظ القانون في ذلك أمرين : (أحدهما) أن السفیه وذا الغفلة مكلفان

(١) وهناك نص هذه المواد :

المادة الخامسة - يشترط في الموصى أن يكون أهلاً للتبرع قانوناً ، على أنه إذا كان محجوراً عليه لسفه أو غفلة ، أو بلغ من العمر ثمانى عشرة شمسية جازت وصيته باذن المجلس الحسيني (المحكمة الحسينية) .

مادة ١٤ - تبطل الوصية بجنون الموصى جنوناً مطبقاً إذا اتصل بالموت ، وكذلك تبطل بالنسبة للموصى له إذا مات قبل موت الموصى .

مادة ١٦ - لا تبطل الوصية بالحجر على الموصى لسفه أو الغفلة .

كل التكاليف الشرعية والاجتماعية ، لم يسقط اعتبار قولها ، ولم تسقط عنهما تبعة أعمالها ، وإنما الحجر على كل واحد منهما لمصلحة نفسه ، والمحافظة على ماله ، ورعاية حقوق وورثته من بعده ، فكان من الحق أن تنفذ وصاياه ، وخصوصاً أنها لا تصيب أمواله بنقص في حال حياته ، وقد حافظ الشارع على حقوق وورثته بحماية الثلثين لهم ، وبذلك أخذ الأئمة الثلاثة : أبو حنيفة ومالك وأحمد ، وأحد قولي الشافعي ، ولكن لأنه لم يحسن التدبير ولم يحسن التصرف كان للمحكمة الحسينية رقابة على هذه الوصايا لتكون في دائرة الحق ، ولتكون كوصايا أهل التدبير الحسن ، فاستئذان المحكمة الحسينية لتكون في الدائرة المعقولة المشروعة ، ولضمان ذلك من اشتهر بسوء الرأي والتدبير .

(ثانيهما) أن سن الرشد في القانون هي إحدى وعشرون سنة ، وهي أكبر من السن التي قررها فقهاء المذهب الحنفي الذي كان معمولاً به من قبل ، إذ أن أقصى سن البلوغ على مقتضى ذلك المذهب هي ثمان عشرة سنة للغلام ، وسبع عشرة سنة للجارية ، على مذهب الإمام ، وخمسة عشر سنة لها عند الصاحبين ، فكان من يبلغ الثامنة عشرة سنة بالغاً بحكم الفقه ، غير بالغ بحكم القانون ، وقد لاحظ القانون ذلك ، فجعل لمن يبلغ الثامنة عشرة الحق في إدارة أمواله تحت إشراف المحكمة الحسينية^(١) وكان من الاتساق القانوني ، وموافقة المذاهب الفقهية المختلفة أن يكون لمن يبلغ هذه السن الحق في الوصية بعد إذن المجلس الحسيني ، ليضمن المجلس أن تكون وصيته كوصية الحسن الرأى والتدبير من البالغين الراشدين .

٥١ م — وإذا كان العقل شرطاً لصحة الوصية عند إنشائها ، فهو شرط أيضاً لبقائها ، ولذلك إذا جن الموصي جنوناً مطبقاً واتصل الجنون بالموت ، فإن الوصية تبطل ، وذلك لأن للموصي الرجوع في الوصية ، فشرط بقائها أن يموت مصراً عليها ، فإذا أصيب بجنون مطبق ، واتصل ذلك الجنون بالوفاة لم يثبت

(١) راجع قانون المحاكم الحسينية الممول به .

أنه مات مصراً عليها ، لاحتمال أنه ربما كان يرجع لو كان مستقيماً إلى الموت ، وإذا كان الجنون غير مطبق ، أو لم يتصل بالموت لم تبطل الوصية ؛ لأنه إذا استفاق بين عارض الجنون والموت كانت لديه فرصة الرجوع ، ولم يرجع ، فكان ذلك دليلاً على الإصرار ، وإذا كان الجنون غير مطبق لا تبطل الوصية ، ولو اتصل بالموت ؛ لأنه يشبه الإغماء ، والاعماء لا يبطل الوصية ، ولأن زوال العقل في غير المطبق غير مستيقن ، فلا تزول به التصرفات الثابتة .

والجنون المطبق في أرجح الأقوال هو الذي يمكث شهراً ، وبذلك أخذت المذكرة التفسيرية .

هذا هو حكم الجنون إذا عرض بعد إنشاء الوصية ، ويختلف الحكم إذا عرض الحجر للسفه أو الغفلة بعد إنشاء الوصية ، فأنها لا تبطل ولو اتصل الحجر بالموت ؛ وذلك لأن الحجر للسفه والغفلة لا يزيل الأهلية ، ولا يمنع الرجوع في الوصية ؛ فليس في القانون ما يدل على أن السفه يمنع من الرجوع ، بل النص على أنه لا يبطل الوصية ، ولم يقل الحنفية إنه يمنع إنشاء الوصية ، فالأولى ألا يمنع الرجوع فيها . ٥٢ — هذه أحكام القانون في شروط الموصى اللازم توافرها لتصح الوصية ، وتستمر ، وبقي أن نذكر المصادر الفقهية لها ، أو بعبارة أدق ما يتفق معها من أقوال الفقهاء ، أو يقارنها .

لقد اتفق الفقهاء على أن وصية المجنون . والمعنوه ، والصبى غير المميز الذي لا يقصد إلى معاني العبارات قصداً صحيحاً — باطلة ، لأن عبارة هؤلاء ملغاة لا اعتبار لما تدل عليه ، فلا تصح منهم صلاة ، ولا ينعقد بكلامهم تصرف ، سواء أكان نفعاً محضاً ، أم كان محتملاً للضرر والنفع ؛ فبالأولى لا ينعقد بعبارتهم ما هو تبرع في ذاته .

أما الصبي المميز ، فوصيته جائزة عند أحمد ومالك ، وأحد قولي الشافعي ؛ لما روى أن صبياً من غسان له عشر سنين أوصى لأخواله ، فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، فأجاز وصيته ؛ وروى مالك في موطنه عن عبد الله

ابن أبي بكرة عن أبيه أن عمرو بن سليم أخبره أنه قيل لعمر بن الخطاب أن ها هنا غلاماً يفاغاً لم يحتلم وورثته بالشام ؛ وهو ذو مال ، وليس له ها هنا إلا ابنة عم قال عمر فليوص لها^(١) .

ولأنه إنما منع من التصرف خشية إضاعة المال ، وليس في الوصية إضاعة له ، لأنه إن عاش فهو له ، وإن مات نال الثواب ؛ لأن الوصية الحق لا تخلو من ثواب ، أوبر ، أو معروف ، ولأن الحجر على الصغير لحق نفسه ، لا لحق غيره ، ولو منعنا وصيته لكان عكس المفروض ، ولا يمنع الإنسان من التصرف في ماله لأمر غير مقرر لغيره .

وذهب أبو حنيفة وأصحابه ، والشافعي في أحد قوليهِ إلى أن وصية الصبي المميز لا تجوز ؛ لأن الوصية تبرع ، والتبرع منه لا يجوز ؛ فبالأولى لا تجوز منه الوصايا ، ولأن الوصايا شرعت على سبيل الاستثناء ، ليتدارك المكف ما عساه يكون قد فاته في حياته ، وليبر من وصله ، ولا يتحقق ذلك في الصبي ، إذ هو يستقبل الحياة ، ولا يستدبرها ، فلا معنى للوصية منه^(٢) .

ووصية السفیه جائزة على مذهب الإمام أبي حنيفة ؛ لأنه لا يسوغ الحجر عليه ؛ فهو كامل الأهلية عنده ؛ وعند الصاحبين تجوز استحساناً ؛ لأن الحجر عليه لمصلحة نفسه ، ووصيته التي توافق الحق ، أو يصح أن تصدر عن حسنى الرأى والتدبير في دائرة الثلث لا تضره ؛ لأنها تنفذ من بعده ، ولا تضر ورثته ، لأن حقمهم لا يتجاوز الثلثين ، ولأن السفیه مكلف ؛ فعساه يكون قد فاتته واجبات كزكاة لم يؤدها ، وحج استطاعه ولم يؤده ؛ فيجب أن يكون له الحق الذى تصدق الله به على المكلفين في آخر أعمارهم ، وهو ثلث أموالهم ، وذلك بتمكينه من الوصايا التي توافق الحق ، أو يمكن أن تصدر عن أهل الرأى تمكيناً مطلقاً ، لا رقابة لأحد عليه فيه إلا الله .

ولكن القانون يخالف كل هذا ، ويقيد وصية السفیه باستئذان المحكمة الحسبية

(١) المغنى ج ٦ ص ٥٢٧ .

(٢) أجاز الحنفية على سبيل الاستثناء وصيته بتجهيزه وتكفينه ، والاستثناء معقول

وإذنها ، وقد تكون الوصية في وقت لا مجال فيه للاستئذان ، والاذن ، كأن يكون مريضاً مرض الموت ، وأشرف على الموت ، فأوصى بأداء زكاة ، أو أداء حج أو تصدق ؛ أو نحو ذلك من اعمال البر ؛ فيفوت ذلك الخير الذي يبتغيه ، ويصيب المحتاجين أو الفقراء ،

لذلك لا نجد مبرراً لهذه التقييد الذي اشتمل عليه القانون ؛ ونحن نميل إلى آراء الفقهاء ، لأن الحجر على السفية لصيانة ماله ؛ وللمحافظة على شخصه من الضياع ؛ وأن يكون كلا على الناس ، وذلك لا يتنافى مع الوصية ؛ لأنها تنفذ بعد الموت في دائرة الثلث ؛ ولو أننا أردنا طريقاً وسطاً بين القانون والفقهاء ؛ قلنا إن وصايا السفية تنشأ بمحض إرادته ، كما تنشأ وصايا من لا حجر عليهم ، ولكن يكون للمجلس الحسبي إبطاها ، إذا كانت في غير سبيل الحق أو الخير ، وهذا توسط حسن تتق به ضرر الإفراط في التمسك بالاذن ، ونحقق غرض الفقهاء وشرطهم ، لأنهم أجازوها بشرط أن تكون في سبيل لا شرفيه .

٥٣ - وإبطال الوصية بوجود الجنون المطبق بعد إنشائها هو مذهب أبي حنيفة وأصحابه ، وعللوا ذلك بأن الوصية تصرف غير لازم ، والعقود غير اللازم يكون لبقائها حكم إنشائها^(١) أى أن ما يكون شرطاً للإنشاء هو شرط للبقاء ، لأن بقاءها يقتضى توافر الإرادة المستمرة للبقاء ، وهذه الإرادة لا تكون إلا إذا استمرت الأهلية ، فزوالها بعارض من العوارض يمنع الإرادة المستمرة للبقاء .

ولا فرق عند الحنفية بين الجنون المطبق المتصل بالموت ، والجنون المطبق الذي تحصل منه إفاقة قبل الموت ، لأن عارض الجنون المطبق قد منع إرادة الإبقاء المستمرة .

والجنون المطبق قد اختلف فيه أئمة المذهب الحنفي فقال محمد إنه ما يستمر سنة ؛ وذلك لأن أقصى مدة للعبادات هي سنة للزكاة . فاعتبرت لأنه

(١) البدائع الجزء السابع ص ٣٩٤ .

بعضها تسقط العبادات كلها في السنة ؛ فيكون ذلك دليل سقوط التكليف تماماً .
وقال أبو يوسف إنه ما يستمر شهراً ؛ لأن الشهر أدنى ما تسقط به عبادة
الصوم فاعتبر مقداره ؛ وعلى رأى أبي يوسف سار القانون .

ومذهب المالكية والحنابلة أن الوصية متى نشأت ، والموصى كامل الأهلية
لا تبطل بزوال الأهلية ، ولو اتصل بالموت ، لأن الجنون الطارىء لا يبطل
التصرفات السابقة عليه ، فلا يبطل البيع ، ولا الأجرة ، ولا الوقف ولا غيرها
من التصرفات السابقة ، ولا يصح أن تقاس الوصية على الوكالة ، لأن الوكيل
يستمد ولايته على التصرف باسم موكله من ولاية الموكل ؛ فإذا زالت أهلية الموكل
فقد زالت الولاية التي يستمد منها الوكيل سلطانه فتبطل الوكالة .

وقد توسط القانون ؛ فأخذ بمذهب الحنفية في بطلان الوصية بالجنون الذي
يتصل بالموت ، ولم يأخذ بنظرهم في الجنون الذي لم يتصل بالموت ، بل أخذ فيه
بنظر المالكية والحنابلة .

وهذا التوسط تصرف فقهي حسن ، لأن الجنون الذي لا يتصل بالموت
توجد فيه للموصى فرصة الرجوع إن أراد ؛ فإن لم يرجع فقد أصر .

٤٤ م - ولم يشترط القانون في الموصى ألا يكون مديناً ، لأن ذلك ليس
شرطاً للإنشاء ، ولا للبقاء ، بل يتأتى الكلام في الدين عند التنفيذ ، فوصية المدين
ولو بدين مستغرق تنشأ صحيحة وتستمر صحيحة إلى الموت ، وعند تنفيذها يقدم
الدين ، قل أو جل عليها ، فإن كانت التركة مستغرقة بالدين توقف التنفيذ على
إبراء الدائنين للبيت من الدين ، فإن أبرهوه نفذت الوصية من التركة ، وقد خلصت
عن الدين ، وإن لم يبرئوه سدد الدين ، وما بقي تنفذ منه الوصية في دائرة الثلث ،
أي ثلث الباقي ، بحيث لو تجاوزته لا ينفذ في الزائد إلا بإجازة الورثة ،

شروط له الموصى وأحواله

٥٥م — ذكر القانون أحكام الموصى له في موضوعين ، (أحدهما) في الكلام في شروط صحة الوصية ، (ثانيهما) بعنوان خاص للموصى له ، ونحن نتكلم على أحوال وشروط الموصى له المذكورة في الموضوعين ، في موضع واحد ، للارتباط الواضح بين عناصر القول ، وذلك أقرب إلى التماسك العلي .

ونبتدى بالكلام في الشروط اللازمة فيه لتصح الوصية ، ولتستمر صحيحة ، وفي شروط نفاذها ، ثم نتكلم في أحكام الموصى له ، ذاكرين حكم كل حال على انفرادها .
٥٦م — والذي يستخلص من مواد القانون التي تعرضت لبيان الشروط أن شروط صحة الوصية ، واستمرارها صحيحة هي :

(١) أن يكون الموصى له معلوماً ، معيناً بالتعيين بالإشارة أو الاسم ، كفلان ابن فلان ، أو جهة البر الفلانية ، أو لخل فلانة المستكن في بطنها ، أو لهذا الشخص ، ويشير إليه ، وقد يكون إعلام الموصى له بتعريفه بالوصف كفقراء طلبة العلم ، أو طلبة الأزهر . أو القبيل ، كبنى تميم ، أو بنى فلان وهكذا ، ففي كل هذه الأحوال لا يكون الموصى له معيناً بالتعيين ، بل هو معرف بالوصف .
وإذا كان الموصى له معرفاً بالوصف ، لا يشترط وجوده وقت الوصية ، أما إذا كان معيناً بالتعيين فيشترط وجوده في وقت الوصية ، ليستقيم القول ، فإن التعيين يقتضى الوجود ، حتى يوجه القول نحوه توجيهها صحيحاً ، فإن غير الموجود لا يصلح للتعين ، وإن كان يصلح للتعريف (١) .

والمعروف بالجنس أو الوصف لا يشترط وجوده عند الوصية ، كما لا يشترط وجوده عند الموت ، لأن الوصية للمعدوم مادام معرفاً تجوز ، كما سيبين من أحكام الموصى .
٥٧م — هذا ما يشترط في الموصى له لتنشأ الوصية صحيحة ، ويشترط

(١) اشتملت المادة السادسة على هذه الأحكام ، وهذا نصها : « يشترط في الموصى له (١) أن يكون معلوماً (٢) وأن يكون موجوداً إذا كان معيناً ، فإن لم يكن معيناً لا يشترط أن يكون موجوداً عند الوصية ، ولا وقت موت الموصى ، وذلك مع مراعاة مانص عليه في المادة ٢٠ ، والمادة ٢٠ هي الخاصة بالقبول .

لاستمرارها^١ صحيحة إلا يموت الموصى له المعين قبل موت الموصى .
ويشترط أيضاً ألا يقتل الموصى فإن قتله عمداً بطلت الوصية ، سواء أكان
مباشراً أم غير مباشر ، وسواء أكان فاعلاً أصلياً ، أم شريكاً أم كان شاهد زور أدت
شهادته إلى الحكم بالإعدام على الموصى ، ونفذ الحكم ، وذلك بشروط ثلاثة في القتل :
(١) أن يكون القتل عدواناً بلا حق ، فإن قتله قصاصاً بأمر من الحاكم ، فإن
ذلك لا يعد مبطلاً للوصية ، لأن الحاكم هو الذى قتله .

(١) أن يكون عاقلاً بالغاً من العمر خمس عشرة سنة . فإن لم يكن عاقلاً ،
فقد سقط عنه التكليف ، فلا يتصور منه العدوان أو العمد ، وإن قصد من لم يبلغ
من السن هذا الحد قصد غير كامل ، حتى تكون تبعته عليه كاملة .

(٣) ألا يكون القتل بعذر ، فإن كان بعذر كحال من يتجاوز حق الدفاع الشرعى
وغير ذلك من الأعذار التى نص عليها فى قانون العقوبات المصرى لا تبطل ، ومن
ذلك قتل زوجته مع الزانى إذا فاجأهما ، ومن الأعذار الشرعية التى لم يتعرض لها
قانون العقوبات ؛ أن تكون ذات الرحم زانية فيقتلها ؛ وإن هذا القتل لا يعد
مانعاً من موانع الميراث بمقتضى أحكام الميراث ، والشرع ، فكذلك لا يعد مبطلاً
للوصية ؛ لأن الوصية أخت الميراث ؛ وهما فى هذا متشابهان ، وذلك لأنه مع
وجود العذر ، لا يتوافر العدوان الموجب للحرمان^(١) ولم يعتبر القانون القتل الخطأ
مبطلاً للوصية ، ويعتبر القتل مانعاً من نفاذ الوصية ولو أجازها الورثة على ماسنين .
٥٨ م — ولم يشترط القانون لصحة الوصية ، اتخاذ الدين ، ولذلك تجوز

وصية المسلم لغير المسلم ، كما تجوز وصية غير المسلم للمسلم ، وكما تجوز وصية اليهودى
للمسيحى ، وهكذا ، لأن الوصية صلة ، والصلة تجوز مع اختلاف الدين ؛ وأعمال
البر تجوز بين أهل الأديان المختلفة ؛ لأن الأديان ما حرمت التواصل والتراحم .

(١) اشتملت المادة ١٧ على هذه الأحكام ، ونصها : « يمنع من استحقاق الوصية
الاختيارية ، أو الوصية الواجبة قتل الموصى ، أو المورث عمداً ، 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
خمس عشرة سنة ، ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعى .

وكذلك لا يشترط اتحاد الدار بين المسلمين ، فالمسلم مهما تكن تبعيته تجوز وصية المسلم التابع لدولة أخرى له ، لأن الولاية الإسلامية واحدة وهي تثبت الرابطة بين المسلمين ، مهما تئات ديارهم ، وتباعدت أقاليمهم ، وتخالفت دولهم ، فهم متحدو الولاية مع هذا الاختلاف . أما الوصية التي يكون فيها الموصى له غير مسلم ، فإن كان تابعا لبلد غير إسلامي تمنع شريعته الوصية لمثل الموصى ، أى أنه لو فرض العكس أى كان الموصى تابعا لهذه الدولة والموصى له تابعا لدولة إسلاميه فإن أجازت حكومته مثل هذه الوصايا ولم تمنع قوانينها تنفيذها ، فكذلك نعاملها إذا كان الموصى منا ، والموصى له منهم .

والخلاصة أن الوصية مع اختلاف الجنسية تنفذ إذا كان البلدان إسلاميين ، ولو اختلف الدين ، لأنه لا اختلاف دار بين الدول الإسلامية ، وإن اختلفت الداران ، والموصى والموصى له كلاهما مسلم تنفذ الوصية لاتحاد الولاية ، وإن كان الموصى له مسلما تابعا لدولة أجنبية ، وكان الموصى ذميا ، كذلك تنفذ الوصية لاتحاد الدار باتحاد الولاية .

بقيت الصورة الرابعة ، وهي إذا كان الموصى له غير مسلم ، وكان تابعا لدولة أجنبية لا تمنع قوانينها الوصايا لغير رعاياها فهي صحيحة نافذة ، وإلا فهي غير نافذة ، سواء أكان الموصى مسلما أم غير مسلم ، وذلك للتعامل بالمثل ، وتحقيق المساواة في التعامل الدولي (١) ،

ولم ينص القانون على وقت الحكم بعدم الصحة ، وهو وقت إنشاء الوصية ومعنى ذلك أن الوصية تنشأ باطلة فلا تصح ، ولو اختلفت رعية الأجنبي بعد ذلك ، فتبع لدولة تنفيذ الوصايا من رعاياها لغيرهم ؟ أم هو وقت الوفاة ، فالوصية ؟ تنشأ صحيحة ، ولكن عند تنفيذها بعد الوفاة ينظر ذلك النظر ؟ فإن اختلفت

(١) هذا مما اشتملت عليه أحكام المادة التاسعة ، ونصها :

بصح الوصية مع اختلاف الدين والملة ، وتصح مع اختلاف الدارين ما لم يكن الموصى تابعا لبلد إسلامي ، والموصى له غير مسلم تابع لبلد غير إسلامي تمنع شريعته من الوصية لمثل الموصى والمراد من الملة فيما يظهر المذهب الديني ، كالكاثوليكي والبروستانتى ، والأرثوذكسى الخ .

الحال عند الوفاة عن وقت الإنشاء كان الحكم تابعا لحال الوفاة .
لم يبين القانون ولا المذكرة الايضاحية ذلك ، والذي نراه أن الاعتبار
باختلاف الدار هو وقت الوفاة ، لا وقت الانشاء ، وذلك لأمرين :
أحدهما أن قانون الوصية كقانون الميراث بالنسبة لاختلاف الدار ، فما
أخذ به في قانون الميراث هو ما أخذ به في قانون الوصية ، والمعنى في كليهما متحد ،
ولما كان ذلك النظر لا يكون الميراث في بداهه إلا وقت الوفاة ، فكذلك يكون
في الوصية وقت الوفاة ، والوصية أخت الميراث شرعاً ، إذ كلاهما الامتلاك فيه
بالخلاقة ، ولأن القصد ، وهو المعاملة بالمثل لا يكون إلا وقت الوفاة إذ أنه
عسى أن تغير قانونها الذي كان وقت الانشاء ، فيكون حكم الوصية تابعا لهذا التغيير .
ثانيهما — أن الفقهاء الذين استقى القانون منهم أحكامه في المنع يشبهون
الوصية بالميراث ، من حيث إن اختلاف الدار مانع من موانع الأثر فيكون
أيضاً مانعا من موانع جواز الوصية ، وذلك يقتضى أن يكون هذا النظر عند
الوفاة لا عند الإنشاء .

٥٩ م — ولم يشترط القانون لتنفيذ الوصية أن تكون لغير وارث ، بل أجاز
الوصية لو ارث ، كما تجوز لأجنبي ، وإنما في كليهما تنقيد بالثالث ، فالوصية للوارث
وغير الوارث حكمهما واحد ^(١) ، ولعل هذا أشد ما جاء في القانون مما جعل له
خطراً ، نرجو أن تكون عقباه على الأسرة المصرية ليست سيئة بمقدار ما نتصور .
٦٠ — هذه أحكام القانون في شروط الموصى له ، اشترط بعض الشروط
التي كان ينص عليها الفقه الحنفى ، وأهمل بعض الشروط الأخرى ، ولم يسلك في
القتل مسلك الحنفى ؛ فلم يعتبر المباشرة هي المبطللة للوصية ؛ ولو كان القتل
خطأ يعذر فيه القاتل ، بل اعتبر قصد العدوان وهكذا ، ونريد أن نبين المصادر
الفقهية لما خالف فيه الفقه الحنفى ، ليتمكن الرجوع إليها في توضيح مبهمه ، وتفصيل
(١) هذا مما اشتملت عليه المادة ٣٧ ونصها : « تصح الوصية بالثالث للوارث وغيره .
تنفذ من غير اجازة الورثة ، وتصح بما زاد على الثالث ولا تنفذ في الزيادة إلا إذا أجازها
الورثة بعد وفاة الموصى ، وكانوا من أهل التبرع عالين بما يجيزونه .

محملة ، واستخراج حكم مالم ينص عليه . مما له صلة بهذه الأحكام .
أما القسم الذي أخذ من مذهب أبي حنيفة ، فهو الخاص بمعلومية الموصى له ،
ووجوده إذا كان معيناً بالتعيين ، وأما إذا كان غير معين بالتعين ، فذلك منفصل
أحكامه عند الكلام في الوصية لما يحصون وما لا يحصون ، والجهات وغيرها .
وهنا نريد أن نتكلم في المصادر الفقهية لحكم الموصى له القاتل ، واختلاف
الدين أو الدار ، والوصية للوارث .

٦١ - قد أخذ للقانون أحكام الوصية الخاصة بمنع القاتل من الاستحقاق
من مذاهب مختلفة ، فأخذ برأى أبي يوسف في اعتبار القتل مانعاً من الاستحقاق
مطلقاً ، سواء أجاز الورثة أم لم يجزوا ، وحدسنا المؤاخذة بالقتل أخذ في الجملة
من مذهب الحنفية والشافعية ، والقتل بالتسبب الذي يشمل شهادة الزور التي تؤدي
إلى القتل من مذهب أحمد ، وكون القتل بغير حق وبغير غدر أخذ من مذهب
أبي يوسف وسائر الأئمة ، وهكذا أخذت سائر أحكام هذه المادة من القانون
من عدة مذاهب مختلفة ، وأدج بعضها في بعض ، وكان منها ذلك المجموع
المتناسب الذي جاءت به المادة .

هذا موجز لمصدر القانون الفقهي ، ولنفصل بعض التفصيل آراء الفقهاء
ليتجلى فقه المسألة .

وأقوال الفقهاء تنحصر من أول الأمر في أربعة :

أولها - استحقاق القاتل للوصية ، سواء أكان القتل عمداً أم كان خطأ
وهذا قول مالك ، وأحد قول الشافعي ، وحجته أن الوصية تملك كالهبة والقتل
لا يبطل الهبة فلا يبطل الوصية .

ثانيها - بطلان الوصية بالقتل أجازها الورثة أو لم يجزوها ، للأثر الصحيح
ليس للقاتل وصية ، ولأنه تعجل الأمر قبل أوأانه ، ولأن الغرض من الوصية
ثبت بطلانه ، وهو الصلة والمعروف بين الموصى والموصى له ، ولأن الوصية
كالميراث ، وقد منع القتل فيه من غير نظر إلى إجازة الورثة ، فيمنع هنا ، ولأن القتل

بغير حق أكبر جنابة إنسانية ، فاستحقت الزجر بالحرمان المطلق من الوصية ، كما استحقت الحرمان من الميراث . وبهذا أخذ القانون .

ثالثها — أن القتل يمنع الاستحقاق إلا إذا أجاز الورثة ، وهذا هو رأى أبى حنيفة ومحمد ، لأن امتناع الجواز لحق الورثة ، إذ هم الذين يتأذون بأخذ القاتل للوصية ، ولأن القاتل الموصى له ، كما وارث الموصى له ، وقد نفذت الإجازة الوصية في الحالة الثانية فتجوز في الأولى ، وتنفذها .

رابعها — أن الوصية إن حصلت بعد الجرح الذى أنضى إلى الموت صحت ونفذت في دائرة الثلث الذى هو النصاب العام ، وإن كانت الوصية قبل ذلك يطلب بالقتل ، وهذا رأى في مذهب الإمام أحمد ، وهو تفصيل حسن ، لأن منع الوصية كان لحق الموصى أولاً وبالذات ، فإذا كان قد أوصى ، أو أكد وصيته بعد أن نزل بجسمه سبب الموت من يد ذلك الأثيم ، فقد وضحت إرادته للوصية مع هذا الأثيم ، فكان جواز تنفيذها تحقيقاً لإرادته .

هذا حكم الوصية للقاتل في المذاهب المختلفة ، وقد علمت أن القانون اختار رأى أبى يوسف ، ولا مانع من أن نقول إن عبارة القانون لا ترفض ذلك التفصيل الحسن الذى جاء في القول الرابع ، من حيث أن المادة مفروضة في أن القتل طراً على الوصية ، فإن كان سبب القتل مقدماً على الوصية ، فننحى إرادة الموصى بتنفيذها ، إن ثبتت إرادته الكاملة ، ولكن المذكرة التفسيرية قررت أن القتل يبطل الوصية سواء أكان قبلها أم كان بعدها ولو أجازها الموصى بعد القتل وقبل الموت . ولكن ما هو القتل الذى يبطل الوصية ؟ قال الحنفية إنه القتل المباشر خطأً أو عمداً ، وقال بعض الشافعية إنه القتل العدوان سواء أكان مباشراً أم غير مباشر ولا مانع من أن نقول إن القانون قد أخذ حقيقة القتل المبطل الوصية من تعريف القتل المانع من الميراث ، وقد أخذ هذا من مذهب مالك وأحمد رضى الله عنهما ؛ إذ هما اللذان اعتبرا القتل العدوان بكل صورته مانعاً ، ولا يعتبر القتل الخطأ مانعاً من الميراث عندهما ؛ إذ هو لم يقصد القتل ، وقد عوقب على تقصيره بالدية ، ولا يمنع

من الميراث ولا الوصية؛ إذ هو ما قصد التعجيل الآثم، ولا ارتكب العدوان المبطل، ويدخل في القتل العدوان الأمر والبدال والمحرض والمشارك والريثة^(١) والشاهد. وقد اتفق الفقهاء على أمرين: (أولهما) أن القتل بحق لا يمنع نفاذ الوصية كالقتل قصاصاً أو دفاعاً عن النفس إن تعين الإنقاذ بذلك، أو القتل حداً، أو قتل العادل مورثه الباغي، وقال الطرفان مثل ذلك قتل الباغي مورثه العادل، لأنه في زعمه غير عادل، وهو محاسب بزعمه، ولكن رأى أبي يوسف في هذا أمثل. الأمر الثاني — أن العقل إذا فقد، أو غاب لعارض، لا يعتبر القتل في هذه الحال، وكذلك إذا كان هناك عذر في القتل كقتل من يفاجئه مع أهله؛ أو قتل ذات رحم محرم منه، إن تيقن زناها، يسقط معنى الإثم فلا يكون الحرمان، أو كان غير بالغ. وقد أخذ في البلوغ بمذهب الصاحبين وهو خمس عشرة سنة.

وقد سلك في تفسير الأعذار المسلك القريب من قانون العقوبات مع المقررات الشرعية؛ في المواد ٦١، ٦٢، ٢٤٥، ٢٤٩، ٢٥٠، ٢٥١ ولاشك أن ذلك يجعل انسجاماً بين قوانين الدولة المختلفة، وليس فيه بعد عن الفقه، بل هو متلاق معه. ٦٢ — وفقهاء المذهب الحنفي الذي يعتبر الأصل في العمل — على أن اختلاف الدين لا يمنع الوصية، وقد أجمعوا على ذلك، أما اختلاف الدار، فقد اختلفوا فيه، فهو مانع من الوصية أم غير مانع، والأصل الذي انشعب منه الحكم هو أن الصلوات تجوز بين المسلم والحربي إن جمعتهما رحم وأصلة، فإن اختلف الدار لا يمنع صلاة الرحم، وقد بعث النبي ﷺ خمسمائة دينار إلى مكة حين فحطوا، وأمر بدفع ذلك إلى أبي سفيان بن حرب، وصفوان بن أمية ليفرقاها، ثم إن صلة الرحم واجبة في كل وقت، ومحمودة عند كل عاقل، والإهداء من مكارم الأخلاق، وقد قال النبي ﷺ بعثت لأتمم مكارم الأخلاق.

(١) الريثة هو من يراقب المكان في أثناء مباشرة القتل لينبع الناس أن يشاهدوه، فيقبضوا على الجناة أو ينعومهم.

هذا أصل مقرر ، ولكن اختلف بعد ذلك فقهاء المذهب الحنفي وأئمتهم في جواز الوصية للحربي ، فأجازها بعضهم ، لأنها صلة والصلوات مباحة ، وكذلك تكون الوصايا ، ومنعها بعضهم ؛ لأن الحربي مباح الدم ، فهو في حكم الميت كالمترد ، فلا تصح الوصية له .

وقد اختلف النقل أيضاً عن الأئمة الأولين للمذهب الحنفي ، فقد ذكر في الأصل ، وفي الجامع الصغير ، أنه لا يجوز ، وقال السرخسي في شرح السير الكبير : « لا بأس أن يير الرجل المسلم المشرك قريباً كان أو بعيداً حربياً كان أو ولياً ، ففهم من هذا الجواز ، » .

وقد قال الزيلعي في وجه التوفيق بين هذه الروايات المختلفة : « إنه لا ينبغي أن يوصى لهم ، وإن فعل ثبت الملك لهم ؛ لأنهم من أهل الملك والمستأمن كالذمي في حق الوصية ، لأن له أن يملكه المال حال حياته ، فكذا مضافاً إلى ما بعد مماته ، » (١) .

وأقوال الفقهاء الغالبة على أن الوصية جائزة للحربي المستأمن أي الذي يقيم ببلاد المسلمين لأمد معلوم مع بقاء ولايته لغيرهم ، أما غير المستأمن فلا تجوز الوصية له ، وقد روى عن أبي يوسف وأبي حنيفة عدم جوازها للمستأمن ، وقد رأيت أن الزيلعي يفسر عدم الجواز بأنه لا ينبغي ، ولكن الملكية تثبت ، إذ كل قواعد الملكية ثابتة .

وقد فصل القانون تفصيلاً حسناً ، فأخذ في الوصية لغير المسلم الذي لا ينتهي إلى دولة إسلامية بمبدأ معاملة المثل ، فأجاز الوصية إذا كانت دولة الموصى له تجيز مثلها ، ومنعها إن لم تجز مثلها ، وأخذ في المنع برأي المانعين لاختلاف الدار ، وقد روى هذا كما علمت عن أبي حنيفة وأبي يوسف ، وسار على المنع بعض الفقهاء .

٦٣ — أما إجازة الوصية لو ارث ، وجعلها كوصية الأجنبي ، فهذا هو المبدأ الخطير الذي استحدث في قوانين الدولة المصرية ، ويكاد يكون انقلاباً

(١) شرح التبيين ج ٦ ص ١٨٤ .

في التورث الإسلامي ، لأن أساس التورث الإسلامي تقسيم الشارع للتركة بين الورثة ، وقد أعطى المورث الثلث يعطيه من شاء من غير الورثة ، فإذا جاء المورث وأعطى هذا ومنع بعبائه ذلك ، فقد غاير قسمة الشارع ، وزاد بعض الأنصبة ونقص أخرى .

وقد ذكرت المذكرة التفسيرية التي صحبت إنشاء القانون في أولى مراحلها عند عرضه على مجلسي الأمة أن القانون اعتمد على ما يأتي :

(١) الآية الكريمة وهي قوله تعالى : **د كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ،** .

(٢) قول بعض المفسرين إن الوصية للوارث نافذة ، وذكرت أن منهم أبا مسلم الأصفهاني .

(٣) أن بعض الفقهاء من غير المذاهب الأربعة نفذوا الوصية لو ارث من غير إجازة الورثة . (٤) أن الناس قد احتاجوا للوصية لو ارث .

هذا خلاصة ما ذكرته المذكرة التفسيرية .

أما اعتمادها على الآية الكريمة ، فهو منضم إلى قول بعض المفسرين الذين اعتمدوا عليهم ، إن الوصية للوارث جائزة نافذة .

ونحن نسلم أن بعض المفسرين ، قد اعتبروا الآية غير منسوخة ، ولكن حاولوا التوفيق بينها وبين آية الموارث ، ومن هؤلاء أبو مسلم الأصفهاني ، وقد أخطأ كاتبو المذكرة التفسيرية في زعمهم أن أبا مسلم رأيه إجازة الوصية لو ارث ، بل هو فقط قال إن الآية غير منسوخة ، لأنه قرر أن لا نسخ في كتاب الله تعالى قط (١) .

(١) قد حرد الفخر الرازي في التفسير الكبير رأى أبي مسلم فقال بعد أن ذكر بعض العلماء قالوا إنها منسوخة : **د ومنهم من قال إنها ما صارت منسوخة ، وهذا اختيار أبي مسلم الأصفهاني ، وتقدير قوله من وجوه : (أحدها) أن هذه الآية ما هي مخالفة لآية الموارث ، ومعناها كتب عليكم ما أوصى به الله تعالى من تورث الوالدين والأقربين من قوله تعالى : يوصيكم الله في أولادكم ، أي كتب على المحتضر أن يوصي للوالدين والأقربين بنو فريز ما أوصى الله به لهم عليهم ، وألا ينقص من أنصبتهم .**

ومع أننا نمنع نسبة نفاذ الوصية للوارث من غير إجازة الورثة إلى أبي مسلم
 نقول إن بعض مفسرى السلف^(١) ذكروا جوازها إذا كان هذا الوارث أحوج
 من غيره ، والآية تشير إليه ، لأنها اشترطت لنفاذ الوصية ألا يكون فيها تجانف
 لإثم ، إذ قال تعالى بعد آية الوصية . « فمن خاف من موص جنفاً أو إثمًا فأصلح
 بينهم فلا إثم عليه ، ولقد ذكر ذلك القول الرخشري في السكشاف ، فقال :
 « وقيل لم تنسخ الآية ، والوارث يجمع له بين الوصية والميراث بحكم الآيتين ، .
 ومن الحق أن نقرر أنه وإن كان قد ذكر ذلك الرأى فى كتب التفسير ،
 هو رأى مغمور ، وليس بمشهور ، والعمل على غيره فى جماعة المسلمين من أقدم
 العصور أى منذ عهد الخلفاء الراشدين إلى يوليه سنة ١٩٤٦ ، أى حتى أحدثت
 مصر ما أحدثت من ذلك .

هذان هما الأمران الأولان، أما الأمر الثالث، وهو قول بعض الفقهاء من غير

== (وثانها) أنه لامنافة بين ثبوت الميراث للأقرباء مع ثبوت الوصية بالميراث، عطية من
 الله تعالى والوصية عطية عن حضره الموت ، فالوارث جمع له بين الوصية والميراث بحكم الآيتين .
 (وثالثها) لو قدرنا حصول المنافاة لكان يمكن جعل آية المواريث مخصصة لهذه الآية ،
 وذلك لأن هذه الآية توجب الوصية للأقربين ثم آية المواريث تخرج القريب الوارث ،
 ويبقى القريب الذى لا يكون وارثاً داخل تحت حكم هذه الآية ، وذلك لأن من الوالدين من
 يرث ، ومنهم من لا يرث وذلك بسبب اختلاف الدين . . ومن الأقارب الذين لا يسقطون
 فى فريضة من لا يرث ، ومنهم من يسقط فى حال ، ويثبت فى حال . . فكل من كان من هؤلاء
 وارثاً لم يجز الوصية له ، ومن لم يكن وارثاً جازت الوصية له . . فهذا تقرير مذهب أبى مسلم
 فى هذا الباب .

(١) قد حكى الأستاذ الشيخ محمد عبده هذا القول ، فقال « وجوز بعض السلف الوصية
 للوارث نفسه بأن يخص بها من يراه أحوج من الورثة كأن يكون بعضهم غنيا ، والبعض
 الآخر فقيراً . . فنحن نرى أن الحكيم الخبير اللطيف بعباده الذى وضع الشريعة والأحكام
 لمصلحة خلقه لا يحتم أن يساوى الغنى الفقير ، والقادر على الكسب من يعجز عنه ، فإذا كان
 قد وضع أحكام المواريث العادلة على أساس التساوى بين الطبقات باعتبار أنهم سواسية فى
 الحاجة ، كما أنهم سواء فى القرابة ، فلا غرو أن يجعل أمر الوصية مقدما على الميراث ،
 أو يجعل نفاذ هذا مشروطاً بنفاذ ذلك قبله .

أصحاب المذاهب الأربعة، فلم تذكر المذكورة من هم، ولا ندرى لاي سبب لم تذكرهم، ولا شك أنهم معروفون عند كائنها، وهم بعض أئمة الشيعة الإمامية الاثنا عشرية، والاسماعيلية، والهادي والناصر وأبو طالب وأبو العباس من الأئمة الزيدية، وقد احتج أولئك بهذه الآية، وبزيادة ظنوها صحيحة في قوله ﷺ: «د ولا يجوز الوصية لو ارث بأكثر من الثلث»، وهذه الزيادة لم يقبلها علماء الحديث، بل لم يقبلها أحد من محدثي الجماعة، وإقحامها في القول واضح، لأن منع الوصية بأكثر من الثلث لا يختص به الوارث، بل يعم الوارث والأجنبي.

وحجة الجماعة قائمة وهي قوله ﷺ: «د إن الله أعطى كل ذي حق، فلا وصية لو ارث، وهو حديث آحاد، ولكن تلقاه التابعون وعلماء الأنصار جميعاً بالقبول فكان هذا إجماعاً على صحته، وهو يتفق مع آية الموارث، ولا منافاة بين الآية الكريمة الخاصة بالوصية وآية الموارث، بل لا منافاة بينها وبين الحديث، والجمع ممكن، لأن الآية ما أجازت الوصية للوارث، بل أجازت الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف، وليس متعيناً أن يكونوا ورثة.

وقد قال المغني في هذا المقام: «د إن النبي ﷺ قد منع إعطاء بعض الأولاد وتفضيل بعضهم على بعض في حال الصحة وقوة الملك، وإمكان العدل بينهم بإعطاء الذي لم يعطه فيما بعد ذلك، لما فيه من إيقاع العداوة والحسد بينهم، ففي حال موته، أو مرضه، وضعف ملكه، وتعلق الحقوق به، وتعذر العدل بينهم أولى وأحرى». وأما الوجه الرابع، وهو حاجة الناس إلى ذلك، فلم تبين المذكورة وجه الحاجة. ولقد تقدنا هذا الجزء من القانون، وهو مشروع^(١) وخلاصة ما وجهناه إليه:

(١) أن القانون في هذا الجزء يخالف ما كان عليه المسلمون من أقدم العصور إلى اليوم من غير حاجة واضحة إلى هذه المخالفة.

وأن هذه المخالفة تنتهي إلى مخالفة قسمة الله العادلة في الموارث من غير مبرر وقد يقول قائل إنه قد توجد الحاجة إلى تخصيص بعض الورثة بأكثر من نصيبه،

(١) راجع مجلة القانون والإقتصاد السنة الثالثة عشرة الأعداد الثالث والرابع والخامس.

لأن حاجته أشد ، وقد كنا نسوغ هذا مع أنه غير الأولى لأنه بدعة لو اقتصر المشروع على الحاجة ، بأن يجعل للورثة حق الاعتراض على الوصية ، إذ لم تكون ثمة حاجة بينة للموصى له بينهم .

(٢) أن هذا الجزء من القانون يثير البغضاء بين آحاد الأسرة ، لأنه سيوغر صدور من لم ينالوا مثل مانال ذو الخطوة ، وإنه لن يكون سبيل عدل ، بل سيكون في أكثر أحواله لغير العدل ، ولغير ذى الحاجة ، واعتبر ذلك بالأوقاف التي استخدمت لمحاياة بعض الورثة ، أو العقود التي كانت في حقيقتها وصايا ، وفي مظاهر من البيوع . فأكثرها لم تدفع إليه الحاجة عند المختص بالخير ، بل المحبة الجاححة ، والآثرة الظالمة ، وإن كان قليل منها لذى الحاجة في الغالب يجيز الورثة ولا يمتنعون .

(٣) أنه بإضافة هذا الجزء من القانون إلى ما اشتمل عليه قانون الوقف من إجازة حرمان غير الزوجين والأبوين والأولاد ، يكون الميراث الذي قرره الله للأخوة وسائر العصابات قد أُلغى أو أهمل^(١) . ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم .

٦٤ — هذا وقبل أن نترك ذلك الجزء من القانون ننبه إلى أمر ، هو أن القانون المدني القديم قد اشتمل في بعض أحكامه على قيود خاصة ببيع المريض لوارث ، فالمادة ٢٥٤ منعت نفاذ البيع لوارث إلا بإجازة الورثة ، وهذا نصها : « لا ينفذ البيع الحاصل من المورث ، وهو حالة مرض الموت لأحد الورثة إلا إذا أجازته باقي الورثة » .

وقد كانت هذه المادة لحماية قانون الميراث القائم عند شرعها . وقد كان لا يجيز محاياة الوارث ، ولا الوصية له ، ولا تخصيصه بعين من أمواله ، ولو بطريق البيع بمثل القيمة . .

(١) بإلغاء الوقف الأهلي بالقانونين رقم ١٨٠ ، ٣٤٢ لسنة ١٩٥٢ قد أُلغى ذلك التخصيص والحمد لله رب العالمين .

وإذا كان ذلك هو الغرض فقد تغير الوضع الآن ، وأصبح للمريض مرض الموت أن يوصى بثالث ماله للوارث ، فيجوز بالأولى أن يبيع له ، بشرط ألا تزيد المحاباة في الثمن عن الثلث ، وبذلك كانت هذه المادة في حكم الملغاة أو المنسوخة ، واكتفى بما يليها ، على أن تعم أحكامها الوارث وغير الوارث .

ولما جاء القانون المدني الجديد ربط بين تصرف المريض مرض الموت والوصية وما أتى به قانونها من أحكام جديدة ، وقد بينت بذلك المادة ٩١٥ و٩١٦ و٩١٧ .

وإن أحكام تصرفات المريض مرض الموت كلها التي كانت تقيد ، لمصلحة الورثة ، منعاً لإيثار بعضهم على بعض أصبحت بعد صدور قانون الوصية مطلقة من هذه القيود ، فكفالة المريض مرض الموت لو ارثه ، وكفالاته عن وارثه مطلقة في حدود الثلث ، وقد كانت من قبل مقيدة باعتبارها تبرعاً في مرض الموت للوارث ، وكذلك هباته في مرض موته لأحد ورثته ، فهي الآن مطلقة غير مقيدة إلا بالثلث ، وكذلك إقراره وهو مريض .

وذلك لأن كل التصرفات كان أساسها أن الوارث لا يجوز تخصيصه في مرض الموت بجزء من المال أكثر من نصيبه ، إلا إذا أجاز الورثة ، والآن وقد جازت الوصية للوارث بالثلث ، وكل تبرع في مرض الموت يأخذ حكم الوصية في مآله ، فهو جائز بجوازها ، وغير ممنوع بعد قانون الوصية .

ولقد كان الانسجام القانوني بوجب على مقترحي ذلك القانون ، وقد قرروا ذلك ، أن يضيفوا مادة أو مواد تبين إلغاء هذه الأحكام وأشباهاها بما كان مبنيًا على اعتبار أن الوارث لا يجوز له الوصية ، لكيلا يكون ثمة التباس في إلغائها ولكيلا يقع خطأ في تطبيقها ، والله سبحانه وتعالى هو المستعان .

الوصية للجهات^(١)

٣٦٥ - يصح أن يكون الموصى له جهة من الجهات ، فنصح الوصية لأماكن العبادات ، والمنشآت الخيرية ، كالمصالح والملاجئ و جهات البر بشكل عام ، كما تصح الوصية لمعاهد العلم والجامعات والمكاتب العامة ، وغيرها مما يكون خيرها عائداً على كافة الناس ، بل تصح الوصية لله تعالى أو لأعمال البر والنفع العام بيان جهة خاصة من وجوهه ، وتصرف في أى وجه من وجوه البر والنفع العام والمصالح العامة ، كصلحة الكيمياء أو إدارة المرور ونحو ذلك .

ولا يشترط إذا عين جهة من الجهات ، أن تكون موجودة في الحال ، مادامت ستوجد في المستقبل ؛ ولو بعد وفاة الموصى ، وذلك يسير على مبدأ جواز الوصية للمعدوم الذي أخذ من مذهب مالك رضى الله عنه ، فإن وجدت الجهة صرفت إليها الغلات أو اختصت بالعين على حسب الموصى به ، فإن لم توجد وتعذر وجودها بطلت الوصية ، لتعذر وجود الموصى له .

والصرف على الجهات يكون على حسب شرط الموصى المفهوم من عبارته بالدلالة اللغوية أو العرفية ، مالم يكن الشرط من الشروط غير المعتبرة في نظر القانون ، فإن لم يعين الموصى طريقاً للصرف صرف على عمارتها ومصالحها وفقرائها ، وكل مصرف يعد من الشئون المتعلقة بها ، والصرف فيه صرف لها . ويلاحظ أمران : (أولهما) ، أن الوصية للجهات تعم الوصية لها بالتملك

(١) بيان الوصية للجهات اشتملت عليه المادتان السابعة والثامنة ، وهما :

المادة ٧ - تصح الوصية لأماكن العبادات ، والمؤسسات الخيرية ، وغيرها من جهات البر ، والمؤسسات العلمية والمصالح العامة ، وتصرف على عمارتها ومصالحها وفقرائها ، وغير ذلك من شئونها مالم يتعين المصرف بعرف أو دلالة وتصبح الوصية لله تعالى ولأعماله البر بدون تعيين جهة ، وتصرف في وجوه البر .

المادة ٨ - تصح الوصية لجهة معينة من جهات البر ستوجد مستقبلاً ، فإن تعذر وجودها بطلت الوصية .

التام أى ملك العين والمنفعة كالوصية بالتملك لمعهد من معاهد العلم ، تكون الملكية باعتباره شخصا معنويا يقبل التملك ، وقد تكون الوصية بالمنافع على وجه الدوام ، أو على وجه التأقبت بعدد معين من السنين ، وتكون الوصية فى هذه الحال كالوقف ، أو تخرج تخريجه .

(الأمر الثانى) الذى يلاحظ أن القانون فى المواد التى ذكرت صحة الوصية للجهات قد ذكرتها بوصف البر ، أو الخير ، أو النفع العام ، وهذه الأوصاف تشير إلى أن الجهة تكون قرية ، والصرف إليها يعد صدقة مبرورة وصاحبها يكون مأجورا . وإذا كان القانون لم يذكر الجهات إلا موصوفة بذلك الوصف ، فهل هو يعتبر ذلك الوصف شرط صحة ، فلا تصح الوصية للجهات إلا إذا كانت قرية . قد يفهم ذلك من القانون ، ولكن الأولى بالفهم غيره ؛ لأن المادة ذكرت ذلك للجواز والصحة لالمنع غيره ، فمن أوصى لجهة من الجهات المالية التى خصصت لنوع من أنواع الاستغلال ليس فى المادة ما يدل على البطلان ، وإنما البطلان يؤخذ من المبادئ العامة التى قررها القانون ، وهى أن الوصية لا تبطل إلا إذا كانت معصية فى الإسلام ، ودين الموصى ، فما لم تكن معصية فالوصية لها — ولو كانت جهة — صحيحة لأن الوصية بالمعروف الذى لا منكر فيه وصية فى ذاتها صحيحة ، فلا مانع من أن يكون الموصى له جهة للاستغلال ، من شخص أسندت إليه هذه الجهة خدمة يصح أن تكافأ عليها ، ولم يجد سبيلا للمكافأة إلا الوصية لها .

٦٦ — والوصية للجهات كالمساجد والقناطر والجسور والمدارس ، والمصاحف والملاجىء جائزة عند الفقهاء جميعا كما تدل على ذلك الفروع الكثيرة للمذاهب الإسلامية المختلفة ، وإن عبارات الفقهاء صريحة فى جواز الوصية بصرف الغلات لمنافع هذه الجهات ، وكذلك إذا أوصى بأن يصرف مقدار من المال لمنافع هذه الجهات . أما تملكها العين فإن ذلك يحتاج إلى نظر ، فانهم قد ذكروا أنه إذا قال أوصيت لمسجد كذا — أن أبا حنيفة قال إن الوصية تكون باطلة ؛ لأن المسجد ليس أهلا

للتمليك ، وهذه وصية بالتملك ، وقال محمد تصح الوصية ، ويصرف الموصى به في مصالح المسجد أو الجهة الموصى لها بالعين (١) .

وإنه على مقتضى التصوير الفقهي في عصورنا الحديثة الذي جعل للجهات شخصية معنوية تصالح للامتلاك والتملك . وقد دفعهم إلى ذلك كثرة المؤسسات الخيرية والشركات الاستغلالية — تكون الوصية للجهات صحيحة ، ولو كانت تملك أعيانها ، وينبغي أن يكون ذلك قول أبي حنيفة ؛ لأن علة المنع عدم قبولها للامتلاك ، وهي الآن قابلة للامتلاك ، كالأشخاص الحقيقيين .
والوصية لجهة غير موجودة وقت الوفاء ، وستوجد مأخوذة من مذهب مالك رضى الله عنه ؛ إذ يجزى الوصية للمعدوم ، كما سنبين إن شاء الله تعالى .

الوصية للمعدوم (٢)

٦٧ م — أجاز القانون الوصية للمعدوم ، وهو من لم يكن موجوداً وقت إنشاء الوصية ، ويحتمل أن يوجد في المستقبل ، سواء أوجد عند الوفاة ، أم لم يوجد إلا بعدها ، وقد يحصل اليأس من وجوده بعدها ، كأن يوصى لمن يولد

(١) قد وجد في المدونة ما يفيد أنه إذا أوصى لمسجد ، فإن العين تكون وقفاً على المسجد ، فقد جاء في بيان من يوصى لمسجد وبوصايا أخرى لغيره : « ما صار للمسجد من ذلك في الخاصة وقف فيستصح منه . . . قال سحنون وكذلك كل ما كان إلى الناس بغير أجل ، المدونة الكبرى ج ١٥ ص ٥١ .

(٢) بيان أحكام الموصى له إذا كان معدوماً جاء في المواد ٢٦، ٢٧، ٢٨ ، وهذا نصها :
المادة ٢٦ — تصح الوصية بالأعيان للمعدوم ، ولما يشمل الموجود والمعدوم من يحرصون ، فإن لم يوجد أحد من الموصى لهم وقت موت الموصى كانت الغلة لورثته ، وعند اليأس من وجود أحد من الموصى لهم تكون العين الموصى بها ملكاً للورثة ، وإن وجد أحد من الموصى لهم عند موت الموصى أو بعده كانت الغلة له إلى أن يوجد غيره فيشارك معه فيها ، وكل من يوجد منهم يشترك فيها مع من يكون موجوداً وقت ظهور الغلة إلى حين اليأس من وجود مستحق آخر ، فتكون العين والغلة للموصى لهم جميعاً ، ويكون نصيب من مات منهم تركته عنه .

لفلان ، ولم يكن له ولد عند الإنشاء ، ولم يولد له ولد عند الوفاة ، أو ولد له ولد ومات ، أو حصل اليأس من أن يكون له ولد بعد الوفاة ، إذ يموت عقيباً ، فقد أجاز القانون إنشاء الوصية مع كل هذه الفروض ، وإن كانت في الحال الأخيرة تنشأ صحيحة ، ولكنها تنتهي بالبطلان لتعذر وجود من يستحقها ، كبطلان الوصية للموصى له المعين الموجود ، إذ مات قبل الموصى ، فإن الوصية نشأت صحيحة ، ثم بطلت لتعذر تنفيذها . والوصية كما تصح للمعدوم منفرداً بها ؛ تصح له مع موجود ، كأن يقول أو صيت لأولاد فلان الذين ينتسبون إليه في الحال والاستقبال فإنه يدخل في الاستحقاق أولاده الذين كانوا وقت إنشاء الوصية ، ومن يكونون بعد ذلك .

وقد أجاز القانون الوصية بالأعيان ، أو المنافع ، والوصية بالأولى تملك تام عند توافر شروط الوصية ، والثانية تملك ناقص .

والأحكام الخاصة بالوصية للمعدوم تقوم على أصول ثلاثة ، ومنها تفرعت الأحكام وهذه هي الأصول وفروعها :

الأصل الأول — أن الملكية التامة لا تنتقل إلى الموصى لهم إلا عند وجودهم بالوصف الذي ذكره الموصى ، وعدم إمكان دخول غيرهم ، فإذا قال أوصيت بهذه العين لمن يولد لمحمد ، ومات الموصى ، ومحمد له ولد واحد ، لا تكون له ملكية العين ، بل له غلته ، فإن وجد آخر شركه فيها ، وإن وجد ثالث اشترك معهما ،

== المادة ٢٧ — إذا كانت الوصية لمن ذكر وافي المادة السابقة بالمنافع وحدها ، ولم يوجد أحد منهم عند وفاة الموصى أو بعدها كانت لورثة الموصى ، وإن وجد مستحق حين وفاة الموصى ، أو بعدها كانت المنفعة له ، ولكل من يوجد بعده من المستحقين إلى حين انقراضهم ، فتكون المنفعة لورثة الموصى ، وعند اليأس من وجود غيرهم من الموصى لهم ترد العين لورثة الموصى .

المادة ٢٨ — إذالم يوجد من الموصى لهم غير واحد انفرد بالغلة أو العين الموصى بها ، إلا إذا دلت عبارة الموصى ، أو قامت قرينة على أنه قصد التعدد ، وفي هذه الحالة يصرف للموصى له نصيبه من الغلة ويعطى الباقي لورثة الموصى ، وتقسم العين بين الموصى له وبين ورثة الموصى عند اليأس من وجود مستحق آخر .

وهكذا ، حتى يموت محمد ، فعندئذ تكون ملكية العين والرقبة للموصى لهم ، وقبل ذلك ملكية الرقبة تكون للورثة ، وإذا لم يوجد مصرف للغلة كانت لهم أيضاً ، ولذلك إذا مات الموصى ، وليس لمحمد ولد تكون الغلة للورثة ، حتى يوجد له أولاد ، وهكذا كلما كانت الغلة لا مصرف لها في وقت وجود الرقبة في ملكهم ، فالغلة بالتبع للرقبة ، وإذا آلت ملكية الرقبة والمنافع للموصى لهم ، فإن من يموت منهم يكون نصيبه لورثته ، وكذلك مات قبل ذلك في حياة محمد ، فإنه عندما تتول الأعيان نهائياً لأولاده تقسم بين الأولاد الأحياء ، ومن ماتوا ، وبأخذ ورثة المتوفى ما يخصه من غلات في حياة محمد ويكون لورثتهم ما خصهم ، ولأجل كمال الفائدة تنقل ماجاء بالمذكرة التفسيرية في هذا وهو ، « وإن كانت الوصية لمن يمكن حصرهم ، سواء أذكرهم الموصى بلفظ يدل على أنهم لم يوجدوا ، كالوصية لمن سيوجد لفلان ، أو لمن يكون فقيراً منهم ، ولم يكن منهم فقير حين الوصية أم ذكرهم بلفظ يشمل الموجود منهم ، ومن لم يوجد كالوصية لأولاد زيد ، أو لطلبة العلم منهم ، فالغلة قبل وجود أحد تكون ملكاً لورثة الموصى . وعند اليأس من وجود أحد يكون الأصل والغلة لهم ، إلا إذا كان الموصى في الوصية بالغلة قد جعلها لموصى له آخر فتكون له . » .

وإن كان أحد منهم موجوداً حين موت الموصى أو وجد بعد ذلك استحق الغلة إلى أن يوجد غيره فيشاركه فيها ، وهكذا كلما وجد واحد اشترك مع من يكون موجوداً وقت الغلة .

وعند اليأس من تزايد أحد في الوصية بالأعيان تقسم العين الموصى بها بين الموصى لهم الأحياء منهم والأموات ، ويقسم نصيب من مات بين ورثته قسمة الميراث ، وفي الوصية بالمنافع يستبد الموجودون بالغلة إلى أن ينقرضوا ؛ فتكون بعد ذلك العين والغلة لورثة الموصى إن لم يكن موصى بها لآخر ، فتكون له .

وإذا انقرض الموصى لهم قبل اليأس من وجود غيرهم تكون الغلة لورثة الموصى ، حتى يوجد أحد فيستحق الغلة .

وإذا لم يوجد إلا واحد عند وجود العلة ، أو عند اليأس من تزايد أحد
استحق كل العلة في الوصية بالمنفعة ، واستحق العين الموصى بها في الوصية بالأعيان ،
وهذا إذا لم يوجد نص أو قرينه تدل على أن الموصى قصد بوصيته متعدداً ، ففي
هذه الحال يأخذ الموصى له حصته من الوصية .

الأصل الثاني — أنه إذا كانت الوصية بالمنافع للمعدوم الذي سيوجد فان
ملكية الرقبة تكون للورثة دائماً ، وليس للموصى لهم إلا المنفعة ، كما هو الشأن
في الوصية بالمنافع ، فان ملكية الرقبة فيها في مدة تنفيذ الوصية تكون للورثة ،
والوصية بالمنافع للمحصورين تكون مؤقتة دائماً ، إما بحياتهم ، وإما بالوقت الذي
يعينه الموصى ، وإن قدر زمناً معلوماً ، فان الوصية تنتهي بانتهاء ذلك الزمن .

ويترتب على اعتبار ملكية الرقبة ثابتة لورثة الموصى دائماً ، أنه إذا لم يوجد
أحد من الموصى لهم وقت الوفاة تكون العلة لهم ، فان وجد واحد من الموصى
لهم استحق العلة ، فان وجد آخر اشترك معه ، وهكذا ، حتى يكون اليأس
من وجود غيرهم ، فإنها تكون لهم مدة حياتهم ، فاذا انقضوا جميعاً ، ولم يكن
الموصى جعل العلة من بعدهم لأحد غيرهم ، فان العلة تنول إلى من لهم ملكية الرقبة ،
وهم الورثة ، وإذا انقضى بعضهم فان القانون لم يصرح بحكمه ، ولكنه يفهم مما
ذكره بعد ذلك ، فانه إذا كان الاسم ينطبق على الباقيين يأخذون العلة ، وهكذا ،
حتى ينقضوا ، فتتول العلة بعد ذلك إلى الورثة ، وإن كان الاسم لا ينطبق
على الباقيين ، أو قيد الموصى بقيد يفهم منه أنه لا يأخذ العلة كلها إلا عدد معين ،
فإن الباقيين يأخذون ما يستحقون بمقتضى الشرط ، والباقي يكون للورثة ، وهكذا
حتى ينقض الجميع .

الأصل الثالث — أنه يلاحظ عند تنفيذ الوصية لفظ الموصى ، والقرائن
اللفظية والعرفية التي قارنت بإنشاء الوصية ، من حيث اعتبار الواحد مستحقاً لكل
الموصى به ، أو بعضه ، فانه إذا كان اللفظ يدل على أن الواحد ينفرد بكل الموصى
به ، ولم يكن إلا واحد أخذ الموصى به كله في الدائرة التي بينها ، وإن كان اللفظ

يدل على شرط النعدي لاستحقاق الكل ، كأن قال أوصيت لمن يولد لفلان يأخذ الاثنان كل العين ، ومن دونهما يأخذ بمقدار هذه النسبة لا يستحق الكل إلا اثنان أو أكثر ، وحيث لا يتوافر الشرط ، يأخذ الموجودون ما يستحقون والباقي يكون للورثة أيا كان الاستحقاق غلة فقط أو غلة ورقبة على حسب الأحوال الميينة في الأصلين السابقين .

٦٨ م - هذه خلاصة أحكام الوصية بالمنافع والأعيان للمعدوم ؛ إنما يلاحظ في المنافع أمران - أحدهما - أن تكون الوصية بالمنافع غير متجاوزة الطبقتين على ماسنين في بيان أحكام الوصية بالمنافع ، وفي أحكام الوصايا بها التي تكون لطبقات ، ولذلك فضل بيان في موضعه .

ثانيهما - أن الوصية بالمنافع قد تكون لغير المحصورين الذين لا ينقطعون غالباً ، ولا تكون المنافع فيها قابلة حينئذ لأن تعود إلى الورثة ؛ لأنهم في الغالب لا ينتهون ، وكذلك الحكم إذا اشترك مع الموصى له المعدوم موصى له غير محصور ، وسنين قريباً الوصية لغير المحصورين ، وأحكام القانون فيها .

٦٩ - ولنتقل بعد ذلك إلى بيان المصدر الفقهي لذلك الجزء في القانون وإنه مذهب مالك المتسع الرحاب ، ولقد قالت المذكرة التفسيرية في المواد المتعلقة بذلك : « اشتملت هذه المواد على أحكام جديدة مأخوذة من مذهب الإمام مالك بقصد التوسعة على الناس ، لأنه لا يشترط في مذهبه وجود الموصى له وقت موت الموصى ، خلافاً لمذهب الحنفية ، فإنه يشترط فيه ذلك ، .

ولنين بعض البيان مذهب أبي حنيفة ومذهب مالك في هذا المقام . اتفق فقهاء المذهب الحنفي على أن الموصى له إذا كان غير معين بالإسم أو الإشارة ، بل معروفاً بالوصف لا يجب أن يكون موجوداً وقت الوصية ، بل يجب وجوده وقت الوفاة ، وإن كان معيناً بالإسم أو الإشارة ، فقد يفهم من كلام الكاساني في البدائع عند الكلام في الخلل أن في المسألة روايتين ، إذ قد قال : إذا قال أوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانة - فإنها إن ولدت لما يعلم أنه كان موجوداً في البطن صحت الوصية ، وإلا فلا ، وإنما يعلم ذلك ولدت لأقل من ستة أشهر

ثم يعتبر ذلك من وقت موت الموصى في ظاهر الرواية ، وعند الطحاوى رحمه الله من وقت الوصية ، وجه ما ذكر الطحاوى رحمه الله أن سبب الاستحقاق هو الوصية فيعتبر وجوده ، ووجه ظاهر الرواية أن وقت نفاذ الوصية واعتبارها في حق الحكم وقت الموت ، فيعتبر وجوده من ذلك الوقت .

وإن هذا الكلام فيه شيء من الغرابة ، أو على التحقيق فيما يستند إلى ظاهر الرواية شيء من الغرابة ، لأن رواية الطحاوى واضحة ؛ إذ أنه ما دام معيناً بالإشارة أو بالنسبة إلى أمه في وقت الوصية ، يجب أن يكون موجوداً في ذلك الوقت ، لتصح العبارة ، وكذلك كل معين بالتعيين ، وعلى ذلك يجب حمل ما جاء في ظاهر الرواية على الحمل الذى يكون في ضمن المعرفين بالوصف لا بالتعيين .

ومهما يكن من القول فى المعين بالتعيين ، فإن المعرف بالوصف يشترط وجوده وقت الوفاة ، لأن الملك بالوصية كالملك بالميراث ، وشرط الميراث تحقق وجود الوارث وقت وفاة المورث ، كذلك شرط نفاذ الوصية تحقق وجود الموصى له وقت وفاة الموصى .

٧. — أما مذهب مالك ، وهو المصدر الفقهي للقانون فى هذا الموضع ، فإنه يجوز الوصية للمعدوم ، بل يجوز الوصية للميت فى الأقوال المشهورة عنده ، إن علم الموصى بموته وقت الوصية ، ويصرف الشيء الموصى به فى أداء ديونه ، وإن لم يكن عليه دين كان الموصى به لو ارثه ، فإن لم يكن له وارث بطلت الوصية لاستحالة تنفيذها ، ولا تعطى لميت المال ، لأنه ما قصد الإعطاء له ، إنما قصد الإعطاء للميت ، ومعناه الإعطاء لشخصه بوفاء دينه ، أو الإعطاء لأقاربه الوارثين ، وإن كان الموصى لا يعلم وقت الوصية بموت الموصى له لا تصح ، لأن الظاهر أنه قصد الوصية له شخصياً بفرض حياته .

ووافق جمهور الفقهاء فى بطلان الوصية للميت من المالكية محمد بن عبد الحكم ووجهته معهم أن الميت ليس أهلاً للتملك ، ولكن المالكية لا يجعلون القواعد حائلاً بينهم وبين المصالح ، ولذلك يقضون بما فيه المصلحة ، ولو خالف القواعد

والمصلحة هنا في تنفيذ الوصية ، إذ تتحقق مصلحة الموصى ، فلا يهدر قوله ،
ومصلحة الموصى له بسداد ديونه ، وإعطاء ورثته ، وذلك توجيه لكلام العاقل
نحو غرض صحيح مقصود .

٧١ - والوصية للمعدوم الذي سيوجد صحيحة نافذة بالاتفاق في المذهب
المالكي ، سواء أوجد وقت الوفاة أم لم يوجد إلا بعدها ، وخالفه الحنفية ،
فاشترطوا الوجود وقت الوفاة كما ذكرنا لكي تكون الملكية للموصى له بالخلافة
عن الموصى ، ولكن المالكية لا يستمسكون بالقواعد إن عارضت المقاصد
والمصالح ، والمصلحة في تنفيذ الوصية ، فلا يمنع تنفيذها قاعدة .

فإن كان الموصى له موجوداً وقت الوفاة ، ولم يكن ثمة احتمال لوجود غيره
من يشمله الوصف ، فإن الموصى به ، يكون له بالملكية التامة إن كان عيناً ،
وبالملكية الناقصة إن كان منفعة ، وإن لم يكن قد وجد وقت الوفاة أحد انتظر ،
فإن حصل يأس من الولادة ، بأن مات عقيماً بطلت الوصية ، وإن ولد له ولد
استحق الغلة من وقت ولادته فقط على المشهور ، والغلة فيما بين الوفاة ، وولادته
تكون للورثة ، لأن الرقبة على ملكهم ، ولو كانت الوصية بالعين ، وقيل إنه يستحق
الغلة من وقت الوفاة ، لأنها هي والعين تكون موقوفة حتى يولد ، فإن ولد أخذ الغلة .
وأخذ القانون بالأول ، وإن وجد ثان شارك إلى أن يحصل اليأس من
وجود غيرهم ، فتكون ملكية العين لهم ، وتورث عنهم إن كان الوصية بالعين ،
وإن كان بالمنفعة لا يكون لهم غيرها ، وإذا انقرضوا انتقلت إلى الورثة الذين
يملكون الرقبة .

ولاشك أن توسعة الملكية في فتح باب الوصية هو الذي يتفق مع المصلحة
والفقه ، لأن الوصية من عمل المعروف ، وعمل المعروف يتوسع فيه بما لا يتوسع
في غيره ، ولأن الوصية كالوقف ، وقد جاز الوقف على من سيوجد ، فتجوز
الوصية أيضاً ، ولأن الفقهاء جميعاً أجازوا فيها ما لم يجيزوا في غيرها ، فأجازوا الوصية
بالجهول ، والمعدوم الذي سيوجد عند الوفاة ، فتساح الفقهاء جميعاً في القواعد
بشأنها ، فكان من الواجب التوسعة أيضاً بإجازة الوصية للمعدوم الذي سيوجد .

الوصية للحمل^(١)

٧٢م — والحمل له شبه بالمعدوم الذي سيوجد، ولذلك نذكره عقبه .
أجمع الفقهاء على جواز الوصية للحمل المستكن ، وإن اختلفوا في الهبة له ،
ووجه الفرق بين الهبة والوصية في هذا أن الهبة تملك في الحال ، فيقتضى وجود
المملك في الحال على وجه اليقين ، والهبة عند أكثر الفقهاء لا تتم إلا بالقبض ،
ولا يوجد من يقبض عن الجنين ، لعدم ثبوت الولاية عليه ، وهو جنين ،
أما الوصية فهي تملك مضاف إلى ما بعد الموت ، فتنفيذها لا يكون إلا بعده ،
فلا ضرورة لوجوده يقيمن وقت الوصية ، ولأن الوصية كالميراث من حيث
إن المالك فيها يثبت بالخلافة ، والحمل يرث ، فصح أن يوصى له .

ولكن الوصية للحمل توجب أن يثبت وجوده في بطن أمه عند إنشاء الوصية
إذا كان معيناً بالتعيين ، لأن الموصى له المعين يشترط وجوده وقت الوصية ،
ويجب أن يكون مرصوفاً بالأوصاف الذي ذكرها الموصى ، فان ذكر أن الوصية لحمل
فلانة من فلان ، فلا بد لصحة الوصية من أن يثبت نسبه من فلان هذا ، لأنه عرفه

(١) الوصية للحمل قد اشتملت على بيانها المادة ٣٥ ، ٣٦ من القانون ، وهذا نصهما :

المادة ٣٥ : تصح الوصية للحمل في الأحوال الآتية :

١ — إذا أقر الموصى بوجود الحمل وقت الوصية ، وولد حياً خمسة وستين وثلاثمائة
يوم فأقل من وقت الوصية .

٢ — إذا لم يقر الموصى بوجود الحمل وولد حياً لسبعين ، ومات في يوم على الأكثر من
وقت الوصية ، ما لم تكن الحامل وقت الوصية معتدة لوقاة أو فرقة بائنة ، فتصح الوصية
إذا ولد حياً خمسة وستين وثلاثمائة يوم فأقل من وقت الوفاة أو الفرقة البائنة ، وإذا كانت
الوصية لحمل معين اشترط لصحة الوصية مع ما تقدم ثبوت نسبه من ذلك المعين .

وتوقف غلة الموصى به إلى أن ينفصل الحمل حياً فتكون له .

المادة ٣٦ — إذا جاءت الحامل في وقت واحد ، أو في وقتين بينهما أقل من ستة أشهر
بولدين حيين أو أكثر كانت الوصية بينهم بالتساوي ، إلا إذ نصت الوصية على خلاف ذلك
وإذا انفصل أحدهم غير حى استحق الحى منهم كل الوصية ، وإن مات أحد الأولاد بعد
الولادة كانت حصته بين ورثته في الوصية بالأعيان ، ونكون لورثة الموصى في الوصية بالمنافع .

هذه النسبة ، فيكون كمن يقول أوصيت لولد فلان ، فلا بد من ثبوت نسبه منه .
وتأكد وجوده في بطن أمه له طريقان : طريق التأكد الطبيعى ، وطريق
التأكد الحكيمى ، ولكل واحد منهما حال يثبت فيها .

فالتأكد الطبيعى ذكره القانون ؛ وهو أن يولد لسبعين يوماً ومائتى يوم (٢٧٠)
على الأكثر من وقت الوصية ؛ ويكون إذا كانت الحامل زوجة أو معتدة من
طلاق رجعى وقت الوصية ؛ ولم يكون فى عبارة الموصى ما يدل على إقراره بأن
الحمل مستكن فى بطن أمه وقت إنشاء الوصية ؛ وإنما اعتبر التأكد الطبيعى
بولادته لتسعه أشهر أى (٢٧٠) لأن الحمل عادة يكون لهذه المدة ، ويندر أن
يولد حياً لأقل من هذه المدة ؛ كما هو مجرى العادة عند سائر الناس .

واعتبر التأكد الحقيقى فى حال قيام الزوجية ؛ لأن القانون ليس له حكم بأمد
معين أكثر من هذا ، حتى يعتبر الأخذ به لمدة عينها الشارع فى أحكام ثبوت
النسب أو غيره ؛ وتعتبر الزوجية قائمة حكماً فى حال الطلاق الرجعى ، ولذلك
ألحق فى الوصية بقيام الزوجية ، وسناقش ذلك .

والتأكد الحكيمى يكون بولادته فى المدة التى اعتبرها القانون المصرى أقصى
مدة لوجود الحمل فى بطن أمه ، وهى خمسة وستون يوماً وثلاثمائة ، وقد أخذ
بهذه المدة فى حالين .

الحال الأولى — حال الإقرار بالحمل ؛ لأنه فى حال الإقرار يؤخذ المقر
بإقراره ، إلا إذا ثبت يقيناً كذبه فى هذا الإقرار ، وذلك يكون بولادته فى المدة
التي اعتبرها الشارع أقصى مدة للحمل ، وهى (٣٦٥) أى سنة شمسية ، فالم تله
لأكثر من هذا لايسوغ تكذيب المقر فى إقراره ، بل يؤخذ هو وورثته .

والحال الثانية — هى حال اعتداد الحامل من وفاة أو فرقة بائنة ، فإن الحمل
يدخل فى الوصية إذا ولدته لأقل من (٣٦٥) من وقت وفاة الزوج ، أو من وقت
حدوث الفرقة ، فإنه فى هذه الحال تصح الوصية ، وإن ولدته لأكثر من تسعة شهور
من وقت صدورهما ، وذلك لأن الشارع حكم بثبوت النسب فى هذه الحال إذا جاءت به

لهذه المدة ، ومعنى ذلك أنه حكم بأنه كان في بطن أمه وقت الوفاة أو الفرقة ، فكان واجب التنسيق الفقهي أن يحكم بوجوده في كل الأحوال ، ومنها حال الوصية .
ولإنما جعل القانون المصرى أقصى مدة لثبوت الحمل هي ٣٦٥ أى سنة شمسية ، لأن الأطباء قرروا أن الحمل لا يمكن أن يستقر في بطن أمه أكثر من خمسة وستين يوماً وثلاثمائة ، وإن ذلك يتفق مع رأى محمد بن عبد الحكم من فقهاء المالكية فإنه جعل أقصى مدة الحمل سنة ، وكذلك رأى بعض الحنابلة ، غير أن السنة تحسب عند هؤلاء بالسنة الهلالية .

٧٣ — هذه هي المدة التي عينها القانون للتأكد من وجود الحمل في بطن أمه وقت الوصية ، ويجب أن نشير هنا إلى أمرين :

الأمر الأول — أن القانون توهم عبارته أنها إن ولدت لأكثر من (٣٦٥) من وقت وفاة الزوج الذي تعدت من وفاته ، أو من وقت الفرقة البائنة التي تعدت منها ، ولكن أقل من تسعة أشهر من وقت الوصية أن الوصية لانصح ، لأنها داخلة في الحال الثانية في المادة (٣٥) وهي تمنع الصحة ، ولكن المنطق يوجب أن تصح الوصية مادام لم يذكر أن الحمل لا بد أن يكون من الزوج ، لوجود التأكيد الطبيعي ، وهو وجوده في بطن أمه وقت الوصية ، وروح القانون يؤدي إلى ذلك ، وإن كانت النصوص لاتسعف به ، وذلك لأن الأصل في ثبوت وجود الحمل في بطن أمه ، أن يلاحظ فيه الطبيعة والفترة ، وكانت زيادة المدة إلى (٣٦٥) على خلاف الأصل من غير أن تمحوه ، وتزيل اعتباره ، وذلك لصدور الاقرار ، والحكم بثبوت النسب ، وعلى ذلك يكون تقدير مدة أطول غير ملغ لاعتبار المدة القصيرة ، فإذا ولدته لأكثر من ٣٦٥ من وقت الوفاة أو الفرقة ، ولكن لأقل من تسعة أشهر من وقت الوصية تعتبر الوصية صحيحة ؛ إلا إذا ربط الموصى الوصية بثبوت النسب ، فإنها حينئذ لاتصح ، لأنه أوصى للحمل على اعتبار نسبه ، ولا يثبت قضاء من المطاق أو الميت بعد هذه المدة .

الأمر الثاني — أن الوصية خالفت الميراث في الحمل بالنسبة لولادته في حال

اعتدادها من الفرقة بطلاق رجعي ، فقانون الوصية يعتبر الوصية صحيحة إذا جاءت لتسعة أشهر من وقت الوصية لا أكثر ، بينما قانون الميراث جعلها كالمعتدة من فرقة بائة أو وفاة ، وقانون الميراث يسير مع أحكام ثبوت النسب إذا أنت به لاكثر من (٣٦٥) يوم ، فإذا لوحظ فيها التأكيد الحكيم يكون الانسجام القانوني ثابتاً ، إذ يحكم بوجوده في بطن أمه في حال النسب ، ويحكم به في حال الميراث ، بلا فرق فرق بينهما .

أما في الوصية فقد كان التخالف واضحاً ، إذ أنه قد حكم بوجوده في بطن أمه في حال النسب ، بينما لم يحكم بذلك في حال الوصية ، وذلك تفارق لايسوغ في قوانين الدولة الواحدة ، وفي موضع واحد .

ولذلك يجب أن يوحد الأمر في هذه القوانين الثلاثة : النسب ، والميراث والوصية ، إما بجعل المدة تسعة أشهر في الثلاثة ، بالنسبة للمعتدة من طلاق رجعي أو (٣٦٥) في الوصية أيضاً .

٧٤ — ولقد قرر القانون احتمال ولادة أكثر من ولد في حمل واحد ، في وقت واحد أو في وقتين مختلفين بينهما زمن يدل على أنهما توأمان ، وهو أقل من ستة أشهر . فرض القانون ذلك ، فقرر أنه إن ولد أحدهما حياً ، والآخر ميتاً كان الموصى به كله للحى ، وإن ولدوا أحياء كان الموصى به بينهم بالتساوى ، إلا إذا كان للموصى نص في مثل هذه الحال ، فإنه يتبع نصه .

وإذا ولد أحدهما حياً ثم مات ، فإنه ينتقل ما يستحق إلى ورثته ، لأنه مات بعد استحقاقه ، ودخول الموصى به في ملكيته ، ويجب أن يفرض أن ذلك مشروط بقبول من تكون له الولاية ، لأن القبول شرط لثبوت الملكية في الوصية ، وقد اشترط القانون القبول في كل الوصايا ، ولم يستثن من ذلك الوصايا بالحمل ، فإنه جعل القبول لمن له الولاية على ماله بإذن من المجلس الحسبي ، فلكي نقول إن نصيب الحمل الذي يولد حياً ، ثم يموت — ينتقل إلى ورثته ، يجب أن نفرض أن الملكية انتقلت إليه ، فإن لم يكن القبول قد وجد ، فإن حق القبول والرفض ينتقل في نصيبه إلى ورثته .

وهذا كله إذا كانت الوصية بالأعيان ، أما الوصية بالمنافع له ، فهي وصية بالمنفعة لمعين ، فتنتهى بموته ، لأن الوصية بالمنافع ، إن لم يكن لها شرط معلوم تنتهى بوفاة الموصى له بها .

٧٥ م — والظاهر من قانون الوصية كالظاهر من قانون الميراث ، أن شرط استحقاقه للموصى به ، ولادته كله حياً ، وتعلم حياته بحركة أو صوت ، من بكاء أو عطاس أو نحو ذلك ، فإن لم يظهر شيء بعد ذلك كان للقاضي أن يرجع إلى أهل الخبرة من الأطباء لمعرفة حياته بعد ولادته ، واشترط ولادته كله حياً لاستحقاق الميراث والوصية هو مذهب الأئمة الثلاثة مالك ، والشافعي ، وأحمد أما مذهب الحنفية فالشرط ولادة أكثره حياً ، لأن الأكثر حكم الكل .

وقد صرحت المذكورة بذلك فقالت ، مذهب الحنفية الذي جرى عليه العمل (من قبل) أنه يكفي في حياة الحمل الموصى له أن يولد أكثره حياً ، وقد رثي من المصلحة العدول عن مذهب الحنفية إلى مذهب الشافعي الذي يشترط في الحياة أن يولد الحمل ، وبه حياة مستقرة ، والحياة المستقرة تثبت بوجود الأعراض الظاهرة للحياة ، كالبكاء والصراخ والشهيق ، فإنه لم توجد هذه الأعراض ، رجوع إلى رأى الأطباء الشرعيين من أن الجنين ولد حياً حياة يقينية .

٧٦ — وأحكام الحمل أخذت في الجزء السابق كما ترى من رأى الأئمة الثلاثة كما ذكرنا ، ومن رأى الشافعي خاصة ، كما ذكرت المذكورة التفسيرية ، فحق على الباحث أن يرجع إليه في تفسير مبهمه ، وتفصيل مجمله .

وأما المدد فقد أخذ الحد بتسعة أشهر من مذهب أحمد بن حنبل ، وهو يتفق مع الأغلب الشائع الأعم ، وأخذ الحد بمدة سنة من رأى محمد بن عبد الحكم من فقهاء المالكية .

ولكن أخذ بالنظام الشمسي في السنة ، للاحتياط للحمل ، وخولف بذلك الأصل الذي أخذ منه القانون ، فإن رأى ابن عبد الحكم هو الحد بسنة هلالية ، واعتبرت تسعة الأشهر بالأيام ، وخولف بذلك الأصل ؛ لأن تسعة الأشهر في مذهب الإمام أحمد هي هلالية أيضاً .

وقد اشترط القانون الوصية للحمل إن ذكر أنه من فلان أن يثبت نسبه منه ،
لا أن يثبت مجرد العلوق ، وذلك لأنه قد يكون الحمل منه ، ولكن لا يثبت النسب ،
لأنه إذا كان من زنى لا يثبت النسب ، فإذا أوصى لـ فلانة من فلان ، وكان من
زنى لا يثبت النسب ، فلا تثبت الوصية ، وهذا مذهب الشافعي ، وبه أخذ القانون .
هذا ويلاحظ أن الموصى إذا مات قبل أن تلد ، ولزمت الوصية للحمل
بالقبول تكون الملكية موقوفة حتى يولد حيا ، فإن ولد ميتاً كانت لورثة الموصى
وإن ولد حياً كانت له ، سواء أكانت الوصية بأعيان أم بمنافع ، وإن كانت
بالأعيان تكون الغلات تابعة الأعيان ، فتكون موقوفة على ولادته حيا ،
فإن ولد حياً ملكها ، وإلا كانت للورثة أيضا ، واستحقاقه للغلة على أنها من ثمن
الموصى به ، لا على أنها وصية ، كما هو مذهب القانون .

الوصية لمن يحصون ومن لا يحصون^(١)

٧٧ م — تجوز الوصية لمن يحصون ، سواء أعرفوا بأشخاصهم أم عرفوا

(١) بينت المواد ٣٠ ، - ٣١ ، - ٣٢ ، ٣٣ ، ٣٤ أحكام الوصية لهؤلاء بالنسبة
لبطلانها في بعضهم وأحكام من لا يحصون ، وهذا نصها .

المادة ٣٠ — تصبح الوصية لمن لا يحصون ، ويختص بها المحتاجون منهم ، ويترك
توزيعها بينهم لاجتهاد من له تنفيذ الوصية دون التقيد بالتعميم أو المساواة ، ومن له تنفيذ
الوصية هو الوصى المختار ، فإن لم يوجد فميثة التصرفات ، أو من تعينه لذلك .

المادة ٣١ — إذا كانت الوصية لقوم محصورين بلفظ يتناولهم ، ولم يعينوا بأسمائهم ،
وكان بعضهم غير أهل للوصية وقت وفاة الموصى كان جميع ما أوصى به مستحقا للآخرين
مع مراعاة المواد ٢٦ ، ٢٧ ، ٢٨ ، ٢٩ .

المادة ٣٢ — إذا كانت الوصية مشتركة بين معينين وجماعة أو جهة ، أو بين جماعة
وجهة ، أو بينهم جميعا كان لكل معين ولكل فرد من أفراد الجماعة المحصورة ، ولكل
جماعة غير محصورة سهم من الموصى به .

المادة ٣٣ — إذا كانت الوصية للبعينين عاد إلى تركة الموصى ما أوصى به لمز كان
غير أهل للوصية حين الوفاة .

المادة ٣٤ — إذا بطلت الوصية لمعين أو لجماعة عاد إلى تركة الميت ما أوصى به إليهم ،
ويحاص الورثة به أرباب الوصايا الباقية إذا ضاق عنها محل الوصية .

بأوصافهم ، وتجاوز لمن لا يحصون ، وزيد أن تتكلم في أحكام الوصايا للمحصورين وغير المحصورين لا من ناحية صحتها ، ولكن من حيث بيان من يستحقها من غير المحصورين ، ومآل الوصية للمحصورين أو الجهات ، إذا كان بعض من ذكروا ليس أهلاً للملكية بالوصية عند الوفاة ، وكيف يكون الاستحقاق إذا تعددت الجهات .

وعلى ذلك نقول إن الموصى له من حيث الحصر والتعيين أقسام أربعة :
القسم الأول — موصى له غير محصور ، وهو من كان يزيد على مائة على حسب المعمول به الآن في المحاكم الشرعية ، كأن يقول أوصيت للقبيل الفلاني ، وهم غير محصورين ، وحكم الوصية في هذه الحال أنها جائزة ، سواء أكان لفظ الوصية يدل على معنى الحاجة ، أم لا يدل ، وإذا صحت لا تصرف للمحتاجين وغير المحتاجين ، بل تصرف إلى المحتاجين فقط ، وذلك لأن الوصية عمل معروف والوصية لغير المحصورين يتعذر فيها ، أو يتعسر الصرف إليهم أجمعين ، فكان لا بد أن يصرف لبعضهم ، ولا وجه لترجيح فريق منهم على فريق إلا بالأمر الذي هو أقرب إلى معنى الوصية ، وهو القرابة والمعروف والبر والخير ، وذلك إنما يكون بالصرف إلى المحتاجين فقط .

ولا يلزم أن يعم المحتاجين جميعاً ، ولا المساواة بينهم ، بل ذلك متروك لاجتهاد من له حق تنفيذ الوصية ، وهو الوصى المختار من الموصى إذا كان عين وصياً ، وخوله ذلك السلطان .

فإن لم يكن الموصى عين وصياً ينفذ وصاياه ، فذلك يكون من اختصاص هيئة للتصرفات بالمحكمة الشرعية المختصة ، تنفذها بنفسها ، أو تعين من ينفذها (١) ويسلك في التنفيذ سبيل المصلحة ، فيقدم شديد الحاجة على غيره ، وهكذا .

(١) هذا ما جاء بقانون الوصية ، وقد جاء بالقانون المدني الجديد أنه في حال إقامة مصف للتركة يتولى ذلك المصفي تنفيذ الوصايا كما جاء في المادة — ٨٩٨ — فهل يعتبر الأمر في هذه الحال ، كما إذا كان للتركة وصى مختار ولا يكون سلطان هيئة التصرفات ؟ الظاهر ذلك ، وعلى هذا يكون سلطان الهيئة إن لم يكن وصى ولا مصف

القسم الثاني - المحصورون المعروفون بأوصافهم أو جنسهم ، كالمرضى من بنى فلان ، وكنى فلان ، ولم يعرفوا بأسمائهم ، ولم يعينوا بأشخاصهم ، فالموصى به لهم أجمعين ، فان لم تتم الوصية لبعضهم كمرته في حياة الموصى ، أو عدم قبوله ، فان الموصى به يكون كله للباقيين ما دام الاسم يطلق عليهم ، والوصف ثابتاً لهم وذلك لأن التعريف لم يكن بالشخص ، حتى يكون الموصى به مجزأ بينهم ، ويكون كل واحد منهم له قدر ثابت من الموصى به ، وكان له وصية مستقلة ، بل الموصى به كله لكل من يطلق عليهم العنوان والوصف ، فليس لواحد منهم قدر ثابت قائم بذاته ، فيكون كل الاستحقاق لكل من هو أهل له ويطلق الاسم عليه، وإذا مات واحد منهم بعد استحقاقه للوصية، ودخول ما أوصى به في ملكيته تطبق الأحكام العامة للقانون في هذا ، فإن كانت الوصية بملكية تامة استحقها ، انتقل نصيبه إلى ورثته لتعين نصيبه باستحقاقه لحصته من الأعيان الموصى بها ، فنتقل إلى ورثته ، كما ينتقل كل ملك تام ، وإن كان الموصى به منفعة أو لم يكن قد استحق منه إلا المنفعة ، فان نصيب من يموت يكون لباقي من ينطبق عليه الوصف والعنوان ، لأنه لم تثبت في المنافع حصص معينة ثابتة، والمنافع لا تنتقل بالوراثة، إذ الملكية فيها ناقصة ، وإذا كان الموصى لهم بالمنافع طبقات لا يأخذ الاستحقاق أكثر من طبقتين ، على ما هو مبين في القانون ، وكما سنشير إن شاء الله تعالى .

القسم الثالث - الموصى لهم المعينون بأسمائهم وأشخاصهم. فإن بطلت الوصية بالنسبة لبعضهم عند وفاة الموصى ، بأن مات قبله أو رد فبطلت الوصية له ، فإن نصيبه يكون للورثة ، لأن الوصية لهم مع تعيينهم بالأسماء ، كأنها عدة وصايا ، ولكل منهم موصى به خاص ؛ وإن كان قدراً شائماً مع غيره في الكل ، فإذا بطلت الوصية في حقه كان بطلانها مطلقاً غير قابل للتصحيح. فتكون لورثة الموصى ويقارب المعين في أحكامه وشروطه ما عدا شرط الوجود - الوصية للجهات ، فإذا بطلت الوصية لجهة ، عادت إلى الورثة .

القسم الرابع - أن يكون الموصى له مجموعاً مشتركاً من قسمين من الأقسام السابقة أو منها كلها ، ولذلك صور .

الصورة الأولى — إذا أوصى لجماعة محصورة معرفة بالوصف والعنوان وجماعة معينين ، ووجهة ، وجماعة غير محصورة ، وكان الموصى به شيئاً واحداً ، فاقسامه بينهم أن يجعل للجهة سهم واحد ، وللجماعة غير المحصورة سهم كذلك ، وللجماعة المحصورة سهام بعدد ره وسهم ، وللمعينين كذلك سهام بعدد ره وسهم ، فإذا أوصى بضیعة قدرها خمسون فداناً — للجمعية الخيرية الإسلامية ، ولفقراء الحرمين الشريفين ، ولبنى أحمد ، وعددهم الدين انتهى إليه ستة ، ولإبراهيم ، وعلى ، فإن الخمسين فداناً تقسم على عشرة ؛ لأنه يكون للجمعية الخيرية سهم ، ولفقراء الحرمين سهم ، ولأولاد أحمد ستة ، ولكل واحد من إبراهيم ، وعلى سهم ، فيكون المجموع عشرة ، يخص كل منهم خمسة أفدنة .

وذلك لأن المحصورين عرف عددهم ، وله نهاية لا يتجاوزها ، فإذا انتهى إلى هذا العدد ، كان اعتبار الرهوس ممكناً ، والمعينون معتبرون بأشخاصهم ، والجهات كل جهة كأنها رأس بذاته ، وغير المحصورين لا يعرفون إلا بعنوانهم ، فلا يمكن التوزيع على ره وسهم ، فيجعل لهم سهم واحد .

وهذا هو الطريق الممكن للتقسيم مع عدم بيان أقدار معينة عند التوزيع ، فإن بين نصيب كل قسم اتبع ، وإن لم يبين اتبع ما بين آنفاً .

الصورة الثانية — أن يوصى لمعينين أو محصورين ووجهة ، فإنه في هذه الحال يكون للمعينين أو المحصورين سهم بعدد ره وسهم ، وللجهة سهم واحد ، وتعليل ذلك قد تبين آنفاً .

الصورة الثالثة — أن يوصى لمحصورين ومعينين ، وتكون السهام بمقدار الرهوس في الفريقين .

الصورة الرابعة — أن يكون لمحصورين أو معينين . وغير محصورين ، ويفرض لغير المحصورين سهم ، وللباقين بعدد ره وسهم .

الصورة الخامسة — أن يكون الموصى له جهة ، وجماعة غير محصورة فيكون لكل سهم واحد .

والخلاصة أنه يعتبر غير المحصورين مجتمعين موصى له واحداً ، والجهة كذلك

وأما المحصورون عند تعيين عددهم ، والمعينون فكل واحد منهم موسى له بالانفراد ، فعند القسمة يضرب كل موسى له بالانفراد على هذا الاعتبار بسهم .
ومن تبطل وصيته من هؤلاء الذين اعتبروا موسى لهم على سبيل التعيين ، يكون سهمه لورثة الموصى ، فإذا بطل سهم الجهة كان للورثة ، وإذا بطل سهم أحد المعينين كان للورثة ، وإذا بطل سهم أحد الجماعة المحصورة التي عرفت بالعنوان والوصف يكون للباقيين من جماعته على ما هو مبين في الوصية للمحصورين ، وإذا بطلت الوصية للجماعة نفسها ، بأن قال لبنى فلان ورفضوا جميعاً ، فإن ما كان لهم من سهام بعدد سهمهم يكون للورثة ، وإذا بطلت الوصية لجهة أو لشخص معين ، أو لبعض المعينين وآل نصيبه للورثة ، فإنهم يملكونه بمقتضى خلافتهم عن الموصى ووراثتهم .

ويلاحظ أنه إن كان مجموع الوصايا أكثر من الثلث ، ولم يجز الورثة ، وقسم الثلث بين الموصى لهم بنسبة حصصهم ، استحق الورثة حصة من بطلت وصيته من الجهات ، والأشخاص المعينين ؛ وهذا معنى ما جاء في المادة ٣٤ من أن الورثة يحاصون أصحاب الوصايا بحصة من بطلت وصيته ، إن كان مجموع الوصايا أكثر من الثلث ؛ ولذا جاء في المذكرة التفسيرية خاصة بهذه المادة ما نصه :

« هذه المادة جديدة ، والقول بعود نصيب من بطلت وصيته إلى ورثة الموصى يؤخذ من مذهب الشافعي ، والقول بالمحاصة مأخوذ من مذهب مالك ؛ فإذا أوصى لأخيه بربع تركته ، ولأولاد ابنه بالثلث ، وهم ثلاثة ، وللفقراء بثلث آخر ، فلم يجز الورثة الوصية بما زاد على الثلث ، ورد الأخ الوصية أو مات قبل موت الموصى ؛ كان الثلث بين الوصايا بالمحاصة ، وحل ورثة الموصى محل الأخ في وصيته ، وحاصوا بها أرباب الوصايا الأخرى ؛ وردوا من الثلث نصفه ؛ وهو قدر حصصهم . »

وذلك لأن الثلث سيقسم على أربعة ، إذ نسبة الربع إلى الثلث كنسبة ٢ إلى ١ وهنا ثمان ؛ فتكون حصة الربع نصف الثلث .

٧٨ — هذه خلاصة أحكام القانون ، وتوضيح أقسامه في هذا الجزء ، ولنتجه إلى ذكر مصادره الفقهية ، وأنه في القسم الأول ، وهو الذي يكون الموصى

له فيه غير محصورين ، قد أخذ في الجملة برأى مالك رضى الله عنه في هذا ، وذلك لأنه يجيز الوصية لمن لا يحصى ، ولو لم يكن في اللفظ ما ينبيء عن الحاجة ، وإن الوصى ينفذها بقدر اجتهاده وما يراه المصلحة ، لأن التعميم غير ممكن ، فيطرح ، وتلغى معه المساواة في العطاء ، لأنه إذا لم يكن الاعطاء للجميع لازماً ، فالمساواة غير لازمة ، إذ لا مساواة في أصل الاعطاء ، فلا مساواة في مقدارها لمن يعطى فعلاً . ويقابل رأى المالكية هذا رأى الحنفية فانهم يرون أن الوصية لمن لا يحصون (١) تكون باطلة إلا إذا لوحظ معنى الحاجة ، وذلك لأن الوصية تملك ، والذين لا يحصون مجهولون ، والتملك لا يجوز من مجهول ، ولكن إذا كان في لفظ الوصية ما يبيء عن الحاجة صححت الوصية من حيث إنها صدقة ، والصدقة تكون تملكاً لوجه الله سبحانه وتعالى ، فلا يشترط فيها أن يكون هناك مملك من الناس معين أو محصور . والقانون أجاز الوصية لمن لا يحصون من غير اشتراط أن يكون في اللفظ ما ينبيء عن الاحتياج ، وهو في هذا القدر أخذ بمذهب مالك ، ولم يترك لمنفذ الوصية ذلك الأمر مطلقاً ، بل قيده بأن يصرف للمحتاجين وأطلق له الحرية في اختيار أشخاص المحتاجين .

وتراه في الواقع أطلق حرية الموصى في الإنشاء إطلاق المذهب المالكي ، وقيد التنفيذ ، فجعله في نطاق المذهب الحنفي ، فكأن القانون جعل لفظ الوصية إن كان لغير المحصورين متضمناً بحكم القانون معنى القرية والبر ، وإن لم يصرح بهما ، لأنه لا معنى للوصية لمن لا يحصون ، إلا أن يقصد بها البر والمعروف والخير ، ولا يكون ذلك إلا بأن يصرف للمحتاجين ممن ذكرهم .

ولقد ذكرت المذكرة التفسيرية أن حكم هذه المادة انعام ، وهو إجازة الوصية لمن لا يحصون من غير نص ينبيء عن الحاجة من مذهب مالك ، وتعيين المصروف للمحتاجين

(١) قال الكاساني في البدائع : « اختلف في تفسير الاحصاء قال أبو يوسف إن كانوا لا يحصون إلا بكتاب أو حساب فهم لا يحصون ، وقال محمد إن كانوا مائة فهم لا يحصون ، وقيل أن كانوا بحيث لا يحصهم محص حتى يولد منهم مولود ، ويموت منهم ميت ، فهم لا يحصون ، وقيل يفوض إلى رأى القاضى ، ج ٧ ص ٣٤٢ .

أخذ من القاعدة الشرعية العامة وهي التي تقرر أن لولى الأمر أن يعين جهة الصرف .
والحقيقة أنه لم يكن ثمة حاجة إلى الاعتماد على هذه القاعدة ، لأن في مذهب
مالك نفسه ما يشير إلى هذا ، ففي المدونة ما نصه : « رأيت إن قال ثلث مالي
لولد فلان ، وولد ذلك الرجل ذكور وإناث ؟ الذي سمعت من مالك أنه إذا
أوصى بحبس داره أو ثمرة حائطه على ولد رجل ، أو على ولد ، ولده أو على ابن فلان
قال ، فإنه يؤثر به أهل الحاجة منهم في السكنى والغلة ، وأما الوصايا فإني لا أقوم
على حفظ قول فيها الساعة ، إلا أنى أراها بينهم بالسوية . » (١)

فمالك لم يحفظ له قول في إيثار أهل الحاجة من الموصى لهم المعينين ، وأثر
عنه في الوصية بالحبس لهم أنه يؤثر أهل الحاجة ، ولم يرد ابن القاسم أن يقيس
الوصية على الوقف ، ولو أننا قسنا ما باعدنا مذهب مالك ، وإن القياس يكون
محكما لو قسنا الوصية لمن لا يحصون على الواقف ؛ لأن الذي منع ابن القاسم من
القياس فيما يحصون أن الوصية تملك عند الوفاة فهي لمعروفين معلومين ، أما
الغلة فهي لمن يوجدون عند الغلة ، وقد يزيدون وينقصون ، فليسوا معلومين فصح
أن يختار منهم المحتاجون دون سواهم ، ولأن الذين يحصون يقسم بينهم عموما
بالسوية في الوصية ؛ لأنهم معلومون ، أما من لا يحصون ، فلا يعطون جميعا ،
فيمكن أن يخرج قول مالك فيهم كالوصية بالوقف ، ولأن الوصية بالمنافع لمن
لا يحصون في معنى الوقف تماما ، فإذا لم يكن لمالك قول في الوصية فيهم ، وله قول
في الوقف ، فيخرج حكم الوصية لمن لا يحصون على حكم قوله في الواقف ، لأنه
عند تنفيذ الوصية كما هو عند إعطاء الغلة لا يعلم المستحقون .

ولذلك قال سحنون في الوصية لمن لا يحصون : « إذا كانت الوصية لقوم مسمين
أو على قوم مجهولين لا يعرف عددهم ، أكثرتهم ، مثل قوله على بنى زهرة ، أو على
بنى تميم ، فإن هذه الوصية لم يرد بها قوما بأعيانهم ، لأن ذلك مما لا يحصى ولا يعرف
وإنما ذلك بمنزلة وصيته للمساكين ، فإنما يكون لمن حضر القسمة . » (٢)

(١) المدونة الكبرى ج ١٥ ص ٧٢ . (٢) المصدر السابق :

وفي الحق إن ما أخذ به القانون يتفق كله مع روح المذهبين الحنفي والمالكي، لأن الحنفي يصرّف إلى المحتاجين، ويشترط أن يفيء لفظ الوصية عن الاحتياج، والقانون اعتبر كل وصية لمن لا يحصون، منبثه بذاتها عن الصرّف إلى المحتاج؛ لأن ذلك هو البر المقصود، ولا يتصور سواه، أما اتفاقه كله مع المذهب المالكي فللنص على الجواز، وقياس الوصية في الصرّف للمحتاجين على الوقف.

٧٩ - وقيل أن ترك الكلام في الوصية لغير المحصورين نبيه إلى أمرين: أحدهما - أنه من المنصوص عليه في الفقه الحنفي أنه في الوصية لمن لا يحصون عند الصرّف إلى المحتاجين يفضل اقارب الموصى إن تحقق فيهم ذلك الوصف، لأنهم أولى، ولأنها تكون صدقة وصلة رحم، ولكنه إن صرّف لغيرهم كان ذلك جائزاً سائغاً، وإن كان غير الأولى.

وإنه إذا كان القانون لم يوجب الأولى، وجب على هيئة التصرف أن تتبع الأولى عند تنفيذها هذا النوع من الوصايا.

الأمر الثاني - أن الوصية لمن لا يحصون إن كانت بالأموال، لا بالمنافع فإنها توزع على المحتاجين، وتكون الملكية التامة ثابتة بقبضهم، وإذا لم تكن الوصية بنقود مرسلة أو نحوها بل بغيرها يبيع الموصى به، ووزع الثمن على المحتاجين، وإن كانت الوصية بالمنافع، فالمنصوص عليه في الفقه الحنفي أن الوصية تخرج تخرج الوقف، وبذلك تكون العين وقفاً، لأن من لا يحصون لا ينتهون انتهاء قريباً غالباً، فلا ينتظر انقطاعهم، وتكون الوصية بالمنافع في معنى حبس العين عليهم وذلك يتحقق على مذهب مالك أيضاً، وهو يتفق مع روح القانون ولذلك لا مانع من أن نقول إن الوصية بالمنافع لمن لا يحصون تكون بعد الوفاة من قبيل الوقف، وتسير عليها أحكام الأوقاف لجهات البر.

٨٠ - والأحكام الخاصة بالمحصورين المعروفين بالوصف من حيث إن الذين ثبت بطلان الوصية بالنسبة لهم لا ينقص من الوصية بقدرهم مادام الاسم ينطبق على الباقيين، والتعريف بالوصف في الوصية يثبت لهم - هذه الأحكام تتفق في جملتها

مع المذهبين الحنفي والمالكي ، لأن كلا المذهبين يقرر ذلك .
ولكن المذكرة الإيضاحية تذكر أنها أخذت ذلك من مذهب مالك رضى
الله عنه ، وكان نصها على مذهب مالك ، مع أن هذا القدر من الأحكام يتفق مع
مذهب أبي حنيفة ، وهو الأصل — لأن الوصية فيمن عرفوا بأوصافهم بشكل
عام اعتمد فيها على مذهب مالك باطراد تقريباً ، إذ الوصية لمن يكون غير موجود
وقت الوصية ولا وقت الوفاة ، ثم يوجد من بعد ذلك - جائزة ، وهى من مذهب
مالك ، وهى فى أكثر ماتكون فى المعرفين بالأوصاف المحصورين ، وتفصيل ذلك
بالمواد ٢٦ ، ٢٧ ، ٢٩ معتمد فيه على ذلك المذهب ، فكان من المنطق أن ينص عليه
فى كل فروع الوصية للمحصورين ، وإن اتفقت هذه الفروع أو بعضها ، مع
مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه ، أو مذهب غيره .

٨١ — والأحكام الخاصة باجتماع الجهات والمعينين والمحصورين ، وغير
المحصورين مأخوذة من المذهب الحنفي ، أو على التحرير مأخوذة من قول أبى
حنيفة وأبى يوسف ، خلافاً لمحمد رضى الله عنه ، وذلك بالنسبة لغير المحصورين
فإن الجهة تعتبر واحداً باتفاق ، أما غير المحصورين فاعتبارهم كشخص واحد
موضع خلاف ، وأصل ذلك الخلاف أن الوصية للفقراء يجوز صرفها كلها لفقير
واحد أو لا يجوز ؟ قال محمد لا يجوز إلا أن يعطى اثنين منهم فصاعداً ، ولا يجوز
أن يعطى واحداً إلا النصف ، وقال الشيخان يجوز أن يعطى لفقير واحد .

وحجة محمد أن ذكر من لا يحصون يكون بصيغة الجمع ، وأقل الجمع الصحيح
ثلاثة ، بيد أنه قام الدليل من الشارع على اعتبار الاثنين فى العدد كالجمع ، فالبنتان
فى الميراث تأخذان الثلثين ، كالبنت ، والأختان الشقيقتان أو لأب تأخذان كذلك
الثلثين كالأخوات ، واثنان من الأخوة ينقلان نصيب الأم من الثلث إلى السدس
كالأخوة والأخوات ، وهكذا ، والوصية أخت الميراث ، فلما كان أقل الجمع فيه
اثنين ، كان أقل الجمع فيها كذلك .

ولأن معنى الجمع يدل على الاجتماع ، وأقل ما يتحقق به الاجتماع اثنان .

وحجة الشيخين أن هذا النوع من الوصايا وصية بالصدقة ، وهي التزام بالمال حقا لله سبحانه وتعالى ، فكل ما يتحقق فيه هذا المعنى ، وهو الصرف لجانب الله يتحقق به مقصد الوصية ، ومعناها فيصرف له ، فذكر الفقراء ، أو نحو ذلك لبيان جنس المصرف ، لا لبيان شموله ، إذا الشمول متعذر ، فلم يبق إلا اعتبار الجنس ، وذلك يتحقق بالصرف إلى واحد .

ولقد ترتب على هذا الخلاف أن كان ثمة خلاف في حال اجتماع من لا يحصون مع غيرهم ، فإذا قال أوصيت بثلاث مالى لزيد ، وخالد ، وإبراهيم ، وللفقراء من أهل القاهرة فعلى قول الشيخين يقسم الثلث أرباعا ، ربعه لزيد ، وربعه لخالد ، ولإبراهيم الربع الثالث ، وللفقراء ربع ، لأنهم فرضوا واحدا ، وعلى قول محمد يفرض للفقراء سهمان ، لأنهم كشخصين على الأقل ، فيقسم الثلث أخماسا ، وخمساهم للفقراء .

وبعد هذا البيان نرى واضحا أن القانون اعتمد على رأى الشيخين . لأنه عند الاجتماع اعتبر غير المحصورين واحدا ، وضرب لهم بسهم واحد .

٨٢ — ولقد قرر القانون أنه عند اجتماع الوصايا ، إذا بطلت الوصية لأحد الموصى لهم يكون نصيبه للورثة ، فلو قال أوصيت بثلاث مالى لإبراهيم وعلى ، والجمعية الخيرية يكون لكل واحد ثلث الثلث فإذا رد إبراهيم الوصية أو مات قبل موت الموصى بطلت الوصية ، وضم إلى حق الورثة ثلث الثلث . وهذا الرأى مأخوذ من مذهب الشافعى .

أما مذهب أبى حنيفة فقد اختلفت فيه الروايات ، واختلف فيه الرأى ، ومن المتفق عليه فى كل كتب المذهب أنه ليس فى كل أحوال بطلان الوصية لموصى له يكون نصيبه للورثة ، بل فى بعض الأحوال دون بعضها ، واختلف الروايات والأقوال إنما هو فى الضوابط الجامعة لها ، وأحسن ضابط ما جاء فى الدار المختار من أن من تبطل وصيته إذا كان قد دخل فى الوصية ثم خرج منها ، كمن يوصى له ثم يرد . فإن نصيبه يذهب للورثة ، وإن كان البطلان يقتضى أنه لم يدخل فى الوصية أصلا ،

كالوصية بالثلث لثل فلان ، ولعلي ، فولد حمل فلانه ميتا ؛ لأن شرط صحة الوصية للحمل ولادته حيا — فان الثلث كله يكون للموصى له الثاني ، والفروع المترتبة على هذا كثيرة ، وهو ضابط مقبول .

ولكن ما العبرة بوقت الدخول في الوصية أهو حال الإيجاب أم حال الوفاة . قد ذكر في التتار خانية أن الموصى له إن كان معينا بالتعيين أو الاسم كان وقت دخوله في الوصية هو وقت الإيجاب ، وإن كان معروفا بالوصف أو القبيل فالاعتبار في وقت دخوله بوقت الوفاة (١) .

هذه هي خلاصة الأقوال في المذهب الحنفي ، ونرى منها أنه في بعض الأحوال إذا بطلت الوصية لا يعود النصيب إلى الورثة ، وفي بعضها يعود ، ولكن القانون أخذ بقضية كلية عامة ، وهي عودة نصيب من تبطل وصيته إلى الورثة في كل الأحوال إذا كان الموصى له معينا ، فكان لا بد من مذهب يعتمد عليه في هذا التعميم ، وقد وجد في المذهب الشافعي متسعا لذلك ، فاعتمد .

٨٣ — وقد بينا فيما مضى أنه إذا كان الموصى لهم يمحسون ومعهم جهة ، ومن لا يمحسون ، كأن تكون الوصية على أولاد علي ، والفقراء ومسجد من المساجد فإنه يجب تطبيق المواد ٢٦ ، ٢٧ ، ٢٨ ، ٢٩ مع المادة ٣٢ بالآلة تقسم الوصية قسمة نهائية ما دام على قيد الحياة ، ويمكن أن يعقب أولادا ، بل تقسم الغلة إلى أن يحصل اليأس من أن يكون لعل أولاد غير الموجودين ، فإن القسمة تصير نهائية ؛ وعلى ذلك لو كانت الوصية بالصورة السابقة ؛ ولعلي عند الوفاة ثلاثة أولاد ، فإن الغلة تقسم على خمسة ؛ ثلاثة الأولاد ؛ وسهم للفقراء ، وسهم للمسجد ، فإذا أعقب علي ولدان رابعا قسمت غلة الثلث على ستة : الأولاد أربعة ، وللفقراء سهم ، وللمسجد سهم ؛ فإذا جاء سادس سار الحكم على ذلك المنوال حتى يحصل اليأس من أن يعقب علي ، فتقسم الوصية على حسب العدد ، وفي هذه الحال تكون قسمة أعيان لا قسمة غلة ، ويكون لكل ولد من الأولاد سهم مهما يكن عددهم .

(١) راجع هذا في شرح الدر المختار ، ورد المختار هـ

وقد بينت ذلك المذكرة التفسيرية ، فقد جاء في التعليق على المادة ٣٣ ما نصه :
« هذه المادة جديدة وضعت لبيان نصيب الموصى به لكل معين أو جماعة
محصورة أو غير محصورة ، أو جهة ، والحكم في هذا وفق مذهب الحنفية .
١ - فلو أوصى لمعين مع قوم محصورين كالوصية لعبد الله وأولاد بكر كانت
الوصية على عدد الرؤوس .

٢ - ولو أوصى لمعين وقوم غير محصورين ، أو جهة من جهات البر كان
للمعين سهم ، ولغير المحصورين سهم ، ولجهة البر سهم وإن كان المعين متعددًا كان
لكل واحد سهم ، فلو أوصى لزيد وعمرو وعبد الله وفقراء مدينة الاسكندرية
وملجأ العجزة كانت الوصية أخماساً ، لكل واحد من المعينين سهم ، وللفقراء سهم ،
وللملجأ سهم .

٣ - ولو أوصى لجهة من جهات البر وقوم غير محصورين كان للجهة نصف
الوصية ، والنصف الثاني لغير المحصورين .

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

الموصى به

١ - شروطه وأحواله

٨٣ م - تعرض القانون لشروط الموصى به وأحواله ، وأحكام كل حال في مواضع مختلفة ولسنا نريد أن نسلك في بيانه ترتيبه ، بل نجمع أحكامه وشروطه في موضع واحد ، كما فعلنا في الموصى له ، لأنها متصلة اتصالاً منطقياً ، ولا يصح قطع هذا الوصل الفكري بتوزيع بحثه في مواضع مختلفة من القول .

ولقد تكلم القانون في مواضعه المختلفة في شروط الموصى به ، وبيانه ، وما يصلح أن يكون موصى به ، وما لا يصلح ، وأنواعه ، ومقداره المحدود الذي لا يحتاج إلى إجازة الورثة ولنبتدىء ببيان شروطه^(١) .

لقد اشترط القانون لصحة الوصية في الموصى به ثلاثة شروط :

- (١) أن يكون مما يجرى فيه الإرث أو يصلح محلاً للتعاقد في حال الحياة .
- (٢) وأن يكون متقوماً إذا كان مالا . (٣) وأن يكون موجوداً عند الوصية في ملك الموصى ، إن كان معيناً بالتعيين ، ولنفصل ذلك الإجمال .

الشرط الأول - أن يكون الموصى به مما يجرى فيه الإرث ، أى مما يصلح أن يكون تركه ، أو يكون مما يجرى فيه التعاقد حال حياة الموصى ، ولو لم يكن مما ينقل بالميراث ، كالمنافع عند الحنفية ، فإنها يصح أن تكون موصى به ، ولكنها لا تورث ، لأن ملك المنفعة ينتهى بموت المنتفع عند الحنفية ، واذلك تنفسخ الإجازة بموت أحد العاقدين عندهم لأن المستأجر لم يملك المنفعة إلا ملكاً مستمداً من ملك المؤجر ، فإذا مات انتهت ملكيته ، فسقطت ملكيته من يستمد منه ، والمستأجر إذا مات لا تنتقل ملكية المنافع إلى ورثته ، لأنها لا تورث كما بينا ، ولذا تبطل كل العقود على المنفعة بموت أحد العاقدين عند الحنفية كما نوهنا .

(١) تعرضت المادة العاشرة لبيان شروطه ، فقالت : « يشترط في الموصى به : (١) أن يكون مما يجرى فيه الإرث ، أو يصح أن يكون محلاً للتعاقد حال حياة الموصى (٢) وأن يكون متقوماً إذا كان مالا ، (٣) وأن يكون موجوداً عند الوصية في ملك الموصى إن كان معيناً بالذات .

وعلى ذلك نقول أن الموصى به ، من حيث صلاحيته لأن يكون ميراثاً قسماً : قسم يصلح لأن ينتقل بالميراث أو يصح أن يكون تركة ، كالأموال والحقوق التي تتعلق بأعيان الأموال ، كحقوق الارتفاق ونحوها ، وقسم لا يكون من الحقوق التي تورث . ولكن تصح الوصية به ؛ لأنه يصح التعاقد عليه حال الحياة ، فيصح أن يوصى به بعد الوفاة ، لأن الوصية تصرف يلاحظ فيه التوسيع على الموصى ، لتسهيل عليه أبواب البر والمعروف ، ، إذ هو غالب أحواله لا يقصد به نفعاً شخصياً له ، وإذا كان الملاحظ فيه التوسعة على المتصرف ، فلا يصح أن يمنعه من التصرف بأمر كان يصلح للتعاقد عليه حال الحياة .

وعلى هذا يصح أن نقول كل ما يصلح أن يكون تركة يصلح أن يكون موصى به ، ولا عكس ، أى ليس كل ما يصلح أن يكون موصى به يصلح أن يكون تركة ، وهذا عند الحنفية .

٨٤ - ولكن ما الذى يصلح أن يكون تركة .

لم يبين القانون معنى التركة ، ولكن ذكرت المذكرة الإيضاحية أنها أخذت هذا الشرط من مذهب الحنفية ، فحق علينا أن نعرف معنى التركة في ذلك المذهب المتسع الأفق ، ثم نذكر ما نختاره تفسيراً للقانون .

والتركة في ذلك المذهب هي الأموال والحقوق العينية المتعلقة بالأموال ، وبعبارة أدق هي المال ، أو كل حق يمكن أن يعوض عنه بمال ، ولذلك تشمل التركة ثلاثه أنواع :

النوع الأول - الأموال بكل أنواعها من عقارات ومنقولات ، وقيميات ومثليات ، على اختلاف أنواع الانتفاع بها من عروض ، وحيوان ، وملابس ، ودور ، سواء أكانت تلك الأموال تحت يد المالك ، أو تحت يد نائبه عن يده ، كيد المستأجر والمستعير ، أم ليست تحت يده كالأموال المغتصبة .

النوع الثاني - الأموال التي لم تدخل في حياته ، ولكن له حق مقدر معلوم فيها ، وإن لم يعين بذاته ، كحصته من الغنم قبل قسمتها ، ونصيبه من غلات

الوقف التي استحقها في حياته ، ولم ينسلبها ، والدين الذي له في ذمة غيره .
وهذا القسم قريب من القسم الأول ، ولكن يفرقه عنه أن الأول محوز
في يده ، أو خرج من يده بيد معتدية ، أما هذا فإن الحق المالك الثابت ليس محوزاً
في يده ، بل هو حصة شائعة ، لا تنقرر ملكيتها إلا بالقسمة في بعضها ، أو ليس
لها وجود عيني كما في الديون .

ويصح أن ندخله في القسم الأول ، ولكن نعممه ، بأن نقول فيه : إنه
الأموال المعينة ، والشائعة ، والحقوق المالية الثابتة في ذمة الغير ، فإن هذا كله
يشمله كلمة مال ، أو حق مالي .

القسم الثالث — الحقوق العينية التي ليست في ذاتها أموالاً ، ولكن تقوم
بمال أو تزيد في قيمة العين ، كحق الشرب ، وحق المرور ، وحق المسيل .
والشرب هو النصيب من الماء لسقي الزرع والشجر ، وحق المرور هو أن
يكون للشخص الحق في الوصول إلى عقاره ، وحق المسيل هو حق مرور المياه
غير الصالحة أو الزائدة عن الحاجة .

وقد نص فقهاء المذهب الحنفي على إرث هذه الحقوق ، فقد جاء في شرح
الكنز لملاسكين مانصه : « ويورث الشرب ، ويوصى بالانتفاع بعينه ، ولا يباع ،
ولا يوهب وعلل الإرث الكاساني في البدائع بأن « الإرث لا يقف على الملك
لا محالة ، يثبت في حق الملك ، كما يثبت في الملك ، تخيار العيب ،

وينص الكاساني على جواز الوصية به بقوله : « يوصى بالشرب ، حتى لو أوصى
لرجل بأن يسقى أرضه مدة معلومة من شربه جازت الوصية من الثلث ، لأن
الوصية تمليك بعد الموت ، ، ألا ترى أن الموصى له لا يملك الموصى به في الحال ،
وإنما يملك بعد الموت ، فأشبه الميراث ، وإذا احتل الإرث احتل الوصية التي
هي أخت الميراث ، وإذا مات الموصى له تبطل الوصية ، حتى لا تصير ميراثاً لورثة
الموصى له ، لأن الشرب ليس بعين مال ، بل حق مالي ، وشبه الخدمة ، ثم الوصية
بالخدمة تبطل بموت الموصى له ، ولا تصير ميراثاً ، فكذلك الوصية بالشرب ،

ولو أوصى أن يتصدق بالشرب على المساكين لم يصح ، لأنه لم يحتمل التليك بالتصدق ، استوى فيه الحال والإضافة إلى ما بعد الموت .

ومن هذا الكلام يتبين أن الوصية بحقوق الارتفاق جائزة عند الحنفية ، لأنها يجرى فيها الارث ، فتجرى فيها الوصية ، إذ الوصية أخت الميراث ، ولكن الوصية بحقوق الارتفاق من قبيل الوصية بالمنفعة عند الكاساني ، ولذلك تنتهي الوصية بموت الموصى له ، كما تنتهي الوصية بالمنفعة لشخص بموته .

٨٥ - ولكن القانون مع أن ظاهره يشير ، ومذكرته تصرح بأن معنى ما يجرى فيه الارث يعتمد فيه على مذهب أبي حنيفة جاء بأحكام أخرى تجعلنا نفهم أنه يضيف إلى ما جاء في مذهب أبي حنيفة مما يجرى فيه الارث أموراً استحسناها في مذهب مالك والشافعي رضي الله عنهما ، فجعل الوصية فيها جائزة ، ولذلك نص على جواز الوصية بكل الحقوق التي تنتقل بالارث ، وبحق الخلو ، وبحق المنفعة الذي يملكه المستأجر (١) . أي أنه إذا كان شخص قد استأجر أرضاً زراعية لمدة ثلاث سنوات مثلاً ، ومضى منها سنة ، ثم اشرف على الموت يجوز أن يوصى بالسنتين الباقيتين لغيره ، وهذا يسير على مقتضى مذهب الشافعي ، فإن المنافع تورث عنه ، بينما الحنفية يقولون إن المنافع لا تورث ، بل تنتهي ملكيتها بوفاة أحد العاقدين على ما بينا .

ولقد عجم القانون في الحقوق التي تنتقل بالميراث ، وجوز الوصية بها ، وذكرها بتعريف شامل ، وهي الحقوق التي تنتقل بالارث ، فشملت حقوق الارتفاق وغيرها .

ولكن هل تنقيد في تفسيرها بالمذهب الحنفي ، كما جاء في الفقرة الأولى من المادة العاشرة ، التي قالت المذكرة التفسيرية في بيانها إنها جميعها مأخوذة من ذلك المذهب وقد فسرنا معنى ما يجرى فيه الارث بمعنى التركة في المذهب الحنفي ؟

(١) هذا ما أشتملت عليه المادة ١١ ونصها : « تصح الوصية بالخلو ، وبالحقوق التي تنتقل بالارث ، ومنها حق المنفعة بالعين المستأجرة بعد وفاة المستأجر ، .

الظاهر من سياق ألفاظ القانون والمذكرة ذلك ، فنفس الحقوق التي يجرى فيها الارث بالتفسير الحنفي ، ونضيف إليه ما نص القانون على إضافته وهو الخلو ، والمنفعة التي يملكها المستأجر . وإن فسرنا ذلك التفسير كان القانون في أحكامه ، متفقاً مع ما جاء في المذكرة التفسيرية في بيان المادة العاشرة مبيناً لمصدرها الفقهي .

ولكن المذكرة التفسيرية جاءت ، وذكرت أن حق التعلّي تجوز الوصية به (المادة ١١) وأن ذلك مأخوذ من مذهب مالك ، وأنه ليس في المادة الحادية عشرة نص على حق التعلّي ، بل المذكرة هي التي فسرت الحقوق التي تنتقل بالارث بتفسير عام يشملها ثم ذكرت أنه مذهب مالك ، فهي غير متناسقة بعضها مع بعض . ويجب أن نقول في تفسير التركة ، إن معنى التركة ، وما يورث من الحقوق يترك تفسيره للقانون المدني الذي يقرر الحقوق المالية ومداها ، وكونها تورث أولاً تورث ، ويكون تفسير كلمة ما يجرى فيه الارث التي جاء بالمادة العاشرة ، وكلمة الحقوق التي تنتقل بالارث التي جاءت بالمادة الحادية عشرة تسير على ما تقضى به أحكام القانون المدني للأموال والحقوق ، وكونها تورث أولاً تورث . وإن ذلك التفسير يؤدي إلى أمرين : — أحدهما التناسق القانوني في أحكام الأموال ، فإن حكم انتقالها بالميراث يؤخذ من القانون الذي يقرر الحقوق ويثبتها ، وحكم النقل وطريقه ، وتوزيعها بين المستحقين يكون من الشريعة التي ترك لها أمر توزيع التركة بالميراث والوصية معاً .

الأمر الثاني — أن القانون يكون فيه مرونة ، إذ يتسع لكل ما يثبت القانون المدني في المقابل من حقوق تورث أولاً تورث ، فتصح الوصية بها إن كانت تورث ، ولا تصح الوصية فيها إن منع ميراثها .

وعلى ذلك يكون حق التعلّي بما تصح الوصية به ما دام القانون المدني يسوغ توريثه ، ويكون موافقاً للمذهب المالكي ، كما جاء في المذكرة التفسيرية ، وإن ذلك التفسير هو ما نميل إليه ، ونختاره .

٨٦ - هذا هو الشرط الأول من شروط الموصى به ، وقبل أن نترك الكلام

فيه نذكر أمرين لا بد من بيانها :

(أولهما) أن تصح الوصية بحقوق الارتفاق غير تابعة للعقار ما دامت للمالك أرض ينتفع بها ، ولقد جاء في المذكرة التفسيرية بيان لذلك ، فقد قالت : « وجواز الوصية بحق الشرب والمجرى والمسيل يؤخذ من مذهب الحنفية ، ولكن لا تجوز الوصية بهذه الحقوق إلا تبعاً للأرض الموصى بها ، أو للمالك أرض تنتفع بها . ومن هذا الكلام يستفاد أن الوصية بحقوق العقار تكون تابعة للوصية بالعقار نفسه ، أو وصية لصاحب عقار آخر يمكنه أن ينتفع بذلك الارتفاق . والصورة الأولى لا تعتبر وصية بالارتفاق ، بل تعتبر وصية بالعقار ، ولكن يدخل الارتفاق بالتبع ، كما يدخل البناء ، وكل ما يتصل بالأرض اتصال قرار أو من غير قرار ، عند وقفها ، أو للوصية بها من غير نص عليها أو بنص .

وإنما الذي يفرد بالذكر هو الوصية بالارتفاق نفسه منفرداً عن العقار التابع له ، وفي هذه الحال تكون الوصية بانتفاع لصاحب العقار الذي ينتفع به ، وهل يكون له ذلك الارتفاق مادام حياً ، ولا يكون تابِعاً لعقاره ، كسائر الوصية بالمنافع ؟ لقد صرح بذلك في البدائع فيما نقلنا لك ، وعلى هذا التخرج لا يعد في نظري ما يملكه الموصى له من الانتفاع بحق الشرب أو المسيل مثلاً بهذه الوصية من قبيل الارتفاق ، بل من قبيل ملك المنفعة الخالص ، لأن ما يملكه ليس حقاً مقررأ لعقاره على العقار الآخر ، بحيث ينتقل مع العقار ، إذا باعه ، أو وهبه ، أو نحو ذلك ، بل هو حق شخصي له ينتهي بموته ، ولا ينتقل إلى غيره .

هذا تخرج القول على ما قاله الكاساني ، ولعله ، جنى على ما قرره بعض الفقهاء بناء على بعض روايات المذهب ، من أنه لا يجوز التصرف في حقوق الارتفاق منفردة عن العقار ، وإنما جازت الوصية بالانتفاع بها ، على أنه من قبيل تملك المنفعة ولكن وجدنا فقهاء بلخ أجازوا بيع حقوق الارتفاق منفردة ، لأنهم تعارفوا ، والعرف يميز مخالفة القواعد الفقهية ، ولهذا الرأي معتمد من أصل المذهب ، فهناك رواية تجيز ذلك البيع .

فعلی هذه الرواية ، وعلى هذا الرأى تجوز الوصية بالارتفاق ، بوصف كونه ارتفاقاً لصاحب أرض تنتفع منه ، فإنه يكون بهذه الوصية ارتفاقاً لها ، وينتقل معها على أنه حق من حقوقها ، ويكون الشأن فيها كالشأن فى بيعها ، تصير به حقاً للعقار الذى يملكه من اشترى ذلك الحق .

(الأمر الثانى) أن القانون يصرح بصحة الوصية بالخلو ، والمذكرة التفسيرية تذكر أنه من الحكر ، أما الحكر ، فنحن نرى فيه أنه ليس حقاً عينياً على العقار الموقوف ، بل هو حق الأولوية بالاجارة ، وعلى ذلك لا تصح الوصية به على هذا الاعتبار ، وإنما تصح الوصية بالبناء والغراس ، فينتقلان إلى الموصى له ، ويثبت له بملكيتها حق الأولوية فى الاجارة ، لأن ملكيتهما أثبتت ذلك لصاحبهما الأول ، فيثبت ذلك الحق لمن آلت إليه ملكيتهما .

والخلو قد اعتمد فيه القانون على المذهب المالكى ، فهو الذى ذكر بعض المتأخرين فيه أحكامه .

والخلو معناه فى ذلك المذهب أن يكون الوقف محتاجاً لعارة أو نحوها ، فيتقدم شخص بالمال يبذله ، ويصرف على جهة الوقف فى المصارف الضرورية لبقائه وعمارته على أن يكون له حق البقاء دائماً .

وقد ذكر ناصر الدين اللقانى وهو من علماء التخرىج فى المذهب المالكى الخلو ، وأفتى بصحته بناء على العرف وأتى له بصور ثلاث :

الصورة الأولى — أن يحتاج الوقف إلى عمارة ، ولا مال يعمر به ، فيتقدم من يقوم بعمارته ، ويتقدم للناظر ما يعمره به ، فيكون بهذا المال الذى قدمه صاحب خلو ، وله بهذا حق ثابت ، سواء أكانت هذه العمارة منشأة بعد أن لم تكن ، أم إصلاحاً لمتخرب ، أم كانت إقامة بناء مقام المتهدم ، أم كانت تكميلاً لعين ناقصة ، وحقه الثابت فى بقاءه فيها بأجرة تسمى عندهم حكرًا ، ويكون له بهذه العمارة حق فى أجرة العين الموقوفة يكافئ ما أنفق ، وذلك إن تركها وأجرها غيره .

الصورة الثانية — أن تكون جهة الوقف محتاجة إلى المال ، كأن يكون

العقار موقوفاً على مسجد ، واحتاج المسجد إلى مصابيح ، أو أجرة لإقامة الشعائر فيه أو إقامة بناته ، فتقدم من يقوم بذلك على أن يكون له الأولوية في إجارة العين الموقوفة عليه ، ولا يتجاوز ذلك ، والفرق بينها وبين الصورة السابقة أن المال الذي أنفق في الأولى كان في العين الذي تعلق بها الحق ، فزاد في غلاتها ، أو أوجد لها غلات لم تكن ، فكان له حق مالي متعلق بها ، وله حصة في أجرتها بذلك الاعتبار ، أما هذه فالإصلاح كان في غير العين المستأجرة ، وهي المسجد ، فلم يكن له في العين المستأجرة جزء يعتبر ملكاً له ، ولذا لم يثبت له إلا حق الأولوية في الإجارة .

الصورة الثالثة — أن يدفع شخص مالا للواقف ، على أن يكون له حق الاختصاص بمنفعة العقار الموقوف ، بحيث لا يكون لغيره حق الانتفاع إلا عن طريقه ، ويدفع صاحب الخلو أجرة معينة ، ويفهم من أقوال الفقهاء أن هذه الصورة لا تكون إلا مع الواقف قبل إنشاء الوقف ، فقد قالوا في تصويرها إن الواقف إذا أراد أن يبنى محلاً للوقف ، حانوتاً أو نحوه ، يأتي له أناس يدفعون له نقوداً ، على أن يكون لكل شخص مكان من تلك المحال التي يريد الواقف بناءها ، فإذا قبل منهم تلك النقود كانوا أولى بإجارتها ، وصار لهم حق الخلو فيها ، وقالوا في توجيه ذلك ؛ إنه يكون كأنه باعهم بعض تلك الحصة بما دفعوه له ، وكأنه لم يقف جزءاً من تلك الحصة التي اخضع بها المستأجر بما دفعه من النقود أولاً .

ولقد روى في كتب التاريخ والفقهاء أن السلطان الغوري ، لما أراد بناء حوانيت في بعض الأوقاف التي أزمع إنشاءها ، أجرها للتجار بالخلو ، وجعل لكل حانوت قدراً أخذه منهم ، وبنى الحوانيت بتلك المقادير ، ودونها في كتاب الوقف ، فصار هؤلاء المستأجرون أحق بالإجارة من غيرهم .

٨٧ — هذا بيان الشرط الأول ولنتنقل بعد ذلك إلى الشرط الثاني ، وهو خاص بالموصى به إذا كان مالا ، وليس منفعة ولا حقاً مالياً ، وذلك الشرط هو أن يكون

متقوماً في نظر الموصى ، ولو لم يكن متقوماً في نظر الإسلام ، فللمسيحي أن يوصى
أو الخنزير ، لأنهما مال متقوم في نظره ، وإن لم يكونا متقوماً في نظر الإسلام .
وليس ذلك شرطاً في صحة الوصية فقط ، بل هو شرط في صحة كل العقود
المالية ، لأن تسمية الخنزير والخنزير ونحوهما مما ليس متقوماً من الأموال تسمية
باطلة عند المسلمين .

هذه خلاصة الكلام في الشرط الثاني ، ولنتقل بعد ذلك إلى الشرط الثالث
وهو وجود الموصى به وملكيته للموصى .

٢ - ملكية الموصى به للموصى ووجوده

٨٨ - وجود الموصى به المعين عند وجود الوصية شرط بالاتفاق ، وقد
نص القانون على ذلك ، وهو مطابق للمذهب الحنفي وغيره ؛ لأن العبارة لا تستقيم
في الوصية بمعين بالذات إلا إذا كان موجوداً .

وهذا نص ما جاء في ابن عابدين : « الموصى به إن كان معيناً ، أو غير معين ،
وهو شائع في بعض المال يشترط وجوده عند الوصية ، وإن كان شائعاً في كله
يشترط وجوده عند الموت ، (١) .

إنما هل تشترط ملكية الموصى به المعين وقت الوصية ؟ قال القانون يشترط
أن يكون مملوكاً له وقت الوصية ، وأشارت المذكرة التفسيرية في ذلك المقام
إلى مذهب مالك رضى الله عنه ، وتعليقه واضح ؛ لأن الوصية تصرف ، ولا يسوغ
للإنسان أن يتصرف في ملك غيره ، على أنه مالكة ، وإن تصرف فيه على هذا
الأساس كان تصرفه باطلاً .

والحنفية أيضاً يقررون هذا ، فقد جاء في حاشية أبي السعود على مثلاً
مسكين ما نصه :

« الوصية بملك الغير لا تصح ، حتى لو ملكه ثم مات لا تصح وصيته ، (٢) .

(١) ابن عابدين الجزء الخامس ص ٦٣٨ طبع استانبول .

(٢) حاشية أبي السعود ج ٣ ص ٣٥٨ .

وجاء في ملا مسكين وغيره أنه إن أجاز الغير الوصية بعد الوفاة يكون ذلك هبة منه ، ولا تتم إلا بالقبض ، ويجوز له الرجوع فيها ، وإن لم يجز الغير لا يصح التصرف لا على أنه وصية ، ولا على أنه هبة من المالك ، (١) .

وعلى ذلك لم يكن ثمة حاجة إلى الإشارة إلى مذهب مالك والأخذ منه ، ما دام ذلك منصوباً عليه في الحنفى ،

وإذا كان الموصى به جزءاً شائعاً في مال معين ، فإن وجوده في ملك الموصى شرط عند وجود الوصية ؛ ليتجه القول إليه ، لأنه معين من حيث كله وما دام متعلقاً بمعين ، فالشرط وجوده على النحو السابق .

٨٩ - وإن كان الموصى به غير معين ، ولم يكن جزءاً في شيء معين ولا نوع معين ، بل كان جزءاً شائعاً في المال كله ، فالشرط وجوده عند الوفاة ، فإذا لم يكن مال عند الوفاة ، بطلت الوصية .

ولكن هناك مسألة قرروا فيها أن الوصية تصح مع أن الموصى به لا يكون موجوداً وقت الوصية ، ولا وقت الوفاة ، وذلك إذا ما أوصى بغلة بستانه ، فإذا مات ، وليس في بستانه غلة تصح الوصية ، وتكون له الغلات المستقبلية ما دام حياً ، وإذا كانت هناك غلة قائمة وقت الوفاة كانت الوصية في الغلة القائمة ، وفي الغلات المستقبلية ما دام حياً ، وذلك لأن الوصية بالغلة من قبيل الوصية بالمنافع ، والمنافع تجوز الوصية بها مع أنها تجيء وقتاً بعد آخر في المستقبل بعد وفاة الموصى ، ولأن الغلة اسم للوجودين وقت الوفاة ، وما سيوجد بعد ذلك :

وإن قال أوصيت بشمره بستانى أبداً ، فذلك مثل الوصية بالغلة ، وهى من قبيل الوصية بالمنافع ، وتكون للموصى له ما دام حياً ، وتشمل القائم وقت الوفاة ، وما سيوجد بعدها ، أما إذا لم يقرنها بما يدل على التأييد ، فإن كانت هناك ثمرة وقت موت الموصى انصرفت الوصية إليها فقط ، وإن لم توجد بطلت الوصية ، لأن الثمرة اسم لما يكون موجوداً على رموس الشجر ، وهى غير معينة عند الوصية فتصرف إلى ما يكون وقت الوفاة ، وإن اقترنت الكلمة بما يدل على التأييد كانت

(١) ملا مسكين ، والمبسوط والبدائع .

الوصية من قبيل الوصية بمنافع البستان ، فثبت له مدى حياته (١) .
هذا مذهب الحنفية في التفرقة بين الوصية بالثمرة والوصية بالغلة ، ولكن
المذهب الشافعي لا يفرق بينهما ، فيجعلهما بمعنى واحد ، ويجعلهما من قبيل الوصية
بالمنافع ، ويكون للموصى الثمرة القائمة ، والغلة القائمة ، وما يستجد منها .

وبذلك جاء القانون ، فقد نص على أنه في الوصية بالثمرة أو الغلة يكون
للموصى له الغلة القائمة أو الثمرة القائمة ، وقت موت الموصى ، وما يكون منها
في المستقبل ما لم تدل قرينة على غيرها ، بأن تدل القرينة على أن المراد الغلة القائمة
المعينة وقت الوفاة فقط ، فانه تنصرف الوصية إليه ، فان لم تكن غلة وقت الوفاة
بطلت الوصية (٢) . أو ما يحقق إرادة الموصى إن أثبت القرائن إرادة له .

٩٠ م - ووجود الموصى به المعين في ملكية الموصى يجب أن يستمر من
وقت صدورها إلى وقت قبولها ، وذلك لأن الوصية عقد غير لازم ، فما يكون
شرطا لانشائه يكون شرطا لبقائه ، حتى يتقرر ويلزم بالقبول بعد الوفاة (٣) .

(١) شرح تبیین الحقائق ج ٦ ص ٢٠٣ . (٢) هذا الحكم هو ما اشتملت عليه المادة ٥٥ ونصها :
« إذا كانت الوصية بالغلة أو الثمرة ، فللموصى له الغلة ، أو الثمرة القائمة وقت موت
الموصى ، وما يستجد منها مستقبلا ما لم تدل قرينة على خلاف ذلك ، .
(٣) تصدت لبيان بطلان الوصية إذا هلك الموصى به المعين أو استحق المواد ٤٧ ، ٤٨ ،
٤٩ ، ونصها : المادة ١٥ - تبطل الوصية إذا كان الموصى به معيناً . وهلك قبل قبول الموصى له .
المادة ٤٧ - إذا كانت الوصية بعين من التركة ، أو بنوع من أنواعها ، فهلك الموصى
به ، أو استحق فلا شيء للموصى له ، وإن هلك بعضه أو استحق أخذ الموصى له ما بقي
منه إن كان يخرج من الثلث ، وإلا كان له فية بقدر الثلث .
المادة ٤٨ - إذا كانت الوصية بحصة شائعة 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 جميعه إن كان يخرج من الثلث . أو أخذ منه بقدر ما يخرج من الثلث .
المادة ٤٩ - إذا كانت الوصية بحصة شائعة في نوع من أموال الموصى ، فهلك
أو استحق فليس له إلا حصته في الباقي إن خرجت من ثلث المال ، وإلا أخذ منه بقدر الثلث .
وتكون الوصية بعدد شائع في نوع من الأموال كالوصية بحصة شائعة فيه .

ولذلك إذا هلك قبل القبول بطلت الوصية ، وكذلك إذا استحق ، أو هلك بعضه أو استحق بعضه ، بطلت الوصية في الجزء الهالك أو المستحق ؛ ولنتبين ذلك بعض البيان فنقول :

إن الموصى به المعين قد تعلق الوصية بذاته وشخصه ، فلا يمكن أن توجه إلى غيره ، فما دام موجوداً فهي قائمة ، إلا إذا زالت بسبب آخر وإن هلك أو استهلك زالت الوصية لذهاب محلها ، وإن بقاءه في ملكية الموصى أيضاً شرط لتبقى الوصية ثابتة ، ولذلك لو خرج من ملكيته بطلت الوصية ، ولو عادت ثانية المكية لم تعد الوصية ، لأنها بطلت بالخروج ، والباطل لا ينقلب صحيحاً . كالميت لا يعود حياً . وإن بطلان الوصية لذلك أنى من ناحيتين :

إحداهما . أن التصرف في المعين تصرفاً يخرج عن ملكه يعد رجوعاً في الوصية ، على ما سنبين في الرجوع ، والرجوع في الوصية يبطلها .
والناحية الثانية : أن استمرار الملكية شرط ، كما أن الوجود شرط إلى وقت القبول ، فإذا خرجت عن ملكه وقتاً ، فقد بطلت الوصية ، لأن ماهو شرط للإنشاء شرط للبقاء فيها ، كمثل العقود غير اللازمة .

والاستحقاق للمعين يبطل الوصية فيه ، ومعنى الاستحقاق أن يتبين أن الموصى لم يكن مالكا للموصى به وقت الوصية ، فإذا استحققت العين الموصى بها ، فقد تبين أن الموصى لم يكن مالكا لها وقت الوصية ، وأن ملكية الموصى للموصى به العين وقت الوصية شرط لصحتها ، كما نص على ذلك القانون ، وكما بينا .

٩١ - وهلاك الموصى به المعين أو استحقاقه له صور أربع :

والصورة الأولى - أن يكون الموصى به معيناً ، فهلك كله قبل القبول ، فإن الوصية تبطل ، كما بينا ، لأن محلها المعين أصبح معدوماً ، وكذلك إن استحققت ، بيد أن الاستحقاق يبطلها ، ولو بعد القبول والقبض ، لأن الاستحقاق يوجب أن تعود العين إلى ملك صاحبها ، وحق المالك مقدم على ما ثبت للموصى له بالقبول والقبض ، فتبطل الوصية وتعود العين إليه .

الصورة الثانية — أن تكون الوصية بكل العين ، فهلك بعضها أو يستحق بعضها ، فيأخذ الموصى له ما بقى منها إن كان يخرج من الثلث ، وبطلت الوصية في الجزء الهالك ، أو المستحق ، مع ملاحظة أن الهلاك لا يبطل الوصية في الجزء الهالك ، إلا إذا كان قبل القبول والقبض ، وأما الاستحقاق فيبطلها مطلقا لما بيناه .

الصورة الثالثة — أن تكون الوصية بجزء شائع من عين معينة فهلكت كلها ، أو استحققت فإن الوصية تبطل ، لأن موضوع الوصية صار معدوما في حال الهلاك وتبين أن الملكية لم تكن ثابتة في حال الاستحقاق ، وكلاهما شرط لصحة الوصية ، وبقائها مع ملاحظة الفارق بين الهلاك والاستحقاق .

الصورة الرابعة — أن تكون الوصية بجزء شائع من عين معينة ، فهلك بعضها ، أو استحق ، ففي هذه الحال يأخذ الموصى له وصيته جميعها من الباقي ، إن وسعها ، فإن لم يسعها أخذ الباقي كله ، وبطل من وصيته بمقدار ما نقص الباقي عن الوصية ، وفي الحال التي يسعها تكون الوصية كلها صحيحة لم يسقط منها شيء ، وذلك لأن الموصى به جزء شائع غير معين في شيء معين ، فإذا هلك بعضه ، لم يتعين أن يكون هو ما فيه الوصية ، فلا يرد عليها البطلان ولا يرد على جزء منها ؛ لأنها لا تبطل إلا إذا ثبت باليقين العدم في الجزء الذي تعلقت به ، ولم يثبت ، ولذلك تثبت في الباقي ما وسعها ، مع ملاحظة الأثر بعد الوصية بعد على ثلث التركة بعد الهلاك أو الاستحقاق .

٩٢ — وما هو قريب من الموصى به إذا كان جزءا شائعا في معين ما يكون شائعا في نوع من الأموال موجود وقت الوصية ، كذلك أفراسه ، أو ثلث إبله ، أو عروضه ، فإن ذلك جزء شائع في نوع معين موجود كالمعين فإذا هلك أو استحق ذلك النوع بطلت الوصية ، ولا شيء للموصى له ، هلاك الموصى به ، أو تبين أنه ليس بمملوك للموصى ، إذ الوصية لا بد لصحتها ونفاذها أن يكون الموصى به موجودا إلى وقت الوفاة في ملك الموصى بالذات .

وإذا هلك بعضه ، أو استحق لا يأخذ كل ما يستحق إن وسعه ، كالوصية بجزء شائع في معين ، بل يأخذ حصته من الباقي ، فإن قال أوصيت بثلث أفراسي ، فمات ، وقد هلك بعضها أو استحق ، فله ثلث الباقي ، لأن الموصى به جزء شائع في مال

معرف بالوصف أو بالنوع، فتقدير الجزء لا يكون إلا بما هو موجود على ملكية الموصى وقت الوفاة، ويستمر موجوداً على حكم ملكه إلى وقت القسمة، وهذا هو الفرق بين التعيين والتعريف بالنوع، فإن التعيين يقتضى أن تكون الوصية في ذات الشيء، فإذا كانت في جزء شائع، فقد تعين مقداره بتعيين ذاته، أما الوصية بجزء شائع من مال معرف بالنوع، فلا تعين ذاته دائماً إلا إذا كان موجوداً وقت الوصية، ولا يعين المقدار إلا عند القسمة، فإذا هلك أو استحق بعضه، كان النوع منحصراً في الباقي ولكن هذا الفرق فيه نظر وتفصيل كما سنبين وبما يعد كالوصية بصفة شائعة في نوع من المال، إذا أوصى بعدد من نوع من المال، كالوصية بعشرة أفراس، فإن كان عددها وقت الوصية مائة اعتبرت الوصية بالعدد، وفي هذه الحال يكون قد نظر إلى مقدار النوع الذى أوصى ببعضه وقت الوصية، ولكنه نظر إليه، لا لتنفيذها، بل لبيان مقدار نسبتها إلى نوع المال، وعلى هذا إذا مات، وليس له ذلك النوع بطلت الوصية، وإذا هلك بعضه، ثبت العشر في الباقي.

ولا شك أن ذلك الحكم لا يستقيم مع منطق القانون؛ إذ أن منطق القانون في الأموال المعروفة بالوصف أو النوع لا يلتفت إلى مقدارها وقت إنشاء الوصية، بل ينظر في مقدارها، وملكية الموصى لها إلى وقت تنفيذ الوصية، فإذا جاء القانون في بعض أحكامه، ونظر في تعيين مقدار نوع المال الذى عرفه بالوصف وقت إنشاء الوصية فقد انحرف عن منطق وقواعده، واعتمد على قواعد أخرى، فبدأ بناؤه غير متجانس في مظهره وأساسه.

ولذلك كان من الخير لو لم ينظر ذلك النظر، فلا تعتبر الوصية بعدد من نوع المال، كالوصية بجزء شائع، ولا تستعار هذه الفكرة من رأى ابن الماجشون من مذهب مالك، فقد بدت غريبة غير مؤتلفة بغيرها، وليس فيها عدل مؤكد، ولا تحقيق لغرض الموصى؛ لأنه لو كان غرضه النسبة لقال العشر بدل أن يذكر عدداً محدوداً، إذا ذكر العدد لا يجعل سيلاً للاحتمال غيره.

٩٣ — هذا هو القانون في الوصية بمعين، أو بجزء شائع من معين، أن بجزء

شائع من نوع معرف ، غير معين بالتعيين ، وهلاك الموصى به أو بعضه ، أو استحقاقه كله أو بعضه .

والمصدر الفقهي لأحكام هذه المواد من القانون هو المذهب الحنفي ماعدا الجزء الأخير الذي اعتبر الوصية بعدد مذكور من نوع من المال وصية بسهم شائع ، يساوى بالنسبة بين العدد وبين جملة النوع وقت إنشاء الوصية ، فإنه مأخوذ من المذهب المالكي ، وهو رأى ابن الماجشون من متقدمى الفقهاء فى ذلك المذهب والمخرجين فيه ، وقد ذكرنا ذلك . وبيننا أنه كان الخير فى ترك هذه الاستعارة ، لأنها غير متجانسة مع قواعد القانون .

وأصول هذه المواد كما ذكر فى المذكرة الإيضاحية من المذهب الحنفي . والأصل فيه أن الموصى به إذا كان معيناً بالذات أو كان معيناً بالنوع ، وتعلقت الوصية به ، حتى صار كالمعين بالذات ، كأن يوصى بكتبه ، أو بجزء منها فإن الوصية تتعلق بالموجود منه وقت الإيجاب (١) .

وعلى ذلك إذا هلك الموصى به كله قبل موت الموصى بطلت الوصية ؛ لأنها تعلقت بالعين ، أو بنوع موجود مذكور معتبر ملاحظ وجوده وقت الإيجاب . وإن هلك بعضه بطلت الوصية فيما هلك ، وبقيت فيما بقى ، ولو اكتسب من

(١) من المقرر أن الموصى به إذا كان معيناً بالذات كانت الوصية متعلقة بالموجود منه وقت الوصية ، وإن كان معرفاً بالوصف كان المعتبر وجود وقت الموت ، والمعرف بنوعه يعتبر من القبيل الثانى إذا كان النوع لم يوجد منه شىء عند الوصية ، فإن كان منه شىء اعتبر الموجود منه وقت الوصية وصار كالمعين بالذات ، أو على التحقيق صار معيناً بالذات ، هذا ما حققه العلامة ابن عابدين ، فقد جاء فيه : « ان كان الموصى به عيناً كثلث غنمى ، وله غنم يعتبر فيه الموجود وقت الوصية ، لأنه معين بالإضافة العددية ؛ لأنه تأنى له الألف واللام ، وإن كان نوعاً كثلث غنمى ، ولا غنم له ، فهو كالشائع فى كل المال يعتبر فيه الموجود عند الموت ؛ لأنه ليس عيناً ، حتى تقيد به الوصية ، هذا ما ظهر لى قتأمل ، ج ٦ ص ٦٢٦ طبعة استانبول .

هذا وقد ذكر البدائع ، الذى بالأصل أن الوصية لاتصح إذا قال بثلث غنمى ولا غنم له ، وأن صحتها قول السكرخى ، إذا قال إنه ينبغى أن تصح فى الغنم إذا وجد له غنم .

النوع الذى ذكره من ماله ما هو من جنسه لا يدخل فى الوصية، فلو أوصى بكتبه، واشترى كتباً غير التى كانت عند الوصية، وهلكت لا تتعلق بها الوصية إلا إذا ذكر أن الوصية تكون بالكتب التى تكون له عند الوفاة، وإنما لا تتعلق الوصية بها، لأن الوصية تعلقت بالموجود، فصار معيناً بالذات،

وإذا كانت الوصية بجزء شائع من ماله ولم يبين نوعاً منه، فإن الوصية لا تتجه إلى ماله عند الوصية، بل تتعلق بماله الذى يكون عند الوفاة، وكذلك إذا كانت بنوع من ماله، أو بجزء شائع منه. ولم تتعلق الوصية بذاته. كأن يوصى بجزء من غنمه، ولا غنم له وقت الوصية، وكان يوصى بكتبه أو بجزء منها، ولا كتب له وقت الوصية فإن الوصية تكون متعلقة بالموجود وقت الوفاة، ولا تتعلق بما يوجد منه قبلها، فإن وجد شيء وهلك أو استحق قبلها، فلا أثر له فى الوصية صحة وبطلاناً.

٩٤ - ونرى من هذا أن الفقه الحنفى يقسم الموصى به إلى قسمين : معين بالشخص أو بالذات، ومنه ما يكون معيناً بالنوع، وقد وجد النوع وقت الوصية وتعلقت به، فيعتبر تعلق الوصية به تعييناً له بالذات، فإذا قال أوصيت بثلث كتبي، وله كتب وقت إنشاء الوصية، تعلقت بها وصارت الكتب بهذا التعلق كالمعينة بالذات؛ إذ لا فرق بينها وبين أن يقول أوصيت بثلث دورى أو ثلث أطباني، لأن الموصى به فى كليهما جزء شائع فى معين وقت إنشاء الوصية بالذات.

والقسم الثانى - أن يكون الموصى به لم يتعلق الوصية به وقت الإنشاء، وذلك إذا أوصى بجزء شائع من كل ماله، أو بنوع من ماله لم يكن موجوداً عند الإنشاء، فتعتبر الوصية متعلقة بالموجود وقت الوفاة.

ولا شك أن القسم الثانى لا يتأتى فيه الاستحقاق أو الهلاك قبل الوفاة، لأن الوصية لم تتعلق بعينه، حتى يقال إنه أوصى بغير ملسكه، أو حتى تبطل بهلاك محلها إذ أنها لم يتعين لها محل إلا وقت الوفاة. وبعد الوفاة تجرى عليها أحكام التركة فى الاستحقاق والهلاك، وظاهر النصوص الفقهية، كظاهر قانون الوصية أنها إن تعلقت الوصية بالموصى به الموجود عند الوفاة يكون هلاكها واستحقاقها بعدها فى حكمه، كهلاك الموصى به المعين، سواء أكان ذاتاً أم نوعاً، لأن الملكية للموصى

له لا تتقرر إلا بالقبول والقسمة على مقتضى المذهب الحنفي ، وعبرة القانون عامة لا تفرق بين الهلاك والاستحقاق عند التعيين قبل الوفاة أو بعدها ما دامت الوصية لم تتقرر بالقبول .

٩٥ — وقد نص في المذهب على أن الموصى به المعين بالإشارة أو بالاسم ، أو ما تتعلق به الوصية من الأنواع عند إنشائها حتى يصير معيناً بهذا التعلق ، إذا كانت الوصية بكله أو بعضه ، وهلك كله أو استحق كله بطلت الوصية ، لأن محلها الذي تعلقت به صار معدوماً قبل تمامها ، فتعذر تنفيذ أحكامها .

وإن أوصى بثلك المعين ، وما يلحق به ، أو بنحو الثلث من كل سهم شائع ، وهلك بعضه ، فإن كان الذي ذكر بعضه مثلياً ، فقد قال أبو حنيفة والصاحبان إن الجزء الهالك لا يكون من حساب الموصى له ، فإذا كان الباقي يساوي الثلث المخصص للوصية كان للموصى له بشرط خروجه من ثلث التركة ، كشرط كل وصية . وقال زفر إن الهالك يكون من القدر المشترك ، فهلك على الموصى له بقدر حصته في الوصية ، وعلى ذلك لا يكون له إلا مقدار ثلث الباقي .

وحجة زفر في ذلك أن المال المعين مشترك بينهما ، والمال المشترك إذا هلك بعضه هلك على الشركة كهلاكه كله ، وإذا كان ما هلك قد هلك على الشركة ، فالباقي على الشركة أيضاً بمقدار الحصص ، فيكون له ثلث الباقي بعد الهلاك ، كما كان له ثلث الكل قبله .

وحجة أبي حنيفة والصاحبين ، أن الوصية هنا بجزء شائع في مال مثلي معين ، والمثلي تدخله القسمة جبراً عن الشريك ، فصارت كأنها وصية بعدد معين . إذ يملك أخذه ، والوصية مقدمة على الميراث عند التوزيع ، فهذا التقديم واجب فرز قدر لها ما أمكن الفرز ، وحيث لا ضرر في البقاء على الشركة بقيت ، فلما تعرضت للضرر أوجب التقديم فرز جزء هو في الباقي تنفيذ الوصية ما أمكن التنفيذ من غير تعرض للبطلان ، وأيضاً فإن الوصية بجزء معلوم من مثلي ، كوصية بعدد معلوم منها كوصية بعشرة دراهم من دراهمه ، فإذا هلكت ولم يبق منها إلا

عشرة كانت هي الوصية بالاتفاق عند الحنفية ، بشرط أن تخرج من الثلث من عموم ماله .

وإذا كانت الوصية بجزء شائع من معين قيمي كان ثلث الباقي بالاتفاق بين فقهاء المذهب الحنفي ^(١) . والفرق بين القيمي والمثلي على رأى الأئمة الثلاثة في هذه الناحية من جهتين :

إحدهما — أن المثلي تدخله القسمة جبراً ، فيصح فرز قدر منه للوصية ، بل يتعين ذلك إذ خيف عدم تنفيذها كلها ، وبذلك يكون الهلاك قد اقتضى ذلك الفرز ، فتكون الوصية كاملة في الباقي . أما القيمي فلا تدخله القسمة إلا بالرضا أو القضاء ، ولم يوجد ذلك ، فتصور الفرز غير موجود ، فلا يبنى عليه حكم .

ثانيهما — أن الوصية بجزء شائع من مثلي يمكن أن تكون كالوصية بعدد منه تماماً ، فإذا قال أوصيت بعشر نقودى ، وهى ألف وقت الوصية كانت كما يقول ، أوصيت بمائة ، لعدم التفاوت بين الأحاد ، وإذا قال أوصيت بمائة من نقودى ، فهلك بعضها نفذت الوصية بالمائة مادام الباقي يسعها .

أما القيمي فلتفاوت آحاده لا يمكن أن يقال إن الوصية بالجزء الشائع كالوصية بعدد معلوم منه ، ، لأن آحاده متفاوتة ، فلو قال أوصيت بثلاث كتبي وهى ثلاثة آلاف مجلد ، لا يكون ذلك ، كما يقول أوصيت بألف منها ؛ لأن الأحادة متفاوتة .
لهذين الأمرين قال الفقهاء إن هلك بعض القيمي كانت الوصية بحصتها في الباقي . هذا بالنسبة للهلاك ، وقد اتفق رأى فقهاء الحنفية على الراجح من الروايات في هلاك بعض القيمي ، واختلفت زفر معهم في هلاك المثلي .

أما استحقاق بعض المعين ، فقد قال السرخسى في المبسوط إن زفر قد اتفق مع بقية الأئمة فيه من حيث إنه في المثلي ، يكون الموصى له للموصى به كاملاً من الباقي ^(٢) .

(١) قيل إن ذلك إذا تعددت الأجناس ، وكانت مختلفة ، وإن كانت من جنس واحد ، فهى بمنزلة المثليات يجرى فيها الخلاف بين زفر وغيره ، وقيل هذا قول أبى حنيفة ، أما الصحابان فبقيا على رأيهما ، وقيل هو قول السكلى (شرح التبيين ج ٦ ص ١٨٩) .

(٢) المبسوط ج ٢٧ ص ١٦٢ .

٩٦ - ولقد ذكرت المذكرة التفسيرية أنها اعتمدت فيما أخذت بالنسبة لهلاك المعين على المذهب الحنفي، ولكنها لم تأخذ بنصر الآراء في المذهب، بل جعلت الوصية بجزء شائع من معين تكون بكاملها في الباقي من غير تفرقة بين مثلي وقيمي أي من غير تفرقة بين ما تدخله القسمة جبراً وما لا تدخله، وخالفت بذلك أئمة المذهب الحنفي جميعاً، بل خالفت مذهب مالك رضي الله عنه؛ لأنه لا يفرق بين القيمي والمثلي من حيث إن الوصية بجزء شائع معين إذا هلك بعضه تكون الوصية بحصتها في الباقي، ولا تنفذ كلها، بل ينقص منها بمقدار حصتها فيما هلك. ولقد عللت المخالفة بأن ذلك أعدل وأسهل.

أما السهولة فلا تزي وجها لها، ولعلها في التعميم من غير تفرقة بين حال وحال، ولو أخذوا بمذهب زفر ومالك الذي يجعل الوصية في حال الهلاك أو الاستحقاق تنفذ مطلقاً بحصتها في الباقي لسكان ذلك تعميماً، وله اعتماد من مذهب معلوم أكثر القانون من الأخذ به، ومن رأى فقيه حنفي، قد رجحه الحنفية؛ إذ قالوا بقول زفر تأخذ وعليه القياس، (١).

وأما العدالة فإنها توجب التسوية بين المشتركين في الغنم والغرم، والأصل في العدالة أن تكون في المساواة؛ حتى يقوم الدليل على خلافها، فجعل الغرم في حال الهلاك على جانب واحد، وسلامة نصيب الجانب الآخر من غير قسمة وائفة، بل غير متصورة، لأن الملكية بعد لم تثبت - ليس من العدالة، فلا يعد هذا الاتجاه أعدل.

ولقد كان حقاً على كتاب المذكرة التفسيرية وقد خالف القانون المذهب الحنفي تلك المخالفة الجوهرية، وقررو أحكاماً لم يقلها أحد من أئمة في الروايات الراجحة ألا ينسبوا تلك الأحكام إليه، وألا يذكروا أنهم اعتمدوا عليه - بل اعتمدوا على اجتهادهم فقط.

٩٧ - وهناك أمر آخر خالف القانون فيه المذهب الحنفي، وفرق بين

(١) هذا ما جاء في غاية البيان.

متماثلين من غير داع إلى التفرقة ، ففرق بين الوصية بجزء من معين ، والوصية بجزء من نوع معين ، وقد علمت أن المذهب الحنفي يعتبرهما من قبيل الوصية بالمعين ، فيقرر الأحكام بالنسبة لهما على هذا الأساس ؛ لأن الوصية إذا تعلقت بمال وقت إنشائها ، فقد عينته ، وارتبطت به وجوداً وعدمياً .

ولكن القانون يجعل الهلاك أو الاستحقاق في الوصية بجزء من المعين لا يمس الوصية فنسلم ، ويجعل الهلاك في النوع المعين على الشركة ، فينال الوصية كما ينال غيرها . ولازى فرقاً بين الأمرين أوجب هذا الافتراق في الحكم ، فليس بينهما افتراق جوهرى في الحقيقة ؛ إذ كلاهما معين ، كما أنه ليس بينهما افتراق من حيث تعلق الوصية بهما ، وارتباط وجودها بوجودهما ، كما أنه ليس بينهما افتراق من حيث قوة الوصية بهما ؛ إذ الوصية في كليهما مقدمة على الميراث ، ومن المقرر عند أبى حنيفة وصاحبيه أنه فيما تجرى فيه القسمة جبراً يكون الهالك على المتأخر في الأداء ، لا المتقدم ، فلا ينال الوصية ، والمقرر عند زفر أن الشركة أوجبت النسوية في الهلاك بالحصص كالامتلاك ، في المثلى والقيمي معاً .

فإما أن نأخذ بفكرة زفر ، ومالك في الأمرين في المعين بالشخص ، وبالجملة المعينة ؛ وإما أن نأخذ برأى أبى حنيفة والصاحبين ، وبذلك يكون للقانون أساس فقهى ، وأساس منطقي تربط بها الأحكام ، وتكون له ضوابط جامعة من غير أن تكون أحكامه نشيراً غير محكم الربط ، لا تجمعها قاعدة ، ولا توحيه فكرة ، فيكون فيه ذلك التلفيق غير المتناسق (١) .

ولا يدعى واضعوه أن ثمة مصلحة راجحة تفوت ، إن جعلنا القانون محكم

(١) وإنك ترى من المفارقات الغريبة في القانون أن الموصى إذا أوصى بثلك دار فاستحق بعضها يكون الهلاك على حساب الورثة ، ولا تمس الوصية ، بل تؤخذ كاملة من الباقي بينما إذا قال أوصيت بعشرة من أفراسي وعددها مائة يعتبر كأنما أوصى بعشرها ، فإذا استحق بعضها كان من حساب الشركة فتتقص الوصية مع أن حد العدد واجب ألا ينقص من الوصية بجزء شائع في معين .

الربط والنسج ، لأنه لم يكن بين أيديهم مظالم أوجبت الأخذ بهذا دون ذلك ، فكان الأولى أن يجمع القانون على منهاج واحد .

ولو أن هناك مصلحة راجحة ، أو عدالة تتحقق في جانب دون جانب لساغ لنا قبول ذلك التلفيق الذي لا انسجام فيه ، لأن العدالة أولى وأحرى ، والقوانين كانت لتحقيقها ، فإذا لم تكن مصلحة ، فالتناسق المنطقي مطلوب ، والله الهادي إلى سواء السبيل .

٣ — بيان الموصى به

٩٨ — إن الوصية شرعت للتوسعة على الموصى ، ليتدارك ما عساه يكون قد فاته من واجبات ، أو ليكافئه من يكون قد أسدى إليه معروفاً ، وليس حاجة من يكون في حاجة إلى العون من أقاربه غير الوارثين ، وفي كثير من الأحوال تكون الوصية في وقت لا يتسع للتوضيح ، وبيان الغرض كاملاً ، لذلك توسع الفقهاء في أحكام الوصية ، فأعطوا هذا التصرف ما لم يعط غيره من وسائل التيسير ، وأجازوا فيه ما لم يجيزوا في غيره تسهيلاً على الموصى في وقت يحتاج فيه إلى التسهيل .

ولذلك أجازوا الوصية بالمجهول ، وذلك ما لم يسوغوه في عقد من العقود ، لأن محل العقد لا بد أن يكون معلوماً ؛ حتى لا تجرى المشاحنة ، فتفضى الجهالة إلى المنازعة ، وقد أعفوا الوصية في ذلك الشرط ، لأن احتمال النزاع وقت تنفيذها ليس قريباً ، إذ هو وقت الموت .

ثم إن التجهيل لم يتركه الشارع ، بل جعل للورثة حق البيان ، لأنهم خلفاء مورثهم ، فيقومون مقامه فيما فاته من بيان ؛ ولأنهم أقرب الناس إليه ، وأدناهم منه ، فهم أعرف بمقاصده ، وغاياته ومراميه . . . ولذلك يوكل البيان إليهم .

فإذا قال الموصى أوصيت لفلان بجزء من مالي أو بشيء منه ، كان للورثة أن يعطوه أى قدر شاءوا بما يحتمله اللفظ .

وإن لم يكن له وارث كان البيان لولى الأمر ، باعتبار أن التركة ستنتقل إلى بيت المال ، ولأنه ولى من لا ولى له ، وقد تولى الورثة البيان بما لهم من صلة بالميت

فتولاها ولى الأمر بما له من هذه الولاية العامة التي تجعله ذاصلة بكل إنسان ،
والبيان عن المتوفى بما له صلة بالولاية عليه .

وإن قال أوصيت بسهم من مالى ، ومات ولا وارث له كان له النصف ،
ولبيت المال النصف ؛ لأن السهم يطلق على القليل والكثير ، وهو بهذه الوصية
شريك لبيت المال ، قد أوجد له الموصى هذه الشركة ، والشركة تقتضى التسوية
وتفسير السهم بالنصف تحقيق لهذه المساواة ، فيكون ذلك التفسير أولى من غيره .
وإذا قال أوصيت له بطائفة من مالى ، أو قليل منه أو يسير ، أو بشئ من
مالى ، ولا وارث جاز لولى الأمر الذى له البيان وحده فى هذه الحال أن يعطيه
مالا يصل إلى النصف لأن اللفظ لا يحتمل النصف إذ الشئ من المال أو القليل ،
أو اليسير منه لا يصح أن يصل إلى النصف ، وإن قال بجزء من مالى جائز لولى
الأمر إعطاؤه النصف لا يزيد ؛ لأن الجزء يطلق على النصف .

٩٩ — والقانون لم يصرح بجواز الوصية بالمجهول ، ولكنه ذكر بعض
أحكام الوصية بالمجهول التي اقترنت بما يشير إلى البيان ، وإن لم يكن قاطعاً ،
ولا راجحاً ، بل كان احتمالاً قريباً ، ولم يترك البيان إلى الورثة ، بل بين هو الحكم
وكان له اعتماد من الفقه ، فقد ذكر أحكام الوصية بمثل نصيب الورثة ، إن عين
وإن لم يعين ، وبسهم مع مثل نصيب الورثة^(١) .

(١) قد ذكر ذلك المواد ٤٠ ، ٤١ ، ٤٢ ، وهذا نصها :

المادة ٤٠ — إذا كانت الوصية بمثل نصيب وارث معين من ورثة الموصى استحق
الموصى له قدر نصيب هذا الورث زائداً على الفريضة .

المادة ٤١ — إذا كانت الوصية بنصيب وارث غير معين من ورثة الموصى ، أو بمثل
نصيبه استحق الموصى له نصيب أحدهم زائداً على الفريضة إن كان الورثة متساوين
فى الميراث ، وقدر نصيب أقلهم ميراثاً زائداً على الفريضة الشرعية إن كانوا متفاضلين .

المادة ٤٢ — إذا كانت الوصية بسهم شائع فى 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 ، وإذا كانت الوصية بقدر محدد من النقود ، أو بعين من أعيان التركة بدل
السهم الشائع قدر الموصى به بما يساويه من سهام التركة .

١٠٠ - ولقد ذكر القانون مسائل الوصية التي تكون فيها جهالة الوصية بمثل نصيب الوارث منفردة أو مع غيرها ، وجهالتها قد أزالها ببيان مقدارها بحكم القانون ، فلا يكون ثمة حاجة إلى بيان آخر كما بينا ، وقد ذكر لذلك أربع أحوال : الأولى - إذا أوصى بمثل نصيب وارث معين من ورثته أو بنصيبه ، فإن الموصى له يستحق مثل نصيب ذلك الوارث ، وطريق الوصول إليه من غير زيادة ، وبحيث يكون مقدار الموصى به مساوياً لمقدار نصيب الوارث أن تقسم المسألة بالسهم من غير نظر إلى الوصية ، ثم يزداد على مجموع عدد السهام عدد يساوي مقدار نصيب الوارث الموصى بمثل نصيبه ، ويكون هذا هو ما يعادل نصيب الموصى له ، وتقسم التركة على عدد السهام ، ويأخذ كل ما يخصه .

ومثال ذلك أن يوصى الموصى بمثل نصيب ابنه لأخيه الشقيق ، ثم يموت عن ابنه وبنين له ، فيكون للذكر مثل حظ الأنثيين ، ويكون للابن النصف ، ولكل بنت الربع . فتكون السهام أربعة يكون للابن سهمان ، ولكل بنت سهم ، ثم يعطى الموصى له سهمين مثل نصيب الابن ، فإذا كانت التركة ١٢٠ (عشرون ومائة فدان) تقسم على ستة فيكون للموصى له أربعون ، وللابن أربعون ، ولكل بنت عشرون .

١٠١ - (الحال الثانية) أن يوصى بمثل نصيب أحد ورثته ولا يعينه ، ويندرج في هذه الحال صورتان - إحداهما - أن يكون الورثة جميعاً متساوين في السهام ، والثانية أن يكونوا غير متساوين - ولكل صورة حكم ، فحكم الصورة الأولى أن يعطى بمقدار واحد ، وحكم الثانية أن يعطى بقدر أقل الورثة سهاماً ، وفي الحالين تقسم المسألة بالسهم ، ويزاد على مجموعها مقدار سهام أحد الورثة في حال التساوي ، ومقدار أقلهم سهاماً في حال عدم التساوي ، ولنضرب لذلك مثلين ، لكل صورة مثل :

المثال الأول - أن يوصى بمثل نصيب أحد ورثته لابن أخيه الشقيق ، ثم يموت عن ثلاث زوجات ، وثمانى أخوات شقيقات ، وأخ لأب ، ويترك تركة

قدرها ١٣٠ فدان ، فإنه في هذه تقسم المسألة بالسهم فيكون لثلاث الزوجات الربع ، ولثماني الأخوات الشقيقات الثلثان ، وللأخ الباقي ، ويكون أصل المسألة اثني عشر ، يكون للزوجات الربع ، لثلاثة سهم ، لكل واحدة سهم ، وللشقيقات الثلثان ثماني سهم ، لكل واحدة سهم ، ويكون للأخ لأب سهم واحد هو الباقي . فهنا يتساوى الورثة فيأخذ بمقدار واحد ، ويضاف على الأصل سهم ، وتقسم التركة على ١٣ فيخص كل واحد عشرة أفدنة .

المثال الثاني — وهو المثال لحال التفات ، أن يوصى لابن أخيه الشقيق أيضاً بمثل نصيب أحد الورثة ، ويموت عن ثلاث زوجات ، وبنتين ، وابن ابن ، ويترك تركة قدرها مائة فدان فتقسم المسألة بين الورثة بالسهم فيكون لثلاث الزوجات الثمن ، وللبنتين الثلثان ، ولابن الابن الباقي ، ويكون أصل المسألة ٢٤ لثلاث الزوجات ثمنها ثلاثة ولكل واحدة سهم ، وللبنتين ستة عشر . ولكل واحدة ثمانية ولابن الابن الباقي ، وقدره خمسة ، فيكون أقل الورثة ميراثاً ، هو إحدى الزوجات ، فيكون للموصى له بقدرها ، ويضاف إلى أصلها ، فيكون المجموع خمسة وعشرين ، تقسم المائة عليها ، فيخص كل زوجة أربعة أفدنة ، والموصى له أربعة ولكل بنت ٣٢ فدان ، ولابن الابن ٢٠ فداناً .

١٠٢ — الحال الثالثة — أن يوصى بمثل نصيب أحد الورثة مع الوصية بسهم معلوم شائع كالربع في التركة ، سواء أعين الوارث بمثل نصيبه أو لم يعين ، وفي هذه الحال يسير الموزع للتركة ثلاث خطوات .

الخطوة الأولى أن توزع المسألة بالسهم بين الورثة ، حتى يعلم مقدار سهم كل وارث . والخطوة الثانية أن يضاف إلى أصل المسألة عدد سهم الوارث . ويعلم مقدار سهم الموصى له بمثل نصيب الوارث ، مع ملاحظة أن أصل الفريضة ، وهو مقدار الباقي بعد المقدار الذي أوصى به للموصى له الآخر .

ثم ينظر بعد ذلك وهذا هو النظر هو الخطوة الثالثة ، وهي أنه إن كانت الوصية بقسمها نافذة من غير إجازة الورثة ، بأن كانت لا تتجاوز الثلث أو تجاوزته وأحازوها ، نفذت الوصيتان .

وإن لم يجزوا الوصية ، ولم يسع الثلث قسم بينهما بالمحاصة ، أى بنسبة السهام ولذلك موضعه من شرح القانون ، فلتوجل أمثلته إليه ، ولنضرب الآن الأمثلة المبينة لما ذكرنا آنفاً .

المثال الأول : أوصى بربع ماله للجمعية الخيرية الإسلامية ، وبمثل نصيب أخيه لأمه ، لابن أخيه الشقيق ، ومات عن زوجته ، وأخته الشقيقة ، وأخيه لأمه ، وأخته لأبيه ، وترك تركة قدرها ١٨٠ فدان .

ففي هذا المثال (١) نقسم المسألة بالسهام ، فيكون للزوجة الربع ، وللشقيقة النصف ، وللأخ لأم السدس ، وللأخت لأب السدس ، فأصل الفريضة ١٢ ، للزوجة ثلاثة سهام ، وللشقيقة ستة ، وللأخ لأم إثنان ، وللأخت لأب سهران فيكون المجموع ١٣ .

(٢) ويضاف إلى المجموع بعد الاعتبار السابق مقدار نصيب الأخ لأم ، وهو سهران فيصير المجموع من أصل الفريضة ١٥ ، وإذا أضيف إليها المأخوذ من الأصل لصاحب الربع الذى تقدره بخمسة يكون مجموع السهام ٢٠ موزعة كالآتى :

للزوجة ٣ ، وللشقيقة ٦ ، والأخ لأم ٢ ، والأخت لأب ٢ والموصى له بمثل نصيب الأخ لأم ٢ ، وللجمعية الخيرية ٥ .

وتقسم التركة ، وهى ١٨٠ فدان عليها فيختص كل واحد بمقدار سهامه ، وبمجموع الوصايا لا يتسع له الثلث وقد أجازوا .

المثال الثانى : أن يوصى لشخص بربع ماله ، ولأخته لأبيه بمثل نصيب أحد ورثته ، ويموت عن زوجته ، وأخوين لأم ، وأخيه الشقيق ، وأخته الشقيقة ، والتركة ١٠٤ (أربعة فدادين ومائة) .

ففي هذه الحال (١) نقسم المسألة بالسهام ، فيكون للزوجة الربع ، وللأم

السدس ، وللأخوين لأم الثلث ، وللشقيقتين الباقي للذكر مثل حظ الأنثيين فتكون الفريضة من ١٢ ، توزع كما يأتي :

الزوجة ٣ والأخوان لأم ٤ (لكل منهما اثنان) والام ٢ وللشقيق والشقيقة الباقي وقدره ٣ (الشقيق اثنان ، وللشقيقة واحد) .

(٣) يضاف سهم إلى الأثني عشرة ، سهم وهو مقدار سهام أقل الورثة ميراثاً ، وهو نصيب الأخت الشقيقة ، فيكون مجموع السهام ثلاثة عشر سهماً للورثة إنا عشر سهماً ، وللوصى له بمثل نصيب أخذ الورثة سهم . وتعتبر هذه ثلاثة الأرباع فيكون للوصى له بالربع ثلثها وهو $\frac{1}{3}$ فيكون المجموع $\frac{17}{6}$.

هذا هو الحل الذي وجدناه يتفق مع نص القانون ، وغرض الموصى ؛ لأن غرض الموصى هو تحقيق المساواة بين الموصى له والوارث الذي جعل نصيبه أساس التقدير بقوله أوصيت بمثل نصيب الوارث ، والربع ؛ فإن كل حل غير ذلك لا يحقق التساوي بين الموصى له والوارث الموصى بمثل نصيبه ؛ مع جعل الوصيتين في مرتبة واحدة ؛ من حيث إنهما ينفذان في حدود واحدة . وهو حل يتفق مع قواعد المذهب الحنفي .

ولكن المذكرة التفسيرية قالت إنها أخذت هذا الجزء من القانون من مذهب أحمد بن حنبل ، فقد قالت « والمادة - ٢٢ مأخوذة من مذهب أحمد بن حنبل ، واذلك وجب علينا أن نرجع إلى ذلك المذهب نتعرف منه طريق الحل ؛ وإن كنا نرى أن الحل الذي ذكرناه هو الذي يتفق مع نص القانون وغرض الموصى عند التعبير بمثل التعبيرات التي اشتمل عليها القانون .

والمذكور في مذهب أحمد طريقتان : نرى أن التي تقرب من نصوص القانون وإن لم تتعين هي الطريقة الراجحة وهي غير طريقة يحيى بن آدم ، وأساسها أن نحل المسألة على فرض أن هناك وصية بمثل نصيب أحد الورثة ، ولا وصية سوى ذلك ؛ حتى إذا علم مقدار الموصى به . نظرنا إلى الوصيتين ووازننا بين

مقدارهما والثلث ، ثم نظر إلى الأجازة إن تجاوزاه ، ولنضرب لذلك مثالا .
 إذا أوصى لشخص بسدس ماله ، ولآخر بمثل نصيب أخته الشقيقة ، ومات
 عن زوجة وبنتين ، وأخته الشقيقة ، فإنه تحل المسألة على أساس أنه لا وصية
 إلا الأخيرة ، فيكون للزوجة ٣ أسهم ، وللبنتين ١٦ سهماً ، والأخت ٥ أسهم
 ويضاف إليها خمسة أسهم الأخت ، فيكون ثمة وصيتان إحداهما بخمسة من ٢٩
 والثانية بأربعة وخمسة أسداس من ٢٩ ومجموعهما تسعة وخمسة أسداس . وهو أكثر
 من الثلث ، فإن أجزرت الوصية نفذنا بتلك النسبة ، وإن لم يجزوها كان الثلث
 بينهما بنسبة ٥ إلى ٤٩ .

١٠٣ — الحال الرابعة — أن يوصى بنقود أو بأوعيان من التركة لشخص
 أو جهة ، ولموصى له آخر بمثل نصيب أحد الورثة ، وهذه كالحال السابقة في كل
 الأحكام ، والخطوات التي شرحناها آنفاً ، ويفرط في حلها ما كنا نفرض تماماً
 في المثالين اللذين ذكرناهما في الحال السابقة .

غير أنه يزداد على الخطوات السابقة ، خطوة يبتدأ بها ، وتتقدم على ما سواها ،
 فتقدر النقود الموصى بها أو الأعيان المعينة الموصى بها أولاً ، وتبين قيمتها
 بالنسبة إلى التركة ، وما تساويه من السهام بالنسبة لها ، أم تساوى الربع أم الثلث
 أم السدس ، ونحو ذلك ، فإذا قدرت ذلك التقدير ، وقدرت معها سهام الورثة وسهام
 الوارث الموصى له بمثل نصيبه . سواء أكان معيناً أم غير معين ، وعرف ما يخص
 كلا الموصى لهما من سهام قسمت التركة على المجموع ، كما ذكرنا في المسألة السابقة .
 ولنضرب مثالا يسير القارىء على ضوئه إذا أوصى بألف جنيه لعاهرة مسجد
 حيه الذى تحرب ، ولأخته الشقيقة بمثل نصيب أحد ورثته ، وتوفى عن زوجته ،
 وبنتين ، وابن ابن ، والتركة ألف جنيه و ٤٥ فدانا ، ففى حل هذه المسألة :

(١) نبتدى بمعرفة ما تساويه الألف بالنسبة للتركة ، فإذا وجدنا أنها
 تساوى ١/٤ التركة يعتبر كأنه أوصى لعاهرة المسجد بربع التركة .

(٢) ثم نسير في الخطوات الأخرى ، فنقسم المسألة بين الورثة على الفريضة الشرعية فتكون كما يأتي :

ابن الابن	البناتان	الزوجة
الباقي	$\frac{2}{3}$	$\frac{1}{8}$

وتكون الفريضة من أربعة وعشرين للزوجة ٣ ، وللبناتين ستة عشر لكل واحد ثمانية ، ولابن الابن الباقي ، وهو خمسة سهام .

(٣) ويضاف إلى الفريضة ٣ هي مقدار سهم الموصى له بمثل نصيب أحد الورثة ، فيكون المجموع ٢٧ ، وتقسم ٥٤ فداناً على ٢٧ وبمجموع الوصيتين تخرجان من الثلث فتنفدان من غير إجازة الورثة ؛ إذ إحداها بتسعة أسهم لأننا اعتبرنا ٢٧ سهماً هي ثلاثة الأرباع ، والأخرى بثلاثة مجموعهما ١٢ سهماً ، إذ مجموع السهام بعد إضافة سهام الموصى لهما (٢٤ + ٩ + ٣) تكون ٣٥ .

وإذا كان الثلث لا يسعهما يوزع الثلث بنسبة السهام التي قدر بها نصيب كل منهما على ما سنبين عند الكلام في تراحم الوصايا وضييق الثلث عنهما ، وعدم إجازة الورثة لها .

هذا على الحل الذي نراه قريباً من نص القانون ، وعلى ما اخترنا من المذهب الحنبلي الذي اعتبر أصلاً فإنه يعتبر هناك وصيتين إحداها ثلاثة أسهم والأخرى بالربع وهو - ٩ - وتنفدان وهذا على الطريقة التي اخترناها من مذهب أحمد .

١٠٤ - هذا هو شرح القانون في الوصية بمثل نصيب أحد الورثة ، وقد كانت الصور التي فرضها القانون كلها في حدود فرض نصيب وارث موجود ، ولم يذكر هنا تقدير الوصية بنصيب وارث غير موجود ، ويفترض وجوده ، ويظهر أن المشروع الأول كان فيه فرض هذه الصورة ، فإن المذكرة التفسيرية التي اقترنت باقتراح مشروع القانون قد تعرضت لهذه الجزئية هنا ، وذكرت حكمها ومصدرها ، فقد جاء فيها ما نصه :

« وإذا كان من أوصى بنصيبه ، أو بمثل نصيبه لو فرض موجوداً يجب غيره

من الورثة حجب حرمان ، أو حجب نقصان ، فإن الفريضة تصح بالنسبة لغير المحجوب ، ثم يزداد عليه سهم الموصى له ، كما لو ترك الميت أخاً ، وبناتاً ، وأوصى لرجل بنصيب ابن لو كان ، اعتبرت التركة سهماً واحداً للبنات يزداد عليها سهمان للابن الموصى بنصيبه ، فيكون له ثلثا التركة ، إن أجاز الأخ والبنات ، وإلا كان له الثلث ، والباقي بعد الوصية يقسم بين الأخ والبنات قسمة الميراث .

ولقد قالت بعد ذلك : « في الوصية بمثل نصيب ابن لو كان ، ولو لم يكن له ولد الحكم من مذهب مالك . »

فهذا الكلام يدل على أنه كان في القانون نص على التقدير الفرضي في هذا الموضوع ؛ إذ خصته المذكرة بالذكر ، وبينت مصدره الفقهي ، فكان هذا دليلاً على كمال العناية ، ودليلاً على أنه وجد ، وإذا كان القانون لم يشتمل على نص يفيد الحكم في الوصية بمثل نصيب ولد لو كان ؛ فإن المعقول حينئذ هو العمل بمذهب أبي حنيفة في هذه القضية ؛ لأنه المعمول به ، حيث لا نص في القانون ، والمنصوص عليه في الفتاوى الهندية أنه لو أوصى بمثل نصيب ابنه لو كان ؛ فإن كان له ابن اعتبرت وصية بمثل نصيب أحد الورثة ؛ لأنه موجود مثل الموصى به بين الورثة ، وإن لم يكن موجوداً قدر له نصيب وأضيف إلى الفريضة الشرعية ؛ على أساس الأخذ من استحقاق الورثة الموجودين فعلاً ، فلو ترك امرأة وابناً ، وأوصى بمثل نصيب ابنته لو كانت ؛ فإنه في هذه الحال ؛ يفرض نصيب بنت ، وهو نصف نصيب الابن الموجود ، ويضاف إلى مجموع السهام ؛ وهكذا ، فإن كان للتوفى بنت وأخ ، وأوصى لرجل بنصيب ابن لو كان ؛ فإنه يكون له ضعف ما للبنات ، ويضاف إلى أصل الفروضية ، فيكون له الثلثان ، وللورثة الثلث ، إن أجزت الوصية وإلا كان له الثلث فقط^(١) .

هذا مذهب أبي حنيفة ، أما مذهب مالك الذي ذكرته المذكرة التفسيرية وإن

(١) الفتاوى الهندية ج ٦ ص ٩٩ ، ١٠٠ .

كنا لا نرى اتباعها ، فأساسه أن من أوصى بنصيب وارث يأخذ بقدر سهامه من غير أن يضاف إلى أصل المسألة ، فلو قال أوصيت بمثل نصيب ابن لي ، وله ثلاثة أبناء أخذ ثلث التركة ، وإن كان له أربعة أخذ ربعها ، وهكذا ولو قال بنصيب ابن لو كان موجوداً قدر له نصيب بفرض وجوده ، وكانت الوصية بقدره ، فلو قال أوصيت بمثل نصيب ابني ، وله ابن كانت الوصية بجميع المال إن لم يكن ولد غيره قط ؛ ولو قال أوصيت بمثل نصيب ابن لي لو كان موجوداً ، ولا ابن له كانت الوصية بجميع المال أيضاً ، لأنه لو كان موجوداً لأخذه ؛ ولو كانت له بنت كانت الوصية بثلثي المال كله (١) .

هذا هو مذهب مالك في مثل هذه الحال ، ونحن نرى أن العمل يجب أن يكون على مذهب أبي حنيفة ، إذ ليس في القانون نص يخالفه ، والله سبحانه وتعالى هو الهادي إلى سواء السبيل .

١٠٥ — ولنتجه بعد ذلك إلى بيان مصادر القانون في هذه الأجزاء :

أخذ القانون الفقرة الأخيرة وهي احتساب النقود المرسلة والاعتبار بمقدار نسبتها من التركة ؛ من إجماع الفقهاء على ذلك الاحتساب عند معرفة مقدارها ، لتبين صلتها بالثلث ، أهي في دائرته ، فلا تحتاج إلى إجازة ، أم زائدة عنه ، فتحتاج إلى إجازة ، فإن طريق ذلك باتفاق الفقهاء بل باتفاق أهل العقول — تكون بمعرفة نسبتها إلى قيمة التركة ، أي مقدار سهامها فيه .

أما بقية الأجزاء فأخوذة من المذهب الحنفي ، أو المذهب الحنبلي ، فالوصية بمثل نصيب وارث معين مأخوذة من المذهب الحنفي ، والوصية بمثل نصيب وارث غير معين ، وبجزء شائع أو معين أو مقدر من التركة مع الوصية بمثل نصيب الوارث مأخوذة من مذهب أحمد ، كما تقول المذكورة التفسيرية ، هذا إجمال نيده في مواضعه .

أما الأول ، وهو الوصية بمثل نصيب وارث معين ، فقد نص عليها في كتب الفقه الحنفي ، وفي الوصية بمثل نصيب الوارث المعين فرق الحنفية بين عبارتين ،

(١) راجع حاشية الدسوقي على الفرح الكبير الجزء الرابع ص ٤٤٣ .

أن يقول أوصيت بمثل نصيب الوارث ، وأن يقول أوصيت بنصيبه ، ولذلك جاء في كتاب شرح التبيين أنه إن قال أوصيت بنصيب ابني فالوصية باطلة عند أبي حنيفة والصاحبين ، وعند زفر الوصية صحيحة ، وتعتبر وصية بمثل نصيب الابن ، واتفقوا على أنه لو قال أوصيت بمثل نصيب الابن تكون الوصية صحيحة ، وحجة زفر أن ذكر نصيب الابن للتقدير به ، ولا فرق بين العبارتين في الدلالة على ذلك ، وإحداهما صريحة في التقدير ، وهي التي قال فيها إنه أوصى بمثل نصيب ابنه ، والثانية على تقدير محذوف مضاف ، فغنى أوصيت بنصيب ابني أوصيت بمثل نصيب ابني ، وحذف المضاف عند قيام قرينة عليه سائغ في اللغة العربية ، ومن ذلك قوله تعالى « واسأل القرية التي كنا فيها ، إذ معناها ، واسأل أهل القرية .

وحجة أبي حنيفة والصاحبين في أن الوصية تكون باطلة في قوله أوصيت بنصيب ابني — تقوم على أمرين : (إحداهما) أن العبارة ليس فيها ما يدل على أنه قصد الوصية بمثل نصيب ابنه ، إذ لا قرينة تنبئ عن ذلك ، ولا يترك المعنى الظاهر إلى غيره إلا بوجود قرينة دالة على ذلك الترك (ثانيهما) أن العبارة بهذه الدلالة الظاهرة تجعل الوصية باطلة ؛ لأن الوصية تملك مضاف إلى الموت ، فكأن معناها الظاهر الذي لا يوجد غيره ، أوصيت بما يملك ابني عند وفاتي ، فهي وصية بملك الغير ، فهي باطلة (١) .

والقانون في المادة ٤٠ ذكر الوصية بمثل نصيب الوارث المعين ، وترك الوصية بنصيب الوارث وعلى عكس ذلك في الوصية بمثل نصيب وارث غير معين قد ذكر الوصية بمثل نصيبه وبنصيبه ، وجعل حكمهما واحداً ، فكان ذلك مرجحاً باعتباره الوصية بنصيب الوارث باطلة ، كما هو مذهب أبي حنيفة وصاحبيه ، ويذكره أن المادة ٤٠ من مذهب أبي حنيفة الذي كان فيه هذه التفرقة ، ولكن المذكورة التفسيرية تنص على أن على الوصية بنصيب وارث معين تكون في حكمها كالوصية بمثل نصيبه على سواء ، ويجب أن تكون في ذلك قد اعتمدت على مذهب

(١) راجع شرح التبيين ج ٦ ص ١٨٨ .

أحمد، وتكون على الوصية بمثل نصيب وارث غير معين أو نصيبه من مذهب أحمد بن حنبل الذى يسوى بينهما فى الحكم .

١٠٦ — والوصية بمثل نصيب وارث غير معين ، أو بنصيبه مأخوذة من مذهب أحمد ، كما قلنا ، فقد جاء فى المغنى (١) :

« وإن أوصى بنصيب وارث ففيها وجهان : (إحداهما) تصح الوصية ، ويكون ذلك كالوصية بمثل نصيبه ، وهذا قول مالك وأهل المدينة واللؤلؤى ، وأهل البصرة ، وابن أبى ليلى وزفر وداوود ، (والوجه الثانى) لا تصح الوصية ، وهو قول الشافعى ، وأبى حنيفة وصاحبه ؛ لأنه أوصى بما هو حق للوارث ، فلم يصح ، كما لو قال بدار ابنى ، أو بما يأخذه ابنى . وجه الأول أنه أمكن تصحيح وصيته بحمل لفظه على مجازه ، فصح ... وبيان إمكان التصحيح أنه أمكن تقدير حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه ، أى بمثل نصيب وارثه ، ولأنه لو أوصى بجميع ماله صح ، وإن تضمن ذلك الوصية بنصيب ورثته كلهم ، (٢) .

١٠٧ — إلى هنا قد تبين المصدر الفقهي للوصية بمثل نصيب وارث مسمى أو غير مسمى ، أو بنصيبه ، والمصدر الفقهي للوصية بجزء شائع ، مع وصية لآخر بمثل نصيب وارث ذكرت المذكورة التفسيرية أنه مذهب الإمام أحمد رضى الله عنه أيضا . والحكم الذى جاء فى ذلك المذهب ، هو اعتبار كل وصية كأنها وصية وحدها ، ولا وصية سواها ، ثم ينظران بعد استخراجهما مجتمعين لمعرفة اتساع الثلث لهما مجتمعين ، أو ضيقة عنهما .

وقد ذكرت فى شرح القانون وتخريجه أنه تعتبر المسألة مستقلة لاستخراج نصيب الموصى له بمثل نصيب أحد الورثة ، ثم يعلى هو وسهام الموصى له بجزء شائع على أساس سهام الورثة ، فإذا كانت الوصية بالربع ، واعتبر مجموع السهام الوارث الموصى بمثل نصيبه ١٥ فهى ثلاثة أرباع السهام سهام الورثة ، ويقدر نصيب

(٢) المغنى ج ٦ ص ٤٥٠ .

(١) المغنى ج ٦ ص ٤٤٨ .

الموصى له بمثل أحد الورثة بسهمه مضافا إلى سهام الورثة، ثم يضاف إليها السهام المقدرة للموصى له بالجزء الشائع، والمجموع هو مجموع السهام .

هذه هي الطريقة التي ذكرناها في تخريج المسائل وفق القانون، وألفاظه تتحملها، بل ترجحها، وأساسها كما ذكرنا أن نجعل سهام الورثة هي الأساس لتقدير سهام الموصى له بجزء شائع، وسهام الموصى له بمثل نصيب وارث، بزيادة مقدار سهام ذلك الوارث، وسهام الموصى له بجزء شائع.

ولكن ذكرت المذكرة التفسيرية أن المصدر مذهب أحمد فاخترنا الراجح فيه وهو غير طريقة يحيى بن آدم من ذلك المذهب، وهي أن تحل المسألة على أساس أنه لا وصية غير الوصية بمثل النصيب وإذا علم مقدار هذه جمعت الوصيتان . فهي إحدى الطريقتين المنصوص عليهما في مذهب أحمد رضي الله عنه، وأساسها كما ذكرنا أن يجعل عدد السهام للموصى له بجزء شائع على أساس أن الباقي بعد نصيبه هو مقدار سهام الورثة مع سهام الموصى له بمثل نصيب أحدهم، فإذا كان مثلا هناك ورثة هم : زوجة، وأخ شقيق وأخت شقيقة وموصى له بالربع، وموصى له بمثل نصيب الزوجه فإنه يكون للزوجه الربع بثلاثة أسهم، وللأخ الشقيق ستة أسهم، وللشقيقه ثلاثة، وللموصى له بمثل نصيب الزوجه ثلاثة . وعلى هذه الطريقة يكون تقدير نصيب الموصى له بالربع على أساس أن ثلاثة الأرباع هي سهام الورثة، والموصى له بمثل نصيبهم، ومجموعها ١٥ فيكون الموصى له بالربع له خمسة، ومجموع السهام ٢٠ .

١٠٨ — وهذه الطريقة التي اخترناها من مذهب أحمد هي طريقة غير طريقة يحيى بن آدم كما نوهنا، ولقد ذكر المغنى الطريقتين، وهذا نص ما جاء فيه :

« وإذا أوصى لرجل بجزء مقدر، ولآخر بمثل نصيب وارث من ورثته، فقيها وجهان : (أحدهما) أن يعطى الجزء لصاحبه، ويقسم الباقي بين الورثة والموصى له، كأنه ذلك الوارث، إن أجازوا، وإن ردوا قسمت الثلث بين الوصيين على حسب ما كان لهما في حال الإجازة، والثلاثان للورثة .
« والوجه الثاني أن يعطى 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 الثلث ، وما بقى بين البنين والموصى له على أربعة ، وتصح من ستة ، لصاحب الثلث سهمان ، وللآخر سهم ، فإن ردوا فالثلث بين الوصيين على ثلاثة ، والثلاثان بين البنين على ثلاثة وتصح من تسعة ، وعلى الوجه الآخر لصاحب الثلث - الثلث ، وللآخر الربع إن أجزلها ، وإن رد عليهما قسمت الثلث بينهما على سبعة ، ويصح من ٦٣^(١) .

وترى من هذا الوجه الذى ارتآه يحيى بن آدم أنه جعل للموصى له بالثلث الثلث ، ثم جعل نصيب الموصى له بمثل نصيب أحد الورثة خارج أصل المسألة بالنسبة للورثة ، وجعلهما معاً مقدرين بالسهم على أساس مجموع سهام الورثة .

وهذا لا يتفق مع الطريقة الراجحة التى اخترناها من مذهب أحمد ، لأن سهام الموصى بمثل نصيب أحدهم سيقدر على أى حال على أساس سهام الورثة . إنما الموصى له الآخر أتقدر سهامه على أساس سهام الورثة ، أم على أساس سهامهم وسهام الموصى له ؟ فيحى بن آدم قدره على أساس سهام الورثة والباقي مع جعله والآخر فى مرتبة واحدة ، أما ما اخترناه فإنه قدره على أساس المجموع الكلى وحده ألا ترى أنه يقسم التركة على ستة ويجعل لصاحب الثلث اثنين ، لأن الثلثين أربعة ، ويجعل نصيب الموصى له بمثل نصيب أحدهم واحداً مضافاً إلى الثلاثة .

وغاية الفرق بين الطريقتين أنه يكون ما يخرج للموصى له بمثل نصيب أحد الورثة ينفذ من التركة كلها ، ويكون فى مرتبة الموصى له بجزء شائع منها فى التقدير ، إذ كلاهما سيزادان على الفريضة الشرعية المقدرة للورثة وهذه طريقة يحيى بن آدم

(١) المغنى ج ٦ ص ٥٤ ، وطريق تخريجها من ٦٣ على فرض عدم الأجازة أن الثلث ينقسم على سبعة ، ثلاث لصاحب الربع ، وأربع لصاحب الثلث لأن النسبة بين الثلث والربع هى ٤ إلى ٣ ، فيكون أصل المسألة ٣ وثلثها واحد لا يقبل القسمة على سبعة ، فيضرب أصل المسألة فى سبعة ، وكذلك إثنان وما الثلثان لا تقبلان القسمة على الثلاثة وهم البنون الثلاثة فيضرب أصل المسألة وهو ٣ فى ٧ وفى ٣ فيكون هكذا $٦٣ = ٣ \times ٧ \times ٣$

أما الطريقة الأخرى التي اخترناها من مذهب أحمد ، فنتفرق بينهما ، فتجعل نصيب الموصى له بجزء شائع مقدراً مقدماً في القسمة ، ثم تجعل الموصى له الثاني في التقدير مع الورثة تماماً ، فيدخل في الباقي بعد إخراج نصيب الموصى له بجزء مقدر .

١٠٩ — وإنما اخترنا هذه الطريقة ، لأنها هي التي تنفق مع القانون ومع أحكام الوصايا ، فإنها تعلى سهامها دائماً على سهام الورثة ، وتعتبر قدراً زائداً على أصل سهام الورثة .

نعم إن الفقهاء قالوا إن الموصى له بمثل سهام الورثة ، يقدر نصيبه بعد تقسيم السهام على الورثة ، ولكن ذلك فقط لتقديره ، أما من ناحية مرتبته ، فهو معلى على أصل المسألة ، ولذلك إذا كان في المسألة رد توزع السهام وترد ، ثم يقدر نصيبه بعد التوزيع بالفرض والرد .

وإن تلك الطريقة أيضاً هي التي تقرب من القانون ، إذ أنه أوجب أن تحل المسألة بين الورثة وبين الموصى له بمثل نصيبهم معلى نصيبه على سهامهم ، وهذا يجعله زائداً على سهام الورثة ، ويقدر الثلث على ثلث الكل ، والسهام الأخرى التي تفرض للموصى له بجزء شائع تقدر أيضاً على أساس مجموع سهام الورثة .

٤ - أنواع الوصى به

١١٠ م - لقد ذكر القانون أنواعا كثيرة للوصى به ، فأجاز الوصية بالعين رقبته ومنفعتها ، وأجاز الوصية بالرقبة وحدها ، وبالمنفعة وحدها ، وأجاز الوصية بالحقوق ، وقد شرحنا ذلك النوع من الوصايا في موضعه من بحثنا هذا ، وأجاز الوصية بالاقرض والوصية بتقسيم التركة ، والوصية بالبيع لشخص معين والوصية بالمنافع ، والوصية بمرتبات محدودة ، وكل نوع من هذه الأنواع نذكره بكلمة معينة .

الوصية بالاقرض (١)

١١١ م - أجاز القانون الوصية بالاقرض ، فإذا قال الموصى أوصيت بأن يقرض من مالى قدر معلوم من المال من غير ربا ، تصح الوصية وتنفذ بشرط أن يكون القدر الموصى بإقراضه يخرج من ثلث التركة ، وإلا توقفت على إجازتهم فى القدر الزائد عن الثلث .

ولا شك أن الإقرض يكون له أمد معلوم يجب على الموصى له أن يؤدي المال إلى الورثة من بعده ، والوصية بالإقرض هى فى وضعها الفقهى من قبيل الوصية بالمنافع ، لأن القرض يعد تبرعاً بالمنافع من قبيل العارية . ولذلك نص فقهاء المذهب الحنفى على أن عارية الدراهم والدنانير قرض ، وإذا كانت الوصية بالإقرض من قبيل الوصية بالمنافع ، فهى تقيد بأمد معلوم ، كما تقيد الوصية بالمنافع ولا بد أن يخرج المقدار الموصى بإقراضه من ثلث التركة ، لى تنفذ الوصية من غير إجازة أحد ، كما لا تنفذ الوصية من غير حاجة إلى الإجازة فى الوصايا بالمنافع إلا إذا كانت العين الموصى بمنفعتها لا يخرج من ثلث التركة ، (على تفصيل سنينيه فى موضعه) إذا كانت مدة الانتفاع تزيد على عشر سنين .

(١) الوصية بالاقرض ، ينتمى للمادة ١٢ ، ونصها : « تصح الوصية بإقرض الموصى له قدر معلوماً من المال ، ولا تنفذ فيما زاد على ثلث التركة إلا بإجازة الورثة » .

وقد قالت المذكرة الإيضاحية أن الحكم بجواز الوصية بالقرض هو مذهب الحنفية ، وهم يقررون جواز ذلك مع أن الأجل في القرض عندهم غير لازم في حال الحياة ، لأن العارية في أصل وضعها عقد غير لازم ، والقرض نوع منها ، ولكنهم يقولون إن الأجل يلزم في حال الوصية بالإقراض .

وقد اتفق جمهور الفقهاء مع الحنفية في عدم لزوم الأجل في القرض ، وخالفهم المالكية ، فقرروا أن الأجل يلزم إذا ذكر له أجل معلوم ، وأجرت العادة العامة بأجل معروف ، إذا لم يذكر أجل انصرف التوقيت إليه ، أو يكون المال المقرض جرت العادة إلى أن مثله يؤجل الأداء في إقراضه إلى أجل معلوم ، كقرض قمح ، فإنه يؤجل الإداة عادة إلى وقت الحصاد .

ومهما يكن من أمر اختلاف الفقهاء في لزوم الأجل في القرض ، فلزومه في الوصية أمر لا بد منه لتحقيق إرادة الموصى ، ولذا ألزمه من لا يرى لزومه ، وهذا ما يهمننا في موضوعنا هذا .

الوصية بتقسيم التركة^(١)

١١٢ م — أجاز القانون للموصى أن يقسم تركته على حسب الميراث الشرعى بين ورثته ، فيعين نصيب كل واحد من الورثة في أعيان من ماله ليتمكن من تنظيم تركته ، وقسمتها بين الورثة على الوجه الذى يرى المصلحة فيه ، ويقضى على ما عساه يكون من خلاف بينهم على التقسيم بعد وفاته ، وليمكن للضعفاء من ورثته من أن يكون تحت أيديهم من التركة ما لا يشق عليهم استغلاله ، والوصية تكون لازمة على الورثة من غير حاجة إلى إجازتهم لها ، إلا إذا كان قد حابى في قسمته بعض الورثة محاباة تجاوزت الثلث ؛ فإنها تتوقف على الإجازة في هذا الجزء الزائد على الثلث .

(١) الوصية بتقسيم التركة بينها المادة ١٣ ونصها : « تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى ، بحيث يعين لكل وارث ، أو لبعض الورثة قدر نصيبه ، وتكون لازمة بوفاء الموصى ، فإن زادت قيمة ما عين لأحدهم عن استحقاقه في التركة كانت الزيادة وصية .

وذلك يسير على الأصل الذى جاء به القانون مخالفاً لجمهور الفقهاء المسلمين
من أن الوصية للوارث فى الثلث جائزة من غير حاجة إلى اجازة ، فإن زادت
على الثلث احتاجت إلى اجازة الورثة كالوصية للأجنبي على سواه .

١١٣ — والوصية بتقسيم التركة بين الورثة من غير زيادة لأحدهم عن
الآخر قالت المذكرة التفسيرية إنه قد قاله بعض فقهاء الشافعية والحنابلة ،
وقد وجدنا كتب الشافعية تصرح بذلك ، وإن لم يكن هو الراجح فى المذهب ،
ووجدناه فى كتب الحنابلة رأياً مقابلاً لرأى آخر لم يرجح أحدهما على الآخر .
ومن كتب الشافعية التى ذكرت ذلك الرأى نهاية المحتاج على المنهاج ففيه :
« والوصية لكل وارث بعين هى قدر حصته كأن ترك ابنين ، وداراً وقنا
قيمتها سواه ، فخص كلا بواحدة صحيحة ، وتفترق إلى الاجازة فى الأصح ،
لاختلاف الأغراض بالأعيان ، ولذلك صحت بيع عين من ماله لزيد ، سواء
أ كانت الأعيان مثلية أم لا ، والثانى لا تفترق لذلك ، (١) .

وترى من هذا أنه يصرح بأن اللزوم من غير اجازة غيره أصح منه .

ومن كتب الحنابلة التى صرحت بذلك المغنى والشرح الكبير ، فقد جاء
فيهما : « إن أوصى لكل وارث بمعين قدر نصيبه ، كرجل خلف ابناً وبنات ،
وعبدا قيمته مائة ، وأمة قيمتها خمسون ، فوصى لابن بالعبد ، وللبنات بالأمة ،
صحت الوصية فى أحد الوجهين ؛ لأن حق الوارث فى القدر لافى العين ،
بدليل ما لو طاوض المريض بعض ورثته أو أجنبياً بجميع ماله ، فانه إذا كان
يصح بضمن المثل ، وإن تضمن فوات عين المال ، والثانى يقف على اجازة
الورثة ؛ لأن فى الأعيان غرضاً صحيحاً ، فكما لا يجوز إبطال حق الوارث فى
قدر حقه لا يجوز فى عينه ، .

١١٤ — وقبل أن نترك الكلام فى الوصية بتقسيم التركة نشير هنا إلى أن
القانون المدنى الجديد قد تعرض لأحكام الوصية بتقسيم التركة .

(١) نهاية المحتاج ج ٥ ص ٤١

فقرر ان الوصية بهذا التقسيم تكون لازمة بالنسبة للورثة ليس لهم أن يخالفوها مادام نصيب كل واحد لا يزيد عن حصته في التركة ؛ وإن كان يزيد فإن الزيادة تعتبر وصية قائمة بذاتها^(١) ، بحيث تجرى عليها أحكام قانون الوصية من حيث جوازها ، وعدم جوازها ، وقد ذكرنا أن قانونها يجيزها ، إن كانت لا تتجاوز الثلث كالوصية لأجنبي على سواء ، ولا تنفذ إلا بالأجازة بالنسبة للزائد على الثلث .

وقرر أيضاً أن هذا التقسيم المضاف إلى ما بعد الموت ، يجوز للمالك أن يرجع فيه ، لأن كل الوصايا يجوز الرجوع فيها ؛ إذ هي من التصرفات غير اللازمة ، ولكنه بموته تصير لازمة^(٢) .

وإذا كانت القسمة لم تشمل جميع الأموال التي يملكها المورث عند الوفاة ؛ فإن القسمة بعد وفاته تلزم فيما قسمه ، وما لم يقسمه يكون بينهم على الشيوع بنسبة سهامهم في الميراث^(٣) .

وإذا مات أحد الورثة الذين دخلوا في القسمة ، فإن القسمة تنفذ فيهما عدا حصته إذا كانت أنصبتهم في الميراث لم تتغير ، وحصه المتوفى تكون بينهم على الشيوع ، كالجزم الذي لم تتناوله القسمة ، ويكون لكل واحد فيها بمقدار حصته ؛ وكذلك الحكم إذا كان أحد الذين قسم عليهم باعتبارهم وارثين لم يكن وارثاً بالفعل وقت الوفاة ، وذلك فيما يظهر من أحكام القانون .

الوصية بالتصرف في عين^(٤)

١١٥ م — الوصية كما ذكرنا تصرف يتسع لأمور كثيرة لا تتسع لها عقود الحياة ؛ لأنها شرعت للتوسيع على الشخص ، ليستطيع أن ينفذ في ثلث ماله

(١) اقرأ المادة ٩٨ (٢) اقرأ المادة ٩٠٩ (٣) اقرأ المادة ٩١١

(٤) أحكام هذا النوع من الوصايا ينهت المادة ٥٩ ونصها : « إذا كانت الوصية يبيع العين للموصى له بشئ معين ، أو بتأجيرها له لمدة معينة ، وبأجرة مساهم ، وكان الثمن أو الأجرة أقل من الثلث بغن فاحش يخرج من الثلث ، أو بغن يسير نفذت الوصية ، وإن كان الغبن الفاحش لا يخرج من الثلث ، ولم يجز الورثة الزيادة ، فلا تنفذ الوصية إلا إذا قبل الموصى له دفع الزيادة

ما عساه يكون قدفاته في الحياة ، ولذلك صحت الوصية بالتصرفات ، فصح أن يوصى بشراء عين ، والوصية بها في جهة معينة ، ويكون على الورثة ، أو من يناط بهم أمر تركته تنفيذ ذلك ما دام في دائرة الثلث ، وتصح الوصية ببيع عين معينة لشخص معين بثمان معين ، وتصح الوصية بتأجيرها كذلك لمدة معينة ، وبأجرة معينة .

وإن صحة ذلك النوع من الوصايا منصوص عليه في الفقه الحنفي ، وفي فقه الشافعي ، وفي فقه الحنابلة (١) ، وهو في فقه مالك .

وقد طبق عليه القانون القواعد العامة التي تطبق في الوصايا ، وهي أن الثمن إن كان لا غبن فيه أو فيه غبن يسير مغتفر ، فإن الوصية تنفذ من غير إجازة أحد لأن الوصية ليس فيها مس بحق الورثة ، بل لا تمس التركة إلا بقدر لا يؤثر في أصلها ، وهو انتقال عين من ملكية وإحلال الثمن محلها .

وإن كانت الثمن أو الأجرة فيها غبن فاحش على التركة ، ولا تصل المحاباة فيه إلى حد تكون فيه أكثر من الثلث فهي نافذة أيضاً من غير حاجة إلى إجازة ، وإن كان الغبن الفاحش يضيق عنه الثلث ، ولم يجز الورثة الوصية ، لا تنفذ الوصية بجملتها ، إلا إذا قبل الموصى له دفع الزيادة عن الثلث ، فإن لم يقبلها لم تنفذ الوصية .

ولا شك أن هذا القبول يلاحظ المنصوص عليه في المواد الخاصة بالقبول ، أي أنه إذا لم يقبل أو يرد في مدة ثلاثين يوماً من تاريخ طلب القبول أو الردمنه اعتبر راداً .

الفرق بين الغبن اليسير والغبن الفاحش أن الغبن اليسير ما يدخل في تقويم المقومين ، والغبن الفاحش ما لا يدخل في تقويم ، وبعض الفقهاء حد حدوداً لما يدخل في تقويم المقومين ، وما لا يدخل ، وهذه الحدود تختلف باختلاف الأموال ، ففي العقار الفاحش خمسها ، وفي الحيوان عشرها ، وفي العروض نصف عشرها ، وما له سعر محدود كل زيادة فيه غبن ؛ لأن الزيادة لا تدخل في تقويم المقومين .

وأساس اختلاف المقادير على هذا الشكل هو مقدار اختلاف المقومين في

(١) قد نقل ذلك في نهاية المحتاج والمرح الكبير والمعنى في الوصية بتقسيم التركة .

نوع المال ، فالخبراء تختلف تقديراتهم في العقار اختلافاً كبيراً ، فجعل الحد الخمس ، والحيوان يكون الاختلاف كبيراً أيضاً ، ولكنه يكون أقل من العقار ، وفي العروض المختلفة الاختلاف فيها قليل . وماله سعر محدود معلوم في الأسواق لا يختلف أحد في تقويمه .

الوصية بالمنافع^(١)

١١٥ م — تشمل الوصية المنافع في نظر القانون كل وصية يكون الموصى به فيها ليس تملكاً لعين موجودة وقت وفاة الموصى أو بعضها ، فتشمل الانتفاع بالسكنى والزرع ، وأخذ غلات الأعيان من أجرة أو ثمرة ، وكما تشمل الوصية بحقوق الارتفاق ، وحق التعلئ ، والوصية بدفع قدر من المال شهرياً أو سنوياً من غلة العين ، كما تشمل الوصية بالأقراض ، والوصية بإجارة عين .
وكما تشمل الوصية بتمليك منفعة العين ، وإباحة الانتفاع ، وسواء أكان

(١) عرف المرحوم الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم المنافع تعريفاً حسناً هذا نصه :

« المراد بالمنافع ثمرات الأعيان المالية ، وما يستفاد منها بحسب ما هي مهيأة له خلفاً أو صنفاً ، أو جملاً ، سواء أكانت تلك الثمرات أعياناً مادية متولدة من الأصل ، أم غير متولدة ، أم كانت أعراضاً قائمة بتلك الأعيان ، والثمرات المتولدة تشمل ثمار الأشجار على اختلاف أنواعها ، والمحصولات الزراعية ، وغير المتولدة تشمل الأجور التي تعطى في مقابلة الانتفاع بتلك الأعيان ، واستعمالها ، كأجرة الأرض الزراعية ، والدور ، والمراد بالأعراض الصفات اللازمة للأعيان التي تكون بها صالحة للانتفاع بها ، كصلاحية الدواب للركوب ، والحمل ، والجبر ، والدور لسكنى » .

وقد كان تعريف المذكرة التفسيرية للمنافع عاماً شاملاً ، فذكرت أنه الثمرات والغلات وحقوق الارتفاق ، والوصية بالأقراض ، وبالتأجير ، والوصية بقدر من المال يدفع شهرياً كما جعلت منه الوصية ببيع عين لشخص بحق معلوم ، والوصية بتقسيم التركة ، وفي جعل هذين من المنافع نظر ، ولذلك جعلنا كل واحد منها قسماً بذاته ، ولم نجعله من المنافع .

الموصى مالكا للعين والمنفعة أم مالكا بالمنفعة فقط ، فيجوز أن يوصى المستأجر بالمنفعة العين التي يملك منفعتها مدة الإجارة .

ومع أن الوصية بالمنافع تشمل كل هذا ، فإن بعضها يصح أن يكون له باب مستقل ، وقد أفردنا الكلام فيه ، فقد أفردنا الكلام في الوصية بحقوق الارتفاق ، وأفردنا الكلام في الوصية بالأقراض ، والوصية بالتصرف في العين ، لأن هذه لها أحكام يصح أن تنفرد بها عن سائر المنافع .

١١٦ م — والوصية بالمنافع جائزة باتفاق الأئمة الأربعة ، ومعهم جمهور فقهاء المسلمين ، ولم يعرف في هذا مخالف إلا ابن أبي ليلى ، وابن شبرمة ، وفقهاء أهل الظاهر ؛ كما جاء في بداية المجتهد ، ونهاية المقتصد لابن رشد .

وحجة المانعين أن المنافع تابعة للعين ملازمة لها ، لا تنفصل ملكيتها عنها ، فمالك العين مالك لمنافعها لا محالة ، لأن المنافع ثمرة الملكية وخاصتها التي لا تفارقها ، فلا يملك المنفعة أحد غير مالك العين إلا إذا كانت يده نائبة عن يد المالك للعين ، أو كان يتمكن مالك العين ، والوصية بالمنافع تتنافى مع ذلك ؛ لأن تنفيذ الوصايا بعد وفاة الموصى ، وبعد وفاة الموصى الملكية تكون للوارث ، فلا ينتفع أحد غيره إلا عن طريقه ، وفي امتلاك غيره بالمنفعة جبراً عنه بالوصية تجريد للمالك عن خواص ملكه ، وذلك لا يجوز .

وحجة (١) المجيزين للوصية بالمنافع ، وهم الجمهور أن الوصية يتوسع فيها ما لا يتوسع في غيرها من العقود ، وقد جازت الإعارة في الحياة ، فتجوز الوصية وتنفذ بعد الوفاة ، وإن ملك المنفعة ومالك العين ليست الملازمة بينهما تامة بحيث لا تقبل الافتراق ؛ إذ لا دليل . على هذه الملازمة ، وأن العين عند مالكها الوارث ، قد ورثها ، وقد تعلق بها حق الموصى له في الانتفاع ؛ لأن كليهما قد تلقى الملك فيما خصص له بالخلافة ، الوارث بالخلافة الإيجابية ، والموصى له

(١) وقد قال المغني في الاحتجاج للجمهور « إنه يصح تملكها بعقد المعاوضة ، فتصح الوصية بها كالأعيان ، ويعتبر خروج ذلك من ثلث المال » والمأمنون يقولون الأجرة في هذه الحال لمالك العين ، فالمنفعة كانت تابعة للعين ، لأن الأجرة من المنافع ، كما تقدم ، ويد المستأجر نائبه .

بالخلافة الاختيارية ، ووقتهما واحد ، ولا مرجح لأحدهما على الآخر ،
ما دام الموصى لم يتجاوز ما حد له الشارع وهو الثلث :

وإن الموصى حر فيما ملكه في حال الحياة ، وفيما جعله له الشارع بعد الوفاة ،
وقد جعل له حق التصرف بعد الوفاة في ثلث ماله ، فيجوز له أن يملك عينه ،
ويجوز له أن يملك المنفعة ؛ لأن من ملك الأكثر ملك الأقل ، وله الولاية
في الثلث كاملة ، كما له الولاية في حال الحياة كاملة ، وقد جازت منه الإعارة
حال الحياة ، فتجوز منه الوصية بعد الوفاة على ما بينا .

١١٧ — والوصية بالمنافع كما يقرر الفقهاء ، وكما يقرر القانون ، لها أحوال
مختلفة : (١) فقد تكون وصية بالمنفعة مدة معلومة بعد الوفاة ، (٢) وقد
تكون وصية غير مؤقتة لموصى له معين ، (٣) وقد تكون وصية غير مؤقتة
أو مؤبدة لقوم غير محصورين يظن انقطاعهم ، أو لا يظن ، أو لجهة بر
لا تنقطع ، (٤) وقد تكون الوصية غير مؤقتة وهي لمحصورين ، (٥) وقد
تكون الوصية لمحصورين وغير محصورين .

ولكل قسم من هذه الأقسام أحكام خاصة ، وانتكلم فيها بإيجاز .

١١٨ — إذا أوصى بمنفعة ولم يطلق المدة ولم يؤبدها ، بل وقتها بوقت
معلوم ، فالأحكام واحدة بالنسبة للبعين وغير المعين محصوراً أو غير محصور^(١) .
وأساسها وجوب تنفيذ هذه المدة إذا جاءت بعد وفاة الموصى ، وقبل الموصى

(١) أحكام الوصية بمنفعة لوقت معلوم مبينة بالمادتين ٥٠ ، ٥١ وهذا نضمها :

المادة ٥٠ — إذا كانت الوصية بالمنفعة لمدة معلومة المبدأ والنهاية ، استحق الموصى له المنفعة
في هذه المدة ، فإذا انقضت المدة قبل وفاة الموصى اعتبرت الوصية كأن لم تسكن ، وإذا انقضت
بعضها استحق الموصى له المنفعة في باقيها ، وإذا كانت المدة معينة القدر غير معلومة البدء بدأت
من وقت وفاة الموصى .

المادة ٥١ — إذا منح أحد الورثة الموصى له من الانتفاع بالعين كل المدة أو بعضها ضمن له
بدل المنفعة ما لم يرث الورثة كلهم أن يعوضوه بالانتفاع مدة أخرى . وإذا كان النفع من جميع
الورثة كان الموصى له بالخيار بين الانتفاع بالعين مدة أخرى ، وتضمينهم بدل المنفعة . وإذا كان
النفع من الانتفاع من جهة الموصى أو لعدد حال بين الموصى له والانتفاع وجبت له مدة أخرى من
وقت زوال المانع .

له الوصية ، وعلى ذلك إذا كانت المدة معلومة المبدأ والنهاية ، كان يقول أوصيت لفلان بسكنى دارى من أول سنة ١٩٤٠ إلى نهاية سنة ١٩٤٦ ومضت المدة كلها قبل وفاة الموصى ، فقد بطلت الوصية ، إذ انتهت المدة الموصى بها ، ويصير ذلك كهلاك الموصى به المعين قبل وفاة الموصى ، فإن الوصية تبطل ، فكذلك هنا .

وإن مات الموصى ، وفي المدة المعلومة بقية نفذت الوصية فى القدر الباقى ، إذ تعذر التنفيذ فى الجزء الذى مضى فبطلت فيه ، وصحت فى الباقى ، وصار ذلك كما إذا هلك بعض الموصى به المعين ، أو استحق ، فإن الوصية تكون فى الباقى . وإذا كانت الوصية غير معينة البدء ومعلومة القدر ، كأن يقول أوصيت بسكنى هذه الدار لفلان ثلاث سنين ، ولم يذكر ابتداءها ولا منتهاها ، إذ لو ذكر أحدهما لعلم كلاهما ، فى هذه الحال تعتبر لمدة مبتدأة من وقت الوفاة ؛ لأن وقت تنفيذ الوصية هو وقت الوفاة ، فيعتبر ذلك الوقت هو ابتداءها .

وقد جاء فى المذكرة التفسيرية أنه يشترط أن تبدأ المدة المعلومة قبل مضى ثلاث وثلاثين سنة من وقت موت الموصى وإلا بطلت ، وذلك لمضى المدة الطويلة ، ويتصور ذلك إذا قال أوصيت لفلان مثلاً بمنفعة العين سنة إحدى وخمسين وقد مات سنة ١٩١٥ ، فإن الوصية تبطل ، لمضى هذه المدة .

وهذه الأحكام مأخوذة فى جملتها من مذهب أبى حنيفة ، ويوافق عليه جمهور الفقهاء ؛ لأن الوصية بالمنافع كتمليك المنافع فى حال الحياة يكون مؤقتاً بوقت معلوم ، إلا إذا أطلق فى الوصية ، فإن للإطلاق حكماً سنينيه ، وإذا كان التأقيت بمدة معلومة جائزاً ، فيكون التنفيذ فى هذه المدة ما أمكن التنفيذ .

وبعض الأحكام أخذ من مذهب الشافعى ، وهو ابتداء المدة المعلومة المقدار التى لم يذكر ابتداءها .

١١٩ — وإذا منع الموصى له من الانتفاع بالموصى به فى المدة المعلومة ، فقد ذكر القانون لذلك ثلاث صور :

الصورة الأولى — أن يكون بعض الورثة هو الذى منعه ، كأن يكون

موصى له بسكنى دار ثلاث سنين ، ذكر ابتدائها ، فجاء أحد الورثة وسكنها في تلك المدة ، ومنعه من سكنها ، يكون ذلك الوارث قد اعتدى على حقه ، فيثبت له ابتداء الحق في التعويض ، وذلك التعويض يكون بأحد أمرين : إما بأن يسكن في الدار مدة تساوى المدة التي منع من الانتفاع فيها إذا رضى الورثة ، وإما بأن يضمن له الوارث الذى منعه بدل المنفعة التي منعها ، وإن التعويض على الطريق الثانى هو الذى يثبت أصالة ، لأن الضمان هنا من ضمان التعدى ، وهو يثبت على المعتدى وحده ابتداء ، ولا يمكن تضمينه إلا بالقيمة ، ولا سبيل للتضمنين بالطريق الثانى ، لأن سائر الورثة ليس منهم تعد ، فلم يكن له تضمينهم بأخذ العين ، والانتفاع بها مدة أخرى إلا إذا رضوا هم بذلك ، فإنه في هذه الحال يجوز له الانتفاع مدة أخرى ، وينفذ ذلك على أن يكون الموصى له بالاختيار بين الأمرين في هذه الحال .

الصورة الثانية — أن يمنع الورثة مجتمعين من الانتفاع في المدة المعلومة ، وفي هذه الحالة يكونون جميعا متعدين ، فيثبت عليهم جميعا ضمان ذلك التعدى ، وللضمان طريقان : أحدهما أن يعوضوه عما منع بأداء بدل المنفعة في تلك المدة . وثانيهما — أن يمكنه من الانتفاع مدة أخرى ، وله أن يختار إحدى الطريقتين في التعويض من غير رضاهم ، وهم يلزمون بما يختاره .

الصورة الثالثة — أن يمنع الانتفاع بسبب من جهة الموصى ، أو بعذر يحول بين الموصى له والانتفاع ، ومثال الأول أن يكون الموصى قد آجر العين الموصى بها لغيره ، واستمرت الاجارة نافذة من بعد موته إلى نهايتها على مقتضى بعض المذاهب ، ومثال الثانى أن تكون العين تحتاج إلى إصلاح ليتم الانتفاع ، فأجرى الإصلاح ، وأخذ مدة من زمن الوصية ، فلا ضمان على أحد ، إذ لا تعدى من أحد الورثة ، فليس ثمة ضمان تعد ، ولكن الوصية لم تنفذ ، وقد قبلها ، فصار له حق تنفيذها ، وقد حالت الأمور دون التنفيذ ، فيحق له التنفيذ في مدة أخرى تحل محل الأولى .

ولا شك أن المنع من الانتفاع ، إنما يتأتى في الحال التي يكون الانتفاع فيها

بالاستعمال الشخصى ، أما إذا كان الانتفاع بالاستغلال فالغلة مادام لم يتسلها ،
فهي حق له ثابت فى ذمة من منعه من الاستغلال .

وقد ذكرت المذكرة التفسيرية أنها أخذت أحكام المنع من الانتفاع من
مذهب الشافعى رضى الله عنه ، وهو يخالف مذهب أبى حنيفة فى أن الورثة
أو أحدهم لو كانوا سبباً فى المنع لوجب بدل المنفعة وهو القيمة ، لأن ضمان التعدى
يكون بضمان القيمة فى المنافع ، إذ المنافع لا تعتبر من المثليات ، حتى تعوض بمثلها ،
والقانون وهو مأخوذ من المذهب الشافعى جعل للموصى له الخيار بين البدل
وبين الانتفاع مرة أخرى ، وإذا لم يكن تعدد فلا ضمان عند الحنفية لا يبدل
المنفعة ، ولا يمثلها ، لأنه لا موجب للضمان .

١٢٠ — هذا بيان الحال الأولى فى الوصية بالمنافع ، وهى الوصية بمنفعة
محدودة الأمد ، أما القسم الثانى ، وهى المطلقة عن الزمن أو المؤبدة ، وكان
الموصى له شخصاً معيناً ، فإن الموصى له يستحقها مدة حياته^(١) ، سواء أنص
على التأييد أم نص على أنها مدة حياته ، أم أطلقت عن المدة ، وذلك لأن
الإطلاق عن المدة ينصرف إلى انتفاعه الكامل ، وذلك بانتفاعه مدة حياته ،
والتأييد إذا ذكر يراد منه ما يناسب تقييد الوصية بانتفاع شخص الموصى له ،
وذلك لا يكون إلا بتقييد الانتفاع مدة حياته .

والوصية بالمنفعة ربما لا تبتدىء بالنسبة للموصى له من وقت الوفاة ، بل قد
تبتدىء بعد مضى فترة ، وذلك إذا كانت الوصية لمن سيوجد لفلان من أبناء
مثلا ، ففي هذه الحال يشترط لاستحقاق المنفعة ألا يمضى ثلاث وثلاثون سنة
شمسية ، تبتدىء من وقت وفاة الموصى له إلى وقت وجوده واستحقاقه .

وقد ذكر ذلك الشرط عند بيان مدة المنفعة إذا كان الموصى له معيناً ،

(١) هذا هو نص المادة الحادية والستين : « إذا كانت الوصية بالمنفعة لمين مؤبدة ، أو لمدة
حياته ، أو مطلقة استحق الموصى له المنفعة مدة حياته ، بشرط أن ينشأ استحقاقه للمنفعة فى
ثلاث وثلاثين من وفاة الموصى » .

ولم يستحق الانتفاع بمجرد وفاة الموصى . ولقد يتصور تراخي الاستحقاق عن الوفاة ، بأن يكون الاستحقاق مقيداً بشرط ، ولم يوجد ذلك الشرط في الموصى له ، كأن يقول : إن منفعة هذه الدار وصية لفلان يسكنها ، إن فصل من الحكومة مثلاً ، ولم يتحقق ذلك الشرط ، إلا بعد وفاة الموصى بأكثر من ثلاث وثلاثين ، فإنه في هذه الحال تسقط الوصية .

١٢١ — وقد قررت المذكورة التفسيرية أنها أخذت أحكام الاستحقاق مدة الحياة من مذهب الحنفية ، والسقوط بمضى ثلاث وثلاثين سنة من رأى ابن أبي ليلى الذى لا يجيز صحة الوصية بالمنافع .

ولقد جاء فى المذكورة التفسيرية فى هذا الموضوع مانصه ، والأحكام بالنسبة لمن استحق فى أثناء المدة مأخوذة من مذهب الحنفية ، إذا كان المستحق موجوداً حين موت الموصى ، ومن مذهب المالكية إذا وجد بعد الموت ، وبالنسبة لمن لم يستحق فى أثناء المدة مأخوذة من مذهب الحنفية ، إذالم يكن موجوداً حين الموت ، ومن مذهب ابن أبي ليلى الذى لا يجيز الوصية بالمنافع إذا كان موجوداً فيه . وهذا الكلام فى بعضه نظر ، لأنه فرض احتمال عدم وجود الموصى له المعين وقت موت الموصى ، ثم وجوده بعد ذلك ؛ وذلك الفرض باطل لأنه يتناقض مع أحكام القانون ، إذ أنه يشترط لصحة الوصية إذا كان الموصى له معيناً أن يكون موجوداً وقت الوصية ، وأن يستمر موجوداً إلى ما بعد الموت ، ففرض عدم وجود الموصى له بالمنفعة المعين فرض باطل لا يلتفت إليه إلا إذا أريد ما يشمل المعرف بالوصف ، فإن الفرض يستقيم .

١٢٢ — هذه هى الحال الثانية ، ولننتقل إلى بيان الحال الثالثة ، وهى الوصية بالمنافع المؤبدة أو المطلقة عن المدة إذا كانت لقوم غير محصورين^(١)

(١) أحكام الوصية بالمنافع غير المؤقتة للموصى لهم المحصورين وغير المحصورين بينتها المادة ٥٢ ونصها : « إذا كانت الوصية بالمنفعة لقوم غير محصورين لا يظن انقطاعهم ، أو لجهة من جهات البر وكانت مؤبدة أو مطلقة استحق الموصى لهم المنفعة على وجه التأيد فاذا كانت الوصية مؤبدة =

فإن كانوا لا يظن انقطاعهم ، أو لجهة لا يظن انقطاعها ، فالمنافع في هذه الحال تكون الوصية بها على التأييد ولا تنتهي ، فإذا أوصى بغلات عين للفقراء أو بها على مسجد ، أو مدرسة ، أو مستشفى ، كانت الغلات لهذه الجهات على التأييد ، وصار التصرف من بعد الوفاة وقفاً جاء في شكل وصية ، وتكون العين وقفاً من كل الوجوه بعد الوفاة .

وإن كان غير المحصورين يظن انقطاعهم كبنى فلان استحق الموصى لهم المنفعة إلى اقراضهم ، إن لم تكن له مدة معلومة ، أو يمكن أن تعلم ، وإن امتدت مئات السنين . وعندى أنها في هذه الحال تكون العين موقوفة ، وإن كان وقفاً منقطعاً في النهاية ، وإن ذلك جاء بمقتضى قانون الوقف ، فإن الوقف المنقطع يعود إلى الواقف أو ورثة الواقف ، وكذلك هنا تعد الوصية بالمنافع وقفاً ، حتى إذا انقرضوا بعد ذلك انتهى الوقف وتعود العين بعدها إلى ورثة الموصى ، ولا تتغير الأحكام بهذه التسمية .

١٢٣ — ولقد ذكرت المذكرة التفسيرية أنها أخذت أحكام الوصية بالمنفعة المطلقة أو المؤبدة إذا كان الموصى له لا يظن انقطاعه من المذهب الحنفي ، وإذا كان يظن انقطاعه فأحكامه من المذهب المالكي ، والحقيقة أن أحكام النوعين تنفق مع مذهب مالك ، وما ذكرت أنه من مذهب أبي حنيفة لا تتفق أحكام القانون فيه مع أحكام ذلك المذهب تمام الاتفاق .

وذلك لأن الوصية بالعين لغير المحصورين في المذهب الحنفي لا تجوز إلا إذا كان في اللفظ ما يبيّن عن الحاجة ، ويفرض أنهم لا ينقطعون ، لأن من لا يحصون في الغالب لا ينقطعون ، وإذا كانت الوصية بالمنفعة لمن لا يحصون كان لا بد من توافر هذا الشرط أيضاً ، وهو أن تنبئ ألفاظ الوصية عن الحاجة ، وتكون وقفاً ، فلا تكون الرقبة للورثة ، والمنفعة للموصى لهم ، بل تكون الرقبة على حكم ملك الله تعالى ، كما هو الشأن في الوقف ، ويقال عن ذلك الوقف إنه الوقف

== أو مطلقاً لغير محصورين يظن انقطاعهم استحق الموصى لهم المنفعة إلى اقراضهم ، وتجب مراعاة أحكام المادتين السابقتين إذا كانت الوصية بمدة معلومة المبدأ والنهاية ، أو معينة القدر غير معلومة المبدأ والنهاية .

الذى ينشأ بالضرورة، ولذا قال ابن عابدين نقلاً عن فتح القدير وغيره :

« ثبت الوقف بالضرورة، وصورته أن يوصى بغلة هذه الدار للمساكين أبداً، أو لفلان وبعده للمساكين أبداً، فإن الدار تصير وقفاً بالضرورة ». والوجه أنها كقولها إذا مات فقد وقفت دارى على كذا . . وذكر في البحر منها لو قال اشترتوا من غلة دارى هذه كل شهر بعشرة دراهم خبزاً، وفرقوه على المساكين صارت الدار وقفاً، وعزاه في الذخيرة، وبسطه في أنفع الوسائل، وقال لا أعلم في المسألة خلافاً بين الأصحاب، (١) .

وإذا كان ذلك النحو من الوصية وقفاً عند الحنفية اشترط فيه ما يشترط لصحة الوقف عندهم، وهو أن يكون عقاراً الخ، وعلى ذلك لا تصح الوصية بمنافع المنقول لمن لا يحصون، ولو كان بعبارة تنبئ عن الحاجة، ولذلك نص في الدر المختار على أنه لو أوصى بظهر مركبه في سبيل الله بطلت الوصية، لأن وقف المنقول باطل . .

وإن هذا كله يخالف القانون، لأن القانون لم يشترط في الوصية بالمنافع أو بغيرها لمن لا يحصون أن تكون ألفاظ الوصية تنبئ عن الحاجة، ولأن القانون لم يفرق في الوصية بالمنافع بين العقار والمنقول؛ وهذا كله لا يجعلنا نميل إلى اعتبار القانون قد أخذ من مذهب أبي حنيفة .

وإن المسالك المستقيم أن نقول: إن القانون استقى أحكام الوصية بالمنافع لمن لا يحصون، سواء أكان يظن انقطاعهم أم لا يظن من مذهب مالك، فإن مالكا رضى الله عنه يجيز الوصية لمن لا يحصون بالمنافع وغيرها، سواء أكانوا ينقطعون في غالب الظن أم لا ينقطعون من غير تقييد بعقار أو منقول، وسواء أكان ما ينبئ عن الحاجة أم لم يكن، وإن كان الصرف يكون إلى المحتاجين، ولو خرجت الوصية على أنها وقف، واعتبرت كذلك، كانت الأحكام متسقة مع ذلك المذهب الواسع المدى، لأن الوقف يجوز عند المالكية مؤقتاً ومؤبداً، ولا

(١) ابن عابدين ج ٢

يشترط فيه النص على جهة البر : ويكون في العقار والمنقول من غير تخصيص .

١٢٤ — هذا هو حكم الحالة الثالثة من أحوال الموصى لهم بالمنفعة ، أما الحال الرابعة^(١) ، وهي حال الموصى لهم بالمنافع مطلقة أو مؤبدة ، وكان الموصى لهم محصورين ، كأن يقول أوصيت لبني فلان أو ذريته وهم يحصون . فإن الذين يكونون موجودين منهم عند الوصية يأخذونها ، ومن يوجدون بعد ذلك يشاركونهم ، وهكذا ، فإذا كانت الوصية بالمنفعة للطبقة الأولى فقط كانت لهم مدى حياتهم ، حتى ينقضوا ، ويكون اليأس من وجود غيرهم ، فإذا كان ذلك عادت العين إلى التركة ، وقد شرحنا ذلك في الكلام في الموصى له إذا عرفه الموصى بالوصف ، وكان محصوراً ، وذكرنا أن مصدر ذلك الحكم هو مذهب الامام مالك رضي الله عنه .

وإذا كانت الوصية تشمل عدة طبقات تتوارد على الوصية جيلا بعد جيل ، كالوصية بمنافع دار لذرية فلان ، فإن الذرية لا يكون مساهما طبقة واحدة ، بل تشمل الطبقات التي تنتسب إليه ، ففي هذه الحال كان مقتضى الإطلاق أن تكون الوصية بالمنافع للذرية جيلا بعد جيل ، مهما يتكاثروا وينسلوا إلى أن ينقضوا ، وربما لا يكون ذلك ، وهذا ما تدل عليه العبارات في المذهب المالكي ، الذي هو المصدر الفقهي لأحكام القانون الخاصة بالموصى لهم المحصورين ، ولكن القانون لم يجعل في هذه الحال الاستحقاق إلا لطبقتين

(١) بينت أحكام هذه الحال اللادتان ٢٧ ، ٢٩ ، وهذا نصها : إذا كانت الوصية لمن ذكروا في المادة السابقة (من يحصون) بالمنافع وحدها ولم يوجد منهم أحد عند وفاة الموصى كانت لورثة الموصى ، وإن وجد مستحق حين الوفاة أو بعدها كانت المنفعة له ، ولكل من يوجد بعده من المستحقين إلى حين انقراضهم ، فتكون المنفعة لورثة الموصى ، وعند اليأس من وجود غيرهم من الموصى لهم ردت العين لورثة الموصى .

المادة ٢٩ — إذا كانت الوصية بالمنافع لأكثر من طبقتين ، لا تصح إلا للطبقتين الأوليين ، فإذا كانت الوصية مرتبة الطبقات يكون استحقاق الطبقة الثانية عند اليأس من وجود أهل الطبقة الأولى ، أو انقراضهم ، واليأس من وجود غيرهم مع ملاحظة الأحكام الواردة بالمادتين السابقتين ، وإذا انقرضت الطبقتان كانت العين تركة ، إلا إذا كان قد أوصى بها ، أو ببعضها لغيرهم .

اثنين فقط ، وهما الطبقتان الأوليان من ذرية الموصى له ، فإذا لم يكن أحد من هاتين الطبقتين عادت المنافع إلى ورثة الموصى تابعة للرقبة ، إذ الرقبة لم تخرج ملكيتها عنهم ، أو تعود المنفعة لمن نص عليهم بعد الذرية (١) .

وإذا كانت الوصية غير مرتبة الطبقات ، فإن المنفعة توزع على من يوجدون من الطبقتين على عددهم وسهم بالتساوي أو بغيره على حسب النص ، ففي كل عام يعد من الطبقتين من يتوافر فيهم سبب الاستحقاق ، وتوزع الغلات عليهم على حسب نص الموصى بالتساوي ، أو بالتفاضل الذي بينه .

وإن رتب الطبقات ، فإن الغلة تكون لأهل الطبقة الأولى . من وجد ، ومن سيوجد إلى أن تنقرض تماماً ، ويكون اليأس من وجود أحد منها ، بأن يكون أب هذه الطبقة قد مات ، فإن المنفعة تنتقل إلى الطبقة التي تليها لمن وجد منهم ، ومن سيوجد ، إلى أن ينقضوا ، وتعود المنفعة إلى الورثة من بعدهم ، أو لمن نص عليهم بعد الذرية .

وقد قيد الانتفاع بهاتين الطبقتين فقط برأى اجتهادى ، لأنه لوحظ أن الوصية على الذرية ، وقد تتكاثر الذرية ، حتى يكون ما يخص كل واحد قليلاً ، ويجرى التنازع بينهم ، ويأكل النظار الغلات ، ولا يأخذ المستحقون إلا الفتات المتساقط من أيديهم ، فرؤى قصره على طبقتين ، وقد لوحظ ذلك في الوقف ، والوصية بالمنافع التي هي أخت الوقف ، فهما يتشاكلان في الحقيقة والمظهر ، حتى عد هما الفقهاء في كثير من الأحوال نوعاً واحداً ، فلما قيد الوقف على الذرية بطبقتين ، قيدت الوصية بالمنافع للذرية بطبقتين أيضاً .

١٢٥ — هذه هي أحكام الوصية بالمنافع للحضورين ، ويجب التنبيه على ثلاثة أمور :
الأمراة الأولى — ان القانون لم يصرح بمن تصرف له الغلة إذا انقرضت الطبقة

(١) كان هذا ليتفق قانون الوصية مع الوقف ، وقد فسر قانون الوقف معنى الطبقة في المادة الخامسة ، فاعتبر كل من يسمي أو يعين بالتميين طبقة ، فإذا قال أوصيت لأولاد فلان فلان وفلان ، وأولادهم فلان وفلان م من بعده لمن رتبهم اعتبر السمين طبقة ، والثانية من يجيئون بعدهم ، وإن لم يسم رتب ، أو لم يرتب ، فشكل بطن طبقة .

الأولى، ولم يكن يأس من وجود آحاد منها في المستقبل كأن يوصى لذرية شخص ويكون له أولاد ثم يموتون في حياته عن أولاد لهم، فليس تكون الغلة؟ أتصرف إلى الطبقة الثانية. وقد اشترط القانون لاستحقاقها اليأس من وجود أحد من الطبقة الأولى، ولم يكن هذا اليأس بعد، أم إلى الورثة تبعاً للعين، باعتبار أن شرط الاستحقاق للجهة الثانية لم يوجد، ففسير على مقتضى الأصل، وهو تبعية الغلة للعين؟ الظاهر هو ذلك لهذا السبب، وعدم إمكان إعطاء الطبقة الثانية، لعدم توافر سبب الاستحقاق.

الأمر الثاني — أن نصيب من يموت لا يكون لذريته إلا بنص، وهذا مخالف لقانون الوقف، في الوقف على الذرية، إذ نصيب المستحق ينتقل إلى ذريته بمقتضى المادة ٣٢، إذا كان الوقف مرتب الطبقات، ولو لم يشترط الواقف ذلك، ولقد ذكرت لجنة العدل بمجلس الشيوخ أنه إن نص على الطبقة الثالثة تكون الوصية صحيحة، إن كانت بامتلاك العين، وتكون المنفعة للوصي لهم تبعاً للعين، وإن لم يكن نص تعود العين بمنفعتها لورثة الموصى.

الأمر الثالث — أن مسأله نقض القسمة هنا، ليست كالوقف، إذ الطبقة الثانية تستحق بالتساوي دائماً إذا لم ينص على غيره، وإذا كان الموصى قد اشترط أن ذرية من يموت من الطبقة الأولى يكون نصيبه لذريته، فالظاهر أنه تنقض القسمة عند انقراض الطبقة الأولى، لأن القسمة على الطبقة الثانية تكون بالتساوي بمقتضى ما تدل عليه العبارات التي اقتضت الترتيب.

وترى من هذا مخالفة أحكام الوصية للوقف في أمر واحد، قد اتحد فيه الغرض، والموضوع والوضع الفقهي، فإن الوصية في مثل هذه الأحوال كالوقف من كل الوجوه، وقد أقر القانون بهذه الحقيقة، ولذا قيدها بطبقتين كإقيدته، وكان ينبغي أن تنحد الأحكام فيها في هذا الموضوع من كل الوجوه، بسبب ذلك الاتحاد، إذ حينما اتحد المقصد من التصرف وموضوعه، وجب أن يتحد العلاج والتنظيم بالقانون.

١٢٦ — وإن تقييد الاستحقاق بطبقتين قد اعتمد فيه واضع القانون على

رأى ابن أبي ليلى الذى يمنع الوصية بالمنافع إطلاقاً ، فى إجازة صرف الغلات إلى طبقتين كان المعتمد مذهب مالك ، وفى المنع فيما وراء ذلك كان المعتمد هو رأى المانعين للوصية بالمنافع إطلاقاً ، والدافع إلى ذلك التلقيق هو ما لاحظته واضعوا ذلك القانون من قلة الأُنصبة عند كثرة المستحقين ، وفساد الإدارة ، وخراب الأعيان ، بسبب تلك الكثرة ، وقلة الأُنصبة ، كما أشرنا من قبل .

١٢٧ — هذه أحكام الحال الرابعة من أحوال الموصى لهم بالمنافع ، ولننتقل إلى بيان الحال الخامسة ، وهى حال (١) الموصى لهم إذا كانت الوصية بالمنفعة لمدة معينة ، لقوم محصورين ، ثم من بعدهم لمن لا يظن انقطاعهم كالمساكين ، أو لجهة من جهات البر كمسجد ، ومستشفى ، وفى هذه الحال إن كانوا موجودين وقت وفاة الموصى استحقوا المنفعة المدة المعلومة ، كالمعين (٢) ، فإنه يأخذ المنفعة المدة المعينة ، ثم بعد انتهاء المدة تؤول المنفعة إلى جهة البر ، وإن كانوا غير موجودين وقت الوفاة ، ويظن وجودهم بعدها ، فإن الغلة تكون لجهة بر عامة حتى يوجد من المحصورين من يستحقها فإنه يأخذها ، وتستمر لهم إلى أن تنتهى المدة المعلومة ، فمثلاً إذا قال أوصيت لبنى فلان بغلات عشرين فدائناً من أرضى لمدة خمسين سنة ، ومن بعدهم تكون لمستشفى المواساة ، فإن كانوا موجودين وقت

(١) بينت أحكام هذه الحال المادة ٥٢ ، وهذا نصها : « إذا كانت الوصية بالمنفعة بمدة معينة ، ولقوم محصورين ، ثم من بعدهم لمن لا يظن انقطاعهم ، أو لجهة من جهات البر ، ولم يوجد أحد من المحصورين فى خلال ثلاث وثلاثين سنة من وفاة الموصى ، أو فى خلال المدة المعينة للمنفعة ، أو وجد فى خلال هذه المدة ، وانقضى قبل نهايتها ، كانت المنفعة فى المدة كلها ، أو بعضها على حسب الأحوال لما هو أعم نفعاً من جهات البر » .

(٢) لم يذكر القانون الوصية لمعين ، ومن بعده على جهة البر ، والحكم فى هذه الحال واضح من مجموعة أحكامه ، فإنه يستحق المنفعة فى المدة المعينة ، إن كانت المدة معينة ، ويستحق طول حياته إن لم تسكن معينة ، ومن بعدها لجهة البر . وكذلك لم يصرح القانون بالحكم إذا كانت الوصية غير مؤقتة لمحصورين ، ومن بعدهم على جهة بر ، وفى هذه الحال يأخذ طبقتان ، ومن بعدها تسكون لجهة البر .

بوفاة الموصى استحقوا الغلة ، وتبتدى المدة لهم ، وإن لم يكونوا موجودين ، تبتدى المدة من وقت وجودهم ، وتكون الغلات لجهة بر عميمة النفع ، حتى يوجدوا بمقتضى أحكام المادة ٢٨ ، لأن الوصية لم يبتدى تنفيذها لهم ، وما دامت لم تنفذ فالغلات لجهة بر عميمة النفع ، لأن الوصية فى هذه الحالة وقف كما جاء فى المذكرة التفسيرية .

وقد يحدث أن تستمر الوصية أمداً طويلاً لا تنفذ ، فى هذه الحال قد ذكر القانون مدة معلومة هى ثلاث وثلاثون سنة تكون الغلات بعدها لجهات البر .

وعلى ذلك إذا لم يوجد أحد من أولاد فلان هذا فى مدى ثلاث وثلاثين سنة لا تكون المنفعة فى المدة المعينة لبنى فلان وإن وجدوا من بعد ذلك ، أى أن مرور ثلاث وثلاثين سنة يسقط حقهم ، لأنها أقصى المدة التى تسمع فيها الدعاوى فى الشريعة ، وأقصى المدة التى تسقط بها الحقوق فى القانون المدنى ، ولكن لا تكون المنفعة فى المدة المعلومة أو باقىها لمن بلى هؤلاء المحصورين ، بل تكون لجهات البر التى يعم نفعها ، سواء أكانت هذه الجهة التى نص عليها أم غيرها .

(٢) وإن لم يوجد المستحقون للوصية أصلاً ، وحصل اليأس من وجودهم بأن مات ، الرجل ولم يعقب ، فالغلة بعد اليأس وقبله كالغلة بعده حتى ثلاث وثلاثين سنة تكون لأعم جهات البر نفعاً ، إلى أن تنتهى المدة المعلومة ، فتكون لجهة البر المنصوص عليها .

(٣) وإن وجد المستحقون ، ثم انقرضوا مع اليأس من وجودهم ولم تنته المدة المعلومة ، فى هذه الحال تكون الغلات إلى نهاية المدة لجهات البر الأعم نفعاً ، وبعد انتهاء المدة تكون المنفعة لجهة البر .

١٢٨ — هذه خلاصة ما فهمناه من نصوص المادة ٥٣ والمادة بمجمله ،

وإليك نص المذكرة فى تفسير هذه المادة :

« إن كانت الوصية لمحصورين كأولاد زين مدة معينة ، ومن بعدهم لمن لا يظن انقطاعهم كالفقراء ، أو لجهة من جهات البر ، كانت العين الموصى بمنفعتها وقفاً ، فتخرج العين عن ملك الواقف ، وعلى هذا الأساس إذا لم يوجد أحد من

المحصولين أو وجد بعد ثلاث وثلاثين سنة (١) شمسية من وقت موت الموصى ، أو استحقوا الوصية ، وانقضوا قبل انتهاء مدة المعينة لهم كان الوقف متقطعاً في كل المدة أو باقياً ، وتكون المنفعة حينئذ لما هو أعم نفعاً للعباد ، سواء أكان جهة البر الموصى لها ، أم جهة بر أخرى أعم نفعاً ، لأن المقصود التقرب إلى الله ، والمصلحة في أن تصرف الوصية لما هو أعم نفعاً ، وبعد انتهاء المدة المعينة تكون الوصية للجهة الموصى لها ، :

هذا نص المذكرة التفسيرية ، وتراها لم توضح مبهم المسألة إلا قليلاً ، ولم تفصل ما أجملت ، ومع إبهامها نلاحظ عليها أمرين :

أولهما — أنها ذكرت أن الوصية على هذا النحو تكون وقفاً ، ولا شك في هذا ، وقد قررنا أن كل وصية لمن لا يحصون أو لجهة بر لا يظن انقطاعها أو تنتهي إلى ذلك تكون وقفاً ؛ ولكنها ذكرت أن العين تخرج من ملك الواقف ، وهذا لا يتفق مع أحكام قانون الوقف ولا مع أحكام الوصايا ؛ لأن الوصية لمن يحصون ، ومن لا يحصون مأخوذة من مذهب مالك ، وأكثر أحكام قانون الوقف الجديد مأخوذة من مذهب مالك ، وخصوصاً الوقف المؤقت ، والوقف المنقطع ، ولهذا وجب الأخذ في حكم أعيان الوقف من حيث الملكية بمذهبه ، وهو يقرر أن الوقف لا تخرج فيه العين عن مالها الأصلي ، وخصوصاً أن القانون جعل الوصية لمن لا يحصون في حكم الوقف ، ولم يشترط أن تكون الوصية بمنفعة عقار ، بل أجازها بمنفعة كل ذي منفعة ، فكان ذلك سيراً على مقتضى مذهب مالك ، ولكن واضع المذكرة نهجوا منهج القديم ، وهو مذهب أبي حنيفة وقالوا هذ القول .

ثانيهما — أن المذكرة ذكرت أنه وقف منقطع ، ولم تبين مبدأ الانقطاع أهو من وقت الوفاة ، أم من بعد مضي ثلاث وثلاثين سنة ، وبعد اليأس من

(١) في أصل المذكرة (ثلاثين سنة) ولكن المذكرة كانت موضوعة على أساس مشروع

القانون قبل تعديله ، وقد عدل على أساس ٣٣ سنة .

وجوده مع ملاحظة أنهم إن كانوا موجودين وقت الوفاة ، ثم انقضوا ، وحصل اليأس من وجودهم يكون الانقطاع من ذلك الوقت ، أما إذا لم يوجدوا أصلاً أو لم يوجدوا إلا بعد مضي المدة ، فذلك من مواضع الإبهام ولم تتعرض له بشيء .

١٢٩ — لذين الأمرين وغيرهما لم نعتد على المذكورة في توضيح المادة ، وفتح مغلقها ، بل اعتمدنا على القانون في تفسيرها ، واستضأنا بالمبادئ العامة لهذا القانون ؛ ومصادره الفقهية في المواد الخاصة بالوصية لمن لا يحصون ، فكان عمادنا في التفسير يقوم على ثلاثة أمور :

أولها — كون المواد الخاصة بالوصية لمن يحصون ومن لا يحصون ، والذين سيوجدون من بعد مأخوذة بوجه عام من مذهب الإمام مالك ، وهو يقرر أمرين : (أحدهما) أن ملكية العين في الوصية بالمنافع لا تخرج عن الموصى وورثته ، وأن الوصية إذا لم تنفذ تكون الغلة في الملكية تابعة للعين ، والوصية إذا لم يوجد الموصى لهم المحصون ، ولم تمض مدة ثلاث وثلاثين سنة لم تنفذ ، ولم يوجد حكم قانوني قد صرح به في توزيعها ، فلم يبق إلا أن نرجع إلى الأصل الفقهي لهذا النوع من الوصايا ، فيها وهو مذهب مالك ، فتكون الغلة للورثة لو لم يكن نص ولكن نص على جهة البر الأعم نفعاً فتكون لها بمقتضى نص القانون في المادة ٥٣

ثانيها — أن المادة ٢٧ تجعل الغلة للورثة إلى أن يوجد المستحقون للوصية ولفظها عام ، فتدخل الحال التي أبهت في المادة ٥٣ في عموم المادة ٢٧ ، فيكون لها حكمها إذا لم يوجد نص ، ولكن وجد النص فتكون لجهة البر الأعم نفعاً .

ثالثها — أن الحقوق في القانون المدني تسقط بمضي ثلاث وثلاثين سنة ، أيأ كان نوعها ؛ فجعل تلك المدة أمداً محدوداً في الوصية يومية إلى أن حق الموصى لهم يسقط بمضيها من غير أن يوجدوا ، وهذا هو المعقول . والله العليم بالصواب .

هذا هو مبهم المادة ، وهذا هو تفسيره ، أما الغلات في المدة المعينة بالوصية بعد وجودهم ثم انقراضهم واليأس من وجودهم ، أو عند اليأس العام من وجودهم . فقد صرحت بحكمها المادة إذا لم تكن المدة المحدودة قد انتهت .

تقدير المنفعة^(١)

١٣٠ م — الوصية تنفذ في الثلث من غير حاجة إلى إجازة الورثة ، أما في الزائد على الثلث ، فلا تنفذ إلا بإجازة الورثة ، وهذا تقديره ظاهر في الوصية بحصة معينة من التركة بأعيانها ومنافعها ، أما في الوصية بالمنفعة وحدها ، فتقديره يحتاج إلى بحث واستقصاء ونظر ، وذلك لأن ملكية المنفعة ملكية ناقصة ، فكيف تقدر بالنسبة للرقبة ، وكيف يكون تقديرها بالنسبة للتركة عامة .

ولقد قسم القانون المنافع الموصى بها بالنسبة لتقدير قيمتها إلى ثلاثة أقسام :

القسم الأول — تقدير الحقوق ، وهي من أنواع الوصية بالمنافع كما بينا ، وتقدر بمقدار أثرها في العين التي حملت هذه الحقوق ، فقيمة الحق كحق الشرب مثلا تقدر بالفرق بين قيمة العقار محملا بهذا الحق ، وقيمه غير محمل بهذا الحق ، فإذا كان الفرق عشرين جنيها مثلا ، كان هذا الفرق هو قيمة حق الشرب الموصى به مثلا ، وبذلك تكون نسبته إلى قيمة التركة عامة ، وعند تراحم الوصايا يقدر بهذا القدر عند المحاصة فيها ، وهذا بلا فرق بين أن تكون الوصية مؤقتة بمدة أو مطلقة ، بيد أنها إن كانت مؤقتة بمدة قدرت العين محملة بالحقوق في هذه المدة ، وإن كانت مطلقة قدرت العين محملة بالحق تحميلا مطلقاً عن المدة .

القسم الثاني — الوصية بمنافع عين أو ببعضها مؤبدة أو مطلقة ، أو بمدة حياة الموصى ، أو بمدة معلومة تزيد على عشر سنين ، ففي هذه الحال تقدر الوصية بقيمة

(١) تعرضت لبيان تقدير المنفعة السادتان ٦٢ ، ٦٣ ، وهذا نصها :

مادة ٦٢ — إذا كانت الوصية بكل منافع العين أو بعضها ، وكانت مؤبدة ، أو مطلقة ، أو لمدة حياة الموصى له ، أو لمدة تزيد على عشر سنين قدرت بقية العين الموصى بكل منافعها ، أو ببعضها ، فإن كانت الوصية لمدة لا تزيد على عشر سنين قدرت بقيمة المنفعة الموصى بها في هذه المدة

مادة ٦٣ — إذا كانت الوصية بحق من الحقوق قدرت بالفرق بين قيمة العين محملة بالحق الموصى به ، وقيمتها بدونه .

العين نفسها ، فإذا أوصى بمنفعة عقار مطلقاً أو على التأيد أو لمدة إحدى عشرة سنة تقدر المنفعة بقيمة العين نفسها ، لأن أمل الورثة في الانتفاع بها بأنفسهم احتمال تحققه ليس بقريب ، فكأن الورثة بأنفسهم قد نقص منهم ذلك القدر من الأعيان الذي أوصى بمنفعته ، ويجب أن يتوافق لهم الثلثان من التركة على وجه اليقين ، لأن حق الموصى في الوصايا لا يتجاوز الثلث بيقين ، وبما أن ذلك لا يتم بفرض تنفيذ الوصية بالمنفعة ، إلا إذا تأكدنا أن العين تخرج من الثلث ، كان النظر عند تقدير المنفعة بقيمة العين نفسها ، ليكون للورثة ضمان الثلثين لهم ينتفعون بهما في حياتهما .

القسم الثالث — الوصية بمنافع عين ، أو بعضها مدة عشر سنين ، أو أقل وتقدر الوصية بقيمة المنفعة الموصى بها في هذه المدة ، أي تقدر المنفعة بأجرة المثل للعين في هذه المدة ، وذلك هو الأصل في تقدير المنافع ، وهو التقدير الحقيقي ، وقد عدل عنه إلى غيره في القسم الثاني للسبب الذي بيناه هناك .

١٣١ — هذه هي طرق تقدير الوصية بالمنفعة ، كما جاءت في القانون ، ولنتقل إلى كلام الفقهاء فيها ، لنعرف مأخذ القانون منها .

للفقهاء رأيان في تقدير الوصية بالمنفعة لمدة معلومة :

(الأول) رأى أبي حنيفة وأصحابه ومعهم بعض الفقهاء أن الوصية بالمنفعة تقدر بالعين الموصى بمنفعتها أياً كانت المدة ، فإن كانت العين تخرج من الثلث نفذت ، وإن لم تخرج من الثلث لا تنفذ ، وعللوا ذلك بأن الوصية بالمنافع فيها منع العين عن الوارث مدة ، قلت أو كثرت ، وتقويت للمقصود من الأعيان ، وهو الانتفاع بها ، وكل منع للحق يعتبر الحق الممنوع من الثلث ، كما لو أحل المريض مرض الموت ديناً معجلاً لا ينفذ على الورثة إلا في الثلث ، وإن كان التأجيل لا يتضمن إبطال ملك الدين ، لكن لما كان فيه منع للوارث عن الدين قبل حلول الأجل لم يصح إلا في قدر الثلث ، فكذلك ههنا^(١) ، لا تنفذ إلا في الثلث ، ويقدر الثلث بقيمة الأعيان .

(١) البدائع ج ٧ ص ٣٠٢ .

(الرأى الثانى) رأى الشافعية والحنابلة ومعهم بعض الفقهاء ، وهو أن قيمة الوصية بالمنافع تقدر بقيمة المنافع نفسها فى مدة الوصية ، لأن تقدير قيمة الوصية بقيمة ما يناله الموصى له منها ، فتقدر قيمة المنافع مجردة عن العين ، ولقد بين المغنى طريقة تقويمها فقال :

« متى أريد تقويمها ، فإن كانت الوصية مقيدة بمدة — قوم الموصى بمنفعته مسلوب المنفعة تلك المدة ، ثم تقوم المنفعة فى تلك المدة فينظر كم قيمتها وإن كانت الوصية مطلقة فى الزمان كله ، فقد قيل تقوم الرقبة بمنفعتها ، ويعتبر خروجها من الثلث ، لأن عبداً لا منفعة له ، وشجراً لا ثمرة له لا قيمة له غالباً ، وقيل تقوم الرقبة على الورثة ، والمنفعة على الموصى له ^(١) . »

وترى من هذا أن المنفعة تعتبر قيمتها قولاً واحداً عند الحنابلة ، وإن كان لها مدة معلومة ، فإن كانت مطلقة كان القول الراجع أن تكون قيمتها قيمة العين ، وبذلك أخذ القانون تقريباً ، فهو قد اعتبر قيمة العين إذا كانت الوصية بالمنفعة مدى الحياة أو على التأييد ، أو لمدة تزيد على عشر سنين ، واعتبر قيمة الوصية بقيمة المنفعة ، إذا كانت الوصية بالمنافع مدة معلومة لا تزيد على عشر سنين .

وقد قالت المذكرة التفسيرية إنها أخذت أحكام القانون من مذهب أبى حنيفة فى الحال الأولى ، وأخذته من الشافعى فى الحال الثانية .

وإنه لو اعتبر مذهب أحمد أصلاً له فى كل أحكامه هنا لكان ذلك أحكم ، لأنه يشتمل بأقواله على كل أحكام هذه المواد .

١٣٢ — ويجب التنبيه هنا إلى أن بعض الوصايا بالمنافع مهما تكن مدتها قدر القانون فيها قيمة الوصية بقيمة العين الموصى بمنفعتها ، وهى مقيدة بمدة ، ولو كانت دون عشر سنين ، وهى الوصية بالقرض ، فأخذها جملة من مذهب أبى حنيفة كما بينا ، وحسناً فعل القانون فى ذلك ، لأن تقدير قيمة المنافع فى

(١) المغنى ج ٦ س ٤٧٨ .

هذه الحال يدخل في باب الربا ، والقوائد ، وهو ما أجمع الفقه الإسلامي على رفضه وعدم الأخذ به .

ملكية العين الموصى بمنفعتها

١٣٣ م — إذا كانت الوصية بالمنافع على التأييد . وعلى جهة لا يظن انقطاعها^(١) أو تنتهي في مآلها إلى جهة لا يظن انقطاعها ، فهي بعد الموت وتنفيذها تكون في حكم الوقف ، أو على التعيين وقفاً ، لأنها بعد ذلك تأخذ خواصه وأحكامه ، وعلى ذلك تكون العين الموقوفة ، وتكون ملكيتها كملكية الوقف على مقتضى الأحكام المعمول بها اليوم ، والوقف من حيث إنشاؤه ، ومن حيث جوازه مؤقتاً ومؤبداً ، قد اعتمد في هذه الأحكام على مذهب مالك رضي الله عنه ، وعلى ذلك الأساس نقول إن العين الموقوفة تكون في ملك الواقف ولكن لا يجوز التصرف فيها ، بدليل أنه إذا انتهى الوقف المؤقت آلت إليهم العين بغلاتها ، وأخذوها ميراثاً عنه ، وهذا بحث نظري لا جدوى عملية فيه ، إلا من حيث أنه إذا بطلت الوصية تكون العين للورثة ، أي أن المنافع مع العين تكون لهم إذا لم توجد الجهات التي خصصت لها ، أما إذا حصل انقطاع فله حكم آخر ولقد جعل القانون حكم الانقطاع في الوصية بعد نفاذها وثبوتها ليس كحكم بطلانها ، فجعلها في حال الانقطاع في أولها أو في وسطها ، لجهة البر عامة ، وقد شرحنا ذلك فيما أسلفنا من قول ، فقد بينا أنه إذا كان اليأس من وجود الموصى لهم بالمنفعة المحصورون ، ولم تكن مدة الوصية لهم قد انتهت صرفت الغلة قبل انتهائها لجهات البر التي يعم نفعها ، وكذلك إذا وجدوا ثم انقرضوا وحصل اليأس من وجودهم قبل انتهاء المدة المقررة لهم ، فإنه يصرف لجهة بر عامة حتى تنتهي المدة ، فتصرف الغلات بعدها لجهة البر المنصوص عليها أخيراً التي لا يظن انقطاعها .

(١) أما الجهة التي يظن انقطاعها محصورة أو غير محصورة ، فهي كالوصية بالمنافع لعين تكون العين للورثة ملكاً يجوز التصرف فيه .

وإذا كان ذلك حكم الانقطاع في الأول والوسط ، فكذلك حكم الانقطاع في الآخر بالقياس عليهما ، فإنه إذا انتهت الجهة التي لا يظن انقطاعها ، فإنه في هذه الحال تصرف الغلات إلى جهات بر أعم نفعاً ، لأن الوقف مآله دائماً إلى الفقراء ، وإن لم ينص على ذلك ، وقد قررنا أنها وقف فتأخذ حكمه .

١٣٤ م — وإذا كانت الوصية بالمنفعة لمعين أو محصورين ، فإن ملكية الرقبة تكون للورثة ، وقد يوصى بالمنفعة لشخص أو أشخاص ، وبالرقبة لآخر ، أو آخرين ، فتكون المنافع في هذه الحال لشخص ، والرقبة لشخص آخر ، وثمرة ملكية الرقبة تظهر في أنها تنتقل بالوراثة ، وأنه متى انتهى الأمد المحدود للوصية بالمنافع تنتقل المنفعة تابعة للرقبة — لمالك الرقبة .

وإذا كانت الوصية بالمنفعة لمعين أو محصور تجعل حق المنتفع في المنفعة فقط ، وحق الآخر في الرقبة ، أو الرقبة للورثة ، فقد اقتضى ذلك التوزيع بعض الأحكام قد تصدى القانون لها وذكر أمرين (١) :

أحدهما — أن نفقات العين الموصى بمنفعتها في مدة انتفاع الموصى له بالمنفعة تكون عليه ، سواء أكانت نفقات الحفظ والصيانة أم نفقات البقاء ، وذلك لأنه هو المنتفع ، وهذه النفقات ضرورية لبقاء العين صالحة للانتفاع ، وكذلك الضرائب يجب على المنتفع ، لأنها مفروضة على الانتفاع ، ولذلك تقدر بنسبة ما تغله العين . ولقد جاء في المذكرة التفسيرية ما نصه :

« إذا أوصى لشخص برقبة عين ، والآخر بمنفعتها جازت الوصيتان ، وتكون الضريبة ، وكل ما يلزم لاستيفاء المنفعة على الموصى له بالمنفعة ، وإذا أهمل صاحب المنفعة القيام بما يلزم لبقاء العين صالحة للانتفاع بها ، أو لم يدفع ما عليها من

(١) ذكرت ذلك المادتان ٥٨ ، ٦٠ ، وهذا نصهما :

مادة ٥٨ — إذا كانت الوصية لمعين بالمنفعة ، ولآخر بالرقبة ، فإن ما يفرض على العين من الضرائب ، وما يلزم لاستيفاء منفعتها يكون على الموصى له بالمنفعة .

مادة ٦٠ — يجوز لورثة الموصى بيع نصيبهم في العين الموصى بمنفعتها بغير حاجة إلى اجازة الموصى له .

الضرائب فأنفق صاحب الرقبة فيما تحتاج إليه العين من الإصلاح لبقائها عامرة أو دفع ما عليها من الضرائب كان ما دفعه حقاً في غلة العين يستوفيه منها قبل الموصى له بالمنفعة .

وإذا لم تثمر العين الموصى بمنفعتها، أو لم تغل في سنة من السنين لسبب خارج عن إرادة الموصى له بالمنفعة ، أو كان يزرع الأرض سنة ، ويتركها أخرى لمصلحته في الاستغلال ، فإنه يلزم بما يكون عليها من ضرائب في السنة التي لم تغل فيها .

وهذا كله إنما يجب على المنتفع لأنه مغارم الانتفاع ، والغرم بالغنم ، فإذا كان له غنمها فعليه غرمها ، وهذا مفروض فيما إذا كانت العين تغل فعلاً ، واستغلها ، وكذلك إذا كانت صالحة للاستغلال ولم يستغلها ، أما إذا كانت غير صالحة للاستغلال ، كأن كانت أرضاً بوراً ، فإنها لا غنم فيها ، فنفقات إصلاحها على مالك الرقبة ، سواء أكان هو الموصى له أم الورثة ، وهذا ما جاء في المذكرة التفسيرية : « إذ كانت العين غير صالحة للانتفاع بها ، كأن كانت أرضاً بوراً ، فإن نفقة إصلاحها ، وما يفرض عليها من الضرائب يكون على الموصى له بالرقبة ، وكل هذه الأحكام مأخوذة من مذهب أبي حنيفة . »

ثانيهما — أن مالك الرقبة له حق بيع العين ، لأن ملكيته لها تنتقل بالميراث وليست مؤقتة بحياته ، فيجوز التصرف فيها ، بكل التصرفات السائغة شرعاً ، وقد نص القانون على ذلك الحق للورثة في حال ملكيتهم للرقبة ، وهو يثبت بالقياس للموصى له بالرقبة في الملكية في مدة انتفاع الآخر ، كحق الورثة عند الوصية بالمنفعة في مدة انتفاع المنتفع ، وما ثبت لأحد المثلين يثبت للآخر بالقياس .

وإذا بيعت العين لغير الموصى له بالمنفعة انتقلت إليه العين بجميع حقوقها ، ما عدا حق الموصى له بالمنفعة ، فإن البيع لا يؤثر فيه ، بل يستمر له حقه ، حتى تنتهي مدته أو إلى آخر حياته ، إن كانت الوصية بالمنفعة مدة حياته .

١٣٥ — هذه هي الأحكام التي نظم بها القانون العلاقة بين مالك الرقبة

ملكاً حراً ، ومالك المنفعة في حال اختلاف الملكية فيهما بسبب الوصية لمعين أو محصور ، وقد ذكرت المذكرة التفسيرية في الأمر الأول أنه أخذ من مذهب الحنفية ، وفي الأمر الثاني أنه أخذ من مذهب أبي يوسف ، فلننظر في ذلك ، ليرد القانون إلى أصله .

أما عن الأمر الأول . فهو حقيقة مذهب أبي حنيفة ، وقد ذكر المغني آراء الفقهاء في هذه المسألة فقال :

« ونفقة العبد الموصى بخدمته يحتمل أن تجب على صاحب الرقبة ، وهذا الذي ذكره الشريف أبو جعفر مذهباً لأحمد ، وهو قول ابن ثور ، وظاهر مذهب الشافعي ، لأن النفقة على الرقبة ، فكانت على صاحبها كالعبد المستأجر ، وكما لو لم يكن له منفعة . . . ويحتمل أن تجب على صاحب المنفعة ، وهو قول أصحاب الرأي ، والاصطخري ، وهو أصح إن شاء الله تعالى ، لأنه يملك نفعه ، فكانت النفقة عليه ، ولأن نفعه له ، فكان عليه ضره ، كما مالك لهما جميعاً ، يحققه أن إيجاب النفقة على من لا نفع له ضرر مجرد ، فيصير معنى الوصية أوصيت لك بنفع عبدي ، وأبقيت على ورثتي ضره ، وإن أوصى بنفعه لإنسان ، ولآخر برقبته كان معناه أوصيت لهذا بنفعه ، ولهذا بضره ، والشرع ينفي هذا بقوله : « لا ضرر ولا ضرار » ، ولهذا جعل الخراج بالضمان ، ليكون ضره على من له نفعه ، وفارق المستأجر ، فإن نفعه في الحقيقة للوَجْر ؛ لأنه يأخذ الأجر عوضاً عن منافعه ،^(١) .

وقد تبين من هذا أن فقهاء أهل الرأي هم الذين يرون أن نفقات العين ؛ وضرائبها على المنتفع ، وبين أنه رأى في مذهب أحمد ، وأنه الأصح ، ووجهه أحسن توجيه . أما الأمر الثاني . وهو صحة التصرف بالبيع ونفاذه ، فقد ذكرت المذكرة التفسيرية أنه مذهب أبي يوسف ، وأنه موافق للمذاهب الأخرى .

وكون ذلك الرأي في المذاهب الأخرى — موضع تسليم ، أما كون هذا هو رأي أبي يوسف ، فهو موضع نظر ، وذلك لأن المقرر في المذهب الحنفي (من

(١) المغني ج ٦ ص ٤٧١ .

غير ذكر خلاف فيه) أن بيع العين التي يكون لشخص منفعتها يكون موقوفاً على إجازة مالك المنفعة ، فإن أجازته نفذ ، وإن لم يجزه استمر البيع موقوفاً حتى تنتهي مدة الانتفاع ، فالملك للعين المستأجرة يتوقف نفاذ البيع منه حتى يجيز المستأجر ، أو تنتهي الإجازة ، فكذلك إذا باع مالك الرقبة العين الموصى بمنفعتها لغيره يكون البيع موقوفاً على إجازة الموصى له بها ، بل حق مالك الرقبة أضعف من حق المؤجر ، ولقد جاء في المبسوط ما يفيد هذا ، فقد قال : « ولو أوصى لرجل بغلة أرضه ، ولآخر برقبته ، وهي تخرج من الثلث ، فباعها صاحب الرقبة ، وسلم صاحب الغلة البيع جاز وبطلت وصيته ، ولا حق له في الثمن ، لأن الملك لصاحب الرقبة ، وحق صاحب الغلة في المنفعة ، فأجازته البيع تكون إبطالا لحقه في المنفعة ، ويسلم الثمن لصاحب الرقبة كما لو باع الآخر العين المستأجرة ، ورضى به المستأجر ، (١) .

والذي يذكر فيه العلماء خلاف أبي يوسف رضي الله عنه هو في الحال التي تكون فيها العين الموصى بمنفعتها لا تخرج من ثلث التركة ، أيجوز للورثة أن يبيعوا نصيبهم الخاص في العين ، وهو على الشيعوع ، أم لا يجوز ، ففي رواية لا ينفذ البيع إلا بإجازة الموصى له بالمنفعة باتفاق أئمة المذهب الحنفي ، وفي رواية عن أبي يوسف ينفذ بيع نصيبهم من غير إجازة الموصى له ، وإليك الموضوع كما في المبسوط :

« ولو أوصى بسكنى دار سنة ، ولا مال له غيرها ، فإنه يسكن ثلثها سنة ، ويسكن الورثة الثلثين ؛ لأن الدار لا يمكن قسمتها بالأجزاء . . . وليس للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثي الدار إلا في رواية عن أبي يوسف ، يقول إن ذلك حقه على الخلوص ، فينفذ بيعهم فيه ، لكننا نقول حق الموصى له بالسكنى ثابت في سكنى جميعها ، بدليل أنه لو ظهر للبيت مال آخر تخرج الدار من ثلثه كان هو أحق بسكنى جميعها ، ولو خرب ما في يده من الدار كان له أن يراحم

(١) المبسوط ج ٢٨ ص ٦ .

الورثة فيما في أيديهم ، وفي البيع لإبطال حقه ، فكانوا ممنوعين من ذلك ، (١) .
وهذا النقل يدل على موضع الخلاف بين أبي يوسف في رواية عنه وغيره .
ولا خلاف بينه وبين غيره في توقف نفاذ البيع في الجزء الموصى بمنفعته على
إجازة الموصى له أو انتهاء مدة الانتفاع .
وكون القانون له أصل فقهي أمر مقرر ، وهو في مذهب ابن حنبل وغيره ،
ولمّا وضع النظر هو النقل عن أبي يوسف والله أعلم .

طريقة الانتفاع

١٣٦ م — نظم القانون طريقة الانتفاع للمنتفع ، فبين أيكون الانتفاع
بالاستعمال أم بالاستغلال ، أم بأيهما أراد ، وبين طريقة الاستعمال ، وطريقة
الاستغلال ، وكان في ذلك موسعاً مطلقاً ، ولم يكن مقيداً مانعاً .

فقد كان مذهب أبي حنيفة الذي كان معمولاً به من قبله مقيداً طرائق
الانتفاع غير موسع على المنتفع ، وجاء القانون مبيحاً وموسعاً ، فقد أجاز
للموصى له بالمنفعة الانتفاع بالاستعمال أو الاستغلال (٢) إن كانت العين تصلح
لها من غير أن يتقيد بشرط الموصى ، فإن شرط الاستغلال فقط ، أو الاستعمال
فقط ، فله أن ينتفع بغيره ، ولا يتقيد في الانتفاع ، إلا بشرط واحد ، وهو
ألا ينتفع انتفاعاً يضر بالعين .

وذلك الاطلاق مبني على أن كل شرط لا يتحقق فائدته لا يلتفت إليه ، وقد
يكون في التقيد بشرط الموصى فوات الانتفاع ، فمن أوصى له بسكنى دار ،
وتقيد في الانتفاع بالسكنى ، ولم يسغ له الاستغلال ، إن اضطر إلى الإقامة في

(١) المبسوط ج ٢٧ ص ١٨٢ .

(٢) هذا ما اشتملت عليه المادة ٥٤ ونسبها : « إذا كانت العين الموصى بمنفعتها تحتمل الانتفاع
أو الاستغلال على وجه غير الذي أوصى به جاز للموصى أن ينتفع بها أو يستغلها على الوجه الذي
يراه بشرط عدم الاضرار بالعين الموصى بمنفعتها » .

بلد بعيد عن البلد الذي به الدار يفوته الانتفاع بالوصية ، فلا يكون في التقيد
أى فائدة . وفيه ضرر مؤكد .

وإن القانون قد اعتمد في ذلك التوسع على مذهب الشافعي وأحمد ، وهو
في هذا الإطلاق ينهج في الوصية المنهاج الذي نهجه في الوقف ، فالوقوف له
السكنى أو الاستغلال — له الأمران من غير قيد يقيد به باشتراط الواقف ،
فكانت الوصية والوقف في هذا متحدين ، لاتحاد الغاية من الوقف مع الوصية
بالمنافع في الجملة ، وإن كانت حقيقة الوقف مختلفة عن حقيقة الوصية .

١٣٧ — هذا هو المعمول به الآن ، وقد كان المعمول به من قبل ، وهو
مذهب أبي حنيفة أنه إن نص على جواز الانتفاع بالاستغلال ، أو الاستعمال
حيثما أراد فللموصى له الانتفاع بأيهما شاء ، وإن نص على السكنى ، فليس له
الاستغلال قولاً واحداً في المذهب الحنفي ، لأنه ملك الانتفاع بغير بدل ، فلا
يملكه غيره ببدل ، ولأنه يتقيد في الانتفاع بشرط الموصى ، وإن أوصى بشرط
الاستغلال ، فلم يرو عن متقدمي المذهب الحنفي فيه شيء ، وللتأخرين فيه
قولان : (أحدهما) ذكر عن أبي بكر الاسكافي أن له ذلك ، (وثانيهما)
ليس له ذلك ، ووجه الأول ، أنه ملك غيره السكنى ، فأولى أن يملكها هو ،
ووجه الرأي الثاني أن الوصية بالاستغلال وصية بالأجرة ، وهي دراهم ودنانير ،
والوصية بالاستعمال ، وصية بالاستعمال المباشر ، وهما غيران متباينان ، فذكر
أحدهما ليس ذكراً للآخر (١) .

وإن أطلق فلم يذكر سكنى ولا استغلالاً ، فهو على الخلاف الذي ذكرناه ،
لأن الإطلاق ينصرف إلى الاستغلال ، وقد ذكرنا الوجهين فيه ، ووجه انصراف
اللفظ عند الإطلاق إلى الاستغلال أن اللفظ المطلق لا يعم ، ولكن ينصرف
إلى الفرد الكامل ، والانتفاع بالاستغلال أكمل من الانتفاع بالاستعمال .

(١) راجع في هذا شرح التبيين وحاشيته ج ٦ ص ١٠٣ .

هذا ويلاحظ أنه إن منع من استعمال إحدى الطريقتين بالنص كان ممنوعاً لأنه متيد بشرط الموصى .

هذا مذهب أبي حنيفة ، ومذهب الشافعى وأحمد رضى الله عنهما فى الوقف والوصية أن المنتفع يملك فى الوقف والوصية بالمنافع المنفعة ، وملك المنفعة يسوغ للمالكها حق الانتفاع بأى الطريقتين شاء : الاستغلال أو الاستعمال ، من غير تقييد بأحدهما ، إلا إذا كان لا يمكن تحقيق المنفعة إلا بالاستعمال فقط كالوصية بمنافع الخانات ، وفى غير هذه الحال يملك الموصى له المنفعة ملكاً كاملاً ، فيملك التعويض عنها إذا كان موصى له بالاستعمال ، ويملك الاستعمال إن كان موصى له بالاستغلال .

ولقد وجدنا القانون أوسع رحاباً من مذهب مالك وأبي حنيفة (١) لأنه أطلق الانتفاع ، ولو نص على أن له السكنى فقط ومنعه من غيرها ولم يعطه لإحق الانتفاع لملك المنفعة ، وذلك لأن القانون ، قد سن مبدأ ، وهو اهمال الشروط التى لا تتحقق مصاحبة فى الأخذ بها ، فلا يحترم إلا ما كان فيه مصلحة ، وقد كان الأصل الفقهى أن الشروط تحترم إلا إذا قام الدليل على أن فيها ضرراً فلا يلتفت إليها ، والفرق بين الأصلين ، يتحقق فى الشرط الذى لا مصلحة فيها ولا ضرر ، فالقانون يمنعه ، لأن التقييد فى ذاته ضرر لا مبرر له .

١٣٨ — وإذا كانت المنفعة الموصى بها تخرج من الثلث ، أو تزيد عليه وأجاز الورثة الزيادة ، وكانت متعلقة بعين واحدة ، فإن الموصى له لا يكون له شريك فيها ، فلا قسمة بينه وبين غيره ، ولا تنظيم للتوزيع ، فإذا كانت غلة أخذها كاملة ، وإن انتفع بطريق الاستعمال استبد به وحده .

وإن كانت المنفعة مشتركة بين الموصى له والورثة ، أو بين عدد من الموصى لهم ، فإن طريق التوزيع الذى يختارونه ينفذ من غير تقييد لهم إلا باتفاقهم عليه ،

(١) ومذهب مالك أن الوصية إن قامت الفرائض فيها على أن الموصى يقصد بها تملك المنفعة ، ملك الأمرين ، وإلا ملك الانتفاع بنفسه فقط .

أو قضاء القاضى بالعدل إن اختلفوا ، فإما أخذوا الغلة ووزعوها بينهم ،
 بنسبة ما يخص كل منهم ، أو بقسمة العين بينهم ؛ إذا لم يكن فيها ضرر لأحد ،
 وكانت تحتل القسمة ، أو بقسمتها قسمة مهايأة مكانية ، بأن ينتفع كل واحد
 منهم بحصة من العين زماناً ، ثم يتبادلوا الحصص عاماً بعد عام ، فيحل كل محل
 الآخر فيما كان ينتفع به ، أو مهايأة زمانية ، بأن يأخذ كل واحد العين كلها
 زماناً ينتفع به ، ويأخذها الآخر زماناً آخر ، وتكون مقادير الأزمنة بنسبة
 حصص كل واحد في الانتفاع (١) .

ولقد ذكرت المذكورة التفسيرية أنه « إذا كانت الوصية بحق لا يمكن قسمته ،
 ولا المهايأة فيه يجتهد القاضى فى مدى استعمال الحق معتمداً على القواعد العامة
 للشريعة ، وما يراه أعدل وأنصف فى الموضوع ، .

وفى الجملة كل ما يتفقون عليه طريقاً للانتفاع ينفذ ، وما لا يتفقون عليه
 ينفذ القاضى ما يطلبه المنتفع ، إن لم يكن فيه ضرر على الورثة ، كأن تكون
 العين عمارة تمكن قسمتها مع بقاء الانتفاع بكل قسم كالانتفاع به قبل القسمة ،
 ولكن يترتب على القسمة ضرر للورثة بما يترتب على القسمة من نفقات بناء
 للفصل بين القسمين ، ونفقات الهدم بعد انتهاء المدة المقررة للانتفاع ، فإذا
 طلب الموصى لهم بالمنفعة القسمة فى هذه الحال لا يجابون إلى ذلك ، ويجابون
 فى كل ما لا ضرر فيه .

ومأخذ هذه المادة هو مذهب الحنابلة والشافعية من إطلاق حق الانتفاع ،
 كما ذكر فى النبذة السابقة ، ومنع القسمة لأجل منع الضرر عن الورثة مأخوذ
 من مذهب مالك ، ومن القاعدة المقررة فى المذهب الحنفى وهى : « الضرر يزال » .

(١) بينت هذه الأحكام المادة ٥٧ — وهذا نصها : « تستوفى المنفعة بقسمة الغلة أو الثمرة
 بين الموصى له وورثة الموصى بنسبة ما يخص كل فريق ، أو زماناً أو مكاناً ، أو بقسمة العين
 إذا كانت تحتل القسمة من غير ضرر » .

انتهاء الوصية بالمنفعة وبطلانها^(١)

١٣٩ م — تنتهى الوصية بالمنفعة إذا انتهت مدتها المعلومة وانقطع الموصى له بها ، أو بموته إذا كانت مدة حياته ، أو مطلقة لمعين ، وإن كانت لمحصولين تنتهى بانقراض الطبقة الثانية على ما هو مبين فيما أسلفنا من قول ، وإذا كانت مؤبدة أو مطلقة لمن لا يظن انقطاعهم ، أو لجهة بر لا يظن انقطاعها ، فإنها تكون وقفاً على جهة التأيد لا ينتهى .

وقد بينا أحكامه إذا انقطعت ، ووقع ما لا يظن ، واستنبطنا من أحكام القانون العامة ، وبالمقايسة على بعض أجزائه أن الوصية تصرف على جهة من جهات البر العامة النفع .

هذا هو حكم انتهاء الوصية بالمنفعة ، وقد تبطل قبل تقررها أو تسقط بعد تقررها ، فتبطل أو تسقط بما يأتى :

أولاً — إذا مضت المدة المعينة قبل وفاة الموصى ، فإنه فى هذه الحال تبطل الوصية ؛ لأن المدة المعلومة إذا مضت تكون كالموصى به المعين إذا هلك تبطل به الوصية ، فتبطل إذا مضت المدة أيضاً ، وقد بينا ذلك من قبل .

ثانياً — إذا مات الموصى له المعين قبل بدء المدة ، وكذلك إذا مات فى أثناءها فى الحال الأولى تبطل الوصية كلها ، لعدم إمكان تحقيق إرادة الموصى ، وفى الثانية تبطل فى بعضها للسبب عينه .

ثالثاً — إذا أسقط الموصى له حقه فى الانتفاع ، سواء أكان ذلك الإسقاط بعوض أم كان بغير عوض ، وإسقاط الحق بغير عوض ثابت ، لأن من ملك شيئاً بغير عوض يملك تملكه كذلك ، والإسقاط قريب من ذلك ، والإسقاط بعوض هو من قبيل المصالحة عليها بعوض ، وأن ذلك جائز بمقتضى أحكام

(١) بينت بعض أحكام ذلك المادة ٥٩ وهذا نصها : « تسقط الوصية بالمنفعة بوفاة الموصى له قبل استيفاء المنفعة الموصى بها كلها أو بعضها ، وبمراء الموصى له العين التى أوصى له بمنفعتها ، وبإسقاط حقه فيها لورثة الموصى بعوض أو بغير عوض ، وباستحقاق العين » .

القانون العامة ، لأنه إذا جاز تملك المنافع لغير الورثة في نظير مال هو غلة العين ، فيجوز للورثة تعويضه عنها ، وقبول ذلك العوض ، وليس العوض إلا من هذا القبيل فلا يصح أن يمنع .

رابعاً — إذا استحققت العين ، فإنه باستحقاق العين التي أوصى بمنافعها يتبين أن العين لم تكون مملوكة للموصى ، فإن ذلك يكون كاستحقاق العين الموصى بها تبطل به الوصية .

هذه أمور قررها القانون معتمداً على الأصول المذهبية التي اشتقت منها أحكامه التي كانت أساساً لهذه الأمور ، وقد بينا الأصول لتلك الأحكام من المذاهب الفقهية المختلفة .

الوصية بالمرتببات (١)

١٤٠ — الوصية بالمرتببات في أكثر أحوالها تدخل في عموم الوصية بالمنافع وفي بعض الأحوال غير الكثيرة تكون الوصية بالمرتبب ببعض التركة ، فإذا كانت الوصية بالمرتبب من الغلة ، وهذا في أكثر الأحوال فهي من قبيل الوصية بالمنافع ؛ لأنها جزء من غلات بعض الأعيان ، مرتب التوزيع على أوقات الزمان شهراً بعد شهر ، أو سنة بعد سنة ، على حسب نجوم المرتب ، وأزمانه .

وإن كانت الوصية بالمرتبب من رأس مال التركة ، لا من غلة بعضها ، ففي هذه الحال تكون الوصية من قبيل الوصية بالأعيان لا بالمنافع ، وهذا في القليل ، لا في الكثير .

١٤١ — وإذا كانت الوصية بالمرتبب من رأس مال التركة ، فإنها تقيد بالثلث لا تنفذ في أكثر منه (٢) ، ولضمان تنفيذها تحبس عين من أعيان التركة تكفي غلاتها لسداد المرتب في نجومه المختلفة ، إذا كانت المدة المقررة للمرتب طويلة ، وإذا كانت المدة قصيرة حبست عين تضمن بقيمتها المرتب في المدة ، بحيث يستوفي من قيمتها ، إن لم يمكن استيفاؤه من غلاتها ، وقد قدرت المذكرة التفسيرية .

(١) المرتب ، والراتب قدر من المال يعطى في أوقات دورية متساوية في الزمن ، كشمس أو سنة ، وكالوصية برطل من الزيت للمسجد الفلاني لأجل إضاءته كل ليلة ، أو بمائة رغيف لفقراء ملجأ مائة كل يوم ، أو بمائة أردب قمح لبني فلان كل سنة . الخ .
وقد تكون الوصية بالمرتببات لمدة معلومة ، أو مدى الحياة ، أو على التأييد لجهة لا يظن انقطاعها كألفي جنيه للحرمين الشريفين .

وقد يكون المرتب لمعينين ، أو معرفين بالوصف محصورين ، أو لغير محصورين يظن انقطاعهم أو لا يظن ، وفي الجملة هي تأخذ من حيث الموصى به ولهم ما ذكرنا من الأحكام فيهما .

(٢) هذا ما نصت عليه ٦٤ ، ونصها : « تصح الوصية بالمرتببات من رأس المال لمدة معينة ، ويوقف من مال الموصى ما يضمن تنفيذ الوصية على وجه لا يضر بالورثة ، وإذا زاد ما أوقف لضمان تنفيذ الوصية على ثلث التركة ، ولم يجز الورثة الزيادة يوقف منه بقدر الثلث ، وتنفذ الوصية فيه وفي غلته إلى أن يستوفي الموصى له قيمة ثلث التركة حين الوفاة ، أو إلى أن تنتهي المدة أو يموت الموصى له . »

مقدار المدة القصيرة ، بأنها عشر سنين فأقل ، والطويلة ما زادت على ذلك ؛ واستمد هذا من المادة ٦٢ التي بينت تقدير المنافع في المدد المختلفة ، إذ الوصية بالمرتب في الجملة من المنافع ، وهذا نص ما جاء في المذكرة التفسيرية .

« إذا كانت الوصية بمرتب من رأس مال التركة مدة معينة توقف من التركة عين ذات إيراد تنفذ منه الوصية ، ولكن إن كانت المدة قصيرة ، وهي عشر سنين فأقل مادة - ٦٢ - ينبغي أن تكون قيمة العين مساوية للمرتب في المدة الموصى فيها ؛ لتكون ضمناً لاستيفاء المرتب منها ، إذا كان الإيراد لا يكفي . أما في المدة الطويلة ، وهي ما كان أكثر من ذلك فيكفي أن يكون إيراد العين كافياً لتنفيذ الوصية منه ، حسب تقدير الخبراء ؛ ولو كانت قيمتها أقل من المرتب في المدة ؛ لأن وقف عين من التركة قيمتها مساوية للمرتب زمنياً طويلاً يضر بالورثة في بعض الأحوال ، كما إذا كانت غلة العين الموقوفة أضعاف المرتب الموصى به ، أو كان للورثة مصلحة خاصة في هذه العين مع وجود عين أخرى أقل قيمة ذات إيراد يسع المرتب ، وهكذا . . . » .

ثم الأمر في ضمان الأداء مرجعه إلى رأى أهل الخبرة بشئون الأموال ، وطرق استغلالها ، وأنواع استغلالها المختلفة ، سواء أكان الأداء بطريق الاستيفاء من الغلات ، أم بطريق الأخذ من قيمة العين ببيعها أو بيع بعضها ، وسداد المرتب من الثمن .

ويجب مع ذلك ملاحظة أمرين ، ليكون تنفيذ القانون سليماً .

(أحدهما) أن تكون الوصية تخرج من الثلث كما ذكرنا ، حتى لا يضار الورثة ، ولأن حقهم في الثلثين يجب أن يخلص لهم ، فإذا زادت على الثلث ، فإن أجاز الورثة الوصية كما هي خصصت العين الكافية ، ولو كان قيمتها أكثر من الثلث وإن لم يجز الورثة الوصية في الجزء الزائد ، حبست عين تساوى الثلث فقط ، ونفذ المرتب كاملاً من غلاتها ومن ثمنها ، فإن استفدت في بعض الوقت المعلوم الثلث ، فقد انتهت الوصية ، إذ نفذت بكاملها ، في دائرة الثلث .

(ثانيتها) أن يكون تقدير قيمة الوصية لتعرف نسبتها إلى التركة بالطريقة التي نص عليها في المادة ٦٢ وهي تقدر الوصية بقيمة العين التي تغل هذه الوظيفة إذا كانت الوصية بالمرتب مدى الحياة أو مطلقة ، أو بمدة تزيد على عشر سنين ، وإذا كانت لمدة لا تزيد على عشر سنين ، فبمقدار هذه الوظيفة في هذه المدة .

وإنما كان التقدير كذلك ؛ لأنها إن كانت بمدة لا تزيد على عشر سنين ، فهي محدودة بمقدار من المال معلوم ، لا يحتاج إلى تقوين مقوم ، أو تقدير خبير ، وإنما الأمر فيها إلى الحساب ، فتقدر بمقدارها ، وهي تنفذ ، ولو من رأس المال من غير تقييد بالغلطات ، ولذلك كانت الوصية بمقدار من المال ، ولا فرق بينهما إلا في التنجيم ، وإمكان التنفيذ من الغلات ، دون تعيين قدر من رأس المال معلوم ، وفي أن عينا تكفي غلاتها لتنفيذ المراتب تخصص له .

أما إذا كانت الوصية بالمرتب من رأس المال مطلقة ، أو مدى الحياة أو مؤبدة ، فإن تنفيذ الوصية على الوجه الكامل يقتضى أيضاً تخصيص عين لتنفيذها ، ولكن عودة العين بالغلطات إلى الورثة أمر غير مقدور بزمن ، ودخوله في الحساب بعيد ، ولذلك قدرت الوصية بالعين التي يمكن استيفاء هذا المراتب من غلاتها ، وكان لذلك شبه بالوصية بالمنافع المطلقة ، وبعد تخصيص عين صارت الوصية كأنها وصية بغلطات هذه العين ، ولا فرق بينهما ، إلا في أن الوصية بالمنافع لا تنفذ إلا من الغلات أو باستيفاء الموصى له المنفعة بنفسه ، أما الوصية بالمرتب من رأس المال ، فليس له من جهة أن يستوفى المنفعة بنفسه ، ومن جهة أخرى له أن يأخذ مرتبه من ثمن العين ، إذا لم توف الغلة ولم يقدم له الورثة ما يكمل مرتبه ، محافظة على العين التي تؤول إليهم إن انتهت مدة الوصية ، وقد استوفى الموصى له كل المراتب .

١٤٢ — والخلاصة أنه بعد تخصيص عين للوصية بالمرتب من رأس المال ينظر في الغلة ، إن كانت تكفي لتنفيذ الوصية ، وكانت مساوية لها ؛ بأن كانت داراً مثلاً ؛ وأجرتها تساوى المراتب ، أو أرضاً زراعية وهي مستأجرة فعلاً بما يساوى المراتب ، استوفى المراتب من الأجرة ، وإن نقصت الأجرة عن المراتب

خير الورثة بين أمرين : (١) إما أن يعطوه المرتب الذى خصص له بسد النقص من مالهم أو غلات سائر التركة ، وتسلم العين ، وتقول إليهم بعد انتهاء المدة .

(٢) وإما أن يستوفى المرتب من ثمن العين التى خصصت لاستيفاء مرتبه ، فإن استنفذ ثمنها كله انتهت الوصية ، وإن أخذ بعضه وانتهت الوصية عاد الباقي إلى الورثة . وإن زادت الغلات على المرتب كانت الزيادة للورثة (إلا إذا كانت الوصية لجهة لا تنقطع أو لا يظن انقطاعها ، فإنه يكون لها كنص المادة ٦٨) لأنه ليس له إلا المرتب ، وهو يأخذه ، والعين ما زالت على ملك الورثة ، وإن تعلق بها حق الموصى له ، فهو بقدر تنفيذ الوصية على أنه لا تتقرر الزيادة للورثة إلا بعد انتهاء مدة الوصية فتوقف الزيادة قبلها لتعوض النقص فى بعض السنين وتكون الزيادة للورثة من غير انتظار إذا كان المرتب لا يصرف إلا من غلة كل سنة (١) .

هذا ويجب التنبيه إلى أمرين :

(أحدهما) أن العين إذا تبين أن غلاتها تزيد على المرتبات ، أو أثبتت التجربة ذلك ، ولم يوجد ما يدل على احتمال عدم وجود هذه الزيادة ، بأن غلت الأسعار ، وارتفعت أجور الأعيان ، أو تبين أن التقدير لم يكن سليماً كما أثبتت التجربة ، فإنه فى هذه الحال ينقص من العين بما يعادل هذه الزيادة المؤكدة ، وخصص القدر الذى يكفى المرتب ، ولا يزيد عليه ، إلا ما يكون باختلاف الأحوال اختلافاً يسيراً .

(ثانيهما) أن الوصية بالمرتب من رأس المال تنتهى بواحد من أمور ثلاثة :

أولها — وفاة الموصى له المعين ، فإنها كالوصية بالمنافع تكون عند الإطلاق مؤقتة بحياة الموصى ، إلا إذا كان قد جعلها من بعده لغيره .

(١) راجع فى هذا المادة ٦٧ ، فقد بينته الفقرة الأولى منها ، ونص المادة : « إذا لم تنف غلة الموقوف من التركة لتنفيذ الوصية بمرتب من رأس المال يبيع منه ما يفي بالمرتب ، وإذا زادت الغلة على المرتب ردت الزيادة إلى ورثة الموصى .

ويوقف ما يزيد من الغلة على المرتب الموصى به فى الغلة حتى تنتهى مدة الانتفاع ، فإذا لم يقل الموقوف من التركة ما يكفى لتنفيذ الوصية فى إحدى السنوات ، استوفى الموصى له ما نقصه من الغلة الزائدة ، فإن كانت الوصية تنص على أن المرتب يستوفى سنة ، فسنة ، أو قامت قرينة على ذلك ردت الزيادة السنوية لورثة الموصى .

ثانيها — انتهاء المدة المعلومة التي يعينها ، وهذه يستوى فيها الموصى له المعين ، وغير المعين ، لأن الوصية بالمراتب والمنافع تنتهي بانتهاء مدتها . سواء أ كانت الوصية لمعين أم كانت لغير معين .

ثالثها — نفاذ العين التي حبست لاستيفاء المرتب من غلاتها ، فإن صاحب الوظيفة له أن يستوفى منها إن لم يعطه الورثة وظيفته كاملة . وهذه أيضاً يستوفى فيها الموصى له المعين ، والمحصور ، وغير المحصور .

١٤٣ — هذا وأحكام الوصية بالمرتب من رأس المال تعتمد على اقوال الفقهاء في المذاهب الأربعة ، وحكمهم بصحتها ، ولكن تنفيذها اعتمد على اجتهاد واضعى القانون ، لتسهيل التنفيذ من غير مضارة بالورثة ، ولا مضارة بالموصى له ، وقد اعتمدوا في اجتهادهم على أحكام مقرررة في القانون كتقدير المنفعة في المادة ٦٢ ، وتنفيذ الوصايا بالمنافع فيها ، والصلة بين الوصية بالمرتب ، من رأس المال ، وبين الوصية بالمنافع .

وكان مرماه في ذلك المسلك الاجتهادى تنفيذ غرض الموصى فى وصيته ، وتنفيذ أحكام الفقهاء ، وضمان وصول الموصى له إلى حقه ، مع إمكان بقاء أعيان التركة كلها سليمة للموصى للورثة .

١٤٤ — وقبل أن نترك الكلام فى الوصية بمرتب من رأس المال نقول إن القانون لم يذ كر عدم صحة الوصية بمرتب من رأس المال مؤيدة أى لجهة لا تنقطع أو لا يظن انقطاعها بل قرر صحتها كما يفهم من عموم المادة ٦٨ التى سنعرض لها قريباً ، وإذا كان قد جعل التنفيذ بتخصيص عين من أعيان التركة تغل المرتب بشرط ألا تزيد على الثلث ، وإلا احتاجت فى الزيادة إلى إجازة الورثة ، فقد كان من الممكن أن يوصى بمرتب من رأس المال على جهة التأييد ، وتنفذ الوصية بذلك التخصيص ، وإن كنا نقول إن الوصية بمرتب من رأس المال نادرة الوقوع ، وهى أندر ، إذا كانت على جهة لا يظن انقطاعها .

وأحكام الوصية بمرتب من رأس المال فى مدة معينة أو لمعين ، أو لقوم

محصورين هي كأحكام الوصية بمرتب من الغلات من كل الوجوه ما عدا جواز بيع العين لتنفيذ الوصية بالمرتب كاملاً في حال الوصية بمرتب منه وعدم جوازها في الوصية بالغلات من التركة كلها ، أو بالوصية بغلات عين معينة منها ، وما عدا أموراً أخرى ستبين في موضعها .

١٤٥ - هذه خلاصة لما اختصت به الوصية بالمرتبات من رأس المال وبقية الأحكام تشارك في أكثرها الوصية بالمرتبات من الغلات .

والوصية بالمرتبات من الغلات تنقسم من حيث التأيد وعدم التأيد إلى قسمين : (أحدهما) وصية بالمرتب مؤبدة ، إذ ليس للموصى له فيها نهاية معلومة ، وهذه تكون إذا كان الموصى له جهة ^(١) لها صفة الدوام ، فإن كانت بغلة عين معينة من التركة كانت العين وقفاً على هذه الجهة تنفذ من غلاتها الوصية بالمرتب ، فيعطى في أوقاته المختلفة ، وتنفذ شروط الوصية وإرادة الموصى مادامت تحقق المصلحة ، وتوزع الغلات في أبوابها المختلفة ، فإذا كانت العين تفيض غلاتها عن هذا المرتب ، فإنه يكون الزائد على الجهة التي يعينها الموصى مصرفاً لذلك ، أو بما تشير إليه القرائن وتدل على إرادته في صرف الزائد ، فإذا لم يتبين مصرف لهذا الزائد ، فإن الظاهر أنه يكون للجهة نفسها ، باعتبارها المصرف لهذا الوقف ، أو لهذه الوصية التي صارت وقفاً ، ولا يصرف شيء إلى الورثة ، لأن العين قد صارت بهذه الوصية وقفاً ، فليس للورثة شيء من غلاتها ، وإن الوقف على مذهب مالك لا يخرج العين فيه عن ملك الوقف ، ولكن الغلات في الوقف المؤبد تكون دائماً للمستحقين ، وكان الظاهر لنا ذلك ، لأن القانون لم ينص ، ولكنه نص على غلات العين التي تخصص إذا لم يعين عيناً في الوصية بالمرتبات لجهة لها صفة

(١) قد بنيت أحكام ذلك القسم المادة ٦٨ ، وهذا نصها : « إذا كانت الوصية بالمرتبات لجهة لها صفة الدوام مطلقاً أو مؤبدة يوقف من مال الموصى ما تضمن غلته تنفيذ الوصية ، ولا يوقف ما يزيد على الثلث إلا بأجازة الورثة ، وإذا أغل الموقوف أكثر من المرتب الموصى به استحقته الجهة الموصى لها ، وإذا نقصت الغلة فليس لها الرجوع على ورثة الموصى » .

الدوام تكون غلاتها ولو زادت عن المرتبات لهذه الجهة ، وليس للورثة شيء .
وهذا التفسير احتمال قريب ، ويصح أن يقال إن تعيين عين للرتب تقضى
ألا يؤخذ من غيرها ، ولكن لا يمنع أن يؤخذ الزائد منها ؛ والأول أقرب
في نظرنا .

وإذا كانت الوصية بالمرتبات ليس فيها تعيين عين للجهة التي لها صفة الدوام ،
وكانت مطلقة أو على جهة التأييد ، فإنه تخصص عين من أعيان التركة تكفي غلاتها
لأخذ هذا الرتب منها وتخصيصها يكون بتقدير أهل الخبرة تقديراً صحيحاً لغلات
هذه العين ، وبعد ذلك التخصيص تكون تلك العين وفقاً على هذه الجهة ،
فإن كانت الغلات مساوية للرتب نفذت ، وإن زادت الغلات عن الرتب ،
كانت الزيادة للجهة ، وإن كانت الغلات في بعض السنين أقل ، أو صارت بعد
مضى أزمان أقل ، فإنهم لا يرجعون على الورثة ، وذلك لأنه بالتخصيص قد
انقطعت العين عن التركة ، ولم تعد للغلة بالورثة صلة ، إذ تصير العين وفقاً على
تلك الجهة وتصير لها غيرها ، في زيادتها ونقصانها .

والعين في كلتا الحالين يجب ألا تزيد على الثلث ، وإلا احتاجت الزيادة
لأجازة الورثة .

وقد صرحت المذكورة التفسيرية بأن الوصية بالمرتب على جهة التأييد تكون
في رأس المال كما تكون في الغلات ، وأن الأولى تعتمد على رأى مروى عن
أبي يوسف في الوصية بالمرتب للجهات ، والثانية مأخوذة من المذهب الحنفي بأجمال .
وقد قلنا إن الوصية بالمرتبات في أغلب أحوالها تكون في الغلات ، ومن
النادر أن تكون على التأييد برأس المال ، بل لا تكاد تقع به .

١٤٦ — والقسم الثاني من الوصية بالمرتب من الغلات ، وهي التي لا تكون
مؤبدة لا نهاية لها ، بل تكون لها نهاية ، بأن تكون لها مدة معلومة ، ولو كانت
لجهة لها صفة الدوام كمسجد مثلاً ، أو تكون مطلقة ، أو مقترنة بوصف التأييد ،
ولكن لمعين ، أو محصورين ، فإنها تكون لها نهاية هي حياة المعين وانتهاء

الطبقة الثانية من المحصورين ، ويختلف تقدير قيمة الوصية من حيث نسبتها الى التركة ، بحيث لا تزيد على الثلث ، باختلاف الأحوال السابقة من حيث تعيين المدة ، أو كون الموصى له معيناً ، أو محصوراً .

١٤٧ — وإذا كانت الوصية بمرتب من الغلة بمدة معلومة^(١) من غير نظر الى كون الموصى له محصوراً أو غير محصور ، فإن المسلك الذى سلكه القانون فى تقديرها أن تقدر التركة خالية من المرتب الذى تحمله بمقتضى الوصية ، وتقدر قيمتها ، وقد تعلق بها حق الموصى له بالمرتب المحدود فى الزمن المعلوم ، والفرق بين القيمتين يكون الموصى به . فان كان أكثر من ثلث قيمة التركة غير محملة ولم يحز الورثة الوصية بالزيادة ، نفذت الوصية فى الثلث ، ونقص من المرتب بمقدار ما نقص من الموصى به فى جملة تقديره ، ولقد ضربت المذكرة التفسيرية لذلك مثلاً ، فقالت :

إذا كانت الوصية بمرتب خمسة جنيهاً كل شهر من غلة التركة مدة عشر سنوات ، وقدر الخبز الفارق بين القيمتين بستمائة جنيه ، وكانت قيمة التركة خمسمائة وألف جنيه ، فإن الوصية ترد إلى خمسمائة جنيه ، ويكون المرتب أربعة جنيهاً وسدس جنيه .

ونرى من هذا أن المرتب قد نقص منه بنسبة ما نقص من مجموع الموصى به ، اذ نزل من ستمائة الى خمسمائة ، وقد أشارت المذكرة الى أن تقدير الفرق بين قيمة التركة محملة بالمرتب ، وتقديرها غير محملة يرجع فيه الى أهل الخبرة ، واذا قدر الموصى به ، ونفذت الوصية بالمرتب كله أو ببعضه ، فإنه تخصص عين من التركة تفى غلاتها بالمرتب من غير تقييد العين بكونها تخرج من الثلث ، فاذا

(١) قد بينت أحكام هذا القسم المادة ٦٥ ، ونصها : « إذا كانت الوصية بمرتب من غلة التركة ، أو من غلة عين منها لمدة معينة تقوم التركة أو العين محملة بالمرتب الموصى به ، وغير محملة به ، ويكون الفرق بين القيمتين هو القدر الموصى به . فان خرج من ثلث المال نفذت الوصية ، وإن زاد عليه ، ولم يحز الورثة الزيادة نفذ منها بقدر الثلث ، وكان الزائد من المرتب ، وما يقابله من التركة أو العين لورثة الموصى .

كانت العين التي تفي غلاتها بالمرتب تخرج أولاً تخرج عن الثلث خصصت له ، وقد سلك ذلك المسلك في الوصية بمرتب من رأس المال ، ولكن قيدت هناك العين المخصصة بكونها من ثلث التركة (١) .

وإذا كانت الوصية بمرتب من غلات عين معينة من التركة ، فلاجل تقدير قيمة الموصى به تقدر العين أيضاً محملة بالمرتب وغير محمله ، فالفرق بين القيمتين هو مقدار الموصى به ، فإن كان يخرج من الثلث نفذت الوصية ، وإن كان يزيد على الثلث لم ينفذ من الوصية إلا الثلث من غير إجازة الورثة ، والزائد لا ينفذ إلا بإجازتهم ، وعلى ذلك إذا لم تنفذ الوصية كلها ينقص من المرتب الشهري أو السنوي مثلاً بمقدار ما نقص من مجموعه ، ليكون في دائرة الثلث وينقص من العين بمقدار ما نقص من المرتب ، فإذا كانت قيمة المرتب في مجموع المدة ٥٠٠ جنيه نزلت إلى أربعمائة لأنها الثلث ، فانه ينقص من المرتب الشهري مثلاً خمسة ؛ فإذا كانت عشرة جنيهات كل شهر نزلت إلى ثمانية ، وإذا كانت العين الموصى بالمرتب من غلتها عشرة أفدنة استولى الورثة على اثنين منها ؛ إذ ينقص منها أيضاً خمسها ، وهو فدانان كما ذكرنا .

وفي كل الأحوال إذا تضرر الورثة يخصصون عيناً غير التي ذكرها الموصى وقد نصت على ذلك المذكرة التفسيرية .

١٤٨ — هذه أحكام القانون في تقدير الوصية بمرتب من غلات التركة أو غلات عين معينة لمدة معلومة طال أو قصرت ، وقد شرحناها ، بما تدر عليه العبارات واستعنا في شرحها بالمذكرة التفسيرية التي اقترنت بوضعه .

ولنا بعد ذلك أن نقول إن مسلك القانون في ذلك التقدير غريب عن الفقه ، والمنطق ، وعن هذا القانون نفسه في جملة ما يؤخذ من قواعده التي بنيت مواده

(١) بينت المذكرة التفسيرية أنه يصح أن تزيد العين المخصصة على الثلث فقد قالت مانصه : « وفي الوصية بمرتب من غلة التركة توقف عين تفي غلتها بالمرتب ، ولو كانت قيمتها أكثر من الثلث ؛ لأن حق الموصى له في الغلة فقط ، وقصر العين الموقوفة على قيمة الثلث قد يضر الموصى له فيما إذا كانت لا تغل المرتب » .

على أصولها ، وجملة الأمور التي تدل على شذوذ هذا المسلك ثلاثة :

أولها — أن الوصية بمرتب من غلات عين معينة من التركة هي من قبيل الوصية بالمنافع ، وقد سلك القانون في تقدير الوصية بمنافع عين مسلوكا غير هذا فقرر أن الوصية ان كانت لمدة تزيد على عشر سنين قدرت الوصية بقيمة العين ، فإن كانت تخرج من الثلث نفذت ، وان كانت لا تخرج لا تنفذ في الزائد الا بإجازة الورثة ، فلماذا لم يسلك ذلك المسلك في الوصية بالمرتب من غلتها لمدة أكثر من عشر سنين ، فإن كان المرتب هو كل الغلة قدرت العين كلها مضافة الى التركة ، فإن كانت الثلث أو أقل نفذت . وإلا لا تنفذ ، وان كان المرتب نصف غلة العين قدر نصفها بالنسبة للتركة كلها .

وكذلك اذا كانت الوصية بمنفعة عين عشر سنين فأقل فقد خالف ما ذكر في الوصية بالمنفعة ؛ اذ جعل هناك قيمة الوصية بقيمة المنفعة في هذه المدة ، فلماذا عدل القانون عن ذلك التقدير الذي قرره ، وقد كان أسهل ، اذ تحتسب مقاديره في المدة ، هذا مسلك غريب ومفارقة بين المسائل المتحددة في النوع الواحد في الحكم من غير مبرر ولا مقتض .

ثانيها — أن القانون يوصى بإشارته لا بعبارته بالاستعانة بأهل الخبرة في تقدير قيمة العين محملة بالوصية وغير محملة ، والفرق بينهما هو مقدار الموصى به ، وهذا غريب عن المنطق ؛ لأن الوصية بمرتب معلوم لمدة معلومة يمكن تقديره في ذاته تقديرا معيناً محدوداً ، فإذا كانت الوصية بمرتب شهري خمسة جنيهات لمدة عشر سنوات ، فهي وصية بمقدار معلوم من الغلات هو ستائة جنيه ، فينظر الى مقدارها بالنسبة للتركة ، أما تقدير العين محملة وغير محملة ، ففيه تحميل المسألة من التعمق مالا يحتاج إليه ، وأظننا لو استشرنا أهل الخبرة لأشاروا بأن تقدير مجموع المرتب بضربه في عدد الأشهر للسنة ، ثم في عدد السنين أحكم وأدق ، وأضبط من تقدير القيمتين ، ولا ندري لما إذا ترك ذلك التقدير القريب المعقول المضبوط الى غيره ، وهو غير مضبوط وغريب ، ولا بد أن أهل الخبرة سيسرون على الأول .

ثالثها — أن القانون يقرر في الوصية بمرتب من غلة عين أنه إذا وجد أن الغلة أكثر من المرتب ، ينقص من العين بنسبة ما نقص به المرتب عن الغلة ، وأنه لو لم تغل المرتب لا يؤخذ أكثر مما تغل الجزء ، وأنه لو زادت غلة الجزء الباقي يأخذ الزيادة الورثة^(١) إذا كان يستوفى سنة فسنة أو قامت قرينة تدل على ذلك ، وذلك تفكك في منطق القانون ، إذ جعل الاعتبار الأول للعين ، وقيمة المرتب ، ثم خالفه ، وهذا يؤدي إلى صورة غريبة ، وهي أن تكون قيمة العين تساوى الثلث ، والمرتب المفروض عليها أقل من غلتها ، فينقص من العين بمقدار نسبة زيادة الغلة في مجموعه ، ويخصم المرتب من غلة باقى العين ، فإن أغلته أخذ ، وإن لم تغله لم يرجع على الورثة ، وإن أغلت أكثر أخذت الورثة ، ولنضرب لذلك مثلاً ، أوصى بمرتب شهرى خمسة جنيهات تؤخذ من غلة عشرة أفدنة معينة كل سنة لمدة ثلاثين سنة ، على أن تكون لمستشفى المواصاة ، وله تركة ثلاثون فداناً ، فإن نفذنا منطق القانون ، وكانت غلتها أكثر من المرتب ، ينقص من العين خمسها مثلاً فتصير ثمانية أفدنة ، ثم إن كانت الأرض تغل أكثر من خمسة جنيهات فيكون الزائد للورثة ، وإن كانت تغل أقل لا يؤخذ من الورثة شيء للمستشفى ، وهذا بلا شك ظلم للموصى له ، فلم ينظر إلى العين في ذاتها ، أخرج من الثلث أم لا تخرج ، وبعد تطفيفها مع أنها تخرج عن الثلث لم يجعل للموصى له غرمها وغنمها ، بل له غرمها فقط ، فإن زادت غلتها على الخمسة أخذت الورثة ، وأدى إلى هذا الظلم مسلك القانون في هذه الجزئية الذى لم يعتمد على أصوله ، ولا على الفقه ، ولا على المنطق .

١٤٩ — شرحنا حال الوصية بمرتب إذا كانت بمدة معلومة سواء أ كان الموصى له معيناً أم كان عدداً محصوراً ، أم كان جهة لها صفة الدوام ، وقد بينا ما فى أحكام القانون من مسلك غريب عن مجموعة أحكامه ، وعن الفقه .

والآن نتكلم فى الوصية بمرتب لمعين مدة حياته ، سواء أ كانت بذلك

(١) راجع الفقرة الأخيرة من المادة - ٦٧ .

اللفظ ، أم كانت مطلقة ، أم كانت مؤبدة ، وفسرت بذلك^(١) فإنه تعتبر الوصية في هذه الحال كالوصية بمرتب لمدة معلومة ؛ لأن القانون قد سن الطريق لتقدير حياة الموصى له من بعد وفاة الموصى ، وذلك عن طريق تقدير الأطباء ؛ فما يقدرونه من سنين تقديراً تقريبياً يكون هو المدة المعلومة للوصية بالمرتب له ؛ فإذا قدروا حياته بعد وفاة الموصى بعشر سنين ، فإن الوصية بالمرتب له كأنها وصية بمدة معلومة قدرها عشر سنين .

وإذا علمت مدة الوصية رجعنا في تنفيذها وتقدير قيمتها بالنسبة لمجموع التركة إلى الأحكام السابقة في الوصية بالمرتب ، فإن كان المرتب من رأس المال يخصص من التركة ما ينفذ الوصية ، بشرط ألا يزيد المخصص على الثلث ؛ وإلا احتجنا إلى إجازة الورثة ، وتنفذ الوصية في غلة العين المخصصة ، وإن لم تف الغلة بيع من العين ، إن لم يسد الورثة النقص ، وإن نفذت العين انتهت الوصية .

وإن كانت الوصية بمرتب من الغلات قدرت قيمة الموصى به بعد معرفة مدى الحياة بالطريق الذي شرحناه آنفاً ، وهو تقدير أهل الخبرة للعين محملة بالمرتب ، وغير محملة ، ويكون الفرق هو قيمة الموصى به ، وينفذ بالطريق الذي بيناه وانتقدناه آنفاً .

١٥٠ — وإذا مات الموصى له المعين قبل المدة التي قدرها الأطباء كانت الغلات والعين المخصصة لها للورثة ، أو كانت الوصية لمن بعده إن كان هناك موصى له من بعده ، وذلك لأن تقدير الأطباء تقريبي ، فإذا جاء الواقع خلافه ،

(١) أحكام هذا الجزء قد بيّنه المادة ٦٦ ، ونصها ، « إذا كانت الوصية بمرتب من رأس المال أو الغلة مطلقة أو مؤبدة ، أو مدة حياة الموصى له يقدر الأطباء حياته . ويوقف من مال الموصى ما يضمن تنفيذ الوصية على الوجه المبين في المادة ٦٤ إن كانت الوصية بمرتب من رأس المال . ويوقف ما يغل المرتب الموصى به على الوجه المبين في المادة ٦٥ إن كانت الوصية بمرتب من الغلة . فإذا مات الموصى له قبل المدة التي قدرها الأطباء كان الباقي من الوصية لمن يستحقه من الورثة أو من أوصى له بعده ، وإذا نفذ المال الموقوف لتنفيذ الوصية ، أو عاش الموصى له أكثر من المدة التي قدرها الأطباء . فليس له الرجوع على الورثة .

فإن الواقع ينفذ حكمه ، وإذا عاش الموصى له أكثر من المدة التي قررها الأطباء ،
تنتهي الوصية ؛ لأن الوصية قدرت كذلك ، وتنفذ على أساس هذا التقدير .

١٥١ - ولنا نظر في هذا الموضوع ، وقبل ابدائه نبين الأصل الفقهي
الذي اشتق منه القانون أحكامه في تقدير حياة الموصى له .

قد ذكرت المذكورة التفسيرية أن تقدير الحياة بمعرفة الأطباء أو أهل الخبرة
بذلك منهم مأخوذ مما ورد بمذهب مالك وبما روى عن أبي يوسف .

ولقد قرر هذان الإمامان أن تقدير الحياة يكون بما يتوهم أن يعيشه
في العادة ، ورأى القانون أن يكون بحسب أهل الخبرة الذين يبنى تقديرهم على
أسس عليية ، وإن كانت ظنية مقربة ، لا قطعية معينة .

وإليك نص ما جاء في المبسوط عن هذه الرواية المنسوبة لأبي يوسف :

« ولو أوصى بعشرين درهماً من غلته كل سنة لرجل ، فأغل سنة قليلاً ، وسنة
كثيراً ، فله ثلث الغلة كل سنة ، يحبس وينفق عليه كل سنة من ذلك عشرون درهماً
مأعاش ، هكذا أوجبه الموصى ، وربما لا تحصل الغلة في بعض السنين ، فلهذا
يحبس ثلث الغلة على حقه ، وكذا لو أوصى بأن ينفق عليه منه كل شهر خمسة ، كما
أوجبه الموصى ، وعن أبي يوسف أنه قال يحبس مقدار ما ينفق عليه في مدة
يتوهم أن يعيش إليها في العادة ، فأما ما زاد على ذلك ، فلا يشتغل بحبسه » (١) .

ومن هذا يستفاد أن أبا يوسف يفرض أقصى ما يعيشه مثل هذا الشخص
في العادة ولو بالتوهم ، والعبارة المنقولة تقرر أنه يحتسب المرتب في هذه المدة
التي يتوهم أن يعيش إليها في العادة ، ويعتبر ذلك المقدار هو الموصى به .

ولم يذكر عن مالك رضى الله عنه ، ولا عن الإمام أبي يوسف الحكم إذا
مضت المدة ولم يموت ، ولعله لم يذكر ذلك ؛ لأن فرضه غريب بعيد ، إذ قدروا
المدة على ما يصل إليه الوهم مقيداً بالعادة ، فهو تقدير يعد أقصى تقدير ، ولذلك

(١) المبسوط ج ٢٨ ص ٤ .

لم يفرضوا انتهاء المدة قبل وفاة الموصى له ، لأنها حد أقصى للتقدير .
ولكن ذكر عن ابن القاسم من أصحاب مالك حكم ذلك الفرض ، وهو أنه
إن عاش بعد انتهاء المدة لا يحق له أن يرجع بشيء على الورثة أى تنتهى الوصية
بذلك التقدير .

١٥٢ — ونقدنا لهذا الجزء فى القانون من ناحيتين :

أولاهما — أن القانون يقدر مدة الحياة بتقدير الأطباء ، وهو تقدير ظنى
تقريبى ، فإذا خالفه الواقع خضعنا لحكمه ، وكذلك سار القانون إذا مات قبل
انتهاء ما قرره الأطباء ، فقد خضع لحكم الواقع ، وخالف التقدير ، وكان حقاً
عليه أن يخضع كذلك لحكم الواقع إذا خالف التقدير ، فامتدت حياته إلى ما بعد
المدة التى قررها الأطباء ، فيجعل الوصية بالمرتب جارية عليه إلى نهاية حياته ،
كما تدل على ذلك إرادة الموصى ، فما قرره القانون مخالف للعقول ، فوق
مخالفته لإرادة الموصى .

ولا يبرر القانون اعتماده على رأى ابن القاسم ، فما كان ذلك الرأى صواباً
لا يحتمل الخطأ ، وما يسوغ لواضع قانون أن يجعل أحكام القانون من آراء
غريبة غير متماسكة ، فيجى " خليطاً غير متناسب ، ولا مرتبط بالأحكام .

ثانيتهما — أن القانون خالف الأصل الذى قرره فى الوصية بالمنافع ،
واعتمد على الأصل الذى ذكره ونراه غريباً شاذاً ، وهو تقدير مقدار الوصية
بالفرق بين القيمتين القيمة محملة بالمرتب ، وغير محملة .

وإن الأصل الذى قرره فى الوصية بالمنافع ، وهو تقديرها بقيمة العين
المتعلقة بها ، إن كانت لمدى الحياة ، وهو الأوفق للعمل هنا ، فإن الوصية
بالمرتب من الغلة ليست إلا وصية بالمنافع ، فله حكمها ، كما رأيت فيما نقلناه عن
المبسوط ، وكما هو مذكور فى كتب الفقه .

وإن السند الفقهى الذى اعتمدوا عليه لا يسير معهم ، فإن الرواية التى نقلها
المبسوط عن أبى يوسف وقد ذكرناها — تدل عبارتها على أن تقدير الحياة بأقصى

ما يتوهم لها في العادة ، فيقدر المرتب في هذه المدة بالمقدار ويعتبر كله من الثلث ، ويجبس من الغلات ما يساويه قدرأ ، وذلك غير ما قرره القانون ، فالقانون لا يجمع المرتب في مدى السنين التي قدرت ، ويجبس ويصرف منه ، بل يقدر فقط الحياة أولاً ، ثم يقدر بعد ذلك المرتب بالطريقة الشاذة الغربية ، وكان عليه أن يسلك مسلك المصدر الذي أخذ عنه من كل الوجوه ، لا من بعضها ، فيبدو متقطعاً .

١٥٣ — هذه أحكام الوصية بالمرتب لشخص معين مدى الحياة ، ولنتقل بعد ذلك إلى الوصية بالمرتب لمحصورين^(١) .

ونجد أن هذا النوع من الوصايا قد جعله كالوصية بمرتب لمعين ، ولذلك اشترط وجودهم جميعاً وقت موت الموصى ، وإن كانت الوصية لمحصورين تكون للطبقتين ، ولا تنفذ لأكثر من ذلك^(٢) واشترط وجود كل أحاد الطبقتين وقت وفاة الموصى ، وهذا بخلاف الوصية بالأعيان والمنافع ، فإن الوصية بهما لا يشترط فيها وجود الموصى لهم المعروفون بأوصافهم ، لا وقت الوصية ، ولا وقت وفاة الموصى ، بل الشرط امكان وجودهم ، وهنا اشترط وجودهم وقت وفاة الموصى لصحة الوصية ، وذلك لتكون كالوصية لمعين ، وتقدر أعمارهم بتقدير الأطباء ، ثم يقدر الموصى به من المراتب ، على حسب ما بينا في الوصية بمعين تماماً .

ويلاحظ أن تقدير الأطباء لا يتبع فيه السن فقط ، بل أساسه الصحة العامة ، وسلامة الجسم ، وإذا قدر حياة كل واحد من الموصى لهم المحصورين ، أيعتبر كل واحد كأنه موصى له معين بشخصه ، فيقدر له المرتب ، ويخص مقدار ينتهي بانتهاء حياته أو بانتهاء ما قدر لحياته ، أم تعتبر الوصية للمجموع ؟ ظاهر

(١) ذكرت أحكام الوصية بالمرتب للمعرفين بالوصف المادة ٧٠ ونصها : « لا تصح الوصية بالمراتب من رأس المال أو من الفلة لغير الموجودين من الطبقتين الأوليين من الموصى لهم وقت موت الموصى ويقدر الأطباء حياة الموجودين ، بمراعاة الأحكام المبينة في الوصايا للمعنين » .

(٢) يلاحظ أن الوصية بمرتب من الفلة لمحصورين لا تنفذ لأكثر من طبقتين لأنها وصية بالمنافع وهي لا تنفذ لأكثر من طبقتين ، وقد صرحت بذلك المادة ٧٠ السابقة .

القانون وظاهر عبارات الذين يوصون لمحصولين أنه يعتبر مجموعهم ، وتقدر حياة مجموعهم ، لأنهم جهة الصرف ، إذ يصرف لجهتهم ما بقي منهم واحد أو اثنان على حسب ما تدل عليه العبارة من حيث اشتراط التعدد ، وإذا كانت الوصية لمجموعهم فتقدر مدتها بمدة أطولهم عمراً ، على حسب تقرير الأطباء الذين فوض الأمر إلى تقديرهم تفويضاً مطلقاً .

وتقدير مدة الوصية على أساس أنها للمجموع هو ما ذكرته المذكرة التفسيرية فقد قالت :

« وتقدر مدة الوصية بأطولهم عمراً ، .

وهذا نظر معقول ، وتفسير مقبول ، لأنه هو الذى يتفق مع نص القانون ، ومع كون الموصى لهم من المعرفين بالوصف ، لا المعينين بالشخص .

١٥٤ — هذا وقبل أن ننتهى من بيان الوصية بالمرتببات نذكر نقطتين : (إحداهما) الوصية بالمرتب من الغلة إذا زادت الغلة في بعض السنين ، ونقصت في بعضها . والثانية إذا أراد الورثة أن يعطوا بدل المرتب مقداراً من المال يساويه ويستبدوا بالتركة .

أما النقطة الأولى (١) . فقد ذكر القانون أحكاماً تتلافى مع الوصية بالمرتب من رأس المال في بعضها ، وتختلفان في أكثرها ، فتتلاقيان في أن كليهما — إذا زادت الغلة في سنة عن المرتب الموصى به — لا يأخذ الموصى له الزيادة ، ويختلفان فيما عدا ذلك .

وخلاصة القول في الوصية بالمرتب ان الغلة ، أنه إن لم تف غلة العين المعينة لتنفيذ الوصية من غلتها أو المخصصة لذلك لا يأخذ الموصى له من الورثة الزيادة ، ولا يباع من العين ما يني بالمرتب ، لأن الموصى له في الغلة ، لا في العين بخلاف

(١) قد يثبت ذلك أحكام الفقرة الثانية عن المادة ٦٧ وقد قلناها بالهامش عند الكلام في زيادة

الغلة ونقصها في الوصية بمرتب في رأس المال .

الوصية بالمرتب من رأس المال كما ذكرنا ، فإنها تنفذ من العين إن لم تفه الغلة بالمرتب .

وإن زادت غلات العين عن المرتب الموصى به ، لا يأخذ الموصى له الزيادة ، كما ذكرنا ، ولكن أترد إلى الورثة ، أم تجبس لحسابه ، لتكميل نقص الغلات في بعض السنين القابلة ؟

هذا يختلف باختلاف ما تدل عليه عبارة الموصى ، فإن كانت عبارة تدل على أن المرتب جار له كل سنة لا يتقيد بغلات كل عام ، فإن الزائد يجبس ، ليدس النقص في السنين القابلة ، أو الماضية ، فإن انتهت المدة ، وهناك محبوس من فاضل الغلات كان لورثة الموصى ، لانتها الوصية ، وتنفيذها كاملة .

وإن كانت العبارة تدل على أن صرف المرتب كل عام يؤخذ من غلات هذا العام لا يعدوها ، فإن الزائد من الغلات يصرف للورثة ، وما ينقص لا يرجع فيه بالنقص عليهم ، لأن المرتب في كل عام مقيد بغلة العام ، لا يتجاوزها إلى عام آخر ، فإذا زادت لا تعطى إياه ، لأنها تكون زيادة على المشروط ، ولا تحفظ لسنة أخرى ، لأن ذلك أيضاً مخالف للمشروط ، ولا ينفذ إلا ما اشترط .

وهذه الأحكام مأخوذة من مذهب أبي حنيفة .

١٥٥ — هذا بيان النقطة الأولى ، أما الثانية ، وهي جواز إيداع الورثة مقدار

المرتبات^(١) التي يمكن تقديرها بمدة معلومة بناء على أصل القانون ، وهي المرتبات التي تكون لمدة معلومة ، أو مقدرة بمدة يمكن تقديرها بمدة بشكل عام ، وبعبارة شاملة كل

(١) قد بينت أحكام ذلك المادة ٦٩ من القانون ، وهذا نصها : « في الأحوال المبينة في المواد من ٦٤ إلى ٦٧ يجوز لورثة الموصى الاستيلاء على الموقوف لتنفيذ الوصية بالمرتب ، أو التصرف فيه ، بشرط أن يودعوا في جهة يرضاها الموصى له ، أو يعينها القاضى جميع المرتبات تقداً ، ويخصص للمبلغ المودع لتنفيذ الوصية ، فإذا مات الموصى له قبل نفاذ المبلغ المودع رد الباقي لورثة الموصى .

ويزول كل حق للموصى له في التركة بالإيداع والتخصيص .

الوصايا بالمراتب ما عدا الوصية بمرتب وصية مطلقة أو مؤبدة لجهة لها صفة الدوام ، أى لا يظن انقطاعها — فقد جوز القانون ذلك لغيرها ، وللورثة من بعد الإيداع أن يستبدوا بأعيان التركة من غير أى نزاع يثار بعد ، إذ يزول كل حق للموصى له بالمرتب من التركة بعد إيداع المراتب ، وتخصيصها لاستيفاء المراتب منها في نجومه المتوالية .

فإذا كانت الوصية لمدة معلومة قدرها عشر سنوات مثلاً ، وبمرتب شهري قدره عشرة جنيهات كل شهر فاتفق الورثة مع الموصى له على إيداعها في جهة يرضاها كمصرف من المصارف ، ويأخذ المراتب في نجومه . فإن الورثة يصيرون أحراراً في التصرف في التركة بعد الإيداع ، وإذا لم يتفقوا مع الموصى له على جهة ، فلهم أن يطلبوا من القضاء أن يعين الجهة التي يكون في الإيداع بها ضمان لتسديد المراتب في أزمائه ، وإذا عين القاضى الجهة ، وأودعت المقادير المطلوبة صار الورثة أحراراً في التركة .

وإذا كانت الوصية لمعين وقدرت مدتها بحياته ، أو لمعرفين بالوصف محصورين ، وقدرت بحياتهم ، فإنه تقدر الحياة بتقدير الأطباء لها ، وتعتبر الوصية بعد ذلك التقدير معلومة المدة ، فيقدر المراتب فيها على أساسها .

وإذا مات الموصى له قبل انتهاء المدة المعلومة ، أو المقدرة التي صارت كالمعلومة ، فإن الباقي من الأموال المودعة لتنفيذ الوصية بالمرتب يأخذه الورثة ، لأن الموت ينهى الوصية ، ولو لم تنته مدتها ، إلا إذا أوصى من بعد الموصى له الذي مات لغيره .

ولا يجب على الورثة في كل حال إلا تقديم ما يساوى الثلث .

ولكن كيف تقدر الوصية بالمرتب ، حتى تودع مقاديرها ؟ أيضرب المراتب لكل سنة في عدد السنين ، ويعتبر ذلك مقدار المراتب في جملة السنين ، ويودع في الجهة التي يرتضيها الموصى له ؟ أم تقدر قيمة المراتب بالطريقة التي ذكرها القانون

في الوصية بمرتب من غلة التركة ، بأن تقدر التركة محملة بالمرتب وغير محملة ، والفرق هو قيمة المرتب ، فيقدم ؟

قالت المذكرة التفسيرية : « تقدر الوصية بالمرتب من رأس المال بحساب المرتبات في كل المدة ، على ألا يزيد على الثلث ، وتقدر الوصية بالمرتبات من الغلة بالطريقة المبينة في المادة ٦٥ ، .

أى أن الوصية بمرتب من رأس المال تقدر بضرب المرتب بالسنة في عدد السنين ، والوصية بمرتب من الغلة تقدر بتقدير قيمة التركة محملة وغير محملة . وهذا تفسير ، لا تؤيده عبارة القانون ، لأن عبارته تقول « بشرط أن يودعوا جميع المرتبات نقداً ، وجميع المرتبات يعرف بالجمع والحساب ، ولأن العبارة لم تفرق بين الوصية بمرتب من رأس المال ، ومرتب من الغلة ، فيجب تقدير المرتب بما يشمل الأمرين ، وقد سلمت المذكرة بأن تقدير رأس المال تفيد العبارة أنه بطريق الجمع والحساب ، فيجب في المرتب من الغلة أن يقدر بالجمع والحساب أيضاً ، إذ العبارة تفيد ذلك والله أعلم .

٥ - مقدار الوصية

١٥٦ م - جعل القانون مقدار الوصية التي تنفذ من غير حاجة لإجازة الورثة ثلث التركة عند الوفاة^(١) ، سواء أكانت لوارث أم لغير وارث ، فإن كانت أكثر من الثلث صحت ، ولكن لا تنفذ من غير إجازة الورثة إلا في الثلث ، وأما الزيادة فلا تنفذ فيها إلا إذا أجازها الورثة ، فإن أجازوا جميعاً نفذت في الزيادة على الثلث ، وإن لم يجيزوا جميعاً بطلت في الزيادة ، وإن أجاز بعضهم ، وامتنع بعضهم عن الإجازة ، نفذت الوصية في الزيادة في حق المجيز ، وبطلت الوصية في الزيادة في حق عدم المجيز .

ولأجل معرفة ذلك تقسم التركة تقسيمين أحدهما على فرض الأجازة ، والآخر على فرض عدم الأجازة فمن أجاز أخذ نصيبه على تقسيم الأجازة ، ومن لم يجز أخذ نصيبه على تقسيم عدم الأجازة ، فمثلاً إذا كانت التركة ١٢٠ ف (عشرين ومائة فدان) فأوصى بنصفها لجمعية خيرية ، والورثة بنتاه وابنه فأجازت إحدى البنيتين ، ولم يجز الآخران ، تقسم التركة أولاً على فرض الأجازة ، فتقسم التركة أولاً هكذا : للوصى له النصف ستون فداناً ، والباقي هو ستون للذكر مثل حظ الأنثيين ، فيكون للبنات خمسة عشر وللبن ثلاثون .

وتقسم ثانياً هكذا على فرض عدم الإجازة : للوصى له أربعون فداناً هي الثلث ، والباقي للذكر مثل حظ الأنثيين فيكون لكل بنت عشرون ، وللبن أربعون .

وبما أن إحدى البنيتين أجازت الوصية ، فأتخذ نصيبها بتقسيم الأجازة ، وهو خمسة عشر فداناً ، ويأخذ كل من الباقيين نصيبه على فرض عدم الأجازة ،

(١) مقدار الوصية يبين من المادة ٣٧ ، ونصها : « تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره ، وتنفذ من غير إجازة الورثة ، وتصح بما زاد على الثلث ، ولا تنفذ في الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى ، وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه ، وتنفذ وصية من لادين عليه ، ولا وارث له بكل ماله ، أو بفضله من غير توقف على إجازة » .

وهو عشرون للبنت ، وأربعون للابن ، والباقي للموصى له ، وقدره ٦٥ .

١٥٧ م — والإجازة المعتبرة تكون بعد الوفاة ، ولا عبرة للإجازة قبل الوفاة ، لأن تنفيذ الوصية هو وقت الوفاة ، فالمعتبر هو وقت تنفيذها ، ولأنه قبل وفاة الموصى لا يعرف الورثة على التعيين ، لأنه عسى أن يموت أحدهم قبل الموصى ، وعسى أن يوجد من يحجب بعضهم . وعسى أن يكون من بعضهم ما يقتضى حرمانه ، فالصفة التي كانت سبباً للحق لم تثبت ، ولم تتقرر ، ولأن الإجازة تبرع بحق ، ولا يكون التبرع قبل ثبوت الحق ، وقبل الوفاة لم يثبت الحق المتبرع به ، إذ حق الوارث لا يتقرر ويثبت إلا بعد الوفاة .

والوارث الذي تعتبر إجازته هو الوارث الذي يكون أهلاً للتبرع ، وهو كامل الأهلية ، البالغ العاقل الرشيد الذي لم يحجر عليه لسفه أو غفلة ، وذلك لأن الإجازة كما قلنا تبرع ، والتبرع تصرف ضار ضرراً محضاً لا يجوز من غير الرشيد ، ولا يجوز من وليه ، لأن الولي عليه ولايته للصحة والنظر له ، وليس من النظر له التبرع من ماله ، إذ هو نقص له .

ولا بد أن يكون المجيز عالماً علماً كاملاً بالوصية ليجيزها ، لأن الجهالة تمنع صحة التصرف ، ولأن الموصى به هو محل الأجازة أي محل التصرف ، فيجب أن يكون المجيز عالماً به على وجه خال من كل تغير .

ويجب التنبيه إلى أمرين : (أحدهما) أن الثلث المعتبر هو ما يكون تركته خالصة من كل دين ، لأن سداد الدين أولاً ، وبعد الدين تقدر الوصية بثلك الباقي بعد سداد الدين ، لأن الورثة يجب أن يخلص لهم ثلثا الباقي بعد سداد الديون ، ولا يخلص لهم الثلثان كاملين ، إلا إذا كان تقدير الوصية مضافاً إلى التركة الخالصة من الدين .

(ثانيهما) أن التركة إذا كانت خالية من الدين ، ولا وارث للموصى ، بل سيذهب المال إلى بيت المال ، أي إلى الخزنة العامة — نفذت الوصية كلها ، وذلك لأن بيت المال آخر المستحقين للتركة ، إذ أن الموصى له بأكثر من الثلث مقدم عليه .

١٥٨ — وهناك بحث يثيره الفقهاء ولم يتعرض له القانون بنص صريح ،

وهو نفاذ الوصية في الزائد عن الثلث إن أجازته الوارث ، أيعتبر التملك من الموصى أم يعتبر التملك في هذا الجزء الزائد من الوارث؟ إنه مما لا شك فيه أن إجازة الوارث تبرع من قبله ، ولكن الحنفية مع ذلك قرروا أن التملك من الموصى ، وقد ذكروا عن الشافعي أن التملك من جانب الوارث لا من جانب الموصى ، وكلام الشافعي في هذا يقوم على أصل في مذهبه ، وهو أن الوصية بما زاد على الثلث باطلة في أحد قوليه ، وإذا كانت كذلك ، فإجازة الوارث تملك مبتدأ ، ولذا كان لا بد فيه من القبض ، وقد قوى ذلك المعنى بأن من المتفق عليه أن إجازة الوارث إذا تمت في مرض موته هو ، لم تعتبر إلا في ثلث تركته ، ولو كانت تملكاً من الموصى ما اعتبرت من ثلث مال الوارث المريض مرض الموت ؛ لأن التبرع ليس من ماله ، بل من مال غيره .

أما الحنفية ، فقد قرروا أن الإجازة وإن كانت بالنسبة للوارث تبرعاً لا يعتبر التملك منه ، بل يعتبر التملك من الموصى ، وذلك سير على أصلهم المقرر عندهم الثابت ، وهو أن الوصية بأكثر من الثلث تصح ، ولا تقع باطلة ، بل يتوقف نفاذها على إجازة الورثة ، وذلك لأن الوصية مهما يكن مقدارها تصرف من الموصى في ملكه ، والأصل في تصرف الإنسان في ملكه النفاذ ، لصدور التصرف من أهله مضافاً إلى محله ، وإنما امتنع النفاذ في الزائد على الثلث ، لحق الورثة ، إذ وقت تنفيذ الوصية تعلق حقهم بالثلثين ، فإذا أجازوا ، فقد زال المانع ، وبقي السبب المنشئ للملكية الموصى له قائماً ، وهو وصية الموصى ، فهو إذن يملك ما يملك من زيادة على الثلث ، كما يملك الثلث بالسبب المنشئ وهو التصرف الصادر عن الموصى ، فليست الإجازة إذن منشئة للحق ، حتى يسند التملك إلى الوارث ، بل الإجازة منفذة للحق ، وإنشاؤه كان بالعبارة المنشئة للوصية ، وبعبارة أدق الإجازة كانت إزالة للمانع الذي منع من إعمال السبب ، وهو حق الوارث .

وأما اعتبار الإجازة من الثلث إذا كان الوارث المحيز قد أجاز وهو في مرض الموت ، فلأن الإجازة تبرع ، وإن لم تكن تمليكا مبتدأ ، ولا يلزم من كونها تبرعاً أن يكون التملك من الوارث ، لأن وجه التبرع في الإجازة أنها إسقاط لحق كان يترتب على الاستمساك به امتلاك ، فبإسقاطه زال امتلاك المحيز ، والتبرع الذي يكون على هذا الشكل إذا كان في مرض الموت اعتبر من الثلث (١) .

ولهذا النظر عند الحنفية لم تحتج ملكية الموصى له في الزائد إلى القبض ، لأن الإجازة ليست هبة مبتدأة منشئة للملكية عندهم ، بل الملكية ثابتة بالوصية ذاتها . والقانون سلك مسلك الحنفية في الظاهر ، لأنه لم يعتبر الوصية بأكثر من الثلث باطلة ، بل اعتبرها صحيحة ، وجعل نفاذها فقط هو المتوقف على إجازة الورثة ، وإذا كان قد صرح بذلك ، فقد كان في هذا آخذاً بما أخذ الحنفية ، ولذلك نقول إن الملكية في الجزء الزائد لا يعتبر الوارث قد أنشأها بإجازته ، بل يعتبر المنشئ لها هو الوصية ذاتها ، ويعتبر الامتلاك على جهة الوصية ، لا على جهة الهبة المبتدأة . فلا تحتاج إلى قبض ، ولا تحتاج إلى عقد رسمي ، ولو كانت هبة لاحتاجت إليهما ، إذ الهبة في القانون المدني يلزم فيها القبض اليدوي أو العقد الرسمي ، وقد سلم الامتلاك في الزائد منهما .

١٥٩ — وقبل أن نترك الكلام في مقدار الموصى به ، نشير إلى موضوع قد كثرت الكلام فيه ، ذلك أن القانون قد جاء فيه النص في تقدير الوصية النافذة من غير حاجة إلى إجازة الورثة نصاً شاملاً عاماً ، يعم المصريين جميعاً ، من غير استثناء طائفة منهم ، فيشمل المسلمين وغير المسلمين من المصريين ، ولكن قد اقترن إصداره بنزعتين قد بدت في بعض إخواننا غير المسلمين .

(إحداهما) إجازة الوصية بكل المال مطلقاً ، مهما يكن نوع الورثة ولو كانوا الوالدين والأقربين من الذرية ، (والثانية) إجازة الوصية بكل المال للوالدين والأولاد وحرمان غيرهم من الورثة إذا كانوا من الحواشي ، أو الأصول غير الوالدين .

(١) لحصنا هذا الجزء من البدائع ج ٧ ص ٢٧٠ .

ونريد أن نذكر هل يتسع الفقه الإسلامى لهذا؟ وهل يكون فيه مصلحة؟ إذ عسى أن يعود التفكير فيهما جزءا ، فنقول فى الأمر الأول . إن جمهور الفقهاء المسلمين على أن القدر الذى تنفذ فيه الوصية من غير إجازة الورثة هو ما لم يخرج عن الثلث عند موت الموصى ، بعد تجهيزه وتكفينه ، وسداد ما عليه من ديون لها مطالب من جهة العباد .

ولم يخالف الجمهور فى ذلك إلا بعض آل البيت فيما روى عنهم ، وبعض الخوارج الإباضية ، فالأولون كان منهم من أجاز الوصية بكل المال ، والآخرون منهم من أجاز الوصية بالنصف ، وبعضهم أجاز أكثر من ذلك ، ولكن القولين غريبان شاذان قد أقر بشذوذهما بقية فقهاء الشيعة ، وبقية فقهاء الخوارج الإباضية ، حتى لقد قال الشيعة فى الأول إنه مخالف لإجماع المسلمين ، ولم يذكر بعض الإباضية الثانى فى كتبهم لغرابته .

اذن فليس لإجازة الوصية بأكثر من الثلث من غير إجازة الورثة معتمد من الفقه الإسلامى ، يسوغ الاعتماد عليه ، حتى يمكن أن يكون شرعا عاما لكل المصريين من مسلمين وغير مسلمين .

١٦٠ — وإذا كان الفقه الإسلامى لم يتسع لجعل الوصية بأكثر من الثلث نافذة لكل المصريين ، فهل يتسع لجعل ذلك خاصا بغير المسلمين مطلقا ، أو للوالدين والأولاد من الورثة ، وجواز حرمان الحواشى من التركة؟ لقد جاء فى المذهب المالكى أن غير المسلم إذا كان له وارث من أهل دينه ، فإن وصيته بماله كله أو بعضه تكون صحيحة .

وهذا القول بلاريب يتسع لتنفيذ الوصية من غير المسلمين بأكثر من الثلث مطلقا ، أو إذا كان للوالدين والأولاد ، ولكن إذ جعل لغير المسلمين حكما فى الوراثة يخالف حكم المسلمين فان ذلك لا يعد سائغا مقبولا فى المنهج القانونى المتفق مع المناهج القانونية المعمول بها فى كل البلدان .

إن القوانين في كل البلدان تعم ولا تخص ، فكل الطوائف في أى أمة من الأمم الأوربية تخضع في نظمها المالية لقوانين واحدة ، نعم إن أحكام الزواج والطلاق وما يتصل بهما يرجع فيها إلى الدين ، لأن نظام الزواج خاضع للطقوس الدينية ، ولو ضيق على الطوائف المختلفة فيه لكان تقييداً لحرية الديانة وذلك لا يسوغ ، وقد أقر الإسلام ذلك ، فكان يترك لغير المسلمين الذين تحت سلطان الحكم الإسلامى الحرية المطلقة في كل ما يدينون به . أما التوريث فهو من النظم المالية . ويجب أن يكون موحداً ، وكذلك صار القانون المصرى من أقدم العصور ، فكان نظام الميراث الإسلامى يطبق على كل المصريين ، والوصايا لو أطلقت بكل المال لكان ذلك هدماً لنظام التوريث ، فكان واجباً أن تخضع هى الأخرى لنظام الوصايا فى الإسلام ، وبذلك جاءت النصوص ، وبذلك جاءت أحكام القضاء فى مصر ، لم يشذ فيها حكم بخلاف ذلك .

ولقد كان من نتائج تطبيق الميراث الإسلامى والوصايا على جميع المصريين ، بل على جميع سكان الشرق العربى أن أصبح تقليداً مستقراً فى الأسرة المصرية يحكم بناءها ، ويقوى دعائمها ، فتقليد الأمم الغربية فى إجازتها الوصايا مطلقاً المقدر ، تفكيك لعرا الأسر الشرقية مسلمة وغير مسلمة ، ولو كان تنفيذ الوصايا فى كل المال ذلك مشتقاً من وصايا دينية ، أو مبادئ لاهوتية ، لكان لها احترام فلا نعترض عليها ، ولكن تنفيذ الوصايا مطلقاً لا يعتمد على شئ من ذلك ، فحق لنا أن نطلب الوحدة فى النظم المالية ، ومنها الميراث ، والوصايا ، ولقد سهل القانون طريق المحاباة لبعض الورثة تسهلاً لم يسبق به فى تاريخ مصر والأمم العربية ، وهو إجازة الوصية لو ارث ، وكفى ذلك .

حكم الوصية

١٦٦ م — تطلق كلمة الحكم ثلاثة اطلاقا : (أولها) الحكم التكليفي من حيث الوجوب والندب . والإباحة والتحريم والكراهة ، (وثانيها) الوصف الشرعي من حيث الصحة ، واللزوم وعدم اللزوم ، (وثالثها) الأثر المترتب على التصرف الشرعي .

ولنتكلم في هذه الأمور الثلاثة في الوصية :

١٦٦ م — أما أولها ، وهو الحكم التكليفي للوصية ، فنقول فيه إن الأصل في الوصايا أن تكون مباحة ، ولكن يفوت الشخص في حياته أحيانا بعض الواجبات المالية اللازمة ، فتكون الوصية واجبة ، وقد يتجه بها نحو الخير كالوصية لجهات البر فتكون مستحبة ، وقد يتجه بها نحو الشر ، فتكون حراما وقد يتجه بها إلى طريق مريب ، فتكون مكروهة ، وعلى ذلك اعترفتها الأحكام الخمسة .

فهى مباحة إذا كانت لغنى لا يقصد بها معصية ، ولا يكون في الباعث إليها معصية ، لأن الصرف إلى الأغنياء ليس قربة ، فتحسب الوصية لهم من القربات المستحبة ، وليس في الأمر نهى خولف ، فتكون الوصية مكروهة أو حراما ، فلم تبق إلا أن تكون مباحة .

وهى مكروهة إذا كانت لأهل الفسق إذا لم تقترن الوصية ، بباعث محرم ، لأنها إن اقترنت بباعث محرم كانت حراما ، وإنما كانت هذه الوصية مكروهة مع عدم وجود الباعث المحرم خشية أن يستعين بها الفاسق على فسقه ، وإذا كانت لتدفع فسق الفاسق ، كأن يكون سارقا ، فإذا أوصى انقطع عن السرقة ، فإن الوصية في هذه الحال لا تكون مكروهة ، بل تكون مباحة بل أقرب إلى الاستحباب ، وفي الجملة تنكره إذا غلب على الظن أن الموصى له يصرفها في أبواب الفسق والفجور .

وهى حرام إذا كانت في معصية ، أو الباعث عليها معصية ، وقد أبطالها القانون ، وجرمها الشرع .

وهي واجبة إذا كانت لأداء ما فاته من زكوات وكفارات ، وفدية صيام ، وأداء الديون التي عليه إذالم تكن عليها بينات مثبتة ومستحبة في القربات غير اللازمة .
وتكون مندوبة إذا كانت في القربات الدينية غير الواجبة كالوصية للفقراء والمحتاجين .

وهذه كلها أحكام دينية تكليفية ، الحساب فيها بين العبد وربّه ، قد أخذ القانون ببعضها ، وقد أتى هو بنوع من الوصايا أوجبه وكلف المورث أن يقوم به ، وأوجبه عليه ، فإن لم يتم به نفذ بحكم القانون ، وهو ما يسمى الوصية الواجبة .

الوصية الواجبة في القانون

١٦٣ م — هذا حكم قد جاء به القانون ، ولم يسبق بمثله ، وقد وجدت الداعية إليه ، وذلك أنه في أحوال غير قليلة قد يموت الولد في حياة أبيه أو أمه ولو كان قد عاش إلى موتهما لورث مالا كثيراً ، ولكنه قد مات قبلهما أو قبل أحدهما ، فانفرد بالميراث إخوة المتوفى ، وصار أولاده في فقر مدقع ، واجتمع لهم مع اليتيم وفقد العائل الكافي الخرمان والفقر ، واضطرب ميزان التوزيع في الأسرة ، فصار بعضها في ثروة ترى عليه أثر النعمة مما وصل إليه من ميراث وصار بعضها الآخر في متربة بسبب الخرمان الذي أصابهم بموت أبيهم المبكر وكثيراً ما كانت الأسر المتعاونة تحمل الأب أو الأم على الوصية لأولاد ولدتهم المتوفى .

جاء القانون ، وقرر ذلك المبدأ العادل ، واعتبره وصية واجبة معتمداً على بعض نصوص القرآن الكريم ، وبعض آراء الفقهاء كما سنين ، وسد بذلك النقص ، فجعل من الواجب على الموصى أن يوصى ، فإذا لم يفعل ، أو عاجلته المنية قبل أن ينفذ ما هم به ، كانت تلك الوصية نافذة من غير إنشاء للتصرف بل تنتقل إلى الفروع بحكم القانون ، كما ينتقل الميراث .

١٦٤ م — هذا وليبيان أحكام القانون في هذه الوصية نقول : إن القانون أوجب

على الشخص أن يوصى لفرع ولد المتوفى الذى لا يرث شيئاً ، مهما ينزل الفرع ، مادام لم يتوسط بينه وبين ولده أثنى ، وإذا كان الولد المتوفى فى حياة أبيه ذكراً ثبت ذلك الحق لابنه ، وابن ابنه ... وإذا كان ذلك الولد المتوفى فى حياة أبيه أو أمه أثنى لا يستحق تلك الوصية الواجبة^(١) كل فروعه ، بل يستحقه فقط الطبقة الأولى أى أولاد البنت فقط دون أولادهم ، وعند ما يكون ذلك المتوفى ذكراً ، يأخذ فروعه مهما ينزلوا ما داموا من أولاد الظهور ، مع ملاحظة أن يحجب كل أصل فرعه دون غيره ، فإذا كان هناك ابن مات فى حياة أبيه ، وقد

(١) بينت أحكام الوصية الواجبة المواد ٧٦ ، ٧٧ ، ٧٨ ، وهذا نصها :

المادة ٧٦ — إذا لم يوص للميت لفرع ولده الذى مات فى حياته أو مات معه ، ولو حكماً ، يمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثاً فى تركته لو كان حياً عند موته وجبت للفرع فى التركة وصية بقدر هذا النصيب فى حدود الثلث بشرط أن يكون غير وارث ، وألا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض من طريق تصرف آخر قدر ما يجب له ، وإن كان ما أعطاه أقل منه وجبت له وصية بقدر ما يكمله ، وتكون هذه الوصية لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات ، ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور وإن نزلوا ، على أن يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره ، وأن يقسم نصيب كل أصل على فرعه وإن نزل قسمة الميراث ، كما لو كان أصله أو أصوله الذين يدلى بهم إلى الميت ماتوا بعده ، وكان موتهم مرتباً كترتيب الطبقات .

المادة ٧٧ — إذا أوصى الميت لمن وجبت له الوصية بأكثر من نصيبه كانت الزيادة وصية اختيارية ، وإن أوصى له بأقل من نصيبه ، وجب له ما يكمله ، وإن أوصى لبعض من وجبت لهم الوصية دون البعض الآخر ، وجب لمن لم يوص له قدر نصيبه ، ويؤخذ نصيب من لم يوص له ، ويوفى نصيب من أوصى له بأقل مما وجب من باقى الثلث ، فإن ضاق عن ذلك فتنه ، ومما هو مشغول بالوصية الاختيارية .

المادة ٧٨ — الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا ، فإن لم يوص للميت لمن وجبت لهم الوصية ، وأوصى لغيرهم استحق كل من وجبت له الوصية قدر نصيبه من باقى ثلث التركة إن وفى ، وإلا فتنه ، ومما أوصى به لغيرهم .

ترك ذلك الابن ولدين مات أحدهما أيضاً في حياة جده عن أولاد ، فإن الوصية الواجبة تكون لأولاد الولد المتوفى بقدر نصيبه مع أخيه ونصيب ذلك الابن يؤول إلى أولاده ، فإن كان للوصى مثلاً ابن مات في حياته ، وترك محمداً وعلياً ، ومات على أيضاً عن ذرية في حياة جده ، فإن الوصية الواجبة تكون لمحمد وعلى مناصفة ، وما يخص محمداً يأخذه ، وما يخص علياً يكون لأولاده يقسم قسمة الميراث ، للذكر مثل حظ الأنثيين ، وهكذا يلاحظ أمران :

(أحدهما) أن كل أصل يحجب فرعه دون فرع غيره ، وأن نصيب المتوفى في أى طبقة يأخذه أولاده ، إلا إذا كان الأصل المتوفى ولد بنت فإن فروعه لا يأخذون ، لأن أولاد البنات لا ينال منهم من الوصية الواجبة إلا الطبقة الأولى بعد البنت ، والطبقة الأولى هي ولد البنت المتوفى ، فلا يستحق أولاده ، لأنهم الطبقة الثانية .

(ثانيهما) أن التقسيم بين المستحقين للوصية الواجبة يكون كتقسيم الميراث دائماً للذكر مثل حظ الأنثيين ، لأنها تعويض عما كان يناله أصلهم من الميراث ، قد فوته عليهم الموت السابق على موت المورث الأصلي ، وأساسها ألا يستحق فرع الولد المتوفى ميراثاً قط .

١٦٥م — شروط إيجاب الوصية الواجبة : يشترط لإيجاب الوصية للفروع الذين ذكروا (١) ألا يستحقوا شيئاً قط من الميراث كما نوهنا ، فإن استحقوا ميراثاً ، ولو كان قليلاً ، لا نجب الوصية ، وتكون الوصية لهم من قبيل الوصية الاختيارية تجرى عليها أحكامها كاملة ، وعند ضيق الثلث عن كل الوصايا يتزاحمون مع غيرهم بحكم النسبة .

(٢) ويشترط أيضاً ألا يكون الميت قد أعطاهم بغير عوض عن طريق آخر كطريق الهبة أو الوقف ما يساوى الوصية الواجبة ، وإن كان قد أعطاهم أقل منها وجبت لهم وصية بما يكمل المقدار الواجب في الوصية ، فإذا كان الميت قد أعطى أصحاب الوصية الواجبة بالهبة نصيب أبيهم ، فليست لهم

وصية ، وإذا كان قد أعطاه أقل من نصيب أبيهم كمل لهم بالوصية نصيبه ، إن كان المجموع يدخل في حدود الثلث ، وكذلك الوقف .

وهنا أمر كان يجب أن يحتاط له عند وضع قانون الوصية ، أو قانون الوقف وهو أن يحفظ لأصحاب الوصية الواجبة حقهم فيها عند وقف كل المال ، كما حفظ لفروعه الوارثين حقهم فيه ، وإلا كان للبيت أن يخرج من الوصية الواجبة بوقف المال (١) لكل ورثته ، أو لهم ولغيرهم من غير أن يكون لأصحاب الوصية الواجبة أى قدر منه قل أو كثير ، وبذلك يكون القانون قد هدم بيد ما بناه باليد الأخرى ، فأوجب الوصية فى الوصية ، وفتح الباب للاقتلات من حكمها بالوقف ، والقانونان قد صدرا فى وقت واحد تقريباً .

ومن الإنصاف أن نقرر أن واضعى المشروع قد قدموه لدار النيابة ، وفى قانون الوقف الاحتياط لذلك ، إذ قد نص على ضرورة المحافظة على مقدار الوصية الواجبة بالوقف عند وقف المال كله ، ولكن وجد اقتراح فى دار النيابة بتأخير ذلك إلى قانون الوصية ، ثم جاء قانون الوصية من غير أن يشتمل على النص المقترح ، فعسى أن يتدارك ذلك فى القانون ، وأن يلاحظ القضاء عند التطبيق ذلك الغرض الذى ثبت رسمياً ، وفى عبارات القانونين ما يتسع ذلك ، إذ أصحاب الوصية الواجبة بحكم القانون من الفروع المستحقين ، بإيجاب هذه الوصية يصبح حفظ حقهم فى الثلث وصية .

١٦٦ — هؤلاء هم أصحاب الوصية الواجبة ، والأصل فى وجوبها أن الفرع يموت قبل أن يستحق الميراث ، فتجب الوصية بما يعوضهم ما فاتهم ، أو بعض ما فاتهم ، وإن ذلك يكون إذا كان موت الفرع قبل أصله ولو حكماً ، كابن مفقود حكم بموته ، وأبوه حى ، فإنه يعتبر قد مات قبل أبيه بحكم القضاء بموته كأن يكون قد غاب أربع سنين فأكثر فى مظنة هلاك ، فحكم بموته ، فإن أولاده تكون لهم الوصية الواجبة باعتبار أن أباهم قد مات فى حياة أصله بحكم القضاء ، ولعله لم يمت بالفعل ، والظاهر أنه إذا ظهر حياً ، واستحق الباقي من

(١) هذا على أن الوقف الأهلى كان جائزاً وقد منع بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٥٣

الأملاك التي كان يرثها أن تبطل الوصية ، إن لم تكن باختيار الموصى ، بل كانت بحكم القانون ، وهي الحال التي تنفذ فيها إذا لم تكن وصية ، وذلك لأن الوصية التي تنشأ بحكم القانون من غير أن تكون هناك إرادة للموصى فيها ، لا يمكن أن تكون أقوى من الميراث ، وإن المفقود إذا ظهر حيا ، بطل ميراث من كان يمنعه وجود المفقود من الميراث ، واستحق من المال ما كان موجوداً . فكذا الوصية التي تنشأ وتنفذ بحكم القانون ، لا بعبارة الموصى ، ولأن هذه الوصية مبنية على موت أصلهم الذي يرث الموصى ، فعوضوا عما فاتهم بميراث أصلهم بهذه الوصية ، فإذا استحق أصلهم الميراث ، فقد بطل السبب الذي أوجبها ، ويبطل ما في ضمنه .

أما إذا كان الشخص قد أوصى باختياره لهؤلاء الذين ذكرهم القانون ، فإنا لا نجد مسوغاً لإبطال عبارته ، إلا إذا كان قد قيدها بموت المفقود ، وعدم ظهوره حيا ، فانها تبطل بظهوره ، لأن وجودها مقيد بشرط ، ولم يتحقق ذلك الشرط .

والوصية الواجبة كما تكون إذا مات الفرع قبل أصله ، حقيقة أو حكماً وهو المفقود الذي يحكم القاضي بموته في حياة أحد أبويه ، فيأخذ أولاده ما كان يستحق كذلك تكون الوصية الواجبة إذا ماتا معاً ، بأن كان حريق أو هدم مسكن مثلاً فمات الفرع والأصل فيه ، ولم يعرف من الذي سبقت إليه المنية منهما ، ففي هذه الحال أيضاً تكون الوصية الواجبة ، لأن الفرع لا يرث من الأصل ، إذ من المقرر في قانون الميراث أن الغرقى والهدمى والحرقى ، وغيرهم ممن لا يعلم من سبق إليه الموت ممن اشتركوا في سببه لا يتوارث بعضهم من بعض ، فلا يرث الفرع أصله ، وإذا لم يرث الفرع الأصل وورث غيره كان هذا محل الوصية الواجبة فتكون ، وهنا لا يتصور أن تصدر الوصية عن الأصل ، بل إنها تنفذ بحكم القانون من غير حاجة إلى إنشائها بعبارة الموصى .

هذا ويلاحظ أنه إذا استحق أولاد المفقود الذي حكم بموته الوصية الواجبة ثم ظهر حيا بعد ذلك يرجع عليهم بما أخذوا إذا كان في أيديهم ، ولا يضمنون لما استهلكوا أو تصرفوا فيه .

١٦٧ — وتقدر الوصية الواجبة بمقدار ما كان يستحقه أصله من ميراث
فإذا مات الشخص عن ابن وبنتين وأولاد ابن متوفى في حياة أبيهم ؛ فانهم
يأخذون نصيب أبيهم بالوصية الواجبة ، وهو هنا ثلث التركة ، وإذا كان الشخص
توفى عن ابن ، وبنات ، وأولاد بنت توفيت في حياة أبيها ، فانهم يأخذون
نصيب أمهم يقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين وما يستحقونه في هذه الحال
هو ربع التركة ، وهكذا . . . وغير ذلك من الصور والمسائل .

ولكن يشترط ألا يزيد النصيب على الثلث ، فان زاد على الثلث لم تنفذ
الوصية من غير إرادة الورثة إلا في الثلث . ولم تجب إلا في الثلث ، فإذا مات
الشخص عن بنت وابن ، وأولاد ابن مات في حياة أبيه ، فان الذي كان يستحقه
الابن المتوفى في حياة أبيه هو خمسا التركة ، وهذا أكثر من الثلث ، فلا يأخذ
أولاده إلا الثلث يقسم بينهم قسمة الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين .

والمختلصة أن الوصية الواجبة تقدر بالأقل من القدرين : الميراث الذي
كان يستحقه الفرع الذي توفى في حياة أصله ، والثلث ، فان كان الميراث هو
الأقل قدرت به ، وإن كان الثلث هو الأقل قدرت به .

وإذا أوصى الموصى بأكثر من القدر الذي أوجبه الوصية كانت الزيادة
وصية اختيارية تجرى عليها أحكام الوصايا الاختيارية من كل الوجوه ، لأن
الواجب الذي اختص بالزوم هو القدر الذي حده القانون ، فلا يتجاوز مقداره .

وإذا أوصى بأقل من القدر المحدود على النحو الذي بيناه ، وجبت الوصية
بما يكمله ؛ لأن هذه الوصية لا تحتاج في وجودها إلى ذكر العبارة المنشئة لها .
بل القانون أنشأها وينفذها ، وإن لم تكن عبارة من الموصى تدل على
إنشاء التصرف .

وإذا كان ذلك هو الحكم إذا لم ينشئ المورث الوصية ، فكذلك إذا
أنشأها ناقصة عن القدر المطلوب ، فانها تكمل ، حتى تصل إليه ، لأنه إذا
كان القانون ينشئها كلها ، فأولى أن يكملها إلى قدرها .

وكذلك إذا أوصى لبعض من وجبت له الوصية واغبرهم ، وترك بعضاً ممن تجب له ، فإن القانون يعطى من لم يوص له حقه غير منقوص ، ويؤخذ ذلك من باقى الثلث إن كان يسع ما أوصى به الموصى ، وما يستحق من تركته من الوصية الواجبة بحكم القانون ، فإن لم يسمه كمل نصيب المستحق من الوصية الاختيارية إن كانت ثمة وصايا اختيارية ، وبما عساه يكون من زيادة فى نصيب من خصه بالوصية . وترك غيره .

١٦٨ — والقول الجلى فى هذا المقام أن الوصية الواجبة تنفذ ، وإن لم تصدر عن الموصى صيغة منسثة لها ، وأنه إن صدرت الصيغة ولم تكن على الوجه الذى وضعه القانون أو بغير القدر الذى وضعه القانون تدخل القانون لتكون الوصية بالوضع الذى اختاره ، وبالقدر الذى حده ، فإذا أعطى للأثى مثل الذكر ، كمل للذكر نصيبه الذى يخصه فى نصيب أصله ، وإن أوصى لبعض أولاد الفرع دون الآخر ، جعل القانون المتروك مثل المذكور فى الوصية ملاحظاً قسمة الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين ، وإن أعطى أحدهما أكثر مما يستحق والآخر أقل مما يستحق ، كان الزائد فى الأول وصية اختيارية ، وكمل الثانى حتى يصل إلى المقدار الواجب ، وقد يكون تكميلة من الزائد فى نصيب الأول إن ضاق الثلث عنهما ، ولم تكن وصية اختيارية لغيره ، وإن كانت هناك وصية اختيارية لغيره أخذ منها ومنه ، ويقسم الباقى من الثلث بحصة الزيادة ، والوصية الاختيارية وزيد أن نسوق هنا طريقة حل المسائل التى تشتمل على الوصية الواجبة ، وكيف يستخرج مقدارها ، ويعرف على وجه لاشك فيه .

وإنه لىكى نصل إلى مقدار الوصية الواجبة فى تركة يجب أن نخطو الخطوات الثلاث الآتية :

أولها — يفرض الولد الذى مات حياً ، ويقدر نصيبه ، كما لو كان موجوداً ، فإذا كان الميت قد ترك بنت ابن قد توفى فى حياة أبيه ، وبنتين ، وابناً وأباً وأماً ، فانه فى هذه الحال يفرض الابن الذى توفى فى حياة أبيه حياً ،

ويقدر نصيبه على فرض هذه الحياة، وتخرج الأنصبة على ذلك الأساس ،
 فيكون للأم السدس ، وللأب مثله ، والباقي للأولاد للذكر مثل حظ الأنثيين ،
 ويكون الباقي وهو الثلثان ، بين الابن الحى ، والابن المتوفى الذى فرض
 حياً ، والأنثيين للذكر مثل حظ الأنثيين ، فيكون للابن الذى فرض حياً ثلث
 الثلثين وينظر ، فان كان فى حدود الثلث أخذ ، وإلا أخذ الثلث ، وهو هنا
 دون الثلث .

ثانيتها — يخرج من التركة ثلث ثلثها ، فاذا كانت (٣٦٠ سهماً فى إحدى
 الشركات) فانا نستخرج ثلث ثلثها هكذا : $\frac{1}{3} \times \frac{2}{3} \times 360 = 80$ ففهذا هو
 مقدار الوصية الواجبة ، يخرج من التركة ، ويعطى لمستحقها ، وهو هنا بنت الابن المتوفى .

ثالثها — يقسم باقى التركة ، بين الورثة الحقيقيين على حسب فرائضهم
 الشرعية ، فيعطى الأب سدسه ، والأم مثله ، والباقى للذكر مثل حظ الأنثيين .

وقد جعلنا فى هذا الوصية الواجبة مأخوذة من كل التركة مؤثرة بالنقص
 فى أنصبة كل الورثة ، لا من حصص الأولاد وحدهم لأنها وصية ، والوصايا
 تقدم على توزيع الميراث ، وتؤخذ من كل التركة ، وتقص فرائض كل وارث
 لا بعضهم ، وقدمنا التقسيم الأول فى الخطوة الأولى لاستخراج حصة المتوفى
 لو فرض حياً ، وبعد هذا الاستخراج ، تصير التركة التى توزع على الورثة ،
 هى ما بعد تنفيذ الوصية الواجبة ، كشأن كل الوصايا .

ولنضرب أمثلة موضحه :

(١) توفيت امرأة عن زوج ، وبنت بنت توفيت أمها فى حياة المتوفاة ،
 وأخوين لأم والتركة ٣٠٠ ففتحل هكذا ...

زوج البنت المتوفاة الأخوان لأم

الخطوة الأولى $\frac{1}{3}$ الباقى قرصاً ورداً م

وعلى هذا يكون نصيب البنت أكثر من الثلث فتأخذ البنت المفروضة حياتها
 الثلث ، وهو $\frac{1}{3} \times 300 = 100$ يعطى بنتها وهذه هى الخطوة الثانية ويقسم

باقى التركة وهو ٢٠٠ ف بين الزوج والأخوين لأم ، فيكون له النصف فرضاً ،
ولهما النصف فرضاً ورداً ، وهو الخطوة الثالثة .

(ب) توفيت امرأة عن زوج ، وبنت ابن ، وبنت بنت ماتت فى حياة المورثة
والتركة ٤٥٠ ف .

فالخطوة الأولى هكذا $\frac{1}{4}$ $\frac{1}{4}$ $\frac{1}{4}$ والباقى بعد الفروض يرد
على الورثة غير الزوج :

وبما أن النصيب أكثر من الثلث تكون الوصية هى الثلث فقط ، فتكون
 $\frac{1}{4} \times ٤٥٠ = ١٥٠$ ف ، والباقى وهو ٣٠٠ يقسم بين الورثة على الفريضة الشرعية ،
فيكون للزوج الربع ٧٥ ف فرضاً ، والباقى لبنت الابن فرضاً ورداً .

(ج) توفى شخص عن بنتين ، وبنت ابن توفى فى حياة أبيه ، وأخت شقيقة ،
والتركة ١٨٠ ف .

الخطوة الأولى يفرض الابن حياً ، فيكون له بين الورثة نصف التركة ،
ونصف التركة أكثر من الثلث ، فيكون الثلث $\frac{1}{3} \times ١٨٠ = ٦٠$ ف هو مقدار
الوصية الواجبة ، ويكون الباقى وهو ١٢٠ تركة بين الورثة ، يكون للبنتين الثلثان ،
وللاخت الباقى .

(د) توفى شخص عن زوجة وابن ، وبنتين ، وبنت ابن توفى أبوها
وجدها فى حياة المورث ، وابن بنت ابن كذلك ، تكون الوصية الواجبة لبنت
ابن الابن ، لأن الأخيرة من أولاد البطون ، ولا يستحق من أولاد البطون
إلا الطبقة الأولى ، وهم أولاد البنات .

وللحل نسير الخطوات السابقة ، والأولى هى بجعل الثمن للزوجة ، والتقسيم
على فرض الابن المتوفى حياً ، فيكون الباقى بعد الثمن بين ابنتين ، وبنتين ، فيكون
للمتوفى $\frac{1}{4}$ سبعة الأثمان أى $\frac{1}{4} \times \frac{7}{8} = \frac{7}{32}$ ، فإذا كانت التركة ٩٦ ف فالوصية
الواجبة $\frac{7}{32} \times ٩٦ = ٢٨$ ، والباقى يقسم بين الورثة الشرعيين الموجودين .

(ه) توفي شخص عن بنتين ، وبنت ابن توفي في حياة أبيه ، وبنت ابن ذلك المتوفى في حياة أبيه ، والتركة ٣٦٠ ف في هذه الحال نفرض الإبن المتوفى حيا ، فيأخذ نصف التركة ، وهو أكثر من الثالث ، فيكون الثلث هو مقدار الوصية الواجبة ، وهو ١٢٠ ف ، وتقسيم بين بنت ابن الإبن ، وبنت الإبن بأن تأخذ بنت الإبن نصيب أبيها ، وهو ثلثا الوصية ، وبنت الإبن ثلثها وهو ٤٠ ف . ويكون لبنت ابن الإبن ٨٠ ف ، لأنها نصيب أبيها الذي توفي في حياة المورث وباقي التركة يقسم بين الورثة الشرعيين والله أعلم بالصواب .

١٦٩ — والوصية الواجبة مقدمة على كل الوصايا ، فإذا ضاق الثلث عنها جميعاً نفذت الوصية الواجبة بالقدر الواجب أولاً ، والباقي من الثلث يتزاحم فيه أصحاب الوصايا الاختيارية كل بما يقابل نصيبه ^(١) ؛ فيقسم بينهم بنسبة الأنصبة ، بعد أن تنفذ الوصية الواجبة على الوجه الذي سنه القانون .

وإذا ترك الموصي الوصية الواجبة ، وأوصى لغيرهم نفذت الوصية الواجبة أيضاً أولاً ، لأنها لا تحتاج في تنفيذها إلى عبارته ، وبعد تنفيذها إن بقى من الثلث شيء قسم بين أصحاب الوصايا الاختيارية بنسبة حصصهم ، كما سنين ذلك عند الكلام في تزاحم الوصايا .

وقد سقنا في هذا أمثلة توضح ما اشتملت عليه المواد الخاصة بالوصية الواجبة من قانون الوصية ، وطريق حلها الذي اخترناه .

ويلاحظ أن هذا القانون ، كشأن كل قانون عام في نصوصه لم يبين طريقة استخراج مقادير الوصية الواجبة بالطريق الحسابية ، بل بين القاعدة ؛ والأصول التي تبني عليها المسائل ، وترك للبطلين له طريق الاستخراج بالطرق الحسابية ؛ إذ ليست هذه الطريقة حكماً يجب بيانه ؛ ولكنها حساب يلاحظ في استخراج الأرقام أن تكون مطابقة تمام المطابقة لألفاظ القانون وقواعده ومقاصده .

(١) هذا ما بينته المادة ٧٩ ونصها : « في جميع الأحوال المبينة في المادتين السابقتين يقسم ما يبقى من الوصية الاختيارية بين مستحقيها بالمحاصة مع مراعاة أحكام الوصية الاختيارية » .

والقانون قيد من يستخرج حساب الوصية الواجبة بثلاثة قيود :

أولها — ألا تزيد على الثلث ؛ لأن المقدار الذي خصصه الله سبحانه وتعالى للوصايا عامة هو الثلث ، فلا تتجاوزه الوصية الواجبة .

وثانيها — أن تنفذ على أساس أنها وصية لا ميراث ، والوصايا تنفذ من كل التركة ؛ ومن رأسها ؛ بحيث تنال نصيب كل وارث من الورثة بالنقص ، فلا يختص بالنقص فريق دون فريق ؛ وعلى ذلك لا تنقص الوصية الواجبة من نصيب الأولاد دون غيرهم ، بل تنقص جميع الورثة ؛ لأنها وصية ؛ وإن كانت واجبة بحكم القانون .

ثالثها — أن تكون بمقدار نصيب الولد المتوفى في حياة أحد أبويه ، فلا تتجاوزه ؛ لأن الغرض العام من القانون أن يأخذ الفرع نصيب أصله الذي توفى في حياة أحد أبويه لا أن يأخذ أكثر منه ؛ لأن القانون نص على أنه يأخذ مثل ما كان يأخذ أصله لو كان حيا ؛ فهو يفرض الأصل حيا ، ويعطيه ما كان يأخذه على ذلك الفرض ، وليس من المعقول أن نعطي الفرع أكثر مما كان يأخذ أصله ، وهو ما أخذ إلا عن طريقه وباسمه .

١٧٠ — هذه هي القيود الثلاثة التي أزم القانون شارحه ومطبقه بالتقيد بها عند استخراج ما يستحقه صاحب الوصية الواجبة بالسهم والحساب ، ويقيد الحل المنطقي أيضاً بالألا يؤثر فرض وجود المتوفى في الورثة الموجودين فعلاً بحجبتهم . ولقد فرضنا حلولاً ثلاثة ، واختبرنا كل حل منها وجعلنا المقياس هو هذه القيود فما انطبق عليها تمام الانطباق قبلنا ، وما خالف بعضها تركناه عن يمينه^(١) .

الحل الأول — أن يفرض الفرع المتوفى حيا ؛ وتقسم التركة على فرض وجوده ويعطى أولاده نصيبه على ذلك ؛ ولنضرب لذلك مثلاً .

(١) ذكرنا هذا في بحث نشر بمجلة القانون والاقتصاد بعنوان (الجديد في قانون الوصية) نشر بعدد سبتمبر سنة ١٩٤٧ المجلد السابع عشر وكان ذلك قبل أن يعرض الأمر على القضاء ويصدر فيه حكماً ، وقبل أن تصدر فيه فتوى دار الإفتاء .

توفى رجل عن زوجته ، وأمه ، وأبيه ، وبنت ، وابن ، وبنت ابن توفى أبوها
في حياة المورث ، وترك ذلك المورث تركة قدرها ٣٦٠ ف .

فإننا إن فرضنا الابن المتوفى حياً ، وقسمنا يكون بعد استخراج السهام
ما يخص الزوجة هو ٤٥ ف ، وما يخص الأم ٦٠ ف ، والآب كذلك ٦٠ فدان
ويكون الباقي للأولاد للذكر مثل حظ الأنثيين ؛ وفيهم المتوفى الذي فرض
حياً ؛ ويكون ما يخصه ٧٨ ف ، تعطاها ابنته ؛ وهذا الحل ؛ وإن كان فيه القيد
الأول ، والثالث قد توافرا لم يأخذ فرع الابن المتوفى ما أخذ على أنه وصية ؛
لأن الوصية تقتضى أن تنقص أنصبه الورثة أجمعين ، وهنا نجد أصحاب
الفروض لم تنقص أنصبتهم بما أخذه الابن ، فلم ينقص إلا نصيب الأولاد .

وفوق ذلك فإن هذا الحل مفروض على أساس أن الابن يعطى ميراثه على
أنه موجود ، والورثة يأخذون أيضاً على أساس أنه موجود ، فيكون إشكال
إذا كان وجوده يحجب بعض الورثة المستحقين فعلا ، كأن يكون في المسألة
زوجة ، وأربع بنات ، وأخت شقيقة ، وبنت ابن توفى في حياة أبيه ، وأخت
شقيقة فأننا لو سايرنا ذلك الحل ؛ لكان مقتضاه أن تأخذ البنات بالتعصيب
مع الابن ، وأن تحجب الأخت الشقيقة ، وينتهي الأمر بأن نحجب وارثاً
أعطاه الشارع الإسلامى لأجل فرض الابن حياً ؛ وأن يتحول نصيب البنات
من الفرض إلى التعصيب لأجل ميت أيضاً فرض حياً ؛ والقانون ما تعرض
بالنفي للأنصبه الشرعية الثابتة بمحكم القرآن وصحيح السنة ؛ ولكن كل ما صنعه
أن زاد وصية واجبة .

ولذلك كان هذا الحل غير مقبول ، وإن كان بعض المحاكم الشرعية قد سار
عليه ، ولكن الاستئناف ألغى تلك الأحكام ولم يعد لذلك الرأى مناصر .

١٧١ - الحل الثانى - أن يفرض أن الوصية الواجبة هي وصية بمثل
نصيب أحد الورثة ، فكأن واضح القانون فرض أنه إذا كان الموجود فرع ابن
توفى في حياة أحد أبويه تكون وصية واجبة بمثل نصيب الابن ، وأنه إذا كان

الموجود فرع بنت توفيت في حياة المورث ، فإن المقنن يكون قد أوجب وصية بمثل نصيب بنت .

ولنطبق ذلك على هذا المثل ، وهو أن تتوفى امرأة عن زوجها ، وبنت ، وابن ، وبنت ابن توفى أبوها في حياتها ؛ وترك تركة قدرها ٣٦٠ ف : فانه تحل المسألة هكذا :

لا يفرض المتوفى حياً ؛ بل تحل المسألة بين الأحياء ؛ فيكون للزوج الربع والباقي للبنت والابن للذكر مثل حظ الأنثيين ويكون أصل المسألة — ٤ — للزوج — ١ — وللبنات — ١ — وللبن — ٢ — ثم يضاف مثل سهام الابن ، وتقسم التركة على ٦ فيخص الزوجة ٦٠ ف ، والبنت ٦٠ ف ، والابن ١٢٠ ف ، وبنت الابن المتوفى ١٢٠ ف .

وهذا الحل توافر فيه القيدان الأول والثاني ، ولم يتوافر فيه القيد الثالث ؛ لأن الابن لو فرض حياً تكون المسألة هكذا — الزوج والبنت والابن — ويكون للزوج الربع ؛ والباقي للأولاد للذكر مثل حظ الأنثيين ، فيكون أصل المسألة ٤ يصحح إلى ٢٠ لعدم قبول الثلاثة القسمة على — ٥ — وتقسم التركة على ٢٠ فيخص السهم ١٨ ، ويكون للزوج ٩٠ ف ، وللبنات ٥٤ ف ، وللبن ١٠٨ ف . وترى من هذا أن الابن لو كان حياً يأخذ ١٠٨ ف ، بينما تأخذ بنته على اعتبار أن الوصية الواجبة وصية بمثل نصيب أحد الورثة (١٢٠) وهذا غريب في ذاته ومجاف للقواعد المتبعة في تفسير القوانين ؛ إذ أن البنت تأخذ باسم أبيها ، فتأخذ ما كان يستحقه لو كان حياً ، فكيف تأخذ أكثر منه .

وإن هذه الزيادة تطرد في كل المسائل التي يكون استحقاق الفرع المتوفى في حياة أحد أبويه لا يتجاوز الثلث إن كان حياً .

وإنما طردت تلك الزيادة ؛ لأن نصيب الأولاد على الحل الذي يعتبرها وصية بمثل نصيب أحد الورثة يقسم على عدد الأولاد الموجودين فعلاً ، فتكون للواحد حصة من السهام كبيرة ، ويكون ما يقابلها من التركة كبيراً ؛ ولو أضفنا مقدار

ما خص أحدهم إلى سهام التركة ، بينما إذا فرض الولد موجوداً ستكون القسمة على الأولاد الموجودين ، ومن فرض موجوداً ؛ ألا ترى أننا عندما حللنا المسألة السابقة على اعتبارها وصية بمثل نصيب أحد الورثة قسمنا نصيب الأولاد على بنت وابن ، بينما إذا كان الابن المتوفى قد فرض موجوداً تكون القسمة على بنت وابنين .
من أجل هذا قلنا إن ذلك الحل غير مستقيم أيضاً ؛ ولكن مع ذلك أخذ به فضيلة الأستاذ الجليل مفتي الديار المصرية في فتاويه ، واعتبر ما عداه باطلاً ، وسندين وجهة نظره وناقشها إن شاء الله تعالى .

١٧٢ — الحل الثالث — وهو الحل الذي ارتضيناه من بين هذه الحلول التي فرضناها ، والقانون بعد بكرم توضيح مسأله ، وذلك الحل الذي يتلخص في أن نخطو لاستخلاص الوصية الواجبة وبيان ما يستحقه كل وارث ثلاث خطوات كما قدمنا ، ولنكررها هنا في مثال جديد للوازنة :

أولاًها — أن نفرض الولد الذي توفي في حياة أبيه حياً ، ويقدر نصيبه لو كان موجوداً ، فإذا كان الميت قد ترك بنتين وأبناً ، وأباً ، وأماً ، وبنت ابن توفي أبوها في حياته ، وترك تركته هي ٢٧٠ ف — يفرض الولد الذي توفي في حياة أبيه حياً ؛ ويبين مقدار نصيبه بالسهم ، فيكون أصل المسألة — ٦ — وصححت إلى — ١٨ — يخص الأم السدس وهو ٣ ، والأب كذلك — ٣ — وكل بنت ٢ ، وكل ابن — ٤ — وعلى ذلك يكون ما يخص الابن الذي فرض حياً من التركة ٤ ÷ من ١٨

الخطوة الثانية — أن يخرج من التركة ذلك المقدار ومقدار التركة ٢٧٠ ف يضرب $\frac{4}{18} \times 270 = 60$ ف فيكون هذا مقدار الوصية الواجبة ، ويستزل من التركة فيكون الباقي ٢٧٠ — ٦٠ = ٢١٠

وذلك يكون إذا كان مقدار نصيبه الثلث ، فأقل ، فإن كان أكثر لم يستزل إلا الثلث .

الخطوة الثالثة — أن يقسم ذلك الباقي على الورثة الموجودين بتوزيع جديد من غير نظر إلى الولد الذي فرض حياً ، فيكون الأب له السدس ، والأم مثله ،

وللبنت والابن الباقي ، للذكر مثل حظ الأنثيين ؛ فيكون أصل المسألة - ٦ - للأم - ١ - وللأب - ١ - والابن - ٢ - ولكل واحدة من البنين - ١ - فتأخذ الأم ٣٥ ف ، والأب مثلها ، والبنت - ٣٥ - والابن ٧٠ ف

وهذا الحل ارتضيناه ؛ لأنه لا يخرج عن القيود الثلاثة التي قيد القانون بها الوصية الواجبة ، فهو لا يجيز الزيادة على الثلث ، وهو ينفذ على أنه وصية ؛ لأنه ينقص مقادير جميع الورثة ، لا مقادير الأولاد فقط ، كسأن كل الوصايا تنفذ من أصل التركة كلها ؛ وهو يعطى فرع الولد المتوفى ما يستحقه لو فرض حياً بلا زيادة قط ولا نقصان إذا لم يزد عن الثلث .

وقد يقول قائل إن فرع الولد المتوفى سيأخذ أقل من الابن الموجود فعلاً ؛

ونحن نقول إن القانون لم يشترط التماثل بين فرع الولد المتوفى ، ومن يستحق من الأولاد الموجودين فعلاً ، إنما اشترط القانون بصريح اللفظ المماثلة بين ما كان يستحقه الولد المتوفى ، وما يعطى بالوصية الواجبة ، وهذه المماثلة ثابتة قائمة ؛ وهي التي من أجلها ترتضى هذا الحل ، ونرفض الحل الذي اختاره فضيلة المفتي ، وهو أحد الفروض التي ذكرناها^(١) ، وبيننا عدم استقامته ؛ لأنه وإن كان يجعل التماثل بين فرع الابن المتوفى وبين أعمامه قائماً ثابتاً ، ويترك التماثل بين ما يأخذه الفرع ، وما كان يأخذه أصله ؛ فيوجد تماثلاً غير مطلوب في القانون ؛ ويترك التماثل المطلوب في القانون .

كان إذاً بيننا وبين فضيلة مفتي مصر اختلاف بسبب أنه اختار من الفروض التي ذكرناها ما رأيناه غير مستقيم ، لأنه يعطى فرع الولد المتوفى أكثر مما يأخذه الولد نفسه لو كان حياً ؛ ويرفض ما رأيناه مستقيماً ، مع أنه يكون فيه التماثل بين ما يأخذه الفرع ، وما كان يأخذه أصله لو كان حياً ، وينفذ على أنه وصية ؛ ولا يرى أن في أخذ الفرع أكثر من نصيب أصله لو كان حياً أى مخالفة للفقهاء والقانون .

(١) راجع بحثنا في مجلة القانون والاقتصاد في عدده سبتمبر سنة ١٩٤٧ المجلد السابع

عمر ، العدد الثالث .

ومن حق العلم والإنصاف أن نسوق ما اعتبره فضيلته دليلاً يسوغ له ذلك ؛ وهو ما فهمناه من مناقشته ، ومناقشة مساعديه ، فقد فهمنا أنه يستدل بأمرين :

(أحدهما) أن صدر المادة — ٧٦ — يقول : « إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى مات فى حياته أو مات معه ولو سكباً — بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثاً فى تركته لو كان حياً عند موته وجبت للفرع . . . » .

فهذا النص يستفاد منه أن ما يستحقه الفرع وصية يكون وصية بمثل نصيب أحد الورثة ؛ وإذا كانت الوصية بمثل نصيب أحد الورثة ، فإن حياها يكون بتقسيم التركة بالسهم على الورثة الموجودين ، ويضاف إلى مجموعها مثل سهام الوارث الموصى بمثل نصيبه ، وهو الولد ، ثم تقسم التركة على سهام الورثة ، وسهام الموصى له ، فكذلك يكون المسلك هنا .

وإذا قيل لهم إن المنصوص عليه وصية بنصيب الولد المتوفى لو كان حياً ؛ قالوا إن الفتاوى الهندية ، تقول إنه الموصى لو قال أوصيت بمثل نصيب ابني لو كان حياً أو بنصيب ابني لو كان موجوداً ، فإنها تكون وصية بمثل نصيب أحد الورثة ، وتحل المسألة بفرض سهام الابن ، وتضاف إلى أصل المسألة .

وفوق ذلك فإن الموصى لو قال أوصيت لولد ابني فلان المتوفى بمثل نصيبه لو كان موجوداً لا يعتبر ذلك وصية بمثل نصيب أحد الورثة ، وحلت بالشكل الذى بينه صاحب الفتاوى الهندية ، فكذلك ما يقوم القانون بتنفيذه ؛ لأنه قائم مقامه فى إنشاء وصية على هذه الصيغة ، فيحل على أساس أن الوصية بمثل نصيب أحد الورثة ، ويسلك طريق استخراجها .

(ثانيهما) أن القانون لم يبين طريق استخراج الوصية الواجبة مع الميراث ؛ وكل ما لم يبينه القانون يكون المرجع فيه المذهب الحنفى ؛ لأنه الأصل الذى يرجع إليه فى غير المنصوص عليه من الأحكام فأليه المرجع حيث لا نص ، ونحن إذا رجعنا إلى المذهب الحنفى فى حل وصية جاءت على هذه الصيغة لا نجد حلا لها فى ذلك المذهب إلا أن تعتبر وصية بمثل نصيب أحد الورثة .

هذا ما ساقه فضيلة المفتي ومساعدوه ، ليستدلوا به على ما اختاروا من حل ؛ ولم نقرأه محرراً بقلمه أو أقلامهم ، ونرجو ألا نكون قد تزيدنا عليهم أو نقصنا بعض ما قالوا .

ونحن نقول في رد ما ساقوا ، إنه كان يكفي أن يتبينوا أن ذلك الحل يؤدي إلى أن يأخذ فرع الولد المتوفى أكثر مما كان يأخذه الولد نفسه ، وأن واضعي ذلك القانون الذي لم يكن له أصل قط في المذاهب الأربعة لم يقصدوا إلا أن يعطوا فرع الولد نصيب الولد في دائرة الثلث ، كان يكفي ذلك ليعملوا تفكيرهم العميق في استخراج حل أقرب إلى العدل ؛ ولذلك لما علمت في أكتوبر سنة ١٩٤٧ أن فضيلة الأستاذ الجليل المفتي قد كتب فتوى على تلك الشاكلة ذهبت إليه وأطلعتة على البحث الذي نشرته في مجلة القانون والاقتصاد ، إذ بينت فيه الحلول الثلاثة والمستقيم منها ؛ ونهته في أدب إلى ما يؤدي إليه الحل الذي اختاره ، ولكن ذهبت إليه بعد أن أفتى . . .

ولذلك لم يكن لما قدمت جدوى ، وتجادلت بعد أن علمت الإصرار ، وأنا أعلم أن الجدل مع من يستمسك برأيه يزيد قوة استمساك ؛ وشدة فيه ، ولكني فعلت لتبرأ ذمتي ، وعساي أصل إلى ما يغير فكرتي ؛ فلم أجد ما يغيرها ووجدت ما بينت خلاصته .

١٧٣ — والآن نبين وجه الخطأ في رأى فضيلة الأستاذ الجليل ، ولا عيب على عالم عظيم مثله في أن يخطئ ، إنما العيب في أن يدعى أحده أنه لا يخطئ . . إن هذا الجزء من قانون الوصية قد وضعه المقنن المصرى غير معتمد على أصل أو رأى في مذهب من المذاهب الأربعة ، بل على أى مذهب من المذاهب الإسلامية إلا شيئاً تعلق به من رأى لابن حزم في جواز أن ينفذ القاضى بعض الوصايا من تلقاء نفسه ؛ وينفذ ما يبينه له ولى الأمر .

فجاء المقنن واستأنس بذلك في تنظيم الوصية الواجبة ؛ وعلى ذلك يصح لنا أن نقول في حق — إن ذلك التنظيم قانون وضعى ، يجرى في تفسيره ما يجرى في

تفسير القوانين الوضعية مقيدين بأصول التفسير في القانون ، وقواعد الدلالات اللغوية التي بينها اللغويون؛ ونظمها الأصوليون بباب الدلالات في علم الأصول .

وإن ذلك ينتهي بنا إلى أن تنقيد في التفسير بأمرين :

أحدهما — ما تدل عليه الألفاظ لغة ، وما يرسمه اللغويون من دلالات للألفاظ ، ونستعين بما نظمه الأصوليون من قواعد للدلالات .

ثانيهما — الاستعانة بمقصد المقتن إن تبينت أماراته ، وقامت شواهدة ؛ على ألا تحمل الألفاظ ما لا تحتمل ، بل يرجح المقصد أحد احتمالاتها ، ويعين المراد إن لم يكن اللفظ محكماً فيه .

١٧٤م — وإنما إذ نقيد أنفسنا في التفسير ذلك التقييد نجد الطريق مبعداً ، بل إن الألفاظ فيه لا تحتاج إلى تفسير ، فالمقتن صرح تصريحاً قاطعاً ، لا مجال للريب فيه بقدر الوصية الواجبة ، فقالت المادة — ٧٦ — في عجزها . « وجبت للفرع في التركة وصية بقدر هذا النصيب (أى نصيب الولد المتوفى ميراثاً) في حدوث الثلث .

فالوصية الواجبة تكون بقدر نصيب الولد المتوفى ميراثاً لو كان حياً ، فكل حل يعطيه أكثر من ذلك القدر يكون قد أعطاه أكثر من الوصية الواجبة التي نص القانون عليها .

والجزء الذي ساقه فضيلة المفتي لا يخالف ذلك النص ، ويتبين ذلك بأدنى تأمل ، فصدر المادة الذي أخذ منه مأخذه — نصه : « إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذي مات في حياته أو مات معه ولو حكماً بمثل ما كان يستحقه ميراثاً في تركته لو كان حياً عند موته ، التعبير بكلمة مثل يراد بها أصل معناها اللغوي ، وهو المماثلة والمساواة في التقدير فهي تعين أن القدر لا يصح أن يزيد عما كان يستحقه ابنه لو كان حياً ، ثم هناك كلمة أخرى تؤكد المراد من أن الوصية الواجبة لا يصح أن تزيد عن مقدار ما كان يستحقه الولد المتوفى في حياة أبويه ، وهي . « ما كان يستحقه ميراثاً ، لو كان حياً عند موته ، فهذه العبارة تفيد أن ما كان

يأخذه الولد ميراثاً يؤول إلى فرعه ، فلا يصح أن يكون ما يأخذه الفرع أكثر مما كان ياصد الولد الذي أخذ هو عنه .

وعلى ذلك انتهى بأن المادة تصرح بأن النصيب الذي يستحقه الفرع بقدر ما يستحقه أصله لا يزيد عليه بأى مقدار ، مهما يكن قليلاً ، واستفيد ذلك من عبارة المادة فى ثلاثة مواضع .

أولها — التعبير بكلمة « مثل ما كان يستحقه » وكلمة مثل يراد منها المماثلة والمساواة ، ولا مساواة إذا كان أحد الشئئين أكثر من الآخر .

وثانيها — كلمة « يستحقه ميراثاً لو كان حياً » فهذه تقتضى أن يعرف مقدار إرثه ، ثم يعطى ذلك المقدار ، لا يزيد عنه ؛ فإذا كان هناك حل يعطيه أكثر مما يأخذه أصله ميراثاً يكون باطلاً ، ومخالفاً لنص القانون .

وثالثها — وهو الأخير عبارة « وجبت للفرع فى التركة وصية بقدر هذا هذا النصيب .

وإذا كان النص كذلك فالنفسير اللفظى الحرفى للمادة صريح كل الصراحة فى أن الوصية الواجبة لا تكون بأكثر مما يستحقه الولد الذى توفى فى حياة أبويه ميراثاً ، فكل حل يودى إلى إعطائه أكثر يكون مخالفاً لنص القانون ، وكل مخالفة لهذا النص تكون باطلة ، والحل الذى يودى إليها يكون غير مستقيم .

١٧٥ م — وإن المقصد الذى رعى إليه المقتن من سن الوصية الواجبة أن يأخذ هذا الفرع نصيب والده ، لكيلا يحرم فروع من يموت فى حياة أحد أبويه ، وهم ذرية ضعاف ، ولم يقصد المقتن قط أن يعطيهم أكثر من نصيب أبيهم ، وإلا كان ذلك شططاً ، وخررجاً عن الجادة ، إذ كيف يعطى الفرع باسم أبيه أو أمه أكثر مما كان يأخذه أبوه أو أمه ، هذا غريب فى بدائه العقول وكان ذلك وحده كافياً لأن يعتبر الحل الذى يودى إليه غير مستقيم كما ذكرنا .

وفوق ذلك أن الذى يستحقه الفرع لا يستحقه بذاته ، بل يستحقه بالتلقى عن أصله الذى مات فى حياة أحد أبويه ، ولقد كان ذلك مفهوماً لدى أعضاء

مجلسى الشورى ؛ وهو الذى سوغ لهم الموافقة .

وقد قال أحد الشيوخ مدافعاً عن الوصية الواجبة من فوق منبر مجلس الشيوخ ،
وفى حضرة صاحب الفضيلة مندوب وزارة العدل . قال ذلك الشيخ مانصه :
« رجل يملك ، وله أولاد وبنات ، فإذا مات ولد من أولاده ، أو ابن ابن من
طبقة أو طبقتين أو من ثلاث ، فهؤلاء كأنهم يرثون بالتعصيب ، وابن الابن ،
وإن نزل يعتبر كأنه يمثل الابن الأول الذى مات ، ويرث من المورث فيما يخرج
من الثلث ؛ لأنها وصية . فيأخذ نصيبه ملكاً . وهذا المالك له من أولاده بنت ،
فالبنت إذا ماتت قبل ابنها يحتم القانون أن أبناء البنت ذكوراً أو أناثاً يمثلون
أمهم ، ويرثون فى المورث ، ومتى ورثوا ، ورثوا ملكاً وانتفاعاً ، وينتقل إلى
ورثتهم من بعدهم . »

قال هذا العضو ، وهو من أعضاء لجنة العدل ذلك فى المجلس مسوغاً للقانون
مدافعاً عنه ؛ ولم يخالفه أحد ؛ وخصوصاً فضيلة ممثل وزارة العدل ، أو بالأحرى
ممثل لجنة الأحوال الشخصية التى وضعت القانون ، ولم يعترض فى اعتبار الوصية
الواجبة إحلالاً لفرع الولد المتوفى محل أبيه فيما كان يستحقه ميراث ، بيد أن
استحقاق الفرع لا يستحقه ميراثاً ، لمخالفة ذلك لنصوص القرآن ، والسنة
المتضافرة بل يستحقه على أنه وصية تنفذ من التركة كلها ، وفى دائرة الثلث .

وإذا كان كذلك فالفكرة التى يتجه إليها المقنن ، وتعتبر مقصده الثابت أن
الفروع يأخذون نصيب أصلهم الذى مات فى حياة أحد أبويه .

وبالبناء على ذلك يتقرر أن الفروع يستحقون بالتلقى عن أصلهم المتوفى فى
حياة أحد والديه ، وكيف يعطون نصيباً أكثر ممن يتلقون الاستحقاق عنه !!
إن هذا فى القياس عجيب .

١٧٦ - وفوق ذلك إن القانون يوجب بنصه أن يفرض الولد الذى
توفى فى حياة أحد أبويه حياً ، ويبين ما يأخذه ميراثاً ؛ لأن نص المادة يقول :
« إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى توفى فى حياته أو مات معه ، ولو حكماً

بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثاً في تركته لو كان حياً عند موته وجبت .. ،
فالقانون بصريح لفظه يوجب فرض حياته ، وإعطائه نصيبه ميراثاً ، ثم نقل
نصيبه هذا إلى فرعه ، والحل الذي يجعله وصية بمثل نصيب أحد الورثة لا يفرضه
حياً ، بل يزيد بمقدار سهام أحد الأولاد من غير حاجة إلى الفرض حياً ، ومن
غير حاجة إلى تعرف مقدار ميراثه ، وهذه مخالفة واضحة لصريح القانون .

١٧٧ م — تبين مما تقدم مخالفة الحل الذي يجعل الوصية الواجبة وصية
بمثل نصيب أحد الورثة — للقانون ، وبقي أن نجيب عن أمرين جاءا على لسان
فضيلة الأستاذ المفتي .

أولهما — أنه إذا قال الموصى أوصيت لفرع ولدى فلان الذي توفي في
حياتي بمثل نصيب ابن من أبنائي ، فكيف نحلها ؟ الجواب عن ذلك أننا نعتبرها
وصية بمثل نصيب أحد الورثة ، وتكون في ضمنها الوصية الواجبة ، وما زاد عن
الوصية الواجبة ، وهي نصيب المتوفى يكون وصية اختيارية ، وما من حرج على
الموصى في أن يوصى لفرع ولده المتوفى بما يشاء غير مقيد بمقدار الوصية الواجبة
والزائد يكون وصية اختيارية ، تستحق بهذا الأساس .

أما إذا لم يوص ، وهو مانص عليه القانون ، فنحن مقيدون في تقدير
الوصية الواجبة ، بمقدار ما كان يستحقه الولد المتوفى ميراثاً لا تتجاوزه ، ولكن
قد نقصه إذا كان أكثر من الثلث ، وينفذ على أنه وصية يستخرج مقدارها من
التركة قبل التوزيع .

ثانيهما — أن فضيلة الأستاذ المفتي قال إن القانون لم يبين طريقة استخراج الوصية
الواجبة ، فعلياً أن نرجع في طريق استخراجها إلى مذهب أبي حنيفة ١١ ونقول
في الجواب عن ذلك : إن طريقة الاستخراج ليست حكماً في موضوع لم يبين
القانون حكمه ، إنما هي توضيح للقانون ، وتطبيق له ، وما يسوغ أن نرجع في
تطبيق أحكام قانون إلى مذهب لم يؤخذ القانون منه ، ولم يكن له أصلاً ؛
وفوق ذلك فإن القانون لا يضع طريقة لحلول مسائله ، إنما يتركها للمطبق ، بحيث

لا يخرج عن نصوصه وأحكامه ، بل يبحث عن أوفق الحلول لمطابقة نصه ومقصده ؛ وهذا قانون الميراث ، فهل فيه طرق حل المسائل ؛ إنما ترك ذلك للطبق .

ثم إن ادعاء أن القانون لم يشتمل على الإشارة إلى طريقة الحل — غير سليم . لأن القانون يكاد يصرح بأن الولد المتوفى يفرض حياً ، ويستخرج نصيبه ميراثاً ويعطى فرعه في حدود الثلث ؛ على أنه وصية ؛ ونكرر ذكر ذلك ؛ إذ تقول المادة — ٧ — إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى مات في حياته أومات معه ولو حكماً بمثل نصيب هذا الولد ميراثاً في تركته لو كان حياً عند موته ، فهو صريح في وجوب فرضه حياً ، واستخراج نصيبه ميراثاً ، وإخراجه من التركة على أنه وصية ثم يقسم الباقي من التركة بعد ذلك بين الورثة الشرعيين .

فكيف يدعى بعد ذلك أن القانون لم يبين طريق الحل .

وأخيراً لو كان القانون لم يبين طريق الحل ، فلا يصح أن نأتى بحل يهدم نصه ومقصده ، فلا يرجع إذن إلى مذهب أبى حنيفة في طريق استخراج الحل ، لأن الحل ليس حكماً ، بل هو تطبيق لما اشتمل عليه القانون من حكم ، وتفسير لمقاصده ، والعماد في ذلك القانون نفسه وقوة استنباط المفسر .

وحل فضيلة الأستاذ الجليل يخالف نص القانون ، ويخالف مقصده ، فلا يمكن أن يعتبر حلاً لمسائله .

١٧٨ — ونريد أن نذكر فضيلة المفتى الجليل بأن هذا القانون زيادة على فرائض الله سبحانه ، وأنه إلزام بما لم تلزم به نصوص الكتاب الكريم ، ولا ما ثور السنة النبوية الشريفة ، ولم يؤثر عن امام الزام بما لم تلزم به نصوص الكتاب الكريم ، ولا ما ثور السنة النبوية الشريفة ؛ ولم يؤثر عن المشهورين من فقهاء الصحابة ، ولم يذكره أحد من جمهور الفقهاء ، فهل يسوغ بعد هذا أن نزيد في العطاء ، ونعطى ابن الابن أكثر مما كان يأخذه أبوه ، وبنت البنت أكثر مما كانت تأخذ أمها !! اللهم إنا قد أدينا أمانة العلم وأطنبنا في البيان ، لكي نخرج من الربكة ، ولا نتحمل التبعة ، والله على ما أقول شهيد .

١٧٩ — هذه خلاصة أحكام الوصية الواجبة وطرق حلها والمستقيم منها ، كما صرح بها القانون ، وهذه الأحكام في غايتها ومرماها ، وفي الغرض منها والسبب الباعث عليها ، تنحو نحو الميراث ، فالقانون جعل بهذه الوصية لأولاد من يموت في حياة أبويه ميراثاً مفروضاً ، هو ميراثه الذي كان يستحقه لو بقي بعد وفاة أصله ، على ألا يتجاوز الثلث ، وإذا كان ذلك غاية القانون ، فكل الأحكام تتجه إلى جعل هذه الوصية ميراثاً ، ولذا تجب من غير إيجاب ، وإذا وجبت صارت لازمة ، لا تقبل عدم التنفيذ ، وبذلك تشابهت مع الميراث ، فهل تتشابه معه أيضاً في أنها تدخل في ملك الموصى له من غير حاجة إلى القبول ؟

ظاهر القانون الذي يستفاد من مجموع أحكامه ، ومن بعض عباراته أنها لا تحتاج إلى القبول ، لأنها من جهة ميراث ، زاده القانون ، والميراث لا يحتاج في دخوله في الملك إلى قبول ، ومن جهة أخرى فإن القبول ، كما نصت على ذلك المواد المبينة له^(١) شرط للزوم الوصية ، وإذا كانت هذه الوصية لازمة بمجرد صدورها ، بل تلزم في التركة ، وإن لم تصدر عبارة منشئة لها ، فهي إذن ليست محتاجة إلى قبول ، بل تلزم بدون وجوده ، وإذا لزم في ذاتها ، وألزم الورثة بها ، فهي لازمة في جانب الموصى له ، لأن استحقاقه لها بحكم القانون ، لا بحكم التصرف .

ومن جهة ثالثة ، فإن هذه الوصية مادامت لازمة في ذاتها ، وأنها كالميراث ، أو هي ميراث قانوني ، وإن لم يكن شرعياً ، فالملكية تثبت كالميراث بمجرد الوفاة وإذا ثبتت بمجرد الوفاة ، لم يكن للقبول من بعد موضع ، ولم يكن للرد محل ، لأن الميراث لا يرد ، ولكن قد يقول قائل إنه لم يزل عنها وصف أنها وصية فلا بد من استيفاء شروط الملكية فيها ، وهو القبول ، وهو قول له وجهته ولا مانع من الأخذ به ، فالأمر فيه احتمالان متساويان ، والأول يؤيده الظاهر ، والثاني يؤيده وصف التصرف والوسط أن يقال أيها تقبل الرد .

(١) راجع في ذلك المادة ٢٠ فإنها تقول في صدرها : « تلزم الوصية بقبولها من الموصى له صراحة »

١٨٠ — الأصل الشرعى للوصية الواجبة: قالت المذكرة التفسيرية فى الأصل

الشرعى لهذه الوصية: «القول بوجوب الوصية للأقربين غير الوارثين مروى عن جمع عظيم من فقهاء التابعين، ومن بعدهم من أئمة الفقه والحديث، ومن هؤلاء سعيد بن المسيب، والحسن البصرى، وطاووس، والإمام أحمد، وداود والطبرى، وإسحاق بن راهويه، وابن حزم، والأصل فى هذا قوله تعالى: «كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف، حقاً على المتقين»، والقول باعطاء جزء من مال المتوفى للأقربين غير الوارثين، على أنه وصية وجبت فى ماله إذا لم يوص له مذهب ابن حزم، ويؤخذ من أقوال بعض التابعين، ورواية فى مذهب الإمام أحمد».

هذا ما ذكرته المذكرة فى الأصل الشرعى لما اقترح واضعو هذا القانون، وقد قسمت فيه القانون بالنسبة للوصية الواجبة قسمين: (أحدهما) الوجوب فى ذاته (وثانيهما) أنه إذا لم ينفذ الموصى ما وجب عليه، نفذ بغير إرادته بحكم القانون.

وجعلت أصل القسم الأول قول بعض التابعين، والظاهرية، وأحمد.

وجعلت أصل القسم الثانى قول ابن حزم، ورواية فى مذهب أحمد.

والحق أن الأصل فى الجملة هو قوله تعالى: «كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين حقاً على المتقين»، فان عبارة الآية الكريمة تفيد وجوب الوصية للوالدين والأقربين، لأنه عبر عن شرعية الوصية بقوله تعالى «كتب»، وهى تدل على الفرض، وذيلت الآية بقوله تعالى «حقاً على المتقين»، وذلك من أبلغ الألفاظ الداله على الوجوب، حتى لقد قال الجصاص فى ذلك المقام: «لاشئ فى ألفاظ الوجوب أكد من قول القائل: هذا حق عليك»، وتخصيصه المتقين بالذكر على وجه التأكيد.

١٨١ — ولقد اختلف العلماء فى استمرار ذلك الوجوب الذى يحتم الوصية

للأقارب، وهو وجوب محكم لم ينسخ أم نسخ، قال جمهور العلماء إن ذلك الوجوب نسخ، واستدل لهذا بأن من أصحاب رسول الله ﷺ من لم ينقل عنهم وصايا، ولم ينقل نكير لذلك، ولو كانت الوصية واجبة لم يخلوا بذلك الواجب،

ولنقل عنهم حكم الوجوب والعمل به نقلاً ظاهراً ، واستدل أيضاً بأن الوصية عطية ، والعطايا ليست بواجبة في الحياة ، فلا تجب بعد الوفاة ، ولأن الوصية للأقارب كالوصية للأجانب ، وما دامت هذه ليست بواجبة فهي مثلها ، ولأن المقرر الثابت أن الوصية للوارث نسخت بآية المواريث عند جمهور الفقهاء ، فنسخت هذه الآية في جملة معناها وأحكامها ، لأنه إذا كان قد نسخ أصل الوصية للوارث الذي تدل عليه الآية ، فقد نسخ كل ما تضمنته .

وقال بعض الصحابة والتابعين إن الوجوب الذي تضمنته الآية مازال قائماً ، وهو وجوب محكم ، بالنسبة للأقارب غير الوارثين ، ومن قال هذا القول ابن عباس في إحدى الروايتين عنه ، والحسن البصرى ، ومسلم بن يسار ، والعلاء بن زياد ، ومسروق ، والضحاك ، وطاووس ، ولقد قال مسروق : « إن الله قسم بينكم ، فأحسن القسمة ، وإنه من يرغب برأيه عن رأى الله عز وجل يضل ، أو صن لقربتك بمن لا يرث ، ثم دع المال على ما قسمه الله عليه ، وقال الضحاك : « من مات من غير أن يوصى لأقربائه ، فقد ختم عمله بمعصية ، وقال طاووس : « إن أوصى للأجانب ، وترك الأقارب نزع منهم ورد إلى الأقارب ، (١) .

وقد ساق الفخر الرازى في تفسيره حجة هؤلاء فقال :

« عند هؤلاء أن هذه الآية بقيت دالة على وجوب الوصية للقريب ، الذى

لا يكون وارثاً ، وحجة هؤلاء من وجهين :

(الحجة الأولى) أن هذه الآية دالة على وجوب الوصية للقريب ، فترك

العمل به فى حق الوارث القريب ، إما بآية الموارث وإما بقوله عليه الصلاة والسلام : « لا وصية لوارث ، أو بالإجماع على أنه لا وصية لوارث ، وها هنا الإجماع غير موجود مع ظهور الخلاف فيه قديماً وحديثاً ، فوجب أن تبقى الآية دالة على وجوب الوصية للقريب الذى لا يكون وارثاً .

(الحجة الثانية) قوله عليه الصلاة والسلام « ما حق امرئ مسلم له مال أن

يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده ، وأجمعنا على أن الوصية لغير الأقارب

(١) راجع هذه القول فى المحلى لابن حزم .

غير واجبة، فوجب أن تكون هذه الوصية الواجبة مختصة بالأقارب، وصارت السنة مؤكدة للقرآن في وجوب الوصية .

١٨٢ — هذه آراء المتقدمين من العلماء في وجوب الوصية للأقارب غير الوارثين، وقد سبقنا أدلة الذين يرون وجوبها، وبقي أن نتكلم في ثلاث مسائل : (أولها) قوة الوجوب أهو وجوب ديني تتأثم به النفس إن لم يؤده ، وليس لأحد عليه من سبيل في حمله على أدائه ، وليس للقضاء تنفيذه في ماله من غير إرادته . (الثانية) أهذا الوجوب يثبت للأقارب من غير قيد ولا شرط ، غنيهم وفقيرهم فيه سواء .

(الثالثة) أيسقط الوجوب إذا أوصى لبعض الأقارب الذين تجب الوصية لهم، أم لا يسقط الوجوب إلا إذا أوصى لهم جميعاً ، أم هناك ترتيب في درجات الاستحقاق . أما عن المسألة الأولى ، فقد اختلف فيها الذين قالوا إن الوصية واجبة على رأيين : رأى يرى أن الوصية للأقربين واجبة ديناً لا قضاء ، فإن تركها وأوصى لأجانب أثم ، ولا سبيل لأحد عليه ، ورأى فريق آخر أن الوصية للأقارب واجبة ديناً وقضاء ، فإن أوصى للأجانب وترك الأقارب أخرج للأقارب ، ونقضت وصية الأجانب .

وقد أجمل الرازي في تفسيره الرأيين ، فقال : « إذا أوصى للأجانب وفي الأقارب من تشد حاجته ، هل يجوز للوصى تغيير الوصية ؟ أما من يقول بوجوب الوصية لمن لا يرث من الوالدين والأقربين ، فقد اختلفوا فيه ، فمنهم من قال كانت الوصية للأقارب واجبة عليه ، فإذا لم يفعل وصرف الوصية إلى الأجانب كان ذلك الأجنبي أحق بها ، ومنهم قال ينتقص من ذلك ، ويرد للأقربين ، . والرأى الأول بلا ريب لا يؤيد القانون ، أما الرأى الثانى فيؤيده ، إذ هو الذى يجعل للقاضى أو الوصى المنفذ للوصايا سلطان التغيير .

والرأى الثانى يتناول بعمومه أمرين يجعل للقضاء وللوصى سلطاناً فيهما : (أحدهما) جواز إنشاء وصية لم ينشئها الميت ، وثانيهما جواز التغيير في وصاياه ، فيجعلها في الأولى بالعطاء من الأقارب .

أما الأمر الأول فقد أثبتته ابن حزم بما روى عن عائشة أن رجلا قال للنبي ﷺ : « إن أمي افتلنت نفسها ، وإنها لو تكلمت لتصدق ، أفأتصدق عنها يا رسول الله ، فقال رسول الله ﷺ : نعم ، فتصدق عنها ، وروى أبو هريرة وغيره مثله ، وهذا يدل على جواز إنشاء وصية في ماله إذا لم ينشئها ، ولذا قال ابن حزم بعد أن ساق ما ساق « قد وجب لهم جزء من ماله ، مفروض إخراجه لمن وجب له إن ظلم هو ولم يأمر بإخراجه » .

وأما الأمر الثاني وهو جواز تغيير الوصية ، فهو مستفاد من قوله تعالى : « فمن خاف من موص جنفاً أو إثمًا ، فأصلح بينهم فلا إثم عليه ، وأى جنف أو إثم أعظم من أن يترك ذوى رحمة محتاجين في عوز ومحنة ، ويوصى للأجانب .

١٨٣ — أما المسألة الثانية ، وهي وصف الأقربين الذين تجب الوصية لهم ، فقد وجدنا بعض الذين يقولون إن الوصية للأقارب واجبة إذا كانوا غير وارثين يشترطون للوجوب الاحتياج ، فابن مسعود نقل عنه أنه جعل الوصية الواجبة للفقير ، فالذى يليه من الأقارب غير الوارثين ، وعن طاووس أنه قال إن الأقارب إن كانوا محتاجين انتزعت الوصية من الأجانب وردت لإيهم .

وبعض الذين قالوا إن الوصية للأقارب غير الوارثين واجبة لم يشترطوا الاحتياج . والحق أننا إن أخذنا بالوجوب يجب أن نعتبر الاحتياج ، لأن الأصل في الوصايا أنها من باب الخير والصدقات ، وقد شرعها الشارع رحمة بعباده ، ليتمكن كل من فاته خير لا يستطيع تداركه — من الوصية به ، فإذا كانت هناك وصية واجبة يجب أن تكون متلائمة مع غرض الشارع من الوصايا غير مائلة عنه ، والوصايا شرعت لأجل الصدقات ، فيجب أن تكون كذلك ، ولا يتم ذلك إلا إذا جعلنا الوصية الواجبة للأقارب في فقرائهم دون أغنيائهم ، ولأن الوصية الواجبة للأقارب تقدم على غيرها ، فيجب أن تكون القرية فيها أوضح .

١٨٤ — أما المسألة الثالثة ، وهي بيان ما يؤدي به الواجب من الوصايا ، أتصرف الوصية الواجبة لكل الأقارب الذين لا يرثون ؟ لقد روى عن ابن مسعود

أنه يرى الوصية للأفقر ، فالأفقر ، فالواجب أن يجعل الوصية لأفقر الورثة .
وروى عن بعض التابعين عدم التعيين ، ولعلمهم تركوا أمر بيان المستحق
للوصية للموصى ، والموصى نفسه ، وتحريمه ما يكون فيه مصلحة للأسرة ، وما يتفق
مع ما يقضى به العرف والأخلاق الفاضلة .

١٨٦ — هذا هو الأصل الفقهي الإسلامي للوصية الواجبة ، وقد بيناه
بوضوح وجلاء ؛ وقد قصر القانون الوصية الواجبة على الأحماد الذين مات
أصلهم في حياة أبيه أو أمه ، في الحدرد التي بينها ، وأن تكون الوصية بمثل نصيب
أصلهم هذا ، بشرط ألا يزيد على الثلث ، وقد بينت المذكرة التفسيرية أنها قصرت
هذه الوصية على الأحماد ، وحدت القدر الموصى به اعتماداً على مذهب ابن حزم .

ومذهب ابن حزم في الجزء الواجب إعطاؤه للموصى له أنه يجوز أن يحده
الموصى أو الورثة بمثل نصيب الأب ، كما يجوز تقديره بأقل أو بأكثر ، كذلك
يجوز في مذهبه أن تكون الوصية لبعض الأقربين دون بعض ، وحينئذ يكون
لولى الأمر أن يحد الأقربين بأولاد الأولاد على الترتيب المذكور في القانون ،
ويأمر بإعطائهم جزءاً من التركة هو نصيب أصلهم في الميراث ، لوقى حياً .

والآية الكريمة ظاهرة في أن الوصية الواجبة للأقربين هي الوصية
بالمعروف ، وكلمة المعروف في القرآن تفسر بما تطمئن إليه النفوس والعقول ،
ولا تنبو عنه المصلحة ، ويكون العدل الذي لا وكس فيه ولا شطط ، وعلى هذا
الأصل يكون لولى الأمر أن يأمر الناس بالمعروف في الوصية الواجبة للأحماد
بأن تكون بمثل نصيب أصلهم في حدود الثلث ؛ لأن هذا في نظره هو العدل الذي
لا وكس فيه ، ولا شطط ، فإذا نقصوا أحداً ماوجب له ، أو لم يوصوا له بشيء
ردوا بأمر ولى الأمر إلى المعروف (١) .

وتقديم الوصية الواجبة على الوصية الاختيارية يعتمد على رأى التابعين
الذين ذكرناهم ، ونقله ابن مفلح عن أحمد ، والله سبحانه أعلم .

(١) راجع المذكرة التفسيرية .

الوصف الشرعى للوصية

١٨٧ م — تكلمنا فى حكم الوصية التكلينى فى الفقه والقانون ، وبيدنا الوصية الواجبة ، والآن نتكلم فى الوصية من حيث الوصف الشرعى ، أى من حيث الصحة واللزوم .

إذا استوفت الوصية شروط صحتها عند إنشائها ، ولم يحدث قبل الوفاة ما يبطلها فهى صحيحة ، وتكون لازمة إذا كانت وصية واجبة ، بل إنه إذا لم ينشئها نفذت من غير عبارة منشئة لها .

وإذا كانت الوصية اختيارية فهى عقد غير لازم^(١) يجوز الرجوع فيه فى أى وقت شاء ؛ وذلك لأن الذى وجد منه فى حال الحياة هو الإيجاب ، والأصل فى التصرفات الشرعية أنها لا تلزم إلا إذا ارتبط بهذا الإيجاب حق لغير المتكلم به ، والوصية لا تنفذ إلا بعد الوفاة فلا يترتب عليها أى حق قبلها ، وإذا لم يكن لأحد حق فى حال الحياة ، فهو حر فى كلامه ، له أن يرجع عنه فى أى وقت يريد له الرجوع ، ولأن الوصية عطية كالهبة ، بل هى أضعف منها ، لأن الهبة إن تمت أوجدت للبوهوب له ملكية ، وإذا كانت الهبة بعد تمامها عقداً غير لازم ، فأولى أن تكون الوصية تصرفاً غير لازم .

(١) قد بينت حكم الوصية من حيث اللزوم وما يعد رجوعاً وما لا يعد المادتان ١٨

و ١٩ ، وهذا نصها :

مادة ١٨ — يجوز الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها صراحة أو دلالة ، ويعتبر رجوعاً عن الوصية كل فعل أو تصرف يدل بقريئة أو عرف على الرجوع عنها ، ومن الرجوع دلالة كل تصرف يزيل ملك الموصى عن الموصى به .

مادة ١٩ — لا يعتبر رجوعاً عن الوصية جردها ، ولا إزالة بناء العين الموصى بها ، ولا الفعل الذى يزيل اسم الموصى به ، أو يغير معظم صفاته ، ولا الفعل الذى يوجب زيادة لا يمكن تسليمه لإلهاها إلا ، إذا دلت قريئة أو عرف على أن الموصى يقصد بذلك الرجوع عن الوصية .

١٨٨ م - والرجوع يصح بالقول الصريح ، ويصح بكل فعل يدل عليه ، وتقوم القرينة أو العرف فيه على أنه أراد بالفعل نقض الوصية ، أو يتضمن الفعل من تلقاء نفسه نقضها ، كأن يكون الموصى به حيواناً فيذبحه ، أو ثياباً فيخيطها لنفسه ويلبسها ، ونحو ذلك من الأفعال التي تنقض الوصية ، ويتعذر تنفيذها في الموصى به بعد وقوعها ، أو تدل بالعرف على أن الفعل لا يكون إلا إذا كان قد أراد الرجوع ، والعرف والقرائن هما الحاكمان .

ويصح الرجوع أيضاً بكل تصرف شرعى من شأنه أن يخرج العين عن ملك الموصى ، أو يجعل الجمع بين التصرف والوصية غير ممكن ، فبيعها وهبتها يبطلان الوصية فيها لخروج العين عن الملك ، ولو عادت إليه بعد ذلك ، ولو كانت العودة بفسخ التصرف نفسه ، لأن ذات الإقدام على التصرف قرينة قاطعة على الرجوع ، وبالرجوع تنقض الوصية ، فلو عادت العين إلى ملكه ، ولو بفسخ العقد ، كأن يشترط في البيع خيار الشرط ثم يفسخ ، أو يكون الشرط للمشتري ، ثم يفسخ ، أو يرجع في الهبة ؛ فإن ذلك لا يبطل الرجوع الذى تم بإقدامه على البيع ؛ وعلى ذلك إذا أراد الوصية فلا بد أن ينشئها بعبارة جديدة .

ومن التصرفات التي تدل على الرجوع الوقف ولو كان مؤقتاً ، ولو كان للواقف حق الرجوع فيه ؛ لأن الإقدام عليه قرينة واضحة تدل على إرادة الرجوع في الوصية ، ولو رجع عن الوقف بعد ذلك ، لأن الوصية بطلت بالرجوع .

هذا ويلاحظ أن الرجوع القولى ، لا تسمع به الدعوى بعد الوفاة إلا إذا كان ثابتاً بورقة رسمية ، أو ورقة عرفية قد كتبت كلها بخط المتوفى ، وعليها إمضاءه ، أو بورقة عرفية قد صدق فيها على توقيع المتوفى ، وذلك في الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ ، أما الحوادث السابقة على ذلك ، فلا تسمع الدعوى إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى (١) .

(١) راجع في ذلك المادة الثانية من القانون ، والمادة ٩٨ من لأئحة المحاكم الفرعية .

هذا في الرجوع القولي ، أما الرجوع الفعلي ، فلا يحتاج في إثباته بعد الوفاة إلى ما يحتاج إليه الرجوع القولي ، وذلك لأنه حوادث مادية يمكن أن تجرى عليها وسائل الإثبات العادية واضحة جلية ، ولأنه في كثير من أحواله لا يجعل العين في ملك المتوفى عند الوفاة ، أو لا يمكن تنفيذ الوصية فيها ، فلا يحتاج إلى إثبات .

ونريد هنا أن نبين المراد من معنى كلمة قولي أهي مقابلة للرجوع بطريق الدلالة ، ويكون المراد منها الرجوع الصريح ، وعلى ذلك يكون الرجوع الصريح هو الذي يحتاج إثباته إلى مسوغ من المسوغات المذكورة ، فالرجوع بطريق الدلالة ، ولو كان قولاً لا عملاً كالتصرف في البيع لا يحتاج إلى إثبات بالأوراق ، أم المراد من الرجوع القولي كل رجوع يكون بالقول سواء أ كان بالقول الصريح أم بتصرف قولي دل عليه ؟ .

الظاهر هو الأول ؛ لأنه المتبادر ولأن دلالة التصرفات القولية على الرجوع إنما هو بسبب أن فيها إخراج العين عن الملك ، وهذا ليس أمراً قولياً فقط ؛ فأساس الرجوع فيها ليس هو القول حتى يسمى قولياً ؛ بل يعلم الرجوع من قرآن أخرى لاتعد قولية فقط .

هذا وإن تسمية الرجوع الصريح بالرجوع القولي ، وتخصيصه بهذا الاسم ، وتسمية غيره أيا كان طريقه رجوعاً فعلياً جاء في عبارات الفقهاء ، فلم يأت القانون فيه ببدع ، ولذلك جاء في ابن عابدين في بيان أنواع الوصايا بالنسبة للرجوع ما نصه : « واعلم أن الرجوع في الوصية على أنواع : ما يحتمل الفسخ بالقول والفعل كالوصية بيمين ، وما لا يحتمله إلا بالقول ، كالوصية بالثلاث أو الربع ، فإنه لو باع أو وهب لم تبطل ، وتنفذ وصيته من ثلث الباقي » .

وترى من هذا أن ابن عابدين يقرر أن كلا من البيع والهبة يعد من الرجوع العملي أو الفعلي ؛ فهو أولاً جعل الرجوع الصريح قسماً للرجوع الفعلي ، وثانياً عد كل تصرف يؤدي إلى خروج العين الموصى بها من ملك الموصى يعد من قبيل الأفعال لا من قبيل الأقوال فقط .

ويجب أن يلاحظ ثلاثة أمور :

(أولها) : أن المادة الثانية من قانون الوصية تتلاقى في معناها إجمالاً مع ما أتت به المادة — ٩٨ — من لائحة المحاكم الشرعية خاصة بالوصية والرجوع فيها ويفترقان في ألفاظهما من ناحيتين (إحداهما) : أن قانون الوصية ألحق بالمسوغات التصديق على الورقة العرفية غير المكتوبة بخط المتوفى ، ولم يكن ذلك في اللائحة (والثانية) : أن الرجوع في المادة الثانية من قانون الوصية قيد الرجوع بالقولى ، فغير القولى يثبت بعد الوفاة بكل طرق الإثبات ، ولم يكن ذلك التقييد اللفظى في اللائحة الشرعية (ثانياً) : أن ذلك القيد ، وإن لم يذكر صراحة في المادة ٩٨ من لائحة المحاكم الشرعية ، فاللفظ يحتمله ، بل يجب أن يكون ملاحظاً ، لأن المسوغات للإثبات التى ذكرت بها ، وهى الرسمية والكتابة ، إنما تكون فى تحرير الأقوال ، وتقييدها ، فلا تكون إلا فى الرجوع بالقولى ، لأن الرجوع الفعلى عمل ، لا يجرى فيه التحرير وإذا أريد تحريره كان قولياً ، وإذا لم ننظر ذلك النظر لم يكن ثمة رجوع فعلى ، وذلك باطل ، إذ اللائحة لم تمنعه ، والفقهاء يقرره .

(ثالثاً) : أن المادة الثانية من قانون الوصية جعلت تلك المسوغات واجبة الملاحظة فى إثبات الدعاوى للحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ إلى اليوم ، فهى تطبق على كل الأفضية فى هذه الحوادث ، ولا يقال إنها بذلك تسرى على الماضى ، لأن تقييد الرجوع بالقولى ، هو تفسير لللائحة الشرعية ، إذ هو مبين لما تضمنته ، أو على الأقل مفسرها بطريق قانونى لما تحتمله احتمالاً راجحاً ، وبالنسبة لزيادة الورقة المصدق على التوقيع فيها هو موسع ومطلق ، والله أعلم .

ومن هذا يتبين أن الرجوع الذى يسرى فى إثباته ما يسرى فى إثبات الوصايا من قبود هو الرجوع بالقولى ، أو بعبارة أدق الرجوع الصريح ؛ وأن التقييد هنا بالرجوع بالقولى ؛ هو تفسير لما جاء المادة — ٩٨ — من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ؛ وبزكى هذا ما يأتى :

١ — أن المادة — ٢ — تسوغ الإثبات فى الحوادث من سنة ١٩١١ إلى الآن ؛

بكل وسائل الإثبات المقررة في قواعده ، لأن التقييد مقصور على الرجوع
القولى ؛ فيبقى ما عداه على الأصول العامة في الإثبات من غير نظر إلى هذه القيود ؛
ولو قلنا إن اللائحة الشرعية تقيد الإثبات في الرجوع بإطلاق بالورقة الرسمية ،
أو العرفية المكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها توقيعها ، لكانت أحكام القانونين
متضاربه وذلك غير معقول ؛ بل لا بد أن تكون متطابقة ، وذلك يكون إذا
كان المقيد مفسراً للبطل ، ثم إنه من القواعد الأصولية ، أنه إذا توارد المطلق
والمقيد من الألفاظ على موضوع واحد ، واتحد السبب يحمل المطلق على المقيد .
ب — أن كلمة القولى في المادة الثانية كانت إضافتها باقتراح من أحد أعضاء
مجلس الشيوخ وقد أقر مندوب وزارة العدل إضافتها ، وقال فى جلسة ٢ من إبريل
سنة ١٩٤٦ د انه تصريح بما هو متعين ، ووافق مجلس الشيوخ على ذلك الأساس
ثم كانت موافقة مجلس النواب ، وان هذا يؤدى الى اعتبار كلمة القولى تفسيراً
قانونياً لما جاء بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، إذ هي المتعينة فى التقدير والفهم
وعلى ذلك كانت الموافقة العامة .

ح — أن لجنة العدل فيما أتت به من أحكام مغايرة بعض المغايرة للبادء
— ٩٨ — لم تعتبره رجعية للقانون بل اعتبرته تفسيراً لما تحتمله تلك المادة ،
فقد جاء فى تقريرها عن المادة الثانية ما نصه :

د يراعى أن ما أدخل من تعديل لا يفسر بأنه رجعية للقانون ، بل هو
تصريح بما تحتمله نصوص القانون القائم .

وإذا كانت إضافة الإثبات بالورقة العرفية المصدق على توقيعها اعتبر
تفسيراً وتصريحاً بما تحتمله المادة — ٩٨ — ووافق على ذلك النظر بمجلس الشيوخ ،
ثم مجلس النواب ، فأولى أن تعتبر كلمة الرجوع القولى ذلك الاعتبار .

وقد يعترض على تطبيق المادة الثانية من قانون الوصية على الحوادث السابقة ، بأنه
رجعية للقانون واضحة ، وأن محاولة تخريجها بأنها تفسير للقانون السابق يناقضه
قول المذكورة التفسيرية عند تقييد الرجوع بما نصه : د اتفقوا على أن الرجوع عن

الوصية بالقول وبالفعل ، وبكل تصرف يدل على الرجوع أو ينهى عنه ، ومع الاتفاق على هذا الأساس اختلفوا في كثير من الأفعال والتصرفات لاختلاف أنظارهم على دلالتها عليه اعتماداً على العرف أو القرائن الأخرى ، لهذا يشترط في الرجوع أن يكون بالكتابة حتى لا يحصل خلاف في تصرفات الموصى وأفعاله هل قصد بها الرجوع عن وصيته أولاً ، وليكون التشريع متجانساً في عقد الوصية والرجوع عنها ، فنص في المادة ١٨ على أن الرجوع يجب أن يكون بالكتابة .

هذا هو الاعتراض ، والجواب عنه : أن المذكرة التفسيرية تقول ذلك تبريراً لاشتراط الكتابة الذي كان يتضمنه نص المادة - ٨١ - والذي كان يتفق مع المادة - ٢ - وقد كانت كلتا المادتين تشترط لوجود الرجوع لا لإثباته الورقة الرسمية أو المصدق على التوقيع فيها ؛ وقد كان ذلك منتقداً ، فلما عرض المشروع على مجلس الشيوخ ثم النواب عدل المشروع ، وأصبحت الكتابة شرطاً في سماع الدعوى لا في وجود الرجوع ، ثم جاءت العبارات الموضحة في لجنة العدل ، وعلى لسان مندوب وزارة العدل ؛ وعلى لسان بعض الشيوخ مناقضة تمام المناقضة لما جاء في المذكرة التفسيرية التي خولف الأصل الذي قامت عليه .

وعلى ذلك أصبحت هذه الفقرة من المذكرة التفسيرية لا موضع لها ، لمخالفة أصلها ، لأن الذي يشرع القوانين إنما هو المجلسان لا اللجان الوزارية ؛ فتفسيره يؤخذ أولاً بما وافق عليه النواب والشيوخ ؛ وما جاء على السنة بعضهم ووافق عليه أكثرهم ؛ فإن وجد ما يناقضه من مذكرات اللجان لا يلتفت إليه ؛ وإنما يرجع إلى كلام المذكرات التفسيرية التي تحررها اللجان الوزارية التي تقوم بالتحضير الأول إذا لم يكن ما يناقضها .

هذا وإن المادة الثانية من قانون الوصية بعد تعديلها على ضوء المادة - ٩٨ - من اللائحة ؛ من حيث تقييد الإثبات وسماع الدعوى وعدم سماعها صارت من مواد الاجراءات يسرى عليها ما يسرى على قوانين الاجراءات من حيث أنها تسرى على الماضي ؛ إذ أن قوانين الاجراءات من المتفق عليه أنها تطبق على

الماضى فى كل ما لم يأخذ قوة الشيء المحكوم به ؛ إذ أنها لا تمس الحقوق المكتسبة التى بنى عليها منع رجعية القوانين ؛ هذا نظراً كتبناه لوجه الله والحق ، ونرجو أن يكون الصواب ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

١٨٩ — وهناك أمور قد اختلف الفقهاء فى كونها تدل على الرجوع أو لا تدل ، وقد اختار القانون عدم دلالتها ، وهى نوعان :

أحدهما — جحود الوصية ، فقد اعتبره القانون غير دال على الرجوع ، والمراد من الجحود كل نفي للوصية فى الماضى ، لأن ذلك يعتبر كذباً ، والكذب لا يبطل العقود ، ولا يلغى الحقوق المقررة أو التى ستقرر ، أما النفي للوصية فى المستقبل ، كأن يقول اشهدوا أنى لا أوصى لفلان ، فإنه فى هذه الحال لا يعتبر ذلك جحوداً للوصية ، إذ ليس نفيها لوقوعها فى الماضى ، ولكنه نفي لبقائها فى المستقبل ، ونفي الاستمرار والبقاء هو الرجوع بعينه ، فىكون رجوعاً .

فنى الوصية يعتبر جحوداً لها ، إذا كان نفيها لوقوعها فى الماضى ، فىكون كذباً ، فلا يعد مبطلاً لتصرف ، ولا مانعياً لحق ، أما إذا كان نفيها لاستمرارها وبقائها فإنه يعد رجوعاً ؛ لأن ذلك هو حقيقة الرجوع ، وليس فيه إنكار لوقوع الوصية ، حتى يكون كذباً ، وسندين الآراء الفقهية فى الجحود فى موضعه ، وسنجدى فيها هذا المعنى .

ثانيهما — كل تغيير فى العين يزيل اسمها ، أو يغير وصفها ، أو يزيد فيها زيادة يمكن تسليمها بدونها ، أو لا يمكن ، فإنه لا يعد رجوعاً مادامت الحقيقة لم تزل ، فإذا زاد فى العين بالبناء فهى لم تزل ، وإذا غير صفاتها ، بأن كانت ثياباً فصبغها ، أو قطعها ، أو كان الموصى به سيارة ، فغير بعض أجزائها ، ليجعلها أحسن ، أو يخالط الموصى به بغيره خلطة يجعله غير متميز ، سواء أكان قيمياً أم مثلياً ، ففى كل هذه الأحوال لم تزل الحقيقة ، ولم تخرج عن ملك الموصى به ، ومادامت الحقيقة فى ذاتها ثابتة لم تخرج عن ملك الموصى ، فلا يعد رجوعاً فى ذاته إلا إذا صحبته قرينة قولية أو عرفية دلت على الرجوع ، فلا تكون دلالة الرجوع بذات

الفعل . إنما تكون الدلالة بما حذف بالفعل من قرائن .

فالمسلك الذى سلكه القانون فى الأفعال التى قد تعد رجوعاً أنه لم يعتبر إلا ما كان منها مهلكاً للعين مزيلاً لها إزالة تامة ، أو ناقلاً للملكية فيها نقلاً تاماً ، أما إذا استهلكت العين فى غيرها ، بأن دخلت فى أشياء أخرى للموصى ولم يمكن فصلها ، فلا يعد إزالة لحقيقتها ، فلا يعد رجوعاً فى ذاته ، وإن صحبه ما يدل على الرجوع اعتبر هذا دليلاً على الرجوع .

وهذا غير مسلك الفقه الحنفى ، كما سنبين :

ويجب أن يلاحظ مع ذلك أن مشروع القانون كان لا يعتبر الخروج من الملك بعموض رجوعاً عن الوصية ، بل كان البدل يقوم مقام العين ، ولكن لم يؤخذ بذلك ؛ واعتبر كل تصرف يقتضى خروج العين عن الملك بعموض ، أو بغير عوض يعد رجوعاً ، ولذا جاء فى تقرير لجنة العدل بمجلس الشيوخ ما نصه : « كانت المادة ١٩ تقول فيما لا يعتبر رجوعاً » ولا تصرف الموصى فيه تصرفاً يزيله عن ملكه بعموض ، ولا خلطه بغيره ، فأبدل بهذه العبارة « إلا إذا دلت قرينة أو عرف على أن الموصى يقصد بذلك الرجوع عن الوصية ،

واقدم كان فى مادة المذكورة فى المشروع برقم ٧٥ — نص يقول : « إذا تصرف الموصى فى الوصية بعموض واستبدل غيرها بها ، واقتضى ذلك دفع شيء من ماله اشترك الورثة فى الوصية بقدر ما دفعه ، وقد طلب مندوب وزارة العدل من مجلس الشيوخ حذف هذه المادة ؛ لأنها وردت فى المشروع على أساس أن خروج العين بعموض لا يكون رجوعاً فى الوصية ، وهى الآن مخالفة لما أخذ بها ، ووافق المجلس على حذفها ، وبذلك زالت تلك الفكرة من القانون وزالت كل آثارها .

١٩٠ — وتبين من هذا أن كل تصرف لا يغير الجوهر الأصيل للعين ، وإنما يغير اسمها ، أو وصفها ، أو يخلطها بغيرها ، أو يمزجها مزجاً لا يقبل الانفصال لا يعد رجوعاً ، ولا دليلاً على الرجوع .

ومن ذلك الزيادة المتصلة بالعين ، وقد خص القانون الزيادة بنوع من البيان

فذكر عدة أنواع من الزيادات ، لا يعد إنشاؤها رجوعاً في الوصية ، وبين حق الموصى له في العين ، بعد إنشاء الزيادة .

وقد ذكر القانون أحوال الزيادة وأحكامها من حيث الشركة بعد الوفاة بين الورثة والموصى له (١) .

وقد ذكر قاعدة تسرى عليها جميعاً ، وهي أن الزيادة إن كانت مما يتساح فيه عادة ، فإنها لا توجد شركة بين الورثة والموصى له ، بل تكون العين كلها وصية للموصى له ، إذ لا تعتبر زيادة ، لأن الناس يضيفون إلى أملاكهم زيادات للارتفاع بها في حياتهم من غير أن يقصدوا أن تكون الزيادة ذات قيمة مالية تقدر في عين المال ، والزيادة اليسيرة التي يتساح فيها لا تعد ذات قيمة مالية في الجملة .

وكذلك إذا كانت الزيادة ذات قيمة مالية لا يتساح فيها عادة ، ودل بقوله أو قرائن أخرى على إرادة الحاقها بالوصية على أن تكون من توابعها ، فإن العين تكون كلها وصية ، إذ لم تتحقق ملكية الورثة فيها ، بإدارة الموصى ذلك الإلحاق .

(١) بين القانون ذلك في المواد ٧١ ، ٧٢ ، ٧٣ ، ٧٤ ، ٧٥ وهذا نصها :

مادة ٧١ — إذا غير الموصى معالم العين الموصى بها ، أو زاد في عماراتها شيئاً مما لا يستقل بنفسه كالمرمة والتجصيص كانت العين كلها وصية ، وإن كانت الزيادة مما يستقل بنفسه كالغراس والبناء شارك الورثة الموصى له في كل العين بقيمة الزيادة قائمة .

مادة ٧٢ — إذا هدم الموصى العين الموصى بها ، وأعاد بناءها على حالتها الأولى ، ولو مع اشتراك تغيير معالمها كانت العين بمحالتها الجديدة وصية .

وإن أعاد البناء على وجه آخر اشترك الورثة بقيمته مع الموصى له في جميع العين .

مادة ٧٣ — إذا هدم الموصى العين الموصى بها ، وضم الأرض إلى أرض مملوكة له ، وبنى فيها الموصى له مع الورثة في جميع الأرض والبناء بقيمة أرضه .

مادة ٧٤ — استثناء من أحكام المواد ٧١ فقرة ثانية ، و ٧٢ إذا كان ما دفعه الموصى ، أو زاده في العين يتساح في مثله عادة ألحقت الزيادة بالوصية ، وكذلك تلحق التي لا يتساح إذا وجد ما يدل على أن الموصى قصد الحاقها بها .

مادة ٧٥ — إذا جعل الموصى من بناء العين الموصى بها ، ومن بناء عين مملوكة له وحده لا يمكن معها تسليم الموصى به منفرداً اشترك الموصى له مع الورثة بقدر قيمة وصيته .

هذه قاعدة عامة ، تراعى فى كل زيادة ، فلا تكون شركة ، إلا إذا كانت الزيادة غير يسيرة ، ولم يثبت لإحاقها كلها بالوصية فى الأراضى والمباني وما يماثلها .

١٩١ — بعد ذلك نتجه لبيان الأحوال المختلفة التى ذكرت فى القانون للزيادة ، وهى أربع (أولاهما) إذا زاد فى العين من غير هدمها ، (ثانيها) إذا هدمها وغير معالمها ، (ثالثها) إذا كانت أرض عليها بناء فهدمها ، وضمها إلى أخرى ، وبنى عليها و (رابعها) إذا جعل من الدار الموصى بها ، وأخرى لم يوص بها داراً واحدة ، بهدم وبناء ، حتى صارتا واحدة .

فلنتكلم فى كل حال من هذه الأحوال ، واحدة ، واحدة .

١٩٢ — فإذا كانت العين الموصى بها أرضاً مثلاً ، وزاد فيها ، فإن كانت الزيادة بما يزيد فى قيمة العين ، وتكون له قيمة إذا انفصل من العين كبناء يقيمه ، وغرس يغرسه ، فإنه فى هذه الحال لا تعتبر الأرض بما عليها كلها وصية ، بل يعتبر بعضها موصى به ، وبعضها غير موصى به ، وبعد الوفاة يكون الورثة شركاء الموصى له ، بما عليها من مبان ، أو بما فيها من غراس ، فيكون لهم فى العين قيمة البناء أو الغراس قائمين ، بأن تقدر العين خالية من الزيادة ، وتقدر مع الزيادة ، فيكون الفرق هو قيمة البناء أو الغراس ، وتكون غلات العين موزعة بنسبة مقدار القيمة لما يملكه كل واحد من الشركاء .

وإن كانت الزيادة ليست لها قيمة إذا انفصلت ، أولاً يمكن فصلها كتجسيص الدار أو مرمتها ، أو عمل تحسين فيها يزيد فى قيمتها ، ولكن ليست للزيادة قيمة إذا انفصلت ، أو لا تقبل الانفصال ، فإن الورثة من بعد وفاة الموصى ليس لهم أى حق فى العين الموصى بها^(١) ، إذ أن ذلك التحسين ليست له قيمة مالية منفصلة عن العين ، وقيام الموصى به كان لبقاء العين والانتفاع الشخصى بها ، ولا يعد

(١) هذا حكم متفق عليه بين الحنفية والمالكية ، ويتفق فيه القانون مع المذهب الحنفى ، كما جاء فى تبين الحقائق وفى البدائع ، فلا يعد مثل هذا التحسين رجوعاً ، لأنه طريق لانتفاع الموصى بالعين فى حال الحياة .

زيادة مقصودة فيها ، وليست لها قيمة مستقلة في ذاتها ، فلا يمكن وجود شركة بسببها بين الورثة والموصى له .

١٩٣ — إذا كان التغيير في العين والزيادة فيها بهدمها ، وإعادة بنائها كأن كانت آيلة للسقوط فهدمها ، وأعاد بنائها ، أو كانت على حال من البناء أراد تغييرها لتكون أمكن وأقوى دعائم ، أو ليغير في أسسها ، فإن أعاد بناءها على الوضع الأول فإن تلك الزيادة لا توجد شركة بين الورثة ، وبين الموصى له بل تكون كلها له ، وإن زادت في قيمة العين لأن ذلك الإصلاح لبقائها ، وكل إصلاح لبقاء العين لا يكون المقصود منه الزيادة فيها ، ويكون كبناء الحيوان والشجر ، وإن نما الحيوان لا يعد زيادة توجب شركة بين الورثة والموصى له ، فكذلك كل زيادة على ذلك النحو .

وان أعاد البناء على وضع آخر لا يعده العرف تجديداً للأول ، بأن جعلها عمارة ذات طبقات ، كانت العمارة كلها شركة بين الموصى له ، والورثة ، وكانت شركة الموصى له بقيمة الأرض ، لأن هدم الدار ، قد أزال سبب ملكيته في البناء الأول ، فلم تبق الوصية الا في الأرض ، فصارت قيمة الوصية هي قيمة الأرض ، وللورثة قيمة المباني ، وكل يسهم في الغلات بمقدار قيمة ما يملك .

١٩٤ — وإذا كان التغيير بهدم البناء ، وضم الأرض الى أرض أخرى يملكها . ثم البناء عليهما ، كأن هدم البناء ، ثم بنى عن الأرضين عمارة كبيرة فإنه في هذه الحال تكون العمارة بعد وفاته شركة بين الموصى له ، والورثة ، وتكون حصة الوصية هي قيمة الأرض الموصى بها ، لأنه بإزالة البناء ، قد انحصرت الوصية في الأرض ؛ ولم تبطل باتفاق الفقهاء ، فتكون للموصى له الأرض ، ويضرب في الشركة بقيمتها ، ويكون للورثة الباقي وتكون الغلات بينهم ، كل منهم يضرب بما يعادل ما يملك .

١٩٥ — وإذا جعل من الدار الموصى بها مع أرض أخرى مبانها عمارة واحدة ، ولا يتم ذلك الا بهدم وبناء ، وإزالة وابقاء ، فإنه في هذه الحال تكون العمارة مشتركة بين الورثة والموصى له ، ويكون للموصى له الأرض والمباني الباقية .

من الدار التي كانت هي الموصى بها ، ويكون للورثة الباقي ، ويضرب كل في الغلات بقيمة نصيبه ، وإنما كانت لهم الأرض والمباني التي لازالت قائمة من الدار الأولى ؛ لأن الوصية كانت متعلقة بها ، ولم تهلك كلها ، بل أزيل بعضها ، وبقي بعضها ، فصارت الوصية متعلقة بالأرض وبالباقي من البناء ، وصار ما يملك الموصى له بالوصية من بعد وفاة الموصى هو قيمة الأعيان الباقية منها .

١٩٦ — هذه هي أحكام الزيادة في العين الموصى بها ، وقد ذكر القانون أحوال البناء والغراس والأراضي ، ولا شك أن كل ما يماثل هذه الأحوال التي ذكرت في العقارات تنطبق أحكامها على المنقولات ، إذا كانت لها مثل هذه الأحوال ، فإذا كان الموصى به آلة تدار ، وقد تلفت بعض وحداتها ، فزاد الموصى وحدة فيها زادت قيمتها ، ولم تكن تلك الزيادة يسيرة وغيرت في معالم العين ، ولم يقصد إلحاقها بالوصية ، فإن الورثة يكونون شركاء الموصى له من بعد الوفاة بقيمتها ، وهكذا .

وهذه الأحكام مأخوذة في جملتها من مذهب مالك ، وإن انفقت في بعضها مع مذهب أبي حنيفة .

١٩٧ — المصادر الفقهية للرجوع : قلنا إن القانون لم يعتبر الجحود المجرد رجوعاً ، ولم يعتبر الزيادة أو النقص الذي لا يزيل جوهر الموصى به رجوعاً ولذا ذكر بالبيان هذين الموضوعين في الفقه الحنفي الذي هو الأصل مقارناً بالقانون ، ليتبين مقدار المغايرة بينهما .

١٩٨ — ولنتكلم أولاً في الجحود : إن عدم اعتبار الجحود رجوعاً في الهبة هو أحد تولين مصححين من مذهب أبي حنيفة ، ولذلك نعتبر مذهب أبي حنيفة هو الأصل لهذا الجزء من القانون ، ولذا نفصل القول فيه بعض التفصيل .

لقد جاء في البدائع : « لو أوصى ثم جحد الوصية ذكر في الأصل أنه يكون رجوعاً ، ولم يذكر خلافاً ، قال المعلل عن أبي يوسف في نوادره قال أبو يوسف رحمه الله في رجل أوصى بوصية ، ثم عرضت عليه من الغد ، فقال لا أعرف هذه

الوصية، قال هذا رجوع منه، وكذلك لو قال لم أوص بهذه الوصية. قال وسألت محمداً عن ذلك فقال لا يكون الرجوع رجوعاً، وكذلك في الجامع إذا أوصى بثلاث ماله لرجل، ثم قال بعد ذلك أشهدوا أنني لم أوص لفلان بقليل، ولا كثير لم يكن هذا رجوعاً عن وصية فلان ولم يذكر خلافاً، فيجوز أن يكون ما ذكر في الأصل قول أبي يوسف، وما ذكر في الجامع قول محمد، ويجوز أن يكون في المسألة روايتان، (١)

وهذا الكلام يدل على أن في المسألة رأيين أو روايتين، وقد اختار صاحب الهداية أن يكون في المسألة رأيان، رأى أبي يوسف، وهو يعتبر الرجوع رجوعاً، ورأى محمد، وهو لا يعتبر الرجوع رجوعاً، والمتون تختار قول محمد، ولذا اعتبر أصح القولين، وإن كان كلاهما صحيحاً (٢).

وحجة الرأي الذي يرى أن الرجوع رجوع (١) أن الرجوع يدل على عدم الرضا بالوصية، وليس الرجوع إلا هذا أو أن الدافع إليه هذا، وإذا اتحد المقصد فيهما، فلا بد أن يتحد المعنى، فيكون الرجوع رجوعاً.

(٢) وأن الرجوع نفي لوجود الوصية في الماضي والحاضر، فكان في دلالة على عدم وجود الوصية أقوى من الرجوع، لأن الرجوع الصحيح نفي لوجود الوصية في الحاضر فقط، فكان أولى أن يكون رجوعاً؛ لأنه أبلغ في نفي الوجود.

(٣) وأن الأشباه والنظائر تؤيد هذا المعنى، فإنكار الموكل للوكالة يعد عزلاً للموكل، وإنكار المتبايعين للبيع يعد اقالة، فكذلك إنكار الوصية يعد رجوعاً.

وحجة الرأي الثاني، وهو رأى محمد (١) أن حقيقة الرجوع تغاير حقيقة الرجوع؛ إذ أن حقيقة الرجوع اقرار بوجود الوصية في الماضي، وإبطالها.

(١) البدائع ج ٧ ص ٢٨٠.

(٢) ويجب التنبيه إلى أن مذهب الحنفية أن الرجوع لا يعتبر رجوعاً عند من يرى ذلك إذا تمخض للنفي في الماضي، فإن صرح بالنفي في المستقبل اعتبر رجوعاً، ولذلك جاء في حاشية الزيلعي ما نصه: « في نوادر ابن سبعة عن محمد إذا أوصى لرجل ثم قال لم أوص لم يكن رجوعاً، ولو قال أشهدوا أنني لا أوصى له فهو رجوع ».

في الحاضر والقابل ، أما الجحود فتبقى لوجودها في الماضي ، ولا يصح أن نعتبر حكم أحد الأمرين المتغيرين في حقيقتهما ، كحكم أحدهما من غير جهة مشتركة بينهما ، ولا اشتراك في المعنى الموجب للحكم .

(٢) وأن إنكار الوصية التي وجدت يعد كذباً ، وليس للكذب اعتبار شرعى ، بل يكون كاللغو لا حكم له .

(٣) والأشبه والنظائر تتركى ذلك ، فإنكار الشكاح لا يعد طلاقاً ، والإقرار الذى ثبت كذبه لا يلتفت إليه ، لأن الكذب لغو دائماً متى قام الدليل عليه ، فإذا كان الإقرار الكاذب فى حكم اللغو فنظيره وهو الإنكار الكاذب فى حكم اللغو .

هذا فقه المسألة فى الجحود ، وترى فى مذهب الحنفية متسعاً لحكم القانون فيها ، بل إنه يتفق مع أصح الأقوال فيه .

١٩٩ — ولننتقل بعد ذلك إلى الأفعال التى تنال العين ، فتعتبر رجوعاً : أخذ القانون فى هذه المسألة بمذهب مالك رضى الله عنه ، والقاعدة فى هذا المذهب أن التغيير فى العين إذا لم يذهب بجوهرها ولا كيانها ، ولا يعتبر إفناء لها لا يعد رجوعاً ؛ فالهلاك المبطل للوصية هو الذى يصيب الشئ فى جوهره ، لا التغيير الذى يصيبه فى مظهره ، فتحويل القمح إلى دقيق لا يعد استهلاكاً ، وخياطة الثياب لا تعد استهلاكاً ، والبناء على الأرض لا يعد استهلاكاً ، وخطط الموصى به بغيره من ملك الموصى ، بحيث لا يتميز أحدهما لا يعد استهلاكاً ، ولكن إذا ذبحت الشاة الموصى بها يعد استهلاكاً ، فتبطل الوصية .

فمالك لم ينظر إلى التغييرات التى تلحق الموصى به من حيث انها فى ذاتها تدل على الرجوع أو لا تدل ، إنما نظر الى الأفعال من حيث أثرها فى العين ، فما دامت لم تزل حقيقة الموصى به لا تبطل الوصية ، أما الفعل عنده فلا يدل على الرجوع بذاته ، إنما يدل عليه ما يحف بالفعل من قرائن قولية ، أو نحوها مما يدل على الرجوع .

وإن لب المذهب المالكي لا يوسع نطاق الرجوع ، فلا يعتبر كل شئ يدل

عليه ؛ لأن منطقته أن الرجوع في العطايا لا يجوز إلا في أحوال استثنائية ، ولم
يجز الرجوع في الوصية إلا لأنها لا ينفذ حكمها في الحال بل بعد الوفاة .

هذا نظر المالكية ، وهو نظر القانون ، أما نظر أبي حنيفة ، أو الفقه الحنفي
في جملته ، فيختلف عن ذلك ، ويقرر قاعدة أخرى ، فقد نظر في الفعل من ناحية
دلالاته على إرادة الموصى ، وأثره في العين ، فإن كان الفعل من شأنه أن يجعل
العين متصلة بملكه اتصال دوام وقرار ، أو من شأنه أن يغير عنوانها وأوصافها ،
وأحوالها ، فإن ذلك يكون معلناً لإرادة الموصى الرجوع في الوصية المعين الموصى
به فيها ، أو مزيلاً للاسم الذي تسمت العين به في الوصية ، فيكون ذلك استهلاكا
لها ، فهو يختلف عن المذهب المالكي (١) في أنه اعتبر كل تغيير للوصف أو للاسم
استهلاكا ، وكذلك اعتبر كل اتصال دائم بملكه والخلطة التي لا يكون معها تمييز
الأعيان تعد استهلاكا (٢) وأنه اعتبر ذلك التغيير دليلاً على إرادته الرجوع ،
لأن الوصية إذا كان يريد بقاءها ، فظاهر الحال يقتضى إقرارها ، لا خلطها ،
ولا التغيير فيها .

ولقد ذكر الزيلعي ضابطاً لما يعد رجوعاً في المذهب الحنفي فقال : «الأصل
فيه أن كل فعل لو فعله الإنسان في ملك غيره بغير إذن مالكه ينقطع به حق
المالك ، ويصير حقه في الضمان ، فإذا فعله الموصى بالعين الموصى بها كان رجوعاً ،
كما إذا اتخذ الحديد سيفاً ، أو الصفر آنية ، لأنه لما أثر فيه قطع ملك المالك ، فلا
يؤثر في المنع أولى ، وكذلك كل فعل يوجب زيادة في الموصى به ، ولا يمكن
تسليمها إلا به ، فهو رجوع ، وكذا إذا خلطه بغيره بحيث لا يمكن تمييزه ، اه
من التبيين بتصرف قليل .

أثر الوصية وتنفيذها

٢٠٠ م — قلنا إن الوصية التي تنفذ هي الوصية بثلك المال الذي تركه المتوفى ،
وقلنا إن الثلث لا يقدر إلا بعد الوفاة ، ولكن أيقدر وقت الوفاة ، أم يقدر
عند القسمة ؟ ثم إذا كانت التركة مدينة كيف يقدر الثلث أمن التركة كلها ، أم من
التركة بعد الدين الباقي ؟

ولنذكر الجزء الثاني قبل الأول ، إذا كانت التركة مدينة بدين مستغرق ،
فإنه لا حق للموصى له في شيء منها ، إلا إذا برئت ذمة المتوفى من الدين كله
أو بعضه ، وبراءة ذمته منه أو من بعضه تكون بإبراء الدائنين ، أو بتبرع بعض
الناس بسداد الدين عن المدين سواء أكان أجنبياً ، أم كان وارثاً ، إلا إذا استخلص
الوارث التركة لنفسه بالسداد ، وأراد بأداء الدين ذلك ، لا التبرع بالأداء عن المدين .
وفي هذه الحال ، تكون التركة أو مقدار ما حصلت البراءة فيه ، إن كانت
البراءة من بعض الدين كتركة خالية من دين ، فتعتبر الوصية من ثلثها ، ويكون
نفاذها منه ،^(١) ، فإذا كانت التركة قيمتها ألف ، وعليه دين قدره ألف وحصلت
البراءة منه ، فإن الوصية تنفذ من ثلثها ، وإن حصلت البراءة عن ستمائة فالوصية ،
تنفذ في ثلث ما قيمته ستمائة من التركة .

ومثل هذه الصورة الأخيرة ما إذا كانت التركة غير مستغرقة بالدين ، فإذا
كانت قيمة التركة ألفاً ، ومقدار الدين أربعمائة اعتبرت التركة ستمائة ، ونفذت
الوصية بثلثها .

والخلاصة أنه ينفذ الدين أولاً ، فإن بقي شيء من بعده ، كانت التركة التي
تنفذ الوصايا من ثلثها هي الجزء الخالص من الدين ، إما لأن الدين في أصله غير

(١) بينت ذلك المادة ٢٨ من القانون ، ونصها : « تصح وصية المدين المستغرق ماله بالدين ،
ولا تنفذ إلا ببراءة ذمته منه ، فإن برئت ذمته من بعضه ، أو كان الدين غير مستغرق نفذت
الوصية في الباقي بعد نفاذ الدين »

مستغرق ، أو لأن الدائن أبرأ المدين ، أو لأن أحداً من ذوى الصلة به قد سدد عنه بعضه أو كله متبرعاً له ، ففي هذه الصور كلها ، يكون الجزء الخالص هو التركة التي تورث ، وتنفذ منها الوصايا .

وذلك لأن الشرع الإسلامي جعل حق الدائنين مقدماً على الوصية ، ولأن الدائنين تعلقت حقوقهم بأعيان التركة بوفاء المدين من غير سداد ، إذ أنه بالوفاء قد ضعفت ذمته عن تحمل الدين ، فتعلق بتركته ، وما بقي من ذمته له بعد وفاته ، فليبقى المال على حكم ملكه ، حتى تسدد الديون ، وتنفذ الوصايا ، وبعدها لا يكون لذمته وجود .

٢٠١ — وإذا كانت الوصية بعين معينة ، والدين كان متعلقاً بهذه العين قبل الوفاة بأن كان للدائن حق اختصاص على العين ، أو رهن عليها ، فإن حقه في الاستيفاء منها يكون مقدماً على حق الموصى له في الوصية بها ، ولو كانت تخرج من ثلث الباقي بعد سداد الدين ، لأن الدين مقدم على الوصية باجماع الفقهاء ، ولأن حق الموصى له لم يتعلق بالوصية إلا بعد الوفاة ، أما حق الدائن فتعلق بها قبل الوفاة ، فيستوفى الدين منها أولاً .

ولكن إن استوفى الدين منها كلها ، أو من بعضها لا يضيع حق الموصى له في الوصية ؛ لأن الوصية قد صححت ، ولزمت بقبول الموصى له بعد الوفاة ، فلا تقبل السقوط بعد ثبوتها ولزومها ، ما دام للمتوفى تركة تخرج العين من ثلثها ، فإن لم تستوف بذاتها نفذت بقدرها .

ولهذا قرر القانون^(١) أنه يرجع بقيمة الموصى به في باقى التركة ، إن سدد الدين من الموصى به المعين له ، ويعتبر ثلث الباقي بعد الدين ؛ لأن التركة التي توزع بين الورثة والموصى له هي التي تكون بعد البراءة من الدين بالسداد أو بالإبراء .

٢٠٢ — هذا ويجب التنبيه إلى أن وصية المدين ، ولو كان الدين مستغرقاً ،

(١) هذا ما ذكرته المادة ٣٩ — ونصها : « إذا كان الدين غير مستغرق ، واستوفى كله أو بعضه من الموصى به كان للموصى له أن يرجع في ثلث الباقي بعد وفاء الدين . »

تعتقد ، ولا تقع باطلة ، وذلك لأن العبرة بكونه مديناً أو غير مدين ، إنما تكون عند الوفاة ، وتعلق الدين بالتركة إتماماً يكون عند الوفاة ، ووقت إنشاء الوصية وهو وقت الحياة ليس وقت الموازنة بين ما يملك ، وما هو دين عليه ، فعساه يكون مديناً عند الإنشاء ، وخالصاً من كل دين عند الوفاة ، وقد يكون العكس ، فالمال غاد ورائح ، فالحكم ببطلان الوصية لأجل الدين لا سبب يقتضيه .

ولا يصح أن يقال إن الوصية تكون متوقفة على إجازة الدائنين بعد الوفاة ، لأننا لو قلنا ذلك لكان معناه أن الدائنين إن أجازوها نفذت ، ولو كانت في كل المال الذي أجزت فيه ، ويلاحظ حق الورثة .

إنما السلام السائغ أن يقال إن الوصية صحيحة ، ولكن يمنع تنفيذها هي وحق الورثة على سواء - المحافظة على حقوق الدائنين ، فإن أسقطوا دينهم ، فقد زال المانع من تنفيذ الوصية وميراث الورثة ، أو يقال إن المتوفى يتعاق بماله حقان أحدهما أسبق من الآخر ، أما الأول فهو حق الدائنين ، وأما الثاني فهو حق الورثة والموصى له ، وهما بالنسبة للدائنين مرتبة واحدة ، فإذا زال حق الدائنين بأداء الدين إن كان غير مستغرق أو بالبراءة ، ولو كان مستغرقاً ، فإن حق الورثة والموصى له يجيء ، فيقاسم الموصى له الورثة في حدود الثلث من غير حاجة إلى رضا منهم ، ويأخذون هم الباقى بعد الوصية يقسمونه على حسب الفريضة الشرعية .

وأحكام التركة المدينة من حيث حق الورثة والدائنين متفق عليه في المذهب الحنفي .

٢٠٣ - ننتقل إلى الكلام في وقت تقدير الثلث ، أنه بلا شك في التركة المدينة يقدر الثلث بعد البراءة أو سداد الدين فعلاً ، ولو تمت القسمة قبل السداد ، لأنه عسى ألا يكون الجزء المخصص للدين لايق ، ولأن اعتبار حق الدائنين مقدماً على حق الورثة والموصى له يوجب الانتظار إلى أن يسدد الدين ، حتى يعرف خالص التركة .
وأما إذا كانت التركة خالية من الديون أو سددت الديون أولاً ، أي يقدر الثلث بثلث الأموال عند الوفاة ، أم بالثلث عند القسمة ؟ هذا موضع النظر

والاختلاف بين الفقهاء ، ولذا ذكره غير مفصلين ، وان كنا موضحين ، ثم نبين بعد ذلك ما اختاره القانون .

لقد اختلف الفقهاء في وقت ملكية الموصى به ، وبناء على اختلافهم في وقت الملكية اختلفوا في أمرين مترتبين على ذلك : (أحدهما) الوقت الذي تقدر فيه التركة ، (وثانيهما) ملكية الزوائد التي زادها الموصى به بعد وفاة الموصى إلى وقت القسمة ، فإن هذين الأمرين مترتبان للاحالة على وقت الملكية ، فإذا جرى في وقت الملكية اختلاف ، فهو جار فيها للاحالة ، فلنذكر الاختلاف الأصلي ، ثم نذكر بعد ذلك الاختلاف الفرعى :

لقد اختلف الفقهاء في وقت الملكية على أقوال أربعة :

القول الأول : أن الملكية تبتدىء وتثبت من وقت الوفاة ، لا من وقت القبول ، وأساس هذا الرأي أن الملكية في الوصية لا تحتاج إلى القبول لالتزامها ، ولا للزومها ، بل الملكية تنتقل بها كما تنتقل بالميراث من غير حاجة إلى قبول ، إذ الملك فيهما بالخلافة ، والملكية بالخلافة لا تحتاج إلى قبول ، وهذا رأى زفر وبعض المالكية ، وقد ذكرناه في صدر كلامنا في الوصية عند الكلام في القبول ، وبيننا وجهة نظر مخالفه ، وردم لحجته .

القول الثاني : أن الملكية تثبت من وقت القبول ، فالقبول في هذه الحال شرط لتتمام الوصية ، فالوصية حينئذ لا تتم إلا به ، ولا تثبت الملكية بها إلا من وقت تمامها ، فأيجابها والوفاة لا يكونان السبب الذي أوجد الملكية للموصى له ، إنما السبب هو الايجاب والوفاة والقبول ، ولا تثبت الملكية قبل تمام سببها .

وقد وجد هذا القول عند المالكية والشافعية ، وهو أرجح الأقوال عند الحنابلة . والمالك في الفترة التي بين الوفاة والقبول ، قد اختلف فيه أصحاب هذا الرأي ، فبعضهم قال إن الملكية تستمر للموصى ، حتى تقول للموصى له ، لأن الوصية قبل القبول معلقة تحتل الوجود والعدم ، فان تمت بالقبول فقد وجدت ، وإن

لم يكن القبول فقد ألغيت ، فان وجدت آل الموصى به إلى الموصى له ، وإن ألغى الإيجاب بعدم القبول آلت العين للورثة ؛ فيبقى ملك الموصى ، حتى يتبين من يؤول الموصى به إليه .

وبعضهم قال إن الملكية تكون للورثة في هذه الفترة ، وذلك لأن الورثة هم الخلفاء بمقتضى حكم الشارع على التركة بمجرد الوفاة ، ولا تلغى خلاقهم في جزء من التركة ، إلا بوصية من المورث ، ولم توجد تلك الوصية لازمة قبل القبول ، فبقي حكم الأصل جارياً إذ لم يثبت خلافه ، فاذا قبل الموصى له الوصية زالت خلافهم ، وحلت محلها خلافته .

القول الثالث : أن الملكية تبدىء من وقت الوفاة ، ولكن لا تثبت إلا بالقبول ، فقبل القبول لا تثبت ملكية للموصى له وبعد القبول تثبت ، وإذا ثبتت كانت مستندة إلى وقت الوفاة ، وكأن الملكية في الفترة التي تكون بين الوفاة والقبول ، تحتل الثبوت للورثة أو للموصى له ، والقبول يعين أحد الاحتمالين ، فالقبول تتكشف به الملكية ، وتستبين أنها للموصى له ، وعلى هذا الرأي يكون القبول شرطاً للزوم الوصية ، وليس بجزء متمم لها ، إذ السبب الموجد للملكية هو إيجاب الموصى فقط ، ولكنه يشترط لأعمال ذلك السبب قبول الموصى له بعد الوفاة ، وإذا توافر الشرط عمل السبب من وقت تحقق معناه وهو وقت الوفاة ، وقد بينا وجهة هذا الرأي في صدر كلامنا في الوصية ، لأنه المصرح به في القانون .

وهذا رأى عند الشافعية ، وهو أصح الأقوال عندهم ، ورأى عند المالكية ، وهو أشهر الأقوال في ذلك المذهب .

القول الرابع : وهو قول الحنفية ، وهو في معناه كالرأى الثالث ، أى أن الملكية تثبت من وقت الوفاة ، وأن القبول شرط لثبوت الملكية من وقت الوفاة ، ولكنهم يضيفون شرطاً آخر غير القبول لثبوت الملكية مستقرة في ذلك الوقت ، وهو القسمة والقبض ، أى أن الملكية تثبت من وقت الوفاة ،

ولكن يكشف ثبوتها مستقرة أمران لا أمر واحد ، ويجعلون القسمة والقبض الموصى به هو الأمر الثاني ، أى أن الفرز والقبض بعد القبول هو الذى يعين الملكية المستقرة ويكشف ثبوتها .

وبناء على ذلك الرأى يكون ما يهلك قبل القسمة والقبض ، ولو كان الموصى به معيناً محتسباً من الجميع ، ولا تخلص الأعيان الموصى بها من ذلك .

٢٠٤ — هذه أقوال الفقهاء فى وقت الملكية ، ولنطرح منها الرأى الأول ، فإنه فى جوهره لا يفترق عن الرأى الثالث إلا فى اشتراط القبول ، وليس ذلك بجوهري بالنسبة لابتداء الملكية ، فهو من حيث ابتداؤها يتفق مع الرأى الثالث ، فالأقوال ثلاثة :

وقد أبنى على ذلك الخلاف خلاف فى وقت تقدير الوصية ، وكانت الأقوال أيضاً ثلاثة :

القول الأول : قول الشافعية فى المشهور وبعض المالكية أن تقدير التركة ، واعتبار الثلث الذى لا يحتاج فى نفاذه إلى إجازة الورثة هو وقت الوفاة ، وذلك لأن الملكية فى الموصى به تكون من وقت الوفاة ، فيجب أن يكون تقدير الثلث فى وقت الوفاة .

القول الثانى : قول عند الحنابلة ، وهو تقدير قيمة الموصى به بالنسبة للتركة عند القبول ، لأن الملكية عند أصحاب هذا الرأى لا تنشأ إلا عند القبول ، فلا تكون من قبله ، فلا يكون تقدير الثلث قبل ذلك ، وقال بعض الحنابلة إن تقدير الثلث يوم القسمة والقبض ، وهو الرأى الثالث الذى سنبينه .

القول الثالث : قول الحنفية إن الثلث يقدر يوم القسمة ، لأن ذلك وقت تنفيذ الوصية وإعطاء كل ذى حق ، فكل نقص فى القيمة ، أو هلاك فى الأعيان يكون من حصص الجميع ، فيكون تقدير الثلث على ذلك الأساس ، وكذلك إذا زادت الأعيان بنماء ، أو غلات يكون للجميع ، وقد وافق على ذلك الرأى بعض الحنابلة وبعض المالكية ، ففى منح الجليل : « إن المعتبر فى الثلث ثلث مال الموصى يوم

تنفيذ الوصية لا يوم وفاته، وفي حاشية العدوى على الخرشى إن العبرة بالثلث
يوم التنفيذ زاد المال أو نقص .

٢٠٥ — هذه الأقوال في تقدير التركة، وتقدير الثلث بالنسبة إليها، وترى
أن الخلاف في ذلك أساسه الخلاف في ابتداء الملكية في الجملة، وإن خالف
بعض الفقهاء الأصل في بعض ما ارتأوه، فقالوا في التقدير ما لا يبني على ما قيل
في ابتداء الملكية .

أما الخلاف في النماء فهو مبني على استقرار الملكية، فمن قال إن الملكية
تستقر بالابتداء من وقت الوفاة قال إن زيادة الموصى به المتولدة والغلات
والزيادة المتصلة التي تعتبر نماء، أو التي يكون منشؤها غلاء الأسعار تعتبر ملكا
للموصى له إن حدثت بعد الوفاة، فكل زيادة بعد الوفاة تعتبر ملكا للموصى
له، إن كان معينا، ويخرج من الثلث وقت الوفاة، وملكيها على أنها نماء ملكه
لا من الوصية .

ومن قالوا إن الملكية تثبت مستقرة من وقت القبول، لا من وقت الوفاة،
قد قرروا أن نماء العين وزيادتها المتولدة وغلاتها ونمائها يكون كله للموصى له
من وقت القبول، على أنها نماء ملكه .

ومن قال إن الملكية لا تستقر إلا بالقسمة والقبض أى وقت تنفيذ الوصية
قرروا أن الزيادة في العين تكون ملكا للموصى له من ذلك الوقت .

ولقد قرر الحنفية أن الزيادة تعتبر ملكا للموصى له على أنها نماء ملكه من
وقت القبض، أما من وقت الوفاة إلى القبض، فإنها تعتبر ملكه على أنها وصية،
أى أن قيمتها تقدر في تقدير الثلث، وتثبت الملكية على أنها من توابع العين
وتوابع الموصى به تدخل في الوصية من غير نص عليها، ولكنها تقدر في الثلث .

والفرق بين ذلك الرأى والرأى الأول أن الرأى الأول لا يدخل تقديرها
في الثلث، بل الذى يقدر في الثلث هو العين نفسها، أما الزيادة فهي نماء ملكه
لا تدخل فيه، إذ العين قد خرجت من التركة بثبوت الملكية مستقرة من وقت

الوفاة ، أما الرأي الأخير ، فإنه يثبت الملكية في الزيادة على أنها تابعة ، أى في ضمن الموصى به ، فتكون مقدره من الثلث .

٢٠٦ — هذا هو فقه الموضوع ، ولننتقل إلى حكم القانون في وقت تقدير الثلث بالنسبة للموصى له المعين من التركة ، أهو وقت الموت ، أم وقت القسمة ؟ لم يصرح القانون بحكم ذلك ، ولكن يمكن استنباط حكمه من ثنايا نصوصه ، وإن لم يصرح ، وهو استنباط توافرت مقدماته ، فكان الإنتاج فيها قطعياً ، أو قريباً منه .

لقد ذكر القانون في المادة الخامسة والعشرين أن الموصى له إذا كان موجوداً وقت الوفاة استحق الموصى به من حين الموت ، وأن زوائد الموصى به المعين من حين الملك أى من وقت الموت إلى القبول — للموصى له ، ولا تعتبر وصية ، وأن على الموصى له نفقة الموصى به في تلك المدة .

ولقد قررنا أن الذين يقولون إن الملكية تثبت مستقرة من وقت الوفاة ، وأن الزوائد تكون في ملك الموصى له على أنها نما ملك لا وصية هم الذين يقررون أن الثلث يقدر وقت الوفاة ، لا وقت التسليم .

وأن المنطق يقتضى أن نقرر ذلك ، لأنه إذا كانت الزيادة تكون من وقت الوفاة بحكم انها نماء الملك ، لا بحكم أنها من الوصية كما يقول الحنفية ، فمعنى ذلك أن تلك الزوائد لا تدخل في تقدير الثلث ، بل تكون الزيادة من حسابه ، وعلى ذلك يكون التقدير للثلث من قبل ذلك ، أى من وقت الوفاة .

لهذا نقرر أن القانون يعتبر تقدير الثلث بالنسبة للموصى به المعين أو المثلثات المرسله هو وقت الوفاة ، لا وقت القسمة ؛ لأنه قرر أن النماء للموصى له .

التركة إذا كان بعضها ديناً أو مالا غائباً

٢٠٧ — إذا كانت التركة بعضها حاضر وبعضها غائب ، أو بعضها عين ، وبعضها دين ، أو اجتمعت العناصر الثلاثة فكان فيها مال حاضر ، ومال غائب ، ودين ، فإنه في هذه الحال لا تنفذ الوصية في كل التركة دفعة واحدة ، بل يتسدى تنفيذها من

الحاضر ، لأن الغائب على خطر الهلاك ، والدين على خطر التوى ، ومن العدل أن يحتاط لحق الورثة في الثلثين فيحفظ أولاً من الحاضر ، حق إذا صار الغائب حاضراً ، وصار الدين عيناً ، كمل ما عساه يكون قد نقص من الموصى له عند تنفيذ الوصية من الحاضر فقط ، ولذلك قرر القانون ذلك الاحتياط للورثة ، فاعتبر تقدير الوصية من ثلث المال الحاضر ، فإن كانت تخرج من ثلث الحاضر نفذت كاملة ، وإن كانت لا تخرج من ثلثه فإنه لا ينفذ إلا ثلث المال الحاضر ، بالاتفاق ، وفي كل الأحوال ، ولكن هناك اختلاف في الآراء ، واختلاف في الأحوال في طريقة التنفيذ .

والأحوال أربع ، وإنا إذا كرون كل حال ، وحكمها ، ومصدرها الفقهي فيما يلي :

الحال الأول — أن يوصى بسهم شائع من كل ماله ، كثلثه (١) أو ربعه . وفي التركة مال غائب أو دين على أجنبي ، فإنه يأخذ سهمه من الحاضر ، وكلما استوفى جزء من الدين استحق سهمه فيه ، وكذلك كلما حضر جزء من المال الغائب استحق سهمه فيه أيضاً ، فإذا أوصى الشخص بربع ماله ، وكان حاضره ألفاً ، وأربعمائة دين ، فإنه يستحق ربع الألف ، وكلما استوفى من الدين مقدار استحق ربعه ، وهكذا ، وذلك لأنه بالوصية له بربع ماله صار شريكاً للورثة في الربع ، في الحاضر والغائب ، والدين والعين ، والشريك تكون حصته شائعة في كل أنواع المال ، فهو شريكهم بالربع في المال الحاضر ، وشريكهم به في الدين ، ويكون ماله من الحقوق في العين والدين مثل ما لهم ، ونصيبهم فهما مختلف باختلاف حاله ، فيكون مثلهم يأخذ ربع الموجود ، ثم ربع ما يستوفى .

وهذا حكم متفق عليه في المذاهب الأربعة ، لم يختلفوا فيه ، وهو مقتضى المنطق ، ومقتضى المساواة في الشركة .

(١) بينت حكم هذه الحال المادة ٤٤ ، وهذا نصها : « إذا كانت الوصية بسهم في التركة ، وكان فيها دين أو مال غائب استحق الموصى له سهمه في الحاضر منها ، وكلما حضر شيء استحق سهمه فيه » .

٢٠٨ — الحال الثانية — أن يوصى بقود مرسل غير معينة ، كألف جنيه ، وكانت التركة فيها ديون على أجنبي أو أموال غائبة ، فإن كانت الألف تخرج من ثلث الحاضر أخذها نقداً ، إن كانت موجودة نقداً ، وإن لم تكن موجودة يبيع من أعيان التركة ما يكفي الوصية ، وإن كانت لا تخرج من ثلث المال الحاضر ، أعطى ثلث الحاضر ، وكلما استوفى من الدين مقدار استحق الموصى له ثلثه ، حتى يتم استيفاء الألف كاملة ، وهكذا .

وذلك لأن الموصى له بمال مرسل لا يعد شريكا للورثة في كل التركة ، بل له قدر معلوم ، والوصية مقدمة على الميراث فيقدم الموصى به على الميراث ، ولكن لوحظ ألا ينفذ إلا في ثلث الحاضر احتياطاً لحق الورثة ، لأن الغائب على خطر الهلاك ، والديون على خطر التوى ، فنفذ فقط في ثلث الحاضر ، فإن خرج منه نفذ ، وإن لم يخرج منه بقي الزائد .

وهذا مذهب أبى حنيفة أيضاً ، والفرق بين هذه الصورة ، وسابقتها أن سابقتها كانت الوصية فيها بسهم شائع في التركة عينا ودينا ، حاضرها وغائبا ، فكان شريكا للورثة لا محالة في الحاضر والغائب ، أما في هذه الصورة ، فالوصية لا توجب الشركة ، والوصية مقدمة في تنفيذها على الميراث ، فيبدأ في تنفيذها ، ملاحظاً ألا تزيد على ثلث المال الحاضر ، فإن زادت نفذت في ثلثه ، ثم ما يبقى يؤخذ ثلثه حتى تتم الألف .

٢٠٩ — الحال الثالثة^(١) — أن تكون الوصية بعين معينة ، أو بقود معينة بالتعيين كالودائع ، وهناك ديون على أجنبي أو أموال غائبة ، فإنه إذا كانت العين تخرج من ثلث المال الحاضر ، استحقها الموصى له ، وإذا كانت لا تخرج من ثلث المال الحاضر ، فإن الموصى له يستحق من العين ما يساوى

(١) بينت حكم هذه الحال . وحكم سابقتها المادة ٤٣ وهذا نصها :

« 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 يستوفى حقه » .

الثالث ، والباقي من العين يكون ملكا للورثة ، فاذا حضر بعد ذلك المال الغائب ، أو استوفى بعض الدين استحق منه ثلثه ، حتى يأخذ كل الباقي من الوصية ، وفي هذه الحال يأخذ بعض الموصى به بعينه ، وبعضه بقيمته ، ولنضرب بذلك مثلا مبيناً ، إذا أوصى بدار من تركته لشخص ، وفي تركته أموال غائبة أو ديون ، فإن كانت الدار تخرج من ثلث الحاضر نفذت الوصية فيها ، وإن كانت لا تخرج من ثلث الغائب نفذت الوصية ما يعادل ثلث الحاضر ، فاذا كان ثلث الحاضر يساوي ثلاثة أرباع الدار استحق ذلك القدر ، والرابع الباقي منها يأخذه الورثة ، ويكون له قيمته ، يأخذها من المال الغائب عند حضوره ، أو من الدين عند استيفائه ، فكلما حضر قدر أخذ ثلثه ، حتى تتم قيمة الربع الذي أخذه الورثة .

هذا حكم القانون ، وقد جعل الوصية بالعين كالوصية بالنقود المرسلة ، فالموصى له يستحق ثلث الموجود ، ويأخذ الورثة ثلثي الموجود ، وفيه الباقي من العين .

والأساس الذي قام عليه القانون في ذلك أن القسمة تجري كاملة في المال الحاضر ، ثم تجري القسمة بعد ذلك في كل جزء من المال يجرى بعد ذلك ، وقد اقتضت القسمة الكاملة للمال الحاضر ألا يأخذ الموصى له من العين الموصى بها . إلا ما يساوي ثلث التركة الحاضرة ، ثم يأخذ الباقي الورثة ، وفيها بقية العين الموصى بها .

وهذا الرأي مخالف لمذهب أبي حنيفة ، والقانون أخذ من رأى الباجي من فقهاء المالكية .

ولنوازن بين هذا الرأي ومذهب الحنفية : إن مذهب الحنفية يجعل الوصية بالعين لا تنفذ إلا في العين ، فإن كانت تخرج من ثلث الحاضر استحقها الموصى له كاملة ، وإن كانت لا تخرج استحق ما يساوي الثلث ، والباقي منها يستمر موقوفاً ، فإن جاء قدر من المال الغائب أو الدين استحق من باقي العين ما يساوي ثلث المال الذي حضر ، والدين الذي استوفى ، حتى تستوفى العين كاملة ، فإن انتهى الأمر بالأمر بالاستوفى من الدين شيء ، أو لا يحضر من المال الغائب شيء ، كان باقي العين للورثة .

ومزايا المذهب الحنفي أنه يحقق إرادة الموصى تحقيقاً كاملاً ، فإن الوصية لا تنفذ إلا بما يعينه للوصية . ولكنه يؤخر القسمة ، ولا يجعل حقوق الورثة والموصى له ثابتة مستقرة ، بل يجعل جزءاً من المال متردداً موقوفاً ، وقد يستمر استيفاء الدين سنين ، فتكون الحال مضطربة طوال مدة الاستيفاء .

ومزايا ماأخذ به القانون أن تقسم الأعيان الحاضرة ، فيعرف كل ذى حق حقه فيها مستقراً ثابتاً غير مضطرب ، ولكنه لا ينفذ إرادة الموصى كاملة ؛ إذا ينفذ بعض الوصية في غير ماعينه الموصى ، ولكن بقيمته ، ولكل وجهة ، ووجهة القانون عملية تسهل الانتفاع ، وتقرر الأمور وثبتها ، ولقد نفذت إرادة الموصى في القيمة ، وبذلك تحقق غرضه في الجملة .

٢١٠ - الحال الرابعة - أن يوصى بسهم شائع في نوع من ماله (١) ، كان يوصى بنصف أطيانه ، وكان له وقت الوفاة تسعون فدانا وديون تساوى قيمتها فإنه في هذه الحال إن كان الموصى به يخرج من ثلث الحاضر من التركة استحقه وإن كان لا يخرج من ثلث الحاضر من التركة ، فإنه يأخذ الثلث ، ففي المثال السابق يأخذ الثلث ، وقدره ثلاثون فدانا ، وما بقى يأخذه الورثة ، ولكن أخذهم للباقي قابل للقبض في بعضه ، فإذا استوفى جزء من الدين أخذ من باقى الأطيان ما يساوى الدين الذى استوفى ، حتى يتم القدر الموصى به .

وترى من هذا أن الورثة قد أخذوا ثلثى الأطيان ، ثم ردوا بعضها ، ولهم

(١) قد بينت أحكام هذه الحال المادة ٤٥ من القانون ، وهذا نصها : « 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 ، والا استحق الموصى له من سهمه بقدر هذا الثلث ، ويكون الباقي للورثة ، وكلما حضر شيء استحق الموصى له بقدر ثلثه من النوع الموصى بهم فيه ، على ألا يضر ذلك بالورثة ، فإن كان يضر بهم أخذ الموصى له قيمة مايق من سهمه في النوع الموصى به من ثلث ما يحضر ، حتى يستوفى حقه » .

أن يتصرفوا فيما امتلكوا تصرف الملاك ، فلمهم أن يبنوا فيه ، وأن يغرّسوا ، وأن يتصرفوا فيه كل التصرفات السائغة الجائزة ، ولذلك قد يحصل ضرر إن استرد الموصى له بعض ما في أيديهم ، وقد قدر القانون هذه الحال ، وفرضها ، ووضع حكماً لها ، فجعل للورثة إن تضرروا من أخذ الموصى بقية حصته من النوع الذي أوصى له ببعضه الحق في أن يعطوه قيمة الباقي ، ومثال ذلك أن يوصى لشخص بنصف أرضه الزراعية من تركته ، وهي كل ماله الحاضر ، فإنه لا يستحق إلا الثلث ، ويأخذ الباقي من النصف إذا حضر جزء من المال الغائب ، أو استوفى بعض الدين ، ولكن الورثة أخذوا الثلثين ، وبنوا فيهما ، ففي هذه الحال يتضررون بهدم البناء ، ولذلك أجاز لهم في حال الضرر هذه أن يعطوه قيمة ما بقي من سهمه في النوع الموصى بسهم فيه ويجبر على القبول .

والقانون في هذه الحال أخذ بمذهب أحمد بن حنبل ، وقاعدة نفي الضرر من مذهب الحنفية ، وهي مقررة في كل الفقه الإسلامي ، لا عند الحنفية وحدهم .

ولنا أن نلاحظ أن القانون قد خالف ما قرره في الوصية بعين من التركة ، إذ جعل للموصى له قيمة الباقي إذا كانت العين لا تخرج من ثلث الحاضر ، فيعطى له ما يساوي الثلث ، والباقي يكون للورثة ، ويكون له مما يستوفى من الدين ، وما يحضر من المال الغائب ما يكمل قيمة الدار ، يستوفيه من ثلث الغائب والدين شيئاً فشيئاً .

بينما قرر هنا أن الوصية تنفذ دائماً من النوع الذي أوصى بسهم فيه ، إلا إذا تضرر الورثة ، فإنهم يعطون الموصى له قيمة ما بقي من نصيبه عند استيفاء الديون .

وكان المنطق يوجب التسوية بين الوصية بمعين ، والوصية بسهم في نوع من المال ، وكان ينبغي أن يكون الحكم في هذه الحال كالحكم في الوصية بالعين ؛ وذلك لكي تتم القسمة ، وتستقر الحقوق ، ولا تضرب ، أما أن يقسم النوع المعين ثم تنقض القسمة إذا لم يكن ضرر بالورثة ، ولا تنقض إذا كان هناك ضرر بالورثة ، فهذا لا يجعل الحقوق مقررة ثابتة ، ولا يجعل القانون سائراً على منطق فقهي متحد .

٢١١ — هذه الأحكام كلها إذا كان الدين على أجنبي ، أما إذا كان الدين على بعض الورثة ، فلذلك أحكام خاصة به ، وقبل أن نتجه إلى بيانها ننبه إلى أربعة أمور :

أولها — أن الأحكام السابقة تنفذ كلها في أحوالها ، إذا لم يكن ثمة اتفاق بين الموصى له والورثة ، فإن اتفقوا على شيء فيما بينهم ، فلا اتفاق هو الحكم بينهم ، إذ الاتفاق دائماً هو مفصل الحقوق ، وشريعة المتفقين مالم يحرم حلالاً ، أو يحلل حراماً ، وليس في الصلح بين الموصى له والورثة على أمر من الأمور تحليل أو تحريم .

ثانيها — أن المراد من المال الحاضر ما كان تحت تصرف الموصى له أو الورثة ، كالودائع في المصارف ، والمال في أيدي الوكلاء ، والعقارات التي في أيدي الورثة ، وغير ذلك ، والمراد بالمال الغائب ما كان خارجاً عن تصرف الورثة والموصى له أو كان مخوفاً عليه ، كمال في سفينة ، أو في بركة ، أو كان في يد غاصب ، ولا حجة لاثباته ، أو هناك حجة لاثباته ولا قدرة تحمله على التسليم قبل استهلاكه أو هلاكه .

ثالثها — أن القانون لم يبين وقت اعتبار المال غائباً ، أعتبر الغيبة وقت الوفاة فقط ، أم تعتبر الغيبة ، ولو كانت بعد الوفاة إلى وقت القسمة ، فإذا كان المال وقت الوفاة حاضراً ثم غاب بأن غصبه غاصب أيعد غائباً .

ولم تبين المذكرة التفسيرية أيضاً ، نعم إنها بينت الدين ، فقالت : المراد بالدين مالم يستوف إلى وقت القسمة ، وما كان ذلك في حاجة إلى ذكر ، لأن الدين لا بد أن يكون وقت الوفاة بالبدهاء ، ويستمر ديناً مالم يستوف إلى وقت القسمة ، فإن استوفى قبلها كان من غير المعقول أن تسميه ديناً ، ويكون من لغو القول .
التنبيه إلى ذلك .

ولكن الغياب ، وهو الذي يتصور أن يحصل بعد الوفاة في الفترة التي بين الوفاة والقسمة هو الذي كان ينبغى تفسيره ، وإن رأى الحنابلة أن الاعتبار للغياب

هو الغياب وقت الوفاة ، وبعد ذلك لا يتأثر به نصيب الموصى له إذا كانت الوصية بعين أو بسهم منها أو بوصية مرسله بقدر من النقود ، أما الوصية بسهم شائع في التركة ، فإن التركة تكون شركة بين الموصى له والورثة ، فالغياب يكون عليهما . وإن رأى الحنفية أن العبرة بالحاضر والغائب هو ما يكون غائباً أو حاضراً عند تقسيم التركة ؛ لأن التركة قبل التقسيم على حكم ملك الميت ، فالزيادة والنقص فيها على الجميع إلى وقت القسمة .

وإن الذى نراه يتفق مع جملة أحكام القانون هو رأى الحنابلة ؛ وذلك لأن القانون حكم بملكية الموصى له للموصى به من وقت الوفاة إذا قبل ، وأن تمام العين الموصى بها يكون للموصى له ، وأن نفقاتها تكون عليه ، وإذا كان الأمر كذلك فملكيته تثبت في العين ، واستحقاقه للنقود المرسله يكون من وقت الوفاة ، فلا تتأثر حقوقه بغياب بعض التركة بعد ذلك ، لأن الثابت لا يزول ، إلا إذا كان السبب الذى قام عليه الحق قد ثبت أنه غير قائم ، ولم يتبين ذلك ، وليس من ذلك غياب بعض التركة .

أما إذا كانت الوصية بسهم شائع من التركة كلها . فإن الشركة قائمة ما لم تحصل قسمة ، فالغياب يكون على الفريقين بمقتضى هذه الشركة الثابتة .

الأمر الرابع : أن القانون لم يذكر في هذا المقام الوقت الذى تقوم فيه التركة ليتين تلك الحاضر أهو وقت الوفاة ، أم وقت القسمة ، ولقد انتهينا إلى أن القانون يعتبر في جملة أحكامه وقت الوفاة هو وقت تقدير التركة ، كما بينا ذلك عند الكلام في مقدار الوصية ، فيعتبر ذلك إلا إذا كانت الوصية بسهم شائع لا بنقود مرسله ولا بعين .

٢١٢ — وإذا كان على بعض الورثة^(١) دين أيعتبر هذا الدين كالدين على

(١) قد بينت حكم الوصية إذا كان على بعض الورثة دين في المادة ٤٦ وهذا نصها :
« في جميع الأحوال المبينة في المواد السابقة إذا اشتملت التركة على دين مستحق الأداء على أحد الورثة وكان هذا الدين من جلس الحاضر من التركة كلها أو بعضها ، وقعت المقاصة =

أجنبي ، فيعتبر مالا غائباً ، ولا يعطى الموصى له إلا ثلث الحاضر ، سواء أ كان الموصى به عيناً أم مثلياً مرسلًا ، أم سهمًا شائعاً في نوع من التركة ، أم سهمًا شائعاً في التركة كلها ، أم يعتبر كالمال الحاضر ، فيعطى الموصى له الموصى به ما دام يخرج من ثلث التركة كلها من غير نظر إلى كون بعض التركة ديناً ؟ لذلك أحوال ثلاث :

الحال الأول — أن يكون الدين غير مستحق الأداء وقت الوفاة ، وكانت القسمة قبل حلول أجل الأداء ، فإنه في هذه الحال يعتبر كالدين على أجنبي ، ولا يأخذ الموصى له إلا ما يعادل المال الحاضر ، حتى يحل أجل الأداء ، فإنه يكمل له مقدار الوصية ، وذلك لأن الدين إذا كان مؤجلاً فهو غير مستحق الأداء في الحال ، وإذا كان غير مستحق الأداء في الحال ، فلا يمكن استيفائه جبراً من نصيبه في التركة ، لأن الإيجابار عند حلول أجل الوفاء ، والامتناع عن الوفاء ، إذ المطلب في هذه الحال يكون ظلماً ، فيستوفى الدين ببيع ماله ، وذلك من نصيبه في التركة ، إن كان فيه سعة ، وإلا فمنه ومن غيره .

الحال الثانية — أن يكون الدين قد حل أداءه عند الوفاة أو عند القسمة ، وكان أقل من نصيب الوارث المدين أو مساوياً ، ففي هذه الحال يعتبر الدين بالنسبة للموصى له مالا حاضراً ، لا ديناً ؛ وعلى ذلك يأخذ الموصى له وصيته كاملة مادامت في أصلها تخرج من الثلث ، فإن كانت مرسلة استوفاهها كاملة ، وإن كانت عيناً تسلمها غير منقوصة ، وإن كانت بسهم من عين أو نوع أو كل التركة استحقه من غير نقص منه ، لأن التركة كلها معتبرة حاضرة ، لأن في نصيب

== فيه بقدر نصيب الوارث فيما هو من جنسه ، واعتبر بذلك مالا حاضراً ، وإذا كان الدين المستحق الأداء على الوارث من غير جنس الحاضر ، فلا تقع المقاصة ، ويعتبر هذا الدين مالا حاضراً إن كان مساوياً لنصيب الوارث في الحاضر من التركة أو أقل ، فإن كان أكثر اعتبر ما يساوى هذا النصيب مالا حاضراً ، وفي هذه الحالة لا يستولى الوارث على نصيبه في المال الحاضر ، إلا إذا أدى ما عليه من الدين ، فإن لم يؤده باعه القاضى ، ووفى الدين من ثمنه .
وتعتبر أنواع النقد وأوراقه جنساً واحداً .

الوارث المدين وفاء بالدين ، فلا يخشى عليه التوى ، فإن أدى الدين تسلم نصيبه ، وإن لم يؤده بيع ووفى الدين المستحق للتركة من ثمنه ، وحق باقى الورثة والموصى له إن كانت الوصية بسهم شائع فى التركة قد تعلق بنصيب الوارث المدين ، كتعلق حق المرتهن بالعين المرهونة ، فإن كان هناك موصى له بثلث التركة ، وللموصى ابنان أحدهما مدين بتسعمائة جنيه والتركة ١٢٠ فدان ، وهذا الدين ، فالموصى له يستحق ثلثها ، وكل واحد من الابنين الثلث ، فيأخذ الموصى له حصته من الأطنان (٤٠ ف) فداناً ، والابن غير المدين حصته (٤٠ ف) أيضاً ، والأربعون الثالثة تكون تحت أيديهما كالرهن للوفاء بحصتهما من الدين ، وهى (٣٠٠ جنيه) لكل واحد منهما ، فان وفاها تسلم أطيانه ، وإلا يبيع منها بأمر القاضى ما يوفى بحصتهما من الدين أو يأخذ الباقى .

وتعتبر التركة كلها كما قلنا مالا حاضرأ بما فيها الدين لضمان استيفائه بالنصيب من الميراث ، سواء أ كانت التركة كلها أو بعضها من جنس الدين أم لم يكن شىء منها من جنس الدين .

غير إنه إن كان بعضها من جنس الدين سقط من الدين ما يعادل حصة الوارث فى جنسه ، فإذا كانت التركة ١٢٠ (فدان) و ٦٠٠ جنيه ، والدين ٩٠٠ وكان الموصى له بالثلث مع ابنين ، أحدهما المدين كما ذكرنا ، فانه يسقط من الدين مائتا جنيه هى حصة المدين وتحتسب المائتان من حصة الموصى له والوارث غير المدين فى الدين ، أى أنه يكون لكل واحد منهما عليه بعد ذلك مائتان ، ويكون نصيبه فى الأطنان ضماناً لأدائها ، وهكذا . . .

الحال الثالثة — أن يكون الدين قد حل أداءه ، ونصيب الوارث لا يبقى به ، وفى هذه الحال يعتبر الزائد عن النصيب كالدين على أجنبى ، أى يعتبر مالا غائباً ، والذى يقابل مقدار نصيبه بعد مالا حاضرأ ، فيأخذ الموصى له من الوصية ثلث المال الحاضر كله ، وإن بقى له شىء يأخذ ثلث ما يستوفى من القدر الزائد من

الدين ، حتى تتم الوصية ، هذا وقد نبه القانون إلى أن النقود والأوراق النقدية تعتبر كلها جنساً واحداً .

وهذه الأحكام مأخوذة كلها من مذهب أبي حنيفة ، وهي بالتفصيل في المبسوط^(١) فأرجع إليه .

وإنه من المفيد أن ننقل هنا ما جاء بالمذكرة التفسيرية في تنفيذ الوصية إذا كان في التركة دين أو مال غائب وهذا نصها :

لم تستوف المادة ٥٥٢ من الأصل (أى كتاب الأحوال الشخصية للرحوم قدرى باشا ، إذا كان في التركة دين أو مال غائب ، ولما كانت الحاجة ماسة إلى استيفاء الأحكام على وجه شامل ، وضعت المواد ٤٣ ، ٤٤ ، ٤٥ ، ٤٦ ، لبيان هذه الأحكام والمواد .

١ — والمراد بالنقود المرسلة النقود التي لم تعين بالذات ، ولم تكن من نوع معين من ماله كالوصية بألف جنيه (٢) والمراد بالدين كل ما لم يستوف إلى وقت القسمة ، أما ما استوفى بعد الموت وقبل القسمة فهو مال حاضر ، (٣) وبالعين ما يشمل النقود المعينة كالوصية بوديعة بعينها ، وعروض التجارة ، كالوصية بما في خانوقى الفلانى ، وكل معين آخر عقاراً كان أو منقولاً (٤) وبالمال الغائب ما كان خارجاً عن تصرف الموصى والورثة ، أو كان مخوفاً عليه كالمال المنصوب ، أو المرذع في مصرف في بلد معاد لبلد الموصى .

١ — وإذا كان في التركة دين على أجنبي أو مال غائب (١) فإن كانت الوصية بنقود مرسلة ، وكانت تخرج من ثلث الحاضر من التركة استحق الموصى له كل وصيته نقداً ، إن كان في الحاضر نقود تبقى بها ، وإلا يبيع له منها بقدر ما يبقى بها ، وإن كانت لا تخرج من ثلث الحاضر استحق منها نقداً بقدر ثلث الحاضر ، وكلها حضر شيء من الدين أو المال الغائب أخذ منه بقدر ثلثه نقداً ، حتى يستوفى

(١) المبسوط ج ٢٨ ص ١٤٤ .

وصيته ، وفي جميع الأحوال يجوز للموصى له أن يأخذ من أعيان التركة ما تساوى قيمته الوصية بالاتفاق مع من الورثة .

٢ - وإن كانت الوصية بمعين ، وكان يخرج من تلك الحاضر من التركة استحق الموصى له كله ، وإن كان لا يخرج من تلك الحاضر من التركة ، واستحق منه بقدر تلك الحاضر من التركة والباقي للورثة ، وكلما حضر شيء من الدين أو المال الغائب استحق منه ثلثه ، حتى يستوفى وصيته (مادة ٤٣) .

والأحكام في هذه المادة من مذهب الحنفية ، إلا في حالة الموصى به المعين فإن الحكم فيه يؤخذ مما ذكره الباجي في مذهب المالكية .

٣ - وإن كانت الوصية بسهم شائع في التركة كالوصية بربع ماله استحق الموصى له سهمه فيها ، سواء أكانت كلها حاضرة أم غائبة أم بعضها حاضر وبعضها غائب ، فهو شريك الورثة بسهمه في الحاضر والغائب أخذاً من مذهب الحنفية (مادة ٤٤) .

٤ - وإن كانت الوصية بسهم شائع في نوع من المال كالوصية بربع أطيانه أو منازله التي بالجهة الفلانية أو بربع أمواله في التجارة أو ديونه التي على التجار أو غير ذلك ، فإذا كان هذا النوع كله حاضراً أخذ الموصى له سهمه فيه ، وإن كان غائباً أو ديناً ، أخذ سهمه مما يحضر منه ، وإن كان بعضه حاضراً وبعضه غائباً أو ديناً أخذ سهمه في الحاضر ، وكلما حضر شيء من الغائب أو الدين أخذ سهمه فيه ولكنه في جميع هذه الصور لا يستحق شيئاً مما ذكر إلا إذا كان يخرج من تلك الحاضر من التركة ، وإلا أخذ بقدر الثلث فقط ، وكلما حضر شيء منها أخذ بقدر ثلثه من النوع الموصى له فيه بقدر ثلث ما يحضر من التركة ، حتى يستوفى سهمه منه (أخذ من مذهب الحنابلة) .

وإذا كان الباقي من النوع قد قسم على الورثة وكان في رد بعضه للموصى له ضرر لهم بأن كانوا قد تصرفوا فيه أو أحدثوا فيه تحسناً أو زيادة فانه لا يرد منه شيء ويستوفى الموصى له باقي وصيته مما يحضر من دين التركة أو الغائب منها

أخذاً من مذهب الحنفية والقاعدة التي ذكروها ، الضرر يزال ، (مادة ٤٥) .

(ب) وإذا كان في التركة دين على وارث .

١ — فان كان مؤجلاً كان حكمه حكم الدين الذي على الأجنبي في جميع

الأحوال المارة .

٢ — وإن كان حالاً ، وكان من جنس الحاضر من التركة أو بعضها ففي جميع

الأحوال المارة أيضاً تقع المقاصة في الدين بقدر سهام المدين ، ويعتبر ما يقابل سهامه من الدين مالا حاضراً ، وطريقة الحساب في هذا نصح الفريضة على وجه تخرج منه الوصية وسهام التركة ، ثم نسقط سهام الوارث المدين ، ونقسم ما كان من جنس الدين في التركة على سهام الموصى له ، والوارث غير المدين والمدين يستوفي سهامه مما عليه من الدين إن كان دينه مثل سهامه أو أكثر ، ويعتبر ما استوفاه مالا حاضراً ، وإن كان دينه أقل اعتبر مالا حاضراً يضم على جنسه في التركة وتستخرج الوصية على حسابه .

١ — مثال الوصية بالدرهم المرسلة .

إذا وصى بمائة وخلف ابنين أحدهما مدين بمائة وترك مائتين نقداً كانت الفريضة من ثلاثة ، لأن الوصية بالدرهم المرسلة تنفذ من الثلث مقدماً على حق الوارث ، وفريضة الثلث ثلاثة ، فيكون للموصى له سهم ، ولكل ابن سهم ، والابن المدين مستوف حقه مما عليه فلا يزال الموصى له والابن الآخر فيسقط سهمه ويقسم النقد بين الموصى له والابن الآخر على سهمين فيكون للموصى له مائة هي تمام وصيته ، وللابن غير المدين مائة ، وإذا أخذ مائة تبين أن الابن المدين مستوف مثل ذلك ، لأن حق الاثنين في التركة سواء ، فتكون التركة حينئذ ثلثمائة كلها مال حاضراً ، ولو كان الدين أكثر من مائة فالحكم لا يتغير في اعتبار الثلثمائة تركة حاضرة ، ولكن كلما استخلص شيء من الابن المدين أخذه الابن الثاني مما له حتى يستوفي حقه .

ولو كان الدين أقل من مائة اعتبر مالا حاضراً ، وأخذ الموصى له وصيته على

وفقه ، والباقي يكون بين الابنين مع المقاصة فيها عند الدين وإن كانت الوصية بأقل من مائة أخذها الموصى له من سهم الثلث والباقي من النقد مع الدين تركه بين الابنين مع المقاصة في الدين :

٢ — مثال الوصية بسهم شائع .

وإذا أوصى بربع تركه وخلف ابنين أحدهما مدين بمائة وخلف نقداً فالفريضة من ثمانية ، للموصى له سهمان ، ولكل ابن ثلاثة أسهم ، تسقط سهام الابن المدين ، ويقسم النقد على خمسة أسهم للموصى له أربعون ، وللان غير المدين ستون وإذا أخذ ستين تبين أن المدين صار مستوفياً مثلها ، فتكون التركة الحاضرة مائة وستين ، نفذت الوصية في ربعها إلى أن يتيسر باقي الدين فيمسك المدين تمام حقه وهو خمسة وسبعون ويؤدى خمسة وعشرين للموصى له والابن غير المدين تقسم بينهما بنسبة سهامهما ، وبذلك يكمل للموصى له خمسون تمام وصيته وللان خمسة وسبعون تمام حقه ، وباقي الأمثلة يمكن تخريجها قياساً على ما سبق .

٣ — ومثال الوصية بسهم شائع في نوع التركة :

ترك مائة نقداً وعقاراً قيمته مائة ، ومائة على أحد الابنين وأوصى لآخر بثلاثة أرباع النقد ، فالوصية هنا لا تخرج من ثلث الحاضر من التركة ، وتصحح المسألة من ثلاثة ، للموصى له سهم ، ولكل ابن سهم ، والمائة النقد بين الموصى له والابن غير المدين ، للموصى له منها ستة وستون وثلثان ، وهو ثلث التركة الحاضرة من العقار والنقد ، وللان غير المدين ثلاثة وثلاثون وثلث وبهذا يتبين أن المدين استوفى مثل ذلك لعدم التفاضل بين الابنين ، وما جعل مستوفياً له يعتبر تركه حاضرة ، فتصير به التركة الحاضرة مائتين وثلاثة وثلاثين وثنياً ، للموصى له خمسة وسبعون كمال وصيته لأنها تخرج من ثلث الحاضر ، وللان غير المدين خمسة وعشرون ونصف العقار ، ويمسك النصف الآخر وهو حصة المدين ، حتى يؤدي ما عليه له في الدين ، وهو سبعة وثلاثون ونصف .

٤ — وإن كان الدين الحال على الوارث من غير جنس الحاضر من التركة

يقسم الحاضر من التركة على سهام الموصى له وجميع الورثة بعد تصحيح المسألة
ويعتبر الدين مالا حاضراً ، إن كان قدر حصة المدين أو أقل ، وإن كان أكثر
كان الزائد كالدين على الأجنبي ، وتكون الوصية على حساب الحاضر من التركة
والدين ، ولا تسلم حصة المدين في الحاضر ، حتى يؤدي قدرها من الدين ، فإن
لم يؤدي باعها القاضى ، ووفى الدين منها ، فإذا خلف ابنين وله على أحدهما ألف ،
وترك عقاراً قيمته ألفان ، وأوصى لشخص بثلث ماله كان العقار بين الموصى
له والابنين أثلاثاً ، ولكن نصيب الابن المدين يوقف في يد الموصى له والابن
غير المدين ، بمنزلة المرهون في يد المرتهن لما لهما عليه من الدين ، فإذا أدى
إليهما ثلثى ما عنده من الدين اقتسماه ، وسلم له ثلث العقار الموقوف ، وإلا رفع
الأمر إلى القاضى ؛ ليبيع حصته في العقار لإيفاء ما عليه من الدين (مادة ٤٦)
وجميع الأحكام في هذه المادة مأخوذة من مذهب الحنفية .

تزامم الوصايا

٢١٣ م — معنى التزامم الوصايا أن تتعدد، ولا يتسع الثالث لها كلها، إن لم يجز الورثة، أو أجازوا وكانت التركة لا تتسع لها جميعها، فعندئذ يكون التزامم؛ إذ لا يمكن تنفيذها كلها، أما إذا كان الثالث يسعها، أو كانت التركة تسعها، وقد أجازها الورثة، أو لم يكن ورثة قط، فإن الوصايا كلها تنفذ أيضاً ولا التزامم. والقاعدة أنه عند التزامم يقدم حق أصحاب الوصية الواجبة^(١)، سواء أكان المتوفى قد أوصى لهم فعلاً بحقهم، أم لم يوص واستحقوها بحكم القانون، فإنهم يأخذونها، فإذا كانت تساوي الثالث، ولم يجز الورثة سواه فإنهم يستبدون بالثالث، وليس لأحد قبلهم شيء، وإن كانوا يأخذون أقل من الثالث، فإنهم يأخذون حصتهم كاملة، والباقي من الثالث يتزامم فيه أصحاب الوصايا الاختيارية.

٢١٤ — وإذا كانت الوصايا كلها اختيارية، فلذلك ثلاثة أحوال: الحال الأولى أن تكون الوصايا كلها للعباد، وليس بعضها للقربات، الثانية — أن تكون كلها للقربات — الثالثة — أن يكون بعضها للعباد، وبعضها للقربات.

أما الحال الأولى، وهي أن تكون كلها للعباد، وليس بعضها للقربات^(٢)، والحكم في هذه الحال أن الورثة إذا لم يجزوا ولم يسع الثالث جميع الوصايا قسم الثالث بين أصحاب الوصايا بالمحاصة، فإذا كان أحدهم موصى له بالثالث، والآخر بالربع، والثالث بالسدس، قسم الثالث بين هؤلاء بنسبة نصيب كل واحد منهم إلى الآخر، والطريق لذلك أن نخرج المضاعف البسيط لمقام هذه الكسور، فيكون ١٢، الثالث يساوي أربعة، والربع ثلاثة، والسدس اثنان فيقسم ثلث

(١) راجع المادة ٧٨ وقد شرحناها عند الكلام في الوصية الواجبة.

(٢) اشتملت على بيان هذا النوع من التزامم المادة ٨٠ المادة ونصها: «إذا زادت الوصايا على ثلث التركة، وأجازها الورثة، وكانت التركة لا تنفي بالوصايا، أو لم يجزوها، وكان الثالث لا ينفي بها قسمت التركة أو الثلث على حسب الأحوال بين الوصايا بالمحاصة، وذلك مع مراعاة ألا يستوفى الموصى له بين — نصبه إلا من هذه العين».

التركة على تسعة يكون لصاحب الثلث أربعة منها ، ولصاحب الربع ثلاثة منها ،
وللآخر اثنان منها .

وإن أجاز الورثة الوصايا كلها ، وضاعت التركة عن تنفيذها ، فإن التركة
تقسم أيضاً بنسب الوصايا ، فإن كان بعضهم قد أوصى له بنصف المال ، والآخر
بكله ، والثالث بثلثه ، يقسم المال بنسبة واحد ، إلى نصف ، وثلث ، فيخرج
المضاعف المضاعف البسيط بين مقام النصف ، والثالث . وهو ٦ يكون للنصف ٣ ،
وللثلث اثنان ، وللوصى له بالكل ستة كاملة ، فتقسم التركة على هذا المجموع ،
(٦ + ٢ + ٣) أى يقسم على أحد عشر ، يخص الموصى له بالكل ستة ،
والموصى له بالنصف ثلاثة والموصى له بالثلث اثنان .

٢١٥ — هذه طريقة تقسيم الثلث عند التزام المحاصة ، وهى طريقة
الصاحبين فى التقسيم ، سواء أكان التزام فى دائرة الثلث ، أم كان التزام
فى التركة كلها .

أما رأى أبى حنيفة ، فهو أن التزام إن كان فى الثلث ، وكانت كل واحدة
من الوصايا المتزاممة لا تزيد على الثلث ، فكما رأى الصاحبان ، وكذلك إذا
كانت الوصايا معينة أو بنقود مرسله ، ولو زادت على الثلث كل واحدة بمفردها ،
فإنه يضرب بحصته ، ولو كان أكثر من الثلث ، ففى هذه الصورة يتفق رأى أبى
حنيفة ، ورأى الصاحبين أيضاً .

أما موضع الخلاف إذا كان التزام فى دائرة الثلث ، فهو ما إذا كانت
إحدى الوصايا بمفردها أكثر من الثلث ، وامتنع الورثة عن إجازة ما زاد عن
الثلث ، ولم تكن بالنقود المرسله ، ولا وصية بشىء معين .

ففى هذه الحال قال أبو حنيفة إن الوصية التى تزيد على الثلث تعتبر كأنها
بالثلث فقط ، ويتزام الجميع على هذا الأساس بحصصهم ، فإذا أوصى لشخص
بنصف ، ولآخر بالثلث ، ولم يجز الورثة اقتسما الثلث بينهما مناصفة ؛ لأن الوصية إن
كانت أكثر من الثلث نقصت عند التزام فى الثلث إلى الثلث فقط ، فصار هناك

وصيتان كتأهما بالثلث تزاحمان فيه ، فيكون بينهما مناصفة .

وحجة أبي حنيفة في ذلك أن الوصية بما زاد على الثلث أبطلت في الزيادة بعدم الإجازة ، إذ لا يتصور نفاذها فتبطل ، والباطل لا يعتبر ، وإنما كان التفاوت في مقدار الوصايا معتبراً على أساس أن كل وصية لو كانت بمفردها لاستحقت جميعاً عن عدم الإجازة ، ولو كانت الوصية بمفردها ما استحق الزائد على النصف عند عدم الإجازة ، وإذا فعند عدم الإجازة تلغى الزيادة ، ولا يعتبر في التزاحم إلا الثلث ، ولا عبرة بالترتيب بين صاحب النصف والثلث ، لأن التفضيل مبنى على أساس الاستحقاق الكامل عند الانفراد ولم يكن ، فيتزاحمان إذن على أساس الثلث ، دون سواه .

وحجة الصحابين أن الوصايا يلاحظ عند تنفيذها أمران (أحدهما) حق الورثة في الثلثين (وثانيهما) مراعاة إرادة الموصى في تنفيذ وصاياه ، وفي التفاوت بين الموصى لهم بما رسم وبين ، فلما زادت الوصايا على الثلث ، تعذر تنفيذها جميعاً إذا لم يجز الورثة ؛ فإن لم يجزوا لا يمكن تنفيذ إرادة الموصى في تنفيذ مقادير الوصايا كلها ، لأن في ذلك إبطالا لحقوق الورثة ، ومن الواجب أن تنفذ إرادته التي يمكن تنفيذها ، وهي إرادة التفاوت بين الموصى لهم بنسبة الحصص التي بينها ، فكان توزيع الثلث بالحصص هو المتفق مع إرادة الموصى ، وهو العدل في ذاته ، وبذلك أخذ القانون كما ذكرنا .

٢١٦ — هذا إذا كان التزاحم في الثلث ، أما إذا أجاز الورثة ، وكان التزاحم في التركة كلها ، فقد علمت رأى الصحابين ، وهو التقسيم بنسبة الحصص وقد بينا ذلك .

أما أبو حنيفة فقد ذكر الكرخي أنه لم يرو عنه رأى في ذلك ، وأن ما ينسب إليه من قول فيه إنما هو تخريج وقياس على المدون من أقواله في التزاحم في الثلث . وروى عن أبي يوسف ومحمد عنه ، أنهما نقلتا عنه أنه قال إذا أوصى لرجل بثلث ماله ، ولآخر بأكاه : الموصى له بالكل يأخذ الثلثين خاصة ، ويكون الثلث

الباقى بينه وبين الموصى له بالثلث ، فيتزاحمان فيه ، ويأخذ كل واحد منهما نصفه ، وهو سدس الكل ، فيكون للموصى له بالكل خمسة أسداس ، وللموصى له بالثلث السدس .

وتلك الطريق المروية عن أبي حنيفة هي طريقة المنازعة ، أى أن التقسيم بالنسبة هو فى موضع التزاحم فقط ، فإذا أوصى بالكل لشخص ، وبالثلث لآخر ، فكأنه لانزاع بينهما فى الثلثين ، فهما سلمان للموصى بالكل ، وإنما موضع النزاع هو الثلث ، فيتزاحمان فيه ، ويكون بالتزاحم لكل نصفه ، فتكون النتيجة ما ذكرنا .

ولقد أنكر الحسن بن زياد هذه الرواية ، وقرر ما يفيد أن رأى أبى حنيفة يتفق مع رأى الصحابين فى التزاحم فى الزركة ، والله أعلم .

٢١٧ — هذه أحكام التزاحم إذا كانت الوصايا كلها للعباد ، قد بينا حكم القانون فيها ، ومصدره الفقهى ووازناه بغيره من آراء الفقهاء فى المذهب الحنفى .

وقبل أن ننتقل إلى التزاحم فى الوصايا بالقرابات وحدها نشير إلى ثلاثة أمور :

أولها — أنه عند الوصية بمعين وتزاحمها مع غيرها بعد تقدير حصة الموصى له بالنسبة لحصص غيره ، لا يأخذ نصيبه إلا من العين ، فإذا قدرت حصته بنصف الثلث استوفاه من العين ، ولا يستوفيه من سواها ؛ لأن حقه متعلق بها فلا يأخذه من غيرها ما أمكن الاستيفاء منها ، ولا ضرر على غيره فى ذلك ، ومن جهة أخرى فذلك تنفيذ لإرادة الموصى ، وهى واجبة التنفيذ بالقدر الممكن الذى يتفق مع مراعاة الحقوق .

ثانيها — أن تقدير المنافع ، والمراتب فى الوصايا بها وتزاحمها مع غيرها يكون بما نص عليه فى القانون فى مواضعه ، فتقدر المنفعة بقيمة العين المتعلقة بها ، إن كانت الوصية لغيره مدة معلومة ، أو لمدة معلومة تزيد على عشر سنوات ، وتقدر المراتب بجزء من غلات العين ، بالفرق بين قيمة العين محملة بحقها ، وقيمتها غير

محملة ، والمراتب بجزء من رأس المال بمقدار ذلك المرتب على النحو المبين في القانون ومذكرته التفسيرية ، وإن كان ذلك المسلك موضع نقد قد يبناه في موضعه .

ثالثها — أن الوصية بالمراتب ، تكون لمدة حياة المستحق لها ، إن كانت لمعين وقدرت بحياته ، فإذا مات أو كانت لجهة وانقطعت ، كان النصيب الذي خصص لها من الثلث للورثة ، إذ أن الوصية إذا انتهت عاد ما كان لها للورثة ، فتعود إليهم (١) .

٢١٨ — والحال الثانية أن تكون الوصايا كلها للقرابات ، والحكم في هذه كما جاء في القانون ومذكرته التفسيرية أنها إن كانت متحدة النوع ، بأن كانت كلها بالفرائض ، كالوصية بما عليه من حج وزكاة ، أو كلها واجبات كالوصية بما عليه من صدقة الفطر والندور ، أو كانت كلها تطوعا ، كالوصية بالصدقة على الفقراء — أن الوصية تكون لها جميعها بالتساوي ، فإذا أوصى بمقدار ، ليكون منه أداء ما عليه من حج فاته ، وزكاة عليه وفدية صوم ، فإن وسعها الثلث نفذت ، وإن لم يسعها ولم يحز الورثة قسم الثلث بينهما بالتساوي ، فما خص الحج صرف له ، وما خص الزكاة أتفق في سبيلها .

وهذا إذا لم يكن الموصى رتب بينها بالنص ، فإن رتب بينها بالنص اتبع مراتب ، فيصرف الثلث أولا فيما نص على أنه يكون أولى من غيره ، فإن بقي شيء فلما يليه .

وكذلك إذا نص على التفاوت في المقادير اتبع ما نص عليه ، فإذا نص على أن يكون للزكاة قدر معلوم ، وللحج قدر آخر ، فانه في هذه الصورة إن ضاق الثلث عنها وزع الباقي بنسبة المقادير التي ذكرها ، وقسم بالمحاصة ، وذلك لأن له

(١) ذلك ما بينته المادة ٨٢ ونصها :

« إذا تزامت الوصايا بالمراتب ، ومات بعض الموصى لهم ، أو انقطعت جهة من الجهات الموصى لها كان نصيبها لورثة الموصى » .

أن يقدم بعضها على بعض ، فأولى أن يكون له أن يجعل مقادير استحقاقها متفاوتة ، فتنفذ إرادته ، ولأن هذه كانت لتقصيرات ، ولعله كان مقصراً في إحداها أكثر من الأخرى ؛ فجعل الزيادة ليتدارك ما فاتته ؛ ويقضى ما قصر فيه بمقدار تقصيره .

هذا كله إذا كانت القربات مرتبة واحدة أو اختلفت وتولى الموصي الترتيب بينها ، وإن اختلفت مراتبها ولم يتول ترتيبها ، وكان بعضها فرضاً ، وبعضها واجباً ، وبعضها نافلة ، ففي هذه الحال يقدم الأقوى في الأداء عن غيره ، إن ضاق المقدار الذي تنفذ فيه الوصية عن أن يسعها جميعها ، فتقدم الفرائض على الواجبات ، وتقدم الواجبات على النوافل (١) .

وإذا قدم الأقوى وزع المقدار على القربات التي اتحدت فيه على الطريقة السابقة ، فإن وسعها نفذت كلها ، وإن ضاق عنها كانت بالتساوي فيه ، إن لم يذكر نسبا بينها ، وإن ذكرها بسهام مختلفة كانت محاصة بالسهام .

وذلك لأن القربات كلها لله سبحانه وتعالى ، فإذا كانت بينها فرائض ، ولم يسع الثلث كل الوصايا ، نفذت الفرائض أولاً ؛ لأن الطلب فيها أشد . وتنفيذ الوصايا لمصلحة الموصى وتنفيذ إرادته ، ومصلحته في أن تنفذ الفرائض أولاً ، ثم الواجبات ، ثم النوافل ، ولأن الفرائض المالية ، تعتبر كالديون فتكون مقدمة على سائر الوصايا ، لما فيها من معنى الدين .

٢١٩ — والحال الثالثة ، وهي الأخيرة ، أن تكون الوصايا فيها قربات وفيها وصايا للعباد ، كأن يوصى بمقدار من المال للزكاة عنه ، والحج عنه ، وفدية

(١) يفرق فقهاء الحنفية بين الفرض والواجب ، فيقولون الفرض ما ثبت بدليل قطعي لاشبهة فيه ، والواجب ما ثبت بدليل ظني فيه شبهة ، وغيرهم من الفقهاء لا يفرقون بين الفرائض والواجبات . ولقد سارت القانون على مذهب الحنفية ، كما جاء في المادة ٨١ التي اشتملت على هذه الأحكام ، وهذا نصها : « إذا كانت الوصية بالقربات ، ولم يف بها ما تنفذ فيه الوصية فإن كانت متعددة الدرجات كانت متساوية في الاستحقاق ، وإن تفاوتت درجاتها قدمت الفرائض على الواجبات ، والواجبات على النوافل » .

للصوم ولزید، فان بین سهام كل جهة، ولم یسع الثلث الجمیع، وزع الثلث بنسبة السهام التي ذكرها، فان قال للحج الربع، وللزكاة الثلث، ولزید الخمس، وللصوم الخمس كانت بنسبتها، وإن لم یذكر كان لكل جهة سهم، ولزید سهم أيضاً، فیقسم الثلث أربعاً وهكذا؛ وذلك لأنه عند التعدد من غیر تقسیم يكون الغرض الشركة بینها، ولا تفاوت، فتكون على قدر المساواة، وهذا إذا كانت الجهات متحدة المرتبة، وكذلك إذا كانت مختلفة المرتبة توزع على حسب العدد، ثم ما یخص القربات یوزع فیها كأن الوصیة بقربات وحدها، فیاخذ الأقوی، فان بقى شیء فلما یلیه .

٢٢٠ — وهذه الأحكام كلها من مذهب أبی حنیفة، ولكن ذكر القانون أنه عند اتحاد المرتبة توزع بالتساوی، فاذا أوصی للزكاة والحج، ولم یذكر سهاماً توزع بالتساوی، وقالت المذكرة التفسیریة إن هذا رأى زفر، وهو أحد رأیین مشهورین فی المذهب الحنفی أساسهما روایتان، ولنذكرهما :

أولهما — أنه إذا اتحدت الرتبة بأن قال أوصیت بالثلث للزكاة وبالثلث للحج، فانه لا یقسم بالتساوی، وهذا ما ذهب إليه السرخسی، وذكر أنه رواية عن الأئمة الثلاثة أبی حنیفة والصاحبین، فقد جاء مختصره : « وقال هشام عن محمد عن أبی حنیفة وأبى یوسف، وهو قول محمد : كل شیء كان جمیعه لله تعالى من الحج والصدقة، والعتق وغیره فأوصی به رجل، والثلث لا یبلغ ذلك فان كان كله تطوعاً بدیء بالأول مما نطق به، حتى یأتی على آخره، إذ ینقص الثلث فیبطل ما بقى، وكذلك لو كان كله فریضة بدیء بالأول، فالأول، حتى یكون النقصان على الآخر، وإن كان بعضه تطوعاً، وبعضه فریضة، أو أوجه على نفسه بدیء بالفرض أو ما أوجه على نفسه، وإن آخره فی نطقه ... قال هشام إلى هنا قولهم جمیعاً،^(١) .

الرأى الثانى — أنه عند اتحاد المرتبة لا یقدم الأسبق ذكرراً، بل یقدم الاقوى عبادة وقربة أو ثبوتاً، وذلك هو تخریج الطحاوی، ورأیه، وذكر ابن

(١) رد المحتار نقلاً من غایة البیان عن مختصر السرخسی .

عابدين ، أنه ليس الأراجح بل الأراجح السابق .

وقد ذكر الرأيين الزيلعي و ذكر اختلاف الفقهاء في الأقوى ، وخرج عليها في كل المراتب ، فقال :

« وعن أبي يوسف رحمه الله إن الحج يقدم على الزكاة ، لأنه يقام بالمال والبدن ، والزكاة بالمال فقط ، فكان الحج أقوى ، وهو قول محمد ، وهما يقدمان على الكفارة ، لرجحانهما عليها ، لأنه قد جاء الوعيد فيهما ما لم يأت في غيرهما ، قال الله تعالى : « والذين يكنزون الذهب والفضة ، ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعذاب أليم » ، وقال تعالى : « فتكوى بها جباههم وجنوبهم » ، وقال تعالى : « ومن كفر فإن الله غني عن العالمين ^(١) » ، فكان ومن ترك الحج — إلى غير ذلك من النصوص والأخبار الواردة فيهما ، وكفارة القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر ، لأنه عرف وجوبها بالكتاب دون صدقة الفطر ، وصدقة الفطر مقدمة على الأضحية ، للاتفاق على وجوبها دون الأضحية ، وعلى هذا القياس يقدم الأقوى فالأقوى ، حتى تقدم كفارة القتل على كفارة الظهار واليمين ، لأنها أقوى وأكثر تغليظاً منهما ، ألا ترى أن الإسلام شرط في التحرير عنها دونهما ، ثم تقدم كفارة اليمين على كفارة الظهار ، لأنها تجب بهذه حرمة الله تعالى ، وكفارة الظهار وجبت بإيجاب حرمة على نفسه ، فكانت كفارة اليمين أغلظ وأقوى دونها »

وهذا كله تخرج على مسلك الطحاوي وروايته في المذهب ، والراجح فيه تخرج الكرخي وروايته .

وقد سلك القانون غير المسلمين ، فسوى بينهما ، والله سبحانه وتعالى هو وحده العليم بالصواب .

(١) الآية الكريمة : « ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا ، ومن كفر فإن الله غني عن العالمين » ، فبديل أن يقول : « ومن لم يحج فإن الله غني عن العالمين قال : « ومن كفر » فكان ذلك دليلاً على عظم ترك الحج .

خاتمة

٢٢١ - هذه خلاصة أحكام القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ، وتلك مصادره الفقهية ، وقد تصدى لبيان طائفة كبيرة من أحكام المسائل الخاصة بالوصايا ، ولكنه لم يستقر كل الأحكام ، بلى قد أتى بالأصول ، وقد خالف في هذه كثيراً مما جاء بالمذهب الذي كان معمولاً به من قبل ، وهو مذهب الإمام أبي حنيفة .
وإذا عرض للقضاء ما لم ينص عليه في هذا القانون ، فكيف يقضى ؟ إننى أرى أن ما يعرض للقضاء إذا كان تفریباً لمسائل قد بين القانون أصلها ، فإنه يرجع في هذا التفریب إلى المصدر الذى اشتق القانون منه ذلك الأصل ، فإن كان الأصل هو مذهب مالك أخذ التفصيل من ذلك المذهب ، وهكذا .

وإن كان ما يعرض للقضاء ليس تفریباً لأصل ذكره القانون ، فإنه يؤخذ بمذهب أبي حنيفة ، لأن المادة ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ لازالت قائمة لم تنسخ ولم يوجد ما ينسخها ، وهذا ما ذكرته المذكورة التفسيرية ، فقد جاء فيها : « إذا جد من الحوادث ما لم ينص على حكمه في هذا القانون ، فإنه يجب الرجوع فيه إلى أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة ، كما تقضى بذلك المادة ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ » .

والله ولى التوفيق .

قانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦

باصدار قانون الوصية

نحن فاروق الأول ملك مصر

قرر بمجلس الشيوخ ومجلس النواب القانون الآتى نصه ، وقد صدقنا عليه
وأصدرناه :

مادة ١ — يعمل فى المسائل والمنازعات المتعلقة بالوصية بالأحكام المرافقة
لهذا القانون .

مادة ٢ — على وزير العدل تنفيذ هذا القانون ، ويعمل به بعد شهر من
تاريخ نشره بالجريدة الرسمية .

نأمر بأن يصمم هذا القانون بخاتم الدولة ، وأن ينشر فى الجريدة الرسمية
وينفذ كقانون من قوانين الدولة .

صدر بقصر المنتزه فى ٢٤ رجب سنة ١٣٦٥ (٢٤ يونية سنة ١٩٤٦)

فاروق

بأمر حضرة صاحب الجلالة

رئيس مجلس الوزراء

اسماعيل صدقى

وزير العدل

محمد كامل مرسى

أحكام الوصية

الباب الأول

في أحكامه عامة

الفصل الأول

تعريف الوصية وركنها وشروطها

- مادة ١ — الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت .
- مادة ٢ — تنعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة فإذا كان الموصى عاجزاً عنهما انعقدت الوصية بإشارته المفهومة .
- ولا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الرجوع القولى عنها بعد وفاة الموصى في الحوادث السابقة على سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الأفرنجية إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى .
- وأما الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الأفرنجية فلا تسمع فيها دعوى ما ذكر بعد وفاة الموصى إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها امضاؤه كذلك تدل على ما ذكر أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقاً على توقيع الموصى عليها .
- مادة ٣ — يشترط في صحة الوصية ألا تكون بمعصية وألا يكون الباعث عليها منافياً لمقاصد الشارع .
- وإذا كان الموصى غير مسلم صحت الوصية إلا إذا كانت محرمة في شريعته وفي الشريعة الإسلامية .
- مادة ٤ — مع مراعاة أحكام المادة الثالثة تصح الوصية المضافة أو المعلقة

بالشرط أو المقترنة به ، وإن كان الشرط صحيحاً وجبت مراعاته مادامت المصلحة فيه قائمة ، ولا يراعى الشرط إن كان غير صحيح أوزالت المصلحة المقصودة منه .
والشرط الصحيح هو ما كان فيه مصلحة للدوصى أو الموصى له أو لغيرهما ولم يكن منهيأ عنه ولا منافياً لمقاصد الشريعة .

مادة ٥ — يشترط للدوصى 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 الحسى .

مادة ٦ — يشترط فى الموصى له :

(١) أن يكون معلوماً .

(٢) أن يكون موجوداً عند الوصية إن كان معيناً .

فإن لم يكن معيناً لا يشترط أن يكون موجوداً عند الوصية ولا وقت موت الموصى ، وذلك مع مراعاة مانص عليه فى المادة ٢٠ .

مادة ٧ — تصح الوصية لآما كمن العبادة والمؤسسات الخيرية وغيرها من جهات البر والمؤسسات العلية والمصالح العامة وتصرف على عمارتها ومصالحها وفقرائها وغير ذلك من شئونها مالم يتعين المصرف بعرف أو دلالة ، وتصح الوصية لله تعالى ولأعمال البر بدون تعيين جهة وتصرف فى وجوه الخير .

مادة ٨ — تصح الوصية لجهة معينة من جهات البر ستوجد مستقبلاً فإن تعذر وجودها بطلت الوصية .

مادة ٩ — تصح الوصية مع اختلاف الدين والملة وتصح مع اختلاف الدارين مالم يكن الموصى تابعاً لبلد إسلامى والموصى له غير مسلم تابع لبلد غير إسلامى تمنع شريعته من الوصية لمثل الموصى .

مادة ١٠ — يشترط فى الموصى به :

(١) أن يكون مما يجرى فيه الإرث أو يصح أن يكون محلاً للتعاقد حال

حياة الموصى .

- (٢) أن يكون متقوماً عند وفاة الموصى إن كان مالا .
- (٣) أن يكون موجوداً عند الوصية في ملك الموصى إن كان معيناً بالذات .
- مادة ١١ — تصح الوصية بالخلو وبالحقوق التي تنتقل بالإرث ومنها حق المنفعة بالعين المستأجرة بعد وفاة المستأجر .
- مادة ١٢ — تصح الوصية بإقراض الموصى له قدرأ معلوماً من المال ولا تنفذ فيما زاد من هذا المقدار على ثلث التركة إلا بإجازة الورثة .
- مادة ١٣ — تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه وتكون لازمة بوفاة الموصى فإن زادت قيمة ما عين لأحدهم عن استحقاقه في التركة كانت الزيادة وصية .
- مادة ١٤ — تبطل الوصية بجنون الموصى جنوناً مطبقاً إذا اتصل بالموت . وكذلك تبطل بالنسبة للموصى له المعين إذا مات قبل موت الموصى .
- مادة ١٥ — تبطل الوصية إذا كان الموصى به معيناً وهلك قبل قبول الموصى له .
- مادة ١٦ — لا تبطل الوصية بالحجر على الموصى للسفه أو الغفلة .
- مادة ١٧ — يمنع من استحقاق الوصية الاختيارية أو الوصية الواجبة قتل الموصى أو المورث عمداً 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 خمس عشرة سنة ، ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعى .

الفصل الثامن

الرجوع عن الوصية

- مادة ١٨ — يجوز للموصى الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها صراحة أو دلالة . ويعتبر رجوعاً عن الوصية كل فعل أو تصرف يذل بقريته أو عرف على الرجوع عنها .

ومن الرجوع دلالة كل تصرف يزبل ملك الموصى عن الموصى به .

مادة ١٩ — لا يعتبر رجوعاً عن الوصية جردها ولا إزالة بناء العين الموصى بها ولا الفعل الذى يزبل اسم الموصى به أو يغير معظم صفاته ولا الفعل الذى يوجب فيه زيادة لا يمكن تسليمه إلا بها إلا إذا دلت قرينة أو عرف على أن الموصى يقصد بذلك الرجوع عن الوصية .

الفصل الثالث

قبول الوصية وردها

مادة ٢٠ — تلزم الوصية بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصى فإذا كان الموصى له جنيناً أو قاصراً أو محجوراً عليه يكون قبول الوصية أو ردها بمن له الولاية على ماله بعد إذن المجلس الحسى .

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

مادة ٢١ — إذا مات الموصى له قبل قبول الوصية وردها قام ورثته مقامه فى ذلك .

مادة ٢٢ — لا يشترط فى القبول ولا فى الرد أن يكون فور الموت ، ومع ذلك تبطل الوصية إذا أبلغ الوارث أو من له تنفيذ الوصية الموصى له بإعلان رسمى مشتمل على بيان كاف عن الوصية وطلب منه قبولها أو ردها ، ومضى على علمه بذلك ثلاثون يوماً كاملة خلاف مواعيد المسافة القانونية ولم يجب بالقبول أو الرد كتابة دون أن يكون له عذر مقبول .

مادة ٢٣ — إذا قبل الموصى له بعض الوصية ورد البعض الآخر لزم الوصية فيما قبل وبطلت فيما رد ، وإذا قبلها بعض الموصى لهم وردها الباقون لزم بالنسبة لمن قبلوا وبطلت بالنسبة لمن ردوا .

مادة ٢٤ — لا تبطل الوصية بردها قبل موت الموصى .

فإذا رد الموصى له الوصية كلها أو بعضها بعد الموت وقبل القبول بطلت فيما رد وإذا ردها كلها أو بعضها بعد الموت والقبول وقبل منه ذلك أحد من الورثة انفسخت الوصية ، وإن لم يقبل منه ذلك أحد منهم بطل رده .

مادة ٢٥ — إذا كان الموصى له موجوداً عند موت الموصى استحق الموصى به من حين الموت ما لم يفد نص الوصية ثبوت الاستحقاق في وقت معين بعد الموت .

وتكون زوائد الموصى به من حين الملك إلى القبول للموصى له ولا تعتبر وصية ، وعلى الموصى له نفقة الموصى به في تلك المدة .

الباب الثاني

أحكام الوصية

الفصل الأول

في الموصى له

مادة ٢٦ — تصح الوصية بالأعيان للعدوم ولما يشمل الموجود والمعدوم ممن يحصون فإن لم يوجد أحد من الموصى لهم وقت موت الموصى كانت الغلة لورثته وعند اليأس من وجود أحد من الموصى لهم تكون العين الموصى بها ملكاً لورثة الموصى .

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

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

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

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

مادة ٢٩ — إذا كانت الوصية بالمنافع لأكثر من طبقتين لا تصح إلا للطبقتين

لأولين فإذا كانت الوصية مرتبة الطبقات يكون استحقاق الطبقة الثانية عند اليأس من وجود أحد من أهل الطبقة الأولى أو انقراضهم واليأس من وجود غيرهم مع مراعاة الأحكام الواردة في المادتين السابقتين .

وإذا انقرضت الطبقتان كانت العين تركة إلا إذا كان قد أوصى بها أو ببعضها لغيرهم .

مادة ٣٠ — تصح الوصية لمن لا يحصون ، ويختص بها المحتاجون منهم ويترك أمر توزيعها بينهم لاجتهاد من له تنفيذ الوصية دون التقيد بالتعميم أو المساواة . ومن له تنفيذ الوصية هو الوصي المختار فان لم يوجد فهية التصرفات أو من تعينه لذلك .

مادة ٣١ — إذا كانت الوصية لقوم محصورين بلفظ يتناولهم ولم يعينوا بأسمائهم وكان بعضهم غير أهل للوصية وقت وفاة الموصى كان جميع ما أوصى به مستحقاً للآخرين مع مراعاة أحكام المواد ٢٦ و ٢٧ و ٢٨ و ٢٩ .

مادة ٣٢ — إذا كانت الوصية مشتركة بين معينين وجماعة أو جهة أو بين جماعة وجهة أو بينهم جميعاً كان لكل معين ولكل فرد من أفراد الجماعة المحصورة ولكل جماعة غير محصورة ولكل جهة سهم من الموصى به .

مادة ٣٣ — إذا كانت الوصية للمعينين عاد إلى تركة الموصى ما أوصى به لمن كان غير أهل للوصية حين الوفاة .

مادة ٣٤ — إذا بطلت الوصية لمعين أو لجماعة عاد إلى تركة الميت ما أوصى به إليهم ويحاص الورثة به أرباب الوصايا الباقية إذا ضاق عنها محل الوصية .

مادة ٣٥ — تصح الوصية للحمل في الأحوال الآتية :

(١) إذا أقر الموصى بوجود الحمل وقت الوصية وولد حياً لخمس وستين وثلثائة يوم فأقل من وقت الوصية .

(٢) إذا لم يقر الموصى بوجود الحمل وولد حياً لسبعين ومائتي يوم على الأقل من وقت الوصية ما لم تكن الحامل وقت الوصية معتدة لوفاة أو فرقة

بأنته ، فصح الوصية إذا ولد حياً خمسة وستين وثلاثمائة يوم من وقت الموت أو الفرقة البائنة .

وإذا كانت الوصية لحمل من معين اشترط لصحة الوصية مع ما تقدم ثبوت نسبه من ذلك المعين .

وتوقف غلة الموصى به إلى أن ينفصل الحمل حياً فتكون له .

مادة ٣٦ — إذا جاءت الحامل في وقت واحد أو في وقتين بينهما أقل من ستة أشهر بولدين حيين أو أكثر كانت الوصية بينهم بالتساوي إلا إذا نصت الوصية على خلاف ذلك .

وإذا انفصل أحدهم غير حى استحق الحى منهم كل الوصية .

وإن مات أحد الأولاد بعد الولادة كانت حصته بين ورثته في الوصية بالأعيان ، وتكون لورثة الموصى في الوصية بالمنافع .

الفصل الثاني

الموصى به

مادة ٣٧ — 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 عالمين بما يجيزونه .

وتنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ما له أو بعضه من غير توقف على إجازة الخزانة العامة .

مادة ٣٨ — تصح وصية المدين المستغرق ما له بالدين ولا تنفذ إلا ببراءة ذمته منه ، فإن برئت ذمته من بعضه أو كان الدين غير مستغرق نفذت الوصية الباقي بعد وفاة المدين .

مادة ٣٩ — إذا كان الدين غير مستغرق واستوفى كله أو بعضه من الموصى

به كان للموصى له أن يرجع بقدر الدين الذي استوفى في ثلث الباقي من التركة بعد وفاة الدين .

مادة ٤٠ — إذا كانت الوصية بمثل نصيب وارث معين من ورثة الموصى استحق الموصى له قدر نصيب هذا الوارث زائداً على الفريضة .

مادة ٤١ — إذا كانت الوصية بنصيب وارث غير معين من ورثة الموصى أو بمثل نصيبه استحق الموصى له نصيب أحدهم زائداً على الفريضة إن كان الورثة متساويين في الميراث ، وقد نصيب أقلهم ميراثاً زائداً على الفريضة إن كانوا متفاضلين .

مادة ٤٢ — 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 ، وإذا كانت الوصية بقدر محدد من النقود أو بعين من أعيان التركة بدل السهم الشائع قدر الموصى به بما يساويه من سهام التركة .

مادة ٤٣ — إذا كانت الوصية بقدر محدد 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 وكلها حضر شيء استحق الموصى له ثلثه ، حتى يستوفي حقه .

مادة ٤٤ — إذا كانت الوصية بسهم شائع في التركة وكان فيها دين أو مال غائب استحق الموصى له سهمه في الحاضر منها ، وكلها حضر شيء استحق سهمه فيه .

مادة ٤٥ — 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 من سهمه بقدر هذا الثلث ، ويكون الباقي للورثة وكلها حضر شيء استحق الموصى له بقدر ثلثه من

النوع الموصى بسهم فيه ، على ألا يضر ذلك بالورثة فان كان يضر بهم أخذ الموصى له قيمة ما بقي من سهمه في النوع الموصى به من ثلث ما يحضر حتى يستوفي حقه .

مادة ٤٦ — 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 بذلك مالا حاضراً .

وإذا كان الدين المستحق الأداء على الوارث من غير جنس الحاضر فلا تقع المقاصة ، ويعتبر هذا الدين مالا حاضراً ، إن كان مساوياً لنصيب الوارث في الحاضر من التركة أو أقل ، فإن كان أكثر منه اعتبر ما يساوي هذا النصيب مالا حاضراً . وفي هذه الحالة لا يستولى الوارث على نصيبه في المال الحاضر إلا إذا أدى ما عليه من الدين ، فإن لم يؤده باعه القاضى ووفى الدين من ثمنه .
وتعتبر أنواع النقد وأوراقه جنساً واحداً .

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 إن كان يخرج من ثلث التركة ، وإلا كان له فيه بقدر الثلث .

مادة ٤٨ — إذا كانت الوصية بحصة شائعة 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 جميعه إن كان يخرج من الثلث أو أخذ منه بقدر ما يخرج من الثلث .

مادة ٤٩ — إذا كانت الوصية بحصة شائعة في نوع من أموال الموصى فهلك أو استحق فلا شيء للموصى له ، وإن هلك بعضه أو استحق فليس له الا حصته في الباقي إن خرجت من ثلث المال ، وإلا أخذ منه بقدر الثلث .

وتكون الوصية بعدد شائع في نوع من الأموال كالوصية بحصة شائعة فيه .

الفصل الثالث

في الوصية بالمنافع

مادة ٥٠ — إذا كانت الوصية بالمنفعة لمعين مدة معلومة المبدأ والنهاية استحق الموصى له المنفعة في هذه المدة فإذا انقضت المدة قبل وفاة الموصى اعتبرت الوصية كأن لم تكن ، وإذا انقضى بعضها استحق الموصى له المنفعة في باقيا .

وإذا كانت المدة معينة القدر غير معلومة المبدأ بدأت من وقت وفاة الموصى .

مادة ٥١ — إذا منع أحد الورثة الموصى له من الانتفاع بالعين كل المدة أو بعضها ضمن له بدل المنفعة ما لم يرض الورثة كلهم أن يعوضوه بالانتفاع مدة أخرى .
وإذا كان المنع من جميع الورثة كان الموصى له بالخيار بين الانتفاع بالعين مدة أخرى وتضمينهم بدل المنفعة .

وإذا كان المنع من الانتفاع من جهة الموصى أو لعذر حال بين الموصى له والانتفاع وجبت له مدة أخرى من وقت زوال المانع .

مادة ٥٢ — إذا كانت الوصية بالمنفعة لقوم غير محصورين لا يظن انقطاعهم أو لجهة من جهات البر وكانت مؤبدة أو مطلقة استحق الموصى لهم بالمنفعة على وجه التأييد .

فإذا كانت الوصية مؤبدة أو مطلقة لقوم غير محصورين يظن انقطاعهم استحق الموصى لهم المنفعة إلى انقراضهم .

ويجب مراعاة أحكام المادتين السابقتين إذا كانت الوصية بمدة معلومة المبدأ والنهاية أو بمدة معينة القدر غير معلومة المبدأ والنهاية .

مادة ٥٣ — إذا كانت الوصية بالمنفعة بمدة معينة ولقوم محصورين ثم من بعدهم لمن لا يظن انقطاعهم أو لجهة من جهات البر ولم يوجد أحد من المحصورين في خلال ثلاث وثلاثين سنة من وفاة الموصى أو في خلال المدة المعينة للنفقة أو وجد في خلال هذه المدة وانقرض قبل نهايتها كانت المنفعة في المدة كلها أو بعضها

على حسب الأحوال لما هو أعم نفعاً من جهات البر .

مادة ٥٤ — إذا كانت العين الموصى بمنفعتها تحمل الانتفاع أو الاستغلال على وجه غير الذى أوصى به جاز للموصى له أن ينتفع بها أو يستغلها على الوجه الذى يراه بشرط عدم الإضرار بالعين الموصى بمنفعتها .

مادة ٥٥ — إذا كانت الوصية بالغلة أو الثمرة فللموصى له الغلة أو الثمرة القائمة وقت موت الموصى وما يستجد منها مستقبلاً ما لم ندل قرينة على خلاف ذلك .

مادة ٥٦ — إذا كانت الوصية ببيع العين للموصى له بضمن معين أو بتأجيرها له لمدة معينة وبأجرة مسماة وكان الثمن أو الأجرة أقل من المثل بغير فاحش يخرج من الثلث أو بغير يسير نفذت الوصية .

وإن كان الغبن الفاحش لا يخرج من الثلث ولم يجز الورثة الزيادة فلا تنفذ الوصية إلا إذا قبل الموصى له دفع هذه الزيادة .

مادة ٥٧ — تستوفى المنفعة بقسمة الغلة أو الثمرة بين الموصى له وورثة الموصى بنسبة ما يخص كل فريق أو بالنهايئ زماناً أو مكاناً أو بقسمة العين إذا كانت تحتل القسمة من غير ضرر .

مادة ٥٨ — إذا كانت الوصية لمعين بالمنفعة ولآخر بالرقبة فإن ما يفرض على العين من الضرائب وما يلزم لاستيفاء منفعتها يكون على الموصى له بالمنفعة .

مادة ٥٩ — تسقط الوصية بالمنفعة بوفاة الموصى له قبل استيفاء المنفعة الموصى بها كلها أو بعضها ، وبشراء الموصى له العين التى أوصى له بمنفعتها وبإسقاط حقه فيها لورثة الموصى بعوض أو بغير عوض وباستحقاق العين .

مادة ٦٠ — يجوز لورثة الموصى بيع نصيبهم فى العين الموصى بمنفعتها بغير حاجة إلى إجازة الموصى له .

مادة ٦١ — إذا كانت الوصية بالمنفعة لمعين مؤبدة أو لمدة حياته أو مطلقة استحق الموصى له المنفعة مدة حياته بشرط أن ينشأ استحقاقه للمنفعة فى مدى ثلاث وثلاثين سنة من وفاة الموصى .

مادة ٦٢ — إذا كانت الوصية بكل منافع العين أو ببعضها وكانت مؤبدة أو مطلقة أو لمدة حياة الموصى له أو لمدة تزيد على عشرين سنة قدرت بقيمة العين الموصى بكل منافعها أو ببعضها .

فإذا كانت الوصية لمدة لا تزيد على عشرين سنة قدرت بقيمة المنفعة الموصى بها في هذه المدة .

مادة ٦٣ — إذا كانت الوصية بحق من الحقوق قدرت بالفرق بين قيمة العين محملة بالحق الموصى به وقيمتها بدونه .

الفصل الرابع

الوصية بالمراتب

مادة ٦٤ — تصح الوصية بالمراتب من رأس المال لمدة معينة ، ويوقف من مال الموصى ما يضمن تنفيذ الوصية على وجه لا يضر بالورثة .

فإذا زاد ما وقف لضمان تنفيذ الوصية على ثلث التركة ولم يجز الورثة الزيادة يوقف منه بقدر الثلث وتنفذ الوصية فيه وفي غلته إلى أن يستوفي الموصى له قيمة ثلث التركة حين الوفاة أو إلى أن تنتهي المدة أو يموت الموصى له .

مادة ٦٥ — إذا كانت الوصية بمرتب من غلة التركة أو من غلة عين منها لمدة معينة تقوم التركة أو العين محملة بالمرتب الموصى به وغير محملة به ويكون الفرق بين القيمتين هو القدر الموصى به فإن خرج من ثلث المال نفذت الوصية وإن زاد عليه ولم يجز الورثة الزيادة نفذ منها بقدر الثلث وكان الزائد من المراتب وما يقابله من التركة أو العين لورثة الموصى .

مادة ٦٦ — إذا كانت الوصية لمعين بمرتب من رأس المال أو الغلة مطلقة أو مؤبدة أو لمدة حياة الموصى له يقدر الأطباء حياته ويوقف من مال الموصى ما يضمن تنفيذ الوصية على الوجه المبين في المادة ٦٤ إن كانت الوصية بمرتب من رأس المال ويوقف ما يغل المرتب الموصى به على الوجه المبين في المادة ٦٥ إن كانت الوصية بمرتب من الغلة .

فإذا مات الموصى له قبل المدة التي قدرها الأطباء كان الباقي من الوصية لمن يستحقه من الورثة أو من أوصى له بعده ، وإذا نفذ المال الموقوف لتنفيذ الوصية أو عاش الموصى له أكثر من المدة التي قدرها الأطباء فليس له الرجوع على الورثة .

مادة ٦٧ — إذا لم تف غلة الموقوف من التركة لتنفيذ الوصية بمرتب من رأس المال يبع منه ما يني بالمرتب وإذا زادت الغلة عن المرتب ردت الزيادة إلى ورثة الموصى .

ويوقف ما يزيد من الغلة عن المرتب الموصى به في الغلة حتى تنتهي مدة الانتفاع فإذا لم يغل الموقوف من التركة ما يكفي لتنفيذ الوصية في إحدى السنوات استوفى الموصى له ما نقصه من الغلة الزائدة .

فإذا كانت الوصية تنص على أن المرتب يستوفى سنة فسنة أو قامت قرينة على ذلك ردت الزيادة السنوية لورثة الموصى .

مادة ٦٨ — إذا كانت الوصية بالمرتبات لجهة لها صفة الدوام مطابقة أو مؤبدة يوقف من مال الموصى ما تضمن غلته تنفيذ الوصية ولا يوقف ما يزيد على الثلث إلا بإجازة الورثة .

وإذا أغل الموقوف أكثر من المرتب الموصى به استحقته الجهة الموصى لها وإذا نقصت الغلة عن المرتب فليس لها الرجوع على ورثة الموصى .

مادة ٦٩ — في الأحوال المبينة في المواد من ٦٤ إلى ٦٧ يجوز لورثة الموصى الاستيلاء على الموقوف لتنفيذ الوصية بالمرتب أو التصرف فيه ، بشرط أن يودعوا في جهة يرضاها الموصى له أو يعينها القاضى جميع المرتبات نقداً ويخصص المبلغ المودع لتنفيذ الوصية ، فإذا مات الموصى له قبل نفاذ المبلغ المودع رد الباقي لورثة الموصى .

ويزول كل حق للموصى له في التركة بالإيداع والتخصيص .
مادة ٧٠ — لا تصح الوصية بالمرتبات من رأس المال أو من الغلة غير

الموجودين من الطبقتين الأوليين من الموصى لهم وقت موت الموصى ويقدر
الأطباء حياة الموجودين وتنفيذ الوصايا بمراعاة الأحكام المبينة في الوصايا
للمعينين .

الفصل الخامس

أحكام الزيادة في الموصى به

مادة ٧١ — إذا غير الموصى معالم العين الموصى بها أو زاد في عمارتها شيئاً
مما لا يستقل بنفسه كالمرمة والتجسيص كانت العين كلها وصية .

وإن كانت الزيادة مما يستقل بنفسه كالغراس والبناء شارك الورثة الموصى
له في كل العين بقيمة الزيادة قائمة .

مادة ٧٢ — إذا هدم الموصى العين الموصى بها وأعاد بناءها على حالتها
الأولى ولو مع تغيير معالمها كانت العين بحالتها الجديدة وصية .

وإن عاد البناء على وجه آخر اشترك الورثة بقيمته مع الموصى له في
جميع العين .

مادة ٧٣ — إذا هدم الموصى العين الموصى بها وضم الأرض الى أرض
مملوكة له وبني فيها اشترك الموصى له مع الورثة في جميع الأرض والبناء بقيمة أرضه .

مادة ٧٤ — استثناء من أحكام المواد ٧١ فقرة ثانية و ٧٢ فقرة ثانية و ٧٣
إذا كان ما دفعه الموصى أو زاده في العين يتسامح في مثله عادة ألحقت الزيادة
بالوصية وكذلك تلحق الزيادة التي لا يتسامح فيها إذا وجد ما يدل على أن
الموصى قصد إلحاقها بها .

مادة ٧٥ — إذا جعل الموصى من بناء العين الموصى بها ومن بناء عين مملوكة
له وحده لا يمكن معها تسليم الموصى به منفرداً اشترك الموصى له مع الورثة بقدر
قيمة وصيته .

الفصل السادس الوصية الواجبة

مادة ٧٦ — إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذي مات في حياته أو مات معه ولو حكماً بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثاً في تركته لو كان حياً عند موته وجبت للفرع في التركة وصية بقدر هذا النصيب في حدود الثلث بشرط أن يكون غير وارث وألا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض من طريق تصرف آخر قدر ما يجب له وإن كان ما أعطاه أقل منه وجبت له وصية بقدر ما يكمله .

وتكون هذه الوصية لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات وأولاد الإبناء من أولاد الظهور وإن نزلوا على أن يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره وأن يقسم نصيب كل أصل على فرعه وإن نزل قسمة الميراث كما لو كان أصله أو أصوله الذين يدلى بهم إلى الميت ماتوا بعده وكان موتهم مرتباً كترتيب الطبقات .

مادة ٧٧ — إذا أوصى الميت لمن وجبت له الوصية بأكثر من نصيبه كانت الزيادة وصية اختيارية وإن أوصى له بأقل من نصيبه وجب له ما يكمله .

وإن أوصى لبعض من وجبت لهم الوصية دون البعض الآخر وجب لمن لم يوص له قدر نصيبه .

ويؤخذ نصيب من لم يوص له ويوفى نصيب من أوصى له بأقل مما وجب من باقى الثلث ، فان ضاق عن ذلك فنه وما هو مشغول بالوصية الاختيارية .

مادة ٧٨ — الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا .

فاذا لم يوص الميت لمن وجبت لهم الوصية وأوصى لغيرهم استحق كل من وجبت له الوصية قدر نصيبه من باقى الثلث التركة إن وفى وإلا فنه وما أوصى به لغيرهم .

مادة ٧٩ — فى جميع الأحوال المبينة فى المادتين السابقتين يقسم ما يبقى من الوصية الاختيارية بين مستحقيها بالمحاصة مع مراعاة أحكام الوصية الاختيارية .

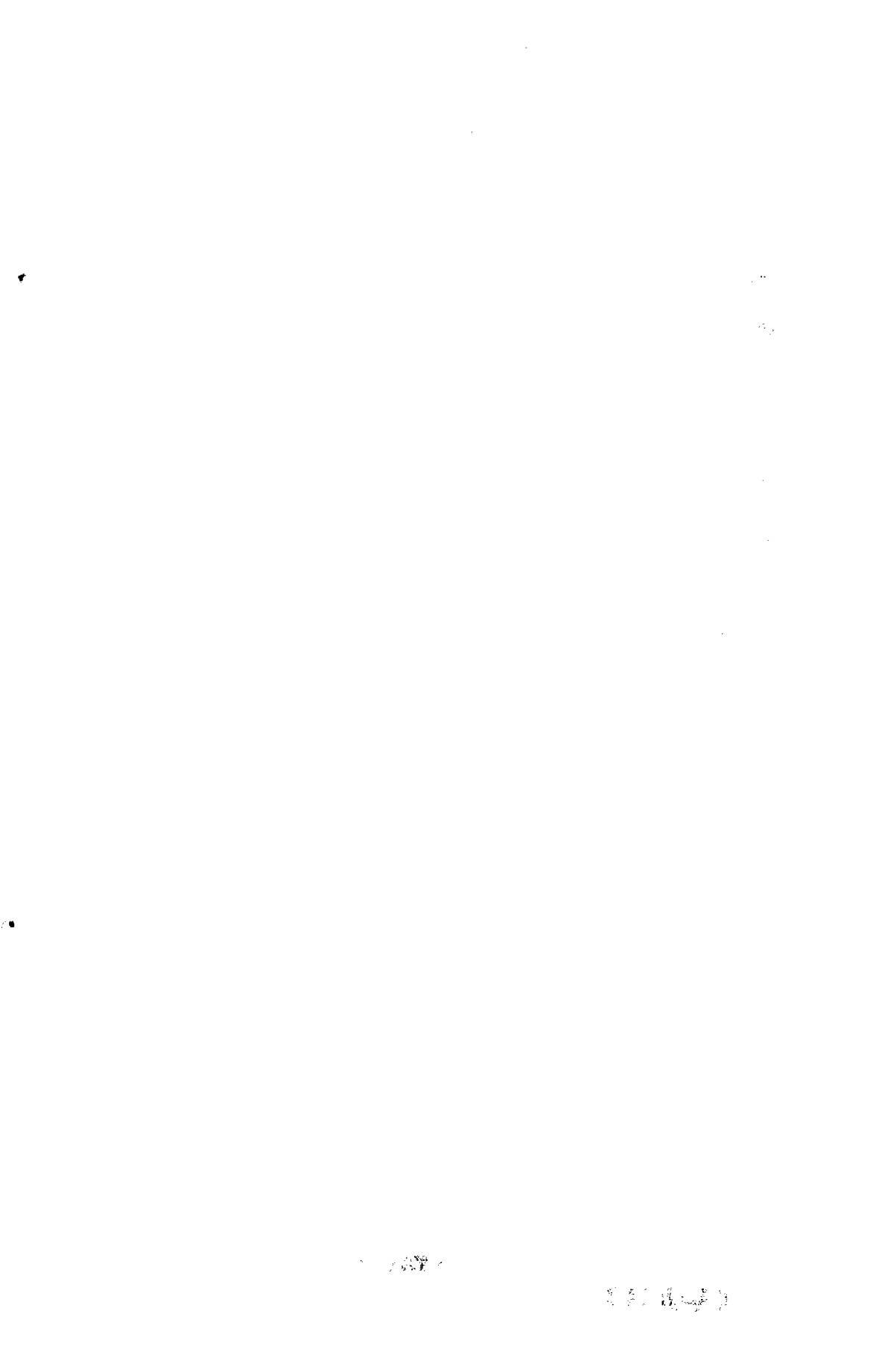
الفصل السابع

في تزام الوصايا

مادة ٨٠ — إذا زادت الوصايا على ثلث التركة وأجازها الورثة وكانت التركة لاتنق بالوصايا أو لم يجزوها وكان الثلث لا ينفق بها قسمت التركة أو الثلث على حسب الأحوال بين الوصايا بالمخاصة ، وذلك مع مراعاة ألا يستوفى الموصى له بعين نصيبه إلا من هذه العين .

مادة ٨١ — إذا كانت الوصية بالقربات ولم يف بها ماتت فيه الوصية فإن كانت متحدة الدرجات كانت متساوية في الاستحقاق وإن اختلفت درجاتها قدمت الفرائض على الواجبات والواجبات على النوافل .

مادة ٨٢ — إذا تزامت الوصايا بالمرتبات ومات بعض الموصى لهم أو انقطعت جهة من الجهات الموصى لها بالمرتب كان نصيبها لورثة الموصى .



بيان بمواضع مواد القانون من شرحه

الصفحة	المادة	الصفحة	المادة
٢٥٠	٤٢	٩	١
٢٤٩	٤٤	٢٢٧، ٥٥، ١٠	٢
٢٥٢	٤٥	٤٦	٣
٢٥٥	٤٦	٢٧	٤
١١٢ وما يليها	٤٩، ٤٨، ٤٧	٥٧	٥
١٤٤	٥١، ٥٠	٦٢	٦
١٤٨	٥٢	٧٦	٧
١٥٤	٥٣	٧٦	٨
١٦٦	٥٤	٦٥	٩
١١٢	٥٥	١٠٢	١٠
١٤٠	٥٦	١٠٥	١١
١٦٩	٥٧	١٢٧	١٢
١٦٢	٥٨	١٢٨	١٣
١٧٠	٥٩	٥٧	١٤
١١٢	٦٠	١١٢	١٥
١٤٧	٦١	٥٧	١٦
١٥٨	٦٢، ٦٣	٦٤	١٧
١٧٢	٦٤	٢٢٦	١٩، ١٨
١٧٩	٦٥		٢١، ٢٠
١٨٣	٦٦	١٣ وما يليها	٢٣، ٢٢
١٨٧، ١٨١، ١٧٥	٦٧		٢٥، ٢٤
١٧٧	٦٨	٧٨	٢٨، ٢٧، ٢٦
١٨٨	٦٩	١٥١	٢٩، ٢٧
١٨٦	٧٠		٢٢، ٢١، ٢٠
٢٣٤ وما يليها	٧١ إلى ٧٥	٩٠ وما يليها	٢٤، ٢٣
١٩٩ وما يليها	٧٦، ٧٧، ٧٨	٨٤	٢٦، ٢٥
٢٠٧	٧٩	٦٩	٢٧
٢٦٣	٨٠	٢٤١	٢٨
٢٨٦	٨١	٢٤٣	٢٩
٢٦٧	٨٢	١٢٣ وما يليها	٤٢، ٤١، ٤٠

مواضع محتويات الكتاب

المقدمة .

تمهيد .

٧ (أسباب الملكية ، الأسباب المنشئة ، الأسباب الناقلة ، الملكية بالخلافة ،
٧ (الخلافة بحكم الشارع (٨) الخلافة الاختيارية تكون بالوصية ،

إنشاء الوصية

(٩) تعريف الوصية في القانون وعند الفقهاء ، الموازنة بين هذه التعريفات .
(١٠) تعريف القانون أدقها (١٠) ركن الوصية ، ما تنشأ به الوصية :
العبارة والكتابة ، والاشارة ، ومواضعها في الانشاء في القانون والفقهاء ، واختلاف
الفقهاء في ذلك .

(١٣) الوصية تنشأ بإرادة منفردة ، ولكن الملكية لا تثبت إلا بالقبول في وقته ،
وقته ، ومن يكون منه القبول (١٤) الحكم إذا مات الموصى له قبل القبول أو الرد .
(١٥) حكم القبول إذا لم يكن الموصى له موجوداً عند الوفاة ثم وجد من بعد ،
وقت ثبوت الملكية إذا وجد القبول (١٦) الحكم إذا حصل رد بعد القبول .
(١٧) المصادر الفقهية لأحكام القبول وثبوت الملكية بالوصية ، اختلاف الفقهاء
في ذلك ، اختلافهم في أصل اشتراط القبول (١٨) اختلافهم في القبول بعد الرد إذا
كان الرد في حال الحياة (١٩) القبول المطلوب ، واختلافهم فيه ، ثم اختلافهم فيما
إذا مات الموصى له قبل أن يعرف له قبول أو رد (٢١) مسلك القانون ، الحكم
إذا تضرر الورثة من تأخير الموصى له في القبول أو الرد ، وأصل ذلك في الفقه .

(٢٢) قبول بعض الموصى لهم ورد بعضهم ، والمصدر الفقهي في ذلك .

(٢٤) نقد القانون ومصدره واختلاف الفقهاء في اعتبار الرد بعد القبول فسحاً ،

وموازنة بين آراء الفقهاء في ذلك (٢٦) أقوال الفقهاء فيمن له الحق في القبول ، القبول

عن الجنين (٢٧) القبول في الوصية لمن لا يمحسون (٢٩) القبول في الوصية

للجهات ، أقوال الفقهاء في ذلك وتشديد القانون في الإلزام بالقبول ونقد ذلك .

(٣٠) القبول من القاصرين ونقد القانون في تعميم حكمه ، نقد القانون في عدم اعتبار قبول السفية وذى الغفلة (٣٢) نقد القانون في اشتراط الاستئذان من المجلس بالنسبة للأب والجد .

(٣٣) أقوال الفقهاء في وقت ثبوت الملكية إذا تم القبول (٣٣) رأى للملكية والحنابلة ، رأى الحنفية والشافعية (٤٣) ثمرة الخلاف وأساسه .
(٢٦) ما اختاره القانون .

٣٧ الصيغة المنشئة والشروط المقترنة بها والباعث على الوصية

ص
(٣٧) التعليق والاضافة في الوصية ونقد عبارة القانون (٣٨) اقتران الوصية بالشروط . ما لاحظته القانون في الشروط الصحيحة (٣٨) الشروط غير الصحيحة وأثرها في الوصية وأقسام الشروط .

(٤٠) أقوال الفقهاء في الشروط الصحيحة وغير الصحيحة في التصرفات عامة ، مذهب الحنابلة ، ومذهب غيرهم في ذلك (٤١) الشروط الصحيحة وغير الصحيحة عند الحنفية (٤٢) التوسعة في احترام الشروط في الوقف والوصية (٤٣) نقد ابن القيم وابن تيمية لهذه التوسعة ، وأساس الخلاف بينهما وبين الفقهاء (٤٤) أقسام الشروط في الوقت والوصية عند ابن تيمية (٤٥) القانون يتجه إلى تقييد الشروط فيسلك مسلك ابن القيم وشيخه . أو نقد عبارته (٤٦) الوصية التي محضت للمعصية (٤٨) الوصية التي كان الباعث عليها معصية (٤٩) وصية غير المسلم .

(٤٩) أقوال الفقهاء في هذه الوصايا (٥٠) الأساس الفقهي الذي بنى عليه بطلان الوصايا لبواعثها .

(٥٢) المصدر الفقهي لاحكام القانون في وصايا غير المسلمين .

٥٥ سماع دعوى الوصية

(٥٥) موازنة بين القانون ومشروعه ، ولائحة المحاكم الشرعية (٥٦) لا يشترط التسجيل لإنشاء الوصية ولا لسماع الدعوى ، بل لنقل الملكية .

٥٧ شروط الوصى

- (٥٧) الشروط التي يشترطها القانون في الوصى ، وصية السفهيه ، والوصي المميز
(٥٨) جنون الوصى بعد صدور الوصية وأثره فيها ، المصاد الفقهية للقانون في ذلك
(٥٩) مخالفته للمذاهب الأربعة في جملتها بالنسبة لوصية السفهيه . (٦٠) نقد ذلك
(٦١) المصدر الفقهي لإبطال الوصية بالجنون العارض بعدها (٦٢) وصية المدين

٦٣ شروط الوصى له ، وأحواله

- (٦٣) الشروط التي يجب توافرها في الوصى له لتصح الوصية له وتستمر صحيحة
(٦٤) القتل المبطل للوصية في القانون . (٦٥) اختلاف الدار المانع من صحة
الوصية وغير المانع (٦٦) لإجازة الوصية لو ارت .
(٦٧) المصدر الفقهي للقانون في القتل المبطل للوصية ، وأقوال الفقهاء في ذلك .
(٦٩) أقوال الفقهاء في الوصية عند اختلاف الدار وما اختاره القانون منها .
(٧٠) ما اعتمد عليه القانون في إجازة الوصية لو ارت ، ودراسة ذلك دراسة
فاحصة ناقدة (٧٤) ما عدل على ضوء قانون الوصية من أحكام القانون المدني
التي جاءت لحماية الورثة من إيثار بعضهم على بعض .
(٧٦) الوصية للجهات ، عدم اشتراط وجودها في حال الوصية ، ولا حال الوفاة
(٧٧) المصادر الفقهية لأحكام الوصية للجهات .
(٧٨) الوصية للمعدوم ، حال جوازها (٧٩) القواعد العامة المأخوذة من
القانون في الوصية للمعدوم (٧٦) ما اختصت به الوصية بالمنافع للمعدوم .
(٨٢) المصدر الفقهي للقانون ، وأقوال الفقهاء في ذلك (٨٣) اختار القانون
مذهب مالك للتوسعة .
(٨٤) الوصية للحمل (٨٥) إجماع الفقهاء على جواز الوصية للحمل ، ثبوته في
بطن أمه ووقت ذلك ، وطرق معرفته (٧٦) ملاحظة قصور في عبارات القانون .
(٧٨) تخالف بين قانون الميراث والوصية في بعض الأحوال ، حيث يجب الاتفاق
(٨٨) تعدد الحمل (٨٩) المصادر الفقهية لأحكام الحمل في القانون .

- (٩٠) الوصية لمن يحصون . ومن لا يحصون ، جواز الوصية لمن لا يحصون .
 (٩١) أقسام الوصايا من حيث الحصر والتعيين ، وأحكامها وصورها .
 (٩٤) المصدر الفقهي للقانون ، موازنة بين المذهبين المالكي والحنفي في الوصية
 لمن لا يحصون ، وفي الوصية عند اجتماع جهات مختلفة (٩٩) الوصية إذا اجتمعت
 الجهات ، وبطلت في بعضها ، حكم القانون والمصدر الفقهي .

١٠٢ الموصى به . شروطه وأحواله

- (١٠٢) ما اشترطه القانون في الموصى به — ١ — كونه مما يصلح أن يكون تركته .
 (١٠٣) أقسام ما يصلح أن يكون تركته في مذهب أبي حنيفة (١٠٥) الوصية
 بالحقوق ووجوب عدم التقييد في تفسير معنى التركة بمذهب أبي حنيفة .
 (١٠٧) الوصية بالاتفاق (١٠٨) الوصية بالخلو والحكر .
 (١١٠) ٢ — وجود الموصى به في ملكية الموصى عند الوصية ، أو عند الموت ،
 وأحوال كل (١١١) الوصية بالثمرة والغلة ووقت وجودهما (١١٢) خروج
 الموصى به المعين من ملكية الموصى قبل الوفاة (١١٣) هلاك الموصى به المعين
 واستحقاقه (١١٤) هلاك بعض الموصى به أو استحقاقه إذا كان شائعا في نوع معين
 (١١٥) هلاكه أو استحقاقه إذا كان عددا معلوما في نوع معين ، ونقد القانون في ذلك
 (١١٦) المصدر الفقهي لأحكام القانون في هذا الشرط .
 (١١٢) ٣ — بيان الموصى به — جواز الوصية بالمجهول عند الفقهاء وسبب ذلك
 ولأن يكون البيان (١٢٢) لإجازة القانون الوصية مع بعض الجهالة ، وتوليه بيانها .
 (١٢٣) الوصية بمثل نصيب أحد الورثة (١٢٤) أحوالها وأمثلتها ، وطرق حل
 مسائل الميراث المشتملة على هذه الوصايا (١٢٩) الوصية بمثل نصيب وارث غير موجود
 (١٣١) أقوال الفقهاء في الوصية بمثل نصيب أحد الورثة (١٢٣) مصدر
 القانون في ذلك مذهب أحمد .
 (١٣٤) الطرق التي نص عليها في مذهب أحمد لحل هذه المسائل ، وما اخترناه منها .
 (١٣٦) وجه اختياره .
 (١٣٧) أنواع الموصى به : الوصية بالاقرض والمصدر الفقهي لحكمها في القانون .
 (١٣٨) الوصية بتقسيم التركة ومصدرها الفقهي (١٤٠) الوصية بالتصرف في عين .

(١٤٢) الوصية بالمنافع: معنى المنافع (١٤٣) جوازها عند الجمهور، ومخالفة ابن أبي ليلى وابن شبرمة (١٤٤) أحوال الوصية بالمنافع لمدة معلومة، وأحكامها، ومصدرها الفقهي. (١٤٥) الحكم إذا منع الورثة الموصى له من الانتفاع في المدة.

(١٤٧) الوصية بمنفعة لمعين من غير ذكر مدة، ومصدرها الفقهي.

(١٤٨) الوصية بالمنافع لمن لا يحصون مع التأييد أو عدم ذكر مدة، كونها وقفاً

(١٤٩) المصدر الفقهي لأحكام القانون في ذلك، نقد المذكرة التفسيرية في ذلك

(١٥١) إطلاق المدة أو تأييدها، إذا كان الموصى لهم يحصون، ولكن غير معينين.

(١٥٢) تقيد الوصية بالمنافع للذرية بطبقتين كالوقف، وتفسير معنى الطبقة.

(١٥٣) موازات بين الوقف والوصية في ذلك (١٥٤) الوصية لمن يحصون ثم من

بعدم لمن لا يظن انقطاعهم (١٥٥) إجمال في القانون ومذكرته حاولنا تفصيله

بمجموع أحكام القانون (١٥٧) نقد للمذكرة في ذلك وعمادنا في تفسير القانون

في هذا الموضوع.

(١٥٨) تقدير المنفعة (١٥٨) تقدير الحقوق على العين، تقدير المنافع المؤبدة

أو المطلقة أو المعلومة بمدة أكثر من عشر سنين، أو دون ذلك (١٥٩) أقوال

الفقهاء في ذلك وما اختاره القانون منها (١٦٠) تقدير الوصية بالقرض.

(١٦١) ملكية العين الموصى بمنفعتها، إذا كانت الوصية بالمنفعة على التأييد أو

مطلقة لمن يظن انقطاعه (١٦٢) إذا كانت الوصية بالمنافع لمعين أو محصورين

(١٦٣) نفقات العين والتصرف فيها، وانتقالها بالوراثة (١٦٤) أقوال الفقهاء

في ذلك (١٦٥) تصحيح نقل ذكرته المذكرة التفسيرية.

(١٦٦) طريقة الانتفاع، إطلاق القانون طرق الانتفاع، ولو قيد الموصى

(١٦٧) الموازنة بين القانون ومذهب أبي حنيفة، والمصدر الفقهي للقانون.

(١٦٨) طريقة الانتفاع عند الاشتراك في منفعة عين، والمصدر الفقهي لذلك

(١٧٠) انتهاء الوصية بالمنفعة.

(١٧٢) الوصية بالمرتب: تعريف المرتب، الوصية بالمرتب من رأس المال.

(١٧٤) تقديرها وتنفيذها بتخصيص عين لها (١٧٥) الحكم إذا تبين أن

العين تزيد من غلتها أو تنقص عن المرتب (١٧٥) انتهاء الوصية بالمرتب من رأس المال ، (١٧٦) المصدر الفقهي لأحكام القانون فيها .

(١٧٧) الوصية بالمرتب من الغلات (١٧٧) الوصية بالمرتب من الغلات المؤبدة

(١٧٨) غير المؤبدة ، تقدير الوصية بالمرتب من الغلة إذا كان لها مدة معلومة .

(١٨٠) نقد القانون (١٨٢) الوصية بمرتب لمعين مدة حياته ، تقدير حياته .

(١٨٤) الأصل الفقهي للقانون في تقدير الحياة (١٨٥) نقد القانون في ذلك .

(١٨٦) الوصية بمرتب لمحصورين (١٨٧) تقديرها (١٨٨) زيادة الغلات

في بعض السنين (١٨٨) لإيداع الورثة مقدار المرتبات . وحكم ذلك .

(١٨٩) مناقشة المذكرة التفسيرية في هذا المقام .

(١٩١) مقدار الموصى به : الوصية بأكثر من الثلث وحكمها (١٩٢) الإجازة

المعتبرة ، الثلث المعتبر (١٩٣) اختلاف الفقهاء في كون المملك الموصى أو الوارث

عند الإجازة ، ومسلك القانون (١٩٥) رغبة بعض الباحثين في إطلاق الوصية عن

التقدير ومناقشة ذلك .

١٩٠ -- حكم الوصية

(١٩٧) المراد من كلمة الحكم عند الفقهاء :

(١٩٨) الوصية الواجبة : الباعث عليها وأصحابها (٢٠٠) شروط لإيجاب

الوصية الواجبة (٢٠١) ما اعتبره القانون سببا لوجوبها (٢٠٣) تقدير

الوصية الواجبة (١٠٤) تنفيذها من غير إنشاء (١٩٧) طريقة حل مسائل

الميراث التي تشتمل على الوصية الواجبة (١٩٨) أمثلة وحلها (٢٠٧) تقديم

الوصية الواجبة على غيرها من الوصايا (٢٨٠) القيود التي يتقيد بها

من يحل مسائل الوصية الواجبة . الحلول التي تفرض واختيار أحدها بطريق السير

والتقسيم . الحل الأول (٢٠٩) وجه بطلانه — الحل الثاني وجه بطلانه —

(٢١١) الحل الثالث وجه اختياره (٢١٢) مخالفتنا لفضيلة الاستاذ المفتي

(٢١٣) أدلته (٢١٤) أدلتنا (٢١٦) مقصد المقنن (٢٢٠) عدم

احتياجها إلى قبول ، واحتمال احتياجها .

(٢٢١) الأصل الشرعي للوصية الواجبة ، تفصيله ، ومناقشة القانون على ضوءه .

٢٢٦ الوصف الشرعى للوصية

- (٢٢٦) الوصية عقد غير لازم (٢٢٨) الرجوع القولى ومعناه والرجوع الفعلى وشروط الرجوع القولى (٢٢٩) موازنة بين الائمة الشرعية وقانون الوصية فى الرجوع القولى (٢٢٢) وجود الوصية لا يعتبر رجوعا (٢٣٢) التغيير فى العين لا يعتبر رجوعا (٢٣٣) احكام الشركة بين الورثة والموصى له عند الزيادة فى العين الموصى بها (٢٥٢) احوال الزيادة .
- (٢٢٧) المصادر الفقهية للقانون فى الرجوع ، أقوال الحنفية والمالكية ، والموازنة بينهما ، واتجاه القانون إلى المذهب المالكي .

٢٣١ تنفيذ الوصية

- (٢٤١) تنفيذ الوصايا عندما تكون التركة مدينة (٢٤٢) تنفيذ الوصية إذا كانت بعين تعلق بها حق الدائن قبل الوفاة (٢٤٣) تحقيق القول فى علاقة الدائنين بالوصايا عند إسقاط ديونهم ، أو سقوطها .
- (٢٤٣) وقت تقدير الثلث فى التركات المدينة (٢٤٤) وقت تقدير الثلث فى غيرها من التركات ، اختلاف أقوال الفقهاء وأساسه ومداه (٢٤٨) ما نراه مسلك القانون
- (٢٤٨) تنفيذ الوصايا إذا كان بعض التركة مالا غائبا أو دينا (٢٤٩) تنفيذ الوصية بسهم شائع فى التركة كلها ، وبعض التركة غائب أو دين .
- (٢٥٠) تنفيذ الوصية إذا كانت بنقود مقدرة ، أو بعين ، وبعض التركة غائب أو دين
- (٢٥٢) تنفيذ الوصية إذا كانت بسهم شائع فى نوع من الأموال ، وبعض المال دين أو مال غائب (٢٥٣) نقد القانون فى هذا الجزء (٢٥٥) تنفيذ الوصايا إذا كان الدين على بعض الورثة . (٢٥٨) نص المذكرة التفسيرية فيما إذا كان فى التركة دين أو مال غائب .

٢٦٣ تراحم الوصايا

- (٢٦٣) معنى تراحم الوصايا والقاعدة فيه ، الوصايا الاختيارية والتراحم فيها ، الوصايا التى ليست للقرابات وتراحمها ، حكم القانون عند التراحم (٢٦٤) المذهب الحنفى

وحكمه عند التزام ، رأى الإمام ورأى الصاحبين عند التزام (٢٦٦) الموصى له
بعين لا يأخذ حصته إلا منها ، تقدير المنافع عند التزام يكون بتقدير القانون لها .
(٢٦٧) حكم ما يخصص للرتب إذا مات المستحق له (٢٦٧) الوصية للقربات
عند التزام (٢٦٧) الوصية بالقربات وللعباد عند التزام (٢٦٩) المصادر
الفقهية . (٢٧١) الخاتمة . (٢٧٢) قانون الوصية .