

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الجمهورية العربية السعودية
جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية
الدراسات العليا
المعهد العالي للقضاء

أحكام الوصايا في الفقه الإسلامي

"دراسة مقارنة"



رسالة

مقدمة لنيل درجة "الدكتوراة" في الفقه المقارن
من المعهد العالي للقضاء

إعداد الباحث : علي بن عبد الرحمن بن علي الربيعية

إشراف : فضيلة الأستاذ الدكتور / بدران أبو العينين بدران

أستاذ ورئيس قسم الفقه المقارن بالعمرة

العام الجامعي - ١٤٠٣ هـ / ١٤٠٤ هـ
١٩٨٣ م / ١٩٨٤ م



الافتتاحية

الإفتاء هـ

=====

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على رسول الهدى محمد
الأمين ، وعلى آله وصحبه ومن تبع سنته ودعا بدعوته الى يوم الدين . . . وبعد
فإن أهمية الوصايا تزداد وفيما إذا مات الإنسان إذ يفقد إرادته وإدراكه
وقدرته على حيازة المال والإنتفاع به والتصرف فيه ، وذلك ما يقضي بانقطاع صلته
بما كان يملك حال حياته من مال ، وانتهاء ملكه فيه ، وزوال ما كان له من
سلطان عليه وإرادة فيه ، فلا ينفذ فيه تصرف ولا إرادة .

ومن أجل ذلك فقد شـاء الله العليم بعباده الحكيم فيهم ، أن يجعل
ذلك المال بعد وفاته لمن أظهرت الطبائع الانسانية والتصرفات الشائعية
المألوفة أنهم محل ايثار الانسان بأمواله منحا وانفاقا حال حياته ، حتى يكون
ذلك حافزا له على حفظها وصيانتها وتنميتها وإادخالها ، ومطمئنا على ان ما
يكون له من مال بعد وفاته ، مصيره الى أحب الناس اليه ، ومن ارتضاء حال
حياته لئلا يذله وعظائه ورعايته ، فعلى هذا الأساس شرع نظام الموارث ، غير أن من
الناس من تدعوه ظروفه وصلاته بخير أهله وأقاربه الى أن يكافئ من أسدى اليه
معروفا ، أو يجازي من أعانه في حاجة ، أو فرج عنه كربة ، ثم لا تنتهي له ظروف
تحقيق ذلك قبل وفاته ، وذلك أن للانسان حياة أخرى خالدة بعد هذه الحياة ،
الغانية ، وهي حياة يجازي فيها بأعماله ويحاسب على ما اقترف فيها من سيئات
ولا نجاة له من ذلك الا بفعل ما أمره الله به ، وترك ما نهاه عنه ، فكثيرا ما يقتصر
الانسان في ذلك كسلا ، أو تهاونا ، مغرورا بأمله ، راجيا تدارك ما فاته قبل
حلول أجله ، فقد تفاجئه مقدمات الموت وأسبابه قبل أن يتمكن من تلافي ذلك
التقصير .

ولهذا كله شرع الحكيم العليم الوصية ليتدرك بها الانسان ما فاته ، والسـ

ذلك فقد أشار الزيلعي^(١) بقوله : " أن الوصية شرعت لحاجة الناس اليها لأن الانسان مفرور بأمله مقصر في عمله ، فاذا عرض له عارض وخاف الهلاك فإنه يحتاج الى تلافى ما فاته من التصير ، وبالوصية يحصل مقصوده ، اذا تحقق ما كان يخافه ، ولو اتسع له الوقت واحتاج الى الانتفاع بما له صوفه الى حاجته ، فشرعها الشارع تكينا من العمل العالج وقضا حاجته عند احتياجه الى تحصيل المصالح " .

ومن هنا ندرک أن الوصية شرعت عند توفر أسبابها ، وبواعثها الشرعية ، لحكم جليلة ، ومقاصد شريفة تجمع بين مصالح العباد في الدنيا ، ورجاء الثواب والدرجات العالية في الآخرة .

وذلك كله ما دعاني لاختيار الوصايا موضوعا للبحث فيها ، وسميته :

" أحكام الوصايا في الفقه الاسلامي "

هذا ولا يفوتني أن أتقدم بجزيل الشكر وخالصه لله ثم للمشرف على هذه الرسالة فضيلة الاستاذ الدكتور / بهد ران أبو العينين بهد ران أستاذ ورئيس قسم الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء الذي كان لي بعد الله خير عون على اظهار هذه الرسالة على هذا المستوى وذلك بفضل توجيهاته الحكيمة ، وارشاداته العائبة ، ولا غرو في ذلك ولا عجب فالمعروف عن فضيلته غزارة العلم ، وسعة الاطلاع ، مع التواضع ، والحلم والاخلاص والخبرة الواسعة في البحوث العلمية ، فقد صدر لفضيلته الكثير من المؤلفات العلمية النافعة ، وأشرف على كثير من الرسائل ، سواء منها رسائل

(١) أنظر : تبیین الحقائق ١٨٢/٦ ، وأنظر : عقد الوصية ص ١١ .

الماجستير ،أو الدكتوراه ،فشكر الله له جهوده المباركة ،وجزاه
عني وعن الاسلام خير الجزاء .

كما لا يفوتني أن أدعو له بالرحمة والمغفرة ، وأن يسكنه فسيح
جناته جزاء ما قدمه لطلبة العلم من خالص جهوده ، ووافر علمه
حيث اختاره الله الى جواره أثناء طبع هذه الرسالة .

كما أسأل الله عز وجل أن يجعل ما بذلته من جهد لاثقا بالهدف
الذي قصدته وهو خدمة الشريعة الاسلامية ،إنه على كل شيء
قدير .

وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين . . ومن
تبعهم باحسان الى يوم الدين .

*** **

خطة البحث :

وتشتمل على مقدمة وخمسة أبواب ، وخاتمة :

فأما المقدمة فتشتمل على أربعة أمور : -

الأول : أسباب الملكية في الشرع .

الثاني : الوصية قبل الاسلام ، وبعده .

الثالث : الفرق بين الوصية، والميراث ، والهبة .

الرابع : بيان أن الوصية عقد من عقود التبرعات .

وأما الباب الأول : فهو باب تمهيدى ، ويشتمل على الفصول الآتية :

الفصل الأول : تعريف الوصية في اللغة ، والاصطلاح .

الفصل الثاني : مشروعية الوصية ، ودليل ذلك .

الفصل الثالث : حكمة مشروعية الوصية .

الفصل الرابع : هل الوصية مشروعة على خلاف القياس ؟

وأما الباب الثاني : فهو في تكوين الوصية وأركانها ، وفيه فصلان :

الفصل الأول : صيغة الوصية . وفيه مباحث :

* المبحث الأول : ألفاظ الوصية .

* المبحث الثاني : في الإيجاب، والقبول ، وبم يتحقق كل منهما ؟

* المبحث الثالث : وقت ثبوت الملكية للموصى له .

* المبحث الرابع : رد الوصية من الموصى له .

* المبحث الخامس : تعليق أو اقتران الوصية بالشرط

* المبحث السادس : اضافة الوصية .

الفصل الثاني : في أركان الوصية وفيه مبحثان :

- * المبحث الأول : معنى الركن والفرق بينه وبين الشرط .
- * المبحث الثاني : الخلاف في أركان الوصية ، وبيان الراجح .

وأما الباب الثالث : ففي شروط الوصية . وفيه فصول : -

الفصل الأول : شرط الباعث على الوصية .

الفصل الثاني : شروط الموصى ، وفيه مباحث : -

- * المبحث الأول : العقل ، وصية الصبي والسكران .
- * المبحث الثاني : الرشد : وصية السفهه ، وذئ الغفلة
- * المبحث الثالث : الاسلام . وفيه مطالب :

- المطلب الأول : وصية الذمي .

- المطلب الثاني : وصية المستأمن .

- المطلب الثالث : وصية الحرسي .

* المبحث الرابع : وصية المرتد .

* المبحث الخامس : وصية المخطيء والهازل والمكره .

* المبحث السادس : وصية المدين .

* المبحث السابع : وصية الفقير .

الفصل الثالث : شروط الموصى له ، وفيه مباحث :

* المبحث الأول : وجود الموصى له عند الوصية ، وفيه مطلبان :

- المطلب الأول : الوصية للحمل .

- المطلب الثاني : الوصية لمعين ، ولغير معين .

* المبحث الثاني : الوصية للمعدوم .

* المبحث الثالث : الوصية للمحصورين ولغير المحصورين

- * المبحث الرابع : الوصية للجهات .
- * المبحث الخامس : الوصية للأصناف المختلفة .
- * المبحث السادس : ألا يكون الموصي له قاتلا للموصي .
- * المبحث السابع : ألا يكون الموصى له وارثا للموصي ان كان ثمة وارث، ولم يجز الوصية .
- * المبحث الثامن : وقت اعتبار الموصي له وارثا .
- * المبحث التاسع : الوصية للذمي وللحرابي .
- * المبحث العاشر : أن يكون الموصى له أهلا للملك والاستحقاق .

الفصل الرابع : شروط الموصي به ، وفيه مباحث :

- * المبحث الأول : ألا يكون الموصى به زائدا عن ثلث مال الموصي في الوصية للأجنبي .
 - * المبحث الثاني : الوصية بالدين .
 - * المبحث الثالث : الوصية بالحمل والصوف واللبن .
 - * المبحث الرابع : الوصية بالفلحة ، والثمرة .
 - * المبحث الخامس : الوصية بالمجهول والمعدوم .
 - * المبحث السادس : الوصية بمثل نصيب أحد ورثته .
 - * المبحث السابع : الوصية بنصيب وارث .
 - * المبحث الثامن : الوصية بالمعدوم .
 - * المبحث التاسع : الوصية بأكثر من الثلث .
- ويشتمل على أربعة مطالب : -

المطلب الأول : مقدار الوصية شرعا

المطلب الثاني : اجازة الورثة ، ومتى تعتبر ؟

وأما الباب الرابع : ففي أنواع الوصية ، وفيه فصلان :

الفصل الأول : الوصية بالمال ، وفيه مباحث :

- * المبحث الأول : طريقة تنفيذ الوصية بالمال اذا كان في التركة دين ، أو مال غائب .
- * المبحث الثاني : الوصية بالمال وفي التركة دين على أحد الورثة .
- * المبحث الثالث : الوصية بالمال عند حدوث تغيير أو زيادة نسي العين الموصى بها .

الفصل الثاني : الوصية بالمنافع : وفيه مباحث :

- * المبحث الأول : الوصية بالمنافع . وفيه مطالب :
- المطلب الأول : في مدلول كلمة (المنافع) .
- المطلب الثاني : حكم الوصية بالمنافع .
- المطلب الثالث : تقدير المنفعة الموصى بها .
- المطلب الرابع : نفقات العين الموصى بمنفعتها .
- المطلب الخامس : بيع مالك الرقبة للعين الموصى بمنفعتها .
- * المبحث الثاني : الوصية بالحقوق : وفيه مطالب .
- المطلب الأول : تقدير قيمة الحق .
- المطلب الثاني : الوصية بالخلسو .
- المطلب الثالث : الوصية بحق من حقوق الارتفاق .
- * المبحث الثالث : الوصية بالمرتبات ، وفيه مطالب :
- المطلب الأول : الوصية بمرتب من رأس المال ، والمدة معينة .
- المطلب الثاني : الوصية بمرتب من الغلة والدة معلومة .
- المطلب الثالث : الوصية بمرتب من رأس المال أو من الغلطة

- المطلب الرابع : الوصية بمرتبة لمعين طول حياة الموصى له

من مال التركة أو غلتها .

وأما الباب الخامس : ففي حكم الوصية ، ومبطلاتها ، وفيه فصلان : -

الفصل الأول : حكم الوصية ، وفيه مبحثان : -

* المبحث الأول : حكم الوصية بمعنى صفتها الشرعية ، وبيان الوصية

الواجبة .

* المبحث الثاني : حكم الوصية بمعنى الأثر المترتب عليها .

الفصل الثاني : في مبطلات الوصية ، وفيه مباحث :

* المبحث الأول : فيما يبطل الوصية من جهة الموصي .

* المبحث الثاني : فيما يبطل الوصية من جهة الموصى له .

* المبحث الثالث : فيما يبطل الوصية من جهة الموصى به .

وأما الخاتمة : ففي تراجم الوصايا .

منهج البحث :

والطريقة التي اتبعتها في بحث هذا الموضوع على الخطة التي رسمتها

سابقا هي : -

- ١ - تمت بتعريف ما يحتاج الى تعريف في اللغة والاصطلاح ، مع تحرى الدقة في ذلك بقدر ما استطعت ، ويتضح ذلك جليا في تعريف معنى الوصية فقد ذكرت ما قيل في معناها في اللغة والاصطلاح ، مع ذكر تعريف قانون الوصية المصرى ، ورجعت بعد المناقشة ما ظهر لي رجحانه .
 - ٢ - ذكرت آراء الفقهاء في المسائل المختلف فيها ، مع بيان أدلة كل رأى ومناقشته ، ثم اختار ما يظهر لي رجحانه من هذه الآراء مع ذكر وجه ترجيحه .
 - ٣ - وثقت في أغلب الأحوال أقوال الفقهاء الواردة في المسألة من واقع نصوصها الفقهية في أكثر من مصدر ، معتمدا في ذلك على المصادر المشهود لها بالقوة .
- وما تجدر الاشارة اليه أنني قد رجعت الى ما كتبه المحدثون والمعاصرون في موضوع الوصايا .
- وكان ذلك بهدف الأمانة العلمية التي تقتضي من الباحث أن يطلع الى كل ما كتب في الموضوع بحسب الطاقة ، ثم ان في الاطلاع على ما كتبه هؤلاء اعترافا بجهدهم ، واستتارة بما دونه من بحوث ، واستثناسا بما اختاروه من آراء ، لاسيما وأن ذلك أمر تحتمه قواعد منهج البحث العلمي ، حيث تقتضي تتبع ما كتب في الموضوع الذى يراد بحشه .

٤ - تمت بذكر مسلك قانون الوصية المصرى في موضوع الوصايا ، وذلك من خلال ايسراد مواد المنصوص عليها في هذا الموضوع ، وقد بينت ما أخذ به من أقوال الفقهاء في المسألة المختلف في حكمها ، أو ما وافق فيه جمهور الفقهاء حين يكون الحكم في المسألة محل اجماع منهم .

٥ - تمت بتخريج ما ورد في البحث من آيات قرآنية ، وآحاد يث ، وأشار

٦ - تمت بترجمة مناسبة لبعض الأعلام الوارد ذكرهم في البحث ، تبين حياته العلمية ، وتاريخ ميلاده ، ووفاته ، وبعض تصانيفه ، وذكرت مصادر الترجمة .

هذا . . ولقد حاولت بقدر الامكان أن يكون هذا البحث سهلاً الأسلوب ، حسن الترتيب ، سالكا في طريقته مسلك الاعتدال في كل مسألة أتمرض لبحثها من غير تعسف ، أو تعصب لمذهب معين ، ولكن متى وجدت الحق أخذت به ، اذ الحق ضالة المؤمن ، والحق أحق أن يتبع .

والله ولي التوفيق .

*** **

المقدِّمة

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

وتشتمل على :

- ١ - أسباب الملكية في الشرع .
- ٢ - الوصية قبل الاسلام وبعده .
- ٣ - الفرق بين الوصية والميراث والهبة .
- ٤ - بيان أن الوصية عقد من عقود التبرعات .

بسم الله الرحمن الرحيم

وبه نستعين ، وعليه نتوكل

المقدمة وتشتمل على : -

أولا : أسباب الملكية في الشرع :

يحسن بنا قبل أن نتكلم على أسباب الملكية في الشرع أن نتعرض لتعريف الملك ، ثم أنواعه ، وعلى ضوء ذلك نبين أسبابه في الشرع فنقول :

ان المال لا يعتبر مالا الا بتمول الناس له ، ولذلك كانت علاقته بالانسان هي التي تعطيه خواصه المالية ، والشرعية ، ولقد قرر الشرع الاسلامي تلك العلاقة ، ورتب عليها ثمراتها ، ونتائجها ، وتلك العلاقة المقررة في الاسلام هي الملك ^(١) .

وفي تعريف معنى الملك قد اختلفت عبارات الفقهاء في ذلك ، فقد تعددت تعريفاتهم له ، وكل هذه التعاريف تتقارب في مرادها ، فعرفه كمال الدين ابن الهمام ^(٢) : " بأنه القدرة على التصرف ابتداءً ، الا لمانع ^(٣) ومعنى هذا التعريف ، أن الملك قدرة الشخص التي لا يستمد ها من غيره على التصرف الا لمانع يمنعه من التصرفات ، فالذى يملك التصرف بالنيابة عن غيره في شيء

(١) ابو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ص ٧٠ .

(٢) المصدر السابق ، فقد اقتبس .

(٣) " "

لا يعتبر مالكا ، لأنه لا يقدر على التصرف ابتداءً ، ومن ذات نفسه ، بل بقدره
غيره .

وعرفه المقدسي ^(١) : " بأنه الاختصاص الحاجز " . ومعنى ذلك التعريف
أن الملك هو الاختصاص بالشئ المانع لغيره من الانتفاع به ، أو التصرف فيه
الا عن طريقه وسببه .

وإذا نظرنا الى هذين التعريفين الأول ، والثاني ، وجدنا كل واحد
منهما مكملًا للآخر ومتما له ، فلو جعلناهما على صيغة تعريف واحد ، وقلنا مثلا
: " الملك هو الاختصاص بالاشياء الحاجز للغير عنها شرعا ، الذي به تكسب
القدرة على التصرف في الاشياء ابتداءً الا لمانع يتعلق بأهلية الشخص " لنتج
عن ذلك تعريف قويم ، لأن الاختصاص آثاره ثابتة في القدرة على التصرف
ابتداءً ^(٢) .

وهناك تعريف آخر للملك جاء في كتاب القرافي ^(٣) الفروق وهو أن الملك :
" تمكن الانسان شرعا بنفسه أو بنيابة عنه من الانتفاع بالعين ، ومن أخذ
العرض ، أو تمكنه من الانتفاع خاصة .

وهذا المعنى ، وهو أن الملكية لا تثبت الا باثبات الشارع وتقديره أمر
متفق عليه بين الفقهاء ، لأن الحقوق كلها ، ومنها حق الملكية لا تثبت
الا باثبات الشارع لها ، وتقديره لأسبابها ، فالحق ليس ناشئا عن طبائع
الاشياء ، ولكنه ناشئ عن اذن الشارع ، وجعله السبب منتجا لسببه شرعا ^(٤) .

(١) اقتبسه ابو زهرة ، ينظر المصدر السابق ص ٧ .

(٢) ابو زهرة - المصدر السابق بتصريف .

(٣) الفرق المتمم للثمانين بعد المائة ٢٠٩/٣ .

(٤) المصدر السابق .

اذن فالمستفاد من هذه التعريفات - على اختلاف عباراتها - أنها تهدف الى معنى واحد ، وهو أن الملك ، أو الملكية^(١) ، هو العلاقة التي أقرها الشارع بين الانسان والمال ، وجعله مختصا به ، بحيث يتمكن من الانتفاع به بكل الطرق السائغة له شرعا .

هذا وان الملكية تنقسم الى ملكية تامة ، وملكية ناقصة ، فالملكية أو الملك التام ، هو الملك الواقع على ذات العين ومنافعها ، والملكية أو الملك الناقص هو ملك أحد الأمرين هما ملك الرقبة وحدها من غير منافعها أو ملك المنفعة وحدها من غير الرقبة ، فهو واقع اما على الرقبة وحدها ، واما على المنفعة وحدها^(٢) .

وحيث عرفنا معنى الملكية ، وأنها تنقسم الى ملكية تامة ، وملكية ناقصة فان أسبابها تحصر في أربعة أشياء : -

١ - سبب منشئ للملك على الأعيان بعد أن لم يكن ثابتا فيها وهذا هو الاستيلاء المباح على الأشياء المباحة التي لا مالك لها ، فان الأشياء المباحة قبل حيازتها ووضع اليد عليها لم تكن ملوكة لأحد كاحياء الأرض الموات ، والصيد ، وحيازة كل مال لا مالك له شرعا وقت حيازته كالكلأ ، والأشجار في الغابات .

٢ - أسباب ناقلة للملك من سلطان شخص الى آخر اختياراً فيحل مالك جديد محل مالك قديم ، ويشمل ذلك العقود الناقلة للملكية من بيع وهبة ، وصدقة ، وخلع بالنسبة لبدله ، ونكاح بالنسبة لغيره ، ومن شأن هذا النوع من الأسباب أن تكون الأموال التي تنقل ملكيتها

(١) المصدر السابق .

(٢) المصدر السابق ص ٧٥ .

بسببها مشغولة بالملك قبلها ، فإذا لم تكن مشغولة لاتتعقد سببها للملك ، لأن مقتضاها بالنسبة للملك أن تنقله من حيز الى آخر ، وذلك لا يكون الا اذا كان الملك ثابتا أولا قبل العقد ، ولذا لا يصح أن يكون محل البيع مباحا من المباحات ، كما لا يصح أن يكون المباح سهرا ، أو بدل خلع ، أو محلا للصدقة ، أو الهبة ، لأن الملكية لم تكن ثابتة في المباح قبل هذه العقود ، فلا يكون ثمة نقل من مالك الى مالك ، فلا يكون مقتضى العقد ثابتا .

٣ - عقود تنقل الملكية ، ولكن بعد وفاة المالك الأول ، وهو عقد الوصية التي تعتبر الملكية بها شبيهة بملكية الميراث في أنها خلافة عن المالك بعد وفاته ، غير أنها تخالف ملكية الميراث في أن الخلافة فيها تثبت بإرادة الشخص (الموصي) وذلك لأن الوصية عقد ينشئه الموصي ، ويريد به تسليم جزء من ماله لشخص أو لجهة بعد وفاته مع مراعاة ما سنه الشرع في ذلك من حدود .

٤ - الميراث وفيه ينتقل الملك من المورث الى الوارث بعد وفاة الأول جبرا عنه ، وذلك بطريق الخلافة التي تثبت بحكم الشرع .
فلا أثر لإرادة المورث في تلك الملكية ، ولذلك كان الملك بالارث اجباريا لا اختيار فيه ، كما أنه لا يسقط بالاسقاط .^(١)

(١) انظر : أبو زهرة : الملكية ونظرية العقد ص ١٢١ - ١٢٢ .

وانظر : المعاملات الشرعية المالية للشيخ احمد ابراهيم ص ٣٤ - ٣٥ .

وانظر : عقد الوصية - لشيخنا فضيلة الدكتور بدران ص ١ .

وانظر : التركة وما يتعلق بها من الحقوق ص ١٢٢ .

ثانيا : الوصية قبل الاسلام وبعده :

لقد جاء الاسلام والعرب يتوارثون ، ويوصي بعضهم الى بعض ، بل لقد كانت الوصية معروفة عند كثير من الأمم قبل مجئ الاسلام ، اذ كانت سبيلا لتوجيه المال بعد الوفاة الى ما أراد المالك توجيهه ماله اليه دون رقابة عليه ودون حدود تحده في ذلك الا مجرد رغبته ، وشهوته ، وكثيرا ما أدى ذلك الى جور شديد ، وجحود أليم ، ونكران أثيم ، فالميراث ينزل حيث توجد القوة والشجاعة في الأفراد ، فجعلوه للرجال المحاربين دون النساء ، والصفار والوصية تسير مع ما جبلوا عليه من الفخر والمباهاة ، فكان الرجل يوصي بكل ماله لمن لا تربطه به رابطة من قرابة أو سبب في حين يذروني قرابته في ساحة العوز والفاقة ، يذروهم عالية يتكفون الناس ، انه نظام فاسد لا يتفق مع ناموس الحياة الصحيحة ، فكان لابد من تشريع نظام جديد يحقق العدالة ان جاء على انقضاء ذلك الشرع الاسلامي مهذبا لهذا التصرف ، مقوما له على وضع يحقق العدالة والانصاف والحكمة ، ويرفع الجور والظلم ، وكان من حكمة الشارع التي لازمته في جميع تشريعاته أن يأخذهم بالهواة ويسير بهم في طريق الاصلاح بخطوات وثيدة ثابتة حتى تزول من أنفسهم شوائب الماضي ورواسبه بالتدريج شأنه في ذلك شأنه في الأمور التشريعية الأخرى - فأنزل أول ما أنزل قوله تعالى : " كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين ^(١) . ففي هذه الآية أوجب الوصية للوالدين والأقربين ، ولم يحدد مقدارها الا أن تكون بالمعروف وفي آخرها يخبر أنه حق على المتقين ، ثم حذر سبحانه من تغيير الوصية

(١) سورة البقرة آية : ١٨٠ .

بقوله : " فمن بدله بعد ما سمعه فانما اشبه على الذين يبدلونه ان الله سميع عليم فمن خاف من موص جنفا أو اشما فأصلح بينهم فلا اثم عليه ان الله غفور رحيم " (١) .

ومن هنا عرفوا أن للأقرباء حقا في مالهم وكل تقديره اليهم (٢) - حستى إذا ما الفت نفوسهم هذا التشريع الجد يد أنزل الله أحكام الموارث ، وتولى بنفسه توزيع التركة في آيات من سورة النساء بدأها بقوله : " للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا (٣) " . وهذا الإجمال لم ينم معه الأقرباء غير الوارثين ، بل حث على اعطائهم ، وتطبيب خاطرهم ، بقوله تعالى : " وإذا حضر القسمة أو لو القريب واليتامي والمساكين فارتقوهم منه وقولوا لهم قولا معروفا (٤) " . ثم بين الأنصبا بعد ذلك بقوله : " يوصيكم الله في أولادكم للذكور مثل حظ الانثيين " الى أن قال : " من بعد وصية يوصي بها أو دين " ، وبعد أن حدد أنصبا الوارثين منع الوصية لهم فقال رسول الله

(١) سورة البقرة آية ١٨١ ، ١٨٢ .

(٢) لما حذر من تبديل الوصية ، وتوعد عليه بالعقاب بين أن التبديل اذا كان لمصلحة لا إثم عليه ، وذلك عندما يجد الشخص من الموصي ميلا عن الحق خطأ أو عمدا بأن يوصي للأجنبي وقريبه محتاج ، أو يوصي بأكثر من الثلث أو يوصي بطريق ملتويه لترجع الوصية الى من لا تجوز له الوصية كأن يوصي لابن ابنه لتعود الى ابنه وهو وارث ، أو الى زوج ابنته لتعود الى ابنته كذلك . ينظر شلبي : أحكام الوصايا والأوقاف ص ١٠-١٤ ، وينظر الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢ / ٢٧٠ .

(٣) سورة النساء آية : ٧ .

(٤) سورة النساء آية : ٨ .

(٥) ينظر المصدر السابق ص ١٢ - ٣٣ ، وينظر: التركة ص ١٤٠ - ١٤١ .

- عليه الصلاة والسلام - : " ان الله أعطى كل نبي حق حقه فلا وصية لوارث^(١) ". وفي رواية أخرى رواها الدارقطني عن ابن عباس^(٢) - رضي الله عنهما - قال : قال رسول الله - عليه الصلاة والسلام - : " لا تجوز وصية لوارث الا أن يشاء^(٤) " ، وبهذا ظلت الوصية مشروعة بجانب الميراث من غير أن يحدد لها مقدار خاص من المال ، بل كانت متروكة الى الموصي نفسه يوصي بما يشاء^(٥) مادام في دائرة المعروف يشهد لذلك ما أخرجه الأئمة الستة فـــــــي

(١) ينظر: منتقي الأخبار مع نيل الأوطار فقد رواه الخمسة الا النسائي عن ابي امامة ح ٤٦/٦ .

(٢) هو أبو الحسن علي بن عمر بن احمد بن مهدي الدارقطني الشافعي امام عصره في الحديث، وأول من صنف الفرائد ولد بدار القطن من أحياء بغداد سنة ٣٠٦ هـ ، وتوفي سنة ٣٨٥ هـ ، له عدة تصانيف منها : كتاب السنن والضعفاء . انظر: تاريخ بغداد ١٢ / ٣٤ - ٤٠ ، وفيات الأعيان ٢ / ٤٥٩ ، ٤٦٠ ، طبقات الشافعية ٣ / ٤٦٢ ، ٤٦٦ ، الاعلام ١٣٠ / ٥ .

(٣) هو أبو العباس عبد الله بن العباس بن عبد المطلب القرشي الهاشمي حبر الأمة ، صحابي جليل ، ولد بمكة سنة ٣ هـ ، وقد نشأ في بداية العصر النبوي ولازم رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وروى عنه الأحاديث الصحيحة ، وقد فقد بصره في آخر حياته ، فسكن الطائف ، وتوفي بها سنة ٦٨ هـ . ينظر : الاستيعاب ٢ / ٣٥٧ ، ٣٥٧ ، الإصابة ٢ / ٣٣٠ ، ٣٣٤ ، الاعلام ٤ / ٢٢٨ ، ٢٢٩ .

(٤) ينظر : منتقي الأخبار مع نيل الأوطار ٦ / ٤٦ ، وفي ذلك يقول الامام مالك رحمه الله : " السنة الثابتة عندنا التي لا اختلاف فيها أنه لا تجوز وصية لوارث : الا أن يجيز له ذلك ورثة الميت ، وأنه ان أجاز له بعضهم وابي بعض ، جاز له في حق من أجاز منهم . ومن أبي أخذ حقه من ذلك قاله يحيى عن مالك : ينظر الموطأ للإمام مالك ص ٤٧٨ .

(٥) ينظر : الزيلعي : نصب الراية لأحاديث الهداية ٤ / ٤٠١ .

في كتبهم عن سعد بن أبي وقاص^(١) : قال : قلت يا رسول الله ان لي مالا كثيرا
وانما ترثني ابنتي^(٢) افا اوصي بمالي كله ؟ قال : لا ، قال : فبالمثلثين قال :
لا ، قال : فالنصف ؟ قال : لا ، قال : فبالمثلث ؟ قال : الثلث والثلث
كثير ، ان صدقتك من مالك صدقة وانك ان تدع اهلك بخير ،
او قال يعيش ، خير من ان تدعهم يتكفون الناس . ا . ه بلفظ مسلم .^(٣)

وقد رواه الجماعة بلفظ : " انك ان تدرو ورتك اغنياً خير من
ان تدعهم عالة^(٤) يتكفون الناس " كما يشهد لذلك أيضا ما اخرجه الدارقطني^(٥)

(١) هو سعد بن مالك بن أهيب ، ويقال له : وهيب القرشي الزهري
أبو اسحاق ابن ابي وقاص . روى عن النبي - صلى الله عليه وسلم - كثير
وهو أحد العشرة وآخريهم موتا . توفي سنة ٥١ هـ ، وقيل ست وخمسين
وقيل غير ذلك .

انظر : الاستيعاب ١٨ / ٢ ، ٢٧ ، الاصابة ٢ / ٣٣ ، ٣٤ ، تهذيب
التهذيب ٣ / ٤٨٣ ، ٤٨٤ ، الاعلام ٣ / ١٣٧ ، ١٣٨ .

(٢) يريد بذلك أنه لا يرثه من الأولاد الا ابنته ، والا فهو من بنى زهره وهم
عصبة ، وقد كان ذلك قبل أن يولد له من الأولاد غيرها ، ثم ولد له
بعد ذلك من الذكور أربعة ، ومن البنات عدد كثير .

ينظر : أحكام الوصايا والأوقاف للاستاذ / شلبي ص ١٠ - ١١ .

(٣) أي يسألونهم بأقربهم ، يقال تكف الناس واستكف اذا بسط كفه للسؤال
أو سأل ما يكف عنه الجوع ، أو سأل كفافا من طعام .

(٤) انظر : منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٦ / ٤٣ .

(٥) عالية : جمع عائل : أي فقراء ، والفعل منه عال يعيل : اذا افتقر .

(٦) انظر : منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٦ / ٤٣ ، وقد اخرجه ايضا احمد

واخرجه البيهقي ، وابن ماجه والبخاري من حديث أبي هريرة بلفظ :

" ان الله تصدق عليكم عند موتكم بثلاث اموالكم زيادة في أعمالكم
نيل الأوطار . الجزء والصفحة نفسهما .

عن أبي الدرداء^(١)، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : " ان الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة فـسـ أعمالكم " . وعلى هذا الوضع أستقر أمر الوصية ، وتوفي رسول الله - عليه الصلاة والسلام - وهي مشروعة بكتاب الله وسنة رسوله ، ثم أجمع العلماء على مشروعيتها في كل العصور لم يخالف في ذلك أحد في كونها مشروعة نقل ذلك الاجماع نقلا مستفيضا حتى لا يكاد يخلو كتاب من كتب الفقه قد يمسها وحد يثها من ذكره ، وانما اختلفوا في صفتها اهي واجبة كما كانت فـسـ اول شرعيتها أم نسخ ذلك الوجوب وصارت مندوبه^(٢) ، هذا ما سنبهه فـسـ موضعه من هذه الرسالة - ان شاء الله تعالى - .

... ..

-
- (١) أبو الدرداء : هو عويمر بن مالك ، ويقال عويمر بن زيد ، ويقال عويمر ابن عامر من بلحارث ، مات بالشام سنة احدى أو اثنتين وثلاثين ، وقد قال عن نفسه - رضي الله عنه - " سلوني فوالذي نفسي بيده لئن فقد تموني لتفقدن رجلا عظيما من أمة محمد - صلى الله عليه وسلم - .
انظر : طبقات الفقهاء لأبي اسحاق الشيرازي ص ٤٧ .
- (٢) ينظر : شلبي ، أحكام الوصايا والأوقاف ص ١٣ ، وانظر حاشية الشيخ الباجوري ١٣٧/٢ .

ثالثا : الفرق بين الوصية ، والميراث ، والهبة :

الوصية وان كانت تشبه الميراث في أن التملك فيها يكون بعد الوفاة وفي أن أحكامها تقع على تركة الشخص بعد وفاته ، الا أنهما يفتقران من عدة وجوه : -

١ - أن الميراث حق شرعي يثبت بالوفاة للورثة ، ويتعلق هذا الحق بالباقي من تركة الميت بعد التجهيز ، وسداد الديون ، وتنفيذ الوصايا في حدود ثلث الباقي بعد التجهيز ، وسداد الديون .
أما الوصية ، فهي تصرف انشائي من الموصي نفسه حال حياته لمصلحة غيره في جزء من ماله ، أو فيه كله ، ومرتببة اخراجها قبل مرتبة الميراث فلا توزيع للتركة على المستحقين بالميراث الا بعد تنفيذ الوصية فسي الحدود المقررة شرعا ، فنطاق الارث أوسع من الوصايا .

٢ - اختلاف الدين يمنع الميراث ، ولا يمنع الوصية ، فالوصية أوسع دائرة من الميراث ، كما سيوضح لنا في مباحث هذه الرسالة .

٣ - الشيء الموروث يدخل في ملك الورثة دون توقف على إيجاب من المورث وقبول من الورثة ، وذلك لأن الميراث ينقل التركة الى ملك الوارث بمجرد وفاة المورث باعتباره خليفة عن الميت .

أما الشيء الموصي به في الوصية فتتوقف ملكيته للموصى له على الإيجاب الصحيح من يملك اصداره ، وعلى بقاءه مصرا عليه حتى الوفاة ، وعلى قبول الموصى له . لأن الراجح في الوصية أنه لا يثبت فيها الملك للموصى له الا بقبوله ، لأن الملك ثبت له من جهة الموصي ، ولا يملك أحد أن يدخل شيئا في ملك أحد الا برضاه .

٤ - الخلافة في الوصية تثبت بإرادة الشخص الموصي ، فالشخص الموصى له رد الموصي به ، واذا فعل ذلك بطلت الوصية .

أما الميراث فالخلافة فيه اجبارية ، فلا يملك الوارث رد المورث ، بل يدخل في ملكه جبراً عنه رضي أم لا ، لأن الخلافة في الارث ثبتت بحكم الشرع لأشخاص عينهم الشارع ، وحدد أنصباهم ، فليس للمورث أن يدخل في الورثة من ليس منهم ، وليس له أن يحرم أحدا منهم ، أو يعدل نصيبه بالزيادة ، أو النقصان .

٥ - الأشخاص الذين يوصي لهم لم يعينهم الشارع ، ولم يعين نصيب كل في القدر الذي تنفذ فيه الوصية ، لأن الوصية قد تكون بعين معينة من أعيان التركة ، وقد تكون بحصة شائعة في نوع معين في التركة كلها .

أما الأشخاص الذين يرثون عينهم الشارع ، وحدد أنصباهم ، ذلك لأن نصيب الوارث مع غيره من الورثة يكون دائما حصة شائعة في التركة كلها بجميع أنواعها^(١) .

(١) ينظر : الوصية للبرد يسي ٩ / ٨ ، وعقد الوصية لاستاذنا الدكتور بدران

وأما الفرق بين الوصية والهبة أو العطية في مرض الموت المخوف ففي أمور :-

- ١ - أن العطية تنفذ في حينها ، لأنها تصرف في الحال فتعتبر شروطها وقت وجودها فلو أعتق عبدا ، أو أعطاه انسانا ، صار المعتق حرا ، وملكه المعطى وكسبه له ، بخلاف مال الوصي به ، أو بره لم يعتق ، ولم يملكه الموصي له الا بعد الموت ، وما كسب أو حدث فيه من نماء منفصل فهو للورثة ، وذلك لأن الوصية تبرع بعد الموت فتعتبر شروطها بعد الموت .
- ٢ - أن العطية يعتبر قبولها ورد ها حين وجودها كعطية الصحيح ، لأن العطية تصرف في الحال ، فتعتبر شروطه وقت وجوده . أما الوصية : فلا يعتبر قبولها ، ولا رد ها الا بعد موت الموصي ، لأنها تبرع بعد الموت ، فتعتبر شروطها بعد الموت .
- ٣ - لا يصح الرجوع في العطية بعد القبض ، لأنها لازمة في حق المعطي ولو كثرت ، وانما منع من التبرع بزيادة على الثلث لحق الورثة ، بخلاف الوصية ، فانه يملك الرجوع فيها ، لأن التبرع فيها مشروط بالموت ، فقبل الموت لم يوجد ، فهي كالهبة قبل القبول .
- ٤ - أن العطية تفتقر الى شروطها المشروطة لها في الصحة من العليم وكونها لا يصح تعليقها على شرط غير في غير العتق ، والوصية بخلاف ذلك .
- ٥ - أن الواهب اذا مات قبل أن يقبض الهبة المنجزة كانت الخيرة للورثة ان شاء واقبضوا ، وان شاء وامنعوا ، والوصية تلزم بالقبول بعد الموت بغير رضاهم .
- ٦ - بيد الأول فالأول في العطية اذا ضاق الثلث عن جميعها ، لوقوعها لازمة ، أما الوصية فيسوى بين متقدمها ومتأخرها ، ويدخل النقص

على كل واحد بقدر وصيته سواه كان فيها عتق أو لم يكن ، لأنها تبرع
بعد الموت فوجدت دفعة واحدة ، وكذلك الحكم في العطايا
إذا وقعت دفعة واحدة .

هذا وإن العطية تأخذ حكم الوصية في مرض الموت المخوف في أشياء
هي كالآتي :-

- (١) أنه يقف نفوذها على خروجها من الثلث ، أو اجازة الورثة .
- (٢) أنها لا تصح لو ارث الا باجازة الورثة .
- (٣) أن فضيلتها ناقصة عن فضيلة الصدقة في الصحة ، لأن النبي
- صلى الله عليه وسلم - سئل عن أفضل الصدقة فقال ^(١) :
" أن تصدق وأنت شحيح ^(٢) صحيح ، تأمل الغني وتخشي الفقر

(١) ونص الحديث : عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال : " جا رجل فقال
: " يا رسول الله أى الصدقة أفضل ؟ أو أعظم أجرا ؟ قال : " أما وأبيك
لتفتان أن تصدق وأنت شحيح صحيح تخشي الفقر ، وتأمل البقاء
ولا تمهل حتى إذا بلعت الحلقوم . . . الخ رواه الجماعة
الا الترمذى عن ابي هريرة . ينظر : منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ١/٦١

(٢) قال : صاحبه المنتهى : الشح بخل مع حرص ، وقال صاحب المحكم الشح
مثلث الشين والضم أولى ، وقال صاحب الجامع : كأن الفتح في المصدر
والضم في الاسم ، قال : الخطابى فيه أن المرض يقصر يد المالك عن
بعض ملكه ، وأن سخاوته بالمال في مرضه لا تمنوعه سمة البخل فلذلك
شرط صحة البدن في الشح بالمال ، لأنه في الحالتين يجد للمال وقعا
في قلبه لما يأمله من البقاء ، فيحذر معه الفقر ، قال ابن بطال وغيره
" لما كان الشح غالبا في الصحة ، فالسماح فيه بالصدقة أصدق في النية
وأعظم للأجر ، بخلاف من يعيش من الحياة ، ورأى مصير المال لفسيره ،
ينظر : المصدر السابق .

ولا تمهل حتى اذا بلغت الحلقوم قلت لفلان كذا ، ولفلان كذا ،
وقد كان لفلان كذا " . متفق عليه .

(٤) أنها تتزاحم في الثلث اذا وقعت دفعة واحدة كتزاحم
الوصايا .

(٥) أن خروجها من الثلث ، يعتبر حال الموت لا قبله ، ولا بعده^(١)
ومن هنا يتضح لنا أن الوصية عقد يدخل ضمن عقود التبرعات
الا أنه عقد عوض في غير مقابل ، كما أن نفاذه يتوقف على وفاة
الموصي .

* وهذا هو الأمر الرابع من الأمور التي اشتملت عليها المقدمة .

... ..

(١) انظر : المغني والشرح الكبير ٦/٤٩١، ٤٩٢، ٤٩٣، والعهده شرح
العهده ٢٨٨، ٢٨٩، والوصية ٨/٩، والمقنع مع حاشيته ٢/٣٤٨،
٣٤٩، والمجموع شرح المهدب ١٥/٧٧، وما بعدها التكملة الثانية
ومطالب أولى النهي ٤/٢٨، وكشاف القناع عن متن الاقنواع
٤/٣٢٨، ٣٢٩ .
وانظر : منتهى الارادات ٢/٣١ .

الباب الأول

الباب التمهيدي

ويشتمل على الفصول الآتية :

- ٠ الفصل الأول : تعريف الوصية في اللغة ، والاصطلاح .
- ٠ الفصل الثاني : مشروعية الوصية ودليل ذلك .
- ٠ الفصل الثالث : حكمة مشروعية الوصية .
- ٠ الفصل الرابع : هل الوصية مشروعة على خلاف القياس ؟

الفصل الأول

تعريف الوصية في اللغة والاصطلاح

تعريف الوصية في اللغة :

أصل المادة ينبئ عن الوصول والاتصال ، فاستعمل العرب الفعل وصى كوعى بمعنى اتصل ووصل ، ومنه وصت الأرض وصيها ووصيا ووصاة ووصاء اتصل نباتها ، ووصيت الشيء بالشيء أصيه وصلته به ووصى النبات اتصل وكثر كما قال بذلك^(١) الفيروز بادى^(٢)

(١) ينظر : الفيروز بادى . القاموس المحيط مادة (وصى)

(٢) هو أبو طاهر محمد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن ابراهيم بن عمر الشيرازى الفيروز بادى الشافعى ، ويعتبر من أئمة اللغة والأدب ، وقد ولد بكازون من أعمال شيراز سنة ٧٢٩ هـ ، وانتقل الى العراق ، وجال مصر والشام ، ودخل بلاد الهند والروم ورحل الى زبيد سنة ٧٩٦ هـ ، وقد أكرمه ملكها الأشرف اسماعيل وقرأ عليه فسكنها ، وولي قضاءها وقد ذاع صيته واشتهر بها ، فكان مرجعاً لأهل عصره فى اللغة والأدب ، والحديث ، والتفسير ، وقد توفى سنة ٨١٧ هـ ، فى زبيد وقيل سنة ٨١٦ هـ ، وقيل سنة ٨١٩ هـ .

* ومن مؤلفاته : القاموس المحيط ، وبصائر ذوى التمييز فى لطائف الكتاب العزيز ، والدرر الغوالى فى الاحاديث العوالى . ينظر : البدر الطالع ٢/ ٢٨٠ ، و ٢٨٤ ، والضوء اللامع ١٠/ ٧٩ ، بغية الوعاة ١٧/ ١١٨ ، التاج المكلل ص ٤٦٦ ، ٤٦٩ ، الاعلام ٨/ ١٩ .

قال بن فارس : ^(١) " والوصية ^(٧) من هذا القياس ، لأنه كلام يوصى أى يصل .

يقال : " وصيته توصية وأوصيته "

وقد استعمل القرآن هذه المادة فى أمرين : -

فاستعملها فى الطلب ، حال الحياة فى مثل :

قوله تعالى : " ووصينا الانسان بوالديه حسناً ^(٤) .

وقوله تعالى : " ذلكم وصاكم به لعلكم تتقون ^(٥) .

واستعملها فى الطلب بعد الوفاة فى مثل :

قوله تعالى : ^(٦) " كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيراً الوصية " .

وقوله تعالى : " من بعد وصية يوصى بها أو دين " ^(٨) .

وقوله تعالى : " شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية

اثان ذوا عدل منكم أو اخران من غيركم ^(٩) .

^(١٠) والوصية تطلق على فعل الموصي ، وعلى المال الذى يوصى به .

(١) هو ابو الحسين ، احمد بن فارس بن زكريا القزوينى الرازى . ولد سنة ٣٢٩ هـ ،

وقد اقام مدة فى همدان ، ثم انتقل الى الرى بالمعراق . فتوفى فيها سنة

٣٩٥ هـ ، وقيل ٣٩٠ هـ ، وهو امام بارع فى اللغة والأدب ، فقد قرأ عليه

البديع الهمداني ، والصاحب بن عباد . ومن مؤلفاته : مقاييس اللغفة

والمجمل ، وحلية الفقهاء ، ينظر : وفيات الاعيان ١٠٠/١ ، ١٠١ ، والأعلام ١٨٤/١ .

(٢) انظر : معجم سقايس اللغة مادة (وصي) .

(٣) ينظر : أحكام الوصية للشيخ على الخفيف (١)

(٤) العنكبوت : آية " ٨ " (٥) الأنعام : آية " ١٥٣ "

(٦) البقرة : آية " ١٨٠ " (٧) خيراً : أى المال الكثير

(٨) النساء : آية " ١١ " (٩) المائدة : آية " ١٠٦ "

(١٠) ينظر : شلى ، أحكام الوصايا والأوقاف ٢١ ، والكشكى : التركة

وما يتعلق بها من حقوق ص ١٤١ - ١٤٢ .

فعلى الاطلاق الأول مصدر أو اسم مصدر مأخوذ من وصيت الشيء بالشيء
أصيه اذا وصلته به^(١)، ومنه قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم
اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان "

وسمى فعل الشخص هذا وصية^(٢)، لأنه لما أوصى كأنه وصل ما بعد الموت
بما قبله في نفوذ تصرفه، أو وصل القرية في تلك الحال بها في الحال
الأخرى، ومن هنا ندرك مناسبة المعنى اللغوي للمعنى الشرعي.

فعلى ذلك لا فرق بين أن يكون الفعل تبرعا بمال أو عهدا الى الغير
بتصرف من التصرفات، فمن يوصي لغيره بمال تبرعا منه يكون قد وصل القرية
الواقعة بعد الموت بالقربات المنجزة حال حياته، وكذلك من يعهد بشئ
أولاده الى غيره، بعد وفاته، فإنه يكون قد وصل ما بعد الموت بما قبله نفس
نفوذ التصرفات.

وعلى الاطلاق الثاني فهي اسم مفعول، ومنه قوله تعالى: "من بعد
وصية يوصي بها أو دين "

فاللغة لم تفرق بين الوصية والايعاض^(٦)، كما لم تفرق بين الفعل المتعدي
بنفسه أو باللام أو بالي في أن كلا منها يستعمل في الوصية والايعاض^(٦)،

(١) ينظر: ابن فارس: معجم مقاييس اللغة ١١٦/٦ مادة (وصى).

(٢) المائدة: آية ١٠٦.

(٣) شلبي: أحكام الوصايا والأوقاف ص ٢١ / ٢٢.

(٤) المصدر: السابق.

(٥) النساء: آية ١١.

(٦) انظر: حاشية ابن عابد بن هـ ٦٤٧/٦.

وأن المتعدى بالي يستعمل بمعنى تملك المال ، وأن كلا من الوصية
والا يضا^(١) يأتي لهما .

وأن التفرقة بين المتعدى باللام والمتعدى بالي اصطلاحية شرعية^(٢)
يقول صاحب القاموس المحيط : " أوصاه ووصاه توصية عهد اليه والاسم
الوصاة والوصية " .

ويقول صاحب المصباح المنير : " وصيت الى فلان توصية وأوصيت اليه
بمال جعلته له " .

ويقول القرطبي^(٣) : " الوصية عبارة عن كل شيء يؤمر بفعله ، وتنفيذه بعد
الموت ، وخصصها العرف بما يعهد بفعله وتنفيذه بعد الموت ، والجمع وصايا
كالقضايا جمع قضية ، وتواصى النبت تواصيا اذا اتصل ، وأرض واصله متصل
النبات ، وأوصيت له وأوصيت اليه اذا جعلته وصيا ، والاسم الوصاة ، وتواصى
القوم أوصى بعضهم بعضا .

وفى الحديث : استوصوا بالنساء خيرا فانما هن عندكم عوان^(٤) .

اذن فالذى ظهر لنا مما سبق ايضاحه أن اللغة لم تفرق بين الوصية
والا يضا^(٥) ، وإنما الذى فرق بينهما أكثر الفقهاء ، فاستعملوا لفظ الوصية نسي

(١) المصادر السابقة ، وينظر : حاشية ابن عابدين ح ٦ / ٦٤٧ .

(٢) ينظر الفيروز بادى : القاموس المحيط ٤ / ٤٠٠ .

(٣) انظر : حاشية ابن عابدين ، فقد اقتبسه ح ٦ / ٦٤٧ .

(٤) القرطبي : الجامع لأحكام القرآن ٢ / ٢٥٩ .

(٥) رواه ابن ماجه ، والترمذى ، وصححه عن عمرو بن الأحوص .

ينظر : منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ح ٦ / ٢٣٦ - ٢٣٧ .

(٦) عوان : جمع عانية ، والعواني : الأسير . قال : الفيروز بادى نسي

القاموس المحيط : " والعواني النساء لأنهن يظلمن فلا ينتصرن . . . "

ح ٤ / ٣٦٧ . مادة (عوت) .

التصرف في المال المضاف لما بعد الموت ، ولفظ الايضاً في جعل الغـمـير وصياً على من يلي أمره بعد وفاته .^(١)

فقول صاحب حاشية الدسوقي : " يقال وصيت له أى بمال ، وأوصيت اليه أى جعلته وصياً ، فهما مختلفان ، وكذا لك قول صاحب الدر المختار : (يقال أوصى الى فلان أى جعله وصياً ، وأوصى لفلان بمعنى ملكه بطريق الوصية)^(٢) .
انما هي تفرقة اصطلاحية قال بها بعض الفقهاء^(٣) .

تعريف الوصية في الاصطلاح :

لم تتفق كلمة الفقهاء على تعريف الوصية في الاصطلاح ، بل اختلفوا فـسـى ذلك ، حتى لقد اختلف أصحاب المذهب الواحد كالذهب الحنفي فـسـى تعريفها ، على ما سنراه على النحو الآتي : -
أولاً : المذهب الحنبلي :

اختلف فقهاء الحنابلة في تعريف الوصية في الاصطلاح ، فقد عرفها أبو الخطاب^(٤) بأنها :

(١) ينظر : شلبي أحكام الوصايا والأوقاف ص ٢/١ ، وانظر التركة ص ١٤١-١٤٢

(٢) ينظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤٢٢/٤ .

(٣) ينظر : " رد المحتار على الدر المختار " ٦٤٧/٦ ، ٦٤٨ .

(٤) هو ابو الخطاب محفوظ بن احمد بن الحسن بن أحمد الكلوزانسي

البغدادى ، الفقيه ، أحد أئمة الحنابلة ، ولد في سنة ٤٣٢ هـ ببغداد

وتوفى بها سنة ٥١٠ هـ ، ومن مؤلفاته : التمهيد في أصول الفقه .

أنظر : طبقات الحنابلة ٢/٢٥٨ ، مختصر الطبقات ص ٤٠٩ / ٤١٢ ،

الذيل على طبقات الحنابلة ١/١١٦/١٢٧ ، النجوم الزاهرة ٥/٢١٢ ،

المطلع ص ٤٥٣ ، المنهج الأحمد ٢/١٩٨ ، ٢٠٦ . الأعلام ٦/١٧٨ .

" التبرع بمال يقف نفوذه على خروجه من الثلث ^(١) ". وورد عليه أنه يتناول مالا يعد وصية في الاصطلاح كالعطية في مرض الموت، إلا أن صاحب الشرح الكبير اعترض على ذلك فقال ^(٢) : " الصحيح أنها ليست وصية، لأنها تخالفها في الاسم والحكم في أشياء " على ما بيناه عند الكلام على تبرعات المريض في مرض الموت، كما لوحظ ^(٣) عليه أيضا أنه لا يتناول الوصية بما زاد على الثلث، فإنها وصية صحيحة موقوفة على اجازة الورثة، كما لا يتناول الوصية بفعل العبادات، وقضاء الواجبات، لأن الوصية بها وصية بواجب، فكانت لذلك واجبة شرعا، وليست تبرعا، كما أنه لا يتناول الوصية بحقوق العباد، أو الوصية بتأجيل دين، أو الوصية بقسمة التركة أو الوصية ببيع عين معينة من ماله، أو غيره من المعاضدات، فكل ذلك لا يشمل التعريف .

أما ابن قدامة فقد عرفها بقوله ^(٤) : " والوصية بالمال، هي التبرع به بعد الموت " .

قال صاحب الانصاف ^(٥) : " هذا الحد هو الصحيح، جزم به في الوجيز وغيره، وضححه في الشرح وغيره، وقد مر في المستوعب، وغيره " ويلاحظ

(١) انظر : المغنى والشرح الكبير ٤١٤/٦، وانظر : الانصاف ١٨٣/٧ ،

وانظر : المتقن وحاشيته ٣٥٤/٢ .

(٢) انظر : المصادر السابقة .

(٣) انظر : المغنى والشرح الكبير ٤١٤/٦ .

(٤) انظر : المصادر السابقة، والوصية وأحكامها ٢٧/٢٨ .

(٥) ينظر : المغنى والشرح الكبير ٤١٤/٦، والكافي ٤٧٤/٢، والانصاف

١٨٣/٧ .

(٦) ينظر : الانصاف ١٨٣/٧، وينظر : كشف القناع عن متن القناع ٤/٣٣٦

على هذا التعريف أنه يرد عليه ما ورد على التعريف الذى سبقه .
كما عرفت فى بعض كتب المذهب بأنها^(١) : " الأمر بالتصرف بعد الموت " .
فهذا التعريف يشمل أيضا الايضا بمعنى اقامة وصي للنظر فى شؤون
الأصغر من أولاده ، وتزويج بناته ، أو توزيع ثلث ماله ، ونحو ذلك ،
وذلك لأن هذا التعريف لاحظ عدم اختلاف معني الوصية والايضا فى
اللغة .

ثانيا : المذهب الشافعي :

عرف بعض الشافعية الوصية بأنها^(٢) : " تبرع بحق مضاف ولو تقديرا لما
بعد الموت ليس بتدبير ولا تعليق عتق " ، وعرفها البعض الآخر بأنها^(٣) :
" التبرع به بعد الموت " به أى بالمال ، ويرد على هذين التعريفين
ما ورد على التعريف الأول ، والثاني للوصية عند الحنابلة .

ثالثا : المذهب المالكي :

عرف بعض فقهاء المالكية الوصية بأنها^(٤) : " عقد يوجب حقا فى ثلث
مال عاقده يلزم بموته ، أو يوجب نيابة عنه بعد موته " ومعنى التعريف

-
- (١) ينظر : المصدر السابق ، وينظر : التركية ١٤٤ ، وينظر : العده شرح
العده ص ٢٩٠ ، ومطالب أولي النهي ٤ / ٤٤١ ، وينظر : نيل المآرب
بشرح دليل الطالب ج ٢ / ١٥ ، وينظر : كشف القناع عن متن الاتساع
ج ٤ / ٣٣٥ ، وينظر : منتهي الارادات ٢ / ٣٧ .
- (٢) انظر : مغنى المحتاج ٣ / ٣٩ ، وانظر : نهاية المحتاج ٦ / ٣٩ - ٤٠ ،
وانظر قليوبي وعميره ٣ / ١٥٦ .
- (٣) انظر : المجموع شرح المذهب ١٥ / ٣٣ ، التكملة الثانية .
- (٤) انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤ / ٢٢٢ ، وانظر : الخرشي
على مختصر خليل ٨ / ١٦٧ .

عندهم أن الوصية عقد يترتب عليه أحد أمرين^(١) :

الأول : ملكية الموصى له ثلث مال الموصي بعد موته ، بحيث لا يكون العقد لازماً الا بعد الموت .

الثاني : نيابة الموصى له عن الموصي في التصرف ، فالموصي اما أن يوصي بمال ، واما أن يوصى باقامة نائب عنه بعد موته .

وهذا التعريف يرد عليه من المآخذ ما ورد على التعريفات السابقه ان أنه وان كان قد حدد الوصية تحديدا سلم فيه عن بعض ما تقدم من ملاحظات على التعريفات السابقة ، الا أنه وقع في أخرى ، وذلك لأنه ينتقض بالوصية بعقود العبد ، أو وقف المسجد أو القنطرة ، فان كلا من العتق والوقف ليس فيه أدنى تملك ، وانما هو فك ملك ، وكذا الوصية بأبراء المدين من دينه " .

لكن ابن رشد المالكي عرّف الوصية بقوله : ان الوصية في الجملة هي هبة الرجل ماله لشخص آخر ، أو لأشخاص بعد موته أو عتق غلامه ، سسوا^(٢) صرح بلفظ الوصية ، أو لم يصرح به^(٤) .

(١) انظر كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ٤٣٣/٣ .

(٢) انظر: الوصية وأحكامها في الفقه الاسلامي ص٢٦ ، وانظر: شرح الرسالة للنفرأوى ح ٢ / ١٨٧

(٣) هو محمد بن احمد بن محمد بن احمد بن رشد ابو الوليد ، ولد بقرطبة سنة ٤٥٠ هـ ، وقيل ٤٥٥ هـ ، وهو من أعيان المالكية ، وكان زعيم فقهاء وقته بأقطار الأندلس ، والمغرب ، ومقدمهم المعترف له بصحة النظر وجودة التأليف ، وله تصانيف منها ، المقدمات المسهدات في الأحكام الشرعية والبيان ، والتحصيل في الفقه ، وقد توفي سنة ٥٢٠ هـ ، الدبياح المذهب ص ٢٧٨ / ٢٧٩ ، الصلح ٥٤٦ / ٢ ، ٥٤٧ ، الاعلام : ٢١٠ / ٦ .

(٤) انظر : بداية المجتهد ٣٣٠ / ٢ ، وانظر: احكام القرآن لابن العربي

ولكن^(١) يرد على تعريف ابن رشد للوصية بالهبة بأنه يوهم خلافاً فـسـى التعريف، لأن الهبة تمليك في الحال، والوصية تمليك بعد الموت فبينهما تناف، وإن كان كل منهما بطريق التبرع .

رابعاً : المذهب الحنفي :

عرف الحنفية الوصية في الاصطلاح بتعريفات مختلفة .
فقد عرفها الكاساني^(٢) بأنها : " اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد موته " وقد ورد على هذا التعريف بأنه غير جامع^(٣)، لأنه لا يشمل الوصية بالواجبات لأنه ما أوجبها على نفسه، بل هي واجبة بإيجاب الشرع .
وقد يجاب^(٤) عن هذا الايراد، بأن المراد من قوله : " ما أوجبه الموصي " عام بحيث يشمل ما أوجب أدائه بعد موته، وعلى ذلك يدخل فـسـى تعريفه الوصية بأداء الواجبات .
أما الكرخي^(٥) من علماء الحنفية فقد عرفها بأنها :

-
- (١) انظر : التركة ١٤٤ .
 - (٢) انظر : بدائع الصنائع ١٠/٤٨٤٣ .
 - (٣) انظر : المصدر السابق، وعقد الوصية هـ .
 - (٤) انظر : عقد الوصية هـ .
 - (٥) هو أبو الحسن عبد الله بن الحسين بن دلال بن دلهم الكرخي، فقيه من فقهاء الحنفية، وقد انتهت اليه رئاسة الحنفية في العراق، وولد بالكرخ بالعراق سنة ٢٦٠ هـ، له مصنفات منها : شرح الجامع الصغير، وشرح الجامع الكبير، وقد توفي في بغداد سنة ٣٤٠ هـ . انظر: تاريخ بغداد ١٠/٣٥٢، ٣٥٥، الفوائد البهية ص ١٠٨/١٠٩، والاعلام: ٤/٣٢٤ .

" ما أوجبه الموصي في ماله تطوعا بعد موته ، أو في مرضه الذي مات فيه " (١) .

وقد ورد على هذا التعريف بأنه غير جامع ، لأن قوله : " ما أوجبه الموصي في ماله تطوعا بعد موته " لا يشمل جميع أفراد الوصايا ، فإنه لا يتناول الوصية بالقرب الواجبة التي تسقط بالموت من غير وصية كالحج والزكاة ، والكفارات ، ونحوها ، فلم يكن الحد جامعا . كما أنه يريد عليه ما أسلفناه من إیرادات على التعاريف السابقة التي اشترطت في معننى الوصية قيد التبرع أو التطوع .

كما ورد عليه أنه ^(٢) يدخل في الوصية تبرعات المريض المنجزه في مرض موته ، وهي لا تعد من قبيل الوصية .

ويمكن أن يجاب ^(٤) عن ذلك بأن يقال لعله أراد أن يدخل تبرعات المريض في الوصية على معنى أنها تأخذ حكم الوصية في المال ، وهو حكم مسلم به في الفقه .

وعرفها صاحب الدر المختار ، وصاحب الكنز وشرحه بتبيين الحقائق بأنها : " تملك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع ، سواء كان الموصى

(١) انظر : بدائع الصنائع ١٠ / ٤٨٤٣ ، وينظر البحر الرائق شرح كسـنـز

الدقائق ٨ / ٤٥٩ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ١٠ / ٤٨٤٣ و ٤٨٤٤ .

(٣) انظر : أحكام الوصية للشيخ على الخفيف ٣

(٤) انظر : عقد الوصية ٥

(٥) رد المحتار الى الدر المختار ٦ / ٦٤٨ .

(٦) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق حـ ٦ / ١٨٢ ، وانظر : نتائج الأفكار في

كشف الرموز والأسرار ١٠ / ٤١١ ، وينظر : البحر الرائق شرح كسـنـز

الدقائق ٨ / ٤٥٩ .

به عينا، أم منفعة ، إذ كما تصح الوصية بالأعيان تصح بالمنافع " .
وبما أن القيود في هذا التعريف غير مرتبة كما يفهم من الكيفية التي
احترز بها ابن عابدين بهذه القيود ، فإنه ينبغي أن يكون صوغ
التعريف هكذا :

" الوصية : هي تملك بطريق التبرع مضاف الى ما بعد الموت ، سواء
كان الموصى به عينا ، أم منفعة " . فكلمة (تملك) جنس في التعريف
تشمل كل تملك بطريق التبرع أم بالعموض سواء كان في الحياة أم بعد
المات ، وكلمة : (بطريق التبرع) يخرج بها التملك بالعموض كالبيع
والاجارة ، ومن العلماء من أخرج بقيد (التبرع) الاقرار بالدين
لاجنبى ، وليس ذلك بشئ ، لأن الاقرار اخبار واظهار لما في ذمته من
دين ، وليس تملكيا ، وحينئذ فلا حاجة لاخراجه لأنه لم يدخل فى
التعريف ، وكلمة : (مضاف الى ما بعد الموت) يخرج بها نحو الهبة
فانها تملك بطريق التبرع فى الحال .

ومن العلماء من قال ان قيد الاضافة الى ما بعد الموت يخرج ما عدا
الوصية .

فلا حاجة الى قيد (بطريق التبرع) فى التعريف . ولا ينافى التسرع
وجوب الوصية لحقه تعالى ، لأن المراد بالتبرع ما كان مجانا لا بمقابلة
عوض ، وليس المراد به ما ان شاء فعله ، وان شاء تركه ، وكلمة (عينا
أم منفعة) قيد لبيان الواقع فهو تنبيه على متعلق الوصية ، ويتدرج فى
العين الموجودة منها بالفعل كالشجرة والقوة كالثمرة المتجددة ، ويتدرج

(١) انظر : حاشية بن عابدين ح ٦٤٨ / ٦ .

(٢) ، ، : التركة ص ١٤٢ ، وانظر : احكام الوصية ٣ .

في المنفعة المؤبد ه ، والمؤقت ه ، والمطلق ه .^(١)

وباستعراضنا لهذه التعاريف وما ورد عليها من ملاحظات ، فاننا نستخلص
أمورا ثلاثة : -

- ١ - أن هذه التعريفات جميعها متقاربة في المعنى والمقصد ، وان كان تعريف الحنفية (تملك مضاف . الخ) أدق وأضبط في الجملة .
- ٢ - أن الوصية عند بعض الحنابلة ، وبعض المالكية ، قد أريد بتعريفها عند هم ما يشمل الوصية بالمال ، واقامة وصي عن الشخص .
- ٣ - أن هذه التعريفات جميعها قاصرة غير شاملة لبعض أنواع الوصايا .
ومن أجل ذلك : فاني اختار تعريفا آخر فيه من المرونة ما يجعله شاملا لكل أنواع الوصايا هو : " تصرف في التركة مضاف الي ما بعد الموت " ، فهذا التعريف أجمع التعريفات السابقة ، لأنه يشمل كل ضروب الوصايا ، فهو يشمل ما اذا كان الموصى به مالا ، أو منفعة والموصى له من أهل التملك كالوصية للأشخاص المعينين بالاسم ، أو بالصفة ، أو لم يكن من أهل التملك كالوصية للجهات الخيرية مثل المساجد ، والمصحات وغيرها ، ويشمل ما اذا كان الموصى به اسقاطا فيه معنى التملك كالوصية بالابراء من الدين ، وما اذا كان الموصى به اسقاطا محضا كالوصية ببراءة الكفيل من الكفالة ، وما اذا كان الموصى به حقا من الحقوق التي ليست مالا ولا منفعة ، ولا اسقاطا ، ولكنه حق مالي لتعلقه بالمال ، كالوصية بتأجيل الدين الحال ، والوصية بأن يباع ماله من فلان ، أو يؤجر له بأجر معين ، والوصية بتقسيم التركة ، أو تخصيص بعض الورثة بعينة منها ، ويشمل ايضا بيان طريق الوفاء بما على التركة من حقوق ان كان

(١) انظر : المصادر السابقة .

(٢) انظر : شرح قانون الوصية ٩ - ١٠ .

الموصي قد بين ذلك الوفاً .

فهذا وغيره يعد تصرفاً في التركة ، لأن كلمة " تصرف " عامة ، وكلمة " مضاف الى ما بعد الموت " لاخراج جميع التصرفات حال الحياة فانها لا تسمى وصية ، وهذا محل اتفاق بين الفقهاء ، لأنها وان أخذت حكم الوصايا في نهايتها من أنها تنفذ في حدود ثلث التركة ، وما زاد يتوقف على اجازة الورثة الا أنها تأخذ حكم الهبات في انشائها من أنه يشترط في صحتها ما يشترط لصحة التبرعات من كون محلها معلوماً عند غير المالكية ، وأنه لا يصح تعليقها بشرط ، كما يشترط في ثبوت الملك بها القبض من الممتلك ، فلو مات المتبرع قبل أن يقبضها المتبرع له كان لورثته الخيار ان شاءوا نفذوا العقد ، وان شاءوا منعوه ، بخلاف الوصية في كل ذلك .

وكلمة " التركة " في التعريف يراد بها كل ما يخلفه الميت من أموال أعياناً كانت أو منافع ، أو حقوقاً مالية تنتقل بالارث ، فتشمل الأعيان المالية بجميع أنواعها سواء تعلق بها حق للغير كحق المرتهن ، أو حق الزوج في عين جعلت لها مهر ، أو مات الزوج قبل أن تقبضها ، أو لم يتعلق بها حق لأحد ، كما تشمل المنافع ، لأنها أموال على الرأى الراجح والحقوق المتعلقة بالمال مثل حق التعلي ، وحق الارتفاق ، وحق خيار العيب .

ويخرج بما تقدم مالا يعتبر تركه من الحقوق التي لا تنتقل بالموت من المورث الى الوارث سواء كانت حقوقاً متعلقة بالمال كحق التصرف في المال الغير بطريق الوكالة ، أو غير متعلقة به كحق الولاية على النفس ، وحق الحضنة ، فان شيئاً من ذلك لا يدخل في التركة ، ومن ثم لا يكون

التصرف فيها المضاف الى ما بعد الموت وصيه .
ولا يعيب هذا التعريف أنه لا يتناول الوصية باقامة وصي على أولاد الصغار ، لأنها ليست تصرفا في التركة ، بل احداث ولاية عليها ، وذلك لأن هذا النوع من الوصية ضرب آخر من الولاية له حكمه وآثاره ، ويبحث في أحكام الولاية على المال .

كما أنه لا يعيب هذا التعريف أنه لا يتناول الوصية باجراء عقد من العقود أو بعمل من الأعمال التي تستوجب انفاق مال كالوصية من شخص بأن توفى عين تركته بعد موته على جهة كذا ، وكالوصية بأن يتابع عيّن معينة لفلان بثلث هو كذا ، وكالوصية بعمارة مسجد كذا ، ونحو ذلك ، فإن هذا النوع من الوصايا ليس تصرفا في التركة ، بل هو أمر باجراء تصرف في التركة .

وقد يجاب عن ذلك : بأن هذا النوع من الوصايا - وإن كان باجراء عقد ، أو بقيام بعمل فانه يستوجب في التركة حقا تتحملة وتنتقل الى الورثة محملة به ، ففي الوصية بالوقف أو بالبيع يكون لمن أريد الوقف عليه ، أو لمن له الولاية عليه ، أو لمن أريد البيع له أن يطالب باجراء هذا الوقف أو البيع ، ويطلب اقامة وصي لتنفيذ هذه الوصية رضي الورثة أم أبى وفاقا لحقه .

(١) يقول الشيخ على الخفيف بعد أن ساق هذا اليراد والاجابة عليه " ولا شك أن ايجاب حق في التركة بعد أن لم يكن يعتبر تصرفا فيها

(١) انظر : أحكام الوصية ص ٦ ، وأحكام الوصايا والأوقاف لمحمد شلبي

٣٣ / ٣٤ ، وعقد الوصية ٦ / ٥ ، والتركة ١٤٢ وما بعدها .

اذ لا يراد بالتصرف الا التزام الذى ينشأ عنه حق فى التركة .
وبهذا الاعتبار يكون التعريف متاولا ايضا لهذا النوع من الوصايا من
ناحية أنه تصرف يستوجب فى التركة حقا بعد الوفاة .

*** **

الفصل الثاني

مشروعية الوصية ودليل ذلك

الأصل في مشروعية الوصية الكتاب ، والسنة ، والاجماع ، والمعقول .

فأما الكتاب فيدل لذلك أولا :

قوله تعالى^(١) : " كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين * فمن بدله بعد ما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه إن الله سميع عليم " .

ووجه الاستدلال بالآية الكريمة من وجهين :

الأول : أن معنى كتب فرض والزام ، ولا بد من أن يكون ما يفرضه الله سبحانه ويلزم به المكلف مشروعا ، والا لكان فيه تناقض .

الثاني : دلت الآية الكريمة على حرمة التفسير والتبديل في الوصية بدليل ترتيبها الاثم على التهديل ، الذي لا يكون الا على فعل محرم أو ترك واجب ، فدل بذلك على مشروعيته ، لأنها لو كانت غير مشروعة لما حرم التبديل بل لوجب .

ويدل لذلك ثانيا قوله تعالى^(٢) : " يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم في الأرض " .

(١) البقرة : آية ١٨٠ ، ١٨١ .

(٢) ينظر : الوصية وأحكامها ص ١٠٤ .

(٣) المائدة آية ١٠٦ .

(١) ووجه الاستدلال بالآية الكريمة من وجهين : -

الأول : أنه تعالى حث المؤمنين على الاشهاد على الوصية ، فدل ذلك على مشروعيتها ، إذ أن الحث على شيء إذا متعلق يدل على مشروعية متعلقة ، كما يدل على مشروعية نفسه .

الثاني : أنه سبحانه نزل الاشهاد من الوصية منزلة الحكم من موضوعه ولما كان الاشهاد مندوبا اليه كان مشروعا ، فعلم بذلك أن موضوعه كذلك ، والا فليس بمعتول جعل مالم يشروع موضوعا لما هو مشروع .

ويدل لذلك ثالثا : قوله تعالى في سياق آيتي المواريث من سورة النساء^(٢) :
" من بعد وصية يوصي بها أو دين . . . " .

ووجه الاستدلال بهذه الآية :

أنه سبحانه وتعالى قرن الوصية بالدين الواجب الأديان فدل ذلك على جوازها بالمعنى الأعم ، وقد امت الوصية على الدين للاهتمام بشأنها ، ولأن النفس قد لا تسمح بها لكونها تبرعا ، أو لأنها كانت على وجه السر والصله ، والدین يقع بعد الميت بنوع تفريط - فبدأ بالوصية لكونها أفضل أو لأنها حظ الفقير غالبا ، والدین حظ الغريم ، ويطلبه بالقوة أو لأجل ذلك كله ، والا فان الدين مقدم عليها شرعا بعد مؤنة التجهيز بلا نزاع^(٣) .

(١) ينظر : المصدر السابق ، وينظر بدائع الصنائع ١٠ / ٤٨٣٧ .

(٢) النساء : آيتي ١١ ، ١٢ .

(٣) ينظر : الوصية وأحكامها ١٠٥ ، وينظر : الأسئلة والأجوبة الفقهيّة

وأما السنة فيدل لذلك : -

أولاً : مارواه الجماعة^(١) عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " ما حق أمرئ مسلم يبيت ليلتين وله شئ^(٢) يريد أن يوصي فيه الا ووصية مكتوبة عند رأسه " .
وفى رواية للبيهقي وأبو عوانه " ليلة أو ليلتين " ولسلم والنسائي
" ثلاث ليال " .

(١) ينظر : منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٦/٣٨ ، وفتح الباري ٥/٣٥٨ .
(٢) هو أبو عبد الرحمن عبد الله بن عمر بن الخطاب العدوي ، صحابي جليل نشأ في الاسلام ، وهاجر مع أبيه الى المدينة ، وشهد فتح مكة .
ولد سنة ١٠ في مكة ، وتوفي فيها ، وفقد بصره آخر حياته ، وهو آخر من توفي من الصحابة في مكة ، له من الأحاديث ٢٦٣٠ حديثاً ، ووفاته قبل سنة ٧٣ هـ ، وقيل ٦٣ هـ . الأعلام ٤/٢٤٦ ، الإصابة ٢/٣٤٧ ، والاستيعاب ٢/٣٤١ ، ٣٤٦ .

(٣) قال ابن حجر في الفتح : وكان ذكر الليلتين والثلاث لرفع الحرج لتزاحم أشغال المرء التي يحتاج الى ذكرها ففسح له هذا القدر ليتذكر ما يحتاج اليه ، واختلاف الروايات فيه دال على أنه للتقريب لا للتحديد والمعنى لا يمضى عليه زمان وان كان قليلاً الا ووصيته مكتوبة ، وفيه إشارة الى اغتفار الزمن اليسير ، وكان الثلاث غاية للتأخير ، ولذلك قال ابن عمر : " لم أبت ليلة منذ سمعت رسول الله عليه الصلاة والسلام يقول ذلك - يقصد - قوله - صلى الله عليه وسلم - " يبيت ثلاث ليال " من رواية مسلم ، والنسائي من طريق الزهري عن سالم عن أبيه الا ووصيته عندي . قال الطيبي : في تخصيص الليلتين والثلاث بالذكر تسامح في ارادة المبالغة ، أى لا ينبغى أن يبيت زماناً ما ، وقد سماحناه نفسى الليلتين والثلاث فلا ينبغى له أن يتجاوز ذلك . ينظر : فتح الباري ٥/٣٥٨ ، وينظر : شرح موطأ مالك للزرقاني ٣/٣٣٨ .

ومعني الحديث : ما الحزم والاحتياط للمسلم الا أن تكون وصيته مكتوبة عنده ، قال بذلك الشافعي ، وكذا قال الخطابي ^(١) ، فيستحب تعجيلها ، وأن يكتبها في صحته ، ويكتب فيها ما يحتاج اليه ، لأنه لا يدرى متى تأتيه منيته فتحول بينه وبين ما يريد من ذلك .

ويدل لذلك ثانياً : ما رواه الدارقطني عن أبي الدرداء عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال : " ان الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم ، فقد أفاد هذا الحديث أن الوصية قربة يتقرب بها الانسان الى الله عز وجل فسي آخر حياته كي تزداد حسناته أو يتدارك بها ما فاته .

ويدل لذلك ثالثاً : ما رواه أبو داود ^(٤) ، والترمذي ^(٦)

(١) منتقي الأخبار مع نيل الأوطار ٦ / ٣٨ ، وينظر: صحيح مسلم بشرح النووي ٧٤ / ١١ .

(٢) تنوير الحوالك مع شرح موطأ مالك ح ٢ / ٢٢٨ ، وينظر فقه السنة ص ٤١ سبق تخريجه .

(٤) منتقي الأخبار مع نيل الأوطار ٦ / ٤٢ .

(٥) هو سليمان بن الأشعث بن اسحاق بن بشر الأزدي السجستاني . ولد سنة ٢٠٢ هـ ، وهو امام أهل الحديث في عصره ، وقد توفي بالبصرة سنة ٢٧٥ هـ ، وتصانيفه كثيرة منها : كتاب السنن وله المراسيل . ينظر تاريخ بغداد ٩ / ٥٥ ، ٥٩ ، والأعلام ٣ / ١٨٢ ، وتذكرة الحفاظ ٢ / ٥٩١ .

(٦) هو أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة بن موسى الضحاك السلمي البوذي الترمذي ، الحافظ المشهور . ولد سنة ٢٠٩ هـ من أهل ترمذ ، وهو من أئمة الحديث وحفاظه ، وقد تتلمذ على البخاري ، وقام برحلة السرى خراسان ، والعراق ، والحجاز ، وفقد بصره في آخر عمره ، توفي سنة ٢٧٩ هـ وقيل ٢٧٥ هـ ، وله تصانيف منها : الجامع الكبير في الحديث ، والعليل =

عن ابي هريرة^(١) - رضي الله عنه - عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " ان الرجل ليعمل أو المرأة بطاعة الله ستين سنة ثم يحضرهما الموت فيضاران في الوصية فيجب لهما النار ، ثم قرأ أبو هريرة قوله تعالى^(٢) : " من بعد وصية يوصي بها أودين غير مضار^(٣) وصية من الله " الى قوله " وذلك الفوز العظيم " ولاحمد وابن ماجه معناه ، وقال فيه " سبعين سنة^(٤) " ففيه وعيد شديد ، وزجر بليغ ، وتهديد ، لأن مجرد المضارة فسى

== في الحديث ، ينظر : وفيات الأعيان ٣ / ٧٠٤ ، تهذيب التهذيب

٣٨٧ / ٩ ، الأعلام ٧ / ٢١٣ .

(١) هو ابن عامر بن عبد ذي الشرى بن طريف بن عتاب بن أبي صععب الدوسي ، اختلف في اسمه اختلافا كثيرا ، وأشهر ما قيل فيه : ان اسمه كان في الجاهلية عبد شمس بن عامر ، فسماه رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عبد الرحمن ، وكني بأبي هريرة ، لأنه وجد هرة فحملها في كفه ، فقيل له : أبو هريرة ، ولد سنة ٢١ ق هـ ، أسلم سنة ٧ ، وقد لزم النبي - صلى الله عليه وسلم - .

وكان أكثر الصحابة حفظا للحديث ورواية له ، فقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم ٥٣٧٤ حديثا ، أقام بالمدينة ، وتوفى فيها سنة ٥٩ هـ : انظر الاستيعاب باب الكنى ٤ / ٢٠٢ - ٢١٠ ، الاصابة ٢ / ٤٠٣ ، باب الكنى ٤ / ٢٠٢ ، ٢١١ ، تهذيب الأسماء واللفات ٢ / ٢٧٠ ، الأعلام ٤ / ٨١ ، ٨٠ .

(٢) النساء آية ١٢ .

(٣) أى لتكن وصيته مبنية على العدل لا على الاضرار والجور والحييف بأن يحرم بعض الورثة ، أو ينقصه ، أو يزيده على ما فرض الله له من الفريضة ، فمن سعى الى ذلك كان كمن ضاد الله في حكمه وشرعه تفسير ابن كثير ١ / ٤٦١ ، وانظر : المبسوط للسرخسى ٢٧ - ١٤٤ .

(٤) قال الشوكاني : الحديث حسنه الترمذى ، وفي اسناده شهر بن

==

في الوصية اذا كانت من موجبات النار بعد العبادة الطويلة
في السنين المتعددة فلا شك أنها من أشد الذنوب التي لا يقع
في مضيقها الا من سبقت له الشقاوه ، وقراءة أبي هريرة للأية
لتأييد معنى الحديث وتقويته ، لأن الله سبحانه قيد ما شرعه
من الوصية بعدم الضرار ، فتكون الوصية المشتملة على الضرار مخالفة
لما شرعه الله ، وما كان كذلك فهو معصية .

ووصية الضرار من الكبائر كما ثبت ذلك عن ابن عباس^(١)

- رضي الله عنهما - مرفوعا ، وموقوفنا باسناد صحيح .

ويدل لذلك رابعا :

ما رواه^(٢) الجماعة عن سعد بن أبي وقاص أنه قال : " جائسى
رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يعودني من وجع اشتد بي ، فقلت
يا رسول الله - قد بلغ بي من الوجع ما ترى ، وأنا ذومال ولا يرثنى
الا ابنة لي أفأتصدق بثلثي مالي ؟ قال : لا قلت : فالشطر
يا رسول الله ؟ قال : لا قلت فالثلث ؟ قال : الثلث والثلث
كثير أو كبير الخ " وقد سبق سياق هذا الحديث على

== حوشب ، وقد تكلم فيه غير واحد من الأئمة ، ووثقه أحمد بسنن
حنبل ويحيى بن معين ، انظر : نيل الأوطار ٤٢/٦ .

(١) المرجع السابق ص ٤٠ ، فقد رواه سعيد بن منصور موقوفنا باسناد
صحيح ، ورواه النسائي مرفوعا ، ورجاله ثقات ، ولفظه " الاضرار في
الوصية من الكبائر " .

(٢) ينظر : منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٤٣/٦ .

وجه آخر عند الزيلعي عند الكلام على مشروعية الوصية بعد
مجئ الاسلام . فقد دل على مشروعية الوصية والقدر الذي
حدده رسول الله - عليه الصلاة والسلام - .

* وأما الاجماع ^(١)، فان الأمة من لدن رسول الله - عليه
الصلاة والسلام - الى يومنا هذا يوصون من غير نكير من أحد
فكان هذا اجماعا من الأمة على ذلك .

* وأما المعقول : فهو أن الوصية استخلاف من العبد لغيره
في ماله ، فيجوز كما يجوز استخلاف الشارع في الميراث، الا أن
الشارع قصر استخلاف العبد لغيره على الثلث حفظا لحق الورثة
فأبقى لهم الثلثين ، لأن حقهم تعلق بماله ، لانعتاد سبب
الزوال اليهم ، وهو استغناؤه عن المال بالموت ، الا أن الشارع
أظهر لهم هذا الحق الذي تعلق بماله في الثلثين ولم يظهره
في الثلث الباقي ليتمكن أن يتدارك ما فاته في حياته من القربات
أو قصر فيه ، فيوصي للأجنبي بما لا يزيد على الثلث ^(٢) .

... ..

-
- (١) ينظر : الوصية ص ٣٣ ، وفقه السنة ٤١٥/٣ ، وينظر : تبیین
الحقائق شرح كنز الدقائق حـ ١٨٢/٦ ، ونتائج الأفكار ، في كشف
الرموز والأسرار ٤١٥/١٠ ، وبدائع الصنائع ٤٨٣٨/١٠ .
وينظر : مطالب أولي النهى ٤٤٢/٤ .
- (٢) انظر : نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار ٤١٦٠/١٠ ، وما بعدها
وانظر : الوصية ٣٣ ، وانظر : التركة ١٤٨ .

الفصل الثالث

حكمة مشروعية الوصية

بعد أن تكلمنا على الأصل في مشروعية الوصية ، وعرفنا أن الأصل في ذلك الكتاب ، والسنة ، والاجماع ، والمعقول ، وبيننا وجه ذلك من هذه الأدلة نقول : انها شرعت عند توافر اسبابها وبواعثها الشرعية ، لحكم جليل ، ومقاصد سامية ، وأهداف نبيلة ، تجمع بين مصالح العباد في الدنيا ورجاء الثواب والأجر ، والدرجات العالية في الآخرة ، فلم يشرع الله شيئاً الا وفيه جلب مصلحة للعبيد أو درء مفسده عنه فما جعل الله الوصية في حدود الثلث الا مراعاة لمصلحة الانسان ليتدارك ما فاته - قبل أن تأتى ساعته وينقضى أجله - من فعل الواجبات ، وأعمال البر والرحمة التي تعود عليه وعلى غيره من الأفراد والجماعات بالنفع الشامل والخير العميم ، فقد يريد الانسان أن يكافئ من أسدى اليه جميلاً ، أو تدم نحوه معروفنا ويساعد غير وراثته من أقربائه وأحبائه دفعا لعوزهم ، ويسد خللة المحتاجين ، ويخفف الكرب عن اليتامى ، والمساكين ، والضعفاء ، والبائسين على أن يلتزم في ذلك المعروف ، وهو العدل الذي لا وكس فيه ولا شطط وأن يتجنب الأضرار في الوصية ، لقوله تعالى : " من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار وصية من الله " (١) . ولما ثبت عن ابن عباس (٢)

(١) سورة النساء : آية : ١٢ .

(٢) رواه سعيد بن منصور موقوفاً باسناد صحيح ، ورواه النسائي مرفوعاً ورجاله

ثقات ، نيل الأوطار ج ٦ / ٤٠ .

* والنسائي هو : الامام الحافظ أبو عبد الرحمن احمد بن شعيب بن

- رضي الله عنهما - : " الاضرار في الوصية من الكبائر "

اذن فالوصية تحقق الغرض الدنيوي كما تحقق الغرض الأخروي متى التزم فيها عدم الاضرار ، فالموصي بوصيته ، تكثر حسناته وتزداد من البر أعماله ، يقول - صلى الله عليه وسلم - في ذلك : " ان الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجمعها لكم زيادة في أعمالكم " .

وفي ذلك أيضا يقول^(١) الكاساني : " فان الانسان يحتاج الى أن يكون ختم عمله بالقرينة زيادة على القرب السابقة ، على ما نطق^(٢) به الحديث ، أو تداركا لما فرط منه في حياته ، وذلك بالوصية ، وهذه العقود ما شرعت الا لهوائج العباد اليها ، فاذا مست الحاجة الى الوصية وجب القول بجوازها " .

== علي بن سنان بن بحر الخراساني القاضي ، وقال بعضهم ، أحمد ابن علي شعيب ، ولد بنسأ مدينة بخراسان سنة ٢١٥ هـ ، وقيل ٢١٤ هـ ، وكان امام عصره في الحديث له كتاب السنن ، واستوطن مصر ، وانتشرت بها تصانيفه ، ثم رجع الى دمشق وامتنح فيها - وتوفي بسبب هذه المحنة ، وقيل انه توفي بمكة سنة ٣٠٣ هـ .

- انظر : وفيات الأعيان ١/٥٩/٦٠ ، تذكرة الحفاظ ٢/٦٩٨ ، ٢٠٠
الأعلام ١/١٦٤ ، والرسالة المستطرفة ص ١١ ، ١٢ .

(١) انظر : بدائع الصنائع ١٠ / ٤٨٣٨

(٢) ونصه : " ان الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم عند وفاتكم " .
وقد سبق تخريجه .

كما يقول صاحب الهداية^(١)، وتبيين الحقائق في الحكمة من تشريع الوصية : " ان الوصية شرعت لحاجة الناس اليها ، لأن الانسنان مغرور بأمله ، مقصر في عمله ، فاذا عرض له عارض ، وخاف الهلاك ، فانه يحتاج الى تلافى ما فاتته من التقصير ، وبالوصية يحصل مقصوده اذا تحقق ما كان يخافه ، ولو اتسع له الوقت ، واحتاج الى الانتفاع بماله ، صرفه الى حاجته ، فشرعها الشارع تمكيناً من العمل الصالح وقضاء حاجته عند احتياجه الى تحصيل المصالح " .

... ..

-
- (١) انظر : نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار ١٠ / ٤١٣ / ٤١٤ .
(٢) انظر : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٦ / ١٨٢ ، وانظر : الوصية ٣٣ - ٣٤ ، وانظر : عقد الوصية لشيخنا الدكتور بدران ١١ .

الفصل الرابع

هل الوصية مشروعة على خلاف القياس ؟

انفرد الحنفية^(١) بالقول بأن القياس يأبى جواز الوصية ، معللين ذلك بأن الوصية عقد تملك مضاف الى ما بعد الموت ، والموت مزيل للملك ، فتقع الاضافة الى زمان زالت الملكية فيه ، فلا يتصور التملك فيه ، فلا يصح ، لأنه لو أضيف التملك الى زمان قيام الملكية « بأن قال : " ملكك غدا هذا الشيء " كان باطلا فهذا من باب أولى ، الا أن الشارع أجازها استحسانا لحاجة الناس اليها ، لأن الانسان مفرور بأمله ، مقصر فى عمله ، ولأن الملكية لا تزول عن الانسان بالكلية بعد الموت ، بل تبقى مالكيته بعده فى حق ما يحتاج اليه كما فى قدر التجهيز والدين ، ومنه الوصية بقدر الثلث ، وقد قالوا فى الاجارة مثل ما قالوا فى الوصية من أنها لا تجوز قياسا بل جازت على خلاف القياس ، لما فيها من تملك المنافع الى ما يستقبل من الزمان .

وفى هذا القول^(٢) من الحنفية نظر : ذلك أنه مقبول على تفسير القياس عندهم ، أما اذا فسروه بمعناه الأعم الأوسع ، وهو أن كل ما يحقق المصالح الراجعة للناس ، ويفى بحاجاتهم ، ويمكنهم من استدراك ما فاتهم من التقصير ، ويدفع عنهم العسر والحرج ، أو فسروه

(١) انظر : تبين الحقائق ١٨٢/٦ ، وانظر : نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار ١٠/١١٣ ، ٤١٤ ، وانظر البحر الرائق ٨/٤٦٠ ، وانظر : بدائع الصنائع ١٠/٤٨٣٧ ، والهداية شرح بداية المبتدى ٤/٢٣١ .

(٢) انظر : عقد الوصية ١٠ .

يكل ما تقتضيه الأصول الشرعية والقواعد الفقهية المقررة ما يحقق مبادئ العدالة، والبر والرحمة، ولا غبن فيه ولا غرر، إذا فسر القياس بهذا الوجه، فليس في الوصية ما يخالف قواعد الشريعة لاسيما وأن نصوص الشرع قد جاءت بعشرويتها تحقيقاً لمصالح العباد والشرع، لا يأتي بما يخالف مقتضى العقل السليم، ولا القياس الصحيح.

ويؤيد ذلك ما قاله ابن قدامة^(١) : " وأجمع أهل العلم في كل عصر على جواز الاجارة الا ما يحكى عن عبدالرحمن بن الأعم أنه قال : " لا يجوز ذلك، لأنه غرر، يعنى أنه يعتقد على منافع لم تخلق وهذا غلط، لا يمنع انعقاد الاجماع الذى سبق في الأعمار، وسار فى الأعمار، والعبرة ايضا دالة عليها، فان الحاجة الى المنافع كالحاجة الى الأعيان، فلما جاز العقد على الأعيان، وجب أن تجوز الاجارة على المنافع، ولا تخفى حاجة الناس الى ذلك، فانه ليس لكل أحد دار يملكها، ولا يقدر كل مسافر على بعير، أو دابة

(١) ابن قدامة هو الامام شيخ الاسلام موفق الدين أبو محمد عبدالله بن احمد بن محمد ابن قدامة بن مقدم بن نصر بن عبدالله المقدسي ثم الدمشقي الصالحي الفقيه الحنبلي، من أكابر الحنابلة، ولد سنة ٥٤١ هـ بجماعيل من قرى نابلس بفلسطين، وتقدم دمشق مع أهله وهو ابن عشرين سنين، فقرأ القرآن، وحفظه، وحفظ مختصر الخرقي واشتغل بالعلم ورحل الى بغداد سنة ٥٦١ هـ ثم رجع الى دمشق وبها توفي سنة ٦٢٠ هـ، له تصانيف منها : المفنى شرح مختصر الخرقي، والكافي، والمقنع، والعمدة في الفقه، وروضة الناظر في اصول الفقه، انظر : الذيل على طبقات الحنابلة ٢/١٢٣/١٤٩ .

المطلع ص ٤٢٦/٤٢٧، الاعلام ٤/١٩١/١٩٢ .

(٢) انظر : المفنى والشرح الكبير ٦/٣ .

يملكها ، ولا يلزم أصحاب الأملاك اسكانهم ، وحملهم تطوعاً
وكذلك أصحاب الصنائع يعملون بأجر ، ولا يمكن كل أحد عمل ذلك
ولا يجد متطوعاً به ، فلا بد من الاجارة لذلك ، بل ذلك ما جعله
الله تعالى طريقاً الى الرزق حتى أن اكثر المكاسب بالصنائع وما ذكره
من الضرر لا يلتفت اليه مع ما ذكرناه من الحاجة ، فان العقد على
المنافع لا يمكن بعد وجودها ، لأنها تتلف بمضى الأوقات ، فاحتيج
الى العقد عليها قبل وجودها كالسلم في الأعيان”

*** **

الباب الثاني

الباب الثاني

في تكوين الوصية وأركانها وفيه فصلان :

الفصل الأول : صيغة الوصية وفيه مباحث :

المبحث الأول : الفاظ الوصية

المبحث الثاني : في الإيجاب والقبول ، وبم يتحقق كل منهما ؟

المبحث الثالث : وقت ثبوت الملكية للموصى له .

المبحث الرابع : رد الوصية من الموصى له .

المبحث الخامس : تعليق أو اقتران الوصية بالشرط .

المبحث السادس : إضافة الوصية .

الفصل الثاني : في أركان الوصية . . وفيه مبحثان : -

المبحث الأول : معنى الركن والفرق بينه وبين الشرط .

المبحث الثاني : الخلاف في أركان الوصية ، وبيان الراجح .

المبحث الأول

الفاظ الوصية

صفة الوصية ما به وجودها ، وتحققها في الخارج من كل ما يدل على تصرف ، او التزام يترتب عليه تحمل التركة ابتداءً بعد الوفاة بحق من الحقوق ، ذلك لأن الصيغة هي المظهر الخارجي الذي يعبر عما في النفس من رغبات في انشاء العقود ، والتصرفات ، وهي التي تناط بها الأحكام دون الارادة الباطنة التي هي العزم والنية .

فكل ما يعبر عن الارادة الباطنة تعبيراً صادقاً يصلح أن يكون صيغة للتصرف سواء كان كلاماً أو كتابة أو إشارة ، غير أن الأصل في التعبير عما في النفس هو الكلام ، لأنه الطريق للتفاهم بين الناس في جميع الأحوال .

لذا صح انشاء التصرف بكل كلام مفيد دال على مقصود المتصرف بأي لغة كانت عربية أو غير عربية ، فصيحة كانت أو غير فصيحة ، حقيقة كان أو مجاز متى كان واضحاً مفهوم الدلالة ، وهذا من غير خلاف بين الفقهاء^(١) .

فتنشأ الوصية بكل عبارة دالة عليها سواء كان ذلك بلفظ صريح كقوله : " أو وصيت لك بكذا ، أو وصيت لزيد بكذا ، أو أعطوه من مالي بعد موتى كذا ، أو أدفعوه اليه بعد موتى ، أو جعلته له بعد موتى

(١) انظر : أحكام الوصية لعلى الخفيف ٦٨ ، والوصية للبرديسي ١٣ .

وأحكام الوصايا والأوقاف لمحمد شلبي ٣١ ، ٣٢ .

(٢) انظر كتاب : الفقه على المذاهب الأربعة ٤٤١/٣ .

أو هوله بعد موتى ، أو هوله من مالي بعد موتى ونحو ذلك ما يردى معناها كملكته له بعد موتى ، أو كان ذلك كناية ، لكن يفهم منها الوصية بالقرينة الدالة عليها كقوله : " اعطوا الشيء الفلانى لفلان بعد موتى^(١) " . ومثله لو قال : " رجل فى مرضه ، أو صحته ان حدث لى حادث فلفلان كذا فهذا وصية ، وكذلك لو قال لفلان الف درهم من ثلثي فهذا وصية وان لم يذكر فيها الموت " لاشتتار هذا التعبير فى الدلالة على الوصية ، ولأن كلمة ثلثي قد اشتهرت فى الوصايا فصارت دالة على ثلث التركة ، بخلاف ما لو قال : " أوصيت أن لفلان فى مالي ألف درهم " ، فهذا اقرار لأن أوصيت لمدخلت على ان المصدرية صارت مستعملة بمعنى ذكرت ، فالألف فى أن اقرار ، والاقرار مؤاخذ به وقد وجد نفاذه فى موضعه فلا يكون كناية فى الوصية .

لأن مثل هذا التعبير اقرار صريح ، لكن لو قال : " هوله من مالي " فيصح كناية عن الوصية ، لأنه مثل ما لو قال : " عينته له " فهذا كناية ، لأنه يحتمل التعيين للتطبيق بالوصية ، والتعيين للاعارة كالبيع ، بل انعقاد الوصية بالكناية أولى ، لأنها لا تفتقر الى القبول فى الحال فأشبهت ما يستقل به الانسان من التصرفات " .

(١) انظر : كشاف القناع ٤ / ٣٤٥ .

(٢) انظر : الخرشى على مختصر خليل ٨ / ١٦٩ ، وحاشية الدسوتى على

الشرح الكبير ٤ / ٤٢٣ .

(٣) انظر : البحر الرائق ٨ / ٤٦٣ / ٤٦٤ ، والوصية ١٣ .

(٤) انظر : روضة الطالبين ٦ / ١٤٠ ، ومغنى المحتاج ٣ / ٥٢ - ٥٣ ،

ونهاية المحتاج ٦ / ٦٤ .

ومثل الاقرار في عدم دخوله في باب الوصية ما لو قال شخص :
" وهبته له بعد موتي " ، واقتصر على " وهبته " ونوى الوصية
فالأصح أنه لا يكون وصية ، لأنه أمكن نفاذه في موضوعه الصريح
وهو التملك الناجز ، فلا يكون كناية في الوصية .

وان قلنا فيما سبق ان الوصية تنعقد باللفظ الدال على معنى
الوصية وضما أو عرفا أو بمعونة قرينة تدل عليها ، فقد نصت
المادة ^(٢) الثانية من القانون المصري على : " أن الوصية تنعقد
بالعبارة أو بالكتابة . . . " وقد فسرنا المقصود بالعبارة آنفا .

وما سبق لنا بيانه ، اتضح أن الفقهاء متفقون على أن الوصية
تنعقد بكل لفظ دال عليها صراحة ، أو كان في دلالته ما يشعر بذلك
بواسطة قرينة ، على أن المراد بالعبارة في المادة التي أشرنا اليها
عبارة الموصي ، فلو صدرت العبارة من غيره ، كان ذلك لاغيا ، واحتيج
لنفاذ الوصية ، اجازتها واقرارها من الموصي نفسه .

... ..

(١) انظر : المصادر السابقة ، وانظر : حاشية بن عابدين ٦/٦٥٠

(٢) انظر : شرح قانون الوصية ٢٧٣

المبحث الثاني

في الايجاب والقبول في الوصية

وَسْمَ يَتَحَقَّقُ كُلُّ مِنْهُمَا _____
=====

يحسن بنا قبل أن نبحث ما يتحقق به كل من الايجاب والقبول في الوصية ، أن نشير الى أنه ورد الخلاف في : هل الصيغة هي الايجاب وحده ؟ أو هي مجموع الايجاب والقبول ؟

وبما أن الصيغة هي أحد أركان الوصية المنشئة لها ، فقد رأيت من الملائم بحث هذا الخلاف في محله الذي سيأتى عند الكلام على أركان الوصية في الفصل الثاني من هذا الباب - ان شاء الله تعالى - .

فأما ما يتحقق به كل من الايجاب والقبول فنقول : -

أولاً : ما يتحقق به الايجاب ؟

يتحقق الايجاب في الوصية باللفظ ، أو بالكتابة ، أو بالإشارة .

انعقاد الايجاب باللفظ :

يتحقق الايجاب في الوصية باللفظ الدال على معناها وهو التمليك المضاف الى ما بعد الموت بغير عوض ، سواء كان بلفظ صريح كقول الموصي : " أوصيت لفلان بكذا ، أو هذا وصية لفلان ، أو كان بلفظ غير صريح ، ولكن يفهم منه الوصية بقرينة كقول الموصي : " هذا هبة لفلان بعد موتي " ، أو قوله : " اعطوا فلانا كذا بعد موتي " ، أو ملكتك دارى هذه بعد موتى .

فلايجاب في الوصية يتعقد بكل لفظ يدل على معناها وضعاً أو عرفاً ، أو بمعونة قرينة من القرائن ، ولا يتعين له لفظ مخصوص^(١) ، فقد جاء في تكملة البحر : " لو قال لفلان الف درهم من ثلثي ، فهو وصيه ، لاشتهار هذا التعبير في الدلالة على الوصية ولأن كلمة ثلثي قد اشتهرت في الوصايا فصارت دالة على ثلث التركة ، ومثله لو قال شخصاً : سدس مالي لفلان ، أو رבעه مثلاً ثم مات بعد ذلك ولم يكن من فلان قبض لهذا المال ، كان ذلك وصية استحساناً ، إذا كان قد قال ذلك في خلال الوصايا ، لأن ذكره في خلال الوصايا قرينة دالة على ارادة الوصية^(٢) .

وهذا ما نطق به قانون الوصية المصري في مادته الثانية فقد جاء^(٣) فيها : " تتعقد الوصية بالعبارة ، أو بالكتابة ، فإذا كان الموصي عاجزاً عنها ، انعقدت الوصية بإشارته المفهومة " . والمراد بالعبارة كل عبارة ملفوظة تفيد معنى الوصية وتدل عليه بأى نوع من أنواع الدلالات ، وبأى لفة من اللغات ، وقد سبق الإشارة الى ذلك ، ومثل ذلك فيما تقدم في جميع المذاهب .

انعقاد الايجاب بالكتابة في الوصية :

انعقاد الايجاب في الوصية بالكتابة من العاجز عن النطق يعتبر صحيحاً تترتب عليه صحة الوصية بلا خلاف .

-
- (١) الوصية ١٣ ، وانظر : كشاف القناع ٤ / ٣٤٥ وانظر : الخرشي على مختصر خليل ١٦٩ / ٨ .
- (٢) الوصية ١٣ ، وينظر : البحر الرائق ٨ / ٤٦٣ / ٤٦٤ .
- (٣) شرح قانون الوصية ٢٧٣ .

أما انعقاد الايجاب فى الوصية بالكتابة من القادر على النطق فهو محل خلاف بين المذاهب ، ففى المذهب الحنفي ^(١) : يجوز انعقاد الايجاب فى الوصية بالكتابة ، بل يسوى بين العبارة والكتابة لمن قدر عليهما ، ففى حاشية ابن عابدين نقلا عن النهاية " اذا كتب وصيته بيده ، ثم قال اشهدوا على ما فى هذا الكتاب - جاز استحسانا - وان كتبها غيره لم يجوز " .

أما المذهب المالكي : فقد أفصح عنه ما جاء فى المدونة الكبرى " أن الشخص اذا كتب وصيته ، ولم يقرأها على الشهود ، ورفعها اليهم مكتوبة ، وقال لهم اشهدوا على ما فيها ولم يعاينوه حين كتبها ، فان ذلك جائز اذا عرفوا أنه الكتاب بعينه " .
وأما المذهب الحنبلي ففيه روايتان ^(٢) عن الامام أحمد : -

الرواية الأولى : أن من مات ، فوجدت وصيته مكتوبة عند رأسه ، ولم يشهد فيها وعرف خطه ، وكان مشهور الخط يقبل ما فيها .
الرواية الثانية : أنه لا يقبل الخط فى الوصية ، ولا يشهد على الوصية المختومة حتى يسمعها الشهود منه ، أو تقرأ عليه فيقر بما فيها ، لأن الحكم ، لا يجوز برؤية خط الشاهد بالشهادة ، فكذا هنا .
ويجاب عن ذلك ^(٣) : بالفرق بين الوصية ، وبين الحكم والشهادة ، من حيث أن الوصية ما يتسامح فيها بصحتها مع الغرر والخطأ ،

(١) انظر : حاشية ابن عابدين ٦٥٠/٦ .

(٢) ح ١٣/١٥ من المدونة الكبرى للامام مالك رواية الامام سحنون عن بسن القاسم عن مالك .

(٣) انظر : المغني والشرح الكبير ٤٨٨/٦ ، وانظر : الانصاف ٧/١٨٨ - ١٨٩ .

(٤) انظر : المصدرين السابقين وكشاف القناع ٣٣٧/٤ .

وبالمعدوم والمجهول ، وللحمل ، وبالحمل ، وبما لا يقدر على تسليمه
فجاز أن يتسامح فيها ، بالعمل بالخط كرواية الحديث ، بخلاف
الحكم والشهادة ، فإنه لا يجوز للقاضي الحكم برؤية خط الشاهد
احتياطاً للحكم ، بل لو رأى الحكم بخطه تحت ختمه ، ولم يذكر
أنه حكم به ، أو رأى الشاهد شهادته بخطه ، ولم يذكر الشهادة
لم يجز للحاكم انفاذ الحكم بما وجده بخطه تحت حكمه ، ولا
للشاهد الشهادة ، بما رأى خطه به على الصحيح احتياطاً .

ووجه الرواية الأولى قوله^(١) صلى الله عليه وسلم : " ما حق امرئ مسلم
له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عنده " .

ووجه الاستدلال من الحديث : أنه لم يذكر أمراً زائداً على الكتابة
فدل على الاكتفاء^(٢) بها .

ولأنه^(٣) صلى الله عليه وسلم : " كتب الى عماله وغيرهم ، ملزماً للعمل
بتلك الكتابه ، وكذلك عمل الخلفاء الراشدين من بعده بذلك ،
ولأن الكتابة تنبئ عن المقصود ، فهي كاللفظ .

قال القاضي في شرح المختصر :^(٤)

-
- (١) رواه ابو داود بسنده عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما . ينظر شرح
موطأ مالك للزرقاني مع السنن لأبي داود ٢٩/٣ .
- (٢) كشف القناع ٣٣٢/٤ .
- (٣) المصدر السابق ، وينظر : المغني مع الشرح الكبير ٤٨٨/٦ .
- (٤) المراد به أبو يعلى محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن أحمد بن
الفراء ، عالم عصره في الفنون والأصول والفروع ، وشيخ الحنابلة . ولد
في بغداد سنة ٣٨٠ هـ ، وقد علت مكانته ، وارتقى شأنه عند القادر ،
والقائم العباسيين ، وقد ولاه القائم قضاة دار الخلافة والحريم وحران
==

" ثبوت الخط يتوقف على معاينة البينة أو الحاكم لفعل الكتابة^(١) " وقد اعترض عليه الحارثي فقال : " وقول احمد ان كان عرف خطه ، وكان مشهور الخط ينفذ ما فيها - أى الوصية - يخالف ما قال ، فانه أناط الحكم بالمعرفة والشهره من غير اعتبار لمعاينة الفعل وهو الصحيح الى أن قال : " ولا شك أن المقصود حصول العلم بنسبته الخط اليه ، وذلك موجود بحيث يستقر في النفس استقرارا لا ترد معه فوجب الاكتفاء به " .

وفي المذهب الشافعي^(٢) ، ينعقد الايجاب في الوصية بالكتابة مع النية كما في البيع ، فلو كتب شخص لزيد كذا ونوى به الوصية له ، واعترف بالنية نطقا ، أو ورثته بعد موته صحت^(٣) كما أن الشافعي قد أخذ بالرواية الثانية عند الحنابلة ، وكذلك أخذ بها أبو ثور ، فقالا : بقبول الوصية المكتوبة اذا قرئت عليه فأقر بما فيها .
وما سبق يتضح لنا أن الفقهاء متفقون على صحة انشاء الوصية
بالعبارة التي هي الأصل في الافصاح عما في الضمير ، وأنهم

= = وحلوان ، وله تصانيف كثيرة منها : الأحكام السلطانية ، والكفاية فسى اصول الفقه ، والمجرد في الفقه على مذهب الامام احمد وغيرها . توفي سنة ٤٥٨ هـ . انظر : طبقات الحنابلة ٢/١٩٣ ، ٢٣٠ ، ومختصر الطبقات ص ٣٧٧ - ٣٨٨ ، المطلع ص ٤٥٤ - ٤٥٥ ، المنهج الأحمدي ٢/١٠٥ - ١١٨ ، المدخل ص ٢١٠ ، الاعلام ٦/٣٣١ .

(١) انظر : كشف القناع ٤/٣٣٧ .

(٢) انظر : مغني المحتاج ٣/٥٣ .

(٣) انظر : المغني والشرح الكبير ٦/٤٨٨ ، ٤٨٩ .

متفقون أيضا على صحة انشاء الوصية بالكتابة من العاجز عن النطق ، كما اتضح لنا ايضا أن انشاء الوصية بالكتابة من القادر على النطق يصح منه على خلاف بين الفقهاء في اطلاق العمل بها أو تقييده .

أما قانون الوصية المصري : فقد سوى بين انعقاد الايجاب في الوصية بالكتابة ، وبين انعقاده باللفظ ، فنص في المادة الثانية من الفقرة الأولى^(١) : " تنعقد الوصية بالعبارة ، أو بالكتابة^(٢) فإذا كان الموصي عاجزا عنهما انعقدت الوصية بإشارته المفهومة " .
وفي هذا النص^(٣) : اطلاق يدل على أنه لا فرق في ذلك بين وصية في مجلس يضم من يشهد عليها ، ووصية في مجلس لا يضم

(١) انظر : شرح قانون الوصية ١٠ .

(٢) والمراد بالكتابة في المادة المستبينة المرسومة الدالة على معنى الوصية والتزامها وبرامها على الوجه المفهم المعتاد بين الناس ، لا الكتابة غير المستبينة ، ففي رد المحتار ٦ / ٧٣٧ ، عند الكلام على ايماء الأخرس وكتابته وسعتقل اللسان يقول : ثم أعلم أن هذا في كتابة غير مرسومة أى غير معتادة لما في التبيين وغيره أن الكتاب على ثلاث مراتب . مستبين مرسوم وهو أن يكون معنونا أى مصدرا بالعنوان ، وهو أن يكتب فـس صدره من فلان الى فلان على ما جرت به العادة ، فهذا كالنطق فلزم حجة ، ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدران وأوراق الأشجار لا على الوجه المعتاد فلا يكون حجة الا بانضمام شئ آخر اليه كالنية والشهاد عليه والاملاء على الغير حتى يكتبه ، لأن الكتابة قد تكون للتجربة ونحوها ، وبهذا الأشيا تتمين الجهة ، وقيل الاملاء ، بلا اشهاد لا يكون حجة ، والأول أظهر ، وغير مستبين كالكتابة على الهواء أو الماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع ولا يثبت به شئ من الأحكام وان نوى ، ثم قال وهذا كله في الناطق ففي غيره بالأولى .

(٣) الوصية ٤٤ .

الا الموصي وحده ، ولا فرق بين موص قادر على النطق والتعبير والبيان ، وأخر لا يقدر على ذلك ، لآى سبب من الأسباب التي يعتقل بها اللسان سواء كان السبب عارضا موقوتا منتظرا زواله ، أم غير منتظر الزوال .

وان القانون حين يسوى بين العبارة والكتابة فى انشاء الوصية فانه قد نظر الى أن الكتابة قد أصبحت فى الناس طريقة أساسية فى الابانة والافصاح كالنطق ، بل أصبحت هي الوسيلة الأولى فى انشاء عقودهم والتزاماتهم فيما له خطر عظيم ، وما ذلك الا لدقتها وبقائها واتخاذها وثيقة .

كما أنه بتسويته تلك لم يكن مبتدعا بل كان متبعا أخذ فى ذلك بأرجح الرايين فى مذهب الامام أحمد بن حنبل كما ذكر ذلك ابن قدامة^(١) وقال : " انه رأى كثير من الفقهاء " ، وعلاوة على ذلك فان الشارع لم يقيد الناس فى طرائق انشائهم لعقودهم والتزاماتهم بشكل ممن الأشكال ، وانما أخذ عليهم بأنهم اذا ما تعاقدوا أو تعاملوا أو تعهدوا أو تبرعوا ، فانه يجب عليهم أن يكونوا عند التزامهم وعهودهم وشروطهم التى أفصحوا عنها بأية طريقة من طرق الافصاح والبيان^(٢) .

وبهذا العرض لمذاهب العلماء فى انعقاد الايجاب بالكتابة فى الوصية ، وما ذهب اليه القانون من التسوية بين العبارة والكتابة فى انشاء الوصية :

(١) ينظر : المغنى والشرح الكبير ٦ / ٤٨٨ .

(٢) ينظر : أحكام الوصية (٧ / ٧٢) .

بتبين لنا : أن الرواية الأولى عن أحمد صريحة في موافقة القانون وأن الرواية الثانية وهى رأى مالك وأبي حنيفة توافق القانون أيضا ، لكنها تشترط أن يعلم أن الخط خطه ويقرأ عليه ، وبهذا تكون المذاهب الثلاثة يتفق القانون معها فى الجملة ، وأن الرواية الثانية أوضح فى الموافقة لأنها مطلقة كإطلاق القانون ^(١) ، ولقد أشارت المذكورة التفسيرية الى ذلك فقالت : ^(٢) " لا يشترط فهم يعرف الكتابة أن يكتب وصيته بخطه ، بل يكفى أن يكتبها له غيره ، فيقرأها ، أو يقرأها له غيره ، فيوقع عليها ، استنادا الى مذهب الامام أحمد بمن حنبل ، فعنده الإيجاب يكون بالقول أو بالفعل الذى يدل على الرضا ، والتوقيع فعل يدل على الرضا بالمكتوب " .

(١) انظر : شرح قانون الوصية المصرى ص ١٣/١٢ .

(٢) المصدر السابق .

انعقاد الايجاب فى الوصية بالاشارة :

اذا كان الموصي عاجزا عن العبارة والكتابة ، فانه يكتفى منسه
بالاشارة المفهمة فى انشاء الوصية اذا كان عجزه ناشئا عن خرس
ولد به .

فان كان قادرا على العبارة والكتابة ، فالمالكية سووا بين الاشارة
وبين العبارة ، فصححوا الوصية بها من القادر على النطق والعاجز
عنه لسبب من الاسباب وهو معتقل اللسان ، فقد جاء فى شرح
الرسالة للنفراوى ^(١) : " والصيغة هى كل ما يفهم منه الوصية ، من
لفظ أو اشارة ولو من قادر على الكلام أو خط وجاء فى مواهب
الجليل لشرح مختصر خليل : " قال ابن عرفة : الصيغة ما دل على
معنى الوصية فيدخل اللفظ والكتب والاشارة ، وفى حاشية الدسوقى ^(٢)
على الشرح الكبير جاء قوله : " بلفظ يدل أو اشارة مفهمة ولو من
قادر على النطق " ويقول الشيخ على الخفيف ^(٣) : " ولا يفرق المالكية
فى الحكم بين الأخرس ومعتقل اللسان لسبب من الاسباب " .

-
- (١) معتقل بفتح القاف يقال : اعتقل بضم التاء اذا احتبس عن الكلام ولم
يقدر عليه ، القاموس المحيط ١٩/٤ ، وحاشية ابن عابد بن ٧٣٧/٦ .
 - (٢) انظر : شرح الرسالة للنفراوى ١٨٩/٢ .
 - (٣) انظر : مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ٣٦٦/٦ .
 - (٤) انظر : حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ٤٢٣/٤ ، ٤٢٤ ، وانظر
الخرشي على مختصر خليل ١٦٩/٨ .
 - (٥) انظر : أحكام الوصية للشيخ على الخفيف ٧٤ .

وأما الحنفية فقد ورد عنهم فيمن كان قادرا على الكتابة ، فأوصى
بالإشارة روايتان : -

الأولى : عدم جواز عقد الوصية بالإشارة من القادر على الكتابة
لأنه لا ضرورة للإشارة مع وجود القدرة على الكتابة ، ولأن الكتابة
تعبير بالقلم فهي كالنطق في قوة الدلالة ، والإشارة اضعف منها ،
ولا يعدل عن الأقوى الى الضعيف من طرق الافهام مادام الافهام
بالأقوى ممكنا ، وهذه رواية كتاب الأصل لمحمد .

الثانية : وهي رواية الجامع الصغير أن الإشارة تكفي في انشاء العقود
عند العجز عن العبارة وان قدر على الكتابة ، لأن العبارة هي
الأصل في انشاء العقود ، فإذا لم تكن ممكنة ورخص له في غيرها
قام كل ما يدل على العقد مقامها ، ومن ذلك الإشارة فانها تعتبر
بيان في حق القادر على النطق فالعاجز أولى بدليل أنه عليه
الصلاة والسلام بيّن الشهر بالإشارة حيث قال : ^(١) " الشهر هكذا "
وأشار بأصابعه " وهو - صلى الله عليه وسلم - من أفصح العرب .

والواقع أن كلا من الكتابة والإشارة يعتبر حجة ضرورية في حق
العاجز . ففي الكتابة زيادة بيان لم توجد في الإشارة ، لأن قصد
البيان في الكتابة معلوم حسا وعيانا .

(١) انظر : شرح قانون الوصية ١١ ، وانظر : تبين الحقائق شرح

كنز الدقائق ٢١٨/٦ ، ٢١٩٠ .

(٢) رواه أبو داود بسنده عن ابن عمر عن النبي - صلى الله عليه وسلم - سنن

ابن داود مع شرح الموطأ للزرقاني ٢ / ٢٥٤ .

وفي الاشارة زيادة أثر لم توجد في الكتابة ، لأن الأصل في البيان هو الكلام ، لأنه وضع له ، والاشارة أقرب اليه ، لأن العلم الحاصل بها حاصل بما هو متصل بالمتكلم وهو اشارته بيده ، وأرأسه فصارت أقرب الى النطق من آثار الأتلام فاستويا ، فيخير من أراد انشاء وصية عند المعجز عن العبارة ، عن خرس ولد به ، وهو تبادر على الكتابة يخير بين انشاءها بخط يده أو باشارته ، فقتد جاء في تكملة البحر قوله : " ولا يقدم على الاخر بل يخير " ايضاحا لعبارة الكنز وهي قوله : " أو " التي هي للتخير .^(١)

هذا بالنسبة لمن كان عجزه بسبب خرس ولد به .

أما ان كان عجزه بسبب أمر طارئ من مرض ونحوه ، وهو معتقل^(٢) اللسان ، فقد ورد عن الحنفية في ذلك قولان ، فقبل لاتصح وصيته باشارته الا اذا امتدت^(٣) عقلته ، فصارت له اشارة معهودة كالأخرس فتقبل منه ، وقيل لاتقبل الا اذا صار ميغوسا من عودة النطق اليه .

وهذا لا يكون الا بالموت ، فقد ذكر ذلك عن أبي حنيفة الحاكم حيث قال : " اذا دامت العقل الى وقت الموت يجوز اقراره بالاشارة ويجوز الاشهاد عليه ، لأنه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله فكان كالأخرس ، قال وعليه الفتوى : " فاذا صدرت منه اشارة يفهم منها أنه أراد انشاء وصية ، ثم زال المانع من عدم النطق

(١) انظر: المصادر السابقة، وانظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٨/٤٤٤، ٥٤٥

(٢) سبق بيان معناها .

(٣) قدر مدة الامتداد في المحيط بشهر، وفي جامع الفصولين بستة أشهر =

فان ما سبق منه لا اعتبار له ^(١) .

وأما الحنايلة : فقالوا بالنسبة لمن كان عجزه بسبب خرس ولد به تصح وصيته باشارته اذا فهمت ، لأن اشارته أقيمت مقام نطقه ففى طلاقه ولعانه وغيرهما ، وأما اذا لم تفهم اشارته فلا حكم لها ^(٢) .

وأما بالنسبة للناطق اذا اعتقل لسانه بسبب أمر طارئ من محرض ونحوه فعرضت عليه وصيته فأشار بها ، وفهمت اشارته ، لم تصح وصيته ^(٣) ، لأنه غير ميئوس من نطقه فأشبهه القادر على الكلام ، ولأن ^(٤) على بن ابي طالب - رضي الله عنه - لم يجز وصية المرأة التى قيل لها فى مرضها أوصي بكذا فأومات برأسها . وفى وجه آخر تصح ^(٥) وصيته ان اتصل باعتقال لسانه الموت .

= = = وقد رها التمرتاشي بسنة .

• ينظر : البحر الرائق ٥٤٤ / ٨ .

(١) انظر : المصدر السابق ، وانظر : حاشية ابن عابد بن ٦ / ٦٥٧ .

• وانظر : تبين الحقائق ٦ / ٢١٨ ، ٢١٩ ،

• وانظر : أحكام الوصايا والأوقاف لمحمد شلبي ٣٤ .

(٢) انظر : المغني والشرح الكبير ٦ / ٥٢٩ .

(٣) ذكره القاضي وابن عقيل ، وبه قال الثوري والأوزاعي وأبو حنيفة .

المصدر السابق .

• وانظر : كشاف القناع ٤ / ٣٣٦ ، والانصاف ٧ / ١٨٧ .

(٤) ينظر : مطالب أولي النهى ٤ / ٤٤٤ .

(٥) انظر : المغني والشرح الكبير ٦ / ٥٢٩ ، فقد خرّجه ابن عقيل .

• وانظر : الانصاف لابن هبيرة ٢ / ٧٥ .

ومذهب الشافعية : أنه تصح وصية من اعتقل لسانه بإشارته
كما تصح بإشارة الأخرس ، غير أنهم قالوا اذا فهمها العامة فهى
من قبيل الصريح ، واذا لم يفهمها الا الفطن كانت من قبيل
الكناية ، واحتاجت الى النية فى العمل بها ، ويستدل على النية
بإشارة أخرى يفهمها العامة أو بالكتابة ، فان لم تفهم فلغو .
أما اشارة الناطق فهى لغو وان كانت جوابا لمن قال له : أوصيت
بكذا فأشار : أى نعم - فى جميع العقود اتفاقا عند جميع
الفقهاء ، لكن الحنفية استثنوا الاشارة فى الافتاء والقرار بالنسب
والاسلام والكفر ، فذهبوا الى العمل بمقتضاها متى كانت مفهومة^(١)
- وما سبق يتضح لنا أن انشاء الوصية بالاشارة من العاجز عن
النطق والكتابة لخرس ولد به صحيحة بغير خلاف .

أما انشاء الوصية بالاشارة من القادر على العبارة والكتابة فقد
ورد فيه خلاف الفقهاء ، والذي تبين لنا من خلاله أن المالكية
قد سووا بين العبارة والكتابة والاشارة ، فصحوا الوصية بها من
القادر على النطق والعاجز عنه .

أما غيرهم فقبلوها من الأخرس ، وهو من ولد وبه هذه الاقوة
اذا كانت مفهومة ، وكان لا يعرف الكتابة بلا خلاف بينهم ، وهم
الحنابلة ، والشافعية الا أن الشافعية قالوا اذا فهمت اشارته كانت
من قبيل الصريح ، واذا لم تفهم كانت من قبيل الكناية، واحتاجت

(١) انظر : نهاية المحتاج ٦/٦٤ ، ٦٥ ، وانظر: مغنى المحتاج ٣/٥٢ ،

٥٣ ، وانظر : تبين الحقائق ٦/٢١٨ ، وانظر : احكام الوصية ٧٣ .

وانظر روضة الطالبين ٦/١٤٠ ، ١٤١ ، وانظر: الافصاح لابن هبيرة ٦/٢٥٠ .

الى النية فى العمل بها ، ويستدل على النية باشارة أخرى
يفهمها أو بالكتابة ، فاذا لم تفهم فلفو .

أما اذا كان يعرف الكتابة فالحنفية لهم فى ذلك روايتان :

احدهما : عدم جواز عقد الوصية بالاشارة مادام قادرا على
الكتابة .

والثانية : الاكتفاء بالاشارة منه فى انشاء الوصية عند المعجز
عن العبارة لخرس ولد به .

وقد انتهينا الى اعتبار كل من الكتابة والاشارة حجة ضرورية فسى
حق العاجز عن العبارة لخرس ولد به ، لأن كل واحدة منهما
توجد فيها صفات لاتوجد فى الأخرى ، على ما أوضحناه فى محله .

أما انشاء الوصية من العاجز بسبب أمر طارىء من مرض أو غيره
وهو معتقل اللسان ، فقد سوى بعض المذاهب فى أنه تصح وصيته
بالاشارة ، وهم المالكية والشافعية . وأما الحنفية والحنابلة ، فقد
ورد لهم فى ذلك رأيان متقاربان من حيث قبول انشاء الوصية
بالاشارة منه لوجود شرطه ، وعدم قبول ذلك منه لعدم وجود
الشرط .

وقد انتهينا الى اختيار ما يقرب فى التوفيق بين الروايتين ، وهو
أنه اذا صدرت منه اشارة يفهم منها أنه أراد انشاء وصيته ولكن
زال المانع من عدم النطق ، فان ما سبق منه لا اعتباره ، لانقضاء
وجود المانع من النطق ، ويصير ما صدر منه من وصيته بإشارته
كأن لم يكن . وفى هذه الحال اذا أراد انشاء وصيته من جديد
فلا يقبل منه الا بالكلام ، واذا لم يفعل فلا وصية . وأما اذ مات وهو

على حالته السابقة حين انشاء وصيته - وهي حالة العجز عن الكلام - فان وصيته في هذه الحالة تعتبر صحيحة نافذة.

وأما قانون الوصية المصري : فقد صح انشاء الوصية بطرقها الثلاث وهي العبارة أو الكتابة او الإشارة المفهمة اذا كان الموصي عاجزا عنهما ، الا أنه جعل العبارة والكتابة في درجة واحدة وجعل الإشارة في منزلة تليهما ، وذلك عند العجز عن النطق والكتابة ، جاء ذلك صريحا في الفقرة الأولى من المادة الثانية ونصها^(١) : " تتعدد الوصية بالعبارة أو بالكتابة ، فاذا كان الموصي عاجزا عنهما ، انعقدت الوصية بإشارته المفهمة " .
ويلاحظ أن القانون في مادته المشار اليها قد سوى بين الآخرس ومعتقل اللسان والمريض الذي لا يقدر على النطق ، وهو مأخوذ من مذهب الشافعية ، والمالكية .

ومن هذا يتضح أن القانون أخذ مسلكه من مذاهب متعددة فكون وصية القادر على النطق لا تتعدد الا بالعبارة أو الكتابه ، ولا تتعدد بالإشارة مأخوذ من مذهب الحنيفة ، وكذا عدم انعقاد الوصية بالإشارة من العاجز عن النطق القادر على الكتابة مأخوذ من المذهب الحنفي ، وأما التسوية بين العبارة والكتابة فمأخوذ من المذهب الحنبلي - كما صرحت بذلك المذكرة التفسيرية ، وهو ، يوافق مذهب المالكية ، وأما التسوية بين الآخرس ومعتقل اللسان والمريض الذي لا يقدر على النطق ، فمأخوذ من مذهب الشافعية على ما نقله الحنفية عنهم ، وكما قالت بذلك المذكرة التفسيرية^(٢) .

(١) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابوزهرة ٢٧٣ ، وانظر : عقد الوصية للدكتور يد ران ٣١ . (٢) انظر : أحكام الوصايا والأوقاف لشلبي ٣٥

ما اشترطه قانون الوصية المصري لسماح دعوى الوصية عند الانكار :

إذا أقر المدعى عليه بالدعوى سواء كانت الدعوى بالوصية أو بالرجوع عنها فإنها تسمح الدعوى بدون قيد ولا شرط ، إذ لا محل لحماية المدعى عليه حينئذ بعد أن أقر بحق المدعى .

أما إذا أنكر المدعى عليه الدعوى فقد اشترط القانون لسماح دعوى الوصية ، أو الرجوع القولي عنها ، بعد وفاة الموصي وجود أحد أمور ثلاثة تدل على صحة الدعوى :

- (١) ورقة رسمية .
- (٢) ورقة مكتوبة كلها بخط المتوفي وعليها امضاه .
- (٣) ورقة الوصية أو الرجوع عنها بتوقيع الموصي ومصدقا على توقيع الموصي عليها .

وهذا بالنسبة للحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ ، وأما بالنسبة للحوادث الواقعة قبل سنة ١٩١١ فيكتفي في سماح الدعوى فيها بوجود أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الوصية ، جاء ذلك صريحا في الفقرة الثانية من المادة الثانية ونصها : " ولا تسمح عند الانكار دعوى الوصية أو الرجوع القولي عنها بعد وفاة الموصي فـسـى الحوادث السابقة على سنة ألف وتسعمائة وأحدى عشرة الأفرنجية إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى . وأما الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة وأحدى عشرة الأفرنجية فلا تسمح فيها دعوى ما ذكر بعد وفاة الموصي إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفي وعليها امضاه ، كذلك تدل على ما ذكر أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقا على توقيع الموصي عليها " (١) .

(١) انظر : شرح قانون الوصية ٢٧٣ .

والحكمة من هذا الاشتراط الحرص على ثبوت الوصايا وتوثيقها وتقليل أسباب النزاع فيها ، وإرشاد الموصين الى الطريقة السليمة يحافظون بها على وصاياهم ، ولقطع الطريق على المزورين الذين يدعون وصايا لا وجود لها ، ويؤيدونها بشهادة مزورة .

وهذا الاشتراط ان لم يكن له نظير في كلام الفقهاء الا أنه يدخل تحت قاعدة مقررة عندهم ، هي : " تخصيص القضاء " .

هذا وان كان القانون قد عدل عن اشتراط اشهار رسمى لاثبات الوصية الا أن قانون الشهر العقاري المصرى الذى نفذ فى أول يناير ١٩٤٧ م قرر أن الوصية لا تنتقل بها الملكية فى العقار فى الوفيات الواقعة بعد ذلك التاريخ الا بعد تسجيل ذلك النقل ، وهذا مبدأ حسن مأخوذ به فى كل أسباب نقل الملكية فى العقار .^(١)

(١) انظر : عقد الوصية للدكتور بدران ٣١ ، ٣٢ ، وانظر : الوصية

ثانيا : القبول في الوصية . وسم يتحقق ؟

اتفق الفقهاء على أن القبول في الوصية يتحقق بكل ما ينسب له صراحة ، كقول الموصى له :
" قبلت الوصية ، أو ضمنا كأن يكون الموصى بـ _____
دارا فيؤجرها .

كما اتفقوا على أن قبول الوصية أو ردها يكون معتبرا بعد وفاة الموصي فلا عبرة لقبول الموصى له أو رده في حياة الموصي ، لأن الوصية تصرف مضاف الى ما بعد الموت ، وآثار هذا التصرف لا تظهر الا بعد مجئ وقته ، وهو الوفاة ، ولأن القبول انما هو لثبوت الملكية لا لانشاء التصرف ، فكان لاعبرة به الا عند تنفيذ أحكامه فاذا قبل الموصى له الوصية في حياة الموصي ، فإنه لا بد لكي تثبت ملكيته للموصى به أن يقبلها بعد وفاته ، وكذلك اذا ردها في حال حياة الموصى فان له الحق في قبولها بعد وفاته ولم يخالف^(١)

(١) انظر : تبين الحقائق ١٨٤/٦ ، وانظر : بدائع الصنائع ١٠٣/١ ، وانظر : شرح قانون الوصية ١٤ ، وانظر : حاشية ابن عابدين ٦٥٠/٦ ، وانظر : روضة الطالبين ١٤١/٦ ، ١٤٢ ، وانظر : المفتى والشرح الكبير ٤٤٢/٦ ، وانظر المقنع مع حاشيته ٣٦١/٢ ، وانظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤٢٤/٤ ، وانظر : الخرشى على مختصر خليل

==

فى ذلك الا زفر من الحنفية فانه يرى أن رد الموصى له الوصية^(١) فى حال حياة الموصي يعتبر ردا صحيحا ، وسببلا للوصية ، ولهذا لا يجوز قبوله بعد موت الموصي ، لأن ايجاب الموصي كان وقت حياته وقد رد الموصى له هذا الايجاب فيبطل .

وقد أُجيب عن ذلك ، بأن حكم الوصية أى أثرها الشرعي المترتب عليها لا يشترط الا بعد الوفاة ، فلا اعتبار للقبول أو الرد الا من وقت حصوله ، كما لا يعتبران قبل عقد الوصية ، فصار كمن قال لا مُرأتَه : " أنت طالق على ألف درهم غدا ، فان قبولها ورد ها قبل مجسي' الغد باطل " .^(٢)

== ١٦٩/٨ ، وانظر : كشاف القناع ٤/٣٤٤ .

• وانظر : الأم للشافعي ٤/٢٦ .

(١) هو أبو الهذيل بن قيس بن سليم بن قيس العبري ، من تميم ، ولد سنة

١١٠ هـ ، فقيه كبير ، وهو من أصحاب أبي حنيفة - رحمه الله - أصله من

أصبهان . أقام بالبصرة ، وولي قضاءها ، وجمع بين العلم والعبادة .

كان من أصحاب الحديث ، فغلب عليه الرأي ، وهو قياس الحنفية ، وكان

يقول : نحن لاناخذ بالرأى مادام أثر ، وانا جاء الأثر تركنا الرأى

وكان أبو حنيفة يبجله ويعظمه ويقول : هو أقيس أصحابي .

* توفي بالبصرة سنة ١٥٨ هـ ، انظر : وفيات الأعيان ٢/٧١ ، ميزان

الاعتدال ٢/٧١ ، الفوائد البهية ص ٧٥ - ٧٧ . الاعلام ٣/٢٨ .

(٢) انظر : رد المحتار الى الدر المختار ٦/٦٥٧ ، وانظر : تبين الحقائق

١٨٤/٦ ، وانظر : نتائج الأفكار فى كشف الرموز والاسرار ١٠/٤٢٧ .

وبالموازنة بين رأى الجمهور ، وبين رأى زفر فانه يترجح لنا :

رأى الجمهور لقوة ما استدلوا به ، ولأن عقد الوصية غير لازم في الحياة ، فيجوز للموصي في حياته أن يغير ويبدل فسى وصيته ماشاء ، بل يجوز له الرجوع عنها كلها أو بعضها ، ولولم يكن له الرجوع للزم الحجر ، وذلك خلاف ما هو مستقر عند جمهور الفقهاء ، وهو ما يفهم من قول زفر ، ولذلك يقول الامام مالك ^(١) :
" فلو كان الموصي لا يقدر على تغيير وصيته . . . كان كل موص قد حبس " أي منع ماله الذى أوصى فيه .

وبما ذهب اليه الجمهور فقد أخذ به قانون الوصية المصرى فسى فقرته الاولى من المادة الرابعة والعشرين والتي نصت على أنها :
" لا تبطل الوصية بردها قبل موت الموصي " .

الغورية والتراخي في القبول :

بعد أن عرفنا أن العلماء اتفقوا على أن القبول أو الرد المعتبر هو ما بعد وفاة الموصي ، وأن ما يقع منه قبل الوفاة لا عبرة به — وبينا أن ذلك هو رأى الجمهور من العلماء ، وأن زفر من الحنفية قد خالفهم ، وقد أخذنا برأيهم وعللنا سبب الأخذ به ، بعد ما أوردنا ما دفع به الجمهور لما احتج به زفر .

(١) انظر : شرح الموطأ للزرقاني ٢٣٠/٣ .

(٢) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد أبوزهرة ٢٧٧ .

نقول : ان الفقهاء قد اتفقوا أيضا على أن القبول أو الـرد لا يشترط أن يكون فور وفاة الموصي ، بل يثبت على التراخي ، وفي ذلك يقول ابن قدامة^(٢) : " ويجوز القبول على الفور والتراخي ولا يكون الا بعد موت الموصي ، لأنه قيل ذلك لم يثبت له حق " وفي روضة الطالبين يقول الامام النووي^(٣) . " ولا يشترط الفور في القبول بعد الموت " ، وقال ان هذا هو الصحيح الذي قطع به الجمهور وعلى هذا يكون القبول أو الرد ثابتا على التراخي في أى وقت أراد الموصى له . وذلك لأن الوصية ليست من العقود المنجزة التي يشترط فيها القبول فور الايجاب ، بل هي عقد لا يتم نفاذه الا بعد وفاة الموصي كما قدمنا^(٤) .

ولما كان ثبوت الحق على التراخي يترتب عليه اذا طالت مدته ضرر يورثه الموصى له بالموصى به نفسه ، لأنه قد يكون الموصى به مال فيحتاج بنفسه الى نفقات لحفظه وصيانته ، أو لبقاء حياته كما لو كان الموصى به حيوانا .

ويعتبر الموصى له في مثل هذه الحال بعدم قبوله أو رده معطلا للموصى به ، لما كان الأمر كذلك فانه قد ورد في مذهب الاماميين^(٥)

-
- (١) انظر : مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ٣٦٧/٦ .
 - (٢) انظر : المغنى مع الشرح الكبير ٤٤١/٦ .
 - (٣) انظر : روضة الطالبين ١٤١/٦ ، ١٤٢ ، وانظر : مغنى المحتاج ٥٣/٣ .
 - (٤) انظر : مغنى المحتاج ٥٣/٣ ، وانظر : نهاية المحتاج ٦٦/٦ .
 - (٥) انظر : كشاف القناع ٣٤٥/٤ ، وانظر : منتهى الارادات ٤١/٢ .
- وانظر : حاشية الشيخ عبد الحميد الشرواني على تحفة المحتاج ١١/٧

أحمد ، والشافعي^(١) : أن الموصى له اذا لم يقبل ولم ير ، فإن لورثة الموصي الحق بمطالبته بالقبول أو الرد ، فان امتنع عن ابداء رأيه في القبول أو الرد حكم عليه بالرد ، لأن الملك متردد بين الورثة ، وبينه فوجب القطع في تعيين مالكة ، وذلك كمن يحجر أرضا لحيائها ، لكنه امتنع عن احيائها ، فيقال له : اما أن تحيي الأرض التي حجرتها ، واما أن تتركها لغيرك ينتفع بها^(٢) .

وفي ذلك يقول صاحب كشف القناع^(٣) : " وانما لم يقبل الموصى له الوصية بعد موت الموصي ، ولا رد الوصية ، حكم عليه بالرد ، وبطلان حقه من الوصية ، لأنها انما تنتقل الى ملكه بالقبول ولم يوجد " .

كما يقول في ذلك أيضا عبد الحميد الشرواني في حاشيته على تحفة^(٤)

(١) والشافعي هو أبو عبد الله محمد بن أدريس بن العباس ابن عثمان بن شافع الهاشمي القرشي المطلبى ، أحد الأئمة الأربعة ، ولد في غزة بفلسطين سنة ١٥٠ هـ أقبل على الفقه والحدِيث ، وأفتى وهو ابن عشرين سنة . توفي في مصر سنة ٢٠٤ هـ ، له تصانيف كثيرة منها الأم في الفقه ، والرسالة في أصول الفقه .

أنظر : تاريخ بغداد ٥٦/٢ - ٧٣ ، وفيات الأعيان ٣/٣٠٥ - ٣١٠
تذكرة الحفاظ ١/٣٦١ ، ٣٦٣ ، تهذيب الاسماء واللغات ١/٤٤ ، ٦٧
تهذيب التهذيب ٩/٢٥ ، ٣١٠ . الاعلام ٦/٢٤٩ ، ٢٥٠ .

(٢) انظر : شرح قانون الوصية ٢١ وانظر : المجموع شرح المهذب ١٥/٦٦ . وانظر : الكافي ٢/٤٨٣ .

(٣) بتصرف : كشف القناع ٤/٣٤٥ ، وانظر : تليويسي وعميرة ٣/١٦٦ .

(٤) حاشية عبد الحميد الشرواني على تحفة المحتاج ٧/١١ ، وانظر : نهاية المحتاج ٦/٤٥ .

المحتاج ما نصه : " والراجع أنه ان امتنع من القبول والرد ، خيره الحاكم بينهما ، فان أهب حكم عليه بابطال الوصية " .

وعلى هذا الرأى استند قانون الوصية المصرى فجعل لورثة الموصى أو من له تنفيذ الوصية الحق فى طلب القبول أو الرد - باعلان رسمى - فى مدة معلومة حددها القانون بثلاثين يوما كاملة فاذا لم يجب الموصى له أو ورثته بالقبول أو الرد كتابة دون عذر مقبول اعتبرت الوصية باطله ، جاء ذلك صريحا فى المادة ٢٢ من القانون ونصها^(١) : " لا يشترط فى القبول ولا فى الرد أن يكون فور الموت ، ومع ذلك تبطل الوصية اذا أبلغ الوارث أو من له تنفيذ الوصية الموصى لسه باعلان رسمى مشتمل على بيان كاف عن الوصية ، وطلب منه قبولها أو رد ها ومضى على علمه بذلك ثلاثون يوما كاملة خلاف مواعيد المسافة القانونية ولم يجب بالقبول أو الرد كتابة دون أن يكون له عذر مقبول " .

والمراد بمن له تنفيذ الوصية ، كما جاء فى نص المادة المشار اليها : " وهو الوصى المختار ، فان لم يوجد فهيممة التصرفات أو من تعينه لذلك . كما نصت على ذلك المادة ٣٠^(٢) من قانون الوصية وواضح أن هذا مسلك عادل ونظام حسن به تتحقق مصالح الناس ، وتدفع به المضار عنهم .

(١) انظر : شرح قانون الوصية ٢٧٦ ، ٢١٠

(٢) المادة (٣٠) من الفقرة الثانية من قانون الوصية ، ينظر : شرح قانون

الوصية ٢٧٩ . ٢١ ، وعقد الوصية ٢١ .

حقيقة القبول المطلوب

اختلف الفقهاء في حقيقة القبول المطلوب أهو القبول الايجابي الذي يكون بالقول ، أو ما يقوم مقامه من كل عمل ارادى يدل على الرضا بالوصية ، كالتصرف في العين تصرف المالك ، أم يكتفي فيه بالقبول السلبي ، وهو عدم الرد الصريح أو ما يقوم مقامه ؟ فالذى ذهب اليه أبو حنيفة ^(١) والصاحب ^(٢) أن استحسانا

(١) أبو حنيفة ^{هو} النعمان بن ثابت التيمي بالولاء ، الكوفي ، امام الحنيفة الفقيه المجتهد ، المحقق ، أحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة ، ولد بالكوفة سنة ٨٠ هـ ، ونشأ بها ، وكان يبيع الخبز ، ويطلب العلم فسي صباه ، ثم انقطع للتدريس والافتاء ، قال الشافعي " الناس عيال في الفقه على أبي حنيفة ، توفي في بغداد سنة ١٥٠ هـ ، انظر : تاريخ بغداد ١٣ / ٣٢٣ ، ٢٣ ، وفيات الأعيان ٥ / ٣٩ ، ٤٧ ، تهذيب التهذيب ١٠ / ٤٤٩ ، ٤٥٢ ، النجوم الزاهرة ٢ / ١٢ ، ١٥ ، الأعلام ٤ / ٩ - ٥ .

(٢) الصاحبان المراد بهما صاحباً أبي حنيفة ، وهما أبو يوسف ومحمد وأبو يوسف هو يعقوب بن ابراهيم بن حبيب الأنصاري ، أبو يوسف من أهل الكوفة ، ولد سنة ١١٣ هـ ، كان صاحب حديث ، حافظاً ، ولزم أبا حنيفة فغلب عليه الرأي . وكان هو المقدم من أصحاب الامام أبي حنيفة ، وأول من وضع الكتب على مذهب أبي حنيفة ، وبث علم أبي حنيفة في أقطار الأرض ، ولى قضاءً بغداد حتى مات سنة ١٨٢ هـ . له عدة تصانيف : منها كتاب الخراج والنوادر ، انظر : وفيات الأعيان ٥ / ٤٢١ - ٤٣١ ، تذكرة الحفاظ ٢ / ٢٩٢ ، ٢٩٤ ، الفوائد المبهمة ص ٢٢٥ .

* وأما محمد فهو أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد ، من موالي بني شيبان امام الفقه ، والأصول ، وهو الذي تولي نشر علم أبي حنيفة

أن القبول^(١) المطلوب هو عدم الرد ، لأن الوصية من جانب الموصي ، قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته ، وإنما يتوقف لحق الموصى له ، فإذ مات دخل الموصى به في ملك الموصى له ، كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري أو للبائع ، فإنه إذا مات من له الخيار قبل الاجازة ، فإن البيع يتم ، وتورث السلعة عن من له الخيار ، وكذلك الشأن في الوصية إذا مات الموصى له بلا رد ، ولأن الشرط في انتقال الملكية بالوصية ليس هو القبول بل عدم الرد ، وقد تم ذلك بموته بلا رد ، وإنما كان الشرط عدم الرد فقط ، لأن اشتراط القبول إنما هو لدفع مضرة منه ، وما عساه يكون من مضار المؤمن في العين الموصى بها ، وذلك يتحقق بعدم الرد ، فهذا مثله .

= ولد بواسط سنة ١٣١٠ هـ ، ونشأ بالكوفة ، فسمع من أبي حنيفة وطلب عليه مذهبه ، وانتقل الى بغداد ، فولاه الرشيد القضاء بالرقعة ، ثم عزله ، ولما خرج الرشيد الى خراسان صحبه ، فمات في الري سنة ١٨٩ هـ وله كتب كثيرة منها : المبسوط في فروع الفقه ، والجامع الكبير والجامع الصغير .

انظر : تاريخ بغداد ١٧٢/٢ - ١٨٢ ، وفيات الأعيان ٣/٣٢٤ - ٣٢٥ ، النجوم الزاهرة ١٣٠/٢ - ١٣١ ، الفوائد البهية ص ١٦٣ ، الأعلام ٣٠٩/٦ .

(١) انظر تبیین الحقائق ١٨٤/٦ ، وانظر : بدائع الصنائع ١٠/٤٨٤١ ، ٤٨٤٢ . وانظر : شرح قانون الوصية ٢٠، ١٩ ، وانظر : نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار ١٠/٤٢٩ ، وانظر : رد المختار ٦/٦٥٨ .

وأما الأئمة الثلاثة أحمد^(١) ومالك^(٢) والشافعي^(٣)، فقالوا : لا بد من
القبول بالقول أو بالفعل ، ولا يكتفى فيه بعدم الرد ، قياساً ، لأن
هذا هو المعهود في مثله من التصرفات .
وتظهر ثمرة الخلاف : فيما إذا مات الموصى له من غير أن

(١) انظر : المغنى والشرح الكبير ٦/٤٣٩، ٤٤١ ، وانظر : المجموع
شرح المذهب ٦٧/١٥ . وانظر : حاشية الدسوقي ٤/٤٢٤ .
وانظر : مواهب الجليل ٦/٦٦٣ .
وانظر : روضة الطالبين ٦/٤٤١، ٤٤٢ ، وانظر مغنى المحتاج ٣/٥٣ .
وانظر : كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ٣/٤٣٥، ٤٤١، ٤٤٢، ٤٤٥ .
٤٤٦ .

(٢) هو أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد بن أديس
الشيباني الوائلي امام مذهب الحنابلة ، وأحد الأئمة الأربعة ولد ببغداد سنة ١٦٤ هـ
نشأ في طلب العلم وسافر من أجله أسفاراً كثيرة إلى مكة ، والكوفة والبصرة
والمدينة وغيرها . وله كتب منها : المسند ومنها الزهد وغيرهما
وقد توفي في بغداد سنة ٢٤١ هـ . انظر : تاريخ بغداد ٤/٤١٢ ،
٤٢٣ ، وفيات الأعيان ١/٤٧، ٤٩ ، طبقات الحنابلة ١/٤ - ٢٠ .
الاعلام ١٩٢/١ - ١٩٣ .

(٣) هو أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك الأصبحي الحميري ، امام دار
الهجرة وأحد الأئمة الأربعة ، ولد في المدينة سنة ٩٣ هـ ، صف الموطأ
بعد أن سأله المنصور أن يضع للناس كتاباً . وله رسالة في الوعظ .
توفي في المدينة سنة ١٧٩ هـ ، وفيات الأعيان ٣/٢٨٤، ٢٨٧ ، تهذيب
التهذيب ١٠/٥ - ٥٩ ، الديباج المذهب ص ١٧ - ٣٠ ، الاعلام
١٢٨/٦ .

(٤) سبقت ترجمته ص ٧٩ .

يصدر عنه قبول أو رد صريح للوصية .

فعلي مذهب أبي حنيفة وصاحبيه ، فإن الموصى له يملك الموصى به فيدخل في ملك ورثته ، ويكون ملكا اجباريا لا يملكون اسقاطه ، وأورد له لأن سبب الملك تم من جانب الموصي بموته ، وإنما بقي حق الرد للموصى له لحاجته الى دفع الضرر ، وبموته انتهت هذه الحاجة فيبطل هذا الحق ويثبت الملك ، كما اذا اشترى شيئا وشرط الخيار لنفسه ، ثم مات نفس مدة الخيار ، قبل أن يصدر عنه اجازة للعقد أو فسخ له ، فإنه يبطل حقه الخيار ويتم الملك فهذا مثله ^(١) . وهذا هو مقتضى الاستحسان عند ابي حنيفة وصاحبيه ، وأما القياس فيقتضي أن لا تنتقل ملكية الموصى به الى الموصى له وأن الوصية تبطل ، أو أن الحق في القبول أو الرد ينتقل الى الورثة فقد جاء في بدائع الصنائع للكاساني ^(٢) : " ولو مات الموصى ثم مات الموصى له قبل القبول صار الموصى به ملكا لورثة الموصى له استحسانا ، والقياس أن تبطل الوصية أو يكون لورثته الخيار ان شاءوا قبلوا ، وان شاءوا ردا " .

فوجه بطلان الوصية هو توفف الملك على القبول ، وقد فات بالموت .
فصار كموث المشتري قبل قبوله ، ويمد ايجاب البائع .
وأما وجه تخيير الورثة بين القبول أو الرد ، فلأنه حق للموصى له نفس

(١) انظر : المبسوط ٢٨ / ٤٨ ، وانظر : عقد الوصية ١٤ ، للدكتور/ بدران .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ١ / ٤٨٤١ ، ٤٨٤٢ ، وانظر : المبسوط للسرخسي

٢٨ / ٤٨ ، فإنه خالف الكاساني في هذا التخيير ، فإنه يرى أن يحل ورثة الموصى له محله في القبول أو الرد فقط ، كما يلاحظ أنه قيد المسألة بعدم علم الموصى له بالوصية ، على خلاف الكاساني حيث لم يقيد بها بعدم علمه .

حياته ، فلما مات ، قام ورثته مقامه ^(١) ، هذا عند الحنفية .
وأما على رأى الأئمة الثلاثة ، فان مجرد السكوت ، وعدم الرد لا يعتبر
قبولا ، وعليه فان الوصية لا تلزم ، فى مثل هذه المسألة ، ولا يثبت الملك
للموصى له ، ولا يبطل ^(٢) حقه فى القبول أو الرد ، بل ينتقل هذا الحق
لورثته فأما عدم لزوم الوصية ، وعدم ثبوت الملك للموصى له ، فذلك
لعدم تحقق الشرط ، وهو القبول .

وأما عدم بطلان حق الموصى له فى القبول أو الرد ، فلأن هذا
خيار ، والخيار لا يبطل بموت صاحبه .
وأما ثبوت الحق لورثته ، فلأنهم يخلفون مورثهم فيما تركه من أموال
وحقوق مالية ، وحقوق متعلقة بالمال ، وهذا الحق منهما .
هذا : وبناءً على القول بأن الوارث يقوم مقام الموصى له فى القبول
أو الرد ، فانه ان رد الوصية بطلت ، وان قبلها صحت ، وثبت الملك
بها ، فان كان الوارث جماعة اعتبر القبول أو الرد من جميعهم

(١) المصدران السابقان الجزء والصفحة نفاهما . وانظر : تبين الحقائق
١٨٤/٦ .

(٢) نقل صاحب الانصاف عن الحنابلة فى هذه المسألة رأيان : أحدهما
يوافق رأى مالك والشافعى ، والذى يقضى بانتقال الحق لورثة الموصى
له بعد موته بالقبول أو الرد ، لأن الوصية لزمّت بموت الموصى فهسى
كالملوكة ، وقال عن هذا الرأى : هذا المذهب ، نص عليه فى رواية
صالح ، قاله المجد ، واختاره المصنف والشارح وغيرهما .

وأما الرأى الثانى فيقضى ببطلان الوصية ، لأنها عقد يفترق الى القبول
وقد فات بموته ، فيبطل العقد كالهبة ، وقد اختاره القاضي ، وقال عنه :
" هو قياس المذهب ، لأنه خيار لا يعتاض عنه فيبطل بالموت كخيار المجلس
والشرط . ، وخيار الأخذ بالشفعة . ينظر : الانصاف ٢٠٥/٧ ، ٢٠٦
==

فان رد بعضهم ،وقبل البعض الاخر ،ثبت للقابل حصته ،وبطلت الوصية فى حى من رد ،فان كان فيهم من ليس من أهل التصرف قام عليه مقامه فى القبول أو الرد ،غير أنه ليس له أن يفعل الا ما للمولى عليه الحظ فيه ،فان فعل غيره لم يصح .^(١)

هذا وبالتنظر بين رأى أبي حنيفة ،ورأى الأئمة الثلاثة ،فانا نختار رأى الأئمة الثلاثة لأنه مادام أن الموصى له قد مات بلا قبول محقق منه ولا رد ،فلو أئزنا ورثته بالوصية كما يقول الحنفية : لتضرر منه الورثة فى حالة ما اذا كانت الوصية محملة بالتزامات أو كان الموصى به قليل النفع ،كثير المؤنه ،لذلك كان من الحكمة أن يبقى حقهم فى الخيار ، بين القبول أو الرد .

وبهذا الرأى أخذ قانون الوصية المصرى ،فقد جاء ذلك صريحا فى مادته الحادية والعشرين ونصها :^(٢) " اذا مات الموصى لـ قبل قبول الوصية ،وردها ،، قام ورثته مقامه فى ذلك " . غير أنه لم يقيد هذا الحق برعاية الأصلاح ،بل قيده بالحصول على الاذن من الجهة صاحبة الرقابة على أموال القاصرين ، وهى المجلس الحسبى وهو ما دلت عليه المادة ٢٠ فقد جاء فيها^(٣) : " فاذا كان الموصى لـ أجنبيا أو قاصرا أو محجورا عليه يكون قبول الوصية أو ردها ممن له الولاية على ماله بعد اذن المجلس الحسبى .

= وينظر: المغنى والشرح الكبير ٤٣٩/٦ ، وينظر القواعد لابن رجب القاعد ه الرابعة بعد المائة . وانظر: مواهب الجليل ٣٦٦/٦ ، ٣٦٧ ، وانظر : الأم للشافعي ٢٧/٤ .

(١) انظر: المغنى والشرح الكبير ٤٣٩/٦ ، ٤٤٠ ، وانظر : الوصية ٢٠ لمحمود

البرد يسي . (٢) انظر : شرح قانون الوصية ٢٧٦ لمحمد أبوزهرة .

(٣) انظر : المصدر السابق ، وانظر : الوصية ٢١ .

المبحث الثالث

وقت ثبوت الملكية للموصى له وحكم زوائد الموصى به

اتفق جمهور الفقهاء على أن الوصية تلزم الموصى له بقبوله لها بعد وفاة الموصي وتنفيذ حكمها من وقت ثبوت الملكية له ، وذلك فسي حالة ما اذا حدد الموصي وقتا لثبوت الملكية للموصى له المعين كأن يقول : " هذه الدار وصية لفلان بعد موتي بسنة ، وقبل الموصى له الوصية بعد وفاة الموصي ، فان ملك الموصى له لا يثبت في الموصى به الا من الوقت المحدد في الوصية ، سواء حصل القبول عند ذلك الوقت أو قبله بعد الوفاة .

لكنهم اختلفوا فيما اذا مات الموصي ولم يحدد وقتا تبدأ منه الوصية ، وتأخر قبول الموصى له المعين للوصية عن وقت وفاة الموصي هل المعتبر في الملك وتنفيذ الوصية وقت الموت ؟ أم وقت القبول ؟ أم هما معا ، وقد اختلفوا تبعاً لذلك فيمن يكون له نعاء الموصى به وزوائده^(١) ، وكان اختلافهم على الوجه الآتي :-

أولاً : مذهب الحنفية :

أن الموصى له يملك الموصى به بقبوله الوصية بعد موت الموصي ، لم يخالف في ذلك الا زفر من الحنفية ، كما قد منا ، ومع ذلك فالقبول عند هم ليس بشرط لصحة الوصية ، وانما هو شرط لثبوت الملك ، أو افادته

(١) انظر : الوصية للبرديسي ٢٤ ، وانظر التركة للكشكى ١٦٠ ، وانظر :-

عقد الوصية ٢٣ للدكتور بدران .

للموصى له^(١)، ومتى استفاد الموصى له الملكية بالقبول استندت الى وفاة الموصي، كما هو مذهب الشافعية .

فان لم يقبل الموصى له الوصية بعد موت الموصي كانت الوصية موقوفة على قبوله، ليست في ملك الوارث، ولا في ملك الموصي حتى يقبل أو يموت بلا قبول ولا رد^(٢).

والمذهب الحنفي وان اتفق مع المذهب الشافعي على استناد ملكية الموصى له للوصية بالقبول الى وقت الوفاة، لكنه يختلف معه في زوائد الموصى به، لأن لهم وجهة نظر أخرى، وهي أن التركة - قبل القسمة - ومنها الموصى به مبناه على حكم ملك الميت حتى تقضى ديونه، وتتغذ منها وصاياه، فتسرى الوصية الى الزيادة اذا حدثت الزيادة قبل القسمة^(٣)، ومعنى ذلك أن ملكية الموصى له الوصية بالقبول لا تتقرر بصفة ثابتة الا بعد ها، وحينئذ فزوائد الموصى به بالولادة، اذا حدثت قبل موت الموصي فهي لورثته حتما لأن ملكيته للموصي قبل وفاته ثابتة بيقين، وانما حدثت الزيادة بعد الوفاة، وبعد قبول الموصى له والقسمة فهي للموصى له بيقين ايضاً لأنها نماء خالص ملكه لتقرر ملكه في الوصية بعد القسمة^(٤).

(١) انظر: شرح العناية على الهداية ١٠/٤٢٧، ٤٢٩، وانظر تبيين

الحقائق ١٨٤/٦ .

(٢) انظر: حاشية الشلبي على الزيلعي ١٨٤/٦، وانظر: رد المحتار

٦٥٨، ٦٥٧/٦ .

(٣) انظر: حاشية الشلبي ص ١٩٥، وانظر: الميسوط ١٣/٢٩، وانظر:

نتائج الأفكار في كشف الرموز والاسرار ١٠/٤٦٠، وانظر: الأشباه

والنظائر لابن نجيم ٢٩٦ .

(٤) انظر: عقد الوصية ٢٥، وانظر: بدائع الصنائع ١٠/٤٨٤٥، ٤٩٦١ .

أما إذا حدثت الزيادة بعد الموت وقبل القسمة سواء كان حد وثها قبل القبول أم بعده فإنها تدخل في الوصية ، وتصير موصى بها حتى يعتبر خروجها من الثلث ، وهذا رأى عامة المشائخ ^(١) ، وهو ما أيده الكاساني حيث قال ^(٢) : " والأولى أن يقال أن القبول وحده ليس كافيا لتنفيذ الوصية ، بل تنفيذها بالقسمة ، فتبقى التركة على حكم ملك المتوفى الى أن تنفذ الوصايا ، فيحل الموصى له والورثة محله ويكون ذلك مستندا الى وقت الوفاة " .

ونذكر القدوري - وهو من علماء الحنفية - أن الزوائد الحادثة بعد القبول من الموصى له لا تكون داخلية في الوصية ، بل تكون للموصى له ، وتعتبر نعمة ملكه ، وإن كانت قبل القسمة .

ويمكن أن يستنتج من قول القدوري : أن التركة بالنسبة للوصية تبقى على حكم ملك الميت الى أن يقبل الموصى له الوصية ، فإذا قبل تقررت ملكية الموصى له للوصية وإن كان ذلك قبل القسمة فإذا حدثت الزيادة بعد القبول وقبل القسمة كانت نعمة ملكه فلا تعتبر موصى به ^(٣) ، وتلك وجهة نظر أخرى لبعض علماء الحنفية .

(١) انظر: تبين الحقائق ١٩٥/٦ ، وانظر: البحر الرائق ٤٨٦/٨ . وانظر

حاشية بن عابد بن ٦٢٨/٦ ، ٦٢٩ .

(٢) انظر : عقد الوصية ص ٢٥ ، فقد اقتبسه ، وانظر : شرح قانون الوصية ٣٥

(٣) المصادر السابقة ، وانظر عقد الوصية ٢٦ ، وانظر : رد المحتار ٦٢٨/٦ .

ونوضح ذلك بالمشال :

- انذا أوصى شخص بفرس فولدت مهرا : فهنا أربع حالات : -
- ١ - أن تلده قبل موت الموصي ، فهذا يكون لورثة الموصي .
 - ٢ - أن تلده بعد قبول الموصى له بعد موت الموصي ، وبعد تسمية التركة بين الورثة فهذا يكون للموصى له ، لأنه نماء ملكه .
 - ٣ - أن تلده قبل القبول وقبل قسمة التركة ، ففي هذه الحالة تسرى الوصية الى الولد ، فان خرجت الفرس وولدها من الثلث كما اذا ترك مائة وعشرين ديناراً ، وكانت قيمة الفرس عشرين ، وقيمة ولدها عشرة ، فهما للموصى له . أما اذا لم يخرجها من الثلث ولم تجز الورثة الزيادة كما اذا ترك مائة وعشرين ديناراً وكانت قيمة الفرس ثلاثين ، وقيمة ولدها ثلاثين : يخرج الموصى له بالثلث وهو أربعون ديناراً ويأخذ ما يخصه منهما جميعاً في قول أبي يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يأخذ ذلك من الأم أولاً ، فان فضل شيء أخذه من الولد ، ففي المثال المذكور يكون للموصى له على رأى صاحبين ثلثا كل واحد منهما وعلى رأى الامام تكون له الأم وثلث الولد .
- وحجة صاحبين أن الولد دخل في الوصية تبعاً حال اتصاله بها ، فلا يخرج عن الوصية بالانفصال ، فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الأم ، كأن الوصية ، وتعت بهما جميعاً .
- وحجة الامام : أن الأم أصل ، والولد تبع في الوصية ، والتبع لا يزاحم الأصل ، ولو نفذنا الوصية فيهما جميعاً لانقضت الوصية في بعض الأصل ، وذلك لا يجوز .

٤ - أن تلده بعد القبول وقبل القسمة ، وهي مثل الحالة الثالثة في الحكم على رأى عامة المشايخ ، فيصير الولد موصى به حتى يعتبر خروجه من الثلث كما اذا ولدته قبل القبول . وعلى ما ذكره القدوري لا يصير موصى به ، ولا يعتبر خروجه من الثلث فيكون للموصى له من جميع المال كما لو ولدته بعد القسمة .

أما الزيادة بالغلة والكسب فعلى رأى عامة المشايخ هي مثل الزيادة بالولادة ، أما القدوري فقد ذكر أن الزيادة بالغلة والكسب اذا حدثت بعد موت الموصي وقبل قبول الموصى له لا تصير موصى بها حتى كانت للموصى له من جميع المال ، كما لو حدثت بعد القسمة ، فعلى ما ذكره القدوري تعتبر الزيادة بالغلة والكسب ملكا للموصى له ، وان كان حدثها قبل القبول ، ولا تعتبر وصية (١) وهذا ما يوافق رأى الشافعية على ما سنراه .

(١) انظر : تبين الحقائق ٦/١٩٥ ، وانظر : البحر الرائق ٨/٦٨٤ ، ونتائج الأفكار في كشف الرموز والاسرار ١٠/٤٦٠ ، وحاشية بن عابد بين ٦/٦٢٩ ، وبدائع الصنائع ح ١٠/٤٩٦٠ ، وانظر : عقد الوصية ٢٦ .

ثانيا : مذهب المالكية :

اختلف فقهاء المالكية في وقت ثبوت الملكية للموصى له على ثلاثة أقوال^(١) :

- الأول : أن العبارة في تنفيذ الوصية وقت الموت .
- الثاني : العبارة فيه وقت القبول .
- الثالث : العبارة فيه وقت الموت ووقت القبول معا .

فمن اعتبر في تنفيذ الوصية وقت الموت فقط ، قال : الغلات الحادثة بعد الموت ، وقبل القبول ، كلها للموصى له ، لأنه يقوله تبين أنه ملكها من حين الموت . وهذا موافق لقول الشافعية والحنفية . ومن اعتبر في تنفيذها وقت القبول فقط ، قال الغلات الحادثة قبل القبول كلها للموصى ، لأنها من جملة ماله . كالحادثة قبل الموت وهذا موافق لقول الحنابلة ، ومن راعى الأمرين معا (وقت الموت ووقت القبول) لأن القبول شرط في تنفيذها والملك بالموت ، قال : للموصى له ثلثها .

ومراعاة الأمرين معا ، هو المشهور وأعدل الأقوال عند سحنون فالغلة قبل القبول وبعد الموت تركة تسرى الوصية لثلثها . فمثلا ، لو أوصى لشخص ببستان يساوي الف دينار ، وكان ذلك يعادل ثلث ماله ، ثم مات الموصي ، وتأخر قبول الموصى له حتى أثمر البستان فزاد ثمنه مائتي دينار فأصبح يساوي ألفا ومائتي دينار ، ثم قبض الموصى له الوصية بعد ذلك .

(١) انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/٤٢٤ .

* فعلى القول الأول الذى يعتبر ثبوت الملكية من وقت الموت يكون البستان الذى يساوى الفا مع المائتين الزائدتين حقا للموصي لانه ثبت له ملك البستان بوفاة الموصي فما يحدث فيه يكون حقا له

* وعلى القول الثانى الذى يعتبر ثبوت الملكية من وقت القبول ، يكون للموصي له خمسة أسداس البستان وهو ألف دينار ، لأن السدس الذى زاد وهو يعادل مائتي دينار حدث قبل قبوله فيكون حقا لورثة الموصي .

* وعلى القول الثالث والذى يراعى الأمرين (وقت الموت ووقت القبول معا) يكون للموصي له الأصل وهو يساوى الألف ، وثلاث الشمره ، لأنه وان ثبتت ملكيته بموت الموصي ، كما فى القول الأول يعتبر القبول فى تنفيذ الوصية ، فالزيادة الحاصلة والحادثه قبل القبول تعتبر تركه ، فيستحق الموصي له ثلثها ، والورثه ثلثيها ، وذلك أعدل الأتوال وأشهرها^(١) عند سحنون^(٢) . وعلى ذلك يأخذ الموصي له الفا مع ثلث المائتين .

(١) انظر : الخرخشي على مختصر خليل ١٦٩/٨ ، وانظر : عقد الوصية للدكتور بد ران ص ٢٧ ، ٢٨ ، وانظر : كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، ٤٢٢/٣ - ٤٢٣ .

(٢) هو أبو سعيد عبد السلام بن سعيد بن حبيب ، التنوخي ، الملقب بسحنون ، الفقيه المالكي ، ولد بالقيروان سنة ١٦٠ هـ ، أصله من الشام من حمص ، كان رفيع القدر غفيا ، ولي القضاء بالقيروان سنة ٢٣٤ ، واستمر حتى مات سنة ٢٤٠ هـ ، وقد ألف أبوالمعرب محمد بن أحمد بسن تميم كتاب : " مناقب سحنون وسيرته وأدبه " انظر : وفيات الأعيان ٣٥٢/٢ - ٣٥٤ ، الدبيح المذهب ص ١٦٠ - ١٦٦ ، الاعلام ١٢٩/٦

ثالثا : مذهب الشافعية :

أظهر الأراء^(١) فيما ورد عن الشافعية في وقت ثبوت الملكية أنها
تبتدئ من حين وفاة^(٢) الموصي ، ولكن لا تثبت الا بقبول الموصى له
فاذا قبل حكنا بأنه ملك الوصية من حين الموت ، وكأن الملكية
في الفترة بعد وفاة الموصي ، وقبل قبول الموصى له متوقفه تحتمل
الثبوت للموصى له ان قبل ، أو للورثة ان رد ، فان قبل الموصى له
الوصية آلت اليه ملكية الموصى به من حين الوفاة ، وان ردها آلت
التركة كلها ومنها الوصية الى الورثة من حين الوفاة ايضا .

وقد يقال : ان العين الموصى بها في هذه الفترة على هذا
القول لا مالك لها .

والجواب عن ذلك : أن لها مالكا وان كان غير معروف ، وقبول
الوصية بعد ذلك أوردها هو الذي سيبينه ويعينه^(٣) .

(١) وهناك رأي آخر عن ابن الحكم ، أن الموصى له يملك الوصية بالموت فقط ،
ووجهه أنه مال مستحق بالموت فانقل به كالميراث . ينظر : المجموع

شرح المذهب ٦٦/١٥ .

(٢) لأنه لا يجوز أن يكون للميت ، لأن الميت لا يملك ، ولا يجوز أن يكون للوارث
لأن الوارث لا يملك التصرف فيه الا بعد الدين والوصية ، ولا يجوز أن يكون
للموصى له ، لأنه لو انتقل اليه بمجرد الموت ، لم يملك رده . .

كالميراث فتعين وقفه ، وبذلك يرد على ما قاله ابن الحكم .

ينظر : المصدر السابق .

(٣) عقد الوصية ٢٤ .

وعلى هذا المذهب يكون القبول شرطا للزوم الوصية ، وليس بجزء متم لها ، لأن السبب الموجد للملكية هو ايجاب الموصي فقط ، لكن يشترط لاعمال ذلك السبب قبول الموص له بعد الوفاة لأن الملك بالوصية مضاف الى الموت ، فتنفيذ هذا التصرف يكون عند الموت ، وان تأخر القبول - وكان الموصى له بقبوله - قد قبل ملكا مضافا الى وقت تنفيذ العقد من وقت انشائه لامن وقت اجازته ، وبناء على ذلك تكون زوائد العين الموصى بها اذا حدثت بعد الوفاة وقبل القبول ملكا للموص له ، لأنها تعتبر نماء ملكه الخاص ولا تعتبر وصيه ، ومن باب أولى تعتبر ملكا اذا حدثت بعد القبول وقبل القسمة أو بعدها (١) .

(١) انظر : المجموع شرح المذهب ٦٦/١٥ ، ومفنى المحتاج ٥٤/٣ ، ونهاية المحتاج ٦٧/٦ ، وعقد الوصية للدكتور بدران ٢٥٠٢٤ .

رابعاً : مذهب الحنابلة :

(١) أرحح الأقوال عندهم أن الملكية تثبت من وقت القبول ، فلا وجود لها قبله ، وذلك لأن القبول شرط لثبوت الملكية بالايجاب فهو شرط لتحقيق موجب السبب ، وحينئذ لا يمكن أن تكون الملكية تبسّل القبول ، لأن السبب وهو ايجاب الموصي لا يتحقق موجهه بدونه ، أو لأن القبول من تمام السبب للملكية ، فلا تقدم الملكية على سببها ، فالسبب ليس الايجاب والوفاء فقط ، وانما السبب هو الايجاب والوفاء والقبول ولا تثبت الملكية قبل تمام سببها ، وفي ذلك يقول ابن قدامة^(٢) :
" أما الآدمي المعين فيثبت له الملك ، فيعتبر قبوله ، لكن لا يتمين القبول باللفظ بل يجرئ ما قام مقامه من الأخذ والفعل الدال على الرضا ويجوز القبول على الفور والتراخي ، ولا يكون الا بعد موت الموصي ، فاذا قبل ثبت له الملك من حين القبول على الصحيح من المذهب .

(٣) وفي منتهى الإرادات : " ومحلّه : بعد الموت ، ويثبت ملك موصي له من حينه ، فلا يصح تصرفه قبله . . " وقد وافق على هذا الرأي بعض المالكية ، كما وجد عند الشافعية .

(١) وذكر أبو الخطاب في المسألة وجها آخر أنه اذا قبل تبينا أن الملك يثبت حين موت الموصي ، وهو ظاهر مذهب الشافعي ، وقد ناقش ابن قدامة ما استدل به الخطاب . انظر : المغنى والشرح الكبير ٦ / ١٤١ ، ١٤٢ ، وانظر الانصاف ٧ / ٢٠٦ ، فقد ورد فيه قوله : " وان قبلها بعد الموت : ثبتت الملك حين القبول في الصحيح . وقد علق الشارح على ذلك بقوله : " وهو المذهب تالسه المصنف وغيره . وأوماً اليه الامام احمد رحمه الله ونصره القاضي ، واصحابه وقد سه في الفروع . (٢) المغنى والشرح الكبير ٦ / ٤٤١ .

(٣) انظر : منتهى الارادات ٢ / ٤٠ .

أما ملكية الموصى به في الفترة التي بين وفاة الموصي ، وقبول الموصى له فقد اختلف فيها ، فقيل : يثبت الملك للموصى له من حين القبول ، وتستمر للموصى حتى تثول للموصى له بقوله ، وفي ذلك يقول ابن قدامة^(١) : " وقولهم لا يبقى له ملك ممنوع ، فإنه يبقى ملكه فيما يحتاج اليه من مؤنة تجهيزه ودفنه وقضاء ديونه ويجوز أن يتجدد له ملك فيما اذا نصب شبكته فوقع فيها صيد بعد موته بحيث تقضى منه ديونه ، وتنفذ وصاياه ان كان قبل تجهيزه ، فهذا يبقى على ملكه لتعذر انتقاله الى الوارث من أجل الوصية ، وامتناع انتقاله الى الموصى له قبل تمام السبب " .

وقيل : يتبين ثبوت الملك من حين موت الموصي^(٢) ، ويكون قبل القبول مملوكا للورثة ملكا غير مستقر ، فان قبل ملكه منهم ، وان رد استقر الملك لهم فيه ، وعلى أى حال فنما الموصى به فيه قولان ، قول انه لورثة الموصي ، وهو الصحيح ، وقول انه للموصى له ، فيكون النما لمن الملك له " .^(٣)

(١) قال ذلك أثناء توجيهه للرأى القائل ان الملك يثبت في الموصى به للموصى له من حين القبول ، انظر : المغنى والشرح الكبير - ٥٩١ و ٤٤٢/٦ .

(٢) نقل صاحب الانصاف عن العمدة قوله : " ولو وصي بشئ ، فلم يأخذه الموصى له زمانا : قوم وقت الموت ، لا وقت الاخذ . أ. هـ انظر : الانصاف ٢٠٦/٧ .

(٣) انظر : المغنى والشرح الكبير ٥٩١/٦ ، وانظر الانصاف ٢٠٦/٧ ، ٢٠٧ ، وعقد الوصية ٢٣ ، ٢٤ .

وبالموازنة بين المذاهب الأربعة في وقت ثبوت الملكية وفي الزوائد
يتضح يسر المذهب الشافعي ، وسهولة تطبيقه ، وإن كان المذهب الحنفي
أدق .

أما مذهب القدوري ، فاننا لو أخذنا بما قاله في هذه المسألة لضاقت
شقة الخلاف بين المذهبيين ،

ومن أجل ذلك : فاننا نختار ما ذهب اليه الشافعية ، والحنفية من
ثبوت الملكية للموصى له بقبوله مستندة الى وفاة الموصي ، وهو القول الثاني
عند الحنابلة ، والقول الثالث عند المالكية ، لأن الموصي قصد تملك الموصى
له عقب الوفاة مباشرة ، لأنه لو كان يريد وقتنا معينا لعينه ، فالقول بثبوت
الملك من حين القبول مستندا الى وقت وفاة الموصي ، فيه تحقيق لغرض
الموصي من الوصية ، ومراعاة لجانب الموصى له ، حيث جعلنا الثبوت موقوفاً
على قبوله حتى لا نكون قد ألزماه بما قد يتضرر منه فاذا قبل تبينا أنه
قد ملك الموصى به من وقت الموت ، لأنه انعقد فيه سبب الملك ، وهو
الكلام السابق بالوصية ، لكونه مضافاً اليه ، وقد تحقق تمام ركنه أو شرطه^(١)
مستندا اليه وهو القبول^(٢) ولو كان متأخراً ، وفي ذلك يقول الكاساسي^(٣) :
" وأما قبل القبول ، فلأن الملك بعد القبول ثبت من وقت الموت ، لأن الكلام
السابق صار سبباً لثبوت الملك وقت الموت ، لكونه مضافاً الى وقت الموت ،
فصار سبباً عند الموت ، فاذا قبل ثبت الملك فيه من ذلك الوقت لوجود
السبب في ذلك الوقت . . " ويقول في ذلك أيضاً صاحب المعـ

(١) انظر : أحكام الوصايا والأوقاف لمحمد شلبي ٥٤ ، وانظر : التركة لمحمد

الكشكي ١٦٣ .

(٢) على الخلاف الذي سيأتي بيانه في محله .

(٣) انظر : بدائع الصنائع ١٠ / ٤٩٥٩ .

الدمشقية وشرحها^(١): " والظاهر أن القبول كاشف عن سبق الملك للموصى له بالموت لا ناقل له من حينه ، إذ لولا ، لزم بقاء الملك بعهد الموت بغير مالك ، إذ الميت لا يملك لخروجه به عن أهليته كالجسادات وانتقال ماله عنه ، ولا للوارث ، لظاهر قوله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أولاد) فلولم ينتقل إلى الموصى له ، لزم خلوه عن المالك إذ لا يصح لتغير من ذكر) .

وبما أخذنا به من الأقوال أخذ به قانون الوصية المصرية ، فقد اختار القول بثبوت الملكية بقبول الموصى له من حين وفاة الموصى ، ونص على أن تكون نفقة الموصى به في المدة التي بين الوفاة وقبل القبول على الموصى له ، إلا أنه أخذ برأى الشافعية في أن زوائد العين الموصى بها الحادثة بعد وفاة الموصي وقبل القبول ، تكون للموصى له ، لأنها نماء ملكه الخاص ، ولا تعتبر وصية ، جاء ذلك صريحا في المادة الخامسة والعشرين ونصها^(٤): " إذا كان الموصى له موجودا عند موت الموصي 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 تمتير وصية ، وعلى الموصى له نفقة الموصى به في تلك المدة " .

(١) انظر : التركة لمحمد الكشكى ١٦٣ فقد اقتبسه .

(٢) ورد بأنه لاسائبة في الاسلام .

(٣) سورة النساء آية رقم ١٢ .

(٤) انظر شرح قانون الوصية لمحمد أبو زهرة ص ٢٧٧ .

المبحث الرابع

رد الوصية من الموصى لــــه

=====

إن ارد الموصى له الوصية ،فأما أن يكون ذلك الرد فى حياة الموصى ،وأما أن يكون بعد وفاته .

فإن كان الرد فى حياة الموصى ،فلا عبرة به ،عند جمهور الفقهاء خلافا لزرمن الحنفية ،فقد ذهب الى أن هذا الرد يبطل للوصية فى مقدار ما رد منها كلا أو بعضا .

وقد تكلمنا عن ذلك فى موضعه . وانتهينا الى ترجيح قول الجمهور وعللنا سبب الأخذ به .

أما إن كان الرد بعد وفاة الموصى - والذى هو موضوع هذا المبحث - فاما أن يكون ذلك قبل قبول الموصى له الوصية أو بعد قبوله لها .

فإن كان الرد قبل قبوله الوصية صح الرد ،وبطلت الوصية عند جمهور الفقهاء ،لأنه أسقط حقه فى حال يملك قبوله وأخذه ،فأشبهه عفو الشفيع عن الشفعة بعد البيع ،وبذلك يستتر الملك للورثة فى الموصى به .^(١)

والى هذا الرأى مال قانون الوصية المصرى فقد جاء فى المادة الرابعة والعشرين منه : " فاذا رد الموصى له الوصية كلها أو بعضها بعد

(١) انظر : المجموع شرح المهنذب ١٥/٦٦/٦٩ ، وانظر: روضة الطالبين ١٤٢/٦ ، وانظر: مطالب أولى النهى ٤/٥٨ ، وانظر: كشاف القناع ٤/٣٤٤ . وانظر: الكافي ٢/٤٨٣ ، وانظر: المغنى مع الشرح الكبير ٦/٤٣٧ .

(٢) انظر : شرح قانون الوصية لمحمد أبو زهرة ٢٧٧ .

بعد الموت وقبل القبول بطلت فيما رد ” .

أما ان كان الرد حدث بعد قبوله الوصية ، فان للعلماء في ذلك رأيان ،

الأول : التفريق بين أن يكون الرد حصل بعد القبول والقبض أو يكون حصل بعد القبول وقبل القبض ، فان كان الرد حدث بعد القبول وبعد القبض ، فلا يصح لأن الملك ثبت بالقبول ، واستقر بالقبض فأشبهه رده لسائر ملكه ، اللهم الا أن يرضى الورثة بذلك فيكون هبة منه لهم فتفر الى شروط الهبة ، فيصح رده ، وبأخذ كل أحكام التبرع المبتدأ الذي لا يرتبط بكون سبب ملكه وصية أو غيرها وهذا رأى الشافعية ، والحنابلة .

أما ان كان الرد حصل بعد القبول وقبل القبض ، فعند الحنابلة يصح الرد اذا كان الموصى به مكيلا أو موزونا ، لأن المثلي لا يتعسبن تعيينها كاملا الا بالقبض ، لأن القبض هو الذى يقرر الملكية فيه ، فيصح الرد أما اذا كان الموصى به غير مكيل ولا موزون فلا يصح الرد ، لأن القيمي معين من غير حاجة الى قبض ، فيكتفى في تقرير الملكية فيه بالقبول ، فلا يصح رده ، ويحتمل أن يصح الرد ، بناء على أن القبض معتبر فيه .^(١)

وعند الشافعية وجهان :

أحدهما : لا يصح الرد - على الأصح - لأن الملك يحصل بالقبول من

غير قبض .

(١) انظر : المغني والشرح الكبير ٦/٤٣٧ ، وانظر : كشاف القناع ٤/٣٤٥ ، وانظر : الكافي ٢/٤٨٣ ، وانظر : الانصاف ٧/٢٠٥ ، وانظر : المجموع شرح المذهب ١٥/٦٩ ، وانظر : عقد الوصية ٢١ .

الثاني : صحة الرد من غير تفرقة بين مكيل أو موزون وغيرهما ، لأن ورثة الموصي لما ملكوا الرد من غير قبول ، ملكوه من غير قبض ، ولأن ملك الموصي له لم يستقر عليه قبل القبض فصح رده ، كما لو رده قبل القبول .

هذا وفي كل موضع صح الرد فيه تبطل الوصية بالرد ، وترجع السى التركة ، فتكون للورثة جميعهم ، ولو عين بالرد واحدا ، أو قصد تخصيصه بالوصية المردودة كلها لم يكن له ذلك ، وكانت لجميعهم لأن رده امتناع عن تملكها فبقيت على ما كانت عليه ، ولأنه لا يملك دفعها للأجنبي ، فلا يملك دفعها الى وارث يخصه بها ، وفي كل موضع لا يصح رده لاستقرار ملكه على الوصية فله أن يخص بها واحدا من الورثة ، لأن ذلك يعتبر منه ابتداء هبة ، ويملك دفعها الى أجنبي ، فذلك يملك دفعها الى أحد الورثة^(١) .

الرأى الثاني : مذهب الحنفية^(٢) ، وهو أنه يصح رد الموصى له الوصية بعد قبولها سواء كان ذلك قبل القبض أو بعده ، وسواء كان الموصى به مالا مثليا أو قيميا - ويعتبر ذلك فسخا للوصية ، ولكن بشرط أن يقبل منه الورثة ذلك كلهم ، أو بعضهم ولو كان واحدا ، وإذا رد بعض الوصية فكذلك يصح الرد منه في هذا البعض ، وتفسخ الوصية فيما رده ، ويكون تركه ، فان لم يقبل منه ذلك أحد الورثة بطل رده ،

(١) انظر : روضة الطالبين ١٤٢/٦ ، وانظر : المجموع شرح المذهب ح ٦٩/١٥ ، وانظر : مغنى المحتاج ٥٣/٣ ، وانظر : المغنى والشرح الكبير ٤٣٨/٦ .

(٢) انظر : رد المحتار شرح الدر المختار ٦٥٨/٦ .

وفى ذلك يقول ابن نجيم ^(١) فى الأشباه والنظائر : " واذا قبلها ثم ردها على الورثة ، ان قبلوها انفسخ ملكه والا لم يجبروا " .
وانفساخ الوصية بقبول أحد الورثة نص عليه السرخسى فى المبسوط
وعلى ذلك بأحد أسريين ^(٢) : -

١ - أن الرد عليهم فسخ للوصية ، وهم قائمون مقام الميت ، وأحد الورثة يقوم مقامهم ، فإذا قبلوا الرد ، أو أحدهم ثم الفسخ بالتراضي ، لأن كل وارث يصح أن يقوم مقام الموصى ، فإذا أبوا جميعا الرد بطل الرد من الموصى له ، لأن الرد فسخ للعقد ، فيجب أن يلاحظ فيه أصل انعقاده ، فان كان ينعقد بالايجاب والقبول ، فكذلك فسخه يجب أن يكون بالتراضي .

٢ - أن هذا الرد فسخ لقبوله ، وهو ينفرد بفسخ القبول فحق نفسه ، وإنما كان لا يثبت فى حق الورثة اذا أبوا ذلك جميعا ، دفعا للضرر عنهم ، وعن مورثهم ، فإذا رضوا بذلك أورضى به أحدهم ، وهو قائم مقامهم فى فسخ القبول منهم ، صار كأنه رده قبل أن يقبل فيكون ميراثا للورثة .

وبوجهة نظر الحنفية أخذ قانون الوصية المصرى ، فقد قضت الفقرة الأخيرة من المادة الرابعة والعشرين ^(٣) : أن الموصى له " اذا رد الوصية كلها أو بعضها بعد الموت والقبول وقبل منه ذلك أحد من الورثة انفسخت الوصية ، وان لم يقبل منه ذلك أحد منهم بطل رده " .

(١) انظر : الأشباه والنظائر ص ٣٤٧ .

(٢) انظر : المبسوط للسرخسى ٤٩/٢٨ .

(٣) انظر : شرح قانون الوصية لمحمد أبوزهرة ٢٧٧ .

وبالموازنة بين رأى الحنفية ورأى غيرهم من الشافعية والحنابلة ، يتضح ضعف الأساس الذى بنى عليه الحنفية رأيهم فى صحة رد الوصية بعد قبولها ، وهو اعتباره فسخا للوصية ، وذلك لأنه بموت الموصي وقبول الوصية من الموصى له بالتلقي عن الموصي لا عن الورثة ، فاعتبار الرد فسخا فى حالة قبول الورثة له ضعيف من وجهين :^(١)

الأول : أن الموصى له لم يتلق الملكية من الورثة ، وإنما تلقاها من الموصى ، وقد تمت الوصية بموته تماما لا يلحقه فسخ من جهته .

الثانى : أنه فسخ مع غير من عقد الوصيه ، وما كان يتصور فسوخ للوصية مع الموصي حتى يقال أن الورثة حلوا محله فى ذلك ، لأنها لاتتم ولا تلزم الا بعد موته بشرط قبول الموصى له أو موته بلا رد ، كذلك اشتراط القبض لعدم صحة الرد - على ما هو مبين فى مذهبي الشافعية والحنابلة - لا يظهر له وجه قوى الا على أنه تبرع مبتدأ ، فيأخذ حكم التبرعات المنشأة .

لذلك : نرى ترجيح الرأى القائل بعدم صحة الرد بعد القبول وان لم يوجد قبض

... ..

(١) انظر : عقد الوصيه ٢٢ للدكتور بدران .

المبحث الخامس

تعليق أو اقتران الوصية بالشرط

الأصل في صيغ التصرفات أن تكون منجزه الا عقد الوصية والا بصاءً فانه لا ينعقد بصيغة منجزه ، لأنه تصرف مضاف لما بعد الموت ، الا أن ذلك لا يمنع من تعليقه على شرط مادام أنه لا يفيد التمليك الا بعد الموت ، كما لا يمنع من اقترانه بالشرط .

فالعقد المعلق على الشرط : هو ما رتب وجوده على وجود شيء آخر كقوله لآخر : انا لم يحضر وكيلي فلان من السفر قبل انتهاء هذا الشهر فأنت وكيلى بدلا عنه .

فالصيغة المعلقة على شرط لا تنشئ الوصية الا بعد تحقق هذا الشرط ، فأما قبله فلا ، كما أنه لا يعتبر التعليق حقيقيا الا اذا كان التعليق فيه على أمر يتوقع وينتظر حصوله في المستقبل كما في المثال المذكور . أما اذا كان التعليق على أمر حاصل وواقع فان التعليق حينئذ صوري ، وهو في الحقيقة تعجيز ، كما لا يعتبر من التعليق نسي شيء ما لوعلق وجود شيء على أمر مستحيل^(١) ، كما اذا قال لآخر : ان شربت ماء المحيط أوصيت لك بكذا ، فهذا الكلام لا يترتب عليه شيء اذ الفرض منه أن يؤكد عدم الوصية بدليل تعليقه على أمر فيه تعجيز له ، وهو شرب ماء المحيط .

(١) انظر : شرح قانون الوصية لمحمد ابوزهرة ص ٣٧ ، وانظر : عقود الوصية لدكتور بدران ٣٢ ، وما بعد ها . وانظر : أحكام الوصايا والأوقاف لمحمد شلبي ٥٨ .

وأما العقد المقترن بالشرط ، فهو الذى تصدر فيه الصيغة منشئة للعقد ، على أن يكون العقد مقيدا فى أحكامه بشروط معينة ، أو بعبارة أخرى : وصدر فيه الإيجاب أو لا غير مقيد بشئ ثم أعقب بشرط زائد عليه ، كأن يقول : شخص لآخر : بعثك منزلى هذا بكذا بشرط أن تزوج ابنى ابنتك . فيقول الآخر قبلت .

ان فالوصية موجودة مع الاقتران غير موجودة مع التعليق الا بعد تحقق الشرط المعلق عليه وجود المشروط سواء كان ذلك الشرط مما يوجد فى حياة الموصي ، أو ما لا يوجد الا بعد وفاته فقد عدها صاحب جامع الفصولين (١) وغيره ما يقبل التعليق بالشرط ، فقد صرح الماوردي من (٢) الشافعية بجواز تعليقها ، ومثلوا لذلك بقول الموصي : " أوصيت لفلان بكذا ان تزوج ابنتى فلانه " .

كما صرح الحطاب (٣) من المالكية بصحة تعليق الوصية على شرط ومثلوا لذلك بقول الموصي : " ان مت من مرضي هذا فقد أوصيت لفلان بكذا فمات فيه " .

وورد فى حاشية ابن عابدين (٤) : " لو قال لمديونه : " اذا مت فأنت برئ من دينى الذى عليك صحت وصيته " لأن تعليق الوصية بالشرط جائز ، وقد علل صاحب المحيط البرهاني (٥) من الحنفية لجواز

(١) انظر : جامع الفصولين ٦/٢ .

(٢) انظر : حواشي تحفة المحتاج ٧/٧ .

(٣) انظر : حاشية الدسوقي ٤/٤٢٨ ، ٤٢٩ .

(٤) انظر : حاشية ابن عابدين ٦/٦٦٦ ، وانظر : جامع الفصولين ٣/٢ .

(٥) انظر : أحكام الوصية ، فقد اقتبسها الشيخ على الخفيف ١٠٤ .

تعليق الوصية بالشرط ، بأن في ذلك اثبات للخلافة معلقا على شرط ، وذلك جائز ، وقد جاء في الكافي ^(١) ما يدل على جواز تعليق الوصية على شرط في الحياة ، أو على شرط بعد الموت ^(٢) .

ثم ان الشروط المقترنة بعقد الوصية منها ما هو معتبر في نظر الشرع ، ومنها ما هو ملغى لا اعتباره ، وذلك أنها خاضعة لما هو مقرر شرعا من أنه لا يوافق على كل الشروط التي يشترطها الناس في عقودهم ، ولا يحميها ، وإنما يقر منها ما هو ملائم ومحقق لمصالح الناس ويمنع ما سوى ذلك ما فيه مخالفة لا تصلح وواقع الناس ، ومثله في ذلك القوانين الحديثة في موقفها من الشروط المخالفة للنظام العام .

وتأسيسا على ما تقرر شرعا سار الفقهاء جميعا على هذا الأصل ، وهو أن من الشروط شروطا صحيحة ، وأخرى غير صحيحة ، وإنما حصل الخلاف بينهم في تحديد دائرة كل نوع ^(٣) .

وحيث ان هذا الاختلاف ، وتباين وجهات النظر بينهم في ذلك له صلة قوية بعقد الوصية حال اقترانه بشرط من الشروط ، وتوقف صحته أو بطلانه على الشرط المقترن به ، ذلك أن عقد الوصية من العقود التي تقبل الاقتران بالشرط ، والا فان بحث هذا الاختلاف أساسا في مواطنه الخاصة به من كتب الفقه - حيث كان الأمر كذلك رأيت ممن الملائم عرض آرائهم بايجاز حتى يتسنى لنا من خلال ذلك معرفة كون الشرط المصاحب لعقد الوصية صحيحا أو باطلا ، وكان اختلافهم على

(١) انظر : الكافي ٤٨٢/٢ .

(٢) وعمل لجواز تعليقها على شرط في الحياة بأن الوصية تجوز في المحلول فجاز تعليقها على شرط كالطلاق ، وعمل لجواز تعليقها على شرط بعد

الموت بأن ما بعد الموت في الوصية كحال الحياة .

(٣) انظر : المصادر السابقة .

على الوجه الاتي :-

أولا : مذهب الحنفية :

ينقسم الشرط المصاحب للعقد عند هم الى ثلاثة أقسام ، صحيح
وفاسد ، وباطل .

فالشرط الصحيح : ما هو يقتضيه العقد بحيث لولم يذكر لكان
الوفاء به واجبا بمقتضى العقد نفسه ، لأنه ما تم التعاقد والاتفاق
عليه ، فكان جزءاً من العقد يلزم بلزومه ، مثل : اشترت منك هذا
الفرس على أن تسلمها الى متى أديت اليك الثمن ، وكاشتراط تسليم
الوصية للموصى له بعد موت الموصي ، أو يؤكد موجهه وليس محظوراً
مشرعاً مثل أن تقول الزوجة تزوجتك على أن يكفل لي أبوك المهبر ،
وما يجب لي عليك من النفقة ، أو يكون قد ورد بجوارزه دليل شرعي
كاشتراط الخيار في البيع ، أو اشتراط تأجيل الثمن ، أو جرى
به العرف المعتبر شرعاً مثل ، أن يشتري شخص ساعة ويشترط على
البائع أن يقوم باصلاحها مدة سنة مثلاً^(١) . أو يكون ملائماً للعقد
وليس محظوراً شرعاً ، وقد فسره بعض الحنفية بأنه المقرر لمقتضى
العقد أو المؤكد لمقتضاه ، وفسره صاحب السراج الوهاج^(٢) بأنه
ما كان راجعاً الى بيان صفة مطلوبة في محل العقد أو في أثره^(٣)
مثل ما اذا أوصى شخص لفلان بمنفعة دار على ألا ينتفع بها الا

(١) انظر : عقد الوصية للدكتور بدران ٣٤/٣٣ .

(٢) انظر أحكام الوصية للشيخ على الخفيف فقد اقتبسها ص ٨٠ .

وانظر : السراج الوهاج ٣٤٦ .

(٣) وفي ذلك يقول الشيخ على الخفيف : وهذا التفسير أوضح وأشمل من
سابقه ، وعلى ذلك يرى أن الشرط الصحيح عند هم أربعة أنواع . المصدر
السابق .

مدة ثلاث سنوات بعد وفاته ، وعلى أن تكون منفعتها لفلان آخر بعد هذه المدة ،فتصح الوصية ،والشرط ،لأنه شرط صحيح ملائم للوصية من ناحية أنه ميبين لما أوصى به ،وان كان فيه منفعة لغيرهما . ومثل الشرط الملائم وهو محظور شرعا أن يوصى شخص لآخر بأن ينفق في عمارة مسجد كذا الف جنيه من ماله على أن يصرف نصفها في تذهيب سقفه ،فالوصية صحيحة والشرط لاغ ،لأن اشتراط تذهيب المسجد ما نهى عنه شرعا ،لأن فيه اذاعة للمال بدون فائدة وهو محرم شرعا^(١) .

الشرط الفاسد : هو ما كان زائدا على مقتضى العقد ،غير موافق له ولا مؤكّد له ،ولم يرد به دليل شرعي ،ولم يجز به عرف ،وفيه منفعة لمن هو أهل للاستحقاق سواء كان أحـد العاقدين أم غيرهما ،مثل أن يوصى شخص لآخر بهذه الدار على أن يحج بشنّها ،فالوصية للموصى له يفعل بها ما يشاء^(٢) ، ان مقتضى العقد أن يكون الموصى به ملكا للموصى له ،والمالك يتصرف في ملكه بما يشاء ،فمن هنا كان الشرط فاسدا ،لأنه جاء على خلاف ما يقتضيه العقد ،فصار لاغيا ،والوصية صحيحة . ومثله من يوصى لشخص بعين ،ويشترط أنه اذا مات الموصى له والعين الموصى بها قائمة على ملكه تكون لفلان ،ولا تكون لورثته الموصى له ،فان هذا الشرط فاسد ،لأن الوصية عقد تليك ،والموصى له اذا ملك الوصية كان ملكه تاما ،ولورثته بعد موته ،فاشترط

(١) المصدر السابق .

(٢) انظر : البحر الرائق ٤٦١/٨ .

أن تكون العين الموصى بها - إذا كانت قائمة بعد وفاته لشخص آخر لا لورثته شرط فاسد لمنافاته لمقتضى العقد ، والشـرط الفاسد اذا اقترن يعقد من عقود المبادلات المالية كالبيع والاجارة ونحوهما أفسد العقد ، بخلاف ما لو اقترن بعقد ليس فيـه معاوضة مالية كالنكاح ، والهبة ، والخلع ، والوصية ، ونحو ذلك كان العقد صحيحا والشرط فاسدا (١) .

الشرط الباطل : ما كان مخالفا لمقتضى العقد زائدا على ما يقتضيه ، ولم يرد به الشرع ، ولا جرى به العرف ، وليس فيه نفع لأحد العاقدين ، ولا لانسان غيرها مثل : بعثك هذا القماش بشرط أن تحرقه ، أو بعثك هذا الكتاب بشرط أن لا تقرأه الا كل سنة مرة ، ففي مثل هذين المثالين العقد صحيح ، والشرط باطل وليس له تأثير على صحة العقد .

اذن فبناءً على ما تقدم من تقسيم الحنفية للشرط المصاحب للعقد الى ثلاثة أقسام صحيح ، وباطل ، وفاسد ، فان العقود عندهم من حيث اقترانها بالشرط تنقسم الى قسمين : -
أولهما : عقود يختلف حكمها باختلاف ما يصاحبها من الشـرط فإذا اقترنت بالشرط الصحيح صحت هي ووجب الوفاء بالشرط ، وإذا اقترنت بالشرط الفاسد فسدت هي تبعا لفساد الشرط ، وإذا اقترنت بالشرط الباطل صحت هي وبطل الشرط فقط ، وينتظم هذا كل عقود المعاوضات المالية كالبيع ، أو مبادلة المال بالمنافع كالاجارة .

(١) انظر : عقد الوصية للدكتور بدران ٣٤ .

ثانِيهما : عقود تصح ان اقترنت بالشرط مطلقا ، فان اقترنت بالشرط الصحيح صحت ، ووجب الوفاء بالشرط ، واذ اقترنت بالشرط الفاسد أو الباطل صحت ولغا الشرط ، ولا يؤثر في العقد ويدخل في هذا القسم العقود التي ليس فيها مبادلة مالية كعقد النكاح وعقد الوصية ، والهبة .^(١)

ثانيا : مذهب المالكية :

ذهب المالكية الى أن الوصية ان اقترنت بشرط من الشروط ، فاما أن يكون صحيحا أو غير صحيح .
فان كان صحيحا صحت الوصية ولزم الوفاء بالشرط الصحيح ، وفاء لما تم التعاقد عليه متى كان الوفاء به ممكنا ، والا انفسخ ، لأن العقد تام على الرضا ، فيلزم الوفاء به . مثل أن يوصى شخص لآخر بدار على أن يسكنها سنة كذا ، ولا يؤجرها لغيره ، فاذا تمت الوصية كان للموصى له السكنى فقط هذه السنة ، ولم يكن له أن يؤجرها لغيره ، لأن هذا شرط صحيح لعدم منافاته لمقتضى العقد ولأنه لم يؤك الى الاخلال بشرط من شروط العقد ، فلزم الموصى له الوفاء به ، جاء في المدونة^(٢) من كتاب الوصايا الثاني : " قلت " رأيت ان أوصى لأم ولده بألف درهم على أن لا تتزوج فقالت لا أتزوج ، وقبضت الألف ثم انها تزوجت بعد ذلك (قال) شهدت مالكا

(١) انظر : عقد الوصية للدكتور بدران ٣٤/٣٥ ، وانظر : أحكام الوصية

للشيخ على الخفيف ص ٨٢ .

(٢) انظر : المدونة الكبرى للامام مالك ١٥/٢٤ ، وانظر : أحكام الوصية

للشيخ على الخفيف ٨٦ .

سئل عن امرأة هلك عنها زوجها وأوصى اليها على أن لا تتكح فتزوجت قال مالك أرى أن تفسخ وصيتها فأرى مسألتك مثل هذه تنزع منها الألف ان تزوجت^(١).

فقد راعى مالك فى هذا الحكم حقيقة ما جعله الموصى شرطاً ، وفسخ الوصية أو ابطالها متوقف على عدم الوفاء بالشرط ، وهذا الحكم يخالف ما ذهب اليه الحنفية فى هذه المسألة ويمكن توضيح هذه المخالفة بما هو مذكور عندهم فى كتبهم . فعلى المبسوط لو أوصى لفلان بالف جنيه على أن لا يتزوج ، فمات الموصى ، ولم يتزوج الموصى له حتى قبل الوصية ، تمت الوصية ، وكان له ما أوصى به له ، وإذا تزوج بعد ذلك لم تبطل الوصية ، ولا يسترد منه المال الموصى به ان كان قد أخذه ، ذلك لأنها مشروطة بامتناعه عن الزواج عند موته ، لا بامتناعه عن الزواج الى وفاته ، ان لا يعقل ان يوصى له بعد وفاته^(٢).

هذا حكم الوصية فيما اذا تترت بالشرط الصحيح ، اما اذا تترت بشرط غير صحيح ، فعندهم أن هذا الشرط اما أن يؤدي الى الاخلال بشرط من شروط صحة الوصية ، أو يؤدي الى منافاة مقتضى العقد ، فان أدى الى الاخلال بشرط من شروط صحة الوصية ، كان شرطاً باطلاً ، ويبطل معه عقد الوصية ، كما اذا أوصى شخص

(١) علق الشيخ على الخفيف على هذه المسألة فقال : " يظهر أن الزوجة

التي سئل مالك عن الوصية لها اما زوجة كتابيه ، أو أجاز الوثقة الوصية لها ، والا فلا وصية لو ارث . أحكام الوصية ٨٨ .

(٢) ينظر المبسوط : ٩٠ / ٢٨ ، وينظر المصدر السابق .

لما تحمله هذه المرأة ، بشرط ان لا يستهل عند وضعه ، لأنه شرط يحل ما حرم الله ، لأنه يؤدي الى جهالة توجب نزاعاً ، مثل من اشترط الخيار لمدة مجهولة ، فان صاحب الخيار حينئذ قد يرغب في اطالة أجله وينازعه في ذلك صاحبه ، وكاشترط دفع الثمن من ثمرات المبيع ، فقد لا يثمر المبيع ، الا بعد مدة لا يرضاها البائع ، وقد لا يثمر أبداً ، فيحصل النزاع ، فكان شرطاً باطلاً ، وكذلك يكون الشرط الباطل محرماً اذا أدى الى الوقوع في محرم كما اذا أوصى شخص بأن يشتري لفلان المسلم خمراً بمبلغ كذا ويعطى له ، فان الوصية في هذه الحالة باطلة ، لأن مثل هذا الشرط يؤدي الى الوقوع في الحرام فبطل وبطلت معه الوصية .

أما ان أدى هذا الشرط الى منافاة مقتضى العقد ، فهو شرط فاسد ، كأن يوصى شخص لفلان بداره بشرط أن لا يؤجرها ، أو بشرط ألا ينتفع بها الا على وضع معين ، فهذا الشرط فاسد ، ومفسد للعقد ، لأنه يتسبب في حرمان الموصى له مما يملكه بالعقد ، اذا مات الموصي مصراً على هذا الشرط ، اما اذا تركه وتنازل عنه قبل وفاته ، فان الوصية تصح ، والشرط لاغ ، ومثله ما لو اشترط البائع على المشتري ألا يتصرف في المبيع مدة معينة من الزمن أو لا يؤجره لفلان من الناصر . فهذا الشرط فاسد ، لتسببه في حرمان المشتري مما يملكه بالعقد ، نصار شرطاً فاسداً ، ومفسداً للعقد ايضاً^(١) ، الا أن يتنازل عما اشترطه ، فيصح البيع ، والشرط لاغ .

(١) أحكام الوصية للشيخ علي الخفيف ٨٨/٨٧ .

يقول : الشيخ على الخفيف : " ولم يتعرض المالكية لهذا التفصيل والبيان في الوصية يعنى - تقسيم الشرط المقترن بعقد الوصية الى صحيح وفاسد وباطل - اكتفاء بما ذكره في البيوع ثم تطبيقه على الوصية . وقال بعد ذلك : " هذا هو مقتضى التطبيق - بعد أن ساق أقسام الشرط المصاحب لعقد الوصية، ومثل لكل نوع وبين حكم الوصية معه - وان لم أرأنهم قد صرحوا به في الوصية^(١) اكتفاء بذكره في كتاب البيع .

ثالثا : مذهب الشافعية :

يرى الشافعية أن الشرط اذا اقترن بعقد من العقود ، فلا يخلو فاما أن يكون لاشتراطه في العقد غرض عادة وعرفا ، أو لا يكون لاشتراطه غرض .

فإذا لم يكن في اشتراطه غرض ، فهو لاغ ، لأن اشتراطه في هذه الحالة عبث فلا يلزم الوفاء به ، وحينئذ فلا تأثير له في العقد المشروط فيه ، وذلك محل اتفاق بين جمهورهم ، كأن يبيعه طعاما ويشترط عليه أن لا يأكل منه الا بمقدار كذا ، مثلا أما اذا كان في اشتراطه في العقد غرض ، فاما أن يكون من مصلحة العقد اشتراطه أو لا يكون ، فان كان من مصلحة العقد اشتراطه ، صح ولزم الوفاء به ، سواء كان فيه نفع لأحد العاقدين ، أو لهما جميعا ، ومن هذا النوع ما يشترط لبيان أحد البدلين ، وبيان صفاتهما ، كاشتراط كون العبد كاتباً أو الدابة حاملاً أو لبونا ، فيصح العقد مع الشرط ، لأنه شرط يتعلق بمصلحة العقد ، وهو العلم بصفات المبيع التي يختلف بها الأغراض ، وكاشتراط

(١) المصدر السابق .

التوثيق برهن أو كفيل عند تأجيل الثمن .

أما اذا لم يكن من مصلحة العقد اشتراطه ، فهو شرط فاسد ومفسد للعقد الذى اشترط فيه ، وذلك كاشتراط ما ينافى مقتضى العقد ، مثل أن يشترط الزوج على زوجته أن لا ينفق عليها ، أو يشترط على من اشترى منه حطباً على دابته ايصاله الى منزله ، ففي هذين المثالين العقد لاغ ، وكذلك الشرط فاسد ، لأنه ينافى ما يقتضيه العقد ، فصار فاسداً ومفسداً للعقد ^(١) .

وبناءً على ما تقدم ، فقد اعتمد الشافعية فى صحة عقد الوصية أوفساده على الشرط الذى يقترن به ، فان اقترن بشرط صحيح ، صح ، ولزم الوفاء بالشرط ، ولو أوصى شخص بعتق أمة على أن لا تزوج عتقت على الشرط ، فان تزوجت لم يبطل العتق ولا النكاح ، لأن عدم الشرط يمنع امضاء الوصية ، ونفوذ العتق يمنع الرجوع فيه ، لكن يرجع عليها بقيمتها ، لتكون ميراثاً لورثة سيدها ، اذا ظهر أن الوصية لم تصح لعدم الوفاء بالشرط ، ولو أوصى لأم ولده بألف على أن لا تزوج فتوفى ولم تتزوج أعطيت الألف ، فان تزوجت بعد ذلك استرجع الألف منها ، لهطلان الوصية ، لانتهاء وجود الشرط وهو عدم الزواج بعد وفاته ، كما أوصى لها بذلك بشرطه - وبهذا الحكم فى هذه المسألة فقد وافق الشافعية ما ذهب اليه المالكية ، وقد تقدم بيانه - .

(١) انظر : نهاية المحتاج ٣/٤٣٤ ، ٤٤٢ ، وانظر : حواشي تحفة المحتاج

٧/٧/٨ ، وانظر : احكام الوصية للشيخ على الخفيف ٨٩/٩٠ ، وينظر :

المغنى والشرح الكبير ٤/٤٨ .

(٢) انظر : المصادر السابقة .

وفى ذلك يقول صاحب تحفة المحتاج^(١) : " وبه يعلم أنه لو أوصى لفلان بعين إلا أن يموت قبل البلوغ فهي لورثته ، أو أوصى لـه بعين ان بلغ ، ومنفعتيها قبل بلوغه صح ، ولزم شرطه ، وكذلك ان أوصى له بكذا ان لم يفعل كذا ففعل وتصرف في الموصى به ثم فعل ما منع منه ظهر بطلان الوصية والتصرف ، فيرجع الوارث بعين الموصى به ، أو يبدله ولو بعد أعوام وتنقله من يد الموصى أخرى " .

وهذا كله يفيد صحة اقتران الوصية بالشرط ، وصحة تعليقها عليه ايضاً ، فان من أنواع الاقتران بالشرط ما هو في معنى تعليق الوصية على الشرط الذي اقترنت به ، وعندئذ يكون حكمها حكم الوصية المعلقة على شرط ، فيتحقق ثبوتها على تحقق ذلك الشرط^(٢) . هذا حكم الوصية ان اقترنت بشرط صحيح ، أما ان اقترنت بشرط ينافي مقتضاها كما اذا أوصى لشخص بدار وشرط عليه ان لا يتصرف فيها ، فان هذا الشرط فاسد لضافاته مقتضى العقد الذي اشترط فيه ، وبه تفسد الوصية فلا تصح معه^(٣) .

(١) حواشي تحفة المحتاج ٨/٧ .

(٢) مثل ما اذا أوصى لشخص بشيء من ماله على أن لا يتزوج ابداً ولا يتزوج مدة سنة فلا تكون الوصية الا اذا تحقق الشرط ، وذلك لتصریح الموصي بالتأييد ، أو التوقيت فان تزوج في الحال الأولى ، أو تزوج قبل مضي سنة في الحال الثانية ، بطلت الوصية لفوات شرطها ، وذلك لأنها وان كانت مقترنة بشرط الا أن الاقتران به في معنى تعليق الوصية على تحققه ففي هذه الحالة ، الوصية لا تصح ، ولا يترتب عليها اثرها الا اذا تحقق الشرط ، ينظر : المبسوط ٢٨ ، ٨٩ ، ٩٠ ، وأحكام الوصية للشيخ

على الخفيف ٨٤/٨٥ .

(٣) المصادر السابقة .

رابعاً : مذهب الحنابلة :

الأصل في العقود والشروط عند هم الجواز والصحة ، ولا يحرم منها ويبطل الا ما دل الشرع على تحريمه وابطاله ، نصاً أو قياساً .
" وأصول أحمد النصوصه عنه : أكثرها يجرى على هذا القول .
ومالك قريب منه . لكن أحمد أكثر تصحيحاً للشروط ، فليس نفسى الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط منه " كما قال بذلك ابن تيمية . (١)

وعامة ما يصححه أحمد من العقود والشروط فيها يشته بدليل خاص من أثر أو قياس ، ان قد بلغه في العقود والشروط من

(١) ابن تيمية هو أبو العباس ، أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بسن عبد الله بن أبي القاسم الخضر النميرى الحراني ثم دمشقى ، تلقى الدين ابن تيمية الامام الحافظ المجتهد شيخ الاسلام ، ولد نفسى حران سنة ٦٦١ هـ ، وتحول به أبوه الى دمشق ، فنبغ واشتهر ، وطلب الى مصر من أجل فتوى أفتى بها ، فقصدا ، فتعصب عليه جماعة من أهلها ، فسجن مدة ، ونقل الى الاسكندرية ، ثم أطلق ، فسافر الى دمشق سنة ٧١٢ هـ ، واعتقل بها سنة ٧٢٠ هـ ، وأطلق ، ثم أعيد ومات معتقلاً بقلعة دمشق سنة ٧٢٨ هـ ، فخرجت دمشق كلها نفسى جنازته ، وكان رحمه الله داعية اصلاح فى الدين ، آية فى الأصول والتفسير ، فصيح اللسان ، ناظر العلماء وبرع فى شتى العلوم ، وأفتى ودرس ، وهو دون العشرين ،

* له تصانيف كثيرة منها : الفتاوى ، وموافقة صحيح المنقول لصريح المعقول ، والايمان ، ومنهاج السنه ، انظر : الذيل على طبقات الحنابلة ٣٨٧/٢ - ٤٠٨ ، تذكرة الحفاظ ١٤٩٦/٢ ، ١٤٩٨ ، الاعلام

من الآثار عن النبي - عليه الصلاة والسلام - والصحابة ، ما لم يبلغ غيره من الأئمة فقال بذلك ، وما في معناه قياسا عليه وما اعتمده غيره من نص فقد يضعفه أو يضعف دلالة ، وكذلك قد يضعف ما اعتمده من قياس على أن طائفة من أصحاب أحمد قد تعتمد في هذا الأصل - الجواز والصحة - على عمومات الكتاب والسنة التي تدل على الوفاء بالعقود والشروط أساسا في تصحيح الشروط .

ولهذا روى عن أحمد تصحيح شرط الخيار في أكثر من ثلاثة أيام ، وتصحيح اشتراطه في النكاح أيضا ، وكذلك يجوز قياسا على قول أحمد استثناء بعض المنفعة في العين الموهوبة ، والصدقات وفدية الخلع ، وكذلك يجوز عنده أيضا في النكاح مراعاة عامة الشروط التي للمشترط فيها غرض صحيح ، ووجوب الوفاء بها ، مادامت لا تخالف الأصل المذكور كاشتراط المرأة الا يتزوج عليها والا ينتقل بها من بلدها ، فيجوز لها فسخ النكاح اذا تزوج عليها وأنتقل بها ، كما يجوز عنده أن يستثنى البائع بعض منفعة المبيع ، كخدمة العبد وسكنى الدار المباعة مدة كسنة مثلا .

لكنه يرى أن اشتراط شرط ينافي المقصود الأصلي من العقد مبطل له ، كاشتراط التوقيت في النكاح ، واشتراط أن يطلقها عند

(١) من الكتاب قوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " سورة المائدة: آية (١) . ومن السنة ما رواه البخاري وسلم عن عبد الله ابن عمرو بن العاص في آية المنافق عن النبي صلى الله عليه وسلم قال أربع من كن فيه كان منافقا خالصا . . وفيه واذا عاهد غدر ، ينظر الترغيب والترهيب ٤ / ١٥ ، وينظر: رياض الصالحين ٢٣٠ .

طلبها الطلاق ، وكاشتراط البائع على المشتري أن يكون انتفاعه بالمبيع على وجه خاص ، كأن يشترط عليه ألا يركب الدابة البيعة أو ألا يحمل عليها شيئا .^(١)

وعلى الجلة فقد ذكروا أن الفاسد من الشروط : ما كان مخالفا لمقتضى العقد ، وأدى اشتراطه الى رفع العقد بعد تمامه ، لاثباته ما انتفى بالعقد ، أو ما كان منهيًا عنه من الشارع ، فالأول فاسد لا يفسد به العقد ، ولكن يُلغو هو فقط ، والثاني فاسد مفسد للعقد .

وإذا صح العقد ولغا الشرط عند اشتراط النوع الأول ، كان للمشتري أن يفسخ العقد ، لفوات ما شرطه^(٢) .

وفى ذلك يقول ابن قدامة في المغني^(٣) : " أن الوصية تصح مطلقة ومقيدة ، وأن من قال : ان مت من مرضي هذا ، أو فى سفرى هذا - فثلث تركتى للمساكين ، ثم برئ من مرضه ، أو خرج من البلد التى هو فيها - بطلت وصيته ، ذلك لأنها وصية مقيدة بشرط لم يوجد فبطلت " .

مذهب ابن تيمية وابن القيم :^(٤)

وهما وإن كانا من الحنابلة إلا أنهما سلكا سلكا آخر ضيقا به

- (١) انظر : مجموع فتاوى ابن تيمية ١٣٢/٩ وما بعد ها .
- (٢) انظر : المحرر ٣١٤/١ ، وانظر : أحكام الوصية للشيخ على الخفيف ٩٢ .
- (٣) انظر : المغني والشرح الكبير ٤٤٤/٦ - بتصرف - .
- (٤) ابن القيم هو شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن جرير الزرعي ثم الدمشقي ابن القيم الجوزية ، الفقيه الأصولي المفسر النحوى ، ولد سنة ٦٩١ هـ ، ولازم تقي الدين ابن تيمية ، وأخذ

في الشروط التي تشترط في الأوقاف والوصايا سدا لباب الفساد ،
ومراعاة لمقاصد الشرع فقلا ان كل شرط لا يتفق مع مقاصد الشرع
العامه يكون باطلا ، وان لم يرد فيه نهى خاص ، وقد توسعا نسي
معنى هذه المقاصد الشرعية ، وفي ابطال الشروط اذا كانت مخالفة
لها ، وقررا أن مثل هذه الشروط الباطلة لا تؤثر في العقد ، ومن
أمثله ذلك عندهم اشتراط عدم الزواج للدخول في الاستحقاق
في الوقت ، أو في الدخول في الوصية ، فانهما يريان أن مشل
هذا الاشتراط فيه مخالفة لمقاصد الشرع التي منها الترغيب نسي
الزواج والحث عليه ، ومنع الفساد ، وأن الامتناع عن الزواج رغبة
في الأموال قد يؤدي الى أسوأ العواتب ، ولذا فقد أبطلا مشل
هذه الشروط في حين أن الحنفية لا يرون في مثل هذا الشرط ما
يوجب ابطاله ، لأنه لم يرد نهى عنه ، فيعتبرونه شرطا صحيحا
واجب المراعاة (١) .

وبالموازنة بين أراء العلماء في الشروط المقترنة بالعتود يتبين

== عنه ، وبرع في كافة علوم الاسلام ، وكان شديد المحية للعلم ، وكتابه
ومطالعمته وتصنيفه ، واقتناء الكتب ، وقد صنف تصانيف كثيرة في أنواع
العلم ، منها تهذيب سنن أبي داود وياضاح مشكلاته ، و زاد المعاد ،
وأعلام المومنين عن رب العالمين ، وبتائع الفوائد ، وقد توفي رحمه الله
سنة ٧٥١ هـ . انظر : الذيل على طبقات الحنابلة ١٤٧/٢ - ١٥٢ ،
جلاء العينين ص ٣٠ / ٣٢ ، النجوم الزاهرة ٢٤٩/١٠ ، الرسالة
المستظرفة ص ١٩٧ ، الاعلام ٢٨٠ / ٦ ، ٢٨١ .
(١) انظر : شرح قانون الوصية لمحمد أبوزهرة / ٤٣
وانظر : عقد الوصية للدكتور بدران ٣٥ .

لنا أنها تنحصر في جملتها في رأيين ، فبينما يرى الحنابلة أن الأصل في الشروط الجواز والصحة ، إلا ما ورد النهي عنه بخصوصه أو كان منافيا لمقتضى العقد ، يرى في مقابلهم الحنفية أن الأصل في الشروط المقرنة بالعقود الحظر لكنهم استثنوا أنواعا بالصحة وهي ما كان موافقا لمقتضى العقد أو مؤكدا له ، أو ما ورد به نص أو جرى به عرف ويقرب منهم في هذا الرأي الشافعية والمالكية .

الا أنهم على الرغم من وجود ذلك الخلاف - إزاء الشروط المقرنة بالعقود - نجدهم قد خصوا - باتفاق - مسألة الوقف والوصية بتوسعة قبول الشروط التي يشترطها الواقفون والموصون لاسيما فقهاء المذهب الحنفي - وذلك 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 ، والتقرب ببعض الصدقات ، وذلك كله يقتضى أن يطلق له الحق في الشروط ، ولم يخرج على ذلك الاتفاق الا ابن تيمية وابن القيم ، فقد سلكا مسلكا آخر في مسألة الوقف والوصية ، فقد ضيقا دائرة الشروط الصحيحة في عقد الوصية والوقف لتتسع دائرة الشروط الباطلة لمنع الناس ما استرسلوا فيه ممن تغننهم في الاكثار من الشروط المانعة والمحرمة ، فعرفا الشرط الباطل : بأنه ما لا يتفق مع مقاصد الشرع العامة ، ولو لم يرد فيه نهى خاص ، فكلمة مقاصد الشرع كلمة واسعة المدلول ألغت كثيرا من شروط الموصين ، والواقفين كشرط عدم الزواج ،

للدخول في استحقاق في الوقف أو في الوصية ، في حين
أن الحنفية لا يرون في مثل هذا الشرط ما يوجب إبطاله ،
لأنه لم يرد فيه نهى خاص ، فيعتبرونه شرطا صحيحا
واجب المراعاة^(١) ، وقد مر بنا بيان ذلك .

... ..

(١) انظر : شرح قانون الوصية لمحمد ابوزهرة ٤٢ ، وانظر : أحكام
الوصايا والأوقاف لمحمد شلبي ٦٠ .

المبحث السادس

إضافة الوصية =====

عرفنا فيما سبق أن الوصية تصرف مضاف الى ما بعد الموت ، ولا يمكن أن تتعقد بصيغة منجزه ^(١) ، لأن آثارها تتأخر الى ما بعد وفاة الموصي فلا تصح الا بصيغة مضافة الى المستقبل ، أو معلقة على شرط ، أو مقترنه به .

فالصيغة المضافة الى المستقبل غير المعلقة على شرط ، ما تعدل على انشاء العقد في الحال ، ولكن تؤخر أحكامه الى زمن مستقبل ، كقوله : " لشخص أجزت لك منزلي هذا من أول الشهر القادم ، فيتعقد قوله هذا الآن ، ولكن لا يترتب عليه استحقاق سكني الدار الا في أول الشهر أي الوقت المضاف اليه العقد ، وهكذا حال الوصية المضافة الى المستقبل غير المعلقة على شرط ، فان اضافتها الى ما بعد وفاة الموصي لا يترتب عليه ارجاء سببيتها ، ولكن يقتضى ارجاء آثارها الى ما بعد موت الموصي ، كقوله : " أوصيت لفلان بسكني دارى بعد وفاتي بسنه ، فان الموصى له اذا قبل الوصية استحق سكني الدار بعد وفاة الموصي بسنة ^(٢) ، وهذا ما أخذ به قانون الوصية المصري ، فقد أفادت المادة ،

(١) الصيغة المنجزة " ما تدل على انشاء العقد وترتيب آثاره في الحال كالبيع والشراء ، فلو قال شخص لآخر : بعث منزلي هذا بكذا ، فقال قبلت ، فان آثار هذا العقد تترتب عليه في الحال . متى كان ستوفيا لشروط صحته . شرح قانون الوصية ٣٧ .

(٢) انظر : المصدر السابق ، وعقد الوصية للدكتور بد ران ٣٣ ، وأحكام الوصية للشيخ على الخفيف ١٠٢ .

(١) الخامسة والعشرون منه بأنه : " اذا كان الموصى له موجودا عند موت الموصي استحق الموصى به من حين الموت مالم يفد نص الوصية ثبوت الاستحقاق في وقت معين بعد الموت " .

اذن فتعليق الصيغة بالشرط مرجئ لسببيتها ، أما اضافتها مجردة عن الشرط فهو مرجئ لاثارها فقط .

وأما الصيغة المقترنة بالشرط ، فقد تكلمنا عليها وعرفنا الفرق بين الصيغة المقترنة بالشرط أو المعلقة عليه ، في المبحث الخاص من هذا الفصل .

هذا ولا يفوتنا أن نقول ان الحكم بجواز اضافة الوصية الى زمن يأتي بعد وفاة الموصي ، هو ما ذهب اليه الحنفية^(٢) ، والمالكية^(٣) ، والشافعية^(٤) ، والحنابلة^(٥) ، فاذا أوصى شخص لآخر بداره بعد وفاته بثلاث سنوات ، صحت الوصية ، وكانت منافع الدار في الفترة التي بين وفاة الموصي ، ووقت نفاذ الوصية لورثة الموصي ، وكان ملك رقبة الدار على حكم ملك الموصي الى أن يجيء وقت التنفيذ ، وفي المبسوط :

" واذا أوصى يعتق ما في بطن جاريته بعد موته بشهر فهو جائز

(١) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابو زهرة ٢٧٧ .

(٢) انظر : المبسوط ٤٥/٢٨ ، ٤٦ ، وانظر : حاشية بن عابد بن ٦/٦٦٦ .

(٣) انظر : مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ٦/٣٨٤ ، وانظر : حاشية

الدسوقي ٤/٤٤٣ .

(٤) انظر : المجموع شرح المذهب ٦٥/١٥ ، وانظر : الأم للشافعي ٤/٢٥

وانظر : الأنوار ٢/١٥ .

(٥) انظر : حاشية المقنع ٢/٣٦٥ ، وانظر : الكافي ٢/٤٨٣ ، وانظر :

كشاف القناع ج ٦ ص ٣٥١ ، فقد جاء فيه : " ان الموصي ان علق وصيته = =

لأن ما في البطن كالمنفصل في حكم مقصود المعتقد فيه ، فان أعتق الأم بعض الورثة فهي حره عنه ، وما في بطنها حر عن الميت ، لأن الجنين تابع للأم في العتق الذي أوجبه المعتقد فيها ، ولو اعتسق الجنين أحدهم عتق عن الميت ، وكذلك اذا اعتق الأم أحدهم وقد صارت الأم مشتركة بينهم بالميراث ، لأنها فارغة عن الوصية ، فانها أعتقتها أحدهم يخير شركاؤه كما هو قول أبي حنيفة في عتق أحد الشركاء المملوك المشترك^(١) ، وفي المدونة^(٢) للإمام مالك جاء ما يفيد صحة الوصية بعتق الرقيق بعد موته بخمس سنوات ، وصحة الوصية بعتق عبده بعد سنة يخدم فيها شخصا معنا " واستدلوا لجواز ذلك بأن ما بعد الموت في الوصية كحال الحياة ، فجاز اضافتها الى ما بعد وفاة الموصى بزمن الى وجود ذلك الشرط المعلق عليه نفاذ الوصية^(٣) .

= = على صفة مرتقب وقوعها جاز ذلك ، وان كان التعليق على صفة غير مرتقب وقوعها ففيه نظر : ورجح عدم جوازه لما فيه من الاضرار بالورثة يطول الانتظار لا الى أمد يعلم ، وقد رأى رأي في ذلك ابن عابد بن في حاشيته ، وصاحب الجامع الفصولين ٦ / ٢ ، والحقيقة ان تعليق الوصية بعد الوفاة على شرط محقق وقوعه ، هو في حكم الاضافة الى وقت وجود ذلك الشرط .

(١) انظر : المسبوط ٤٦ / ٢٨ ، وانظر : عقد الوصية للبرد يسي ٣٠

(٢) انظر : المدونة ٢٦ / ١٥ .

(٣) انظر : الكافي ٤٨٢ / ٢ - بتصرف .

مسلك قانون الوصية المصرى فى صيغة الوصية :

قضى قانون الوصية المصرى فى مادته^(١) الرابعة بصحة الوصية المضافة
ولأن الوصية لا تكون منجزه ، وإنما هى بمعناها الشرعى مضافة لما بعد
الوفاة ، فإن المراد من عبارة المادة - المذكورة صحة اضافتها الى زمن
آخر قبل الموت ، أو الى وقت بعده ، لأن الوصية فى ذاتها لا بد
أن تكون مضافة الى الموت ، فإذا قيل : يصح اضافة الوصية - وهى
لا تكون الا مضافة - كان المعنى صحتها مع اضافتها الى زمن آخر
يأتى قبل الموت أو بعده .

كذلك قضت المادة المذكورة بصحة الوصية المعلقة بالشرط ، أو
المقتترنة به مع وجوب مراعاة الشرط ان كان صحيحا ، وأحكامها نفسى
كل ذلك مستمدة من المذهب الحنفى على أن المذكرة التفسيرية حينما
عرضت لبيان الشرط الصحيح ، وما لا يؤثر من الشروط الباطله فى صحة
الوصية لم تقتصر فى ذلك على رأى الحنفية ، بل ضمت اليه رأى الاماميين
ابن تيمية وابن القيم ، وكأنها جعلت من الرايين رأيا ثالثا يعتمـر
مقبولا فى ذاته ، ويعد توفيقا وجمعا حسنا بين الرايين .

(١) ونصها : " مع مراعاة أحكام المادة الثالثة تصح الوصية المضافة
أو المعلقة بالشرط أو المقتترنة به ، وان كان الشرط صحيحا وجبت
مراعاته مادامت المصلحة فيه قائمة ، ولا يراعى الشرط ان كان غير صحيح
أوزالت المصلحة المقصودة منه ، ينظر : شرح قانون الوصية للشيخ
محمد أبوزهرة ٢٧٣ / ٢٧٤ .

(٢) انظر : المصدر السابق ، وانظر : أحكام الوصية للشيخ على الخفيف

فعرفت الشرط الصحيح : وهو ما تجب مراعاته فى الوصية - بأنه ما كان فيه مصلحة للموصى أو للموصى له أو لغيرهما ، ولم يكن منهيبا عنه ، ولا منافيا لمقاصد الشريعة .

* فمثال الشرط الذى فيه مصلحة للموصى أن يشترط فى تنفيذ وصاياها الهدى بأداء ما فاته من واجبات كالزكاة أو الحج ، أو القيام ببعض النذور التى نذرهما لله ، وعجز عن تنفيذها .

* ومثال الشرط الذى فيه مصلحة للموصى له اشتراط أن يبدأ من الوصية بأداء ديونه .

* ومثال الشرط الذى فيه مصلحة لغيرهما أن يوصى بمنفعة دار من اعيان ماله لجهة من جهات البر ، على أن يكون لمن لا يجد له مأوى من ذريته حق سكنها ، ان كان فيها متسع له .

* ومثال الشروط المنهى عنها أن يشترط الموصى فى تنفيذ وصاياها تخصيص قدر معين من المال ليكون أجرة للنائح .

* ومثال الشروط المنافية لمقاصد الشرع ما اذا أوصى لأمرأة بشرط ألا تتزوج ، وبناءً على ما تقدم يلاحظ أن القانون لا يعتبر الشرط صحيحا (١) الا اذا اجتمعت فيه ثلاثة أمور : -

الأول : أن يكون فيه مصلحة بينه لأحد طرفى العقد أو لغيرهما ، فإذا خلا عن المصلحة فان اشتراطه حينئذ يكون عبثا لا فائدة فيه ، فيكون باطلا ، والشرط الذى يتحقق به مصلحة فى وقت من الأوقات ، ويخلو

(١) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابوزهرة ٣٨/٣٩ ، وانظر : عقد

الوصية للدكتور بدران ٣٦ .

عنها في وقت آخر يكون صحيحا واجب الوفاء به في وقت ثبوت المصلحة^(١)، كما اذا أوصى لجماعة من الفقراء بمقدار من المال على أن يكون انفاقه في كسوتهم، وكانت مصلحتهم في ذلك نفسذت الوصية على هذا الوجه .

أما اذا تبدلت الأحوال، وصارت المصلحة تقضى بصرف نقود لهم أو طعام، فان الوصية تنفذ على هذا الوجه، الذي يكون فيه مصلحتهم، فالمصلحة هي الأمر المقصود يدور معها الحكم وجودا وعندما يلزوم استيفاؤه الشرط .

الأمر الثاني : ألا يكون الشرط منهيًا عنه .

الأمر الثالث : ألا يكون منافيا لمقاصد الشرع .

ويعلم ما تقدم بأن الشرط الذي اقترنت به الوصية، ولم تتوفر فيه هذه الأمور، أو أختل واحد منها، كان شرطا باطلا في نظر القانون، كما قرره في مادته الرابعة^(٢) والتي جاء فيها : " وان كان الشرط صحيحا وجبت مراعاته مادامت المصلحة فيه قائمة ولم يكن منهيًا عنه ولا منافيا لمقاصد الشريعة " على أن المذكرة التفسيرية للقانون قد فسرت الشرط الباطل بما يجمع بين معناه عند الحنفية، ومعناه عند ابن تيمية وابن القيم فقالت^(٣) : " انه عند الحنفية ما كان مخالفا لمقتضى العقد كما اذا أوصى لشخص بأرض على أن يجعلها بستانا

(١) أحكام الوصايا والأوقاف للشيخ محمد شلبي ٦١

(٢) شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابو زهرة ٢٧٣ .

(٣) عقد الوصية للدكتور بدران ٣٧ .

أو أوصى له بثالث ماله على أنه إذا مات الموصى له وتبقى من الوصية شيء كان لفلان لا لورثة الموصى له - ثم قالت : " ان الشرط الباطل عند ابن تيمية وابن القيم ما كان مخالفا لمقتضى العقد أو مقاصد الشرع ، كما اذا أوصى لامرأة بشرط الا تتزوج أو أوصى لرجل بشرط أن يقتل خصمه ، أو يهجر أباه ، أو يأتي أمرا ينافي الآداب العامة أو غير ذلك ما هو ممنوع شرعا " .

هذا وان القانون يرى أن الوصية اذا اقرنت بالشرط الباطل ، فان ذلك قد لا يؤثر في نفس الوصية ، ومن ثم فان الشرط يلغى وحده ، وتبقى هي صحيحة ، وقد يؤثر فيها بالبطلان .

وبيان ذلك : أن الشرط الباطل اذا جعل الوصية متحضة للمعصية لو نفذت ، أو يدل على أن الباعث عليها مناف لمقاصد الشرع ، وليس في عبارة الموصي ما يدل على توجيهها الى أمر مشروع متفق مع مقاصد الشرع ان لم ينفذ الشرط ، ففي هذه الحالة يؤثر الشرط الباطل في الوصية فيبطلها ، كما اذا أوصى باتخاذ طعام بعد موته بشرط أن تجتمع له النائحات ، أو أوصى لناد أقيم للميسر بشرط استمرار المقامرة فيه أو أوصى لبغى بشرط استمرار حالها ، فهذه الوصية باطلة ، لأنها وصية بمعصية ، ولا يمكن صرفها في ناحية سالحة ، ولأن الباعث عليها مناف لمقاصد الشرع ، بدليل هذا الشرط الذي كشف عن غرض الموصي من الوصية ، وهو اعانته لاستمرار الفجور وأهله عليه ، ولا يمكن صرف الوصية لشيء آخر . وأما اذا لم يجعلها كذلك ، فانه يبطل وحده ، وتبقى هي صحيحة ، كما اذا أوصى لزوجته بشرط أن تبقى من غير زواج بعده فان اشتراط عدم التزويج لا يحض الوصية للمعصية وعلى ذلك يمكننا

أن نقول انه يشترط في الصيغة لصحة الوصية ألا تكون مقترنة بشرط باطل يجعلها متحضة للمعصية بعد أن تكون واضحة الدلالة على ما أريد بها^(١).

هذا : وبالرغم من أن القانون ، قد رأى أن الشرط لا يـكـون صحيحا الا اذا توافرت فيه تلك الأمور الثلاثة ، فاننا مع ذلك نجد أنه قد قصر فيما يشترطه الفقهاء لصحة صيغة الوصية في الأمور التالية:

١ - أنه قيد صحة الشرط بما اذا كان مشتملا على مصلحة لأهل الاستحقاق ، سواء أكان هو الموصي ، أو الموصى له ، أو غيرهما وبألا يكون بما نهى عنه الشارع ، أو بما خالف أغراضه ومقاصده ولم يشترط فيه ألا يكون مخالفا لمقتضى عقد الوصية ، وعلى ذلك يكون الشرط المخالف لمقتضاها وفيه مصلحة لمن هو أهل للاستحقاق شرطا صحيحا ، كما اذا أوصى لفلان بداره ، واشترط عليه أن يبيعها لشخص معين بعد سنة بنصف ثمنها ، واشترط أن تكون لفلان بعد وفاة الموصى له أو واشترط أن ترد السى ورثته اذا احتاجوا ، ولو كان الموصى له حيا ، أو أوصى لفلان بأرض على أن يشتري له من ثمنها كل سنة كذا من الأرض ، وعلى ذلك تكون مراعاة هذه الشروط واجبة ، والوفاء بها لازما ، لأنها شروط صحيحة ، ان قد توافرت فيها تلك الأمور الثلاثة ، وان كانت مخالفة لمقتضى الوصية ، ان مقتضاها أن يملك الموصى له ما أوصى به الموصي ، واذا ملكه ، كان له التصرف فيه بما يتفق مع

(١) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد أبوزهرة ٣٨ / ٣٩ ، وانظر :

عقد الوصية للدكتور بدران ٣٦ / ٣٧ ، وانظر : أحكام الوصايا والأوقاف

للشيخ محمد شلبي ٦١ / ٦٢ .

رغبته وارادته ، لا على ما يريد الموصي ويرغبه . ان لا رغبة
لإنسان فيما يملكه إنسان آخر ، ولا مشيئة له فيه بعد وفاته
ومثل هذه الشروط في جميع المذاهب شروطا غير صحيحة على
الرأى الصحيح فيها ، فلا يطلب الوفاء بها عند الحنفية ، بل
تصح الوصية معها ، وتلغوهى ، وكذلك عند الحنابلة ، واليه
ذهب ابن ابي ليلى .

أما عند المالكية والشافعية ، فان هذه الشروط تعد فاسده
مفسدة للوصية اذا توفي الموصى مصرا عليها .

ومن هذا يتبين لنا أن القانون قد خالف مذاهب الأئمة الأربعة
في تعيين الشرط الصحيح .

٢ - أنه قيد الوفاء بالشرط الصحيح ببقاء المصلحة المقصودة منه ،
فأوجب الوفاء به مادامت المصلحة التى قصدت من اشتراطه
موجودة قائمة ، أما اذا انتهت هذه المصلحة ولم يبق له
تجز مراعاته ، وكان حكمه حكما غير صحيح .

وهذا القيد وان لم يكن واردا في كتب الفقه ، الا أنه نفس
الواقع تقييد يتفق مع الفرض من اشتراطه ، لأن اشتراطه هذا
الشرط لم يقصد به سوى توفير مصلحة معينة ولم يكن اشتراطه
لهوا ولعبا ، والا كان عند ذلك شرطا فاسدا لا غرض فيه ، كما
نص على ذلك فقهاء الشافعية حين عرفوا الشرط الصحيح ، بما
كان في اشتراطه غرض صحيح - كما مر بنا - .

٣ - وما يلاحظ ايضا أن القانون جعل صحة الوصية المقترنة
بالشرط غير الصحيح مشروطة بالأ يكون الشرط الا على أن الباعث

عليها منافع لمقاصد الشرع، والا كانت الوصية في هذه الحال باطلة، لا لفساد الشرط، ولكن لفساد الباعث عليها، فان لم يدل على ذلك ولكنه كان مع هذا شرطا نهى عنه الشارع، فان الوصية في هذه الحال تصح، ويلغو الشرط، اذا كان مصرف الوصية بحسب العبارة المنشئة لها خيرا في ذاته، ولكن اشترط فيها ما نهى عنه الشارع فتصرف الوصية في مصرفها مع الفاء ذلك الشرط فيه .

٤ - يلاحظ أن المادة المشار اليها سابقا في تعريفها للشرط الصحيح قد جمعت بين خاص، وما هو أعم منه، وكان بالإمكان الاستغناء بالعام عن الخاص، فيكتفى في تعريفه : بالايكون منافيا لمقاصد الشريعة، (عن أن يذكر فيه ايضا - ألا يكون منهيًا عنه، وذلك لأن كل منهي عنه مخالف لمقاصد الشريعة . وكان الأولى بالقانون، بل يجب عليه، أن يضيف الى تعريف الشرط الصحيح قيدها آخر - هو ألا يكون منافيا لمقاصد الشارع من عقد الوصية، أو لمقتضاها، حتى لا يكون من وراء ترك هذا القيد ما أشرنا اليه سابقا من ثبوت ملكية للموصى له لا تستتبع آثارها وعندئذ يتردد في معناها وفي متعلقها ومداهها ^(١) .

هذا وبعد أن عرفنا ما خالف فيه قانون الوصية ما قال به الفقهاء فيما يشترط لصحة صيغة الوصية، فيما توجه عليه من ما أخذت كانت موضع دراسة واهتمام من ذكرها هنا .

(١) انظر : أحكام الوصية للشيخ علي الخفيف ٩٥ وما بعد ها .

نقول انه قد اتفق القانون معهم فيما ذهبوا اليه من تقسيم
الشروط المقترنة بالعقود الى قسمين ، صحيحه ، وباطله .
فأوجب الوفاء بالشرط الصحيح منها ، مادام العمل به محققاً
للغرض الذى من أجله أشرط .

وألغى الشرط غير الصحيح ، والشرط الذى أصبح لا يحقق المصلحة
المقصودة منه ، ولكنه ضيق دائرة الشرط الصحيح بما وضعه فيه من قيود
فى حين وسع دائرة الشرط الباطل ، على نحو ما بيناه فى موضعه .
كما أن القانون اتفق مع الفقهاء فيما ذهبوا اليه من التول بجسواز
صحة اضافة الوصية الى المستقبل أو المعلقة بالشرط أو المقترنه به
كما نصت على ذلك المادة الرابعة منه .

... ..

(١) انظر : أحكام الوصايا والأوقاف للشيخ محمد شلبى ٦٠ .

الفصل الثاني

في أركان الوصية

وفيه بحثان :

المبحث الأول : معنى الركن ، والفرق بينه وبين الشرط

المبحث الثاني : الخلاف في أركان الوصية ، وبيان الراجح

الفصل الثاني

في أركان الوصية

المبحث الأول : وفيه بحثان :

معنى الركن

معنى الركن في اللغة :

الركن ، يقوم على ثلاثة حروف أصول ، هي الراء ، والكاف والنون ، وهي أصل واحد يدل على قوة كما قال بذلك ابن فارس ، ولهذا فانه يقول بعد ذلك : " فركن الشيء ، بجانبه الأقوى . وهو يأوى السى ركن شديد ، أى عزة ومنعه " ويقول الزمخشري ^(٣) : " جبل ركين : عزيز

(١) انظر : معجم مقاييس اللغة مادة " ركن " .

(٢) المصدر السابق .

(٣) أساس البلاغة ، مادة " ركن " .

(٤) الزمخشري هو أبو القاسم ، جار الله ، محمود بن عمر بن محمد بن عمر الزمخشري ، نسبة الى زمخشر (قرية من قرى خوارزم) ولد سنة ٦٧ هـ وكان امام عصره ، نحويا ، فقيها ، مناظرا ، بيانيا ، متكلميا ، أدبيا ، شاعرا ، مفسرا ، من أكابر الحنفية ، حنفي المذهب ، معتزلي المعتقد ، له في العلوم آثار ليست لغيره من أهل عصره ، جاور مكة زمانا ، فسمى جار الله ، وتوفى بجرجانية خوارزم سنة ٥٣٨ هـ ، له تصانيف كثيرة منها الكشف في التفسير ، وأساس البلاغة في اللغة ، والمفصل في النحو انظر : وفيات الأعيان ٤/٢٥٤ - ٢٦٠ ، تاج التراجم ص ٧١ - ٧٢ ، والفوائد البهية ص ٢٠٩ - ٢١٠ ، الرسالة المستطرفه ص ١٥٧ .

ذو أركان " ويقول^(١) الفيروز ابادى : " الركن بالضم الجانب الأقوى
.. والأمر العظيم ، وما يقوى به من ملك ، وجند وغيره^(٢) ويقول
ابن منظور^(٣) : " ركن الشئ جانبه الأقوى ، والركن الناحية القوية ،
وما تقوى به من ملك وجند وغيره ، وبذلك فسر قوله تعالى : " فتولى
بركته^(٤) " ودليل ذلك قوله تعالى : " فأخذناه وجنوده^(٥) " أى أخذناه
وركنه الذى تولى به .. وركن الانسان ، قوته ، وحدته ، وكذلك ركن
الجبل ، والقصر ، وهو جانبه ، وركن الرجل ، قومه ، وعدده ومادته
والركن الأمر العظيم ، وأركان كل شئ جوانبه التى يستند
اليها " .

(١) انظر : القاموس المحيط مادة " ركن " ٢٢٩/٤ .

(٢) انظر : لسان العرب مادة " ركن " .

(٣) ابن منظور هو أبو الفضل جمال الدين ، محمد بن مكرم بن على بن
منظور ، الأنصارى الرويفعى الأفرىقى ، من نسل رويغ بن ثابت الأنصارى
ولد بمصر ، وقتل بطرابلس الغرب سنة ٦٣٠ هـ ، وخدم فى ديوان
الانشاء بالقاهرة ، ثم ولي القضاء فى طرابلس ، وعاد الى مصر
فتوفى فيها سنة ٧١١ هـ ، له تصانيف كثيرة : أشهرها كتابه لسان
العرب جمع فيه أمهات كتب اللغة ، ومن كتبه ، مختار الأغانى
ومختصر تاريخ دمشق لابن عساكر .

انظر : فوات الوفيات ٢/٥٢٤ ، ٥٢٥ ، بلفية الوعاة ص ١٠٦ - ١٠٧ .

الأعلام ٣٢٩/٧ .

(٤) سورة الذاريات : الآية ٣٩ .

(٥) سورة الذاريات : الآية ٤٠ .

ويتبعنا لما ورد في معنى الركن لغة نجد أنه يشمل على ثلاث
خصائص يتكون من مجموعها حقيقة الركن في اللغة^(١) ، وهي أن ركن
الشيء داخل فيه ، وهو جانبه الأقوى وهو الذي يقوم به ذلك الشيء ،
ولهذا نرى الفسارى يقول : " أركان الشيء أجزاءه الداخلة فـي
حقيقته المحققة لهويته " ، ويقول التفازاني^(٢) : " ركن الشيء ما هو
داخل فيه ، ويقول البخاري^(٣) : " ركن الشيء جانبه الأقوى " .

-
- (١) فصول البدايع ٢/٢٩٥ ، وانظر : السبب عند الأصوليين ٢/٢٦٦ .
(٢) هو شمس الدين محمد بن حمزة بن محمد الفسارى أو الفترى ، نسبة الى
صنعة الفسار ، أو الى قرية اسمها فسار ، فقيه ، حنفي ، أصولي ، منطقي
جدلي ، ولد سنة ٧٥١ هـ ، رحل الى مصر ، وأخذ على علمائها ، ثم
رجع الى بلاده ، فولي القضاء . وتوفي سنة ٨٣٤ هـ . له مصنعات منها
" فصول البدايع في أصول الشرائع ، انظر : الفوائد البهية ص ١٦٦ -
١٦٧ ، الفتح المبين ٣/٣٠ ، الأعلام ٦/٣٤٢ .
(٣) انظر : التلويح ٢/١٣١ .
(٤) هو سعود بن عمر بن عبد الله التفازاني ، الملقب بسعد الديين
العلامة الأصولي المفسر ، ولد بتفازان من بلاد خراسان سنة ٧١٢ هـ
وأخذ علمه عن القطب والعضد ، ورحل الى سرخس وأقام بها حتى
أبعده تيمور لنگ الى سمرقند ، فأقبل عليه العلماء وطلاب العلم
يأخذون عنه ويستفيدون منه . له مصنعات كثيرة منها ، التلويح في كشف
حقائق التنقيح ، وحاشيته على شرح العضد على مختصر ابن الحاجب
توفي بسمرقند سنة ٧٩١ هـ . انظر بقية الوعاة ص ٣٩١ ، الفوائد البهية
ص ١٣٤-١٣٧ ، التاج المكلل ص ٤٧١ - ٤٧٢ ، الأعلام ٨/١١٣ - ١١٤ ،
الفتح المبين ٢/٢٠٦ .
(٥) انظر كشف الاسرار ٣/١٠٦٤ .
(٦) البخاري هو أبو عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن المفـيرة
البخاري ، الحافظ لحديث رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ولد في

معنى الركن فى الاصطلاح :

- أما معناه فى الاصطلاح ، فان العلماء قد اختلفت عباراتهم فيه :
- * وبعضهم يقول :^(١) " فى عرف الفقهاء ركن الشئ ما لا وجود لذلك الشئ الا به " .
 - * وبعضهم يقول :^(٢) " أما الركن ، فهو ما يتقوم به الشئ وهو جزؤه " .
 - * وبعضهم يقول :^(٣) " الركن هو ما توقف الشئ على وجوده ، وكان جزءا من حقيقته " .
 - * وبعضهم يقول :^(٤) " الركن هو ما يتقوم به الشئ ، أى يدخل فى قوامه فيكون جزءا منه " .

-
- == بخارى سنة ١٩٤ هـ ، وقد قام فى سبيل طلب الحديث برحلة طويلة ، الى بلادان شتى ، فقد زار خراسان ، والعراق ، ومصر ، والشام ، وسمع من نحو ألف شيخ ، وجمع نحو ٦٠٠ الف حديث ، اختار منها فى صحيحه ما وثق بروايته ، وقد أقام فى بخارى فتعصب عليه جماعة ورموه بالتهتم فأخرج الى فزنتك من قرى سمرقند ، وقد توفى بها سنة ٢٥٦ هـ . له تصانيف كثيرة منها : الجامع الصحيح المعروف بصحيح البخارى ، والتاريخ ، انظر : تهذيب الاسماء والصفات ١/٦٧ ، وما بعد ها .
- تهذيب التهذيب ٩/٤٧ - ٥٥ ، تذكرة الحفاظ ٢/٥٥٥ - ٥٥٧ .
 - الاعلام ٦/٢٥٨ / ٢٥٩ .
 - (١) انظر : كشف الأسرار ٣/١٠٦٤ .
 - (٢) انظر : فصول البدائع ١/٢٣٩ .
 - (٣) انظر : اصول الفقه الاسلامى ص ٢٥١ ، وانظر : الوسيط ص ١٠٢ .
 - وانظر : مصادر التشريع ص ٥٥٤ .
 - (٤) انظر : أصول الفقه الاسلامى ص ٣٤٤

* وبعضهم يقول ^(١) : " الركن هو ما يلزم من عدمه العدم ، ومن وجوده الوجود ، مع كونه داخلا في الماهية " .

فهذه التعريفات ، وان اختلفت في عباراتها كما ذكرنا ، الا أنها متفقة في معناها .

ومن أمثلة ذلك ، قراءة القرآن في الصلاة ، وكذلك القيام والركوع والسجود فيها ، فان كل واحد من هذه ركن للصلاة ، لتوقف وجودها في نظر الشارع على تحققه ، وهو جزء من حقيقة الصلاة .

ومن أمثلة ذلك ايضا ، الايجاب ، والقبول في عقد الزواج ، فانهما ركن له ، لتوقف وجوده في نظر الشارع على وجودهما ، وكلاهما جزء من حقيقته .

وكذلك الايجاب والقبول في البيع والاجارة ، فان الايجاب والقبول ركن في البيع والاجارة ، لتوقف وجودهما في نظر الشارع على وجودهما وكلاهما جزء من حقيقتيهما ، وهكذا كل ما كان ركنا لشيء ، فان ذلك الشيء ، لا يكون له وجود في نظر الشارع الا اذا تحقق ذلك الركن ^(٢) . ولعل من المناسب أن نذكر أن البخارى قال : في الركن : " والركن ^(٣)

(١) انظر : اصول الفقه ١١٩/١ .

(٢) ينظر في الامثلة : البخارى : كشف الاسرار ٣/١٠٦٤/٤/١٢٩٤ ، شاکر الحنبلى ، أصول الفقه ص ٣٤٤ ، زكي الدين شعبان : أصول الفقه الاسلامى ص ٢٥١ - ٢٥٢ ، الوسيط ص ١٠٢ ، وينظر : مصادر التشريع ص ٥٥٤ ، وينظر في توضيح الامثلة ، أصول الفقه الاسلامي ، وينظر :

السبب عند الأصوليين ٢٦/٢ ، ٢٧ .

(٣) انظر : كشف الاسرار : ١٢٩٤/٤

ما هو غير التصرف ، ولا يتم به ، كالقيام ، والركوع والسجود في الصلاة
ولفظ العائدين في العقود ، والركن لا يتأتى الا في التصرفات ، فأما
في غير التصرفات فلا " .

معنى الشرط في اللغة :

الشرط في اللغة ، يقوم على ثلاثة حروف أصول هي الشين ، والراء
والطاء ، وتلك الحروف تدل كما يقول ابن فارس على : " علم وعلامة
وما قارب ذلك من علم " وذلك معنى ^(١) عام ، حيث يشمل العلامة
سواء كانت لازمة أم غير لازمة .

ولذلك نجد العلماء قد اختلفوا في معناه لغة ، فمنهم من يقول :
" انه العلامة " ، ومنهم ^(٢) من يقول : " انه العلامة اللازمة ، ومن ذلك
أشراط الساعة في قوله تعالى : " فقد جاء أشراطها " أي علاماتها
اللازمة ، لكون الساعة آتية لامحاله ، ومنه الشروط للصكوك ، لأنها
تكون علامة لازمة للحقوق ، ومنه شرط الحجام ، لأنه اذا بزغ يحصل
علامة لازمه في موضع الحجامه ، ومنه الشرطي ، فانه قد نصب نفسه

-
- (١) انظر : معجم مقاييس اللغة ، مادة شرط ٢٦٠ / ٣ .
 - (٢) انظر : السبب عند الأصوليين ٣١ / ٢ .
 - (٣) انظر : شرح المنار لابن ملك ٩٢١ / ٢ ، وانظر : المدخل الى مذهب
احمد لابن بدران ، ٦٨ ، واصول الفقه لعباس حماد ٣٢٤ .
 - (٤) انظر : اصول الفقه للجزدي ١٢٩٢ / ٤ - ١٢٩٣ .
وكشف الاسرار للبخارى ١٢٩٣ / ٤ ، وكشف الاسرار للنسفي ٢٤٠ / ٢ ،
وفصول البدائع للفناري ٢٥١ / ١ .
 - (٥) سورة محمد : آية ١٨ .

على زى وهيشه لا تفارقه ، فى أغلب أحواله ، فكأنه لازم له^(١) .

معنى الشرط فى الاصطلاح :

لقد عرف الشرط فى الاصطلاح بعدة تعاريف لاحصر لها ، حتى كان من بينها تعاريف للباحثين المتأخرين ، وان كانت لاتخرج نفسى معناها عن تعاريف من سبقهم اللهم الا فى اختلاف التعبير فقط ، وهذا فى حد ذاته لا يقال عنه ان الباحثين أتوا بما لم يأت به من سبقهم طالما أن المعنى واحد ولكن نستوضح الأمر نسوق ما عرف به الشرط عند العلماء القدماء ، ثم نسوق تعاريف من جاء بعدهم من الباحثين المتأخرين فنقول : -

- ١ - عرف الفزالي^(٢) الشرط بقوله^(٣) : " ان الشرط عبارة عما لا يوجد المشروط مع عدمه ، لكن لا يلزم أن يوجد عند وجوده " .
وقد ورد على هذا التعريف أسران :

-
- (١) انظر : القاموس المحيط للفيروز ابادى مادة (الشرط) .
(٢) هو أبو حامد ، حجة الاسلام ، زين الدين ، محمد بن محمد بن محمد بن الفزالي الطوسي ، ولد سنة ٤٥٠ هـ فى الطابران ، (قصة طوس بخراسان) فقيه ، شافعي ، له تصانيف عديدة منها : احياء علوم الدين ، والمستصفي من علم الاصول ، والمنخول من علم الاصول وغيرها .
توفى فى طابران سنة ٥٠٥ هـ ، انظر : وفيات الاعيان ٣/٣٥٣-٣٥٥ طبقات الشافعية ٦/١٩١ ، وما بعد ها ، جلاء العينين ص ١١٨ وما بعدها . الاعلام ٧/٢٤٧ - ٢٤٨ .
(٣) انظر : المستصفي ٢/٣٩ .

أحدهما : أنه دورى ، لتعلق تعقل المشروط على الشرط، لأنه مشتق منه .^(١)

وأجيب بأن المراد من " المشروط " ما صدق عليه المشروط بلفظه أى الشيء الذى يضاف اليه الشرط ، ويقال شرط الشيء كذا ، وهو لا يتوقف فى تعقله على تعقل الشرط ، وإنما الموقوف على تعقله مفهوم الشرط .^(٢)

ثانيهما : أنه غير مطرد ، لصدقه على جزء السبب المتحمس ، لأن السبب لا يوجد مع عدمه ، ولا يلزم أن يوجد عند وجوده .^(٣)

٢ - وقد عرف النسفي الشرط بقوله^(٤) : " الشرط ما يتعلق به الوجود

(١) انظر : تيسير التحرير ٣٨٥/١ ، وانظر : فصول البدايع ١٢٠/٢ ، وانظر : السبب عند الأصوليين ٣٨/٢ .

(٢) انظر : التحرير وتيسير التحرير ٣٨٥/١ ، وفصول البدايع ١٢٠/٢ .

(٣) انظر : " " " " " " " " .

(٤) النسفي هو أبو البركات ، حافظ الدين ، عبد الله بن أحمد بن محمود

النسفي ، فقيه حنفي أصولي مفسر محدث ، ولد ببلدة (ايدج) من قرى

سمرقند ، وهو منسوب الى نفس بلدة واقعة بين جيحون وسمرقند .

ير له تصانيف كثيرة منها : مدارك التنزيل وحقائق التأويل المعروف

بتفسير النسفي ، وكنز الدقائق فى فروع الحنفية ، ومنار الأنوار فى أصول

الفقه ، وشرحه كشف الأسرار ، توفى سنة ٧١٠ هـ ببلدته ايدج ، ودفن

بها . انظر : تاج التراجم ص ٣٠ ، الفوائد البهية ص (١٠٢/١٠٢) ،

الأعلام ١٩٢/٤ - ١٩٣ ، الفتح المبين ١٠٨/٢ .

(٥) انظر : المنار الذى مع شرح ابن ملك ٩٢١/٢ .

دون الوجوب " وفسر ابن ملك ذلك بقوله ^(١) : " دون أن يكون مؤثرا في وجوده احتترز به عن العله " الا أنه استدرك على النسفي بأنه لا بد من زيادة قيد أن الشرط خارج عن ماهية فقال ^(٢) : " ولا بد أن يزيد هنا قيدا آخر ، وهو أن يكون خارجا عن ماهية ذلك الشيء ليخرج به جزؤه ، فانه ايضا ما يتوقف عليه وجود ذلك الشيء وليس بمؤثر فيه " .

٣ - وعرفه الشاطبي ^(٣) بقوله ^(٤) : " ان المراد بالشرط في هذا الكتاب ما كان وصفا مكملا لمشروطه فيما اقتضاه ذلك المشروط ، أو فيما اقتضاه الحكم فيه ، كما نقول : ان الحول أو اماكن النساء ، مكمل لمقتضى الملك أو لحكمة الفني ، والاحسان مكمل لوصف الزنا في اقتضائه للرجم ، والتساوي في الحرمة مكمل لمقتضى القصاص أو لحكمة الجزر ، والطهارة والاستقبال وستر

(١) انظر : شرح المنار ٢ / ٩٢١ .

(٢) انظر : المصدر السابق .

(٣) الشاطبي هو أبو اسحاق ابراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي ، الشهير بالشاطبي من أهل غرناطة ، أصولي ، حافظ مجتهد ، حريص على اتباع السنة ، بجانب للبدع ، كان من أئمة المالكية له تصنيف منها : الموافقات في أصول الفقه ، والمجالس شرح به كتاب البيوع من صحيح البخاري . والاعتصام ، وقد توفي سنة ٧٩٠ هـ .

انظر : نيل الابتهاج بتطريز الدباج ص ٤٦ - ٥٠ ، الأعلام ١ / ٧١ ،

الفتح المبين ٢ / ٢٠٤ ، ٢٠٥ .

(٤) انظر : الموافقات للشاطبي ١ / ٢٦٢ ، ٢٦٤ .

المرة ، مكملة لفعل الصلاة أو لحكمة الانتصاب للمناجاة والخضوع ، وما أشبه ذلك ، وسواً علينا أكان وصفا لسبب ، أو العلة ، أو السبب أو المعلول ، أو لمحالها ، أو لغير ذلك ما يتعلق به مقتضى الخطاب الشرعي ، فانما هو وصف من أوصاف ذلك المشروط ، ويلزم من ذلك أن يكون مغايراً له ، بحيث يعقل المشروط مع الغفلة عن الشروط ، وان لم ينعكس كسائر الأوصاف مع الموصوفات حقيقة أو اعتباراً ، ولا فائدة في التطويل هنا ففانه تقرير اصطلاح .

٤ - أما ابن قدامة فيقول^(١) في تعريفه : " الشرط ، ما يلزم من انتقائه انتقائه الحكم ، كلاحصان مع الرجم ، أو الحول في الزكاة ، فالشرط ، ما لا يوجد المشروط مع عدمه ، ولا يلزم أن يوجد عند وجوده " .
وقال في موضع آخر : " الشرط ، ما لا يوجد المشروط مع عدمه ولا يلزم أن يوجد عند وجوده " . ويرد عليهما ما ورد على تعريف الغزالي السابق ذكره .

٥ - وعرفه القرافي^(٢) :

-
- (١) انظر : روضة الناظر ص ٣١ .
(٢) انظر : روضة الناظر ص ١٣٥ .
(٣) القرافي ، هو أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن بن عبد الله بن يلسون ، الصنهاجي ، البفشيمي ، البهنسي المصري ، المالكي ، يلقب بشهاب الدين ويكنى بأبي العباس ، ولد بالبهنسا ، كان عالماً فاضلاً ، انتهت إليه رئاسة المذهب المالكي في عهده ، كان بارعاً في الفقه والأصول ، والتفسير والحديث ، له مصنفات منها : كتاب التتقيح في أصول الفقه ، وكتيب

(١) بقوله : " وأما الشرط ، فهو الذى يلزم من عدمه العدم ، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته ، ولا يشتمل على شئ من المناسبة فى ذاته ، بل فى غيره " . فقوله : " يلزم من عدمه العدم " ، احتراز من المانع ، فإنه لا يلزم من عدمه شئ ، لا وجود ولا عدم ، وقوله : " ولا يلزم من وجوده وجود " ، احتراز من السبب فإنه يلزم من وجوده الوجود ، وقوله : (ولا عدم) احتراز من المانع أيضا ، فإنه يلزم من وجوده العدم ، وقوله : (لذاته) احتراز من مقارنة وجوده لوجود السبب ، فيلزم الوجود ، ولكن ليس ذلك لذاته ، وهو كونه شرطا ، بل لأجل السبب ، أو مقارنة وجود الشرط لقيام المانع ، فيلزم العدم ، ولكن ليس ذلك لذات الشرط ، بل لأجل المانع ، وقوله : (ولا يشتمل على شئ) من المناسبة فى ذاته ، بل فى غيره (احتراز من جزء العله ، فإنه وإن كان يلزم من عدمه العدم ، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم ، إلا أنه مشتمل على جزء المناسبة ، فإن جزء المناسب مناسب .) (٢)

-
- == أنوار البروق فى أنواع الفروق ، وغير ذلك ، توفى بدير الطين بمصر القديمة ، ودفن بالقرافة الكبرى بمصر سنة ٦٨٤ هـ ، انظر : الديباج المذهب ص ٦٢ ، ٦٧ ، الاعلام ٩٠ / ١ ، الفتح المبين ٨٦ / ٢ - ٨٧ .
- (١) انظر : الفروق ٦٢ / ١ ، وانظر : شرح تنقيح الفصول ص ٨٢ .
- (٢) انظر : الفروق ٦٢ / ١ ، وشرح تنقيح الفصول ص ٨٢ ، وتهذيب الفروق ٦٠ / ١ . وانظر : السبب عند الأصوليين ٤٢ / ٢ .

المبحث الثاني

الخلاف في أركان الوصية ، وبينان الراجح

لما كانت الوصية عقدا من العقود ، فانها تحتاج الى مقومات العقد ، وهى العاقدان ، والمعقود عليه ، والصفة ، ولذا فان الذى عليه أكثر الفقهاء أن هذه الأربعة أركان للوصية ، ان قالوا ان أركان الوصية " موصي ، وموصى له ، وموصى به ، وصيغة " لأن هذا هو شأن العقود ، ومنها الوصية ، فلا يتأتى وجودها الا اذا تحققت أركانها الأربعة ، ففي بداية المجتهد لابن رشد ^(١) : " والأركان أربعة : الموصي ، والموصى له ، والموصى به ، والوصية أى الصيغة " . وفي تحفة المحتاج ^(٢) : " وأركانها : موصي ، وموصى له ، وموصى به ، وصيغة " . وفي نيل المآرب ^(٣) : " أن أركان الوصية أربعة : وهى موصي ، ووصيفة ، وموصى له ، وموصى به " .

لكن الحنفية انفردوا عن غيرهم من العلماء فقالوا : " جريا على أصلهم فى المعقود " ان ركن الوصية هو الصيغة وحدها ، الاأنه حصل خلاف بينهم فى : هل الصيغة هى الايجاب وحده ؟ من الموصي أو هى مجموع الايجاب من الموصي ، والقبول من الموصى له ؟ على قولين : - ^(٤)

(١) - ٢٨٨ / ٢

(٢) - ٤ / ٧

(٣) ص ١٨

(٤) انظر بدائع الصنائع ٩ / ٤٨٤١ ، وينظر : حاشية بن عابد بن ٦ / ٦٥٠ ،

١ - فالذي ذهب اليه أبو حنيفة وصاحباؤه أبو يوسف ومحمد أن الصيغة لا توجد بالإيجاب وحده ، بل لابد من القبول معه ، لأنه بدون القبول لا وجود للوصية - قياسا على سائر العقود - .
والقبول نوعان : -

١ - صريح . ٢ - دلالي أو حكمي .
فالصريح : أن يقول الموصى له قبلت الوصية ونحوه ، والدلالي " عند الحنفية " يكون حين يكون القبول الصريح متعذرا ، وذلك في ثلاثة مواضع : -

الأول : الوصية للجنين ، فإن الوصية تدخل في ملكه متى استوفت شروطها من غير قبول استحسانا ، لعدم من يلي عليه عند هم حتى يقبل عنه .

٢ - الثاني : إذا مات الموصى له بعد موت الموصي بلا قبول ولا رد ، فإن الوصية تنتقل الى الورثة بدون قبول استحسانا .

الثالث : إذا كان الموصى له غير معين كالفقراء والمساكين .
واستظهر بعضهم أن القبول في هذه الحالات الثلاث ليس بركن ولا شرط ، فتتم الوصية ، وتنفذ حكمها بإيجاب الموصى وحده ، متى توفي مصرا على وصيته ، وفي غير هذه الحالات الثلاث السابقة يكون القبول ركنا في تعبير البعض منهم ، وشرطا في تعبير بعضهم الآخر ، غير أنه لا يعتبر شرطا لصحة الوصية

= = ٦٥٨ ، وما بعدها ،

وينظر : أحكام الوصايا ، والأوقاف للدكتور بدران ١٤ .

وانما هو شرط لثبوت أو لإفادة الملك للموصى له حتى لا يملك قبل القبول^(١) ، وقد قال بذلك أيضا أبوحنيفة وصاحبه ومحمد وأبويوسف ، وقال زفر من الحنفية ، الركن هو الايجاب من الموصي فيملك الموصى له الموصى به بدون القبول ، ولهذا قال الكاساني^(٢) : " وأما ركن الوصية فقد اختلف فيه ، قال أصحابنا الثلاثة - رحمهم الله هو الايجاب ، والقبول . الايجاب من الموصي ، والقبول من الموصى له ، فما لم يوجد جميعا لا يتم الركن ، وان شئت قلت ركن الوصية الايجاب من الموصي وعدم الرد من الموصى له ، وهو أن يقع اليأس عن رده وقال زفر - رحمه الله - " الركن هو الايجاب من الموصي فقط.."

... ..

(١) انظر : تبين الحقائق ١٨٤/٦ ، والعناية على الهداية ١٠/٤٢٧ ،

وعقد الوصية ١٣ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ٩/٥٠٤٨٤١ .

الأدلة والمناقشة

١ - استدل زفر لما ذهب اليه بأن الوصية أخت الميراث ، اذ كل منهما خلافة ، ثم ان الارث يثبت من غير قبول فكذلك الوصية ^(١) .

* ونوقش هذا الدليل بعدم صحة قياس الوصية على الميراث ،

لمجرد ثبوت الاستخلاف في كليهما ، لأن الاستخلاف في الميراث من الشارع ، وله ولاية الالزام ، فصح أن يكون التلميـك بالايجابار من غير قبول ، وأما الاستخلاف في الوصية فمن الموصي وهو لا يملك الزام الموصى له بالموصى به ، فكان لا بد من قبوله ويدل على أن الوصية اثبات ملك جديد ، وليست خلافة من كل وجه ، انه اذا اشترى المريض شيئاً ثم أوصى به لرجل فوجد الموصى له به عيباً بعد تملكه ، فانه لا يملك رده على بائعه بهذا العيب ، ولو كان ثبوت الملك للموصى له بطريق الخلافة لثبت له ولاية الرد بالعيب كما في الوارث ^(٢) .

٢ - واستدل أبو حنيفة وصاحبه لما ذهبوا اليه : -

أولاً : بقوله تعالى ^(٣) : " وأن ليس للانسان الا ما سعى " .

وجه الاستدلال : أنه لا يكون للانسان شيء بدون سعيه ، فلو ثبت الملك للموصى له من غير قبول لثبت من غير سعيه ، وهذا

(١) انظر: بدائع الصنائع ٩/٤٨٤١ ، وانظر: نتائج الأفكار في كشف الرموز

والأسرار ١٠/٤٢٩ .

(٢) انظر: نتائج الأفكار في كشف الرموز والاسرار ١٠/٤٢٩ ، وانظر: تبیین

الحقائق ٦/١٨٤ ، وشرح قانون الوصية ص ١٨ ، للشیخ محمد ابوزهرة .

(٣) سورة النجم آية ٣٩ .

منفى الا ما خص بدليل^(١) .

ثانيا : بالفرق بين الوصية والوراثة من حيث ان الثانية خلافة من كل وجه حتى تثبت فيها الاحكام كالرد بالعيب، وتثبت فيها الملكية جبرا من غير قبول .

وقد نوقش هذا الدليل بأن الوصية استخلاف في بعض المسال، فلماذا لا تكون مثل الميراث في الملكية بغير قبول ؟

وقد أجيب عن هذه الناقشة : بأن الوصية ليست استخلافنا من كل وجه كما في الارث ، بل لها شيهان ، شبه بالهبية ، وشبه بالميراث ، فهي تشبه الارث من حيث أنها تلك بالموت وتشبه الهبة من حيث أنها تلك باختيار المتبرع ، وانما كانت استخلافنا من وجه ، لأن الموصي يجعل الموصى له خليفته في بعض ماله ، فلشبه الوصية بالهبية يشترط القبول مادام مكنا من الموصى له فلا تلك قبل القبول ، وترتد بالرد ، ولشبهها بالميراث اكتفى فيها بالقبول من غير اشتراط القبض ، وسقط اعتبار القبول اذا كان غير ممكن ، فعلا بالشبهين يسقط القبول عند الحنفية بموت الموصى له قبل القبول^(٢) .

ثالثا : ولأنه لو ثبت الملك في الوصية بدون قبول الموصى له ، لأدى ذلك الى الاضرار به من وجهين^(٣) : -

(١) انظر : بدائع الصنائع ٩/٤٨٤١ .

(٢) بدائع الصنائع ٩/٤٨٤١ ، وتبيين الحقائق ٦/١٨٤ ، ١٨٦ ، وفتاوى
الأفكار في كشف الرموز والأسرار ١٠/٤٢٩ ، وعقد الوصية ص ١٣ ، والمبسوط

٤٧/٢٨ . بدائع الصنائع ٩/٤٨٤١ . (٣)

أحدهما : أنه يلحقه ضرر المنه ، ولهذا توفى ثبوت الملك للموهوب له على قبوله ، دفعا لضرر المنه .

الثاني : أن الموصى به قد يكون شيئا يتضرر به الموصى له ، كما اذا كان الموصى به حيوانا قليل النفع ، أو لانفع فيه ، كما لو كان عبدا أعمى ، أو زنا ، أو مقعدا ونحو ذلك ، ولهذا أشار في الأصل^(١) : " فقال " أرأيت لو أوصى بمبيد عميان أيجب عليه القبول شاء أو أبى وتلحقه نفقتهم من غير أن يكون له منهم نفع ، فلو لزمه الملك من غير قبوله للحقه الضرر من غير التزامه ، والزام (من غير من له ولاية) الالتزام ، إذ ليس للموصى ولاية الزام الضرر ، فلا يلزمه ، بخلاف ملك الوارث ، لأن اللزوم هناك بالزام من له ولاية الالتزام وهو الله تبارك وتعالى ، فلم يقف على القبول كسائر الأحكام التي تلزم بالزام الشرع ابتداء ... " وبالموازنة بين الرأيين ودليليهما ، ومناقشة ما استدل به زفر لرأيه ، يتضح لنا قوة رأى الاسام أبي حنيفة وصاحبه .

علي أنني اختار القول يجعل القبول شرطا لثبوت أو لافساده الملكية للموصى له ، لا ركنا وهو ما قال به أكثر الحنفية وهم أبو حنيفة وصاحبه محمد وأبو يوسف - لأن الوصية لا تخرج عن كونها تبرعا من التبرعات ، والتبرعات يكفي في وجودها شرعا ما يصدر من المتبرع وحده ، وهو الايجاب ، وليس بلزوم أن يكون

(١) من غير ليست مشبته في الهدائع وإنما الحقها صاحب كتاب التركة

ينظر بدائع الصنائع فقد اقتبسه ٤٨٤١/٩ ، والتركة ١٦٣ .

ما يصدر من الطرف الثاني ركنا في العقد ، بل يكفي أن يكون
شرطا لثبوت الملك للموصى له ، لاسيما وأن هناك صورا للوصية
تتم وتلزم بدونه ، كالوصية لجهة من الجهات التي ليس لها
من يمثلها شرعا ، فلو قلنا بركنيته لانعدمت الوصية لتلك
الجهات لانعدام ركنها ، ان أنه يلزم من القول بجعله ركنا
لا شرطا ، موافقته للايجاب ليهتقق الانعقاد والارتباط بسين
شطرى الصيغة ، وعدم لزوم ذلك على القول بجعله شرطا لثبوت
أو لافادة الملكية للموصى له ^(١) .

ركن الوصية في قانون الوصية المصري

اعتبر قانون الوصية المصري الايجاب وحده محققا الوصية ، فقد جاء
في فقرته الأولى ^(٢) من المادة الثانية مانعه : " تتعدد الوصية
بالعبارة أو بالكتابة ، فاذا كان الموصي عاجزا عنهما انعقدت
الوصية باشارته الغفبه " فهذا صريح في أن الوصية تتحقق بما
يصدر عن الموصي وحده ، ولم يقف القانون على ذلك فقط ، بل
بين مركز القبول في المادة العشرين ^(٣) منه ونصها : " تلزم الوصية
بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصى ، فاذا
كان الموصى له جنينا أو قاصرا أو محجورا عليه يكون قبول الوصية
أو ردها ممن له الولاية على ماله بعد اذن المجلس الحسسى

-
- (١) بدائع الصنائع ٩/٤٨٤٩ ، والوصية ١٣/١٢ .
 - (٢) شرح قانون الوصية ص ٢٢٣ .
 - (٣) شرح قانون الوصية ص ٢٢٦ .

ويكون القبول عن الجهات والمؤسسات والمنشآت من يمثلها قانونا
فاذا لم يكن لها من يمثلها لزم الوصية بدون توقف على القبول
فهذا النص صريح وواضح في أن القبول يأتي بعد وجود الوصية
لأن اللزوم أمر زائد على أصل العقد ، فلو اعتبرناه ركنا
للوصية - كما هو قول بعض علماء الحنفية - لما وجدت قبيل
وجوده ، فضلا عن لزومها في بعض صورها بدونها .^(١)

ومن هذا العرض يتبين لنا موافقة قانون الوصية لما ذهب
اليه بعض علماء الحنفية ، من جعل ركن الوصية الايجاب وحده
واعتماد القبول شرطا لثبوت اولافادة الملكية ، وهو ما أخذنا
به ، وظلنا سبب الأخذ به .

*** **

(١) الوصية ١٣/١٢ .

النبأ والشأن

الباب الثالث

فسي شروط الوصية

وفيه فصول :

الفصل الأول : شرط الباعث على الوصية

الفصل الثاني : شروط الموصي

الفصل الثالث : شروط الموصى له

الفصل الرابع : شروط الموصى به

* ————— *

الباب الثالث

في شروط الوصية

وفيه فصول : -

الفصل الأول

شرط الهاعث على الوصية

الوصية في أصل تشريعها مبنية على التسامح والتيسير ومخالفة القواعد، فهي وإن كانت تليكا إلا أنه لم يلاحظ فيها قواعد التملك كلها .

كما أن لها صورا عديدة ، فتارة تكون لشخص أو لأشخاص ، وأخرى تكون لجهة أو لجهات ، والأشخاص إما معينون أو غير معينين ، موجودون عند انشاء الوصية أو غير موجودين ، محصورون أو غير محصورين ، تجمعهم بالموصي ديانة واحدة أو لا ، كما تقع للوارث ولغيره ، وقد يتمثل الموصى له التملك فيقتل الموصي أو يتسبب في قتله .

فهذه الصور منها ما يصح ، ومنها ما لا يصح ، ولا بد لمعرفة ذلك من الوقوف على الشروط التي شرطها الفقهاء في الموصى له ، كما أن هذه الشروط منها ما هو موضع اتفاق بين الفقهاء ، ومنها ما هو موضع اختلاف بينهم .

كما سنعرض لذلك - إن شاء الله - في مواطنه من هذه الرسالة .
ولأنه - وكما قلنا ان الوصية بنيت في أصل مشروعيتها على التسامح والتيسير - فلأن ذلك راجع الى الغاية منها وهي الصلة والقربى ،

لأجل ذلك فإنه يشترط لصحتها أن لا تكون لجهة معصية ، ولا تغلقت تلك الغاية ، لتخلف جهتها ، ويطلت الوصية ، وعليه فلا يصح للمسلم أن يوصي لجهة حرمتها الأديان كلها ، كدور اللهو المحرم ، وأندية القمار ، والنياحة على الموتى ، وما شابه ذلك ، كما لا يصح منه الايصاء للكنائس والمعابد التي لغير المسلمين ، لأن ذلك لا يعتبر قرينة فسي عقيدته ^(١) ، وذلك باتفاق بين الفقهاء ^(٢) على عدم صحة الوصية في هذين النوعين .

أما اذا كانت الجهة الموصى لها غير محرمة في ذاتها ، ولكن الباعث على الوصية محرم ، كالوصية لأهل الفجور ليستمعينوا بها على فجورهم ، والوصية لخليلته لتستمر علاقته الائمة بها ، فان الوصية هنا

(١) ولأنه لا يجوز منه في الحياة فلا يجوز منه في السمات ، انظر الكافي ٤٧٧/٢
(٢) انظر : نهاية المحتاج ٤١/٦ ، والمغنى والشرح الكبير ٥٣٢/٦ ، والمحلى

لابن حزم فقد جاء فيه : " ولا تحل وصية في معصية لا من مسلم ولا من كافر ، كمن أوصى ببنيان كنيسة أو نحو ذلك لقول الله تعالى : " ولا تعاونوا على الاثم والعدوان " ، ولقوله تعالى : " وأن أحكم بينهم بما أنزل الله " فمن تركهم ينفذون خلاف حكم الاسلام وهو قادر على منعهم فقتلوا أعانهم على الاثم والعدوان " المجلد السادس ٣٩٩/٩ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/٣٧٦ ، ٣٨٠ ، فقد جاء فيه : " وعلى هذا فالمراد بالمعصية ما ليس بقربه " وضرب لذلك أمثلة ، وانظر : بدائع الصنائع ٩/٤٨٦٢ . فقد جاء فيه :

" ولو أوصى المسلم لبيعة أو كنيسة بوصية فهو باطل ، لأنه معصية) وانظر : أحكام الوصايا والأوقاف للدكتور بدوان ص ٥٤ ، ٥٥ .
وانظر : كشاف القناع ٤/٣٦٤ .

تملك لمن هو أهل له ، وهم الأشخاص ، لكن الباعث عليها محرم ،
وهو اعانتهم على محرم شرعا ، فقد اختلف الفقهاء في حكم هـ هذه
الوصية تبعا لاختلافهم في اعتبار النوايا والتصور ، فمن اعتبر القصد ،
أبطل الوصية ، لأن القصد منها أمر منوع شرعا ، فكل عقد قصد به
عاقده أمرا منوعا شرعا ، أو قصد به تغيير ما شرعه الله وتبديله فهو
عقد باطل متى ظهر ذلك بأى قرينة عدل عليه ، ولذلك فان ابن
القيم ذكر في اعلام الموقعين " بأن العبرة في أحكام العقود
بالتصور ، وأنه متى كان القصد من انشاء العقد اثما ، وقام على ذلك
دليل من لفظ أو قرينة ، كان عقدا فاسدا ، ذلك أن الشارع لم
يجعل العبارة منسئة للعقد الا لأنها تكشف وتفسح عما في النفس
من نية وقصد الى انشاء ذلك العقد على وضعه المشروع ، دون أن
يقصد بها عما في نفسه ما يناقض معناها ، بدليل أنه اذا لم يكن
مدلولها موافقا لما في النفس ، وما قصد اليه المتكلم بها ، وانما كان
المقصود منها مناقضا لمدلولها كانت خبرا كاذبا عما في نفسه ، ولم
يكن بينها وبين ما قصد اليه اتصال ولا مطابقة وبذلك انعدم سبب
اعتبار الشارع لها ، كالعبرة تصدر من المكروه - فباللفظ والمعنى
المطابق للقصد يتم الحكم ، فكل منهما جزء السبب ، وهما مجموعته ،
وان كانت العبرة في الحقيقة بالمعنى ، فان اللفظ معتبر في نظر
الشارع لهدل عليه ، ولهذا أبطل الشارع عبارة المخادع المحتال الذي
أظهر خلاف ما أبطن ، ولم يرتب عليها ما قصد اليه منها ، كالمحليل
والرأبي بعقد العينة ، وكل من احتال على اسقاط واجب أو فعمل

(١) ح ١٣١/٣ وما بعدها " بتصرف " .

محرم بمقعد أو قول أظهره ، وأبطن من ورائه الأمر الباطل ، فليس يحصل لمن على هذه الصفة مقصوده ، الذى قصد وجعل ظاهر اللفظ والفعل وسيلة اليه ، لأن فى تحصيل مقصوده تنفيذ للمحرم واستقاطا للواجب ، واعانة على معصية الله وناقضة لدينه وشرعه ، وفى كل ذلك اعانة على الإثم والعدوان ، ولا فرق فى الحكم بين اعانته على ذلك بالطريق التى وضعت مفضية اليه ، وبين اعانته على ذلك بالطريق التى وضعت مفضية الى غيره ، فالمقصود اذا كان واحدا لم يكن اختلاف الطرق الموصلة اليه بموجب لاختلاف حكمه فيحرم من طريق ، ويحل بعينه من طريق أخرى ، والطرق وسائل وهى مقصودة لغيرها فأى فرق بين التوصل الى الحرام بطريق الاحتمال والمكر والخداع ، والتوصل اليه بطريق المجاهرة التى يوافق فيها السر الاعلان والظاهر الباطن والقصد اللفظ ، بل سالك هذه الطريقة قد تكون عاقبته أسلم وخطره أقل من سالك تلك من وجوه كثيرة ، كما أن سالك طريق الخداع والمكر عند الناس أمتت وفى قلوبهم أوضع ، وهم عنه أشد نفرة من أتى الأمر على وجهه ودخله من بابه .^(١) ولهذا قال أيوب السختياني ، وهو من كبار التابعين وساداتهم

(١) السختياني هو أبو بكر أيوب ابن أبي تيمية السختياني . قال فيه الحسن : أيوب سيد شباب أهل البصرة ، وقال هشام بن عروة : ما رأيت بالبصرة مثل ذاك السختياني ، وقال شعبه : " أيوب سيد الفقهاء ، وقد أخذ عنه مالك ، وسفيان الثوري ، وغيرهما . * توفي سنة ١٣١ هـ . أنظر : طبقات الفقهاء ص ٨٩ .

وأئمتهم في هؤلاء : يخادعون الله كما يخادعون الصبيان ، لو
أتوا لأمر على وجهه كان أسهل عليهم ^(١) .

أما من اعتبر الإرادة الظاهرة ، فقد قال بصحتها ، إذ أنه
لا اعتبار للنوايا والقصد مالم يوجد في الكلام ما يدل على ذلك
الباعث ، إلا أن هذا الرأي محجوج بما أوردنا عن ابن القيم .

وقد أخذ قانون الوصية المصري بالرأي الأول ، فقال في المادة الثالثة في
فقرته الأولى ^(٢) : " يشترط في صحة الوصية ألا تكون بمعضية ، وألا يكون
الباعث عليها منافيا لمقاصد الشارع : " والواقع أن اختيار القانون لذلك
الرأي اختيار موفق إذ به تسد الذرائع إلى الأثم ، وتجتث به أصوله
ويقضي به على دواعيه ، وهو ما نأخذ به كذلك .

وعلى ذلك تصح الوصية لما هو قربة في نظر الأديان جميعها
كالوصية للفقراء والمحتاجين مسلمين أو غير مسلمين ، والوصية للملاجئ
والمصحات ، ولما هو قربة في نظر الإسلام فقط كالوصية للمساجد
ومساعدة الحجاج ، بشرط ألا يكون الباعث على الوصية يتنافى ومقاصد
الإسلام .

وأما إذا كان الموصي غير مسلم فيشترط لصحتها في نظر القانون
أن تكون الجهة الموصى لها غير محرمة في شريعته ، وفي الشريعة
الإسلامية ، كما صرحنا بذلك الفقرة الثانية ^(٣) من المادة الثالثة فقالت :

(١) المصدر السابق ، فقد اقتبس ابن القيم .

(٢) انظر : شرح قانون الوصية ص ٢٧٣ للشيخ محمد ابو زهرة .

(٣) انظر : شرح قانون الوصية ص ٢٧٣ " " " .

: " وإذا كان الموصي غير مسلم ^(١) صحت الوصية الا اذا كانت محرمة
فى شريعته وفى الشريعة الاسلامية " .

وهذا يقتضى صحتها منه لما هو قرينة فى شريعته وفى الشريعة
الاسلامية معا كجهات البر العامة كالملاجئ والمصحات والمستشفيات
والفقراء من المسلمين وغيرهم ، والوصية لبيت المقدس ، كما تصح باهو
قرينة فى نظر الاسلام فقط كالمساجد ، وسائر الشعائر الاسلامية ، وفى
شريعته فقط كدور العبادة الخاصة بهم وشعائر دينهم .

لكن تبطل وصيته فيما هو محرم فى دينه وفى الاسلام كالوصية
لأندية القمار ، ودور اللهو المحرم .

ومن هذا العرض يتبين لنا أن قانون الوصية المصرى يتفق مع مذهب
الحنفية الا فى صورة واحدة أخذ حكمها من مذهب الشافعي وهى :
" ما اذا أوصى غير المسلم بما هو قرينة فى نظر الاسلام لقوم غير
معينين ، لأن الشرط فى صحة الوصية عنده عدم كونها معصية
ولا مكروهة لذاتها ، فقد جاء فى نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ^(٢)
: " وانما أوصى لجهة عامة فالشرط أن لا تكون معصية ولا مكروهة لذاته ،
. . . . وكذا اذا أوصى لغير جهة يشترط عدم المعصية والكراهية
ايضا . . . ثم قال : " وشمل عدم المعصية القرينة كعمارة المساجد
ولو من كافر . . . " .

(١) المراد بغير المسلم - الوارد ذكره فى تلك المادة ما هو أعم من الذمى
والمستأمن فى دار الاسلام ، والحربي فى دار الحرب ، كما فى المذكرة
التفسيرية . انظر: المصدر السابق .

(٢) انظر: نهاية المحتاج ٦ / ٤١ ، وانظر: احكام الوصايا والأوقاف ٧٧ للشيخ
محمد شلبي وانظر المصاد السابقة . وانظر الوصية ٤٩ ، وانظر المبسوط

وصية الضرار :

وهي تفضيل بعض الأولاد على بعض في النحلة والعطية ، وإيثار بعض الأبناء على الآخرين بوصية ، وقد كره رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ذلك حتى قال بعض الفقهاء ان التسوية بين الأولاد واجبة وان التفضيل حرام^(١) ، وفي ذلك روى مسلم بسنده عن النعمان بن بشير أن أباه أتى به رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ، فقال : اني نحت ابني هذا غلاما كان لي ، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : " أكل ولدك نحتة مثل هذا ، فقال لا ، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فارجعه ، وفي رواية قال : " فاردده ، وفي رواية فقال له رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : " أفعلت هذا بولدك كلهم ؟ قال : " لا ، قال : " اتقوا الله واعدلوا في أولادكم "

(١) عقد الوصية ص ٨١ .

(٢) انظر : صحيح مسلم بشرح النووي ٦٥/١١ .

(٣) هو أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن سلم القشيري النيسابوري حافظ من أئمة الحديث ، ولد بنيسابور سنة ٢٠٤ هـ ، أشهر كتبه صحيح مسلم ، وقد كتب أحاديثه في خمس عشرة سنة ، وهو أحد الصحيحين ، ومن كتبه أيضا ، المسند الكبير ، والاسماء والكنى وغيرها . توفي بظاهر نيسابور سنة ٢٦١ هـ .

انظر تاريخ بغداد ١٣/١٠٠/١٠٤ ، وفيات الاعيان ٤/٢٨٠، ٢٨٢ ،

تذكرة الحفاظ ٢/٥٨٨، ٥٩٠ . الأعلام ٨/١١٢، ١١٨ .

قال : فرجع أبي فرد تلك الصدقة ، وقد رواه مسلم ^(١) بسنده بطريق آخر عن النعمان بن بشير قال : " تصدق عليّ أبي ببعض ماله ، فقالت أمي عمره بنت رواح له لا أرض حتى تشهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فانطلق أبي الى النبي - صلى الله عليه وسلم - ليشهده علي صدقتي ، فقال له رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : " أفعلت هذا بولدك كلهم ؟ قال : لا : قال : " اتقوا الله واعدلوا فسي أولادكم " وفي رواية ^(٢) : " فقال أله اخوة ؟ قال نعم ، قال أفكلهم أعطيت مثل ما أعطيت ؟ قال لا ، قال فليس يصلح هذا ، وانى لأشهد الا على حق ، وفي رواية ^(٣) : " أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال لأبيه لا تشهدني على جور " فهذا رسول الله صلى الله عليه وسلم قد حكم بأن ايثار بعض الابناء يعطيه أو وصية جور وظلم ، كما ثبت عن ابن عباس ^(٤) أيضا : " الاضرار في الوصية من الكبائر " .

هذا : ولما كان للوصية شروط مختلفة ، بعضها يرجع الى الموصي وبعضها يرجع الى الموصى له ، وبعضها يرجع الى الموصى به ، فقد جعلت لكل نوع من هذه الشروط فضلا خاصا به ، على ما سنبينه في مواضع من هذه الرسالة .

-
- (١) رواه مسلم عن أبي بكر بن أبي شيبة نا عباد بن العوام عن حصين عن الشعبي قال سمعت النعمان بن بشير ، كما رواه من طريق يحيى بن يحيى واللفظ له ومن طريق أبي الأحموس عن حصين عن الشعبي عن النعمان بن بشير المصدر السابق .
- (٢) رواية مسلم من طريق احمد بن عثمان النوفلي بسنده عن النعمان بن بشير . المصدر السابق .
- (٣) رواية مسلم عن طريق بن نمير بسنده عن النعمان بن بشير . المصدر السابق
- (٤) رواه سعيد بن منصور موقوفا باسناد صحيح ، ورواه النسائي مرفوعا ورجاله ثقات . انظر : نيل الاوطار للشوكاني ٤٠ / ٦

الفصل الثاني

شروط الوصية

وفيه مباحث :

- * المبحث الأول : العقل : وصية الصبي والسكران
- * المبحث الثاني : الرشده : وصية السفیه ، وذی الغفلة
- * المبحث الثالث : الاسلام . وفيه مطالب :
 - المطلب الأول : وصية الذمي
 - المطلب الثاني : وصية المستأمن
 - المطلب الثالث : وصية الحربي
- * المبحث الرابع : وصية المرتد
- * المبحث الخامس : وصية المخطئ والهازل والمكره
- * المبحث السادس : وصية المدین
- * المبحث السابع : وصية الفقير

الفصل الثاني

شروط الموصي

بما أن الوصية عقد ينشأ بإرادة الموصي واختياره أولاً ، فإن من الحكمة أن نبدأ ببيان ما يرجع إليه من شروط ، وقد بينتها فـسـى المباحث الآتية : -

المبحث الأول

العقل : وصية الصبي والسكران

اشترط الفقهاء في الموصي لتصح وصيته أن يكون عاقلاً سميحاً ، فإذا انعدم العقل والتمييز مثلاً فلا وصية ، ولهذا فإنهم اتفقوا على أن وصية المجنون ، والمعتوه ، والصبي غير المميز الذي لا يقصد السـى معاني العبارات تصداً صحيحاً باطله ، لأن عبارة هؤلاء طغاة فـسـى نظر الشارع ، ولا اعتبار لما عدل عليه ، فلا ينعقد بها عقد ، ولا ينشأ بها تصرف سواء كان نفعاً محضاً ، أم كان محتلاً للأميرين .

وقد أخذ قانون الوصية المصري بذلك ، فاشترط لصحة وصية الموصي أن يكون متمتعاً بأهلية التبرع " بالفا عاقلاً رشيداً " جاء ذلك صريحاً في المادة الخامسة^(١) منه " يشترط للموصي أن يكون أهلاً للتبرع قانوناً .. وكما لا تصح وصية فاقده العقل والتمييز ، فإنها لا تصح أيضاً ممن له ولاية عليهما لأن الوصية تبرع ، = وهما غير مكلفين بشئ من الطاعات

(١) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد أبو زهرة ص ٢٧٤ .

حتى يثبت لهما ثواب أو عقاب = ومن ثم فانه لا يعود هذا التسبرع
عليهما بشئ في الحال أو المال (١).

لكن لو أنشأ الموصي وصيته ثم جن بعد ذلك ، فهل يؤثـر
جنونه في الوصية أم لا ؟ .

للإجابة على ذلك نقول ، لقد سبق أن عرفنا أن الفقهاء متفقون
على أن وصية المجنون باطلة ، لأنه لا ولاية له على نفسه ، إلا أنهم
اختلفوا في هل يؤثر جنون الموصي في وصيته بعد انشائها أو لا يؤثر؟
فالذي ذهب إليه الحنفية^(٢) التفرقة بين الجنون المطبق^(٣) - وهو
ما يستمر شهرا على الرأى الراجح عندهم - وبين الجنون غير المطبق
وهو ما دون الشهر . فقالوا بإبطال الوصية بالجنون المطبق سواء

(١) انظر : المجموع ٤٥/١٥ ، وانظر : فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب

١٣/٢ ، وانظر : شرح روض الطالب من أسنى المطالب ٢٩/٣ ، وانظر :
كشاف القناع ٤/٣٣٦ ، المدونة للإمام مالك ٦/٣٢ ، ٣٣ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ٩/٩٧٩ ، وعقد الوصية ٤٤ ، والدر المختار
٢٦٣/٦ .

(٣) اختلف علماء الحنفية في تحديد مدة الجنون المطبق ، فقال محمد انه
ما يستمر سنة ، وذلك لأن أقصى مدة للعبادات هي سنة للزكاة ، فأعتبرت
لأنه بمضيها تسقط العبادات كلها في السنة ، فيكون ذلك دليل سقوط
التكليف ، وقال أبو يوسف انه ما يستمر شهرا ، لأن الشهر أدنى ما تسقط
به عبادة الصوم فأعتبر مقداره ، واختار بعض العلماء في تحديد مدته بستة
أشهر ، ومنهم صاحب الدر المختار ، انظر المصدر السابق ، ولكن القانون
اختار رأى أبي يوسف وسار عليه . انظر : شرح قانون الوصية للشيخ
محمد ابو زهرة ٦٢/٦١ .

اتصل بالموت أو لم يتصل = بأن حصلت منه افاقة قبل الموت =
كما يبطل به توكيله غيره ، واحتجوا لذلك بأن الوصية عقد غير
لازم يجوز للموصي الرجوع عنه في أى وقت شاء ، والعقد غير اللازمة يكون
لبقائها حكم انشائها ، فيشترط لبقائها - صحيحة حتى الوفاة - ما
يشترط عند انشائها من تمام العقل ، لأن بقاءها يقتضى توافر
الارادة المستمرة لبقائها وعدم الرجوع عنها ، وهذه الارادة لا تكون
الا باستمرار الأهلية .

ونوقش هذا الدليل من ناحيتين :

الأولى : من ناحية بطلان الوصية بالجنون الطارئ بعد العقد
لا احتمال رجوعه لولا جنونه المطبق .

والثانية : من ناحية قياسها على الوكالة .

فأما من الناحية الأولى : فهذا الاحتمال ليس له مسوغ قوى ، لأن الاحتمال
المذكور ضعيف وبعيد ، لحرص العقلاء على صون تصرفاتهم وعدم
نقضها الا عند الضرورة القصوى ، ومثل هذا الاحتمال لا يكفي لبطلان
التصرف ونقضه .

وأما من الناحية الثانية : وهي قياس الوصية على الوكالة ، فهذا قياس غير
صحيح ، لأن الوكيل يستمد ولايته فى التصرف من ولاية موكله ، فإذ زالت
أهليته زالت الولاية التى يستمد منها الوكيل سلطانه ، وبسبب ذلك
تنتهى الوكالة .

وأما اذا كان الجنون غير مطبق - أى متقطعا - بأن كان صاحبه
يفيق أحيانا ويجن أحيانا ، فقد قال عنه الحنفية

انه لا يؤثر في صحة الوصية ، لأنه يشبه الاغما^(١) ، فلا تزول به أهلية الموصي ، كما لا تزول بالاغما ، ولأن زوال العقل فسي غير الجنون المطبق غير مجزوم به ، فلا تزول به التصرفات الثابتة الا أن يوجد من الموصي ما يدل على رجوعه عن تصرفاته^(٢) .

وأما المالكية ، والحنابلة ، فقد ذهبوا الى أن الجنون الطارئ على الوصية لا يؤثر فيها متى كان الموصي كامل الأهلية وقت انشائها سواء أكان الجنون مطبقا ، أم لا . اتصل بالموت أو لم يتصل ، وقد استدلوا لذلك بأن الوصية كسائر العقود والتصرفات التي تعتمد في صحتها على تحقيق الأهلية وقت انشائها فقط وزوالها بعد ذلك لا يؤثر في صحة العقد أو التصرف كما لا تبطل تصرفاته الأخرى من بيع واجارة ونحوهما فيما لو حدث له جنون بعد حصول شيء من ذلك منه^(٣) .

(١) في حين يرى الشافعية أن وصية المفسى عليه غير صحيحة ، ويلحقونه بالمجنون ، في عدم التكليف ، الا أنه يرد عليهم ما ورد على دعوى الحنفية لابطال الوصية بالجنون المطبق ، على أنه بالبحث في هذه المسألة لم أجد أكثر من أن قالوا : " تصح وصية كل مكلف حر... لا مجنون ومفسى عليه وصبي " ، قال شارح المنهاج : " فلا تصح وصيتهم لعدم التكليف " ولم أجد عند هم تلك التفرقة بين كون الجنون مطبقا ، أو غير مطبق ، كما هو موجود عند الحنفية . ينظر المنهاج للنووي مع شرحه السراج الوهاج للشيخ محمد الزهري الغمراوي ٣٣٥/٣٣٦ ، وينظر حاشيتا قليوبي وعميرة . ١٥٧/٣

(٢) عقد الوصية ٤٥ ، وانظر : بدائع الصنائع ٩/٩٧٩ .

(٣) انظر : كشاف القناع ٤/٣٣٦ ، ٣٣٧ ، والمغنى والشرح الكبير ٦/٥٢٨ ، ٥٢٩ ، وانظر : المدونة الكبرى للإمام مالك فقد جاء فيها قوله : " ... قال ==

وبالموازنة بين الرأيين وأدلة كل منهما ، ومناقشة ما استدل به الحنفية لبطان الوصية بالجنون الطارئ اذا كان مطبقاً ، وقياسها على الوكالة . فانه يترجح لنا صحة ما ذهب اليه المالكية والحنابلة ، من القول بعدم بطان الوصية بالجنون الطارئ بعد العقد لأمرين أحدهما أن الوصية شرعت لكي يتدارك بها الموصي ما فاتته من صلوات كان عليه أن يقوم بها ، أو صدقات أو مسيرات كانت مطلوبة منه ، وليس من مصلحته أن يحال بينه وبين ما أقدم عليه من خير أراد ، بسبب ظهر أنه لم يكن مانعاً له من الرجوع في وصيته لو أراد .

الثاني ، ولأن الوصية قد صدرت من الموصي في وقت كان فيه تام الاختيار والرضا ، وكامل الأهلية .

مسلك قانون الوصية المصري :

في الوقت الذي يعتبر القانون وصية المجنون وفاقد الأهلية باطله ، إلا أنه ازاله الجنون الطارئ بعد انشاء الوصية وقف موقفاً وسطاً بين المذهبين السابقين ، فقد اشترط في المادة الرابعة عشرة لبطان الوصية بالجنون الطارئ بعد العقد شرطين .

الأول : أن يكون جنوناً مطبقاً كالمذهب الحنفي ، الثاني : أن يتصل بموت الموصي ، جاء ذلك صريحاً في المادة المشار إليها . ونصهما :

== مالك الأمر المجتمع عليه عندنا . . . والمصاب الذي يفقد أحياناً أن وصاياهم تجوز اذا كان معهم من عقولهم ما يعرفون به الوصية ٣٢/٦ ، ٣٣ بتصرف . وانظر : مواهب الجليل بشرح مختصر خليل ٣٦٤/٦ ، وعند الوصية ٤٥ ، وتنوير الحوالك شرح موطأ مالك ٢٢٩/٢ .

" تبطل الوصية بجنون الموصي جنونا مطبقا اذا اتصل بالموت ^(١) .
وقد عللت المذكرة التفسيرية ذلك بأنه لولا الجنون المطبق المتصل
بالموت لكان بإمكان الموصي الرجوع عن وصيته ، لكن مراعاة لحقته
بطلت وصيته ، أما اذا كان الجنون غير مطبق - بأن لم يمكث شهرا -
أو كان مطبقا لكن لم يتصل بالموت فانه مراعاة لحقه لا تبطل وصيته
لأنه بإمكانه وقت افاقة أن يستعمل حقه في الرجوع عن وصيته ،
فان لم يرجع في هذا الوقت كان ذلك دليلا على اصراره على
وصيته فلا تبطل .

وهذا التوسط تصرف فقهي حسن من واضعي القانون ، ان أنه نال
برأى الفقهاء في عدم بطلان الوصية فيما اذا كان الجنون غير
مطبق ، كما أنه قال بعدم بطلان الوصية اذا كان الجنون مطبقا
ولم يتصل بالموت أخذا بذهب المالكية والحنابلة ، وتصر البطولان
بالجنون الطارئ بعد العقد على حالة واحدة ، وهي ما اذا كان
الجنون مطبقا متصلا بالموت . أخذا بذهب الحنفية ^(٢) .

هذا : واننا حينما نستحسن ما ذهب اليه قانون الوصية
المصرى ، فان ذلك لا يشكل تعارضا مع ترجيحنا لأحد الرأيين السابقين
على الآخر .

لأننا حينما رجحنا كان أمامنا رأيان رأى الحنفية ورأى من خالفهم
من المالكية والحنابلة ، فرجحنا الرأى الثانى على الأول ، لما قدمناه

(١) انظر: شرح قانون الوصية ٢٧٥، وانظر: عقد الوصية ص ٤٥ .

(٢) انظر: شرح قانون الوصية ٦٢، وعقد الوصية ص ٤٦ .

أما القانون فقد أتى برأى ثالث فلا مانع من ترجيحه واستحسانه
على الرأيين السابقين ، ومعنى بذلك أننا اذا فاضلنا بين الرأيين
كان الثاني أرجح ، واذا فاضلنا بينهما وبين ما ذهب اليه القانون
كان ما ذهب اليه أرجح وأولى بالقبول ان فيه جمع بين الآراء^(١) .
والله أعلم .

... ..

(١) انظر : عقد الوصية ٤٦ .

وصية الصبي :

اتفق فقهاء المذاهب على أن وصية الصبي غير المميز الذي لم يبلغ السابعة من عمره ، ولا يقصد الى معاني الكلمات قصدا صحيحا باطله ، لفقدانه الأهلية كالمجنون والمعتوه .^(١)

أما الصبي المميز :

فقد اختلف الفقهاء في حكم وصيته :
فالذي ذهب اليه الحنفية^(٢) ، وابن حزم^(٣) ، والقول المعتمد

(١) انظر : المغنى والشرح الكبير ٧٢٦/٦ ، والمحلل لابن حزم ٤٠٣/٦ ،

وتبيين الحقائق ١٨٥/٦ .

(٢) بدائع الصنائع ٤٨٤٧/٩ ، والمبسوط ٩١/٢٨ ، وحاشية ابن عابد بن ٦٥٦/٦

(٣) المحلل لابن حزم ٤٠٣/٩ ، وابن حزم هو : أبو محمد علي بن أحمد

ابن سعيد بن حزم بن غالب بن صالح الظاهري ، أصله من فارس ، ولد بقرطبة سنة ٣٨٤ هـ ، عالم الأندلس في عصره ، فقد كان في الأندلس خلق كثير ينتسبون الى مذهبه ، يقال لهم " الحزمية " كانت له ولأبيه

من قبله رئاسة الوزارة ، وتدبير المملكة ، لكنه زهد فيها وانصرف الى العلم والتأليف ، فكان في أوائل الباحثين ، فقيها حافظا ، يستنبط الأحكام

من الكتاب والسنة ، بعد أن كان شافعيًا ، رحل الى بادية " لبلة " من بلاد الأندلس بعد أن أقضاه الطوك ، وطارده بسبب تمالؤ الناس على

بخضه حين انتقد كثيرا من العلماء والفقهاء ، فتوفي في هذا المنفى

سنة ٤٥٦ هـ ، ومن تصانيفه ، الفصل في الملل والأهواء والنحل والمحلل

والأحكام في أصول الأحكام ، انظر : وفيات الاعيان ١٣/٣ - ١٧ ، تذكرة

الحفاظ ٣/١١٤٦ ، ١١٥٥ ، الأعلام ٥٩/٥ .

عند الشافعية^(١) أنها لا تصح لأنه يشترط في الموصي أن يكون أهلا للبرع بأن يكون بالغا حرا عاقلا ، فلا تصح وصية الصبي ولو أن له بالتجارة ، غير أن الحنفية صححوا وصية الصبي المميز إذا كانت متعلقة بأمر تجهيزه ، ودفنه بشرط مراعاة الصلحة .

وأما المالكية^(٢) ، فقد ذهب فريق منهم إلى صحتها مطلقا من الصبي المميز ، في حين ذهب فريق آخر منهم ، إلى صحتها إن كانت بقربة ولم يكن في كلامه اختلاط ، لأن ذلك علامة على نضج عقله ، وهو القول الآخر عند الشافعية^(٣) .

وأما الحنابلة^(٤) ، فقد صححوا وصية الصبي المميز إذا جاوز عشر سنين ووافقت وجه الحق^(٥) ، أما إذا لم يجاوز عشرين فعندهم روايتان ، أصحها أنها تصح ، والأخرى أنها لا تصح^(٦) .

(١) المجموع للمطيعي ٤٥/١٥ ، وعقد الوصية ٣٩ ، وحواشي تحفة المحتاج

٤/٧ ، وروضة الطالبين ١٩٦/٦ .

(٢) المدونة ٣٣/٦ ، والخرشي على مختصر خليل ١٦٨/٨ .

(٣) انظر : مواهب الجليل ٣٦٥/٦ ، وانظر : نهاية المحتاج ٤١/٦ ،

والمجموع شرح المهذب ٤٥/١٥ .

(٤) انظر : المغني والشرح الكبير ٥٢٧/٦ .

(٥) والمراد بذلك ، يعني إذا أوصى بوصية يصح مثلها من البالغ صحت منه

والأفلا ، وفي ذلك يقول شريح وعبد الله بن عتبة وهما قاضيان : " من

أصابه الحق أجزنا وصيته " المصدر السابق ، وهناك روايتان أحدهما

لا تصح حتى يبلغ ، والثانية أنها تصح وصيته إذا عقل ، المصدر نفسه .

(٦) وفي ذلك يقول أبو بكر : " لا يختلف المذهب أن من له عشرين تصح

وصيته ، ومن له دون السبع لا تصح وصيته ، وما بين السبع والعشر فعلى

الأدلة والمناقشة

استدل من قال بصحة الوصية من الصبي المميز بما يأتي :-
أولا : بما روى مالك في موطنه^(١) عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم عن
أبيه أن عمرو بن سليم الزرقي أخبره أنه قيل لعمر بن الخطاب
أن غلاما^(٢) يفاعا لم يحتلم من غسان ووارثه بالشام وهو ذوالمال وليس
له إلا ابنة عم له ، قال عمر بن الخطاب فليوص لها ، قال
فأوصى لها بمال يقال له بئر جشم ، قال عمرو بن سليم فبيع ذلك
المال بثلاثين ألف درهم ، وابنة عمه التي أوصى لها هي أم عمرو
ابن سليم الزرقي .

وروى مالك هذا الأثر بوجه آخر عن طريق يحيى بن سعيد عن
أبي بكر بن حزم أن غلاما من غسان حضرته الوفاة بالمدينة ووارثه
بالشام فذكر ذلك لعمر بن الخطاب فقيل له ان فلانا يموت أفويص
قال فليوص ، قال يحيى بن سعيد قال أبو بكر وكان الغلام ابن

== روايتين " وقال ابن أبي موسى : " لا تصح وصية الغلام لدون العشر
ولا اجازته تولا واحدا " . ينظر المصدر السابق ، والانصاف ١٨٦/٧ .
(١) تنوير الحوالك شرح موطأ مالك ٣٢٩/٢ ، وقد روى الدارمي في سننه
ايضا هذا النص عن طريق يحيى أن أبا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم ثم
ساق الأثر بمثل ما ذكر . ينظر : سنن الدارمي ٤٢٤/٢ .
(٢) (يفع) يقوم على ثلاثة حروف أصول هي الياء والفاء والعين ، وهى
أصل واحد يدل على الارتفاع كما قال بذلك ابن فارس ، ولهذا فانه
يقول بعد ذلك : " فاليفع : ما علا من الأرض ، ومنه يقال : أيفع
الغلام اذا علا شبابه فهو يافع لا موفع " ويقول الفيروز ابادى : " ويفع
==

عشر سنين أو اثنتي عشرة سنة قال فأوصى بيثر جشم فباعها أهلها بثلاثين الف درهم . . " فقد أجاز عمر - رضي الله عنه - وصيته وقد أشتهر فعله هذا بين الصحابة فلم ينكر عليه أحد .
وبما ورد عن عثمان ^(١) أنه أجاز وصية غلام عمره احدى عشرة سنة .^(٢)

== الجبل كمنع صعده ، والغلام راهق العشرين كأيقع وهو يافع لا موفع ،
واليافعات من الأمور ماعلا وغلب منها فلم يطق ومن الجبال الشمخ ،
والميفعة الشرف من الأرض .

ينظر : معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٦/١٥٧ ، مادة (يفع) والقاموس
المحيط للفيروز ابادى ٣/١٠٢ مادة (اليفع) .

(١) والمراد أمير المؤمنين أبو عمرو ، وقيل أبو عبد الله عثمان بن عفان ابن
أبي العاص بن أمية بن عبد شمس بن عبد مناف بن قصي الأموي ،
يجتمع مع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في عبد مناف ، وهو ثالث
ال خلفاء الراشد ين ، ومن كبار فقهاء الصحابة رضوان الله عليهم ، فقد
روى سهل بن أبي خيثمة أنه كان من المفتين على عهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم ، وكان أبو بكر - رضي الله عنه - اذا نزل به أمر
يريد فيه مشاوره أهل الرأي والفقهاء رجالا من المهاجرين والانصار
دعا عمر وعثمان وعليه . . وقد مضى أبو بكر على ذلك ثم ولي عمر
رضي الله عنه ، فكان يدعو هؤلاء النفر ، وروى ابن عون عن ابن
سيرين قال : " كانوا يرون أعلم الناس بالمناسك عثمان بن عفان ، ولأنه
ما من حادثة حدثت في الفرائض وغيرها الا وله فيها قضية مرضية
وحكومة ماضية .

قتل رضي الله عنه يوم الجمعة في ذى الحجة سنة خمس وثلاثين ، وهو
صائم ، قال الواقدي : كان ابن اثنتين وثمانين سنة ، وقال قتادة : ابن
تسع أو ثمان وثمانين ، وكانت خلافته اثنتي عشرة سنة الا أيام . انظر :
طبقات الفقهاء ص ٤٠ - ٤١ .

(٢) انظر : نتائج الأفكار في كشف الرموز والاسرار ١٠/٤٣١ .

ونوقش هذا الدليل : بأن هذا الأثر محمول على أن الصبي المميز كان قريب العهد بالبلوغ فسمي يافعا مجازا تسمية للشئ باسم ما كان عليه ، = ولهذا لم يستفسر عمر - رضي الله عنه - عن وصيته هل هي في القرب أو غيرها = وأنه كان بالغاً لم يمض على بلوغه زمان كثير .

ويحتمل أن وصية الغلام كانت في تجهيزه وأمر دفعه ، وذلك جائز عند الحنفية^(١) ، ولهذا يقول الطحاوي^(٢) في تقوية رأى الحنفية^(٣) : " ان الاحتجاج بهذا الأثر المروى عن عمر - رضي الله عنه - لا يصح من الشافعي - على أحد قوليه بصحة الوصية من الصبي - لأنه مرسل ، ان هو من رواية عمرو بن سليم ، وهو لم يدرك عمر ،

-
- (١) انظر : حاشية ابن عابد بن ٦/٦٥٧ ، وتبيين الحقائق ٦/١٨٥ .
(٢) الطحاوي هو أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي ، من أكابر فقهاء الحنفية ، انتهت اليه رئاسة أصحاب أبي حنيفة بصصر ، ولد سنة ثمان وثلاثين ومائتين ، وأخذ العلم عن أبي جعفر ابن أبي عمران ، وعن أبي حازم وغيرهما ، وكان شافعيًا يقرأ على أبي ابراهيم المزني فقال له يوما : " والله لا جاء منك شيء ففضب أبو جعفر من ذلك فانتقل الى ابي جعفر ابن أبي عمران . فلما صنف مختصره قال : رحم الله ابا ابراهيم لو كان حيا لكفر عن يمينه " .
له تصانيف منها اختلاف العلماء ، والشروط ، وأحكام القرآن ، ومعاني الآثار ، توفي سنة ٣٢١ هـ .
انظر : طبقات الفقهاء ص ١٤٢ .
(٣) انظر : حاشية ابن عابد بن ٦/٦٥٧ ، فقد اقتبس .

والمرسل لا يحتج به الشافعي الا بشروط ، ويقول^(١) ابن حزم :
" وأما قولهم : انه فعل عمر بحضرة الصحابة - رضي الله عنهم -
ومثله لا يقال بالرأى فلا حجة في أحد دون رسول الله - صلى
الله عليه وسلم - ، ثم انها لا تصح عن عمر ، ولا عن ابن مسعود^(٢)
لأن أم عمرو بن سليم مجهولة ، وعمرو بن سليم لم يدرك عمر ،
ولا يدري من رواه عن ابن مسعود ، وقد خالفهما^(٣) ابن عباس ،
اذ لم يجز وصية الصبي حتى يحتلم ، ثم قال ابن حزم بعد ذلك^(٤)
هو مخالف لقوله تعالى^(٥) : " وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا
النكاح فان آنتم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم " فهذه
الآية دلت على أن الصبي ممنوع عن ماله حتى يبلغ ، فصح أنه
لا يجوز له حكم في ماله ، وتخصيص الوصية في ذلك خطأ وأما ما
نسب الى عثمان قلعله كان عن اجتهاد منه ، وكذلك ما نسب الى
عمر على فرض صحته .

-
- (١) المحلي لابن حزم ٤٠٥/٩ .
(٢) انه روى مالك عن طريق ابن وهب عن رجال من أهل العلم عن عبد الله
ابن مسعود أن عمر أجاز وصية الصبي ، وقال ابن مسعود : " من
أصاب وجه الحق اجزناه " .
انظر : المدونة الكبرى للإمام مالك ٣٣/٦ .
(٣) انظر : المحلي لابن حزم ٤٠٣/٩ .
(٤) المصدر السابق .
(٥) سورة النساء آية (٦) .

واستدلوا ثانيا : لصحة وصية الصبي المميز : بأن الوصية لاتزيل ملك الصبي فى الحال وفيها نظر ومصلحة له بتحصيل التقرب الى الله تعالى ، واذا لم تنفذ الوصية يبقى ماله ملكا لغيره فكانت الوصية أولى ، ولأن الوصية أخت الميراث ، والصبي فى الاث عنه بعد موته كالبالغ فكذا فى الوصية ^(١) .

ونوقش هذا الدليل : بأن الصبي بتركه المال على ورثته يحرز الثواب فلا يتعين النفع بالوصية ، ولأن الصبي اذا أوصى ثم مات بعد الادراك لم تجز وصيته لعدم أهليته وقت المباشرة ، وكذا لاتجوز اذا قال اذا أدركت فثلث مالي لفلان وصية ، لأنه ليس بأهل لقول ملزم فلا يملكه تنجيها ولا تعليقا كما فى الطلاق ^(٢) .

وحجة القائلين بعدم صحة الوصية من الصبي المميز : أن الوصية تجزع ، والصبي المميز ليس أهلا له ، فلا تصح منه كالهبة والصدقة ، وذلك لأن المعتبر فى النفع والضرر النظر الى أوضاع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم الحال ، بدليل عدم وقوع طلاقه ، وان كان متضمنا نفعا فى بعض الأحوال = فانه لا يملكه ولا وصيه ، ولأن قوله غير ملزم ، لتصور أهليته ، وتصحيح وصيته يؤدى الى القول بأن قوله ملزم ^(٣) ، وذلك مخالف لقوله صلى الله عليه وسلم : ^(٤)

(١) تبين الحقائق ١٨٥/٦ .

(٢) المصدر السابق . وانظر : الهداية شرح بداية المبتدى ٢٣٤/٤ .

(٣) تبين الحقائق ١٨٥/٦ ، وانظر : الهداية ٢٣٤/٤ .

(٤) وتامه : " عن المجنون المغلوب على عقله حتى يبرأ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتكم " ودرجته صحيح السند =

" رفع القلم عن ثلاثة " والوصية عقد ، فتأخذ حكمها كسائر العقود الأخرى .

وبالموازنة بين الرأيين ، نعمل الى ترجيح القول بعدم صحة الوصية من الصبي المميز من جهة أن الوصية انما جازت وشرعت لسد ما توجبه الضرورة ، أو للوفاء بما تقتضيه الحاجة من استدراك المكلف ما عسى أن يكون قد فاتته في حياته من واجبات ، أو تنفيذ ما يرغب فيه من بر وصلات ، والصبي لا يزال في مقتبل حياته فليس بسبيل من أن يفوته شيء من ذلك ، ولذلك فانه لا موجب لاستثائها من التبرع الذي منع منه ^(١) .

مسلك قانون الوصية المصرى .

أما قانون الوصية المصرى فانه لم يجز وصية من لم تبلغ سنه ثاني عشرة سنة شمسية ، فاذا بلغها جازت وصيته باذن المجلس الحسبى ، جاء ذلك صريحا في المادة الخامسة ^(٢) منه ونصها :
" يشترط للموصي أن يكون أهلا للتبرع قانونا على أنه اذا كان محجورا عليه لسفه أو غفلة أو بلغ من العمر ثاني عشرة سنة شمسية جازت وصيته باذن المجلس الحسبى " .

== رواية عائشة - رضي الله عنها - . ينظر الجامع الصغير في أحاديث البشير النذير ٢٤/٢ ، وقد روى الدارمي في سننه بمثل هذا اللفظ ينظر الجزء ١٢١/٢ ، من كتاب الحدود .

(١) عقد الوصية ٣٩ ، وانظر : شرح قانون الوصية ص ٦٠ .

(٢) شرح قانون الوصية ٢٧٤ .

هذا ومن المقرر قانونا أن الوصاية أو الولاية على المال تنتهى متى بلغ القاصر من العمر احدى وعشرين سنة ميلادية الا اذا رأى المجلس استمرارها .

ومن هنا : يلاحظ أن قانون الوصية المصرى ، قد وافق مذهب الحنفية فى بعض ما ذهب اليه رون البعض الآخر ، فقد وافقته فى اشتراط أهلية التبرع ، ولكنه قيدها بالأهلية القانونية ، ففى حين خالفه فى عدم جواز وصية من لم يبلغ سنه الثامنة عشرة أو بلغها ، ولم يأذن له المجلس الحسبي (١) .

.....

(١) المصدران السابقان .

وصية السكران :

اختلف الفقهاء في حكم وصية السكران حال سكره على قولين :
الأول : أن الشخص اذا سكر ، وأوصى في حال سكره ، فاما أن يكون قد سكر بمحرم ، وفي هذه الحال ، وصيته تعتبر صحيحة ، كما لو طلق حال سكره ، بمحرم فانه يقع طلاقه عقوبة له وتغليظا عليه فذلك الوصية حال السكر ، واما أن يكون قد سكر بمباح كما لو شرب السكر للتداوى ، أو كان سكره من البنج ، وفي هذه الحال وصيته باطله ، كما لو طلق حال سكره بمباح ، فان طلاقه لا يقع ، لانعدام اختياره ، وفقدان ارادته ، وبهذا قال الحنفية^(١) والشافعية^(٢) .

ففي تبين الحقائق للزيلعي^(٣) : " ... ولأنه زال عقله بسبب هو معصيه ، فيجعل باقيا زجرا له بخلاف ما اذا زال بالمباح حتى لو صدع رأسه وزال عقله بالصداع ، لا يقع طلاقه " .
وفي نهاية المحتاج^(٤) " ويشترط لنفوذ الطلاق التكليف (الا السكران)

-
- (١) تبين الحقائق ٢/١٩٦ من كتاب الطلاق ، وانظر : الوصية ٤٤ .
 - (٢) نهاية المحتاج ٦/٤١٤ من كتاب الطلاق ، وانظر : الوصية ٤٤ .
 - (٣) انظر الجزء الثاني ص ١٩٦ ، وقد نقل الزيلعي أن الكرخي والطحاوي ، قد اختارا عدم وقوع طلاق السكران ، حال سكره بمحرم ، لأنه لا قصد له كالنائم ، وذلك لأن شرط صحة التصرف العقل وقد زال فصار كزواله بالبنج وغيره من المباحات وهما بذلك قد وافقا جمهور المالكية والحنابلة وابن حزم ، المصدر نفسه .
 - (٤) انظر الجزء السادس ص ٤١٤ .

وهو من زال عقله بمسكر تعديا ، ويشله كل من زال عقله بما أثم به من نحو شراب أو دواء ، فإنه يقع طلاقه مع انتفاء مخاطبته حال السكر ، لعدم فهمه الذي هو شرط التكليف ونفوذ تصرفاته له وعليه . . .

الثاني : أن الشخص إذا سكر ، وأوصى في حال سكره ، فوصيته باطلّة مطلقا ، لأنه في هذه الحال غير عاقل ، ولا تمييز عنده ، أشبهه المجنون ، وبهذا قال المالكية ^(١) ، والحنابلة ^(٢) ، وابن حزم ^(٣) ، وهو اختيار الكرخي والطحاوي من الحنفية ^(٤) .

وبهذا العرض لأقوال الفقهاء ، إذا تلك المسألة نجد هم تد افتقوا على بطلان انشاء الوصية حال السكر إذا كان بباح .

وانما استثنى الحنفية والشافعية من كان سكره بمحرم حيث صححوا وصيته بناء على وقوع طلاقه إذا كان سكره بمحرم عقوبة له وتخليطا عليه ، فكذلك حال الوصية إذا أنشأها وهو نفس حالة سكر محرم .

-
- (١) انظر : الخرخي على مختصر خليل ١٦٨/٨ .
(٢) انظر : المغنى والشرح الكبير ٥٢٩/٦ ، وقد نقل صاحب الانصاف في هذه المسألة وجهين : أحدهما : لاتصح وصيته ، وقال أن هذا هو الصحيح من المذهب ، والوجه الثاني ، تصح وصيته .
انظر : الانصاف ١٨٧/٧ ، وانظر : كشاف القناع ٣٣٦/٤ .
(٣) انظر : المحلى ٢٤/٩ ، تحت مسألة : " ولا يجوز بيع من لا يعقل لسكر أو جنون ولا يلزمهما .
(٤) انظر : تبين الحقائق للزيلعي ١٩٦/٢ من كتاب الطلاق .

وبما أن الرأي المختار في تلك المسألة - أعنى مسألة الوصية
حال السكر بمحرم - لا يتضح إلا بإيراد ما استدل به الفريقان لما
ذهبوا إليه في مسألة طلاق السكران ، إذ أنها تعتبر أساساً
في الخلاف المشار إليه ، لذا فإنه من المناسب عرض ما استدلوا
به لمذهبهم ، ومناقشته = حتى ننتهى كما قلنا إلى الرأي الذي
نراه راجحاً على غيره وذلك على الوجه الآتي بيانه .

الأدلة والمناقشة

استدل من قال بوقوع طلاق السكران حال سكره بمحرم بما يأتي : -
أولاً : بقوله تعالى^(١) : " يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وانتم سكارى
حتى تعلموا ما تقولون " .

فدل على أنه مكلف فوجب نفوذ تصرفه .
ونوقش هذا الدليل بأن الإجماع^(٢) منعقد على أن شرط التكليف
العقل ، ومن لا يعقل ما يقول فليس بمكلف ، فيبطل القول بتكليفه
وأيضاً لو كان مكلفاً لوجب أن يقع طلاقه إذا كان مكرهاً على
شرب الخمر أو غير عالم بها وهم لا يقولون به^(٣) .

(١) النساء آية ٤٣ .

(٢) زاد المعاد لابن القيم ٤٠/٤ .

(٣) فقد جاء في حاشية الشلبي ما نقله الكمال عن علماء الحنفية فيمن شرب
الخمر مكرهاً أو لإسافة لقمة هل يقع طلاقه أو لا ؟ وقد اختار ما ذهب
إليه الأئمة الثلاثة وبعض مشايخ الحنفية من أنه لا يقع طلاقه فقال : " والأول
أحسن ، لأن موجب الوقوع عند زوال العقل ليس إلا التسبب في زواله
==

وأما خطابه^(١) فيجب حمله على الذى يعقل الخطاب ، أو على الصاحي ، وأنه نهى عن السكر اذا أراد الصلاة ، وأما من لا يعقل فلا يؤمر ولا ينهى ، وأما الزامه بجناياته فمحل نزاع لا محل اتفاق^(٢) ، وبهذه المناقشة يصبح هذا الدليل سندا للقائلين بعدم وقوع طلاق السكران .

ثانيا : وبأنه زال عقله بسبب هو معصيه ، فيجعل باتيا زجرا وعقوبة له .

ونوقش هذا الدليل بأن ايقاع الطلاق به عقوبة له غير سديد ، فان فى اقامة الحد عليه عقوبة له ، وقد حصل رضى الله سبحانه وتعالى من هذه العقوبة بالحد ، وعلاوة على ذلك فان العقوبة بالطلاق والتفريق بين الزوجين غير معهود فى الشريعة

== بسبب محذور وهو منتف ، تبين الحقائق مع حاشية الشلبي ١٩٦/٢ .

(١) انظر : زاد المعاد لابن القيم ٤١/٤ .

(٢) فقد قال عثمان التيمي : " لا يلزمه عقد ولا بيع = لأن السكران لا يدرى ما يقول ، والبيع قول أو ما يقوم مقامه ممن لا يقدر عليه ، ممن به آفة من الخرس أو بغمه آفة ، ومن لا يعي ما يقول لم يبيع شيئا ولا اشترى شيئا = وكذلك لا يلزمه حد الا حد الخمر فقط ، وهذه احدى الروايتين وعن احمد أنه كالمجنون فى كل فعل يعتبر له العقل ، والذين اعتبروا افعاله دون اقواله فرقوا بفترتين أحد هما ان اسقاط افعاله ذريعة الى تعطيل القصاص ان كل من اراد قتل غيره او الزنا أو السرقة أو الحرابة سكر وفعل ذلك فيقام عليه الحد . . .

الثاني : أن الغاء اقواله لا يتضمن مفسده لأن القول المجرد من غير العاقل لا مفسدة فيه بخلاف الأفعال ، فان مفسدها لا يمكن الغاؤها

==

الاسلامية^(١).

ثالثا : وأن ايقاع الطلاق به من باب ربط الأحكام بالأسباب ، فلا يؤثر فيه السكر^(٢) .

ونوقش هذا الدليل بأن ايقاع الطلاق بالسكر من باب ربط الأحكام بالأسباب غير صحيح ، فان هذا يوجب ايقاع الطلاق من سكر مكرها ، أو جاهلا بأنها خمر ، وبالجنون والمبرسم والنائم ، وايضا هل ثبت بأن طلاق السكران سبب حتى يربط الحكم به وهـل الخلاف الا فيه^(٣) .

واحتج من قال بعدم وقوع طلاق السكران مطلقا بالاية السابقة وهي قوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وانتهم سكارى حتى تعلموا ما تقولون " فجعل الله سبحانه قول السكران غير معتبر ، لأنه لا يعلم ما يقول^(٤) ، وقد سبق مناقشة ما وجه به الفريق الآخر هذه الاية . وبذلك تصح دليلا لهؤلاء .

= اذا وقعت اذ فيه ضرر محض بخلاف اقواله ، ثم يقول ابن القيم بعد ما ذكر هذين الفريقين : " فان صح هذا الفرقان بطل الاحقاق وان لم يصحاً كانت التسوية بين أقواله وأعماله متعينة " .
ينظر : المصدر السابق الجزء والصفحة نفسها ، وينظر : المحلى لابن حزم ٢٤/٩ ، وينظر تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ١٩٦/٢ ، ونهاية المحتاج ٤١٤/٦ .

- (١) زاد المعاد ٤١/٤ .
- (٢) زاد المعاد ٤٠/٤ ، وينظر : نهاية المحتاج ٤١٤/٦ .
- (٣) زاد المعاد ٤١/٤ . (٤) المصدر السابق

واحتجوا ايضا بما صح^(١) عنه - صلى الله عليه وسلم - أنه أمر بالمقر بالزنا أن يستنكه^(٢) ليعتبر قوله الذي أثر به أوليفى .
وسا رواه^(٣) فى صحيح البخارى بسنده = فى قصة حمزة حينما عقر بعيرى علي بن أبى طالب رضى الله عنه ولفظه : " وقال علي بن^(٤) بقر حمزة خواصر^(٥) شارفى^(٦) ، فطفق النبي - صلى الله عليه وسلم -

-
- (١) رواه البخارى بسنده عن أبى هريرة - رضى الله عنه - قال : " أتى رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو فى المسجد فناداه فقال : " يا رسول الله انى زنيته ، فأعرض عنه حتى ردد عليه أربع مرات ، فلما شهد على نفسه أربع شهادات ، دعاه النبي - صلى الله عليه وسلم - فقال : أبك جنون ؟ قال لا قال فهل أحصنت ؟ قال نعم . فقال النبي - صلى الله عليه وسلم : ان هبوا به فارجموه الحد يث^{انظر:} صحيح البخارى بشرحه فتح فتح البارى ١٢ / ١٢١ - من كتاب الحدود .
- (٢) هذه العبارة وردت زيادة فى حديث بريد ه بلفظ : " أشربت خمرا ؟ قال لا : " وفيه فقام رجل فاستنكه فلم يجد منه ريحا " ومعنى استنكه ، استشمه ، المصدر السابق ١٢٣ ، وانظر : صحيح مسلم ٢٨ / ٢٩٠ .
- (٣) انظر : صحيح البخارى مع شرحه فتح البارى ٩ / ٣٨٨ .
- (٤) " بقره كمنعه أى شقه ووسعه . . . والبقر المشقوق كالمبتور . . " القاموس المحيط ١ / ٣٧٥ . مادة (البقره) .
- (٥) خواصر جمع خاصره ، والخصر وسط الانسان ، وأخص القدمين وما بين أصل الفوق والريش . . جمع خصور وبالتحريك برد . . . والخاصر الشاكلة وما بين الحرقه والتصيرى ، ومخاصر الطريق أثر بها " المصدر السابق ٢ / ٢٠ مادة " الخصر " .
- (٦) الشرف محرقة العلو والمكان العالى .. ومن البعير سنامه جمع شرفا " واشراف وشرف محرقة ، والشارف من السهام العتيق القديم ومن النوق السنه الهرمه كالشارفه .. المصدر السابق ٣ / ١٥٧ مادة " الشرف " .

يلوم حمزة فاذا حمزة شمل^(١) محرمة عيناه ، ثم قال حمزة : " وهل
انتم الا عبيد لأبي ؟ فعرّف النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه
قد شمل ، فخرج وخرجنا معه " وهذا القول لو صدر من غير
سكران لكان ردة وكفراً^(٢) ، ولكن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم
يؤخذ حمزة بهذا القول ، ولهذا يقول ابن حجر^(٣) : " وهو ممن
أقوى أدلة الذي لم يؤخذ السكران بما يقع منه في حال سكره
من طلاق وغيره " .

(١) شمل كفتح ، والشمل محرمة السكر . . المصدر السابق ٣/٣٤٣

مادة (الشمله) .

(٢) انظر : زاد المعاد ٤٠/٤ .

(٣) وقد اعترض ابن المهلب بأن الخمر حينئذ كانت مباحة ، ولذلك فانه سقط
عنه حكم ما نطق به في تلك الحال ، وبسبب هذه القصة كان تحريم الخمر
الا أن ابن حجر قد أجاب عن هذا الاعتراض من وجهين " حيث قال
أما أولاً : فان الاحتجاج من هذه القصة انما هو بعدم مؤاخظة
السكران بما يصدر منه ، ولا يغير من الحال بين أن يكون الشرب مباحا
أو لا .

وأما ثانيا : - فدعواه أن تحريم الخمر كان بسبب قصة الشارفين ليس
بصحيح ، فان قصة الشارفين كانت قبل أحد اتفاقا ، لأن حمزة استشهد
بأحد ، وكان ذلك بين بدر وأحد عند تزويج علي بفاطمة ، وقد
ثبت في الصحيح أن جماعة اصطحبوا الخمر يوم أحد واستشهدوا
ذلك اليوم ، فكان تحريم الخمر بعد أحد لهذا الحد يست
الصحيح " ٩٠ هـ .

ينظر فتح الباري لابن حجر ٩/٣٩١ .

وبما رواه البخاري^(١) عن عثمان بن عفان حيث قال : " وقال عثمان : ليس لمجنون ولا لسكران طلاق " وبما قاله^(٢) ابن عباس : " طلاق السكران والمستكره ليس بجائز " وقد رواه ابن أبي شيبة عن وكيع عن أبي نؤب عن الزهري عن أبان بن عثمان عن أبيه ، وقد قال يمثل ما قال به ابن عباس عطاء^(٣) وابن طاووس والقاسم بن محمد واحتجوا أيضا بما صح^(٤) عن عمر^(٥) بن عبد العزيز أنه أتى بسكران طلق

-
- (١) انظر : صحيح البخارى مع شرحه فتح البارى ٣٨٨/٩ .
(٢) انظر : نفس المصدر .
(٣) انظر : نفس المصدر .
(٤) انظر : زاد المعاد ٤٠/٤ .
(٥) هو أبو حفص عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم بن أبي العاص ابن أمية الأموى .
مات سنة احدى ومائة ، وكانت خلافته سنتين وأشهرًا ، وهو واحد من كبار فقهاء التابعين بالمدينة .
قال مجاهد : " أتينا نعلمه فما برحنا حتى تعلمنا منه .
وقال ميمون بن مهران " كان العلماء عنده تلامذة .
وسأل رجل سعيد بن المسيب عن عدة أم الولد يموت عنها سيدها .
فقال : " سل هذا الغلام ، يعنى عمر وهو أمير المدينة ، فسأله فقال : " حيضه " .
انظر : طبقات الفقهاء ص ٦٤ .

فاستحلفه بالله الذي لا اله الا هو لقد طلقها وهو لا يعقل
حلف فرد اليه امرأته وضربه الحد .
قال ابن القيم : " وهو مذهب يحيى بن سعيد الانصارى وحفيد^(١)
ابن عبد الرحمن ، وربيعة ، والليث بن سعد ، وعبد الله بن الحسن^(٢)
واسحاق بن راهويه وأبي ثور والشافعي في أحد توليه ، واختاره
المزني^(٣) وغيره من الشافعية ومذهب أحمد في احدى الروايات
عنه وهي التي استقر عليها مذهبه وصرح برجوعه اليها . . . فقد
قال في رواية الميموني عنه : " وقد كنت أقول ان طلاق السكران

(١) انظر : زاد المعاد ٤٠/٤ .

(٢) يحيى بن سعيد هو : " أبو سعيد يحيى بن سعيد بن تيس الانصارى
مات سنة ثلاث وأربعين ومائة ، وكان قاضيا لأبي جعفر .
انظر : طبقات الفقهاء ص ٦٦ .

(٣) هو أبو الحارث الليث بن سعد بن عبد الرحمن مولى تيس بن رفاعه ،
وهو مولى عبد الرحمن بن خالد بن مسافر الفهمي ، وكان أصله من
أصفهان ، ولد سنة اثنتين وتسعين ، وقيل سنة أربع وتسعين ، كما قال
ذلك عن نفسه ، وهو المتيقن .

توفي في النصف من شعبان سنة خمس وتسعين ومائة .

وقد أخذ علمه عن ابن شهاب . انظر : طبقات الفقهاء ص ٧٨ .

(٤) هو ابو ابراهيم اسماعيل بن يحيى بن اسماعيل بن عمرو بن اسحاق
المزني مات سنة ٢٦٤ هـ بمصر ، وكان عالما زاهدا مجتهدا مناظرا
محججا غواضا على المعاني الدقيقة . صنف كتبا كثيرة منها : الجامع
الكبير . والجامع الصغير . ومختصر المختصر . والمنثور ، والمسائل المعتره
والترغيب في العلم ، وكتاب الوثائق ، قال فيه الامام الشافعي " المزني ناصر
مذهبي " انظر : طبقات الفقهاء ص ٩٧ .

يجوز حتى تبينه فقلت على أنه لا يجوز طلاقه ، لأنه لو أقر لم يلزمه ولو باع لم يجز بيعه ، وقال وألزمه الجنابة ، وما كان من غير ذلك فلا يلزمه " قال أبو بكر عبد العزيز وبهذا أقول وهذا مذهب أهل الظاهر كلهم ، واختاره من الحنفية أبو جعفر الطحاوي وأبو الحسن الكرخي " .

وبالموازنة بين الرأيين وأدلتهما يتضح لنا قوة رأى الحنابلة والمالكية وهو ما اختاره ابن القيم وابن حزم الظاهري ، وهو القول ببطلان وصية السكران مطلقا ، وذلك لأن من يقول بتصحيح وصية السكران حال سكره محرم ، إنما بنى ذلك على وقوع طلاقه حين سكره محرم تغليظا عليه لارتكابه المعصية ، وذلك لا يتعدى إلى وصيته ، فإنه لا ضرر عليه ، إنما الضرر على وارثه .^(١)

(١) وفي ذلك يقول ابن قدامة : " وأما إيقاع طلاقه ، فإنما أوتعه من أوقعه تغليظا عليه لارتكابه المعصية فلا يتعدى هذا إلى وصيته فإنــــه لا ضرر عليه فيها إنما الضرر على وارثه ، انظر : المغنى والشرح الكبير ٥٢٩/٦ ، ويقول ابن حزم : " مسئله - ولا يجوز بيع من لا يعقل لسكر أو جنون ولا يلزمهما لقول الله تعالى : " لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون " فشهد عز وجل بأن السكران لا يدري ما يقول ، ثم يقول بعد ذلك " وأجازه قوم ولا نعلم لهم حجة أصلا أكثر من أن قالوا : هو عصى الله تعالى عز وجل وأدخل ذلك على نفسه فقلنا نعم وحقه على ذلك العهد في الدنيا والنار في الآخرة إلا أن يخفر الله تعالى له وليس ذلك بموجب الزامه حكما زائدا لم يلزمه الله تعالى إياه . وهم لا يختلفون نفس سكران عربرد فوقع فانكسرت ساقه ، فإن له من الرخصة في الصلاة قاعدا كالذي لمن أصابه ذلك في سبيل الله تعالى ولا فرق ... ٣ نظروا المحلى : ٢٤٨

وايضا الزام السكران بوقوع طلاقه عقوبة له على سكره لا وجه له من حيث ان الشارع حدد للسكر عقوبة هي الجلد ، وازافة عقوبة أخرى عليها لا معنى لها وفوق ذلك ، فان ايقاع طلاقه عقوبة له على سكره ، لم تكن لتقتصر عليه وحده ، ولكن تتمعداه الى زوجته وأولاده ، وفي هذا من الضرر ما يفوق تلك العقوبة لاسيما وأن الأصل فيه المنع والحظر ، ان هو : " أبغض الحلال الى الله ، فتشريعہ استثنائي ، فيجب أن يقتصر فيه على محل الضرورة ، ولا يتوسع .^(١)

فمن هنا يتضح لنا أن القول بعدم وقوع طلاق السكران هو القول المتفق مع العقل الموافق للأصول ، ويتبع ذلك صحة القول ببطلان وصية السكران .

وما أخذنا به ، فقد أخذ به قانون الوصية المصري ، فقد ألغى وصية السكران مطلقا .

*** **

-
- (١) وما أخذنا به من القول بعدم وقوع طلاق السكران ، فقد أخذ به قانون حقوق العائلة اللبناني فقد نص في المادة (١٠٤) على أن " طلاق السكران غير معتبر " كما نص في المادة (١٠٢) على أن : " الزوج المكلف أهل للطلاق ، والتكليف انما هو بالبلوغ والعقل ، فقد جمعت هذه المادة الشرطين اللذين اشترطهما الفقهاء " في المطلق الذي يقع طلاقه ، كما ان الذي جرى عليه العمل في جمهورية مصر العربية عدم وقوع طلاق السكران ، ينظر : الزواج والطلاق في الاسلام للدكتور/ بدوان ٣١٥ .
- (٢) ينظر : الوصية للبرد يسي ٤٤ .

المبحث الثاني

الرشد وصية السفيه وذى الغفلة

معنى الرشد في اللغة :

رشداً (١) ، كقصر ، وفرح رشداً ورشداً ورشاداً اهتدى كاسترشداً ،
وأرشده الله ، والرشد الاستقامة على طريق الحق مع تصلب فيه ، والرشيد
في صفات الله تعالى الهادي الى سواء الصراط والذي حسن
تقديره فيما تدر "

معنى الرشد في الاصطلاح :

اختلفت أقوال السلف في تفسير الرشد (٢) ، فقال مجاهد هو
العقل ، وقال قتادة هو الصلاح في العقل والدين ، وقال ابن عباس
هو الصلاح في الأموال ، ولذلك يقول ابن جرير بعد أن ساق أقوال
السلف في تفسير الرشد : " وأولى هذه الأقوال عندي في معنى
الرشد (العقل واصلاح المال) لاجماع الجميع على أنه اذا كان
كذلك لم يكن ممن يستحق الحجر عليه في ماله ، وحوز ما في يده عنه
وان كان فاجراً في دينه . "

وما اختاره الطبري هو الذي أرشدت اليه الآية الكريمة ، ودلت
عليه بطريق الاشارة فان لفظ الرشد في قوله تعالى : " فان انستم
منهم رشداً " جاء منكراً ، أي نوعاً من الرشد ، وهو حسن التصرف

(١) انظر : القاموس المحيط ٢٩٤/١ مادة (ر ش د) .

(٢) انظر : جامع البيان للطبري ٢٥٣/٤ .

(٣) النساء آية : ٦ .

في شئون المال ، فعدل ذلك على أن المقصود الرشد الذي ينافي
الاسراف في المال ، وفي ذلك يقول الصابوني^(١) : " فما اختصاره
ابن جرير قوى من هذه الوجهة " .

هذا : وبعد أن تبين لنا معنى الرشد في اللغة والشرع ، نقول
هل الرشد شرط لصحة الوصية ، فلا تصح وصية غير الرشيد للسفاهة
أو لغيره ؟ للاجابة عن ذلك نقول : -

ان الفقهاء الأربعة : أبو حنيفة^(٢) ، ومالك^(٣) ، والشافعي^(٤) ، واحمد^(٥)
اتفقوا على عدم اشتراط الرشد لصحة الوصية ، ولذلك أجازوا

-
- (١) انظر : روافع البيان تفسير آيات الأحكام ١/٤٤١ .
(٢) يقول ابن عابد بن : " واعلم أن الحجر عند أبي حنيفة على الحسر
العاقل البالغ لا يجوز بسبب السفه والدين والفسق والغفلة ، وعندهما
يجوز بغير الفسق . . . الا في وصاياه بالقرب من الثلث فهو كبالغ
. . . " فعند أبي حنيفة تجوز وصية المحجور عليه للسفه ، والغفلة
وعند الصحابين لا تجوز الا في الطاعات والقرب في حدود الثلث .
ينظر حاشية ابن عابد بن ١٤٧/٦ وما بعد ها .
(٣) المدونة الكبرى ١٥/٣٢ ، ٣٣ ، والخرشي على مختصر خليل ٨/١٩٨ ،
ومواهب الجليل ٦/٣٦٤ .
(٤) وهناك قول آخر عند الشافعية بعدم صحة وصية السفه ، لكن المعتمد
هو الصحة . انظر : المجموع ١٥/٤١ ، وشرح روضة الطالب ٣/٤٩ ،
وحاشيتي قلهوي وعميرة ٣/١٥٧ ، ونهاية المحتاج ٦/٤٤٠ .
(٥) ففي المغنى والشرح فأما المحجور عليه لسفه ، فان وصيته تصح نفس
تباين قول احمد ، قال الخيري ، وهو قول الاكثرين ، وقال ابو الخطاب
في وصيته وجهان ، وقد صحح صاحب الانصاف وصيته ، وقال عنه أنه
هو المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب ، وجزم به في الوجيز وغيره . . .
==

(١) وصية السفية والمغفل ، وذلك لأن الوصية وان كانت تبرعاً ،
الا أن أثرها لا يظهر الا بعد الموت ، وأن المعنى الذى ثبت بموجبه
الحجر عليهما = وهو الخوف من اذاعة المال غير موجود فى
الوصية لأنهما ان عاشا فهو لهما ، وان ماتا لم يحتاجا الى غير
الثواب ، وقد تحقق لهما ذلك بالوصية ، وهما صحيحا العبارة
بدليل قبول اقرارهما بالعقوبة ، ونفوذ الطلاق ، بل انهما لوضعنا
من الوصية لكان الحجر لحق غيرهما وهو الوارث ، فى حين أن الوارث
قد حفظ الشارع حقه ، وذلك بمنع تنفيذ الوصية بأكثر من الثلث
الا باجازته .

وانا كان كل من السفية ، والمغفل مكلفا بالعبادات والطاعات
لأنهما كاملا الأهلية وقد يفوتهما أداء حق من الحقوق كالزكاة
والحج ، فمن حقهما أداء ذلك الحق عن طريق الوصية لدخولهما
فى الخطاب العام : " ان الله قد تصدق عليكم بثلاث أموالكم " (٣)

== وقال عن الوجه الثاني انه ضعيف . . . انظر : المغنى والشرح

الكبير ٥٢٩/٦ ، وانظر : الانصاف ١٨٥/٧ .

(١) السفية مأخوذ من السفه ويراد به تبذير المال وتضييعه على خلاف
مقتضى العقل والشرع ، والمغفل منسوب الى التغفل " هو من لا يهتدى
الى التصرفات الراضية بطريقة سليمة ، فيغيب فى البياعات لعدم
فطنته وسلامة نيته ، وطيبة قلبه .

(٢) انظر : المصادر السابقة .

(٣) وتامه : " عند وفاتكم ، زيادة فى حسناتكم ، ليجعلها لكم زكاة فى
أعمالكم " . رواه الدارقطنى بسنده عن النبى صلى الله عليه وسلم

انظر : سنن الدارقطنى ١٥٠/٤ .

ولذا فان الحنفية^(١) اشترطوا لصحة تلك الوصية أن تكون في القرب، ووجوه البر، لأنها ضرب من العبادة، والعبادة منهما صحيحة، لصحة عبارتهما، وذلك على وجه الاستحسان^(٢)، وأما قياساً فانها لاتجوز كتبرعاتهما، وكما لو كانت وصيتهما في غير قربه فانها لاتنفذ، في حين أن غيرهم من الفقهاء سوى بين القربات وغيرها ولم يقيدوا وصيتهما بشئ.

وكما أن الفقهاء اتفقوا على عدم اشتراط رشد الموصي لصحة الوصية وقت انشائها، فانهم متفقون كذلك على بقائها صحيحة فيما لو أنشأ وصيته وهو رشيد، ثم عرض له الحجر لسفه أو غفله ولو اتصل الحجر بالموت، وذلك لأن الحجر للسفه أو الغفلة لايزيل أهليته، ولا يمنع من الرجوع في الوصية لو أراد ذلك والا فانها تبقى صحيحة، وتنفذ بعد وفاته من الثلث^(٣).

(١) انظر: حاشية بن عابدين ١٤٩/٦ .

(٢) وذلك عند صاحبي أبي حنيفة أبو يوسف ومحمد، فانها تالا بالحجر على السفه وذى الغفلة، ووجه الاستحسان: أن الحجر عليهما للمحافظة على مالهما، كي لا يتلف ويبقيا كلا على غيرها، وذلك في حياتهما لا فيما ينفذ من الثلث بعد وفاتهما حال استغنائهما، وذلك اذا وافق وصايا أهل الخير والصلاح كالوصية بالحمـج أو للمساكين، أو بناء المساجد والأوقاف، والتناظر والجسود، وأما اذا كانت في غير القرب فانها لاتنفذ .

انظر: المصدر السابق .

(٣) المصدر السابق، وانظر: شرح قانون الوصية للشيخ أبو زهرة ٥٩ .

سلك قانون الوصية المصرى : -

أما قانون الوصية المصرى فقد خالف الفقهاء الأربعة فاشتراط لصحة الوصية رشد الموصى فى حين أنهم لم يشترطوا ذلك فأجازوا وصية السفه والمغفل كما قدمنا .

الا أن القانون على الرغم من اشتراطه ذلك الشرط - وهو - الرشد - فانه لم يجعله لازما فى جميع صور الوصية ، فقد استثنى العاقل المحجور عليه لسفه أو غفلة ، والعاقل غير المحجور عليه الذى بلغ من العمر ثمانى عشرة سنة شمسية ، فأجاز وصيتها اذا أدنىت المحكمة الحسبية بذلك ، فقد ورد ذلك صريحا فى المادة الخامسة (١) : " يشترط للموصى أن يكون أهلا للتبرع قانونا على أنه اذا كان محجورا عليه لسفه أو غفلة أو بلغ من العمر ثمانى عشرة سنة شمسية جازت وصيته باذن المجلس الحسبي " .

لكن القانون بهذا التقييد (٢) = وهو استئذان المحكمة الحسبية = قد يفوت على السفه أو المغفل مصلحته فى الايصاء اذا كان نسي مرضه الأخير ، أو فى سفر بعيد لـخـير بيتفيه من وراء ذلك لأنه وقع فى وقت لا مجال فيه للاستئذان .

لذلك فانه لا مبرر لهذا التقييد الذى اشتمل عليه القانون ، ومن ثم فان ما ذهب اليه الفقهاء الأربعة من عدم اشتراط الرشد ،

(١) انظر : شرح قانون الوصية ٢٧٤ .

(٢) انظر : المصدر السابق ٥٧ ، ٥٩ ، ٦٠ ، ٦١ .

في الموصي هو الأولى ، لأن الحجر انما ثبت في حق المحجور عليه لصيانة ماله ، وللمحافظة على شخصه من الضياع ، وذلك لا يتنافى مع الوصية ، لكونها لا تنفذ الا بعد موته ، في دائرة الثلث .

على أنه يمكننا أن نسلك طريقاً وسطاً نوفق به بين رأى الفقهاء ورأى القانون . فنقول اذا أنشأ المحجور عليه لسفه أو غفلة وصيته فان كانت في سبيل الخير والبر فهي نافذة عند الجميع ، وأما ان كانت في غير سبيل الخير فان للمجلس الحسبى ابطالها .

فهذا توسط حسن ، نتقي به ضرر الافراط في التمسك بالان ، كما هو رأى القانون ، وتحقق به غرض الفقهاء وشرطهم ، وهو عدم حسواز الوصية الا اذا كانت في سبيل لا شرفيه ، وبه نأخذ .

هذا : وبعد أن عرفنا مخالفة القانون للفقهاء في مسألة اشتراط الرشد لصحة الوصية عند انشائها ، نقول انه قد اتفق معهم على بقاء الوصية صحيحة فيما لو أنشأ الموصي وصيته وهو رشيد ثم عرض له الحجر لسفهه أو غفلته ، فانها تبقى صحيحة ما لم يرجع عنها قبل وفاته .

جا^(١) ذلك صريحا في مادته السادسة عشرة ونصها :

” لا تبطل الوصية بالحجر على الموصي لسفه أو الغفلة ”

(١) انظر : المصدر السابق ٢٧٥ ، وانظر : الوصية للبرديسى ٤١/٤٠

المبحث الثالث

الاسلام

وفيه مطالب :

- المطلب الأول : وصية الذمي
- المطلب الثاني : وصية المستأمن
- المطلب الثالث : وصية الحربى

قبل بيان تلك المطالب يحسن بنا أن نوضح هل الاسلام شرط لصحة الوصية أم لا ؟ فنقول :-

لا يشترط فى الوصي أن يكون مسلما ، وذلك لأن المقصود من الوصية فى الأصل أنها صلة يصل بها الوصي قريبا له أو عزيزا عليه أسدى اليه فى حياته معروفا ، أو قدم له جميلا ويريد بذلك أن يكافئه ، أو قرينة يتقرب بها الانسان الى ربه .

لأجل ذلك فانه - لا يشترط لصحتها كون الوصي مسلما - فتصح من المسلمين ومن غيرهم ، لكنها اذا صدرت من غير المسلم فان لها أحكاما خاصة^(١).

وذلك لأن غير المسلم اما أن يكون مقيما فى دولة اسلامية اقامة دائمة ومتجنسا بجنسيتها بحيث يصبح من رعاياها فهذا يسمى " ذميا " واما أن يكون قد دخل دار الاسلام بأمان ليقيم فيها مدة محددة

(١) انظر : بدائع الصنائع ٩/٤٨٤٨ ، ونتائج الأفكار فى كشف الرموز

من غير اكتساب جنسية ولا رعوية ، وهذا يسمى " مستأنا " .
وأما أن يكون في بلاد الحرب الذي ليس بينها وبين دار الاسلام
عهد ولا أمان ، وهذا يسمى " حربيا ^(١) " ، وفي ذلك يقول الكاساني :
" وأما اسلام الموصي فليس بشرط لصحة وصيته ، فتصح وصية الذمسي
بالمال للمسلم ، والذمي في الجملة ، لأن الكفر لا ينافي أهلية التملك
الآتري أنه يصح ببيع الكافر وهبته فكذا وصيته ، وكذا الحربسي
المستأمن اذا أوصى للمسلم أو الذمي يصح في الجملة لما ذكرنا ... "
وحيث تبين لنا ما تقدم عدم اشتراط اسلام الموصي ، وبما
أن وصايا غير المسلمين تختلف في بعض حالاتها عن وصايا المسلمين
ما يستوجب معه بيان تلك الوصايا في المطالب التالية : -

... ..

المطلب الأول : وصية الذمسي

إذا أوصى الذمي بوصايا وكانت من قبيل التملك والصلوات
الشخصية ، فانها تكون كوصايا المسلم ، في حكمها في أنه لو أوصى
بأكثر من الثلث أو لبعض ورثته فان ذلك لا ينفذ الا بعد الاجازة
من قبل الورثة ، لأنه التزام بحكم الاسلام فيما يرجع الى المعاملات
ولو أوصى لغير ملته فانه يجوز اعتبارا بالارث ، ان الملل غير الاسلام
واحد ، وفي ذلك يقول في شرح الهداية ^(٢) : " ولو أوصى الذمسي

(١) الوصية : ٤١ وما بعدها .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ١٠ / ٤٨٤٨ .

(٣) انظر : الهداية شرح بداية المبتدى لأبي الحسن المرغيناني ٤ / ٢٥٧ .

بأكثر من الثلث ، أو لبعض ورثته لا يجوز اعتبارا بالمسلمين ، لأنهم التزموا أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ، ولو أوصى لخلاف ملته جاز اعتبارا بالارث ، اذ الكفرطة واحدة " .

وفي المغني ^(١) : " ولو أوصى لوارثه أو لأجنبي بأكثر من ثلثه وقف على اجازة الورثة كالمسلم سواء " فاذا أوصى الذي لأحد أقاربه أو أصدقائه غير الذميين جازت وصيته ، ولو كان الموصى له غيبا ^(٢) .
أما اذا أوصى بوصايا ، وكانت تدخل في باب القربات فهي تنقسم أربعة أقسام :-

الأول : - أن يوصي بما هو قرينة في حقنا وحقهم ، كما اذا أوصى أن يسرح في بيت المقدس ، من ماله بعد موته ، أو أوصى بثلث ماله أن يتصدق به على فقراء المسلمين أو على فقراء أهل الذمة ، ونحو ذلك ، جاز بالاتفاق سواء كانت الوصية لقوم معينين أو لا ، لأنه وصية بما هو قرينة حقيقة ، وفي معتقدهم أيضا ^(٣) .

الثاني : - أن يوصي بما لا يكون قرينة لا في حقنا ولا في حقهم كما اذا أوصى للنائحات والمغنيات ، فان هذا غير جائز اتفاقا لأن هذا معصية في حقنا وفي حقهم .

(١) انظر : المغني والشرح الكبير ٦ / ٥٣٠ .

(٢) عقد الوصية ٤١ ، والسراج الوهاج على متن المنهاج ٢٣٦ .

(٣) انظر : الهداية ٤ / ٢٥٧ ، وبدائع الصنائع ١٠ / ٤٨٦٢ .

الثالث : أن يوصى بما هو قربة عند المسلمين ، وليس بقربة عند غير المسلمين ، كما اذا أوصى بالحج ، أو بأن يبني مسجداً للمسلمين ، أو بأن تخرج مساجد هم ، فهذه الوصية باطلة باتفاق علماء الحنفية كما في القسم الثاني ، لأنه معصية عندهم ، فبطلت اعتباراً لاعتقادهم ، إلا أن تكون لقوم بأعيانهم ، فتصح باعتبار التملك ، لأنهم معلومون أى يحصى عددهم ، وما ذكره من الجهة من اسراج المساجد ، ونحوه ، خرج منه على طريق المشورة ، لا على طريق الالزام ، حتى لا يلزمهم أن يصرفوه في الجهة التي عينها هو بل يفعلون به ما شاءوا ، لأنه ملكهم .
والذى يؤخذ من مذهب الشافعية واحد ومالك أن الوصية في هذا القسم صحيحة ، خلافاً للحنفية ، لأن الموصى به قربة عند المسلمين ، وهم يعتبرون القربة المطلوبه ، أن تكون في نظر الاسلام قربه ^(١) .

وبالموازنة نجد أن الرأى الذى أخذ به الشافعية وأحمد ومالك أولى بالقبول من رأى الحنفية ، لما فيه من احترام ارادة الموصى ، وتنفيذ رغبته ، ولأن الموصى به قربة في الحقيقة والواقع ، وان لم يكن قربة في اعتقاده ، على أن المصلحة الاجتماعية

(١) المدونة ١٩/١٥ ، وانظر : مواهب الجليل ٣٦٥/٦ ، وانظر : المغنى والشرح الكبير ٥٣٠/٦ ، ففيه : " ولا تصح وصية الذمي الا بما تصح به وصية المسلم للمسلم " وانظر : عقد الوصية ٤١ . وانظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد أبوزهرة ص ٥٤ .

تقضي بعدم رد مثل هذه الوصايا التي توثق الصلات ، وتقوى الروابط ، فقد يرغب بعض الأثرياء من غير المسلمين في الوصية ببناء المساجد بجزء من ماله للانفاق على عمارتها ، واصلاح شؤونها تأكيدا للصلات بينه وبين العمال من المسلمين .
ففي اجازتها تحقيق اليسر ورفع الحرج ، وقد أشارت الى ذلك المعنى المذكورة التفسيرية لقانون الوقف المصرى حينما عرضت لشرح المادة السابعة وبيان مسوغات جواز وقف غير المسلم على ما هو قربة عندنا وليس قربة في ملته ، وذكرت أن ذلك مذهب الشافعية والحنابلة^(١) .

الرابع : أن يوصي بما هو قربة عندهم ، وليس بقربة عندنا كبناء الكنيسة ، أو بيت نار ، ونحو ذلك لقوم غير معينين ، وهذا القسم مختلف في حكمه بين الامام أبي حنيفة وصاحبيه فالاسام أبو حنيفة يقول بجواز الوصية فيه ، والصاحبان يقولان انها باطلة وقد قال بذلك أيضا الحنابلة ، والشافعي وأبو ثور .
ووجه قول الصاحبين ومن وافقهما أن الموصى به معصيه حقيقة ، وان كان في معتقدهم قربة ، والوصية بالمعصية باطلة ، لما في تنفيذها ، من تقرير المعصية .

ووجه قول أبي حنيفة ، أن هذه قربة في معتقدهم ، ونحن أمرنا بتركهم وما يدنون ، فتجوز بناء على اعتقادهم ، وهذا الرأي الأخير أقوى لقوة دليله ، ولما فيه من اليسر ورفع الحرج .
هذا ، وان كانت الوصية بهذا النوع لقوم معينين ، فانها تكون جائزة باجماع علماء الحنفية ، وتكون تملিকা لهم ، ولا يلزمهم

(١) انظر: شرح قانون الوصية ، وعقد الوصية الصفحتين نفسيهما .

جعلها كنيسة .

وننتهى فيما تقدم الى أننا اذا أخذنا بذهبي الشافعية والحنابلة في القسم الثالث، ويرأى أبى حنيفة في القسم الرابع كانت وصية غير المسلم صحيحة في جميع الحالات الا فى حالة واحدة ، وهى ما اذا كانت الوصية بما هو معصية فى حقنا وحقهم وهو القسم الثاني (١) .

ونظراً لقوة ما احتج به لهذا الرأى ، ولما فيه من الفرق ورفع الحرج عن الموصين من غير المسلمين ، فقد أخذت به الفقرة الأخيرة من المادة الثالثة من قانون الوصية المصرى ، حيث قضت بصحة وصية غير المسلم الا اذا كانت محرمة فى شريعته ، وفى الشريعة الاسلامية ، ونصها (٢) : " واذا كان الموصى غير مسلم صحت الوصية الا اذا كانت محرمة فى شريعته وفى الشريعة الاسلامية ، وعلى ذلك فوصية غير المسلم تصح قانوناً فى ثلاث حالات : -

- ١ - أن تكون وصيته جائزة فى شريعته وعند المسلمين .
- ٢ - اذا كانت وصيته جائزة فى شريعته محرمة عند المسلمين .
- ٣ - اذا كانت وصيته محرمة فى شريعته جائزة عند المسلمين ، وتبطل فى حالة واحدة وهى ما اذا أوصى بما هو محرم

(١) انظر : نتائج الأفكار فى كشف الرموز والاسرار ١٠/٤٩٣ - ٤٩٤ .
وحاشية بن عابد بن ٦/٦٩٦ ، وانظر : الهداية شرح بداية المبتدى
٤/٢٥٦ - ٢٥٧ ، وتبيين الحقائق ٦/٢٠٥ ، والمغنى مع الشرح الكبير

الوصية ٤١ ، ٤٢ .

(٢) انظر : شرح قانون الوصية ٢٧٣ .

في شريعته وعند المسلمين^(١) .

وصية الذمي للمسلم :-

جا^(٢) في المغني لابن قدامة : " ولا تصح وصية الذمي للمسلم الا بما تصح به وصية المسلم للمسلم " وعليه ، فلو أوصى الذمي للمسلم بخرم أو خنزير ، فإنه لا يجوز ، لأن المسلم ممنوع من تملكها أما اذا أوصى بما سوى الخمر والخنزير ، فيصح منه ذلك ، وتجوز منه كما تجوز من المسلم للمسلم = فقد جا^(٣) في المدونة للإمام مالك : " قلت رأيت ان أوصى ذمي الى مسلم . قال : قال مالك : " ان لم يكن في تركته الخمر أو الخنازير أو خاف أن يلزم بالجزية فلا بأس بذلك " .

وذلك ، لأنهم مثل المسلمين في المعاملات بمقتضى عقد الذمة " لهم مالنا وعليهم ما علينا " . ولأن التبرع جائز حال الحيابة اتفاقا ، فكذا يجوز التبرع المضاف الى ما بعد المات ، ولأن الوصية من الذمي للمسلم عطية من مالك ملكا تاما لمتك يصح تملكه ، لأنه لم يوجد هناك مانع ، فتكون جائزة لصدورها من الأهل في المحل^(٤) .

(١) انظر : عقد الوصية ٤٣ .

(٢) انظر : المغني والشرح الكبير ٥٣٠/٦ .

(٣) انظر : المدونة ١٩/١٥ .

(٤) انظر : نتائج الأفكار ٤٢٦/١٠ ، وانظر : تبين الحقائق ١٨٤/٦ .

وعقد الوصية ٤٣ ، وانظر : التاج والاكلیل لمختصر خليل ٣٦٥/٦ .

المطلب الثاني : وصية المستأمن

وصية المستأمن للمسلم أو الذمي أو لستأمن مثله جائزة ولو بكل ماله ، إذا كانت ورثته في دار الحرب ، لأن امتناع الوصية بما زاد ، على الثلث لحق الوثقة ، وليس لورثته حق مرعي ، لكونهم نفسى دار الحرب ، ولأن حرمة ماله باعتبار الأمان ، والأمان كان لحقه لا لحق ورثته ، فلا يتعداه اليهم ، ولو أوصى ببعض ماله أخذت الوصية ويرد الباقي على ورثته مراعاة لحق المستأمن ، لأن من حقه تسليم ماله الى ورثته عند الفراغ عن حاجته ، وما زاد على مقدار ما أوصى به فارغ عن ذلك .

أما إذا كان ورثته معه في دار الاسلام ، وأوصى بما زاد على الثلث توقفت وصيته فيما زاد على اجازتهم^(١) ، وقد علل الزيلعي لصحة وصية الحربي المستأمن أو الذمي " بأنه أهل للتطبيق منجزا كالهبة ونحوها ، فكذا يكون أهلا للتطبيق مضافا الى ما بعد الموت ."^(٢)

مسلك قانون الوصية المصرى :

اشترط القانون لصحة الوصية من غير المسلم أن لا تكون محرمة في شريعة الموصى له ، وفي الشريعة الاسلامية معا ، جاء ذلك صريحا في الفقرة الثانية^(٣) من المادة الثالثة ، " وإذا كان الموصي غير مسلم

(١) نتائج الأفكار في كشف الرموز والاسرار ١٠٠/١٩٥ ، وانظر: البحر

الرائق ٨/٢٥٠ ، ورد المختار ٦/٦٩٧ .

(٢) انظر : تبين الحقائق ٦/٢٠٥ ، ٢٠٦ .

(٣) انظر : شرح قانون الوصية ٢٧٣ .

صحت الوصية ، الا اذا كانت محرمة في شريعته وفي الشريعة الاسلامية " .

وعلى ذلك فحكم المستأمن في الوصية حكم الذي تصح منه للمسلم وللذمي وللمستأمن ، فاذا أوصى بأكثر من الثلث ، توقف نفاذ وصيته في الزيادة على اجازة ورثته الموجودين في بلده الأصلي الا اذا كان قانون هذا البلد يمنع من التوارث ، فانها تنفذ من غير توقف على اجازة الورثة ، لانعدام حقهم في هذا المال ، وقد أشار الى ذلك المعنى قانون المواريث^(١) في فقرته الأخيرة من المادة السادسة بقوله " . . . واختلاف الدارين لا يمنع من الارث بين المسلمين ولا يمنع بين غير المسلمين الا اذا كانت شريعة الدار الأجنبية تمنع من توريث الأجنبي عنها " .

.....

(١) انظر: المواريث . . . في الشريعة الاسلامية للدكتور بدران ص

١١٥ ، وانظر : للمؤلف نفسه أحكام الوصايا والأوقاف ص ٣٩ .

المطلب الثالث : وصية الحرسي

وصية الحرسي لمثله صحيحة سواء كان مستأنا أو غير مستأمن مطلقا ، وكذلك تكون صحيحة للمسلم مالم يوص له بما يحرم الانتفاع به كالخمر ، فان ذلك غير جائز لعدم صحة امتلاكه لها ، بخلاف ما لو أوصى بها لكافر ، فان وصيته صحيحة ، لأنه يصح أن يمتلكها ، وفي ذلك المعنى ورد في مواهب الجليل ^(١) : " أن وصية الكافر جائزة للمسلم ، بكل شيء يملكه الكافر ، الا الخمر والخنزير ، وقد قال بذلك المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، ووافقهم من الحنفية أبو يوسف ومحمد ، واستدلوا لجواز الوصية من الحرسي ، كونه حرا مميزا مالكا ملكا تاما ، فيصح تصرفه لكونه صادرا من أهله في محله ^(٢) .

وقد وافقهم أبو حنيفة في جواز وصية الحرسي للمسلم اذا لم تكن في محرم ، وأما وصيته لغير المسلم ^(٣) ولو بمحرم ، فقد خالفهم

(١) ٣٦٥/٦ ، بتصرف ، وانظر : تبين الحقائق ١٨٣/٦ ، والمغنى مع

الشرح ٥٣١/٦ وما بعدها . وانظر : السراج الوهاج ٣٣٥ ، وقلوبى

وعيرة ١٥٦/٣ ، ١٥٧ .

(٢) انظر : المصادر السابقة .

(٣) غير المسلم اما أن يكون حربيا أو ذميا أو مرتدا ، وقد قسم الحنفية غير

المسلمين الى أربعة أقسام : -

(١) أهل ذمة ، وهم من أقاموا بين المسلمين ورضوا بحكمهم ودفع الجزية

اليهم ، وهؤلاء لهم ما لنا وعليهم ما علينا وهم من أهل الكتاب وعبدة

الأوثان من العجم أما وثنوا العرب فليسوا كذلك ولا يقبل منهم الجزية .

(٢) مرتدون وعبدة أوثان من العرب وهؤلاء لا يقبل منهم الا الاسلام

أو السيف ولا تقبل منهم جزية . =

في ذلك ، فأجازه ، وقد خالفه أصحابه أبو يوسف ومحمد ، وقد بينا ذلك عند الكلام على وصية الذمي ، وقد حكى ابن رشد ^(١) اتفاق الفقهاء الأربعة على صحة وصية الكافر اذا لم يوص بحرم فقال :
"وكذلك وصية الكافر تصح عندهم اذا لم يوص بحرم . . . "

فإذا أوصى حال وجوده في داره ، فان حكم وصيته يتبع ما هو معمول به عندهم ، ان لاشأن لنا بوصيته ، كما لا عبرة بتصرفاته الأخرى ، حيث انه ليس لنا ولاية عليه والحالة هذه ، أما اذا انتقل اليها ، وتمكن من الإقامة في دار الاسلام ، فانه يصير مستأناً ، ويجرى في حقه حكم المستأنين ، وأما اذا دخلت دار ذلك الحربي تحت حكم الاسلام بخليعة المسلمين عليها ، فانه يصير ذمياً ، فاذا أوصى الحربي في داره بوصية ، ثم أسلم أهل تلك الدار أو صاروا ذمة ، وترافعوا اليها بشأن تلك الوصية ، فانا نطبق في حقهم حكم الاسلام ^(٢) فان كانت باقية بعينها أجزائها ، وان كانت قد استهلكت قبل الاسلام أبطلناها ^(٣) ، وفي ذلك يقول صاحب الأصل ^(٤) : " فاذا أسلموا ، أو صاروا

== (٣) ذوعهد وهم من عاهد هم المسلمون على ترك الحرب وهؤلاء لا يحل قتالهم مادام عهدهم باقياً .

(٤) حربيون وهم غير من ذكرأى أنهم غير مسلمين ، وليسوا أهل ذمة ولا عهد ولا برتد بين وحكم الجهاد بالنسبة اليهم معروف ومقرر عند الفقهاء ، عقد الوصية للدكتور بدران ص ٤٠ .

(١) انظر : بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٢ / ٣٢٨ .

(٢) وفي ذلك يقول الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير ٤ / ٣٧٦ :

" وثمرة الصحة بالحكم بانفاذها اذا ترافعوا اليها " .

(٣) انظر : بدائع الصنائع ١٠ / ٤٨٤٨ ، وانظر : الوصية للبرديسي ٤٣ .

(٤) انظر : بدائع الصنائع الجزء ١ والصيغة نفسها ، فقد اقتبسها الكاساني عن صاحب الأصل .

نمة قدرنا على التنفيذ فننفيذها مادام الموصى به قائما ، فأما اذا صار مستهلكا ، أبطلنا الوصية والحقاها بالعدم ، لأن أهل الحرب اذا أسلموا أو صاروا نمة لا يؤخذون بما استهلك بعضهم على بعض ، وما اغتصب بعضهم من بعض بل يبطل ذلك ، كذا هذا ومثل ذلك الحكم ببطلان الوصية اذا استهلك قبل الاسلام ، مثله ما لو كانت تلك الوصية بمعصية ، كما لو كانت لسلم بخمر أو خنزير لعدم صحة تملكه لها .^(١)

وقد أخذ قانون الوصية بذلك ، فذهب الى صحة وصية الحربى اذا لم تكن محرمة فى شريعته ، وفى الشريعة الاسلامية ، فقال نسي الفترة الثانية من المادة الثالثة^(٢) : " واذا كان الموصى غير مسلم^(٣) صحت الوصية الا اذا كانت محرمة فى شريعته وفى الشريعة الاسلامية " .

*** **

-
- (١) انظر : حاشية الدسوتى على الشرح الكبير ٤/٢٢٦ ، ٢٢٨ .
(٢) انظر : شرح قانون الوصية ص ٢٢٣ .
(٣) انظر : هامش ص ٢٢٩ ، من المصدر السابق نفسه .

المبحث الرابع

وصية المرتد

المرتد لفة : هو من يستبدل بالاسلام الكفر ، فيرجع عنه السي

غيره ، وفي ذلك يقول الفيروز ابادى : ^(١) " والارتداد الرجوع " .

ويقول الشافعي ^(٢) : " ومن رجع عن شيء جاز أن يقال ارتد عن كذا " .

ويقول الله تعالى : " ولا تردوا على أدياركم فتقلبوا خاطرين ^(٣) " .
أى لا ترجعوا .

أما معناه شرعاً ^(٤) : " فهو من كفر بعد اسلامه ولو ميزا بنطق، أو اعتقاد أو شك ، أو فعل ، طائعا مختارا ولو هازلا ، سواء كان رجلاً أو امرأة " .

ثم ان المرتد ينقسم الى قسمين ، فطرى وملتى ^(٥) .

فالمرتد الفطرى : هو الذى ارتد بعد أن ولد على الاسلام، أو هو من انعدت نطفته حال اسلام أحد أبويه .

والمرتد الملتى : هو الذى أسلم عن كفر ، ثم كفر .

وهذا التقسيم ^(٦) لم يقل به من الفقهاء غير الامامية .

(١) انظر : القاموس المحيط للفيروز ابادى ٢٩٤ / ١ مادة (رده)

(٢) انظر : الأم للشافعي ٢٢٧ / ٤ .

(٣) سورة المائدة آية ٢١ .

(٤) انظر : نيل المآرب بشرح دليل الطالب ١٥٢ .

(٥) انظر : الوصية وأحكامها ص ٢٠٨ .

(٦) انظر : المصدر السابق .

وقد رتبوا على هذا التقسيم أحكام المرتد ، فقالوا بالنسبة للمرتد الملبى ، يستتاب ثلاثة أيام على الأشهر عندهم ، فان تاب (١) والا قتل وحكم بخروج أمواله عن ملكه حينئذ .

وأما فيما يتعلق بالمرتد الفطرى ، فقالوا يقتل بمجرد ردتته ولا يستتاب ، وتخرج أمواله عن ملكه ، وتبين منه زوجته ، وقد قال بذلك أيضا كل من الحسن وطاووس وأهل الظاهر ، وفى هذا يقول ابن حزم : (٢) " فصح بهذا أن من لحق بدار الكفر والحرب مختارا محاربا لمن يليه من المسلمين ، فهو بهذا الفعل مرتد ، له أحكام المرتد كلها : من وجوب القتل عليه ، متى قدر عليه ، ومن اباحته ماله ، وانفساخ نكاحه ، وغير ذلك ، لأن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لم يبرأ من مسلم " .

هذا : ويحسن بنا أن نشير الى أن بيان الحكم فى وصية المرتد ، يعتمد على بيان حكم تصرفاته فى ملكه بعد ردتته ، اذ أن الوصية تعتبر من ضمن تلك التصرفات ، نظرا لطبيعتها من حيث أنها عقد تبرع ، لذلك كان من المناسب الاشارة الى ذلك بصفة موجزة ، حيث ان مكان بحثه فى أحكام المرتدين .

ونحوما ذكرنا نقول قد اختلف الفقهاء فى ذلك على أقوال :- (٣)

-
- (١) على خلاف بينهم فى وجوب هذه الاستتابة أو استتبابها
 - (٢) المحلى لابن حزم ١٣/١٣٩ .
 - (٣) انظر : المغنى والشرح الكبير ١٠/٨١، ٨٢، وانظر: نهاية المحتاج ٦/٤٠٠ وجزء ٧/٤٠٠، وانظر : تبين الحقائق ٣/٢٨٥، ٦/٣١٥ ، ومنتهى الارادات ٢/٥٠٣، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٤/٣٧٢، ٣٧٣ .

الأول : أن ملك المرتد لا يزول برده ، بل يبقى في ملكه الى أن يموت موتا عاديا ، أو يقتل أو يلحق بدار الحرب ، ويحكم بلحاظه ، وبناءً على ذلك فان تصرفاته التي صدرت منه بعد الردة صحيحة ، نافذة ومنها وصيته ، وقد قال بذلك الامام أحمد وأبو يوسف ومحمد من الحنفية ، والشافعي .

الثاني : أن ملكه موقوف بعد رده ، فان رجع الى الاسلام ، عاد اليه ملكه ، وان مات أو قتل على رده ، حكم بزوال ملكه ممن حين رده ، وتعتبر جميع تصرفاته التي صدرت منه بعد الردة باطله ، ومن ذلك وصيته التي صدرت منه بعد الردة .
وقد قال بذلك المالكية ، والشافعية ، وأبو حنيفة ، وأحمد .

أما المرتد ، فعند غير الحنفية حكمها حكم المرتد ، فيما مر أما عند فقهاء الحنفية فان وصيتها صحيحة نافذة ، لبقاء ملكها بعد ردها ، لأنها عندهم لا تستحق القتل ، بل تستتاب ، فان تابت خلي سبيلها ، والا حبست ، وفي ذلك يقول الزيلعي :
" قال صاحب الهداية في المرتدة ، الأصح أنه تصح وصاها لأنها تبقى على الردة بخلاف المرتد ، لأنه يقتل أو يسلم فجعلها كالذمية ، ثم حكى الخلاف في وصية المرتد بين أبي حنيفة وصاحبيه ، وعقب ذلك ذكر اجماع فقهاء الحنفية على صحة وصية المرتد فقال : " (٢) " وصايا المرتدة نافذة بالاجماع لأنها

(١) انظر : تبين الحقائق ٢٠٥/٦ ، فقد اقتبس .

(٢) انظر : المصدر السابق .

لا تقتل عندنا ، وقال قاضيخان المرتدة الصحيح أنها كالذمية
فيجوز منها ما جاز من الذمية ومالا فلا .

الثالث : أن ماله الذي قدر عليه بعد رده وقبل موته ، يعتبر ملكا
للمسلمين ، ولا تنفذ فيه وصيه ، وأما ما له الذي لم يقدر عليه حتى
قتل أو مات ، فإنه يعتبر ملكه ، فتتخذ فيه تصرفاته ووصاياه ،
لأنه ماله وحكمه نافذ ، وقد قال بذلك ابن حزم .^(١)

والذي اختاره بعد هذا العرض لأقوال الفقهاء هو القول ببطلان
الوصية اللاحقة على الردة ، فيما إذا كان المرتد فطريا ، وإن قلنا
بصحته وصاياه السابقة على الردة ، تبعا لما رتب من حكم وهو
خروج أمواله ، عن ملكه برده ، فمن الواضح أنه لا وصية إلا في
ملك .

وأما إذا كان المرتد مليا ، فإن من الملائم اعتبار صحة وصيته
مع وقف نفاذها حتى نستوضح ما سيؤول إليه أمره ، فإن رجوع
إلى الإسلام اعتبرناها نافذة ، وإلا فتبطل .

وبهذا الحكم الأخير تشترك المرتدة مع المرتد العلي سواء كانت
مرتدة عن فطرة ، أو عن مله .

أما إذا كانت مليه فواضح ، وأما إذا كانت فطرية ، فلأن السبب
الذي استوجب القول ببطلان وصيته ، وهو القتل ، وخروج ماله
عن ملكه ، فمفقود في المرتدة الفطرية .

بعد أن كان حكمها الحبس لا القتل ، ومن أجل ذلك قلنا

(١) انظر : المحلى لابن حزم ١٣/١٣٦، ١٣٧ .

بصحة الوصية لها وللمرتد العليّ (١) .

هذا وإن قانون (٢) الوصية لم يتمرض لحكم وصية المرتد ، بسـل حذف منه النص الخاص بها ، فكان الحكم فيها باقيا على المذهب الراجح من مذهب الحنفية ، وهو رأى الصاحبين ، وقد تقدم بيانه .

.....

(١) الوصية وأحكامها ص ٢٠٨ وما بعدها .

(٢) أحكام الوصايا والأوقاف للدكتور بدران ص ٤٠ .

المبحث الخامس

وصية المخطئ والهازل والمكره

تقدم لنا فيما سبق أن الفقهاء اشتروا لصحة الوصية رضا الموصي بها ، وعليه فلا تصح وصية المكره ، والمخطئ^(١) ، والهازل^(٢) ، لغوات شرط الرضا ، وفي ذلك يقول الكاساني^(٣) : " ومن الشروط رضا الموصي لأنها ايجاب ملك أو ما يتعلق بالملك ، فلا بد فيه من الرضا ، كايجاب الملك بسائر الأشياء ، فلا تصح وصية الهازل ، والمكره ، والخاطئ ، لأن هذه العوارض تفوت الرضا " .

وقد أخذ قانون الوصية المصري بما ذهب اليه الفقهاء ، فأبطل وصية هؤلاء ، لعدم توافر ما شرطه^(٤) ، وهو أهلية التبرع قانوناً ، لأن وجود تلك العوارض يفوت الرضا والارادة ، فلا يثبت معها سلطة

-
- (١) المخطئ هو من سبق لسانه الى التلفظ بما لا يريد أن يتلفظ به ، في حين أنه يريد أن يتلفظ بغيره .
 - (٢) الهازل هو الذي يتكلم بما لا يقصد الى تحقيق معناه ، وان قصد الى التلفظ به .
 - (٣) انظر : بدائع الصنائع ١٠ / ٤٨٤٨ ، وانظر كتاب : الفقه على المذاهب الأربعة ٣ / ٤٣٥ .
 - (٤) ويلحق بهؤلاء السكران ، فاذا أوصى فوصيته باطله ، على ما قدمناه في محله ، وذلك ، لأنه لا قصد له ، كما قال بذلك الكرخي والطحاوي من الحنفية ، وجمهور الحنابلة ، والمالكية ، ولأننا لو ألزماه بتصرفه حال سكره بحرم ، تغليظاً عليه ، وعقوبة له ، ليس له ثمة فائدة نفس

التبرع قانوناً^(١)، جاء ذلك في مذكرته التفسيرية عند توضيح المادة الخامسة منه^(٢): " يشترط في الموصي أن يكون أهلاً للتبرع قانوناً^(٣) بأن يكون عاقلاً بالغاً راضياً، فلا تصح وصية الصبي والمجنون والمعتوه ومن ذهب عقله بسكر أو غيره، ولا وصية المكره والمخطئ والهازل، لفوات شرط الرضا "

.

■ وصيته، إذ لا ضرر عليه يلحقه منها، وإنما الضرر يعود على ورثته بعد وفاته، وقد بينا ذلك في محله . عند الكلام على وصية السكران .

- (١) انظر: الوصية للبرديسي ٤٤ - ٤٥ .
- (٢) انظر: شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابوزهرة ٢٧٤ .
- (٣) انظر: احكام الوصايا والأوقاف للشيخ محمد شلبي ص ٧١ .

المبحث السادس

وصية المدين

اشترط الفقهاء - رحمهم الله لصحة نفاذ الوصية ، ألا يكون الموصي مدينا دينا مستفترقا لتركته ، فاذا كان كذلك ، وتمسك الغرماء بحقهم ، فلم يجيزوا الوصية أو لم يبرؤه من الدين ، فان الوصية لا تصح ، ويوقف تنفيذها ، ولو كان قد أوصى فيها بواجب ، كأن يتعلق بها حق من حقوق الله تعالى ما فاتته في حياته كالزكاة أو الحج ونحوهما ، وذلك لأن حق الغرماء في التنفيذ مقدم على الوصية ، باتفاق ^(١) بدليل قوله تعالى ^(٢) : " من بعد وصية يوصى بها أو دين " والترتيب في الذكر لا يوجب الترتيب في الحكم ^(٣) ، لما روى عن علي - رضي الله عنه - أنه قال : " انكم تقرؤن الوصية قبل الدين ، وأن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : " قضى أن

(١) انظر : بدائع الصنائع ٤٨٤٩/١٠ ، وانظر : اسنى المطالب ٣٧/٣ ، وكشاف القناع ٤/٣٥١ ، ٣٥٢ ، وجواهر الاكليل ٢/٣٢٧ ، وحاشية الدسوقي ٤/٣٠٩ ، ٤٠٨ ، وانظر : الأم للشافعي ٤/١٠٦ ، فقد حكى اجماع العلماء : " على تقديم الدين في القضاء على الوصية مهما كان في صحة أو مرض باقرار أو بينة أو أى وجه كان ، لأن الله لم يخص دينادون دين " .

(٢) النساء : آية ١٢ .

(٣) انظر : بدائع الصنائع ٤٨٤٩/١٠ .

(٤) أخرجه احمد والترمذى من طريق الحارث ، وهو الأعور عن علي بن - أبي طالب قال : " قضى محمد - صلى الله عليه وسلم - أن الدين قبل الوصية ، . . . " هذا لفظ احمد وهو اسناد ضعيف كما قال ابن حجر =

الدين قبل الوصية " ، كما جاء في فتح القدير ^(١) ، في التعليق
لتقديم الدين على الوصية قوله : لأنه حق العبد ، وأداؤه فرض
ثم علل لوجوب تقديم الدين على الوصية الواجبة بقوله : " فلأن الدين
حق العبد ، وحق العبد مقدم على حق الله تعالى اذا اجتمعا
لاحتياج العبد دون الله تعالى " .

وفى المبسوط : ^(٢) " قيل لابن عباس - رضي الله عنهما - ، أنك
تأمر بالعمرة قبل الحج ، وقد بدأ الله بالحج فقال ^(٣) : " وأتموا الحج
والعمرة لله " ، فقال : كيف تقرؤون آية الدين ، فقالوا : (من بعد
وصية يوصي بها أو دين) فقال بماذا يبدأ ؟ فقالوا : بالدين
قال : هو ذلك . "

ولأن قضاء الدين من أصول حوائجه ، فإنه يفك به رهانه ،
وتنفيذ الوصية ليس من أصول حوائجه ، ثم قضاء الدين مستحق عليه
والوصية لم تكن مستحقة عليه ، لأنها ان كانت من التبرعات فهي
تطوع ، وأداء الدين واجب فهو أقوى ، وان كانت من الواجبات فان
كانت حقا للعبد كالوصية الواجبة في قانون الوصية المصري ^(٤) ، فانها
تكون بمعنى الارث ، والارث مؤخر عن الدين ، وان كانت حقا لله

== الا أنه نقل عن الترمذى أنه قال : " ان العمل عليه عند أهل العلم

انظر : صحيح البخارى بشرحه ٣٧٧/٥ .

(١) العناية على الهداية مع تكملة فتح القدير ٤٣٠/١٠ .

(٢) انظر : المبسوط ١٣٧/٢٩ .

(٣) سورة البقرة : آية ١٩٦ .

(٤) رقم ٧١ لعام ١٩٤٦ م . ينظر : شرح قانون الوصية للشيخ : محمد

ابوزهرة ١٩٨ .

تعالى ، فدين العبد مقدم على دين الله تعالى ، لأن الله هو الغني ، والعباد هم الفقراء ، ولأن صاحب الدين ليس يمتلك ما يأخذ عليه ابتداءً ولكنه في الحكم يأخذ ما كان له ، ولهذا ينفرد به إذا ظفر بجنس حقه ، والموصى له يمتلك ابتداءً بطريق التبرع ، وأيّد هذا ما روى^(١) أن رجلاً أعتق عبداً في مرضه ، وعليه دين فاستسماه^(٢) رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في قيمته " ، وإنما فعل ذلك لأنه قدم الدين على الوصية " ولأن الدين تعلق بذمة الميت حال حياته ، وتعلق بالتركة كلها وقت الموت ، بل قال بعضهم بتعلقه مستنداً الى أول مرض الموت^(٣) ، وأما الوصية ، فإنها لم تتعلق بالذمة في الحياة ، بدليل أنه يصح له الرجوع عنها ، ولم تتعلق بعد الموت بالتركة كلها ، وإنما تتعلق بجزء منها ، وهو الثلث ، فكان الدين مقدماً عليها في التنفيذ^(٤) .

-
- (١) أخرجه عبد الرزاق باسناد رجاله ثقات عن أبي قلابة عن رجل من بني عذرة : " أن رجلاً منهم أعتق مملوكاً له عند موته ، وليس له مال غيره ، فأعتق رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ثلثه ، وأمره أن يسعى في الثلثين " وفي ذلك يقول الامام مالك : " الأمر المجتمع عليه عندنا أنه لا يجوز عتاقه رجل وعليه دين يخيط بماله . . . انظر : فتح الباري : ٥ / ١٥٩ ، وانظر : تنوير الحوالك شرح موطأ مالك ٥ / ٣ .
- (٢) المراد بالاستسماه : أن العبد يستمر في حصة الذي لم يعتق ، فيسمى في خدمته بقدر ماله فيه من الرق ، ينظر : فتح الباري ٥ / ١٥٩ .
- (٣) مرض الموت ، هو المرض الذي يفضي الى الموت غالباً ، ويعقبه الموت فعلاً .
- (٤) انظر : المبسوط ٢٩ / ١٣٧ ، وانظر : التركة للكشكي ٨٨ / ٨٩ .

وقد حكى الشلبي^(١) في حاشيته على الزيلعي، والقرطبي^(٢)، الأجماع على تقديم الدين في القضاء على الوصية، وذلك لأن الدين واجب والوصية تبرع، والواجب مقدم على التبرع.

هذا : وقد يقال اذا كان الدين مقدما على الوصية في الحكم^(٣) فلماذا قدمت الوصية على الدين في الذكر ؟ للاجابة على ذلك نقول : ان الوصية لما كانت قربة ، لكونها تكون في الغالب بطريق التبرع ، والدين مذموم غالبا ، ولما كانت مشبهة للميراث من جهة أخذها بغير عوض ، وفي اخراجها مشقة على الورثة ، ولا تطيب أنفسهم بها ، بل ان أدائها مظنة للتفريط بها ، بخلاف الدين ، فنان النفوس مطمئنة الى أدائه ، وايضا فالوصية حظ فقير ومسكين غالبا والدين حظ غريم يطلبه بقوة وله مقال ، وكذلك الوصية ممكنة من كل أحد ولا سيما من يقول بوجوبها ، فانه يقول بلزومها لكل أحد فيشترك فيها جميع المخاطبين ، لأنها تقع بالمال وتقع بالعبد ، وتصل من يخلو عن شيء من ذلك ، بخلاف الدين ، فانه يمكن أن يوجد وأن لا يوجد وما يكثر وقوعه مقدم على ما يقل وقوعه^(٤) ، لذلك قدمت الوصية على الدين

(١) انظر : حاشية الشلبي على الزيلعي ١٨٥/٦ .

(٢) انظر : حاشية المقنع ٣/٣٦٦ ، فقد اقتبسه ، وانظر : منهاج المسلم ٣٦٤

(٣) المصادر السابقة ، وانظر : اسنى المطالب ٣/٤ ، وكشاف القناع ٤/٣٥١

٣٥٢ ، وانظر : فتح الباري ٥/٣٧٨ ، فقد ذكر ابن حجر اتفاق العلماء على تقديم الدين على الوصية الا في صورة واحدة ، وهي ما اذا أوصى الميت لشخص بألف مثلا وصدقه الوارث ، وحكم به ثم ادعى آخر أن له نصبة الميت دينا يستغرق موجوده ، وصدقه الوارث ، ففي وجه للشافعية تقدم الوصية على الدين في هذه الصورة الخاصة .

(٤) قال الزين بن المنير : " تقديم الوصية على الدين في اللفظ لا يقتضي

الدين ، أو قضاءه عنه آخر ، فكان لا دين ، فتتخذ " .
أما إذا كان مدينا ديننا غير مستغرق ، فإنه يخرج الدين أولا من رأس مال التركة ، إذا لم يبرئه منه الدائنون ، وذلك لأنه إنما منع من الزيادة على الثلث لحق الورثة ، ولاحق للورثة مع الدين ، فاعتبر اخراجه من رأس المال^(١) لا من الثلث ، وتتخذ الوصية في ثلث الباقي بعد اخراج الدين ان وسعها والانفذت في مقدار الثلث ، وتوقفت في الزائد على اجازة الورثة ، فإذا كانت تركته أربعين جنيها ، وأوصى بثلث ماله ، وعليه دين عشرة جنيها ، أخرج الدين أولا وهو العشرة جنيها ، ونفذت الوصية في الباقي بعد الدين من غير توقف على اجازة أحد ، ومثل^(٢) ذلك لو كانت التركة الف جنية ، وأوصى بثلاثمائة جنية ، في حين أن عليه دين مائة جنية فان الوصية تخرج من

(١) انظر : المجموع للنووي ٧٢/١٥ ، وانظر : تبين الحقائق ١٨٥/٦ ، وانظر : كشاف القناع فقد ورد فيه : " تخرج الواجبات التي على الميت من رأس المال أوصى بها أو لم يوص ، كقضاء الدين والحج والزكاة ٣٥١/٤ - ٣٥٢ ، وقد ورد في الكافي للحنابلة ٤٨٤/٢ مثل ذلك ، وقال عنه صاحب الانصاف : انه هو الصحيح من المذهب ، وعليه الأصحاب ٢١٨/٧ ، وقد ورد مثل ذلك عند المالكية ، من أن الدين مقدم في الاخراج على الوصية وأنه من رأس مال التركة ، وأن الوصية تخرج من ثلث الباقي ، وذلك في حاشية الدسوقي ٤٠٨ ، ٣٠٩/٤ .
وجواهر الاكليل ٣٢٢/٢ .

(٢) انظر : كشاف القناع ٣٥١/٤ ، ٣٥٢ ، وانظر : عقد الوصية ٤٧ .
وانظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابو زهرة ٦٢ .

الباقى ، بعد اخراج الدين من غير توقف على اجازة أحد ، أما لو أوصى بأربعمائة جنيه والمسألة بحالها فان الوصية تنفذ نفسى الثلاثة ، ويتوقف فى تنفيذ الباقي على اجازة الورثة .

مسلك ا قانون الوصية المصرى :

لم يخالف القانون ما ذهب اليه الفقهاء ، ففي المادة ٣٨^(١) قال :
" تصح وصية المدين المستغرق ماله بالدين ، ولا تنفذ الا ببراءة^(٢)
ذمته منه ، فان برئت ذمته من بعضه ، أو كان الدين غير مستغرق
نفذت الوصية فى الباقي بعد وفاة الدين : " وفى المادة ٣٩^(٣)
جاء قوله : " اذا كان الدين غير مستغرق واستوفى كله أو بعضه
من الموصى به كان للموصى له أن يرجع بقدر الدين الذى
استوفى فى ثلث الباقي من التركة ، بعد وفاة الدين " .

(١) انظر : شرح قانون الوصية ص ٢٨٠ .

(٢) علق الشيخ محمد أبوزهرة على صحة وصية المدين بقوله : " لأن ذلك ليس شرطاً للانشاء ، ولا للبقاء ، بل يتأتى الكلام فى الدين عند التنفيذ ، فوصية المدين ولو بدين مستغرق تنشأ صحيحة ، وتستمر صحيحة الى الموت ، وعند تنفيذها يقدم الدين قل أو جل عليها ، فان كانت التركة مستغرقة بالدين توقف التنفيذ على ابراء الدائنين للميت من الدين فان أبرؤه نفذت الوصية من التركة ، وقد خلصت من الدين ، وان لم يبرؤه سدد الدين ، وما بقي تنفذ منه الوصية نفسى دائرة الثلث . أى ثلث الباقي ، بحيث لو تجاوزته لا ينفذ فى الزائد الا باجازة الورثة ، المصدر السابق ٦٢ .

(٣) المصدر السابق ٢٨٠ .

فإذا كان الموصى به معينا بذاته كقطعة أرض معينة ، أو دارا معينة ، وكان الدين متعلقا بهذه العين ، كأن تكون رهونسة للدائن بدينه قبل وفاة الموصي ، واختار صاحب الدين استيفاء دينه من تلك العين ، فإن حقه مقدم على حق الموصى له لأن حقه تعلق بها ، في وقت حياة الموصي ، قبل أن يتعلق بها حق الموصى له ، الذي لا يثبت له حق الا بعد وفاة الموصي فإذا استوفى الدائن حقه من العين ، فإن الموصي له يأخذ باقيها ان بقي شيء ، ثم يرجع بقدر الدين الذي استوفى فسيثلث ما يبقى من التركة بعد وفاة الدين .^(١)

.....

(١) انظر : عقد الوصية للدكتور بدران ٤٨ ، وأحكام الوصايا والأوقاف للشيخ شلبي ص ٧٦ .

المبحث السابع

وصية الفقير

الذى ذهب اليه أكثر الفقهاء أن الشخص اذا كان فقيرا، وورثته محتاجون، وأوصي، فان وصيته غير مستحبة، وقد قال بذلك الحنفية^(١) والمالكية^(٢)، والحنابلة^(٣).

أما الشافعي فانه رأى استحباب الوصية في قليل المال وكثيره الا أنه قيد استحبابها في المال القليل، أن لا يستوعب صاحبها الثلث في وصيته اذا كان ورثته فقرا .

فقد قال^(٤) في الأم : " . . . فاذا تركهم أغنياً اخترت لــــه أن يستوعب الثلث ، واذا لم يدعمهم أغنياً ، كرهت له أن يستوعب الثلث ، وأن يوصي بالشيء حتى يكون يأخذ بالحظ من الوصية ولا وقت في ذلك الا ما وقع عليه اسم الوصية لمن لم يدع كثير مال ، ومن ترك أقل ما يفني ورثته وأكثر من التافه زاد شيئاً في وصيته ولا أحب

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٠/٤٨٤٠ .

(٢) الخرشي على مختصر خليل ٨/١٦٨، وجواهر الاكلیل ٢/٣٢٠ .

(٣) المغني والشرح الكبير ٦/٤١٦، وانظر: الانصاف ٧/١٩١ ففيه:

" وتكره الوصية لغير من ترك خيراً ، على الصحيح من المذهب " .

(٤) انظر : كتاب الأم ٤/١٠٦، وقد ورد في كتب الشافعية الأخرى مثل ما ورد في الأم ، وذلك مثل المجموع للنووي ١٥/٣٨ ، فقد ورد فيه : " وان كانت ورثته فقرا ، فالمستحب أن لا يستوفي الثلث . . . " .

بلوغ الثلث الا لمن ترك ورثته أغنياً " .

وقد حكى ابن كثير في تفسيره هذا الخلاف فقال : ^(١) " ... ثم منهم من قال الوصية مشروعة سواء قل المال أو أكثر كالوراثة ، ومنهم من قال انما يوصى اذا ترك مالا جليلا ... " وفي بدائع الصنائع يقول الكاساني ^(٢) : " وأما الكلام في الاستحباب فقد قالوا : ان كان ماله قليلا ، وله ورثة فقراء ، فالأفضل أن لا يوصى ... " وفي نيل ^(٣) المآرب بشرح دليل الطالب : " وتكره الوصية لفقير أى منه ، قال في الفروع : وتكره لفقير ، قال جماعة له وارث محتاج ... " وفي الخرشني ^(٤) على مختصر خليل : " وتكره الوصية اذا كانت بمكروه أو نسي مال قليل : " كما جاء في الجامع لأحكام القرآن للقرطبي : " واختار جماعة لمن ماله قليل ، وله ورثة ترك الوصية ، روى ذلك عن علي وابن عباس ، وعائشة - رضي الله عنهم - ... " .

-
- (١) تفسير القرآن العظيم ٢١٢/١ ، وينظر : أحكام القرآن للجصاص ١٦٢/١
 - (٢) انظر : بدائع الصنائع ٤٨٤٠/١٠ .
 - (٣) انظر : نيل المآرب بشرح دليل الطالب للامام عبد القادر بن عمر الشيباني على مذهب الامام احمد بن حنبل ص ١٥ .
 - (٤) انظر الخرشني على مختصر خليل ١٦٨/٨ .
 - (٥) انظر : الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢/٢٦٠ ، ٢٦١ .

وقد استدلوا لذلك : -

أولا : بقوله تعالى في الوصية : " ان ترك خيرا^(١) والمراد به المال الكثير عرفا ، كما أن المتوسط في المال : هو المعروف في عرف الناس بذلك ، ومن ترك أقل من ذلك ، فإنه يعتبر في حكم الفقير ، فلا تستحب في حقه الوصية .

ثانيا : بما رواه الدارمي^(٣) بسنده عن عامر بن سعد عن أبيه قال :
" اشتكيت مع النبي - صلى الله عليه وسلم - في حجة الوداع حتى اذا أدنفت^(٤) ، فدخل علي رسول الله - عليه الصلاة والسلام -

(١) البقرة : آية ١٨٠ .

(٢) انظر : الأم ١٠٦/٤ ، وانظر : الانصاف ١٨٩/٧ ، ١٩٠ ، فقد ورد فيه : " قوله : " لمن ترك خيرا وهو المال الكثير " يعني في عرف الناس على الصحيح من المذهب قدمه في الفروع والرعايتين والحاوي الصغير ، وقطع به ، ابن عبدوس في تذكرته .

(٣) انظر : سنن الدارمي ٤٠٧/٢ ، فقد رواه عن يزيد بن هارون عن محمد ابن اسحاق عن الزهري ، ورواه بطريق اخر بسنده عن أبي سفيان الوليد الطيالسي عن همام عن قتادة عن يونس بن جبیر عن محمد بن سعد عن أبيه أن النبي - صلى الله عليه وسلم - دخل عليه وهو بمكة وليس له الا ابنة ، فقلت له أنه ليس لي الا ابنة واحدة ، فأوصي بمالي كله ؟ فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - لا ، قلت فأوصي بالنصف ؟ فقال له النبي صلى الله عليه وسلم - لا ، قال : فأوصي بالثلث ، قال فقال رسول الله - عليه الصلاة والسلام : " الثلث والثلث كثير " .

(٤) الدنف : " محرقة المرض الملازم . . . " ودنف المريض كفرح ثقيل ، والشمس دنت للغروب واصفرت كأن دنف فيهما ، والأمر دنا وأدنفته وأدنفه

يعودنى ، فقلت يارسول الله ما أراني الا أئم بي وأنا ذو مال^(١)
كثير ، وانما يرثنى ابنة لي ، أفأصدق بمالى كله ؟ قال : لا ،
قلت : فنصفه ؟ قال : لا ، قلت فالثالث ؟ قال : الثالث والثالث
كثير ، انك ان تترك ورثتك أغنياً خير من أن تتركهم فقراً^(٢)
يتكفون الناس بأيديهم . . . الحديث .

فقد استكثر منه الثالث مع اخباره اياه بكثرة ماله ، وقلة عياله ،
فمن باب أولى أن قليل المال ذو العيال ، لا تستحب في حقه
الوصية^(٣) حتى لا يتركهم فقراً يسألون الناس بأيديهم ، وقد دل على
ذلك قوله - صلى الله عليه وسلم - : " ان تترك ورثتك اغنياً
خير من أن تتركهم فقراً يتكفون الناس بأيديهم " .

ثالثاً : بما رواه الطبري^(٤) بسنده عن عروة : أن علي بن أبي طالب
- رضي الله عنه - دخل على ابن عم له يعود ، فقال : انسى
أريد أن أوصى . فقال علي : لا توص ، فانك لم تترك خيراً
فتوصي ، قال : وكان ترك من السبعمة الى التسعمئة .

رابعاً : بما رواه الدارمي^(٥) عن هشام عن أبيه قال دخل على بن
أبي طالب على رجل من تومه يعود ، فقال أوصي ؟ قال لا لم

(١) ذومال ، كثير ، لأن التنوين ، لكثرة ، وقد جاء صريحاً في بعض

طرقه ، ذومال كثير ، انظر : شرح الموطأ للزرقاني ٢٣١/٣ .

(٢) يتكفون الناس أى يسألونهم بأقبحهم ، يقال تكف الناس ، واستكف اذا
بسط كفه للسؤال ، أو سأل ما يكف عنه الجوع ، أو سأل كفافاً من طعام

" انظر : نيل الاوطار ٤٥/٦ .

(٣) انظر : الكافي ٤٧١/٢ ، ٤٧٥ .

تدع مالا فدع مالك لولدك .

خامسا : ولأن الوصية^(١) في هذه الحالة تكون صلة بالأجانب ، والترك

يكون صلة بالأقارب فكان أولى ، وفي ذلك يقول الزيلعي^(٢) :

" وترك الوصية أفضل اذا كانت الورثة فقرا لا يستغنون بما يرثون

منه ، لما فيه من الصلة والصدقة على القريب ، يدل لذلك قول

النبي - صلى الله عليه وسلم - : " أفضل الصدقة على

(١) بدائع الصنائع : ٤٨٤٠/١٠ ، وانظر : تبين الحقائق ١٨٤/٦ .

(٢) انظر : تبين الحقائق ١٨٤/٦ .

(٣) روى هذا الحديث من عدة طرق : -

١ - فرواه احمد في مسنده بسنده عن أبي أيوب الأنصاري عن النبي

- صلى الله عليه وسلم - قال : " ان أفضل الصدقة ، الصدقة على

ذي الرحم الكاشح " أ.هـ ، وكذلك رواه ابن أبي شيبه واسحاق بن

راهوية ، وابويعلبي الموصلي . . . " .

٢ - ورواه احمد في مسنده بسنده عن حكيم بن حزام : أن رجلا سأل

النبي - صلى الله عليه وسلم - : " أي الصدقة أفضل ؟ قال :

على ذي الرحم الكاشح " أ.هـ .

٣ - وأخرجه الحاكم في المستدرک عن سفيان بن عيينه عن الزهري

عن حميد بن عبد الرحمن عن أمه أم كلثوم بنت عقبة بن أبي معيط

امرأة عبد الرحمن بن عوف ، وكانت قد صلت الى القبليتين مع رسول

الله - صلى الله عليه وسلم - : قالت : " قال رسول الله - صلى

الله عليه وسلم - " أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح " أ.هـ .

وقال حديث صحيح على شرط مسلم ، وهذه الرواية هي التي

استشهدنا بها هنا ، وذكرها الزيلعي في تبين الحقائق .

ذى الرحم الكاشح^(١) " وانما كانت كذلك ، لما فيه من مخالفة النفس وتهرها ، ولا كذلك فى ذى الرحم الصديق " .

هذا : ويجدر بنا أن نذكر أنه قد حصل الخلاف فى القدر الذى لا يستحب لمالكه الوصية فيه ، فروى عن علي-رضي الله عنه- : " أربعمئة دينار ليس فيها فضل عن الورثة " .

- وروى عن عائشة - رضي الله عنها - : " أن رجلا قال لها لي ثلاثة آلاف درهم ، وأربعة أولاد أفأوصي ؟ فقالت : اجعل الثلاثة للأربعة " .
- وعن ابن عباس - رضي الله عنهما - : " من ترك سبعمئة درهم ليس عليه وصيه ، وقال : " من ترك ستين دينارا ما ترك خيرا " .
- وروى عن أحمد : " اذا ترك الشخص دون الألف لا تستحب لسه الوصية " .

- وعن طاووس : " الخير ثمانون دينارا " .
- وقال النخعي : " الف وخسمائة ، وقال : أبوحنيفة " القليل أن يصيب أقل الورثة سهما خسون درهما " .
- وروى همام عن قتادة فى قوله تعالى : " ان ترك خيرا " قال كان يقال خير المال الف درهم فصاعدا .

== ٤ - ورواه أبوعبيد القاسم بن سلام فى كتاب الأموال فى باب الصدقة بسنده عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل أى الصدقة أفضل ؟ فقال : " الصدقة على ذى الرحم الكاشح " .
أ . ه . . " انظر : نصب الراية لأحاديث الهداية للزيلعي ٤ / ٤٠٥ ،

٤٠٦ .

(١) " الكشح " ما بين الخاصرة الى الضلع الخلف . وطوى كشحه على الأمر أضمره ، وستره . . ج كشوح وبالتحرريك " فى الكشح يكوى منه =

- وقال الزهري : الوصية واجبة في قليل المال وكثيره ، نقل ذلك عنه الطبري في تفسيره ، وقال عنه بأنه هو الصواب من هذه الأقوال ، وعلل ذلك : " بأن قليل المال وكثيره يقع عليه خير وان الله لم يحدد بذلك حدا ، ولا خص منه شيئا ^(١) ، ولكن الجصاص ^(٢) في تفسيره تولي مناقشة هذه الأقوال بقوله : " وكل هؤلاء القائلين ، فانما تأولوا تقدير المال على وجه الاستحباب لا على وجه الايجاب للمقادير المذكورة ، وكان ذلك منهم على طريق الاجتهاد فيما تلحقه هذه الصفة من المال ، ومعلوم في العادة أن من ترك درهما لا يقال ترك خيرا ، فلما كانت هذه التسمية موقوفة على العادة وكان طريق التقدير فيها على الاجتهاد وغالب الرأي مع العلم بأن القدر اليسير لا تلحقه هذه التسمية وأن الكثير تلحقه ، فكان طريق الفصل فيها الاجتهاد وغالب الرأي مع ما كانوا عرفوا من سنة النبي - صلى الله عليه وسلم - وقوله : " الثلث والثلث كثير انك ان تدع ورثتك أغنياً خـمير من أن تدعهم عالية يتكفون الناس " .

== أوزان الجنب ، والكاشح مضر العداوة ، وكشح له بالعداوة عاداته ككاشحه ، والقوم فرقتهم ، والداية أدخلت ذنبها بين رجليها ... وتكشحها جامعها . . " انظر : القاموس المحيط ٢٤٥/١ ، مادة " الكشح " وقد قيل ان المراد بالكاشح الذي عرض وولاك كشحه .

- (١) انظر جامع البيان للطبري ، ٣/ ٣٩٤ ، وما بعد ها ، وانظر : تفسير بن كثير ١/ ١٦٣ ، والجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢/ ٢٦٠ ، ٢٦١ . وانظر : المغني والشرح الكبير ٦/ ٤١٦ ، وأحكام القرآن للجصاص ١/ ١٦٣ .
- (٢) أحكام القرآن للجصاص ١/ ١٦٣ .

ولكن المختار ، الذى يتفق مع الواقع ، ويعضده الدليل ، وهو ما اختاره ابن قدامة فى المغنى : أنه اذا كان ما تركه الشخص لا يفضل عن غنى الورثة ، وأوصى ، فان وصيته غير مستحبه وذلك لأن النبى - صلى الله عليه وسلم - علل المنع من الوصية بقوله :^(١) " انك ان تترك وراثتك أغنياً خيراً من أن تتركهم فقراً " فاذا أوصى من كان فقيراً بحيث لا يزيد عن غنى الورثة ، بل انهم فى حاجة يكون قد تركهم لمذلة السؤال ، وبسط الألف للناس ، ولأن اعطاء القريب المحتاج ، خيراً من اعطاء الأجنبي ، فمتى لم يبلغ الميراث غناهم كان تركه لهم كعظمتهم اياه ، فيكون ذلك أفضل من الوصية لغيرهم^(٢) ، ولذلك يقول الشعبي^(٣) : " ما من مال اعظم أجراً من مال يتركه الرجل لولده يفتنهم به عن الناس " ويقول الشنشورى^(٤) : " وفى أمال السرخسي رحمه الله تعالى ان من قل ماله وكثر عياله يستحب له أن لا يفوته عليهم بالوصية " وعلى ذلك ، فان الحال تختلف باختلاف الورثة فى كثرتهم وقتلتهم وغناهم وحاجتهم ، ففى جواهر الاكليل : " وان أوصى للأقارب أو الأرحام أو الأهل له أو لغيره أوتر - خص - المحتاج الأبعد فى القرابة من غيره لشدة فقره أو كثرة عياله بالزيادة على غيره لا بالجميع ، فالمحتاج الأقرب علم ايثاره بالأولى فى كل حال " .

(١) سبق تخريجه .

(٢) انظر : المغنى والشرح الكبير ٦/٤١٦ ، ٤١٧ ، وانظر : كشف القناع ٤/٣٢٩

(٣) انظر : المغنى والشرح الكبير ٦/٤١٧ ، فقد اقتبسه ابن قدامة .

(٤) انظر : التركة للكشكى ص ١٥٢ ، فقد اقتبسه .

(٥) انظر : جواهر الاكليل ٢/٣٢٠ .

الفصل الثالث

شروط الوصي له

وفيه مباحث :

- * المبحث الأول : وجود الوصي له عند الوصية .
وفيه مطلبان :
 - المطلب الأول : الوصية للحمل
 - المطلب الثاني : الوصية لمعين ، ولغير معين .
- * المبحث الثاني : الوصية للمعدوم
- * المبحث الثالث : الوصية للمحصورين ولغير المحصورين
- * المبحث الرابع : الوصية للجهات .
- * المبحث الخامس : الوصية للأصناف المختلفة
- * المبحث السادس : ألا يكون الوصي له قاتلا للموصي
- * المبحث السابع : ألا يكون الوصي له وارثا للموصي ان كان ثمة وارث ولم يجز الوصية
 - * المبحث الثامن : وقت اعتبار الوصي له وارثا .
 - * المبحث التاسع : الوصية للذمي وللحرى .
- * المبحث العاشر : ان يكون الوصي له أهلا للتملك والاستحقاق

الفصل الثالث

شروط الوصى له

وفيه مباحث : المبحث الأول

وجود الوصى له عند الوصي

وفيه مطالبان : المطلب الأول

الوصية للحمل

اتفق^(١) الفقهاء على جواز الوصية للحمل ، وذلك لأنها استخلاف من وجه ، لأنه يجعله خليفته في بعض ماله ، والجنين يصلح خليفة في الارث فكذا الوصية ، اذ هي أخت الميراث ، غير أنها ترد بالرد لما فيها من معنى التملك^(٢) الاختيارى ، ولأن الوصية أوسع في باب الخلافة من الميراث ، فانها تصح للمخالف في الدين والعبد بخلاف الميراث ، وقد حكى الشيخ محمد أبوزهره اجماع الفقهاء^(٣) على ذلك ، ونرى ذلك يقول ابن قدامة في المغني : " وأما الوصية للحمل فصحيحة لا نعلم فيه خلافاً^(٤) . . . " .

(١) انظر: المغني والشرح الكبير ٦/٤٧٤، ٤٧٥، وانظر: تبين الحقائق

١٨٦/٦ .

(٢) بخلاف الهبة، فهي تملك محض، ولا ولاية لأحد عليه حتى يملكه شيئاً .

ينظر: تبين الحقائق الجزء والصفحة نفساها . وانظر حاشية بن عابد يس

٦٥٣/٦ .

(٣) انظر : شرح قانون الوصية ص ٨٥ .

(٤) وبذلك قال الثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي " ينظر :

المغني والشرح الكبير ٦/٤٧٤ .

وان تبين لنا مما تقدم ، أن الفقهاء قد أجمعوا على صحة الوصية للحمل ، نقول ، أنهم قد أجازوا ذلك بشروط ، كانت محمل اختلاف بينهم ، ونبين ذلك على الوجه الآتي :

أولا : الحنفية :

إذا تحقق من وجود الحمل شرعا ، فإن الوصية له تعتبر صحيحة ، كما أن تحقق وجوده في هذا الوقت يكون في حالتين :

الأولى : أن تكون الزوجية قائمة بين الزوجين حقيقة ، أو حكما في عدة الطلاق الرجعي ، وفي هذه الحال أما أن يقر الموصي بأن زوجته حامل أولا ، فإن لم يقر بأنها حامل ، فإنه يجيب عليها حينئذ ، أن تجيء به أمه لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية ، لأنه لو ولد لسته أشهر أو أكثر أحتمل وجوده ، وعدمه فلا تصح له الوصية ، بناء على أن أقل مدة الحمل عند الفقهاء ستة أشهر ، فإذا ولدته لأقل من ستة أشهر ، يتقنا وجوده عند وجود الوصية ، ان المرأة " لا تلد لأقل من ذلك " (١) .

(١) ذكر الكاساني أن هناك روايتان : احدهما أن تحقق وجود الحمل معتبر من وقت موت الموصي في ظاهر الرواية ، والثانية ، أنه معتبر من وقت وجود الوصية ، وهذه رواية الطحاوي . وهي التي ذكرناها ، على أن الأمر سيان ، متى تحققنا أن الحمل ولد لأقل من ستة أشهر ، ان الكاساني ذكر الروايتين دون ترجيح احدهما على الاخرى بدائع الصنائع ١٠ / ٤٨٥٠ ، وانظر : عقد الوصية ص ٥٥ .

فان أقر الموصي بأنها حامل ،ثبتت الوصية له ان وضعته ما بين سنتين من يوم أوصى ،لأن وجوده في البطن عند الوصية ثبتت باقراره ،وهو غير متهم فيه ،لأنه موجب له ما هو خالص حقه بناء على هذا الاقرار ،وهو الثلث ،فيلحق بما لو صار معلوما يقينا بأن وضعته لأقل من ستة أشهر .

الثانية : اذا كانت الحامل معتدة حين الوصية من طلاق بائن ، أو متوفى عنها زوجها ،فانه يشترط لصحة الوصية للحمل أن تأتي به لأقل من سنتين من وقت الطلاق أو الموت ،ولو جاءت به لسته أشهر فصاعدا من وقت الوصية ،لأنه بذلك يثبت وجوده وقت الوصية حكما يدل لذلك أن النسب انما يثبت من جهة المطلق أو المتوفى ،باعتبار العلق به قبل الطلاق ،أو قبل الوفاة .

وهذا مبني على أن أقصى مدة الحمل عند الحنفية سنتان ،والفرق بين الحالتين أنه في الحالة الأولى ،لما كان الوطء حلالا ،والزوج متمكن منه ،أحيل بالعلق الى أقرب الأوقات ،وذلك أنه لا يتيقن بوجود الحمل الا اذا أتت به لأقل من ستة أشهر ،بخلاف الحالة الثانية ،وهي حالة الطلاق أو الموت ،فانه يحال بالعلق الى أبعد الأوقات حملا لأمرها على الصلاح .

هذا ،وان اعتبار مدة الحمل - بأقل من ستة أشهر كما نرى في الحالة الأولى ،غير مسلم به ،وذلك لأن الأحكام لاتبنى على النادر القليل وانما ينبغى أن تبني على الغالب الكثير ،وهو تسعة أشهر ،وذلك في حالة ما اذا كانت الزوجية قائمة ،وبهذا

يحكم بصحة الوصية للحمل حال قيام الزوجية اذا أتت به لأقل من تسعة أشهر من وقت الوصية .

كما اشترط الحنفية لصحة الوصية للحمل ، واستحقاقه الموصى به أن تضعه أمه كله أو أكثره حيا ، وقت موت الموصي ، فلو قال أوصيت بثلاث مالي لما في بطن فلانة ، فولدت لأقل من ستة أشهر من وقت موت الموصي ولدا ميتا ، لم يستحق الموصى به لأن الميت ليس من أهل استحقاق الوصية ، كما أنه ليس من أهل استحقاق الميراث ، لكن لو ولدت ولدين أحدهما حيا ، والاخر ميتا ، استحق الحي الوصية جميعها ، وذلك لأن الميت لا يصلح لوضع الوصية فيه .

كما اشترطوا لصحة الوصية للحمل أن يولد على الصفة التي أرادها الموصى ، فلو عينه حين الوصية ، بأن نسبه الى شخص بعينه كأنه يقول : " أوصيت بهذه الدار لحمل فلانة من فلان فانه يحتاج الموصى له حتى يستحق الموصى به ، ثبوت نسبه من ذلك الشخص المعين حسب ما اشترطه الموصي ، ومثل ذلك ما لو قال : " ان كان الذي في بطن فلانة غلام فله الفان ، وان كان جارية فلها الف ، فولدت غلاما وجارية فليس لواحد منهما شيء من الوصية ، لأنه جعل شرط استحقاق الوصية لكل واحد منهما بأن يكون هوكل ما في البطن بقوله : " ان كان الذي في بطنها كذا ، فلها كذا ، وكل واحد منهما ليس هوكل ما في البطن ، بل بعض ما فيه ، فهو كقوله : " ان كان ما في بطن فلانة أو جميع ما في بطنها " . فلم يوجد شرط صحة استحقاق الوصية في كل واحد منهما

فلا يستحق أحدهما شيئاً^(١) .

ثانيا : مذهب المالكية :

صحح المالكية الوصية للحمل الموجود ، أو الذى سيوجد ، فإذا قال : " أوصيت بكذا لمن سيوجد لفلان من أولاده ، فإنه يشمل من كان حملا فى بطن أمه ، كما يشمل من سيوجد مستقبلا ، فيؤخر الموصى به للحمل اذا لم يكن موجودا ، ويعطى الحمل ان كان موجودا بعد وضعه بشرط أن يستهل صارخا عقب ولادته ، فان لم يستهل لم يستحق الموصى به ، وذلك لأن نزوله مستهلا شرط لاستحقاقه^(٢) الموصى به لا لصحة الوصية ، فلو نزل ميتا ، أو حيا حياة غير مستقرة ، فإنه لا يستحق الموصى به ، ويرد الى ورثة الموصى .

هذا : وان أوصى لحمل امرأة ، فوضعت أكثر من واحد ، فإنه يقسم الموصى به على عددهم بنسبة واحد ، ولو كان بعضهم ذكرا وبعضهم أنثى ، وهذا فى حال اطلاقه ، فان كان نص على التفضيل ، عمل بنصه ، ووزع الموصى به عليهم

(١) انظر : المصدرين السابقين ، وانظر : المبسوط ٢٨/٨٦ ، ٨٧ .
وانظر : حاشية ابن عابدين ٦/٦٥٣ ، وانظر : تبين الحقائق
٦/١٨٦ ، وانظر : بدائع الصنائع ١٠/٨٥١ وما بعدها .

(٢) وهذا ما قرره بعض المالكية ، ومنهم من قال هو شرط فى الصحة فان لم يستهل بطلت ، فعلى التقرير الأول الصحة حاصلة بمجرد الوصية ، والموتوف على الاستهلال هو استحقاق الموصى به ، وأما على التقرير الثانى فان الصحة لا تحصل بمجرد الوصية ، بل هى موقوفه على الاستهلال ، وقد انبنى على هذا الخلاف فى غلة الموصى به =

(١) حسب ميراثهم ، ومن هنا يتضح لنا أنهم قد أجازوا الوصية للذى سيحدث ، وهو مالم يقل به غيرهم من الفقهاء كالحنفية .
(٢)

ثالثا : مذهب الشافعية :

ذهب الشافعية الى صحة الوصية للحمل ، كأن يقول :
" أوصيت لولد فلان الذى فى بطن أمه بكذا ، وذلك بشرطين :
الأول : أن يفصل حيا حياة مستقرة ، فلا يكفى خروج أكثره أو بعضه حيا ، كما هو قول الحنفية ، فان نزل ميتا ، فلا تصح لــــه الوصية .

الثاني : أن يعلم وجوده حال الوصية ، وذلك بانفصاله من أمه لأقل من ستة أشهر ، وكذا لأقل من أربع سنين ، وذلك فيما اذا لم تكن أمه فراشا لزوج أو سيد ، وكذا يعلم وجوده ، بانفصاله بالمدة المذكورة اذا كانت فراشا^(٣) له لأقل من ستة أشهر لأن الظاهر وجوده عندها لندرة وطء الشبهه ، وفق تقدير الزنا

= قبل الوضع ، فقل تكون لورثة الموصي ، وقيل توفى ، فتدفع للموصى له اذا استهل كالموصى به ، كما اختلفوا ايضا ، فيما اذا أوصى لولد فلان ومن يولد لولده ، فدخل الموجود من الأحماد يوم الوصية ، ومن سيوجد منهم ، هل يستبد الموجود بالفله الى أن يوجد غيره فيدخل معه . أو يوقف الجميع الى أن ينقطع ولادة الولد ، وحينئذ يقسم الأصل والفله فمن كان حيا أخذ حصته ، ومن مات أخذ ورثته حصته ؟
فبالأول أفتى أكثر أئمتهم .

أنظر : جواهر الاكليل ٢/٣١٧ ، وانظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/٣٧٦ ، ٣٧٧ .

- (١) المصدران السابقان . وانظر : الخرشى على مختصر خليل ٨/١٦٨ .
(٢) بدائع الصنائع ١٠/٤٨٥٠ . (٣) كأن تكون متزوجة .

اساءة ظن ، أما اذا لم تكن فراشا قط ، فلا تصح الوصية ،
قاله السبكي ، ونقله غيره عن الاستاذ أبي منصور ، ولأن الشافعية
يروون أن أقصى مدة الحمل أربع سنين فانهم قالوا : " فان
انفصل لأربع سنين فأكثر ، أو لستة أشهر فأكثر ، وكانت فراشا
لزوج أو سيد ، ستة أشهر فأكثر ، لم تصح الوصية له ، لعدم
وجوده عندها في الأولى ، واحتمال حدوثه بعدها في الثانية
والأصل عدمه عندها^(١) " وقد علق شارح روض الطالب على
ما ذكر فقال^(٢) : " واعلم أن ما ذكره من الحاق الأربع سنين
بما فوقها ، خلاف ما ذكره الأصل ، وغيره من الحاقها بما دونها
وأن ما ذكره من الحاق الستة أشهر بما فوقها ، هو ما ذكره
الأصل وغيره ثم قال : " لكن صوّب الأسنوي وغيره الحاقها بما
دونها ، إذ لا بد من تقدير زمن يسع لحظتي الوطء والوضع
كما ذكره في العدد " .

رابعا : مذهب الحنابلة :

ذهب الحنابلة أيضا الى مثل ما ذهب اليه من قبلهم من

الغفهاء وهو صحة الوصية للحمل ، وذلك بشرطين : -

الأول : أن يولد حيا حياة مستقرة ، فان انفصل ميتا ، بطلت
الوصية ، لأنه لا يرث ، ولأنه يحتل ألا يكون حيا حين الوصية

(١) انظر : شرح روض الطالب من اسنى المطالب ٣ / ٣٠ ، وانظر : فتح

الوهاب بشرح منهج الطلاب ٢ / ١٣ .

(٢) انظر : شرح روض الطالب من اسنى المطالب ٣ / ٣٠ .

فلا تثبت له الوصية ولا الميراث بالشك ، وسواء مات لعارض من ضرب البطن ، أو شرب دواء أو غيره .

الثاني : أن يحكم بوجوده حال الوصية ، وبيان ذلك : " أن المرأة ان كانت فراشا لزوج متمكن من قربانها ، فانه يشترط لصحة الوصية للحمل أن تأتي به لسته أشهر فأقل للعلم بوجوده حين الوصية ، وان أتت به لأكثر منها ، لم تصح الوصية لسه لاحتمال حدوثة بعد الوصية ^(١) ، كما اشترطوا أيضا اذا أوصى رجل لحمل امرأة من زوجها المعين ، الحاقه به وثبوت نسبه منه فان انتفى باللعان أو بدعوى الاستبراء ، لم تصح الوصية لسه ، لعدم ثبوت نسبه المشروط في الوصية .

أما اذا كانت فراشا لزوج لا يقر بها ، لكونه غائبا في بلد بعيد أو مريضا ، مرضا يمنع الوطء ، أو كان أسيرا ، أو محبوسا ، أو علم الورثة أنه لا يظؤها وأقروا بذلك .

فان الحنابلة لا يفرقون بين هذه الصور ، وبين حالة من يظؤها ، لأنهما لم يفترقا في حقوق النسب بالزوج ، فكانت في حكم من يقربها ، وفي ذلك يقول ابن قدامة في المغني : ^(٢) " ويحتمل أنه متى أتت به في هذه الحالة لوقت يغلب على الظن أنه كان موجودا حال الوصية ، مثل أن تضعه لأقل من غالب مدة الحمل ، أو تكون أمارات الحمل ظاهرة ، أو أتت به على وجه

(١) المغني لابن قدامة مع الشرح الكبير ٤٧٥/٦ .

(٢) المصدر السابق ٤٧٦ .

يفلب على الظن أنه كان موجودا بأمارات الحمل بحيث يحكم لها بكونها حاملا صحت الوصية له ، ولأن الحنابلة يرون أن أقصى مدة الحمل أربع سنين ، فانهم قالوا : " إذا كانت المرأة بائنا ، فأنت به لأكثر من أربع سنين من حين الفرقة وأكثر من ستة أشهر من حين الوصية ، لم تصح الوصية له وان أتت به لأقل من ذلك ، صحت الوصية له ، لأن الولد يعلم وجوده إذا كان لستة أشهر ، ويحكم بوجوده إذا أتت به لأقل من أربع سنين من حين الفرقة ، وهذا مذهب الشافعي وقد تقدم بيانه ، وهذا الحكم مبني على أن أقصى مدة الحمل أربع سنين ، في مذهب الحنابلة والشافعية ، على أن هناك وجه آخر عند الحنابلة ، وهو أن المرأة الحامل إذا أتت به لأكثر من سنتين ، وكانت بائنا ، فإن الوصية لا تثبت له ، وهذا الوجه مبني على أن أكثر مدة الحمل سنتان (١) .

هذا ويحسن بنا أن نشير الى أن الحنابلة قد وافقوا غيرهم من الفقهاء في مسائل تتعلق بالوصية للحمل ، فمنها مالو أوصى شخص لحمل امرأة ولم يعين ان كان ذكرا أو أنثى فولدت ذكرا وأنثى ، فإن الوصية لهما بالسوية ، لأن ذلك عطية وهبته ، فأشبهه مالو وهبهما شيئا بعد ولادتهما ، إلا إن نعى على التفضيل ، فيعمل بنصه ، وقد وافقوا بذلك المالكية ، ولو قال : " ان كان حملها ، أو ان كان ما في بطنها غلاما فله ديناران ، وان كانت جارية ، فلها دينار فولدت أحدهما منفردا ، فله وصيته ،

(١) المصدر السابق .

وان ولدت غلاما وجارية ، فلا شيء لهما ، لأن أحدهما ليس هو جميع الحمل ، ولا كل ما في البطن ، وقد قال بهذا الحنفية والشافعية وأبو ثور .^(١)

مسلك قانون الوصية المصري :

بين قانون الوصية حكم الوصية للحمل في مادته^(٢) الخامسة والثلاثين فقال : " تصح الوصية للحمل في الأحوال الآتية : -
١ - اذا أقر الموصي بوجود الحمل وقت الوصية ، وولد حيا لخسة وستين وثلاثمائة يوم فأقل من وقت الوصية .
٢ - اذا لم يقر الموصي بوجود الحمل ، وولد حيا لسبعين ومائتي يوم على الأكثر من وقت الوصية ما لم تكن الحامل وقت الوصية معدة لوفاة أو فرقة بائنة ، فتصح الوصية اذا ولد حيا لخسة وستين وثلاثمائة يوم من وقت الموت أو الفرقة البائنة..."
وما يتضح من هذا النص ، أن القانون لم يأخذ بالذاهب الأربعة ، وإنما أخذ بما ذهب اليه محمد بن عبد الحكم من المالكية ورأى الأطباء ، وذلك حينما اعتبر أن الولادة المثبتة لصحة الوصية هي ما كانت لتسعة أشهر أو سنة ، وأنه اذا ولد الحمل لأكثر من سنة فلا يستحق شيئا^(٣) ، وفي ذلك يقول الشيخ

(١) انظر : المغنى والشرح الكبير ٦/٤٧٤ - ٤٧٥ ، ٤٧٦ ، ٤٧٧ .

(٢) انظر : شرح قانون الوصية ٢٧٩ / ٢٨٠ .

(٣) انظر : عقد الوصية ٥٨ .

محمد ابوزهرة : " وانما جعل القانون المصرى أقصى مدة
لثبوت الحمل هى ٣٦٥ أى سنة شمسية ، لأن الأطباء تـررروا
أن الحمل لا يمكن أن يستقر فى بطن أمه أكثر من خمسة
وستين يوما وثلاثائة ، وان ذلك يتفق مع رأى محمد بن
عبدالحكم من فقهاء المالكية ، فانه جعل أقصى مدة الحمل
سنة ، وكذلك رأى بعض الحنابلة ، غير أن السنة تحتسب عند
هؤلاء بالسنة الهلالية " (١)

كما أن القانون قد أخذ بمذهب غير الحنفية عندما اشترط لصحة
الوصية للحمل أن يوجد كله حيا حياة مستقرة ، أى متيقنه
غير مشكوك فيها ، فان ولد ميتا ولو بجناية على أمه ، أو كانت
ولادته غير مستقرة ، فانه لا يستحق الموصى به ، ويكون لورثته
الموصى ، وهذا مذهب الأئمة الثلاثة ، مالك ، والشافعي ، وأحمد
وهذا ما صرحت به المذكرة التفسيرية حيث قالت : (٢)

" مذهب الحنفية الذى جرى عليه العمل من قبل أنه يكفي فى
حياة الحمل الموصى له ، أن يولد أكثره حيا ، وقد روي من

(١) انظر : شرح قانون الوصية ٨٧ .

(٢) تثبت الحياة المستقرة بوجود الأعراض الظاهرة للحياة ، كالبيك والصراخ
والشهيق ، والمطاس ، وتحرك الأعضا ، فاذا لم يوجد شئ من هذه
الأعراض ، فانه يرجع الى أهل الخبرة من الأطباء ، لمعرفة حياته
بعد ولادته ، المصدران نفساهما .

(٣) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابوزهرة ص ٨٩ .

المصلحة ، العدول عن مذهب الحنفية الى مذهب الشافعي الذي يشترط في الحياة ، أن يولد الحمل ، وبه حياة مستقرة .^(١) كما أن القانون اشترط لصحة الوصية للحمل فيما اذا كان معنا مع ما تقدم ثبوت نسبه من ذلك المعين ، وتوقف غلة الموصى به الى أن ينفصل الحمل حيا ، وحينئذ تكون له ، جاء ذلك صريحا في فقرته الثالثة من المادة الخامسة والثلاثين ونصها :
" واذا كانت الوصية لحمل معين ، اشترط لصحة الوصية مع ما تقدم ، ثبوت نسبه من ذلك المعين " هذا فيما اذا أتت الموصى لحملها ، بواحد ، أما اذا تعدد الحمل ، بأن ولدت أكثر من واحد ، فانه يقسم الموصى به بينهم بالتساوي بلا فرق بين الذكر والأنثى ، متى توافرت الشروط السابقة الا أن يكون الموصى نص على خلاف ذلك في الوصية ، فان انفصل أحد الحملين ميتا ، والاخر حيا حياة مستقرة ، استحق الحي الموصى به ، دون الأول ، لموته ، ويلاحظ أن القانون في تلك الأحكام قد جاء متفقا مع مذهب الحنفية ، فقد نص في المادة (٣٦)^(٢) على أنه :
" اذا جاءت الحامل في وقت واحد ، أو في وقتين بينهما أقل من ستة أشهر بولدين حيين أو أكثر ، كانت الوصية بينهم بالتساوي ، الا اذا نصت الوصية على خلاف ذلك ، واذا انفصل احد هم غير حي استحق الحي منهم كل الوصية ، وان مات أحد الأولاد بعد الولادة كانت حصته بين ورثته في الوصية بالأعيان ، وتكون لورثة الموصى في الوصية بالمنافع " .

(١) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابوزهرة ص ٨٥ .

(٢) انظر : المصدر السابق .

المطلب الثاني

الوصية لمعين ، ولغير معين

اتفق الفقهاء على صحة الوصية للموصى له المعين بالأسم أو الإشارة اذا كان موجودا وقت الوصية ، وذلك لأن الايجاب قد انعقد على فرض وجوده ، فاذا تبين خلاف ذلك ، بطل الايجاب ، لكونه مرتبطا به ، يضاف الى ذلك أن في تعيين الموصى له بالأسم أو الإشارة ، دلالة على وجوده وقت الوصية ، ان لا يتصور ذلك وهو غير موجود ، وسواء كان ذلك واحدا أو متعددا ، فلو أوصى بالثلث لبني فلان ، وسهام ، أو أشار اليهم ، اشترط وجودهم وقت الايجاب ومن مات منهم قبل موت الموصي لم يستحق شيئا في الوصية ، فقد جاء في مواهب الجليل^(١) : " اعلم أن الموصى له اذا كان معيناً كفلان ، أو أولاد فلان وسهام ، فلا خلاف في أن الموصى به يقسم بين الجميع بالسوية ، يختصون به ، ومن مات منهم ، أى بعد الوفاة والقبول فلوارثه حصته ، ومن ولد أى بعد الايضا لم يدخل نسي الوصية ، لأنها تختص بالموجود منهم حين الايضا ، لأنهم معينون . "

فاذا كانت الوصية لمعين بشخصه بالأسم أو الإشارة أو بالوصف القاصر المميز له عن غيره ، فاما أن تكون بالاعيان واما أن تكون بالمنافع

(١) انظر : مواهب الجليل ٦/٣٧٤ ، وانظر : اسنى المطالب ٣/٣٠ ،

وعقد الوصية ٤٨ .

فاذا كانت الوصية له بالأعيان واستحق الوصية ، فان الملك يثبت له في الموصى به من الوقت الذى حدده الموصى ، وان لم يحدد فمن وقت الوفاة ، فان مات بعد استحقاقه ، فانه ينتقل الموصى به بالارث الى ورثته قياسا على سائر املاكه الاخرى ، ولكن لو بطل حقه بأن مات في حياة الموصى ، أو رد الوصية بعد وفاته فان نصيبه يعود الى تركه الموصى ، فلو أوصى شخص بدار تخرج من ثلث تركته بنصفها لمحمد ، وبنصفها لكل من زيد ومحمود ، ثم مات محمد ، قبل أن يموت الموصى ، أو رد محمد الوصية بعد وفاة الموصى ، فان النصف الذى أوصى به لمحمد يعود الى تركة الموصى ولا يستحق زيد ومحمود الا النصف .

وبهذا أخذ قانون الوصية المصرى فى مادته الثالثة والثلاثين (١) قائلا : " اذا كانت الوصية للمعينين عاد الى تركة الموصى ما أوصى به لمن كان غير أهل للوصية حين الوفاة ، ويلاحظ أن هذه المادة مأخوذة مما هو مقرر فى مذهب أبى حنيفة ، الا فيما يتعلق بمآل الوصية عند بطلان استحقاق الموصى له المعين ، فان القانون قد أطلق فى ذلك ، نفى كل حالة لا يكون فيها الموصى له المعين أهلا للوصية عند الوفاة يعود ما أوصى به له الى تركة الموصى ، وقد ذكرت المذكرة التفسيرية أن هذا الحكم مأخوذ من مذهب الشافعية . (٢)

(١) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد أبو زهرة ص ٢٧٩ .

(٢) المراجع السابقة .

أما إذا كانت الوصية لغير معين ، بأن كان معروفا بالوصف كالطلبة المحتاجين في بلدة كذا ، فإن الفقهاء قد اختلفوا نسي ذلك .

فالذي عليه الجمهور هو اشتراط وجوده وقت موت الموصي فقط وذلك لأن الايجاب صدر صحيحا في ذاته لعدم ارتباطه بمعين ، وانما اشترط وجوده في ذلك الوقت ، لأن الوصية تملك مضاف لما بعد الموت ، والتملك للمعدوم لا يجوز قياسا على الميراث ، فانه لا يثبت الا لمن كان موجودا عند وفاة الموصي دون المعدوم ، فالوصية كذلك لأنها أخت الميراث ^(١) . ثم ان وجود الموصى له حين الوصية أعم من الوجود الحقيقي ، وهو التعمين بالاسم والاشارة ، وممن الوجود التقديرى كما في الحمل المعين ، فان الوصية له صحيحة متى تحقق وجوده شرعا ، وقت الوصية وبيان تحقق وجوده قد مضى عند الكلام على الوصية للحمل ، في المطلب الأول .

فلو أوصى شخص لبنى فلان بالثلث من ماله ، ولم يسهم ولم يشر اليهم ، وكانوا محصورين ، فانه يستحق الوصية منهم من كان موجودا وقت موت الموصي سواء كانوا موجودين وقت الوصية أم لا .
أما المالكية فلم يشترطوا وجود الموصى له غير المعين وقت الوصية ولا وقت موت الموصي ، فصحوا بذلك الوصية للمعدوم .

(١) انظر : المغنى والشرح الكبير ٤٧٦/٦ ، وانظر : بدائع الصنائع

وقد أخذ قانـون الوصية المصرى بمذهب المالكية فلم يشترط وجود الموصى له غير المعين حيث قال فى مادته السادسة من الفقرة الثانية : " يشترط فى الموصى له :

٢ - أن يكون موجودا عند الوصية ان كان معنا ، فان لم يكن معنا لا يشترط أن يكون موجودا عند الوصية ولا وقت موت الموصى (٢) فاطلاق هذه المادة فى حالة ما اذا كان الموصى له غير معين يشمل ما اذا كان الموصى له غير المعين محصورا أو غير محصور ، لأن المطلق يجرى على اطلاقه " .

.....

-
- (١) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابوزهرة ٢٢٤ .
(٢) انظر : الوصية ص ٥٣ ، وانظر : جواهر الاكليل ٣١٢ ، وبدائع الصنائع ١٠ / ٤٨٥٣ ، وانظر : عقد الوصية ص ٤٨ .

المبحث الثاني

(١) الوصية للمعدوم

تقدم لنا أن الفقهاء ، قد اشترطوا لصحة الوصية للموصى له المعين بالاسم أو الإشارة أن يكون موجودا وقت انشاء الوصية ، كما تقدم لنا ايضا أنهم قد اشترطوا كذلك لصحة الوصية لمعين بالوصف كفقرا هذه البلدة مثلا ، وجوده وقت وفاة الموصي ، وهذا باتفاق لكن الذى حصل فيه الخلاف ، اذا لم يكن الموصى له موجودا وقت وفاة الموصي .

فالذى ذهب اليه الجمهور من الفقهاء أن الوصية لموصى له ليس موجودا وقت وفاة الموصي باطله ، كمن أوصى لمن سيولد لفلان ، ثم مات الموصي قبل أن يولد الموصى له ، فان الوصية باطلة .
وفى ذلك يقول الكاساني : " وأما الذى يرجع الى الموصى له ، فمنها أن يكون موجودا ، فان لم يكن موجودا ، فلا تصح الوصية ، لأن الوصية للمعدوم لا تصح " وقد ذكر أن اعتبار وجوده من وقت موت الموصي كما هو ظاهر الرواية عن أبي حنيفة ، وقد ورد فى المغنى لابن قدامة ، ونهاية المحتاج للرملي مثل ذلك .^(٢)

(١) المعدوم يراد به من لم يكن موجودا وقت انشاء الوصية وكان مكمنا الوجود في المستقبل ، وليس المراد من كان موجودا ثم انعدم .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ١٠ / ٤٨٥٠ .

(٣) انظر : المغنى والشرح الكبير ٦ / ٤٧٦ .

(٤) انظر : نهاية المحتاج للرملي ٦ / ٤٣ .

وأما المالكية ، فقد صححوا الوصية للمعدوم ، إذ لم يشترطوا وجود الموصى له وقت الوصية ولا وقت موت الموصي ، فيجوز عندهم الوصية للمعدوم ولو لم يكن موجودا وقت انشاء الوصية ، ويحتمل أن يوجد في المستقبل سواء وجد عند الوفاة أو لم يوجد الا بعدها .^(١)

الأدلة والمناقشة

أولا : استدل المالكية لما ذهبوا اليه بأن الوصية كالوقف ، والوقف على من سيحدث في المستقبل جائز ، فكذلك الوصية ، لاسيما وأن الفقهاء قد قالوا بجوزا الوصية بالمعدوم والمجهول الذي سيوجد عند الوفاة ، فأجازوا فيها مالم يجيزوا في غيرها تسامحا منهم في القواعد بشأنها ، فكان الأولى ايضا التوسعة باجازه الوصية للمعدوم الذي سيوجد في المستقبل^(٢) .

ونوقش هذا الدليل : بأن الوصية أجريت مجرى الميراث ، والميراث لا يثبت الا لمن كان موجودا عند وفاة الموصي ، فكذلك الوصية والوقف يراد للدوام فكان من ضرورته اثباته للمعدوم ، وأيضا لا يلزم من القول بجواز الوصية بالمعدوم القول بجوازها له ، لا ممتلكه

(١) وقد قال بصحة الوصية للمعدوم ايضا بعض الشافعية ، اذا كان تابعا للموجود ، ففي نهاية المحتاج للرملي " ... نعم يقاس ما مر في الوقف أنه لو جعل المعدوم تابعا للموجود كأن أوصى لأولاد زيد الموجودين ومن سيحدث له من الأولاد صحت تبعا لهم ... " أما لو قال : " أوصيت لمن سيحدث لفلان من الأولاد ، فلا يصح ، لأن الشرط أن يكون الموصى له من يتأتي له الملك ، والمعدوم لا يتأتي له ذلك .

انظر: نهاية المحتاج ٤٣/٦ .

(٢) انظر: شرح قانون الوصية ص ٨٤ ، والمغنى والشرح الكبير ٤٧٦/٦ .

الموصى به المعدوم ، فلم يعتبر وجوده ^(١) ، كاعتباره حال الوصية له ، ونفى الفرق بين الوصية للمعدوم والوقف بقول الرملى ^(٢) :
" واعتمد جمع الفرق بأن من شأن الوصية أن يقصد معها معين موجود ، ولا كذلك الوقف ، لأنه للدوام المقتضي لشموله للمعدوم ، ابتداءً ، وقالوا إنها للتملك ، وتمليك المعدوم ممتنع ، كما صرح به الرافعي تعليلاً للذهب من بطلان الوصية لما ستحمله هذه المرأه " .

ثم استدرك على هذا الفرق فقال : " ولا يريد على المصنف صحتها مع عدم ذكر جهة ولا شخص كأوصيت بثلاث مالي ، فيصرف للفقراء والمساكين ، أو بثلثه لله ، فيصرف في وجوه البر ، لأن من شأن الوصية أن يقصد بها أولئك ، فكان اطلاتها بمنزلة ذكرهم ، ففيه ذكر الجهة ضمناً ، ثم قال : ^(٣) " وبهذا فارتقت الوقف ، فإنه لا بد فيه من ذكر المصرف ... " .

ثانياً : واستدل الجمهور لعدم جواز الوصية للمعدوم ، بأن الوصية تمليك مضاف لما بعد الموت ، والتمليك للمعدوم غير صحيح ،
كما استدلوا بما ناقشوا به دليل المالكية الذي ذكرناه آنفاً .
وبالموازنة بين الرأيين ودليليهما يتضح لنا قوة رأى الجمهور .

(١) انظر : المغني والشرح الكبير ٤٢٦/٦ - ٤٢٧ ، وانظر : شرح قانون

الوصية للشيخ محمد ابوزهرة ص ٨٤ .

(٢) انظر : نهاية المحتاج للرملي ٤٣/٦ .

(٣) انظر : المصدر نفسه ، بتصريف .

هذا وقد أخذ قانون الوصية المصري بمذهب المالكية فأجاز الوصية للمعدوم سواء كانت له وحده ، أو مع موجود محصور ، كأن يوصي لأولاد شخص فلان الذين ينتسبون إليه في الحال ونفس المستقبل ، فإنه يدخل في الاستحقاق أولاده الذين كانوا وقت انشاء الوصية ومن يكونون بعد ذلك ، وقد أجاز الوصية للمعدوم بالأعيان والمنافع ، وبين أحكامها^(١) في مواد ٢٦ ، ٢٧ ، ٢٨ ، ٢٩ ، وقد اعتبر الوصية بالأولى تليكا تاما عند توافر شروطها ، واعتبر الثانية تليكا ناقصا ، وفي اجازة قانون الوصية للمعدوم يقول الشيخ على الخفيف^(٢) : " اختار المقتن المصري مذهب المالكية ، فأجاز القانون الوصية لمعدوم سيوجد . . . مخالفا في ذلك مذهب الجمهور الذي يقضي ببطلان الوصية للمعدوم " .

ثم ناقش ما ذهب إليه القانون من القول بجواز الوصية للمعدوم قائلا : " وعلى ذلك يجب التساؤل عن يكون منه قبول الوصية في حالة ما اذا كان الموصى له غير موجود عند وفاة الموصي ثم وجد بعد ذلك ؟ وقد أجاب عن ذلك على لسان القانون وأن الموصى له اذا وجد بعد وفاة الموصي لم يعد أن يكون موصى له موجودا أوصى له فتطبق عليه أحكام القانون السابقة من وجوب قبوله اياها لتصير لازمة اذا كان معنا يتأتي منه القبول

(١) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد أبو زهرة ص ٢٧٨ .

(٢) انظر : أحكام الوصية للشيخ / على الخفيف ص ٦٤ - ٦٥ .

شخصيا ، أو قبول وليه أو وصيه عند وجوده اذا وجد وليس له ولاية كاملة ، أو كان محجورا عليه لسفه أو غلله ، وعدم احتياج الوصية له في لزومها الى قبول اذا كان جهة ليس لها من يمثلها " . وقد استتكر أن تكون الوصية في هذه الحالة وبهذه الصور وصية قائلا : " ويعهد أن تعد الوصية في هذه الحالة على جميع أوضاعها وصورها وصية لجهة ليس لها من يمثلها " وقد عكس ذلك بقوله : " لأن لفظ الجهة .. لا يستعمله القانون في لغته الا في الدلالة على المنشآت ، أو جهات البر ، دون الدلالة على الاشخاص وليس يتفق مع نهج القانون ومبادئه أن يملك شخص بعد وجوده مالا رغم أنه " .

الوصية للميت :

أجاز الامام مالك في الأقوال المشهورة عنه الوصية للميت ، ان علم الموصي بموته وقت الوصية ، وتكون لورثته بعد قضا ديونهم ، وتنفيذ وصاياهم ، لأن الغرض نفعهم بها ، فان لم يكن له وارث وليس عليه ديون ولا وصايا ، فانها تبطل ، لاستحالة تنفيذها ، أما اذا كان الموصي لا يعلم بموت الموصي له وقت الوصية ، فانها لاتصح ^(١) ولذلك فانه جاء في شرح الرسالة للنفراوى ^(٢) : " وتصح للميت حيث علم الموصي بموته ، وتصرف في دينه ان كان عليه دين ، أو تدفع

(١) انظر : المدونة ٣٥/١٥ ، وانظر : حاشية الدسوقي ٣٧٩/٤ ، وانظر :

شرح قانون الوصية ٨٣ .

(٢) انظر : شرح الرسالة للنفراوى ٣/٣ .

لورثته ، وأما ان لم يعلم بموته فتكون باطلة ، وسبب^(١) التفرقة بين
الحالتين ، أنه لما أوصى لمن علم بموته وقت الوصية ، انما قصد
بذلك تسديد ما عليه من الديون ، أو اعطاء ورثته اذا لم يكن
عليه شيء ، بخلاف وصيته لمن يجهل موته وقت الوصية ، فانسه
انما قصد الوصية له بشخصه بغرض كونه حيا .

والمالكية حين يتجهون الى تصحيح الوصية للميت ، انما يقضون
بما فيه المصلحة في نظرهم ، ولو خالف القواعد ، لذلك قالوا
ان المصلحة هنا في تنفيذ الوصية للميت ، لأن فيه تنفيذ
ارادة الموصي ، وعدم اهدار قوله ، كما أن فيه مصلحة للموصى
له ، بسداد ديونه ، واعطاء ورثته ، وهم لا يتسكون بالقواعد
ان عارضت المقاصد والمصالح .

والذي يقتضيه كلامهم هذا ، أن الوصية للميت لا تحتاج الى قبول
في حين أن النظر يقتضى الحاجة الى قبول الوارث له حينئذ
والا كيف يملك رغم ارادته ، لاسيما وأن قبول الموصى له المعين
الموجود شرط لوجوب الوصية وتنفيذها بعد موت الموصي ، وهو
ما يقول به الفقهاء جميعا ، ومنهم المالكية ، فدل ذلك على بطلان
الوصية للميت .

أما جمهور الفقهاء ، ومنهم ابو حنيفة ، والشافعي وأحمد ومحمد
ابن عبدالحكم فقد ذهبوا الى بطلان الوصية للميت ، واحتجوا
لذلك بأنه ليس أهلا للترك ، ولأنه أوصى لمن لا تصح الوصية

(١) انظر : شرح قانون الوصية ص ٨٣ .

له اذا لم يعلم بحاله ، فكذلك لا تصح اذا علم حاله ، ولأنه
عقد يفتقر الى القبول ، فلم يصح للميت كالهبة ^(١) .
وقد أخذ قانون الوصية بمذهب الجمهور فقال بهطلان الوصية للميت
جاء ذلك صريحا في مادته ^(٢) السادسة في الفقرة الثانية منه
(٢) أن يكون موجودا عند الوصية ان كان معنا

.....

(١) انظر : المعنى والشرح الكبير ٤٣٦/٦ ، وانظر: السراج الوهاسج
ص ٣٣٦ ، وانظر : المجموع التكملة الثانية ٥٦/١٥ ، وانظر: بدائع
الصنائع ٤٨٥٣/١٠ ، وانظر: شرح قانون الوصية للشيخ محمد أبو زهرة
ص ٨٣ / ٨٤ ، وانظر حاشية الدسوقي ٣٧٧/٤ ، وانظر: أحكام الوصية
للشيخ علي الخفيف ص ٦٥ .
(٢) انظر : شرح قانون الوصية ص ٢٧٤ .

المبحث الثالث

الوصية للمحصورين ولغير المحصورين

أولا : الوصية للمحصورين :

وهم من كانوا في حدود المائة ، وقد اتفق الفقهاء على جواز الوصية للمحصورين ، انما اختلفوا في وقت استحقاقهم للموصى به ، أهو وقت موت الموصي ، أو وقت الوصية ؟ فالذي ذهب اليه الحنفية أن الموصى له المحصور ، اذا كان غير معين ، استحق الموصى به وقت موت الموصي ، سواء وجد وقت الوصية أولا ، أما اذا كان معينا بالإسم أو الإشارة ، أو الوصف ، فانه يشترط لاستحقاقه الموصى به وجوده وقت الايضا ، ففي التتارخانية قد ورد ما يدل على أن " الموصى له اذا كان معينا من أهمل الاستحقاق ، يعتبر صحة الايجاب يوم أوصى ، ومتى كان غير معين يعتبر صحة الايجاب يوم موت الموصي ، فلو أوصى بالثلث لهنى فلان ولم يسمهم ، ولم يشر اليهم ، فهي للموجودين عند موت الموصي وان سماهم ، أو أشار اليهم ، فالوصية لهم ، حتى لو ماتوا قبل وفاة الموصي بطلت الوصية ، لأن الموصى له معين ، فيعتبر صحة الايجاب وقت الوصية . . . " .

أما المالكية فقد ورد عنهم في ذلك رأيان أحدهما يشترط لاستحقاق الموصى به للمحصورين وجودهم وقت الايضا ، فيجعل

(١) انظر : حاشية ابن عابدين ٦٤٩/٦ .

الوصية لهم كالوصية لمعين .

والثاني : يقول بجعل الوصية لهم ، كالوصية لغير المحصور ،

فلا يشترط لاستحقاقهم الموصى به وجودهم حين موت الموصي

ولا حين الايضا ، فقد ورد في مواهب الجليل ^(١) : " وان كان

الموصى لهم يمكن حصرهم ، ولكن الميت لم يعينهم ، كقولـــــــــــــــــه :

" اوصيت لأولادي ، ولأخوتي وأولادهم ، وأولاد خوالي وأولادهم ونحو

ذلك ، فاختلف فيه على قولين : -

ف قيل : انهم كالمعيين ، يقسم بينهم بالسوية ، ومن مات قبل القسم

فنصيبه لو ارثه أى اذا قبل الوصية ، ومن ولد بعد موت الموصي

لم يدخل ، وكذلك لا يدخل من ولد بعد الايضا ، وقيل : انهم

كالمجهولين ، فمن مات قبل القسم ، لم يستحق شيئا ، ومن ولد

قبل القسم ، وحضرها استحق ، ويقسم بينهم بالاجتهاد ، وذكر

ابن يونس ، أن رأى بن القاسم فى ذلك أن الموصى به لمن حضر

القسمه ، ولا شيء لمن مات قبلها ، ومن ولد قبلها وحضرها دخل

فيها ويقسم الموصى به بينهم بالاجتهاد ، وقال وهو قول مالك ... "

وقد قال بالرأى الأول الشافعية والحنابلة ، ان اشترطوا لاستحقاق

الموصى به ، للموصوف المحصور ، وجودهم وقت الايضا ، والتسوية

بينهم كالوصية مثلا لولد فلان ، أو لأهل سكتة أو لجيرانـــــــــــــــــه ،

ولا يدخل فى الوصية من يولد ، أو يوجد بعد الايضا ، ففى

منتهى الارادات ^(٢) : " وان وصى لأهل سكتة ، فلاهل زقائه : حال

(١) انظر : مواهب الجليل ٦/٣٧٥ ، بتصرف ، وانظر : الخرشى على مختصر

خليل ١٧٧/٨ .

(٢) انظر : منتهى الارادات ٢/٤٦ ، وكشاف القناع ٦/٣٦٣ .

الوصية . . وفي نهاية المحتاج^(١) للبرلماني : " وأن يكون من يمكن أن يتصور له الملك وقت الوصية " فقد اشترطوا لاستحقاق الموصى به للموصوف المحصور كونه متصورا وقت الايصاء ، وأن يتحقق في الوصف الذى نص عليه الموصى فى وصيته عند الوفاة كما لو أوصى للعلماء ، يدل على ذلك قوله : " والعلماء فى الوصية لهم ، هم الموصوفون يوم الموت لا الوصية . . . بأنهم أصحاب علوم الشرع ، من تفسير ، وحديث ، وفقه . . ولوعين علماء بلـد أو فقراء ، مثلا ، ولا عالم ، أو لاقير فيهم وقت الموت بطلت الوصية " .

هذا وقد جرى قانون الوصية المصرى على ما ذهب اليه الحنفية فلم يشترط فى الوصية لأولاد فلان وجودهم حين الوصية ، بل الشرط وجودهم عند موت الموصى .

فقد نصت المادة^(٢) (٣١) على أنه : " اذا كانت الوصية لقوم محصورين بلفظ يتناولهم ولم يعينوا بأسمائهم ، وكان بعضهم غير أهل للوصية وقت وفاة الموصى كان جميع ما أوصى به مستحقا للاخيرين مع مراعاة أحكام المواد " ٢٦ ، ٢٧ ، ٢٨ ، ٢٩ . "

وبيان ذلك : أن الوصية اذا كانت لمحصورين معروفين بأوصافهم أو جنسهم كالمرضى من بنى فلان ، وكبنى فلان ، ولم يعرفوا بأسمائهم

(١) انظر : نهاية المحتاج ٧٧ ، ٧٦ ، ٤٣ ، ٤٢ / ٦ .

(٢) انظر : المصدر السابق .

(٣) انظر : شرح قانون الوصية ٢٧٩ ، وانظر : عقد الوصية ص ٥١ .

الأصل - لأن الوصية فيمن عرفوا بأوصافهم بشكل عام اعتمد فيها على مذهب مالك باطراد تقريبا ، إذ الوصية لمن يكون غير موجود وقت الوصية لا وقت الوفاة ، ثم يوجد من بعد ذلك جائزته ، وهي من مذهب مالك ، وهي في أكثر ما تكون في المعروفين بالأوصاف المحصورين ، وتفصيل ذلك بالمواد : ٢٦ ، ٢٧ ، ٢٩ ، معتمد فيه على ذلك المذهب ، فكان من المنطق أن ينص عليه في كل فروع الوصية للمحصورين ، وإن اتفقت هذه الفروع أو بعضها مع مذهب أبي حنيفة - رضي الله عليه - ، أو مذهب غيره ^(١) .

... ..

(١) شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابوزهره ص ٩٢ / ٩٧ / ٩٨ .

الوصية لغير المحصورين :

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة ، الحنفية ، والمالكية ، والشافعية والحنابلة على جواز الوصية لغير المحصورين ، غير أن هذا الجواز مطلق عند بعضهم ، ومقيد عند البعض الآخر بما يدل على أن الوصية لهذا النوع قريبة ، كالوصية لفقراء مكة ، أو لفقراء المسلمين .

لكن ذهب الحنفية^(١) إلى أن الوصية لغير المحصورين لا تصح إلا إذا اقترن باللفظ ما يدل على الحاجة ، كأن يقول الموصي ، أوصيت لفقراء طلبة معهد كذا ، أو للطلبة المنقطعين من جامعة كذا .

واستدلوا لذلك : بأن الوصية تملك ، وتملك المجهول جهالة لا يمكن ازالتها لايصح ، لكن إذا اقترن باللفظ ما ينهي عن الحاجة ، فإنها تكون وصية بالصدقة ، تقربا إلى الله سبحانه ، وطلباً لرضائه فيقع المال لله سبحانه ، ثم للفقراء يتلونها بتملك الله منهم .

ونوقش : ذلك بأنه غير صحيح ، فإن الوصية للأغنياً أيضاً قريبة فهي من باب الهدية ، وقد ندب النبي - صلى الله عليه وسلم - إلى الهدية ، وإن كانت لغني^(٢) .

أما أصحاب المذاهب الثلاثة المالكية ، والشافعية والحنابلة ، فقد ذهبوا إلى صحة الوصية لهذا النوع ، وجد ذلك التقيد أولاً ، وبناءً على ذلك صححوا الوصية لطلبة الجامعة ، كما تصح للغنياً منهم ، وذلك لأن الوصية مبنية على التيسير والتسامح ، فيتساهل فيها ، بما لا يتساهل

(١) انظر : بدائع الصنائع ١٠/٤٨٦٥ ، ٤٨٦٦ .

(٢) انظر : المغنى والشرح الكبير ٦/٤٧٤ .

به في غيرها من العقود الأخرى ، ولأنها في ذاتها صلة وقربة
ومن عمل المعروف ، وعمل المعروف يتوسع فيه بما لا يتوسع في غيره
وان كانت لغني ، فالنبي - صلى الله عليه وسلم - قد ندد
الى الهدية وان كانت لغني ، كما بيناه ، وفيما ذكرنا من القول
بصحة الوصية لغير المحصورين مطلقا ، وجدت الحاجة لذلك أولم
توجد .

* يقول ابن قدامة في المغني^(١) : " واذا أوصى لجماعة لا يمكن حصرهم

واستيعابهم كالقبيلة العظيمة والفقراء والمساكين صح . . . " .

* وورد في مواهب الجليل^(٢) : " وان كان الموصى لهم مجهولين غير

محصورين ، كالفقراء والمساكين والغزاة ، وبنى تميم وبنى زهرة
ونحوهم ما لا يمكن الاحاطة بهم ، فلا خلاف أنه لا يلزم تعميمهم
ولا التسوية بينهم بل تقسم بالاجتهاد " وينبغي ايثار المحتاجين
منهم .

* ففي جواهر الاكليل^(٣) : " وأثر المحتاج الأبعد في القرابة من

غيره لشدة فقره ، أو كثرة عياله بالزيادة على غيره ، لا بالجميع
فالمحتاج الأقرب علم ايثاره بالأولى في كل حال " .

كما أن المنصوص في مذهب الشافعية أن الوصية لجهة البر تجوز

كالوصية للفقراء والمساكين ، وأنه لا يلزم تعيين فقراء مخصوصين ،
بل لو قال : " أوصيت بكذا من مالي ، ولم يذكر الموصى له أصلا

(١) انظر : المغني والشرح الكبير ٤٧٣/٦ .

(٢) انظر : مواهب الجليل ٢٧٥/٦ .

(٣) انظر : جواهر الاكليل ٣٢٠/٢ .

فانه يصح ، لأن الموصى له يكون مذكورا ضنا ، وهو جهة السبر .^(١)
* هذا ويعد أن عرفنا أنهم قد اتفقوا على جواز الوصية لغير
المحصرين مطلقا كما هو رأى الأئمة الثلاثة ، أو بقيد الحاجة كما
هو رأى الحنفية .

نقول : انهم قد اختلفوا ، فبين يجزئ الدفع اليه ؟
فالذى ذهب اليه المالكية ، والحنابلة ، وأبو حنيفة ، وأبو يوسف أنه
يجزئ الدفع الى واحد من الموصى لهم ، فلو صرف الموصى
جميع الثلث الى فقير واحد جاز .
فى حين ذهب الشافعي أنه لا يجزئ الا بالدفع الى ثلاثة ، وقد
قال بذلك ايضا محمد من الحنفية ، الا أنه قال ، لو دفع الى اثنين
جاز .

الأدلة والناقشة :

استدل الشافعي ، لما ذهب اليه من دفع الثلث الى ثلاثة
بأن الثلاثة ، هي أقل الجمع ، ولذا فانه لا يجزئ الدفع الى أقل
من ذلك ، وقد احتج محمد لما ذهب اليه بمثل ما احتج به الشافعي
وهو أن الفقهاء اسم جمع ، وأقل الجمع الصحيح ثلاثة ، الا أنه أقام
الدليل على أن الاثنين فى باب الوصية يقومان مقام الثلاثة ، بشأن
الوصية أخت العيراث ، والله تعالى أقام الثنتين من البنات مقام
الثلاث منهن فى استحقاق الثلثين ، ولأن معنى الجمع يدل على

(١) انظر : كتاب الفقه على المذاهب الاربعة ٣/٤٤٤ ، وانظر : نهاية المحتاج

٣٨ وانظر : الانصاح لابن هبيرة ٢/٧٦ .

الاجتماع ، وأقل ما يتحقق به الاجتماع اثنان ، ومراعاة معنى الاسم واجب ما أمكن ^(١) .

ونوقش هذا الدليل : بأن مراعاة معنى الجمع انما تجب عند الامكان فأما عند التعمد فلا ، بل يحمل اللفظ على مطلق الجنس كما في قوله والله لا أتزوج النساء ، وقوله " ان كلمت بنى آدم ، أو ان اشتريت العبيد انه يحمل على الجنس ، ولا يراعي فيه معنى الجمع حتى يحسن بوجود الفعل منه في واحد من الجنس ، وههنا لا يمكن اعتبار معنى الجمع لأن ذلك ما لا غاية له ولا نهاية ، فيحمل على الجنس ، بخلاف ما اذا أوصى لنواليه وله مولى واحد ، فانه لا يصرف كل الثلث اليه بل نصفه لأن هناك ما التزم المال حقا لله تعالى ، بل ملكه للموالي وهو اسم جمع فلا بد من اعتباره ، وكذا ذلك الجمع له غاية ونهاية فكان اعتبار معنى الجمع ممكنا ، فلا ضرورة الى الحمل على الجنس بخلاف جمع الفقراء ^(٢) .

واستدل القائلون بجواز صرف الثلث الى فقير واحد من هذا النوع في الوصايا ، بأن هذا النوع من الوصية وصية بالصدقة ، وهي الزام المال حقا لله تبارك وتعالى ، وجمع الفقراء مصرف ما يجب لله عز وجل ، من الحقوق المالية ، فكان ذكر الفقراء لبيان المصرف ، لا ليجاب الحق لهم ، فيجب الحق لله تبارك وتعالى ، ثم يصرف الى من ظهر رضا الله سبحانه وتعالى بصرف حقه المال اليه ، وقســـــــــــــــــد

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٠/٤٨٦٦ ، وانظر: المغني والشرح الكبير ٦/٤٧٣ ،

٥٥٧ ، وانظر: المجموع ١٥/١٠٢ ، ١٠٣ ، وانظر : الأم ٤/٩٧ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ١٠/٤٨٦٧ . (٣) المصدر السابق .

حصل بصرفه الى فقير واحد ، ولهذا جاز صرف ما وجب من الصدقات الواجب بايجاب الله عز وجل الى فقير واحد ، وان كان المذكور بلفظ الجماعة بقوله تعالى : ^(١) " انما الصدقات للفقراء " .

وما تقدم يتضح لنا رجحان رأى القائلين بجواز الوصية لغير المحصورين مطلقا ، سواء وجد قيد الحاجة أولا ، لقوة ما استدلووا به ، ومناقشة ما استدل به من قال بعدم صحتها الا بذكر الحاجة وكذلك رجحان رأى من قال بجواز دفع جميع الثلث الى فقير واحد لصحة دليله ، ومناقشة ما استدل به من قال بعدم اجزائه الا بصرفه الى ثلاثة .

مسلك قانون الوصية المصرى :

أجاز قانون الوصية المصرى الوصية لمن لا يحصون اذا كانوا معلولين بالجنس أو الوصف ، سواء أكان فى لفظ الوصية ما ينبئ عن الحاجة كالوصية للفقراء ، أو لم يكن فيها شئ من ذلك كالوصية لأهل مكة مثلا ، الا أن القانون لم يبين الحد الفاصل بين من يحصون ومن لا يحصون ، فيرجع فى ذلك الى المذهب الحنفى ، وفى المذهب الحنفى وقع خلاف فى ذلك بين الحنفية ، فعن أبى يوسف ان كانوا لا يحصون الا بكتاب أو بحساب فهم لا يحصون ، فان أمكن حصرهم بغير كتاب أو حساب فهم من يحصون ، وعن محمد بن الحسن انهم ان كانوا أكثر من مائة فهم من لا يحصون ، وان كانوا مائة

(١) التوبة آية ٦٠ .

فأقل فهم من يحصون ، وتقبل يفوض ذلك الى رأى القاضى
الا أن عمل المحاكم فى مصر سار على رأى محمد بن الحسن .

وقد جرى القانون على أن الوصية لمن لا يحصون اذا كانت
بالأعيان فانها تملك للمحتاجين ، ويترك أمر توزيعها بينهم لاجتهاد
من له تنفيذ الوصية ، ولا يتقيد فى ذلك بتعميم أو مساواة ، بينهم
فلو كانت الوصية للفقراء ، فانه يجوز صرفها لفقير واحد ، كما أنه
يجوز أن تصرف لأكثر من واحد مع المساواة بينهم ، أو المفاضلة
باعطاء بعضهم أكثر من البعض الآخر .

كما أن القانون قد نص على أن الذى له تنفيذ الوصية هو
الوصي المختار من قبل الموصى ، فان لم يكن الموصى قد عين وصيا
ينفذ وصاياه فان ذلك يرجع الى اختصاص هيئة التصرفات بالمحكمة
المختصة تنفذها بنفسها ، أو تعين من يقوم بتنفيذها ، أو هو
مضى التركة ، ويسلك فى التنفيذ سبيل المصلحة ، فيقدم شديد
الحاجة على غيره ، بدون تقييد بتعميم أو مساواة ، لأن التعميم غير
ممكن فى العطاء ، وكذلك المساواة لأنه اذا لم يكن اعطاء الجميع
لازما ، فالمساواة غير لازمة ، ان لا مساواة فى أصل الاعطاء ، فلا مساواة
فى مقداره لمن يعطى فعلا ، والأمر فى التملك ظاهر اذا كانت
الوصية بنقود أو بعين من الأعيان المثلية كالحبوب .

ولكن اذا لم يكن من السهل توزيع الموصى به على من يبراد
الوصية لهم بأن كان غير ما ذكر من نقود ونحوها ، فانه يباع الموصى
به ، ويوزع ثمنه عليهم ، وفيما ذكرناه فقد ورد صريحا فى المادة (٣٠)
من قانون الوصية المصرى ، ونصها : " تصح الوصية لمن لا يحصون

ويختص بها المحتاجون منهم ، ويترك أمر توزيعها بينهم لاجتهاد من له تنفيذ الوصية دون التقييد بالتعميم أو المساواة ومن له تنفيذ الوصية هو الوصي المختار فان لم يوجد فهيشة التصرفات أو من تعينه لذلك^(١) .

وواضح أن القانون ، قد عدل عن مذهب الحنفية في اشتراط أن يكون في لفظ الوصية ما يدل على الحاجة ، وأخذ برأى المالكية الذين اطلقوا جواز الوصية لغير المحصورين ، الا أنه قيد وجوب الصرف الى المحتاجين ، في حين أنهم اطلقوا الحرية لمن له تنفيذ الوصية في أن يصرف للمحتاجين أو لغيرهم دون التقييد بتعميم أو مساواة ، وفي ذلك يقول^(٢) الشيخ ابوزهرة : " ونراه - أي قانون الوصية - أطلق حرية الموصي في الانشاء اطلاق المذهب المالكي ، وقيد التنفيذ فجعله في نطاق المذهب الحنفي ، فكان القانون جعل لفظ الوصية ان كان لغير المحصورين متضمنا بحكم القانون معنى القرية والبر ، وان لم يصرح بهما ، لأنه لا معنى للوصية لمن لا يحصون ، الا أن يقصد بها البر والمعروف والخير ، ولا يكون ذلك الا بأن يصرف للمحتاجين " .

هذا ويصدر ما ذكرناه من أن القانون قد قيد وجوب الصرف الى المحتاجين ، فقد ذكرت المذكرة التفسيرية أن ذلك مأخوذ من القاعدة الشرعية التي تقضي بأن لولي الأمر أن يعين جهة الصرف التي يرى أن في ذلك الصرف اليها مصلحة ، لكن وجوب الصرف الى المحتاجين

(١) انظر : شرح قانون الوصية ص ٢٢٩ .

(٢) انظر : المصدر السابق ص ٩٥ .

كما عرفنا هو مذهب الحنفية ، ولذا فان واضع القانون
ليسوا بحاجة الى الاعتماد على هذه القاعدة ، كما قال بذلك
الشيخ محمد أبوزهرة .^(١)

.....

(١) انظر : شرح قانون الوصية ٩٦/٩٥ ، وعقد الوصية ٥٢ - ٥٣ .

المبحث الرابع

الوصية للجهات

الوصية لجهة من الجهات التي يكون نفعها عاما جائز عند الفقهاء ، وذلك ، كالوصية لأماكن العبادة ، والمؤسسات الخيرية والمؤسسات العلمية ، والمصالح العامة ، والمنشآت كالقنطرة ، والجسور ، والمستشفيات ، والمصاحح ، والملاجئ ، بل ان الوصية لأعمال البر بصفة عامة جائزة ، سواء كان الموصى له معينا أو غير معين ، وسواء كان الموصى به عينا أم منفعه حدد وقتها أو لم يحدد .

فقد جاء في الكافي ^(١) : " وتجوز الوصية بالمنافع ، لأنها كالأعيان في الملك بالعقد والارث فكذلك في الوصية ، وتجوز الوصية بالعمين دون المنفعة ، وبالعين لرجل ، والمنفعة لآخر ، . . . وتجوز بمنفعة مقدرة المدة ، ومؤبد ، لأن المقدرة كالعين المعلومة ، والمؤبدة كالمجهولة ، فصحت الوصية بالجميع " .

وانما حصل الخلاف فيما اذا أوصى شخص بعين لجهة من تلك الجهات ولم يفصح في وصيته عن السبب الذي من أجله أوصى لتلك الجهة ، بأن قال : " أوصيت لمسجد كذا ، ولم يقل في وصيته تصرف العين الموصى بها لمصلحة هذا المسجد ، أو تنفق في عمارته ؟

فالذي ذهب اليه أبو حنيفة ، وأبو يوسف أن الوصية باطله ، ففسى حاشية ابن عابدين ^(٢) : " والحاصل أن في الايضاح للمسجد قولين :

(١) انظر : الكافي ٢/٤٨١ ، ٤٨٢ .

(٢) انظر : حاشية ابن عابدين ٦/٦٦٥ ، - بتصرف - .

قول بعدم الصحة ، وقول بالصحة ، والتائل بعدم الصحة ، هما
الشيخان أبو حنيفة ، وأبو يوسف . . " .

« ورد في البحر الرائق^(١) شرح كنز الدقائق : " ولو قال أوصيت
بثلث مالي للمسجد جاز عند محمد ، وقال أبو يوسف لا يجوز
الا أن يقول ينفق على المسجد " .

وقد استدل على بطلان هذه الوصية ، بأن المسجد ليس أهلا
للملك ، وهذه وصية ظاهرها التملك^(٢) .

ويمكن مناقشة هذا الدليل : بأن نقول ان الموصى به يدخل
في ملك الجهة الموصى لها بمجرد وفاة الموصى اعتباريا ، لأن كل جهة
من جهات البر تعتبر شخصا اعتباريا ، له حقوق ، وعليه واجبات ، وقد
جرى العرف على ذلك ، فيقال : هذا ملك الأزهر ، وهذا ملك
مستشفى قصر العيني ، وهذا دين على الأزهر^(٣) ، وفي ذلك يقول الشيخ
محمد أبوزهرة^(٤) : " وانه على مقتضى التصوير الفقهي في عصورنا
الحدیثة الذى جعل للجهات شخصية معنوية تصلح للاسلاك
والتملك ، وقد دفعهم الى ذلك كثرة المؤسسات الخيرية والشركات
الاستغلالية ، - تكون الوصية للجهات صحيحة ، ولو كانت تملك أعيان ،
لها ، وينبغي أن يكون ذلك قول أبي حنيفة ، لأن علة المنع عدم
قبولها للاسلاك ، وهي الان قابلة للاسلاك كالأشخاص الحقيقيين " وعلى
ذلك فلا محل للقول بضرورة ذكر الموصى به لتلك الجهة الموصى
لها ، لما ذكرنا .

(١) انظر : البحر الرائق ٤٧١/٨ . (٢) المصدران السابقان

(٣) انظر : التركة ، للشيخ عبد الرحيم الكشكي ص ١٥٧ .

(٤) انظر : شرح قانون الوصية ص ٧٨ .

* أما فقهاء المذاهب الأخرى ، فقد قالوا انها وصية صحيحة ، وان لم يعين السبب الذى من أجله أوصى لتلك الجهة ، لأن هذه الجهات أهل للتملك ولو كان ذلك فى باب الوصية .

* فقد ورد فى حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : " وصح الايضاء لمسجد ونحوه ، لصحة تملكه للوصية " .

* وورد فى جواهر الاكليل : " وصح الايضاء لمسجد وغيره من المساجد ، وصرف الموصى به فى مصالحه ، كوقوده وعمارته ، لأنه مقصود الناس بالوصية له . . . " .

* وورد فى نهاية المحتاج للرملي : " وتصح الوصية لعمارة نحو مسجد ، ولمصالحه ، وكذا ان أطلق فى الأصح ، بأن قال : " أوصيت به للمسجد ، وان أراد تملكه لما مر فى الوقت أنه حر يملك أى ينزل منزلته ، وتحمل الوصية حينئذ على عمارته ومصالحه علا بالمرف ، ويصرفه الناظر للأهم والأصلح باجتهاده " .

* وفى حاشيتي قليوبي وعميرة : " . . . فان قال أردت تملك المسجد ، فقيل تبطل الوصية ، ويحث الرافعي صحتها ، بأن للمسجد ملكا ، وعليه وفقا ، قال فى الروضة ، هذا هو الأفتى والأرجح " .

(١) انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٧٩/٤ .

(٢) انظر : جواهر الاكليل ٣١٧/٢ .

(٣) انظر : نهاية المحتاج ٤٧/٦ ، وحواشي تحفة المحتاج ١٣/٧ .

(٤) انظر : حاشيتي قليوبي وعميرة ١٥٩/٣ .

* وفي منتهي الارادات : ^(١) " وتصح الوصية لمسجد ، ويصرف فـى
مصلحته ، عملا بالعرف ، ويصرفه الناظر الى الأهم فالأهم ، والأصلح
باجتهاده " .

وقد وافق هـللاً الفقهاء من الحنفية ، محمد بن الحسن ، فقـال
بصحة الوصية المطلقة للجهات ، ولكنه علل ذلك بعملة أخرى ، وهى
حمل كلام الموصي على ارادة المصالح لا على ارادة التملك تصحيحا
لكلامه .

* ففي حاشية بن عابدين : " وأجازه محمد مطلقا حملا على
ارادة مصالحه تصحيحا للكلام لا على ارادة عينه ، لأنه لا يملك...^(٢) " .
* وورد فى البحر الرائق : ^(٣) " ولو قال أوصيت بثلث مالي للمسجد ، جاز
عند محمد ، وقال أبو يوسف لا يجوز ، الا أن يقول ينفق على هذا
المسجد .

* وفى الخانية ^(٤) : " ولو أوصى بثلث ماله للمسجد وعين المسجد
أولم يعين ، فهى باطلة فى قول أبى يوسف ، جائزة فى قول
محمد ، ولو أوصى بأن ينفق ثلثه على المسجد جاز فى قولهم
" أى فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد ، فاذا عين السبب
الذى من أجله أوصى بهذه العين لتلك الجهة صحة الوصية
فى قول الجميع ، وان لم يعين ، فهى باطلة فى قول أبى حنيفة ،

(١) انظر : منتهي الارادات ٤٤/٢ ، ونيل المآرب ١٦ .

(٢) انظر : حاشية ابن عابدين ٦٦٥/٦ .

(٣) انظر : البحر الرائق ٤٧١/٨ .

(٤) انظر : المصدر السابق ، فقد اقتبسـه .

وأبي يوسف ، جائزة عند محمد ،

وبالموازنة بين الرايين ودليليهما ، يتضح لنا قوة رأى من يقول
بصححة الوصية المطلقة للجهات ، وعدم لزوم ذكر السبب الذى من
أجله أوصى بتلك العين لتلك الجهة .

هذا ويحسن بنا أن نشير الى أن الذى عليه جمهور الفقهاء
أن الوصية لجهة من جهات البر العامة ، كالمساجد ، والمدارس ،
والملاجئ ، ونحو ذلك ما تقدم ذكره - لا تتوقف على القبول بل
تلزم بمجرد موت الموصي ، شأنها فى ذلك شأن الوقف فانه يتم ويلزم
من غير حاجة لقبول أحد ،

* ففي المغني ^(١) : " أن الوصية اذا كانت لغير معين كالفقراء والمساكين
... أو على مصلحة مسجد أو حج لم تفتقر الى قبول ، ولزمت
بمجرد الموت ، لأن اعتبار القبول من جميعهم متعذر فيسقط
اعتباره ، ولا يتعين واحد منهم فيكتفى بقوله ، ولأن الملك لا يثبت
لهم بالقبول ، بل يثبت لكل واحد منهم بالقبض فيقوم قبضه مقام
قبوله " .

* الا أن الشافعية يرون أن الوصية اذا كانت لمسجد معين ، فانها
لا تتم وتلزم الا بقبول الناظر عليه .

ولكن الرأى الراجح والذى هو أولى بالقبول أن الوصية للجهات
تتم بدون قبول من أحد ، وذلك لأن الوصية للجهات الخيرية ولو
لمعين انفاق للمال فى سبيل النفع العام ، وهو مرغوب فيه شرعاً

(١) انظر : المغني والشرح الكبير ٦/٤٤١ ، وانظر : شرح قانون الوصية

تحسن المبادرة اليه من غير توقف على قبول من أحد ، لأنه ليس هناك مضرة تلحق الموصى له ، ولا منة عليه ، تندفع بعدم قبوله . بل تتم الوصية ، وتصرف فيما يعود على الجهة الخيرية بالنفع دون أن تملك (١) .

مسلك قانون الوصية المصرى :

وبما رجحنا آنفا أخذ به قانون الوصية المصرى ، فقد جرى على رأى الثانى ، والذي يجيز الوصية للجهات مطلقا ، عين السبب أولا ، سواء عين جهة خاصة ، أولا ، فيستوى قوله : " أوصيت لمسجد البلدة أو لمدرستها ، وقوله : " أوصيت بهذه العيين للمسجد أو للمدرسة ، وسواء عين طريقة الصرف أو لم يعينها . فاذا عين طريقة الصرف بأن قال : " بصرف فى العمارة أو فى المصالح أو على المرضى ، أو للطلاب المحتاجين مثلا ، وجب اتباع هذه الطريقة التى عينها ، والسير على وفق شرطه ما لم يتعارض ما قرره فى وصيته مع ما قرره القانون من أحكام أو يتنافى مع مقاصد الشريعة . فاذا لم يعين الموصى طريقة خاصة ، فان وجد عرف خاص فى ذلك اتبع ما جرى به العرف كما لو أوصى للجامع الأزهر ، فان العرف جرى على أن المال الموصى به يصرف لطلابها فان لم يوجد شرط ولا عرف صرف فيما يعتبر الصرف فيه صرفا لهذه الجهة ، فالوصية للمسجد

(١) انظر : نهاية المحتاج ٦/٦٥ ، وانظر : شرح قانون الوصية ٢٨ .
وانظر : التركة ص ١٥٧ ، وانظر أحكام الوصية للشيخ على الخفيف ص ٦٥ .

تصرف على مصالحه من فرش ، وإنارة وخدمة ، ونحو ذلك ، ما هو بحاجة إليه . ومثل ذلك الوصية للمعهد العلمي تصرف على مصالحه وتلاميذه .

وكما أن الوصية تصح للجهات اذا عين نوعها ، كالساجد أو المدارس كذلك تصح ، وان لم يعين ذلك النوع ، كأن يقول : أوصيت بثلاث مالي لله تعالى ، أو لأعمال البر ، أو للمصالح العامة ، وتصرف عند تنفيذها الى أى جهة من جهات البر العامة ، أو النفع العام ، وعلى من وكل إليه تنفيذها أن يتحرى باجتهاده الأهم والأصلح .

شم ان القانون ، صحح الوصية للجهات سواء كانت موجودة عند انشاء الوصية أولا ، وجدت عند وفاة الموصي أولا ، مادام وجودها مكننا بناءً على ما سار عليه من صحة الوصية للمعدوم الذى سيوجد متبعا فى ذلك مذهب الامام مالك ، وفى حالة الوصية للجهة المعدومة تبقى الوصية قائمة حتى توجد تلك الجهة ، فتصرف الوصية اليها فاذا لم توجد ، وتعذر وجودها فى المستقبل بطلت الوصية ، وكان الموصى به لورثة الموصي ، كل ذلك جاء صريحا فى المادة السابعة والثامنة من قانون الوصية المصرى ، فقد نصت المادة السابعة^(١) منه على أنها تصح الوصية لأماكن العبادة والمؤسسات الخيرية وغيرها من جهات البر والمؤسسات العلمية والمصالح العامة ، وتصرف على عارتها ومصالحها وقراءتها وغير ذلك من شأنها مالم يتعين المصروف

(١) انظر : شرح قانون الوصية ص ٢٧٤ ، وانظر : أحكام الوصايا للشيخ

شليبي ص ١١٦ وما بعدها .

بعرف أو دلالة ، وتصح الوصية لله تعالى ولأعمال البر بدون تعيين جهة وتصرف في وجوه الخير " كما نصت المادة الثامنة منه على أنها " تصح الوصية لجهة معينة من جهات البر ستوجد مستقبلا فان تعذر وجودها بطلت الوصية " .

كما أن المادة ٢٠ من قانون الوصية المصرية قضت في فقرتها^(١) من الأخيرة بأن : " يكون القبول عن الجهات والمؤسسات والمنشآت ممن يمثلها قانونا ، فان لم يكن لها من يمثلها ، لزم الوصية بدون توقف على القبول " .

فالذي يتضح من هذه المادة أنه لافرق بين أن يكون الموصى له مسجدا أو مستشفى أو جماعة لا يحصون ، كطلبة الأزهر ، فان الوصية لا تتم الا بقبول من يمثل تلك الجهات ، فان لم يكن لها من يمثلها تمت بدون توقف على قبول أحد .

كما أنه قضى بأن الوصية اذا كانت لما سيوجد من هذه الجهات وفقا للمادة الثامنة منه السابق ذكرها ، فانه يجب أيضا قبولها ، عند وجود هذه الجهات ، وذلك من قبل من يمثلها ، ان كان لها مثل وقتئذ ، والا تمت الوصية لها بمجرد وجودها ، من غير توقف على قبول أحد ، وذلك بحكم اطلاق الفقرة الثانية من المادة العشرين .

(١) انظر : شرح قانون الوصية ص ٢٧٤ .

(٢) انظر : شرح قانون الوصية ص ٢٧٦ .

وهذا الرأي في جملته يتفق مع مذهب الجمهور ، الذي مر ذكره^(١)
تريبا في حالة ما اذا لم يكن لهذه الجهات من يمثلها ، وفي ذلك
يقول الشيخ محمد أبو زهرة : " والقانون في هذا قد سار على الأصول^(٢)
القانونية العامة ، لأن المبادئ القانونية المقررة ، تفرض أن الجهات
والمؤسسات شخصيات معنوية لها زمة صالحة للتعاقد ، تثبت لها
الحقوق ، وتجب عليها الواجبات المالية ، وتضمن ضمانا ماليا كل ما يترتب
على أعمالها من مضار بالناس "

*** *** ***

-
- (١) انظر : أحكام الوصية للشيخ على الخفيف ٦٦ .
(٢) انظر : شرح قانون الوصية ص ٢٩ .

المبحث الخامس

الوصية للأصناف المختلفة

إذا أوصى شخص لجماعة محصورة معرفة بالوصف والعنوان، وجماعة معينين وجهه، وجماعة غير محصوره، بشئ واحد، فإن المعتبر حين توزيع الوصى به عليهم، أن يجعل للجهة سهم، وللجماعة غير المحصورة سهم، واحد^(١)، ويجعل للجماعة المحصورة بعدد رؤوسهم، كما يجعل للمعينين سهم بعدد رؤوسهم وذلك لأن المعينين يعتبرون بأشخاصهم، والمحصورون معروف عددهم إذ أن له نهاية لا يتجاوزها، فإذا انتهوا إلى عدد معين، كان اعتبار رؤوسهم مكاناً، والجهة تعتبر كأنها رأس مفرد بذاته، أما غير المحصورين فإنه غير معروف عددهم، ولا نهايتهم، فلا يمكن معرفتهم إلا بعنوانهم، فلا يستطيع توزيع تصيبهم على رؤوسهم، فيجعل لهم سهماً واحداً، وهذا إذا لم ينص الموصى في وصيته على كيفية التوزيع، وأما إذا نص على التوزيع فإنه يتبع ما نص عليه .

فإذا بطلت الوصية لواحد من هؤلاء المشتركين، فإنه يتبع الحكم المقرر في كل نوع من تلك الأنواع، فإذا بطلت لجهة أو لمعين

(١) اعتبار نصيب الجماعة غير المحصورة سهماً واحداً هو قول أبي حنيفة وأبي يوسف، والمالكية، وهو القول المشهور عند الحنابلة، والقول الثاني يجعل لها سهمين، وهذا مذهب محمد بن الحسن بن الحنفية، والقول الثالث، يجعل لها ثلاثة أسهم وهو قول الشافعية وقد اختار القانون الرأي الأول، وقد سبق الكلام على ذلك عند الكلام على الوصية لغير المحصورين .

بالاسم أو بالاشارة ، أو لمعين بواحد منهما ، أو لجماعة غير محصورة عاد نصيبه الى وريثة الموصي ، واذنا بطل سهم أحد الجماعة المحصورة والمعروفة بالوصف والعنوان ، فانه يعود نصيبه للباقيين من جماعته ، واذنا بطلت الوصية للجماعة نفسها بأن رفضت الموصي به لها ، فان ما كان لها من سهام بعدد رؤسها ، فانه يكون للورثة أمثلة على ذلك :-

- ١ - أوصى لمحمد وعلي و ابراهيم ويكر ومسجد القرية ، وقرائنها ، وكان مقدار الموصي به ثلاثين فدانا ، فانه يقسم الى ستة أسهم ، لكل واحد من المعينين بأسمائهم سهم ، والمسجد سهم ، والفقراء سهم ، فيعطى لصاحب كل سهم خمسة أقدنه .
- ٢ - أوصى بجزء من ماله للمسجد والمستشفى ولطلاب العلم نفس بلدته ، فان الموصي به يقسم على ثلاثة أسهم ، سهم للمسجد وسهم للمستشفى ، وسهم لطلبة العلم ، اذا كانوا غير محصورين فان كان يمكن حصرهم ، فانه يعطى لكل واحد سهم ، ويعطى المسجد سهم ، والمستشفى سهم .
- ٣ - أوصى شخص لأبناء أخيه ولأخته وللفقراء بثلث ماله ، وكان أبناء أخيه عندما توفي ثلاثة ففي هذه الحالة ننظر ، فان كان لا ينتظر زيادتهم ، فان الموصي به يقسم على خمسة أسهم فيعطى لكل واحد من أبناء أخ الموصي سهم ، وتعطى أخته سهم ، وسهم يعطى الفقراء ، أما ان كان ينتظر أن يولد غيرهم فانه لا يقسم الموصي به بينهم ، بل تقسم غلته على الموجودين منهم ، ويعطى بقية الموصي لهم كل واحد منهم

سهم ، فإذا ولد له ولد رابع قسمت الغلّة على سهام
سته ، وهكذا كلما زاد واحد نقصت القسمة السابقة حتى
ينتهي عددهم الى حد لا يتصور زيادتهم بعد ذلك ، كأن
يموت هذا الأخ ، أو يحصل اليأس من الولادة له ، ففي هذه
الحال يقسم الموصى به عليهم ، للأخت سهم ، وللقراب سهم
ولكل واحد من أبناء الأخ سهم ، وقد اتفق في هذه
الأحكام قانون الوصية المصرية مع المذهب الحنفي ، ولم يخالفه
الا في حكم صورة ما اذا كان بين الموصى لهم جماعة
محصورين وجد بعضهم حين وفاة الموصي ، ويحتمل وجود
غيرهم ، فانه قد أخذ في هذه الصورة بمذهب المالكية نسي
الوصية للمعدوم .

✽ جاء ذلك واضحا في المذكرة التفسيرية بصدور تعليقها على
المادة ٣٢ منه ، ونصه : " ولو كان الموجود حين منوت الموصي
بعض من يحصون ، ويحتمل وجود غيره اتبع في ذلك ما نص عليه
في المواد ٢٦ ، ٢٧ ، ٢٨ ، ٢٩ ، كما اذا أوصى لزيد ، وولد
عبد الله ، ومستشفى ، فكان الموجود عند وفاة الموصي زيدا ، وثلاثة
من أولاد عبد الله ، فان الغلّة تقسم على خمسة ، لزيد سهم ، ولكل

(١) ونصها : " اذا 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 ولكل جهة سهم من
الموصى به " . انظر : شرح قانون الوصية المصرية للشيخ أبو زهرة
ص ٢٧٩ .

ولكل واحد من أولاد عبدالله سهم ، وللمستشفى سهم ، وكل من يوجد بعد ذلك من ولد عبدالله يشترك مع من يكون موجوداً ، وسبق أن ذكرنا أن هذا الحكم مأخوذ من مذهب المالكية .

هذا : ويحسن بنا أن نشير الى أنه اذا بطلت بعض الوصايا التي تعود الى ورثة الموصي في الوقت الذي أصبح مجموع الوصايا فيه أكثر من الثلث بحيث أنه ضاق عن تنفيذ جميع ما أوصى به ، ولم يجز الورثة تلك الزيادة ، فإنه يقسم الثلث على جميع الوصايا بالمحاصه ثم يعطى أصحاب الوصايا الصحيحة حصتهم منه ، ويحل ورثة الموصي محل أصحاب الوصايا الباطلة ، بمعنى أنه يرد الى التركة أنصباء أصحاب تلك الوصايا من الثلث^(١) ، وقد أشارت الى ذلك المادة الرابعة والثلاثون^(٢) من قانون الوصية المصري حيث نصت على أنه : " اذا بطلت الوصية لمعين أو لجماعة عاد الى تركة الميت ما أوصى به اليهم ، ويحاص الورثة به أرباب الوصايا الباقية اذا ضاق محل الوصية ، فتتفقد الوصية في هذه الحالة يقتصر على نصيب أصحاب الوصايا الصحيحة الباقية من الثلث . فلو أوصى شخص لأولاد أخيه الثلاثة بستائة جنيه ، ولماوى الفقراء بأربعمائة جنيه وللمسجد بمائتين ، وكانت قيمة التركة عند وفاة الموصي الفا وثمانمائة جنيه ، ولكن الورثة لم

(١) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ ابوزهرة ص ٩٣ ، ٩٤ ، ١٠٠ ، ١٠١ ،

وانظر : أحكام الوصايا للشيخ شلبي ص ١٢٧ - ١٢٨ .

(٢) المصدران نفساهما ، وانظر ص ٢٧٩ ، من شرح قانون الوصية للشيخ

ابوزهرة .

يجزوا تلك الزيادة ، وايضا رد اثنان من أولاد الأخ الوصية ، ففي هذه الحالة لا تنفذ الوصية الا في الثلث وهو ستائة جنيه توزع بين الوصايا بالمحاصه ، بنسبة انصباغهم الى بعض ، أى بنسبة ٣ : ٢ : ١ ، لأنه أوصى لأولاد أخيه في الأصل بثلاث التركة وللأوى بتسعي التركة وللمسجد بتسعيها .

ولأن الورثة لم يجزوا تلك الزيادة على الثلث ، فيقسم مقدارها على ستة أسهم ، يكون لأولاد الأخ ثلاثة أسهم منها ، وكل واحد سهم وللأوى الفقراء سهمان ، وللمسجد سهم واحد ، فيصرف لمن لم يرد الوصية من أولاد الأخ مائة جنيه ، وللأوى مائتي جنيه ، وللمسجد مائة جنيه ، ويرد نصيب من رد الوصية وهو مائتا جنيه الى التركة يقسم على الورثة مع ما بقي منها ، وهذا هو معنى كون الورثة يحاصون بهذا النصيب أرباب الوصايا الأخرى ، وقد ذكرت المذكرة التفسيرية لقانون الوصية المصرى أن القول بعودة نصيب من تبطل وصيته الى الورثة مأخوذ من مذهب الشافعي وأن القول بالمحاصه مأخوذ من مذهب مالك ، وقد مثلت لذلك برجل أوصى لأخيه بربع تركته ، ولأولاد ابنه بالثمن ، وهم ثلاثة ، وللفقراء بثمان آخر ، فلم يجز الورثة الوصية بالزائد على الثلث ، في الوقت الذى رد أخ الموصي الوصية ، أو مات قبل موت الموصي ، ففي هذه الحال يقسم الثلث بين الوصايا بالمحاصه ، ويحل ورثة الموصي محل الأخ في وصيته ، ويحاصوا بها أرباب الوصايا الأخرى ، ويردوا من الثلث نصفه وهو قدر حصتهم ، وقد علل الشيخ أبو زهرة لذلك فقال : " لأن الثلث سيقسم على أربعة ، ان نسبة الربع الى الثمن كنسبة ٢ الى ١ وهنا ثمان ، فتكون حصة الربيع نصف الثلث (١) .

(١) المصدران السابقان .

المبحث السادس

الأ يكون الموصي له قاتلاً للموصي

القتل اما أن يكون بعد الوصية ، كأن يوصي شخص لآخر ثم يقتل هذا الآخر ذلك الشخص ، واما أن يكون قبل الوصية ، كأن يضرب شخص آخر ضربة جارحة ثم يوصي المضروب للضارب ، وبعد الوصية يموت الموصي بسبب الجرح السابق .

وقد اختلف الفقهاء في اعتبار هذا الشرط من حيث تأثيره في الوصية وعدمه ، وكان اختلافهم على الوجه الآتي :

القول الأول :

أن القتل يؤثر في الوصية عمداً كان أو خطأ ، فاذا قتل الموصي له الموصي قبل الوصية أو بعدها تأثرت الوصية بالقتل ، وقد قال بذلك الحنفية وهو أحد الأقوال عند الشافعية ^(١) والحنابلة .
واستدلوا بحديث : " ليس لقاتل وصية " ^(٢) . وهو مطلق يتناول القاتل مباشرة عمداً كان أو خطأ ، وسواء كانت الوصية سابقة عليه أو لاحقته له ، ولأن القتل في بعض صوره استعجال للحق قبل أو انه فيهماقتب مرتكبه بحرمانه كما في الميراث ، ولأن القتل بغير حق

(١) انظر: المغني مع الشرح ٥٤٠ / ٦ ، وقليوبي وعميرة ١٥٩ / ٣ ، والوصية ٥٤

(٢) أخرجه الدارقطني عن مبشر بن عبيد عن الحجاج بن أرطاه عن الحكم

بن عتيبة عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن علي بن ابي طالب عن النبي

- صلى الله عليه وسلم - وقد قال فيه الدارقطني : " مبشر متروك يضح

الحديث " . انظر : نصب الراية للزيلعي ٤٠٢ / ٤ .

جناية عظيمه تستحق الزجر بأبلغ الوجوه ، والحرمان من الوصية
يصلح زاجرا . كالحرمان من الميراث .

وقد نوقش استدلالم بالحديث السابق بأنه معارض باطلاق قوله
تعالى : " من بعد وصية يوصي بها أو دين " (١) وعموم قوله - صلى
الله عليه وسلم - : " ان الله قد تصدق عليكم بثلت أموالكم عند
وفاتكم ، زيادة في حسناتكم ، ليجعلها لكم زكاة في أعمالكم " ، وبأن
الحديث من قبيل أخبار الاحاد فلا يصلح أن يكون مقيدا لاطلاق
الكتاب ، ولا مخصصا لعمومه على ما هو معروف في أصول الفقه (٢) .

وقد دفع الكاساني هذه المناقشة : " بأن القاتل مخصوص من عمومات
جواز الوصية (٣) .

وقد اعترض على هذا الحديث من ناحية سنده بأنه من رواية
مبشر بن عبيد ، وهو متروك يضع الحديث (٤) .

ثم ان فقهاء الحنفية ، قد اختلفوا في وصف هذا الشرط ، هل
هو شرط صحة أو شرط نفاذ ؟ فقال أبو يوسف انه يعتبر شرط صحة
فالقتل عنده يبطل الوصية ولا تصح اجازة الورثة لقوله - صلى الله
عليه وسلم - : " ليس لقاتل وصيه ، ولأن علة الحرمان جنايته

(١) النساء آية ١٢

(٢) رواه الدارقطني بسنده عن معاذ بن جبل . انظر : سنن الدارقطني

١٥٠ / ٤ .

(٣) انظر : تكملة فتح القدير ١٠ / ٤٢١ .

(٤) انظر : بدائع الصنائع ١٠ / ٤٨٥٧ .

(٥) انظر : نصب الراية للنزيلعي ٤ / ٤٠٢ . (٦) انظر الوصية للبرديسي ص ٥٤

التي ارتكبتها ، والحرمان لأجلها عقوبة له ، وجنايته متحققة باتية
وان لم يكن له وارث أو كان وأجاز .

* وقال ابوحنيفة ومحمد انه يعتبر شرط نفاذ ، فتقع الوصية عند هما
صحيحة ، وموتوفة على اجازة الورثة ، فاذا أجازوها أو لم يكن للموصي
المقتول وارث سوى القاتل نفذت الوصية ، وان لم يجيزوها بطلت
وذلك لأن المنع لحق الورثة ، دفعا للغيظ عنهم حتى لا يشاركهم
فى ماله من سعى فى قتله ، ولأن نفع بطلانها يعود للمهمم
فاذا أجازوها ، أو لم يجدوا وارثا سواء نفذت .

وبالموازنة ترى قوة رأى أبي يوسف ورجحان دليله ، لأن المنع اذا
كان سببه حق الورثة ، وعدم مغايرتهم ، وأن اجازتهم ترفع ذلك
اذا كان كذلك ، فانه يلزم من ذلك القول بذلك فى الميراث ايضا
فلا يحرم القاتل الميراث اذا رضى جميع الورثة ، وتركوا المغايرظة ،
أو اذا لم يكن للمقتول وارث سوى القاتل فى حين أن الأمر ليس
كذلك قطعا^(١) ، فالحق أن سبب حرمان القاتل من الميراث هو
صدور جناية عظيمة منه ، وهى القتل بخير حق ، وذلك يستدعى
المقوبة بأبلغ الوجوه ، وقد جعلها الشرع حرمانه من الميراث ،
والموصى له القاتل يشاركه فى هذا المعنى ، ولقوة رأى أبي يوسف
فقد قهد بعضهم الخلاف بينه وبين أبي حنيفة ، ومحمد بما اذا لم
يكن القتل عمدا بعد الوصية فاذا كان كذلك ، فان الوصية تعتبر
لاعية اتفاقا^(٢) .

(١) انظر : تكملة فتح القدير ١٠/٤٢١، ٤٢٢ .

(٢) انظر: تبين الحقائق ٦/١٨٢، وتكملة فتح القدير ١٠/٤٢١ - ٤٢٢ .

ورد المحتار ٦/٦٥٥ ، ٦٥٦ ، والمغني مع الشرح الكبير ١٠٠٧ ، وعقد الوصية ٦٠

القول الثاني : أن القتل لا يؤثر في الوصية ، ولو عمدا ، سواء تقدمت عليه أو تأخرت عن سببه ، وهو أظهر الأتوال عند الشافعية والحنابلة في قول لهم .

وقد استدل هؤلاء لاستحقاق القاتل للوصية ، بأن الوصية كالهبة ، فكلاهما عقد تملك ، والقتل لا يبطل الهبة ، فلا يبطل الوصية^(١) .
ونوقش هذا الاستدلال^(٢) ، بأن قياس الوصية على الهبة قياس مع الفارق ، وذلك لأن كون القتل لا يؤثر في الهبة لأنه حدث بعهد تامها ، واستفادة الملك بها ، بخلاف الوصية ، فإن الملكية لا تثبت بها الا بعد موت الموصي ، فيكون القتل سابقا على وقت الملكية ، ولذلك ، فإنه يؤثر في الوصية ، فكان جزاؤه بحرمانه الموصى به الذي استعجله بقتل الموصي هو الصواب ، هذا من وجه ومن وجه آخر ، فإن الوصية استخلاف من وجه ، فتصح بلا قبول حين يتعذر صدوره ، كما في الوصية للجنين ، ولا كذلك الهبة ، لأنها تملك محض فلا بد فيها من القبول ،

القول الثالث : اعتبار القتل مؤثرا ان وقع بعد الوصية ، وعدم تأثيره ان وقع قبلها ، وقد ذهب الى ذلك المالكية^(٣)

(١) انظر : نهاية المحتاج ٤٨/٦ ، وقليوبي وعميرة ١٥٩/٣ ، والوصية للبرذيسي ص ٥٤ .

(٢) عقد الوصية ٦٢ .

(٣) فقد ورد في كتاب الفقه على المذاهب الأربعة أن الوصية اذا وقعت بعد الضربة وعرف المقتول قاتله فلا تبطل الوصية سواء كان الضرب عمدا أو خطأ ، وتتخذ الوصية من ثلث التركة ، وثلث مال الدية في القتل خطأ ، ومن أصل مال المتوفي في القتل عمدا . ينظر : ح ٤٤١/٣ .

والحنابلة^(١) في الراجح عندهم ، فإذا أوصى شخص لآخر ثم قتل هذا الآخر ذلك الشخص الموصى ، بطلت الوصية ، لأنه استعجل ما أخره الله فيعامل بنقيض قصده ، كما في الميراث .
أما إذا صدر القتل قبل الوصية بأن ضرب شخص آخر ، ثم أوصى المصروب إلى الضارب بثلث ماله ، وأفضى الضرب إلى الموت ، فإن الوصية تعتبر صحيحة ، وذلك لأن الوصية في أصلها تنشأ بإرادة الموصي واختياره ، فيجب احترام إرادته ، وتقدير عبارته بابقا وصيته صحيحة لاسيما وأن الموصى راض بالوصية له بعد صدور ما صدر منه فسي حقه ، ولأن القتل قبل الوصية لم يقصد به استعجال مال لعدم انعقاد سببه .

وبالموازنة بين هذه الآراء وأدلتها يتضح لنا أن القول باعتبار القتل مؤثراً بعد الوصية فيبطلها ، وعدم اعتباره مؤثراً لبلها ، فتبقى صحيحة هو الأسلم من ناحية الدليل ، وذلك لأن الوصية المتقدمة على القتل قد طرأ عليها ما يبطلها ، وهو القتل ، وذلك لأن القتل

(١) ذكر ابن قدامة الأوجه الثلاثة في الوصية للقاتل عند الحنابلة فقال : " واختلف أصحابنا في الوصية للقاتل على ثلاثة أوجه ، فقال ابن حامد تجوز الوصية له ، واحتج بقول أحمد فيمن جرح رجلاً خطأ فعفا المجرع فقال أحمد يعتبر من ثلثه قال وهذه وصية لقاتل . . . ، وقال أبو بكر لا تصح الوصية له ، واحتج بقول أحمد في المدبر إذا قتل سيده يبطله تبويه ، والتدبير وصيه . . . ، وقال أبو الخطاب ، إن وصى له بعد جرحه صح ، وإن وصى له قبله ثم طرأ القتل على الوصية أبطلها جميعاً بين نصي أحمد في الموضعين . انظر : المغني والشرح الكبير لابن قدامة ٦ / ٥٤٠ ، وانظر : الوصية للبردي ص ٥٤ .

يبطل ما هو أكد منها وهو الميراث بخلاف الوصية المتأخرة عنه لما ذكرناه ، وفي ذلك يقول ابن قدامة : " وهذا قول حسن (١) لأن الوصية بعد الجرح صدرت من أهلها في محلها ، ولم يطرأ عليها ما يبطلها ، بخلاف ما اذا تقدمت فان القتل طرأ عليها فأبطلها ، لأنه يبطل ما هو أكد منها وهو الميراث ، ولأنه ربما استعمل الوصية بالقتل الطارئ عليها فيعامل بنقيض تصده ، دفعا لفسدة قتل الموصين ، استعمالا لأخذ وصاياهم ، أما القتل قبل الوصية ، فانه لم يقصد به استعمال مال لعدم انعقاد سببه ، والموصي راض بالوصية له بعد صدور ما صدر منه في حقه ، ولا فرق بين العمد والخطأ في هذا كله ، كما لا يفترق الحال بذلك في الميراث " وعلاوة على ذلك فانه لا يوجد نص شرعي صحيح يمنع من صحة هذه الوصية ، ان أن الحديث الذي احتج به من قال يمنع هذه الوصية مطلقا وهو : (١) " ليس لقاتل وصية " فقد قال فيه الدارقطني : " انه من رواية مبشر بن عبيد ، وهو متروك يضع الحديث . أ. هـ

(١) بعد أن ذكر القول الذي فصل بين أن يوصى له بعد جرحه ، فتصح ، وبين أن يوصى له قبل جرحه ثم طرأ القتل على الوصية فتعتبر باطله وذلك جمعا بين نصي احمد في الموضعين . . المصدر السابق بتصرف ، وانظر عقد الوصية ص ٦٣ .

(٢) أخرجه الدارقطني في الأئضية عن مبشر بن عبيد بن الحجاج بن أرطاة عن الحكم بن عتيبة عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن علي بن أبي طالب قال : قال : رسول الله صلى الله عليه وسلم : " ليس لقاتل وصية " انظر : نصب الراية للزيلعي ٤٠٢/٤ .

* ورواه البيهقي ^(١) في المعرفة وقال : " لا يرويه عن حجاج غير مبشر، وهو متروك، منسوب الى الوضع، وقال فيه أحمد : " مبشر بن عبيد أحاديثه موضوعة كذب . أنتهي ^(٢)، وقد أشرنا الى ذلك فيما سبق .

(١) البيهقي هو أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي بن عبد الله بن موسى البيهقي، الفقيه الشافعي الحافظ من أئمة الحديث، ولد في خسر وجرم (من قرى بيهق بنيسابور، سنة ٣٨٤ هـ) ونشأ في بيهق، ورحل الى بغداد، ثم الى الكوفة، وطلب الى نيسابور، وبقى فيها حتى مات سنة ٤٥٨ هـ، قال فيه امام الحرمين : " ما من شافعي المذهب، الا وللشافعي عليه منه، الا البيهقي فان له على الشافعي منه، وذلك لكثرة تصانيفه في نصرة مذهبه، وبسط موجهه، وتأيميد أرائه، وقال الذهبي : " لو شاء البيهقي أن يعمل لنفسه مذهباً يجتهد فيه لكان قادراً على ذلك، لسعة علومه، ومعرفته بالاختلاف .

صنف زهاء الف جزء منها : السنن الكبرى، والسنن الصغرى، والاسماء والصفات، والبعث والنشور، والاعتقاد، وفضائل الصحابة انظر : وفيات الأعيان ٥٧/١، ٥٨، طبقات الشافعية ١١/٨/٤، جلاء العينين ص ٢٢١ وما بعدها . الاعلام ١١٣/١ .

(٢) انظر : نصب الراية للزيلعي ٤٠٢/٤ .

مسلك قانون الوصية المصرى :

نصت المادة السابعة عشرة من قانون الوصية المصرى على أنه: ^(١)
" يمنع من استحقاق الوصية الاختيارية أو الوصية الواجبة قتل الموصي أو المورث عدداً سواء أكان القاتل فاعلاً أصلياً أم شريكاً أم كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالأعدام على الموصي وتنفيذه ، وذلك إذا كان القتل بلا حق ولا عذر ، وكان القاتل عاقلاً بالغاً من العمر خمس عشرة سنة ويعد من الأعداء تجاوز حق الدفاع الشرعي " .

ويدخل في القتل العدوان الاسرى بالقتل ، والمعرض عليه ، والدال على المقتول والمشارك والربيعه = وهو من يراقب المكان أثناء مباشرة القتل ليمنع الناس أن يشاهدوه فيقبضوا على الجناة أو يمنعوهم = وشاهد الزور الذى أدت شهادته إلى الحكم بالأعدام وتنفيذه ، لأن فاعله قصد القتل بفعله فيكون كالمباشر ^(٢) ، وحينما ننظر فيما اشتملت عليه تلك المادة ومقابلتها بأراء الفقهاء ، وبعض مواد قانون الميراث ^(٣) ، وكذلك بعض مواد قانون العقوبات المصرى الخاصة بالقتل فى حالة وجود عذر ، أو فى حالات الدفاع الشرعي عن النفس أو المال ، أو حالة تجاوز حدود حق الدفاع الشرعي ، أو حالة ما إذا كان القاتل مكرهاً بطلجي = فبالنظر فى تلك المادة وتأملها نجد أنها قد أخذت أحكامها من مذاهب فقهية مختلفة ، ومن بعض مواد قانون العقوبات التى أشرنا إليها

(١) شرح قانون الوصية ص ٢٧٥ . (٢) المصدر السابق ٦٩ .

(٣) فان شاهد الزور الذى يعلم مقدماً أن شهادته توصل إلى الحكم بأعدام من شهد عليه يكون قاصداً إهلاك المشهود عليه . أحكام الوصايا شلى ٨٧

(٤) بتأمل المادة الخامسة من قانون الميراث نجدها متفقة مع تلك المادة فى تصوير القتل المانع من الميراث ، فقد نصت على أن من : " موانع الارث تقتل =

فنصت على بطلان الوصية للقاتل عمدا ، ومقتضى هذا الاطلاق أن القتل العمد يمنع الوصية سواء كان القتل قبل انشاء الوصية أو بعد ها ، وهذا يتفق مع رأى الحنفية ، كما أن هذه الفقرة دلت على بطلان الوصية فى هذه الحالة ولو أجازها الورثة ، أو أجازها الموصي بعد القتل وقبل الموت ، وهذا رأى أبى يوسف من الحنفية كذلك يدخل فى القتل العمد من أجهز على شخص بعد أن أخذ فيه آخر مقتلا من مقاتله فانها يمنعان من الوصية أخذا بقولين فى مذهب الحنفية والمالكية قول بأن القاتل هو الأول ، وقول بأن القاتل هو الثاني ، كما أن هذه المادة قضت بأن القتل الذى يمنع استحقاق الوصية هو القتل العمد وان لم يكن بالمباشرة ، وهذا التقيد يخرج ما اذا كان القتل خطأ ، فانه لا يمنع صحة الوصية ، وهذا مأخوذ من مذهب الامام مالك ، ولكنه يدخل فى القتل المانع من صحة الوصية القتل بتسبب عمدا كما هو مذهب المالكية والحنابلة ، وقول فى مذهب الشافعية ويدخل فى القتل بالتسبب الامر والمحرض والمشارك والربيه ، وواضع السم ، وشاهد الزور الذى بنى على شهادته الحكم باعدام من شهد عليه وهذا مأخوذ من مذهب الحنابلة . وقد سبق الاشارة الى ذلك كما أن هذه المادة قد أخذت بمذهب أبى يوسف ومحمد فجعلت شرط البلوغ خمس عشرة سنة ، كما نصت على أن القتل المانع من الوصية

= المورث عمدا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أم شريكا أم كان شاهدا زور أدت شهادته الى الحكم بالأعدام وتنفيذها اذا كان القتل بلا حيق ولا عذر وكان القاتل عاقلا بالغا من العمر خمس عشرة سنة ويعد من الأعداء تجاوز حق الدفاع الشرعي " ينظر: احكام الوصايا للشيوخ

هو القتل بلا حق ولا عذر مشروع ،أخذاً بمذهب أبي يوسف من الحنفية ،ومن وافقه من الأئمة ،كما اشترطت في القاتل أن يكون عاقلاً ،وهذا محل اتفاق بين الفقهاء .

ومن هنا يتضح لنا أن قانون الوصية المصري قد اشترط في القاتل الذي يؤثر في الوصية شروطاً ثلاثة هي :-

١ - أن يكون القاتل عاقلاً بلغ من العمر خمس عشرة سنة ،فإن تخلف هذا الشرط ،بأن كان القاتل مجنوناً أو صغيراً ،فإن الوصية لا تبطل ،بل تبقى صحيحة ،وذلك لأن البطلان عقوبة والقاتل في هاتين الحالتين ليس أهلاً لها .

٢ - أن يكون القاتل عدواً وعدواناً بغير حق مباشرة أو تسبباً ،فإذا كان بحق كالقتل قصاصاً بأمر الحاكم ،لا يكون مبطلاً للوصية .

٣ - إلا يكون القاتل بعذر ،فإن كان بعذر كقتل الزوج زوجته والزاني بها عند مفاجأتها حالة الزنا ،ومثل ذلك القاتل مكرهاً بملجئ عملاً بقول أبي حنيفة .

فالمادة بجملتها ،قد وفقت بين الآراء وحقت الانسجام والتوافق بين قانون الميراث وقانون الوصية ،وقانون العقوبات المصري (١) .

... ..

(١) عقد الوصية ٦٤-٦٥ ، والوصية ٥٦ .

المبحث السابع

الآتيكون الموصي له وارثا للموصي ان كان ثمة وارث ولم يجز الوصية

وهذا الشرط اشتراطه الحنفية ، فعبارة كتبهم ظاهرة في أن الوصية للوارث لا تجوز الا باجازة الورثة ، ولكن توجد أحكام في المذهب ترجح أن هذا الشرط للنفاز لا للصحة ، وليبيان ذلك نقول :
ان الفقهاء قد اختلفوا في حكم الوصية للوارث على أقوال :
القول الأول :

ان الوصية للوارث صحيحة ولكنها موقوفة على اجازة الورثة ولو كانت بأقل من الثلث ، فان أجازوها جميعا نفذت ، وان لم يجيزوها بطلت ، ولم تصح ، وهذا قول جمهور العلماء من الحنفية^(١) وظاهر مذهب الحنابلة ، والشافعية^(٢) ،
^(٣)

(١) انظر تبين الحقائق ١٨٢/٦ ، والبحر الرائق ٨/٤٦٠ ، ٤٦١ ، ورد المختار ٦/٦٥٦ ، وانظر : الافصاح لابن هبيرة ، فقد حكى الاجماع على ذلك ٢/٧٠ .

(٢) فقد ذكر ابن قدامة ان ذلك محل اتفاق بين العلماء فنص على ذلك بقوله : " وجملة ذلك أن الانسان اذا أوصى لوارثه بوصية فلم يجزها سائر الورثة لم تصح بغير خلاف بين العلماء ثم حكى عن ابن المنذر وابن عبد البر اجماع العلماء على ذلك .

انظر : المغني مع الشرح ٦/٤١٩ ، وقد عبر ابن تيمية في فتاواه عن اجازة الرضا فقال : " ولا تصح الوصية لوارث بغير رضا الورثة ، انظر : الاختيارات الفقهية ص ١٩٠ .

(٣) انظر : السراج الوهاج على متن المنهاج ص ٣٣٧ .

والمالكية^(١)، إلا أن المالكية اختلفوا في هل الاجازة تنفيذ أو ابتداء عطيته ؟

القول الثاني :

أن الوصية للوارث غير جائزة ، وإن أجازها سائر الورثة ، إلا ، أن يعطوه هبة مبتدأه من عند أنفسهم ، فهو مالهم ، وقد قال بذلك أهل الظاهر ، والمزني من الشافعية^(٢) ، وهو قول لبعض الحنابلة^(٣) ، وفي ذلك يقول ابن حزم^(٤) : " ولا تحل الوصية لوارث أصلاً ، فإن أوصى لغير وارث فصار وارثاً عند موت الموصي بطلت الوصية له فان أوصى لوارث ثم صار غير وارث لم تجز له الوصية لأنها إذ عقدها كانت باطلاً ، وسواء جوز الورثة ذلك أو لم يجوزوا إلا أن يبتدئوا هبة لذلك من عند أنفسهم فهو مالهم ، وهذا قول المزني وأبي سليمان .

وفائدة الخلاف^(٥) بين هذا الرأي والرأي الذي قبله القائل بصحة الوصية من حيث أصلها وإن كانت متوقفة على اجازة الورثة ان الوصية اذا كانت صحيحة فاجازة الورثة تنفيذ ، واجازة محضة

-
- (١) انظر : المدونة الكبرى للامام مالك فقد ورد فيها : " رأيت ان أوصى لوارث وغير وارث فقال ثلث مالي لفلان ولفلان واحد هما وارث معه ورثه ؟ قال : قال مالك ، أما نصيب الوارث من ذلك فباطل يرد الى جميع الورثة إلا أن يجهزوا له ذلك ، وأما غير الوارث فله نصيبه " ينظر : الجز ٥ / ٥٦٨ ، ٥٧ ، وانظر : جواهر الاكليل ٢ / ٣١٨ ، وانظر : حاشية الدسوقي ٤ / ٣٨٠ ،
- (٢) انظر : السراج الوهاج ص ٣٣٧ ، وانظر : المحلى لابن حزم ٩ / ٣٨٦ .
- (٣) انظر : المغنى مع الشرح الكبير ٦ / ٤١٩ .
- (٤) انظر : المحلى لابن حزم ٩ / ٣٨٦ .
- (٥) انظر : المغنى مع الشرح الكبير ٦ / ٤٢٠ .

يكتفي فيها قول الوارث أجزت أو أمضيت ،فانه بذلك القول تلزم الوصية .

أما على القول الثاني القائل ببطلان الوصية للوارث ،وان أجازها سائر الورثة فان الاجازة على هذا القول تكون هبة مبتدأه تفتقر الى شروط الهبة من اللفظ والقبول والقبض كالهبة المبتدأه .

القول الثالث :

ما حكاه صاحب البحر عن الهادى والناصر وأبي طالب وأبى العباس ،وهم من أئمة الشيعة الزيدية ،أن الوصية للوارث تجوز وتتخذ من غير توقف على اجازة الورثة ،كما لو وصى لأجنبي مادامت الوصية فى حدود الثلث ،وقد نسب هذا الرأى ايضا الى بعض الشيعة الامامية الاثني عشرية والاسماعيلية ^(١) .

الأدلة والمناقشة :

أولا : استدل أصحاب القول الأول وهم جمهور الفقهاء على أن الوصية للوارث صحيحة وموتونة على اجازة الورثة بالأدلة الآتية :-

أولا : أن فى الوصية للوارث بدون اجازة بقية الورثة أذى لبعض الورثة الذين لم يدخلوا فى الوصية ،ان فى ذلك اىثار بعضهم على بعض فى العطاء ما ينجم عنه غرس بذور الشقاق والمداوة والبغضاء بين أفراد الأسرة والأقربين ما يؤدى الى قطيعة الرحم ،وتهديد كيان الاسرة وهدتها ،فضما لهذه الأضرار

(١) انظر : نيل الأوطار للشوكاني ٤٧/٦ .

(٢) انظر : عقد الوصية ٧٢ .

واتقاء لهذه المفاسد لم يميزوا الوصية للوارث الا باجازه بقبية الورثة ، فان اجازوها نفذت ، لأن الامتناع كان لحقهم ، وهم اسقطواها بالا اجازه .^(١)

ثانيا : أن في الوصية للوارث حيفا ، فقد جاء في الحديث^(٢) : " الحيف في الوصية من أكبر الكبائر " وفسره بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث^(٣) .

ثالثا : بأدلة منقولة ، وذلك ما روى من الأحاديث الاتية : -

١ - ما روى ابن عباس قال : قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - :

(١) انظر : فتح الباري ٥ / ٣٧٣ ، مع المصدر السابق .

(٢) قال عنه الزيلعي انه غريب بهذا اللفظ ، وذكر أن الدارقطني أخرجه في سننه عن عمر بن المغيرة عن داود بن ابي هند عن عكرمة عن ابن عباس عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : " الاضرار في الوصية من الكبائر " انتهى .

ثم ذكر ان ابن مردويه رواه في تفسيره بلفظ : " الحيف في الوصية من الكبائر " أي باللفظ الذي ذكرناه الا أنه ذكر أن النسائي قد أخرجه في التفسير عن علي بن مهسر عن داود بن ابي هند موقوفا ، وكذلك الدارقطني ثم البيهقي ، وقد صحح البيهقي وقفه ، وضعف رفعه .

وكذلك رواه موقوفا ابن أبي شيبة في مصنفه ، بسنده عن طريق داود بن ابي هند ، كما رواه بالوقف أيضا عبد الرزاق في مصنفه بسنده عن طريق داود بن ابي هند ، وزاد ثم تلا : " غير مضار وصية من الله " ، كذلك أخرجه بالوقف أيضا الطبري ، فقد رواه بسنده عن داود بن ابي هند أيضا عن جماعة ، بلفظ : " الحيف في الوصية من الكبائر " كما هو في حديث ابن ابي عدي ، وعبد الأعلى " انظر : نصب الراية للزيلعي ٤ / ٤٠١ ، ٤٠٢ .

(٣) المصدر السابق ، وانظر تبين الحقائق ٦ / ١٨٢ .

- ١ : " لا تجوز الوصية لوارث الا أن يشاء الورثة"^(١) رواه الدارقطني .
- ٢ - ما رواه عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : " لا وصية لوارث الا أن يجيز الورثة " .
رواه الدارقطني^(٢) .
- ٣ - ما رواه عمرو بن خارجة قال : قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : " لا وصية لوارث الا أن يجيز الورثة "^(٣) .
- ٤ - ما رواه أبو أمامة^(٤) قال : " سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول : " ان الله قد أعطي كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث " رواه الخمسة . الا النسائي .
وفى ذلك يقول ابن حجر في^(٥) الفتح : " لا يخلو اسناد كل منها من مقال ، ثم رجح فقال : " لكن مجموعها يقتضي أن للحدث

-
- (١) انظر : سنن الدارقطني ١٥٢/٤ ، وقال الشوكاني فيه ، وحد يث ابن عباس حسنه في التلخيص : " أى ابن حجر ، وقال في الفتح ، رجاله ثقات لكنه معلول فقد قيل ان عطاء الذى رواه عن ابن عباس هو الخرساني وهو لم يسمع من ابن عباس ثم قال بعد ذلك : الا أنه في تفسير واخبار بما كان من الحكم قبل نزول القرآن فيكون في حكم المرفوع ، قال ذلك بصد ما أخرجه البخارى نحوه من طريق عطاء بن أبي رباح عن ابن عباس موقفا ، نيل الأوطار ٤٦/٦ .
- (٢) انظر : نصب الراية ٤٠٤/٤ ، فقد أخرجه الدارقطني بسنده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده في كتاب الفرائض .
- (٣) أخرجه الدارقطني ١٥٢/٤ ، وقد أخرجه ايضا البيهقي ، منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٤٦/٦ .
- (٤) انظر : منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٤٥/٦ ، ٤٦ .
- (٥) انظر : فتح البارى ٣٧٢/٥ ، وانظر : نيل الأوطار ٤٦/٦ .

أصلاً ، بل جنح الشافعي الى أن هذا المتن متواتر فقال :
" وجدنا أهل الفتيا ومن حفظنا عنهم من أهل العلم بالمفازي
من تريش وغيرهم لا يختلفون في أن النبي - صلى الله عليه وسلم -
قال عام الفتح : " لا وصية لوارث " وهو نقل كافة عن كافة فهو
أقوى من نقل واحد ، ثم قال الحافظ : " الحجة في هذا اجماع
العلماء على مقتضاه كما صرح بذلك الشافعي وغيره .
ويقول أبو بكر الرازي الحنفي : " الخبر المأثور عن النبي - صلى
الله عليه وسلم في ذلك هو عندنا في حيز المتواتر لاستفاضته
وشهرته في الأمة ، وتلقي الفقهاء إياه بالقبول ، كما قال العلامة^(١)
ابن عابدين : " ان حديث أبي أمامة المذكور مشهور تلقته
الأمة بالقبول " .

ه - أن النبي^(٣) - صلى الله عليه وسلم - منع من عطية بعض
الأولاد ، وتفضيل بعضهم على بعض في حال الصحة وقوة الملك ،
وامكان تلافي العدل بينهم باعطاء الذي لم يعطه - فيما بعد
لما فيه من ايقاع العداوة والحسد بينهم - ففي حالة موته
أو مرضه وضعف ملكه وتعلق الحقوق به ، وتعذر تلافي العدل

(١) انظر : أحكام القرآن ١/١٦٥ ، وأبو بكر الرازي هو أحمد بن عيسى

الرازي صاحب ابى الحسن الكرخي ، ولد سنة ٣٠٥ ، واليه انتهت
رياسة العلم لأصحاب أبي حنيفة ببغداد ، وعنه أخذ فقهاؤها .

توفي سنة ٣٧٠ ، انظر : طبقات الفقهاء ص ١٤٤ .

(٢) انظر : حاشية ابن عابدين ٦/٦٤٩ .

(٣) انظر : المغنى مع الشرح الكبير ٦/٤١٩ .

بينهم أولى وأحرى .

هذا ولما عرفنا أن جمهور فقهاء المسلمين ومنهم الأئمة الأربعة ،
يمرون عدم صحة الوصية للوارث أو عدم نفاذها الا باجازه الورثة
فانا نقول ان ذلك محل اجماع منهم ، كما علمناه في عبارة الحافظ
ابن حجر المتقدم ذكرها ، كما نضيف على ذلك ايضا ما قاله
القرطبي^(١) في تفسيره أثناء الكلام على هذه المسألة حيث قال :
" ونحن وان كان هذا الخبر بلغنا أحادا ، لكن قد انضم اليه
اجماع المسلمين أنه لا تجوز وصية لوارث " كذلك قال ابن رشد^(٢)
: " وأجمعوا كما قلنا أنها لا تجوز لوارث اذا لم يجزها الورثة"
لكن الفخر الرازي نازع في هذا الاجماع ، كما نازع في كون
الحديث متواترا^(٣) .

وكان أقوى اعتراض وجه لجمهور الفقهاء ، هو أن رأيهم مخالف
لما دل عليه قول الله تعالى في سورة البقرة : " كتب عليكم
اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين
بالمعروف حقا على المتقين^(٤) من أن الوصية واجبة للوالدين والأقربين

(١) انظر : الجامع لأحكام القرآن ٢/٢٦٣ .

(٢) انظر : بداية المجتهد ٢/٣٢٩ .

(٣) انظر : نيل الأوطار ٦/٤٦ .

(٤) انظر : عقد الوصية ٧٤ .

(٥) سورة البقرة آية ١٨٠ .

بنص الآية ، وفيهم الوارثون ، إلا أنه بصدور دفع هذا الاعتراض كان للمفسرين وشراح كتب الحديث والفقهاء أقوال كثيرة وتأويلات مختلفة في هذه الآية وأجوبة كثيرة نوجز أهم ما قيل فيها على الوجه الاتي :

١ - فالذى عليه جمهور الفقهاء ^(١) ، أن هذه الوصية المذكورة في الآية كانت واجبة في أول الاسلام للوالدين والأقربين بحكم آية الوصية ، ثم نسخت ، واختلف في تعيين ناسخها ، فقيل انها آية الفرائض ، وقيل الأحاديث المذكورة ، وقيل دلّ الاجماع على ذلك وان لم يتعين دليله ، وفي ذلك يقول أبو السعود الحنفي ^(٢) عند تفسيره لقوله تعالى : " كتب عليكم " الآية ، : " كتسب فرض ، وكان هذا الحكم في بدء الاسلام ، ثم نسخ عند نزول آية الموارث بقوله صلى الله عليه وسلم : " ان الله أعطى كل ذي حق حقه ، ألا لا وصية لوارث " ^(٣) ، فانه وان كان من أخبار الآحاد ، فقد تلقته الأمة بالقبول ، فانظم في سلك المتواتر في صلاحيته للنسخ عند أئمتنا - على أن التحقيق أن الناسخ حقيقة هي آية الموارث ، وانما الحديث مبين لجهة نسخها .."

وقد رجح القرطبي القول بأن آية الموارث لم تستقل بنسخها بل بضميمة أخرى وهي قوله - صلى الله عليه وسلم - : " ان الله

(١) انظر : نيل الاوطار مع منتقى الأخبار ٦/٤٦ ، ٤٧ ، وانظر : فتوح

الباري ٥/٣٧٣ .

(٢) انظر : تفسير ابي السعود ١/١٥١ .

(٣) انظر : نصب الراية للزيلعي ٤/٤٠٣ ، فقد رواه بهذا اللفظ عن أبي

امامة ابن ماجه في سننه .

(٤) سبق تخريجه بهذا اللفظ .

قد أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث * . ولذلك نراه يقول^(١) : " ففسخ الآية انما كان بالسنة الثابتة لا بالارث على الصحيح من أقوال العلماء ، ولولا هذا الحديث لا يمكن الجمع بين الآيتين^(٢) ، لجواز اجتماع الميراث والوصية معا ، لكن منع من ذلك الحديث والاجماع " .

وقيل^(٣) ان الآية نسخت نسخا جزئيا في بعض ما اشتملت عليه ، فقد كانت الوصية بمقتضى هذه الآية واجبة لوالدى الموصي وأقربائه الذين يرثونه ، والذين لا يرثونه ، ثم نسخ الله منها بآية الموارث الوصية لوالدى الموصي وأقربائه الذين يرثونه ، وأبقي الوصية لمن كان منهم لا يرثه^(٤) ، ففي البخارى عن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال : " كان المال للولد ، وكانت الوصية للوالدين ، ففسخ الله من ذلك ما أحب ، فجعل للذكر مثل حظ الأنثيين ، وجعل للأبوين لكل واحد منهما السدس ، وجعل للمرأة الثمن والربع ، وللزوج الشطر والربع " وفي ذلك يتسول

(١) انظر : الجامع لأحكام القرآن ٢/٢٦٣ ، وانظر : احكام القرآن للجصاص

١٦٦/١ .

(٢) وذلك بأن يأخذ الورثة المال عن المورث بالوصية ، وبالميراث ان لم يوص

أو ما بقي بعد الوصية . انظر : المصدرين نفسيهما .

(٣) المصدران السابقان .

(٤) انظر : جامع البيان للطبرى ٣/٣٨٨ ، وانظر : فتح البارى ٥/٣٧٣ .

(٥) انظر : صحيح البخارى مع شرحه فتح البارى ٥/٣٧٢ ، كما ذكر بأن ابن

جرير الطبرى ، قد أخرجه من طريق مجاهد بن جبر عن ابن عباس

بلفظ : " وكانت الوصية للوالدين والاقربين الخ " ، وقال بعد ذلك

: " فظهرت المناسبة بهذه الزيادة . انظر : المصدر السابق .

ابن المنذر^(١) : " أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم على أن ،
الوصية للوالدين اللذين لا يرثان والأقرباء الذين لا يرثون جائزة"
ويقول ابن عباس ، والحسن ، وقتادة : " الآية عامة ، وتقرر الحكم
بها برهنة من الدهر ، ونسخ منها كل من كان يرث بآية
الفرائض " .

وتأسيساً على الرأي الذى يقول بنسخ آية الوصية كلها أو في بعض
ما تناوله لم يبق تعارض بين الآية ، وبين الأحاديث التى دلت
على عدم جواز الوصية للوارث إلا بأجازة الورثة ، ولا بين ما رآه
جمهور العلماء من توقف نفاذ الوصية للوارث على إجازة الورثة .

٢ - وذهب فريق من المفسرين والفقهاء الى أن آية الوصية محكمة
غير منسوخة وأنها غير مخالفة لآية الموارث ، إلا أنهم لسم
يسلكوا طريقاً واحداً فى بيان أحكامها ، بل اختلفوا فى ذلك
على طريقتين :-

فبعضهم فسرها بما يخرج الوصية فيها عن الوصية بالمال التى هي
موضوع البحث ، فقال معناها : " كتب عليكم ما أوصى به الله عز
وجل من توريث الوالدين والأقربين فى قوله تعالى فى آية
الموارث : " يوصيكم الله فى أولادكم^(٢) الى آخر الآية ، أو كتب
على المحتصر أن يوصى للوالدين والأقربين بتوفير ما أوصى به
الله تعالى عليهم ، وألا ينقص من انصابتهم^(٣) ، وقال أبو ثور : ان

(١) انظر : الجامع لأحكام القرآن ٢/٢٦٢ .

(٢) انظر : المصدر السابق . (٣) سبق تخريجها .

(٤) انظر : التفسير الكبير ٥/٦٧ .

المراد من الوصية الواجبة في الآية هي وصية من عليه دين أو عند مال لأحد ، وكذا من كانت له حقوق عند الناس يخشى ضياعها على الورثة ، فواجب عليه أن يكتب وصيته ويخبر بما عليه ، فأما من لا دين عليه ولا وديعة عنده ، فليست بواجبه عليه إلا أن يشاء الورثة^(١) .

٣ - وقبل ان الآية مخصوصه ، فظاهرها العموم ، فيمن يرث من الوالدين والأقربين ومن لا يرث ، ومعناها الخصوص في الوالدين اللذين لا يرثان كالكافرين والعبدان ، وفي القرابة غير الورثة ، وذلك لأن لفظ الوالدين والأقربين يعم الوارث وغيره ، إلا أنه خص من يرث بآية الفرائض ، وبالأحاديث الواردة في الوصية للوارث ، ويتسي العموم في حق من لا يرث من الأقربين في الوصية على حاله وهذا الرأي منسوب لطاووس^(٢) ، والضحاك والحسن وغيرهم ، واختاره الطبري^(٣) ، وهو الذي نرجحه ، لأن النسخ لا يلجأ إليه الا عند تعذر الجمع بين النصوص المختلفة في ظاهرها ، أما اذا أمكن الجمع والتوفيق فلا ضرورة لدعوى النسخ ، وهنا الجمع والتوفيق ممكنا ، بل سائغان ومقبولان ، وذلك بقصر آية الوصية على الوالدين والأقربين الذين لا يرثون ، أما الذين يرثون منهم ، فانه يعرف الحكم

(١) انظر الجامع لأحكام القرآن ٢/٢٥٩ ، ٢٦٠ .

(٢) طاووس هو أبو عبد الرحمن بن كيسان اليماني مولى أبينا الفرس ، كان فقيها جليلا قال فيه خفيف : " أعلمهم بالحلال والحرام طاووس . مات بمكة حاجا سنة ١٠٦ هـ ، انظر : طبقات الفقهاء ص ٧٣ .

(٣) انظر : الجامع لأحكام القرآن ٢/٢٥٩ ، ٢٦٠ .

بالنسبة اليهم بالرجوع الى آية الفرائض ، وأحاديث الوصية للوارث
- واعمال جميع النصوص - متى أمكن - أولى من اعمال بعضها
وترك بعضها الآخر .

وسما تقدم يتبين لنا على هذا الرأي الذي رجحناه أن المراد من
الوالدين والأقربين في آية الوصية ، الوالدان والأقربون الذين
لا يرثون . وبذلك تصبح هذه الآية موافقة لأحاديث الوصيَّة
للوارث ، ومع رأى جمهور العلماء والفقهاء القاضي بتوقف نفاذ
الوصية للوارث على اجازة جميع الورثة^(١) .

ثانيا : أدلة القول الثاني : -

احتج أصحاب القول الثاني بظاهر ما روى عن النبي - صلى الله
عليه وسلم : " لا وصية لوارث"^(٢) ، وعللوا ذلك بأن الله تعالى منع
من ذلك فليس للورثة أن يجيزوا ما أبطله الله تعالى على لسان
رسوله - صلى الله عليه وسلم - ، فاذا أجاز الورثة ذلك فابتداءً
عطية من عند أنفسهم ، فهو مالهم^(٣) .

ونوقش هذا الدليل^(٤) : بأنه قد ورد فيه : " الا أن يجيز الورثة "
والاستثناء من النفي اثبات ، فيكون ذلك دليلا على صحة الوصية
عند الاجازة ، ولو خلا من الاستثناء كان معناه لا وصية نافذة وألزامة

(١) انظر : الجامع لأحكام القرآن ٢/٢٥٩ ، ٢٦٢ ، وانظر : جامع البيان

٣/٣٨٧ ، وعقد الوصية ٧٤ ، ٧٥ ، وانظر : نيل الأوطار ٦/٤٧ .

(٢) سبق تخريجه . (٣) انظر : المحلي لابن حزم ٩/٣٨٦ .

(٤) انظر : المغني والشرح الكبير ٦/٤١٩ .

أو ما أشبه ذلك ، أو يقدر فيه لا وصية لوارث عند عدم الاجازة من غيره من الورثة ، يضاف الى ذلك أن الظاهرية وهم ممن قال ببطلان الوصية وان أجازها الورثة لا يعملون النصوص ، ولهذا قال صاحب بداية المجتهد في بيان منشأ الخلاف بين الجمهور^(١) وقول أهل الظاهر ، وسبب الخلاف هل المنع لعللة الورثة أو عبادة فمن قال عبادة : قال لا يجوز وان أجازها الورثة ، ومن قال بالمنع لحق الورثة : أجازها اذا أجازها الورثة ، لأنهم استقطوا حقهم برضاهم فارتفع المانع من صحة الوصية أو نفاذها وما لاشك فيه أن الأدلة قد تضافرت على أن أحكام الشريعة معقولة المعنى ، وبذلك يكون هذا الرأي ضعيفا مرجوحا ، وكذلك فان أصحاب هذا الرأي اعتبروا اجازة الورثة ان وجدت عطية مبتدأه تفتقر الى شروط الهبة من اللفظ والقبول والقبض ، وكأنهم جعلوا منع الوصية للوارث لحق الشرع حذرا من تغيير الفروض والانتصاء التي قدرها الشارع ، فلا أثر لرضى الورثة^(٢) .

ثالثا : أدلة القول الثالث :

استدل أصحاب هذا القول - وهم القائلون بجواز الوصية للوارث ونفاذها من غير توقف على اجازة الورثة بقوله تعالى^(٣) : " كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين " .

(١) انظر : بداية المجتهد لابن رشد ٣٢٩/٢ .

(٢) انظر : عقد الوصية ٧٦/٧٥ .

(٣) سورة البقرة آية " ١٨٠ " .

فقد قالوا ان نسخ الوجوب لا يستلزم نسخ الجواز^(١) .
وقد رد الجمهور على هذا الدليل بأن حديث ابن عباس صرح
بنفس الجواز في قوله - صلى الله عليه وسلم - : " الا أن يشاء"
الورثة " وبأن الآية منسوخة بأية الفرائض ، أو بالأحاديث التي
ذكرناها على التفصيل الذي قدمناه أثناء ذكر أدلة القول الأول .
والذي نرجحه أن تكون آية الوصية محكمة على أن تكون من قبيل
العام الذي خصص ، ويبقى وجوب الوصية فيها خاصا بالوالدين
والأقربين الذين لا يرثون ، وعدم نفاذها ، لمن يرت منهم الإجازة
بقية الورثة ، وهو مآرآه جمهور علماء المسلمين وفقهائهم ، وترجيح
هذا الرأي راجع الى أمور اقتضت ترجيحه ، ان على هذا الرأي
تكون آية الوصية محكمة ، ويبعد عنها دعوى النسخ الذي لاضرورة
اليه ، كما أنه على هذا الرأي يبقى للآية الحكم المتبادر منها
وهو وجوب الوصية ، أخذاً من قوله : " كتب عليكم " غير أنه
مخصوص بمن لا يرث من الوالدين والأقربين ، ان أنه في اجاب
الوصية لهؤلاء ، لاسيما الفقراء منهم سد حاجة المحتاجين وصلية
الأرحام التي أكد الله مراعاتها والعناية بها بقوله : " واتقوا
الله الذي تسألون به والأرحام"^(٢) . وقوله : " أن الله يأمر
بالعدل والاحسان وايتاء ذى القربى"^(٣)

-
- (١) نيل الأوطار ٤٧/٦ .
 - (٢) عقد الوصية ٧٦ .
 - (٣) سورة النساء آية "١" .
 - (٤) سورة النحل آية " ٩٠ " .

أما الذين يرون فقد ثبت حكم الوصية لهم من أدلة أخرى كما أنه في ترجيح هذا الرأي مراعاة للنصوص الأخرى وأعمالها كالأحاديث المانعة من الوصية للوارث ، وآية الموارث ، ومن غير شك أن في مراعاة هذه النصوص جميعها ، والتوفيق بينها ، تحقيق للمصالح ، ودراة للمفاسد التي تترتب على جواز الوصية للوارث من غير توقف على اجازة الورثة^(١) .

سلك قانون الوصية المصرية في الوصية للوارث :

كانت المحاكم الشرعية المصرية حتى صدور قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ، تحكم بمقتضى المذهب الحنفي ، والذي يوافق الرأي الراجح المشهور في الفقه الاسلامي ، والذي يقضي بعدم جواز الوصية للوارث ولو بما قل عن ثلث التركة الا باجازة بقيمة الورثة ، فان اجازوها نفذت ، والا بطلت ، وكذا تنفذ ايضا اذا لم يكن للموصى وارث آخر سوى الموصى له .

لكن لو اجازها بعض الورثة دون بعض ، جازت في حصة من اجازها بنسبة ما يخصه ، وبطلت في حصة من لم يجز ، وكانت المحاكم الشرعية المصرية تأخذ بهذا الرأي تطبيقا للمادة ٥٣٦ من كتاب الأحكام الشرعية لقدري باشا ، والتي نصها : " لا تجوز الوصية لوارث الا اذا اجازها الورثة بعد موت الموصي وهم من أهل التبرع ، ويعتبر كونه وارثا أو غير وارث وقت موت الموصي لا وقت الوصية ، وليس للمجيز أن يرجع في اجازته ، واذا اجازها بعض الورثة ورد لها البعض جازت

(١) انظر : عقد الوصية ٧٦ .

على المجيز بقدر حصته ، وبطلت في حق غيره ^(١) .
الا أنه لما صدر قانون الوصية ، أجاز الوصية بالثلث للوارث وغيره ،
ونفاذها من غير اجازة الورثة ^(٢) ، جاء ذلك واضحا في مادته السابعة
والثلاثين : " تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره ، وتنفذ من غير اجازة ،
الورثة ، وتصح بما زاد على الثلث ولا تنفذ في الزيادة الا اذا أجازها
الورثة بعد وفاة الموصي وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه
وتنفذ وصية من لادين عليه ولا وارث له بكل حاله أو بعضه من غير
توقف على اجازة الخزانة العامة " .

وهذا النص يدل على جواز الوصية بالثلث للوارث وغيره مع نفاذها
من غير توقف على اجازة الورثة ، وترك العمل بما كان مقررا قبل
صدور القانون ، وهو عدم جواز الوصية للوارث الا باجازة الورثة
اذن فما الذي حمل القانون على ترك ما كان معمولا به من قبل .
وقد أجايب المذكرة التفسيرية لمشروع قانون الوصية بأن القانون قد
اعتد في ذلك على خمسة أسور :

الأول : أن صحة الوصية للوارث بما لا يزيد على الثلث مذهب
جمهور الفقهاء .

الثاني : أن نفاذ الوصية مأخوذ من الآية الكريمة وهي قوله تعالى :
كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين

(١) انظر : عقد الوصية ٧٧ .

(٢) المصدر السابق .

(٣) شرح قانون الوصية ص ٢٨٠ .

(٤) المصدران السابقان .

والأقربين بالمعروف حقا على المتقين^(١) .

الثالث : أن نفاذ الوصية للوارث هو رأى لبعض المفسرين ، ومنهم أبو سلم الأصفهاني .

الرابع : أنه قال به فريق من الفقهاء من غير المذاهب الأربعة .

الخامس : أن حاجة الناس تدعو الى اختيار القول بجواز الوصية للوارث .

ولكن هذه الأمور التي ذكرتها المذكرة التفسيرية هل هي كافية في سلامة الحكم الذي قرره المادة المشار اليها أم أنها لا تخلو من الضعف ، الذي معه لا تسوّغ ما ذهب اليه من ذلك الحكم ؟ ولكي نستوضح ذلك ، نناقش كل مسوغ على حده فنقول : -

أما الدليل الأول :

فمسلم به ، ولكنه لا ينتج المطلوب ، الذي جاءت به المادة السابعة والثلاثون ، وهو جواز الوصية للوارث ونفاذها من غير توقف على اجازة الورثة ، وذلك أن جمهور الفقهاء وان صححوا الوصية للوارث ، الا أنهم يرون أن ذلك متوقف على اجازة الورثة فلا تنفذ الا برضاهم ، والا اعتبرت باطلا ، وهذا الحكم عند الفقهاء على خلاف ما قرره المادة المشار اليها ، ان أنها نصت على أنه : " تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره ، وتنفيذ من غير اجازة الورثة "

أما الدليل الثاني :

وهو أن نفاذ الوصية للوارث مأخوذ من آية الوصية ، فان هذا غير مسلم به عند جمهور العلماء ، ان رأى فريق منهم أن الآية

(١) سورة البقرة آية : " ١٨٠ " .

منسوخة في حق الوارث وغيره ، ورأى فريق آخر أنها منسوخة في حق من يرث فقط ، في حين رأى فريق ثالث أنها غير منسوخة وإنما هي من قبيل العام الذي خصص ، وهو ما رجحناه ، فخصوها بالوالدين والأقربين الذين لا يرثون ، وما سبق يتضح لنا أن واضعي تلك المادة المشار إليها ، لا يستطيعون أن يتخذوا الآية سنداً لهم في نفاذ الوصية للوارث ، إلا على القول بأنها محكمة وعامة تشمل الوارثين وغيرهم من الأقارب مع عدم قبولهم للأحاديث الصريحة التي تقضي بعدم صحة الوصية للوارث إلا بإجازة الورثة ومع ما يترتب على هذا القول من الجمع بين الميراث والوصية لبعض الورثة وهم الموصى لهم دون بعض ، مما ينجم عنه كثير من المفاسد ، عند عدم إجازة الورثة ، على أنه رأى مرجوح لطائفة قليلة من العلماء ^(١) .

وأما ما قيل في المسوغ الثالث ، من أن هذا الرأي هو رأي لفريق من المفسرين ومنهم أبو مسلم الأصفهاني ، فإنه لا يستقيم على إطلاقه - لأن المعزول إلى هذا الفريق الذي لم يعين ، وإلى أبي مسلم أن الآية محكمة غير منسوخة ، وهذا لا يستلزم على وجه الحتم أن يكون رأيه هو نفاذ الوصية للوارث بلا قيد ولا شرط ، لجواز أن يكون معناها العموم والخصوص على الوجه الذي سبق بيانه ، فتكون الآية خاصة بالأقربين غير الوارثين ، ولذلك فإن

(١) انظر : عقد الوصية ٧٩ .

(٢) انظر : المصدر نفسه .

فخر الدين الرازي في تفسيره لما أراد أن يوجه قول أبي مسلم الأصفهاني في الآية : " أنها غير منسوخة لم يجزم بالرأى الذى أوردته المذكرة التفسيرية ، ونسبته على سبيل الجزم الى أبي مسلم بل ذكر احتمالات ثلاثة^(١) فقال^(٢) : " اختلف القائلون بوجود الوصية فمنهم من قال : هذه الآية صارت منسوخة ، ومنهم من قال : انها ما صارت منسوخة ، وهذا اختيار أبي مسلم الأصفهاني وتقرير قوله من وجوه : (أحدها) أن هذه الآية ما هي مخالفة لآية المواريث بل معناها (كتب عليكم ما أوصى به تعالى من توريث الوالدين والاقربين) من قوله تعالى : " يوصيكم الله في أولادكم^(٣) " أو كتب على المحتضر أن يوصي للوالدين والاقربين بتوفير ما وأوصى به الله تعالى لهم عليهم ، وألا ينقص من أنصابتهم .

(وثانيها) أنه لا منافاة بين ثبوت الميراث للاقرباء بالميراث ، وثبوت الوصية عظيمة من الله تعالى 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 وارثا داخلا تحت حكم هذه الآية ، وذلك لأن من الوالدين من يرث ومنهم من لا يرث ، وذلك بسبب اختلاف الدين ، الى أن قال : " فكل

(١) المصدران السابقان .

(٢) انظر : التفسير الكبير ٦٧/٥ ، ٦٨ .

(٣) النساء آية ١١ .

من كان وارثا من هؤلاء (يعني الوالدين والاقربين) لم تجز الوصية له
لأجل صلة الرحم ... ثم قال : " فهذا تقرير مذهب أبي مسلم
في هذا الباب .

كذلك ما قيل في المسوغ الرابع : وهو أن هذا قول فريق من
الفقهاء من غير المذاهب الأربعة ، ليس بالحجة القوية التي يصح
أن يستند اليها من غير المذاهب الأربعة ، ليس بالحجة القوية التي
يستند اليها في تقرير حكم مخالف لرأى مخالف لرأى جمهور الفقهاء
والعلماء ، ومنهم الأئمة الأربعة ، وهو رأى تؤيده الأدلة النقلية ،
وعدمه البراهين العقلية والقواعد الفقهية ، كما تقدم لنا في موضعه .

وأما الدليل الخامس :

الذي أوردته المذكرة التفسيرية ، وهو أن حاجة الناس دعت الى
اختيار القول بجواز الوصية للوارث ، فهذا قول لا يعضده دليل
ولا يجد من الواقع مؤيدا ، ولا يستند الى احصاء دقيق ولا الى
تجربة صحيحة ، على أنه لو فرض قيام الحاجة عند بعض الناس
فهي ليست بكافية لتقرير هذا الحكم ، فضلا عن أن تتخذ أساسا
لتشريع عام ، لأنها ليست قائمة على أساس سليم من العدل وتحقيق
المصلحة العامة ، ذلك لأن في القول بنفاد الوصية للوارث من غير
توقف على اجازة الورثة ايثارا لبعضهم على بعض في العطاء ، وهذا
يؤدى الى وتوسع الشحنا ، واثارة العداوة ، والبغضاء بين الأقربين
ما يترتب عليه تقطيع الأرحام ، وتهديد الأسرة في أشد ما تحرص
عليه من وحدة ومحبة وتعاون .^(١)

(١) انظر : عقد الوصية ٧٩ / ٨٠ .

وفي هذا المعنى يقول^(١) الشيخ أبوزهرة : " ان القانون في هذا الجزء يخالف ما كان عليه المسلمون من أقدم العصور الى اليوم من غير حاجة واضحة الى هذه المخالفة ، وأن هذه المخالفة تنتهي الى مخالفة قسمة الله العادلة في الموارث من غير مبرر.. ثم يقول : " ان هذا الجزء من القانون يشير اليغضاء بين آحاد الأسرة ، لأنه سيوغر صدور من لم ينالوا ما نال ذو الحظوة ، وانه لن يكون سبيل عدل ، بل سيكون في أكثر أحواله لغير العدل ولغير ذى الحاجة ، وضرب لذلك مثلا فقال : " واعتبر ذلك بالآوقاف التي استخدمت لمحاياة بعض الورثة ، أو العتود التي كانت في حقيقتها وصايا ، وفي مظاهر من البيوع ، فأكثرها لم تدفع اليه الحاجة عند المختص بالخير ، بل المحبة الجامحة والآثره الظالمة ... " .

ونخلص بهذا العرض لما جاءت به المذكرة التفسيرية لمشروع قانون الوصية أن ما اعتمد عليه القانون من الأمور السابقة لا ينهض دليلا على جواز الوصية للوارث بدون اجازة الورثة ورضاهم لاسيما اذا علمنا مع ما تقدم أن فيه مخالفة للقواعد المشهورة في الفقه الاسلامي ، كقاعدة " درء المفسد مقدم على جلب المصالح " والمفسد المترتبة على ايثار بعض الورثة على بعض بالوصية لاتحصى على نحو ما قدمناه ، وايضا مخالف لقاعدة " الحكم يتبع المصلحة الراجحة " ، والمصلحة الراجحة هنا هي في الابقاء على كيان الأسرة ووحدتها^(٢) .

(١) شرح قانون الوصية ٧٣/٧٤ .

(٢) المصدران السابقان .

لذلك فالرأى العادل هو تعديل^(١) المادة (٣٧) من قانون الوصية ، وذلك بالرجوع الى الذى كان معمولاً به ، قبل صدور القانون ، وهو عدم جواز الوصية للوارث ، أو عدم نفاذها الا باجازة الورثة ، لكونه هو الرأى الذى تؤيده الأدلة النقلية وتعضده البراهين العقلية ، على نحو ما سبق بيانه .
والله الموفق .

*** **

(١) انظر : عقود الوصية ٨٠/٧٩ .

المبحث الثامن

وقت اعتبار الموصى له وارثا

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن اعتبار كون الموصى له وارثا وقت الموت لا وقت الوصية ، لأنها تملك مضاف الى ما بمسند الموت ، فيعتبر وقت التملك^(١) ، وقد حكى ابن قدامة اجماع أهل العلم على ذلك .

* فقال في المغنى^(٢) : " لانعلم خلافا بين أهل العلم في أن اعتبار الوصية بالموت " واعتبار نفاذ الوصية بالموت ، هو معنى اعتبار كون الموصى له وارثا يوم موت الموصي ، لا وقت انشاء الوصية .

* وقد جاء هذا تفسيراً واضحاً في عبارة صاحب " مطالب أولي النهي"^(٣) ان قال : " والاعتبار بكون من وصى له بوصية أو وهب له هبة من قبل مريض وارثا أو لا عند الموت . . . " .

* وفي السراج الوهاج^(٤) : " والمعبرة في كون الموصى له وارثا أو غير وارث بيوم الموت . . . " فلو أوصى لأخيه الشقيق ، ولم يكن له ابن وقت الوصية ، ثم ولد له ابن صحت الوصية للأخ ، لأنه ليس وارثا

(١) انظر : المغنى والشرح الكبير ٦/٤٣٠ ، وانظر : تبين الحقائق ١٨٢/١

(٢) انظر : المغنى مع الشرح ٦/٤٣٠ .

(٣) انظر : مطالب أولي النهي ٤/٤٥٣ .

(٤) انظر : السراج الوهاج ص ٣٣٧ ، وانظر : كتاب الفقه على المذاهب

الأربعة ٣/٤٣٥ - ٤٣٦ .

(٥) المصادر السابقة

للموصي عند موته ، وان كان وارثا وقت الوصية ، وبخلاف ذلك مالو أوصى لأخيه وله ابن وقت الوصية ، ثم مات الابن قبل موت الموصي بطلت الوصية للأخ ، لأنه صار وارثاً^(١) ، والى ذلك أشار صاحب المغني بقوله^(٢) : " فلو أوصى لثلاثة أخوة له متفرقين ولا ولد له ، ومات قبل أن يولد له ولد ، لم تصح الوصية لغير الأخ من الأب الا باجازه من الورثة ، وان ولد له ابن صحت الوصية لهم جميعا من غير اجازة اذا لم تتجاوز الوصية الثلث . . . ولو أوصى لهم وله ابن فمات ابنه قبل موته ، لم تجز الوصية لأخيه من أبويه . . . وجازت لأخيه من أبويه ، فان مات الأخ من الأبوين قبل موته لم تجز الوصية للأخ من الأب ايضا لأنه صار وارثا " . ومثل ذلك ايضا مالو أوصى شخص لزوجته ثم طلقها وانقضت عدتها قبل موته صحت الوصية لها لأنها لا ترثه عند موته ، وان كانت ترثه وقت الوصية ، لأن اعتبار الموصى له وارثا هو وقت الموت لا وقت انشاء الوصية ، كما بينا ، وبخلاف ذلك مالو أوصى شخص لأجنبيته ثم تزوجها ومات وهي في عصمته ، فان الوصية لا تصح الا باجازه الورثة ، لأنها أصبحت ترثه وقت الموت .

*** **

(١) انظر : تبين الحقائق ١٨٢/٦ .

(٢) انظر : المغني مع الشرح ٤٣٠/٦ . - بتصرف -

المبحث التاسع

الوصية للذمي وللحربي

أولا : الوصية للذمي :

لانزاع بين فقهاء المذاهب في صحة وصية المسلم للذمي، فقد روى اجازة ذلك عن شريح، والشعبي، والثوري، والشافعي، والحنفية والمالكية، والحنابلة^(١)، وفي ذلك يقول ابن حزم : " والوصية للذمي جائزة، ولا نعلم في هذا خلافا " .

وكما حكى صاحب الزخار اجماع العلماء على ذلك أيضا بقوله :^(٢)

" وصح الوصية لأهل الذمة اجماعا " .

فقد روى عن محمد بن الحنفية، وعطاء^(٥)، وقناه في قوله تعالسى :

(١) وهو غير المسلم من اليهود والنصارى، وعبدة الأوثان من العجم، الذى يقيم بين المسلمين راض بحكمهم، ويدفع الجزية لهم، يضافي من يضافيهم، ويعادى من يعادى بهم؛ أما عبدة الأوثان من العرب فلا يقبل منهم الا الاسلام أو السيف . انظر : التركة ١٧٧ .

(٢) انظر : المحلى ٣٩٣/٩، وانظر: المغنى والشرح الكبير ٥٣٠/٦ .

(٣) انظر : التركة للكشكي ص ١٧٧، فقد اقتنسه .

(٤) انظر : المغنى والشرح الكبير ٥٣٠/٦ .

(٥) عطاء هو : أبو محمد عطاء بن أبي رباح بن أسلم القرشي مولا هم المكي الأسود، ولد في جند اليمن، ونشأ بمكة، قال فيه أبو حنيفة : " ما رأيت أفضل من عطاء " وكان مفتى مكة ومحدثها . قال فييه ابن عباس : " تجتمعون علي وعندكم عطاء " . توفي في مكة سنة ١١٤ هـ .

" الا أن تفعلوا الى أوليائكم معروفاً ^(١) " ، بأنه وصية المسلم لليهودى والنصراني ^(٢) ، فلم يشترطوا اتحاد الدين والمله ، وذلك لأن الوصية فسي ذاتها من أعمال البر والصله ، وصله أهل الذمة غير منهي ^(٣) عنها لقوله تعالى : " لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا اليهم ان الله يحب المقسطين ^(٤) " ، ولأن الهبة له ، والصدقة عليه صحيحه ، فتصح له الوصية كالمسلم ، فقد روى ^(٥) الدارمي بسنده عن ابن عمر أن صغية أوصت لنسيب لها يهودى .

== انظر : وفيات الأعيان ٢/٤٢٣ ، ٤٢٥ ، وتذكرة الحفاظ ١/٩٨ .

وتهذيب التهذيب ٧/١٩٩ ، والاعلام ٥/٢٩ .

(١) سورة الأحزاب آية "٦" .

(٢) قيد ابن رشد من المالكية جواز الوصية للذمي بكونه ذا سبب من جوار

أو قرابة أو يد سبقت لهم ، فان لم يكن ذا سبب فالوصية محظورة له ، فسي

حين يرى ابن القاسم الكراهة فقط ، أما أشهب فانه يرى الجواز

مطلقا ، وقد قيد ابن رشد هذا الجواز بما ذكرناه . انظر : حاشية

الدسوقي ٤/٣٧٩ ، وانظر : نهاية المحتاج ٦/٤٨ ، وانظر : الخرشي

على مختصر خليل ٨/١٧٠ . وانظر : المغني مع الشرح الكبير ٦/٥٣٠

ففيه : " ولا نعلم عن غيرهم خلافهم . وانظر : تبين الحقائق

٦/١٨٣ ، ١٨٤ .

(٣) بخلاف الميراث ، لأنه مبني على الولاية والخلافة بمعنى أنه يبتنى للوارث

المال الذى خلفه المورث ، واختلاف الدين يقطع الولاية ، أما الوصية

فانها تملك بعقد مبتدأ ، ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ، ولا يصير

مغرورا فيما اشتراه الموصى بخلاف الوارث . انظر : المبسوط للسرخسي

٢٢/١٤٧ .

(٤) المستحقة آية "٨" .

(٥) انظر : سنن الدارمي ٢/٤٢٧ ، وانظر : الكافي ٢/٤٧٩ .

ثانيا : الوصية للحربي :-

إذا أوصى مسلم لحربي ، فهذا الحربي إما أن يكون قد دخل دار الاسلام بأمان ليقيم فيها مدة محددة لغرض تجارة أو نحوها من غير أن يكتب جنسية ولا رعية ، وإما أن يكون في بلاد الحرب الذي ليس بينها وبين دار الاسلام عهد ولا أمان^(١) .
فالأول يسمى مستأمن . والثاني يسمى حربيا .

وقد اختلف الفقهاء في الوصية لهما على الوجه الآتي :

الوصية للمستأمن :-

فالذي ذهب إليه المالكية^(٢) ، والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) هو صحة الوصية للمستأمن سواء كانت من المسلم أو من الذي ، وهو الرأي الظاهر عند الحنفية^(٥) ، وذلك لأنه مادام في دار الاسلام فهو بمنزلة الذمي ، في المعاملات ، ولهذا تصح عقود التملكيات والتبرعات منه في حال حياته ، فكذا بعد مماته^(٦) .

-
- (١) أحكام الوصايا والوقف ٣٩ للدكتور بدران ، وأحكام الوصايا للشيخ شلبي ص ٧٢
(٢) وفي ذلك فقد ورد في الخرشي على مختصر خليل : " وتصح الوصية للذمي . . . وسواء كان للذمي حق جوار أولا ، فهو المستأمن قريبا كان أو أجنبيا " ١٧٠/٨ .
(٣) فقد ورد في نهاية المحتاج ٤٨/٦ ، " وتصح للذمي ومعاهد ومؤمن ولاهل الذمة والعهد لا ينحو مصحف ، كما تحل الصدقة عليهم " .
(٤) انظر : المغني والشرح الكبير ٥٣٠/٦ .
(٥) انظر : تبين الحقائق ١٨٤/٦ ، ٢٠٦ .
(٦) انظر : المصدر السابق . وانظر : المبسوط ١٤٦/٧ ، ١٤٧ .

وقد روى عن أبي حنيفة وأبي يوسف عدم جواز الوصية له، لأنه من أهل الحرب حكما، إذ أنه على قصد الرجوع حيث لا يمكن من الإقامة الدائمة بين المسلمين إلا بدفع الجزية، فهـو في داره حكما حتى يمكن من الرجوع اليها فصارت كالارث^(١)، والأول أظهر، لأن الوصية تملك مبتدأ، ولهذا تجوز للذمي بخلاف الارث .

الوصية للحربي غير المستأمن :

وهو من ليس له عهد ولا أمان، وقد اختلف الفقهاء أيضا في الوصية له، فالذي ذهب اليه الحنفية في القول المعتمد عندهم أن الوصية للحربي لا تصح، فقد ورد في الجامع الصغير: الوصية لأهل الحرب باطله^(٢).

(١) انظر : تبين الحقائق ٢٠٦/٦ .

(٢) انظر : البحر الرائق ٥٢٠/٨، وانظر : تبين الحقائق ٢٠٦/٦ .

(٣) وهناك رأى آخر للحنفية يقول بجواز الوصية للحربي في دار الحرب، فقد ذكر شراح الجامع الصغير أن في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية للحربي، إلا أن الكتب قد اضطربت في نقل عبارة السير الكبير واختلف تبعا لذلك الشراح في فهم المراد منها، وفي وجه التوفيق بين ما تدل عليه وبين ما هو معروف في المذهب الحنفي من القول بعدم جواز الوصية للحربي إذا كان بدار الحرب، فقد قيل في المراد بما يدل على الجواز بأنه ما ذكر في شرح السير الكبير للسرخسي : " من أنه لا بأس أن يصل الرجل المسلم المشرك قريبا كان أو بعيدا، محاربا كان أو ذميا، لما روى أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بعث

* وقال العيني في شرحه : " ولا تصح للحربي عندنا خلافا للثلاثة " ^(١)
في حين ذهب مالك والشافعية في الأصح ^(٢) عندهم وهو المنصوص عن ^(٣)
أحمد أن الوصية للحربي في دار الحرب صحيحة إذا لم يكن
مقاتلا ، ولم تكن بنحو سلاح .
فقد ورد في نهاية المحتاج ^(٤) : " وتصح لحربي بغير نحو سلاح " ^(٥)
وفي المغني لابن قدامة : " وتصح الوصية للحربي في دار الحرب
نص عليه أحمد " .

== بخمسائة دينار الى مكة حين تحط أهلها لتفرق علي فقائها ، ولأن صلة
الرحم محمودة عند كل عاقل وفي كل دين وعلى ذلك فما في السير
الكبير انما يدل علي جواز الصلة دون الوصية خلافا لما فهمه شراح
الجامع الصغير ، ويصير الخلاف في جواز صلة الحربي فقط . كما أن ابن
عابد بن نقل عن محمد بن الحسن ما يدل على جواز الهدية حيث قال :
" ولا بأس أيضا بالهدية الى المشرك المحارب مالم يهد اليه سلاح
أو درع . انظر : حاشية ابن عابد بن ٦٥٥/٦ بتصرف .

- (١) المصدر السابق . وانظر : تبين الحقائق ١٨٤/٦ .
- (٢) ورأى آخر يقول بعدم صحة الوصية للحربي كقول أبي حنيفة . ينظر
المجموع ٥٢/١٥ ، ومواهب الجليل ٣٦٨/٦ .
- (٣) على الصحيح من المذهب ولذلك قال صاحب الانصاف بأن صحة الوصية
للحربي هو قول جماهير الأصحاب ، وقال في الفروع هذا المذهب وتال
في الرعاية : هذا الأشهر كالهبة اجماعا ، وقد تيد الحارثي صحة
الوصية له بما اذا لم يتصف بالقتال والمظاهرة ، والا لم تصح . انظر :
المغني والشرح الكبير ٥٣٠/٦ . وانظر : الانصاف ٣٢٢، ٣٢١/٧ .
- (٤) انظر : نهاية المحتاج ٤٨/٦ .
- (٥) انظر : المغني والشرح الكبير ٥٣٠، ٥٣١/٦ .

الأدلة والمناقشة

أولا : استدل من قال بعدم صحة الوصية للحربي بأن في الوصية له برا به واعانة على حربنا ، وقد نهينا عن برهم بقوله تعالى :
" انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين ، واخرجوكم من دياركم وظاهروا على اخراجكم أن تولوهم ومن يتولهم فأولئك هم الظالمون ^(١) . فدل ذلك على أن من قاتلنا لا يحل بره ^(٢) .

ونوقش هذا الدليل بأن الآية حجة فمن لم يقاتل ، فأما المقاتل فقد نهينا عن توليه لا عن بره والوصية له ، وان احتج " المذهب الحنفي " بالمفهوم فهو لا يراه حجة ، ثم انه قد حصل الاجماع على جواز الهبة ، والوصية في معناها ^(٣) .

ثانيا : استدل من قال بصحة الوصية للحربي بدار الحرب :
أولا : بأنه لما صحت هبته ، صحت الوصية له كالذمي ^(٤) .
ثانيا : وما رواه البخارى بسنده عن عبد الله بن عمر - رضي الله

(١) سورة الممتحنة آية "٩" .

(٢) انظر : رد المحتار ٦/٦٥٥ .

(٣) انظر : المغني والشرح الكبير ٦/٥٣١ .

(٤) المصدر نفسه .

(٥) انظر : صحيح البخارى بشرحه ٥/٢٢٨ ، ٢٣٢ ، وحد ١٠/٢٩٦ ، فقد رواه البخارى بسنده عن ابن عمر بطرق ثلاثة أحد ها ، عن عبد الله بن مسلمة عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر ، والثانية عن خالد بن مخلد عن سليمان بن بلال قال حدثني عبد الله بن دينار عن ابن عمر - رضي الله عنهما - والثالثة عن موسى بن اسماعيل قال حدثني جويريه عن نافع عن عبد الله بن عمر .

عنهما - قال : " رأى عمر بن الخطاب ^(١) حلة ^(٢) سيرا ^(٣) عند باب المسجد فقال : " يارسول الله ، لو اشتريتها فلبستها يوم الجمعة للوفد ، قال : انما يلبسها من لا خلاق له في الآخرة ، ثم جاءت حلة ، فأعطي رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عمر منها حلة ،

(١) هو أبو حفص ، عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزى ، القرشي العدوي ، ثاني الخلفاء الراشدين ، وأول من لقب بأبى المومنين الصحابي الجليل الشجاع الحازم ، صاحب الفتوحات ، يضرب بمدلسه المثل ، ولد سنة ٤٠ قبل الهجرة ، وكان في الجاهلية من أبطال قريش وأشرفهم ، وله السفارة فيهم ، ينافر عنهم ، وينذر من أرادوا انذاره .
* وهو أحد العمرين اللذين كان النبي - صلى الله عليه وسلم - يدعو ربه أن يعز الاسلام بأحدهما . أسلم قبل الهجرة بخمس سنين ، وشهد الوقائع . ويوم بالخلافة يوم وفاة أبي بكر سنة ١٣ هـ ، يعهد منه .
* قتله أبو لؤلؤة فيروز الفارسي غيلة ، بخنجر في خاصرته ، وهو نسي صلاة الصبح سنة ٢٣ هـ . انظر : الاستيعاب ٢/٤٥٨ - ٤٧٤ .
الاصابة ٢/٥١٨ ، ٥١٩ ، الاعلام ٥/٢٠٣ ، ٢٠٤ .

(٢) قال أبو عبيدة الحلل برود اليمن ، والحلة ازار وردا ، وزاد بن الأشعر اذا كان جنس واحد ، وحكي عياض أن أصل تسمية الثوبين حله أنهم ما يكونان جد يدان كما حل طيهما ، وقيل لا يكون الثوبان حلة حتى يلبس أحدهما فوق الآخر ، فاذا كان فوته فقد حل عليه والأول أشهر .
المصدر السابق ١٠/٢٩٧ .

(٣) هو الوشي من الحرير ، قاله مالك ، وقال الأصمعي " ثياب فيها خطوط من حرير أو قز ، وانما قيل لها سيرا لتسيير الخطوط فيها ، وقال الخليل ثوب مصلع بالحرير ، وقيل مختلف الألوان فيه خطوط ممتدة كأنها السيور ..
المصدر السابق ١٠/٢٩٧ .

فقال : " أگسوتتیبها وقلت فی حلة عطار^(١) ما قلت " .
ورواية أخرى ^(٢) : " فقال عمر : " كيف ألبسها وقد قلت فيها ما قلت ؟ " .
قال : " اني لم أگسكها لتلبسها " فكساها عمر أخا له بمكة
مشركا ^(٣) .

(١) المقصود به عطار بن حاجب بن زرارہ بن عدس بمبھلات الدارمسي ويكنى أبا عكرشه ، كان من جملة وفد بني تميم أصحاب الحجرات وقد أسلم وحسن اسلامه ، واستعمله النبي - صلى الله عليه وسلم - على صدقات قومه ، وكان أبوه من رؤساء بني تميم في الجاهلية ، وقصته مع كسرى في رهنة قومه عوضا عن جمع كثير من العرب عند كسرى مشهوره ، حتى ضرب المثل بقوس حاجب ، وعطار ، هذا وقد ورد ذكره في روايات متعددة منها ما ذكرناه عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما من رواية البخاري ، ومنها ما ورد في رواية جرير بن حازم عن نافع عند مسلم " رأى عمر عطار التميمي يقيم حلة بالسوق ، وكان رجلا يخشي الملوك ويصيب منهم " . ومنها ما أخرجه الطبراني من طريق أبي مجلز عن حفصة بنت عمر : " أن عطار بن حاجب جاء بثوب من ديباج كسياه اياه كسرى ، فقال عمر : " ألا أشتريه لك يا رسول الله ؟ " .
* ومنها ما ورد عن طريق عبد الرحمن بن عمرو بن معاذ عن عطار نفسه أنه أهدى الى النبي - صلى الله عليه وسلم - ثوب ديباج كسياه اياه كسرى ، والجمع بينهما أن عطار لما أقامه في السوق لبيع لم يتفق له ببعه فأهداه للنبي صلى الله عليه وسلم ، ينظر: المصدر السابق . ٢٩٨ / ١٠ .

(٢) رواها البخاري بسنده عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر رضي الله عنهما
المصدر السابق ٣٢٢ / ٥ .

(٣) اسم هذا الأخ : عثمان بن حكيم ، وكان أخا عمر من أمه ، أمهما خيثمة بنت هشام بن المغيرة
==

* وما رواه البخارى بسنده عن أسماء بنت أبي بكر - رضي الله عنهما -
قالت: ^(١) " قدمت على أمي وهي مشركة في عهد رسول الله - صلى الله
عليه وسلم - ، فأستفتيت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قلت
: " ان أمي قدمت علي وهي راغبة ^(٢) ، أفأصل أمي ؟ قال : " نعم
صلى ^(٣) أمك " .

== وهي بنت عم أبي جهل بن هشام بن المغيرة ، وقال الدماطي
انما كان عثمان بن حكيم أخا زيد بن الخطاب أخي عمر لأمه ، أمها
أسماء بنت وهب ، قال ابن حجر : " ان ثبت احتمال أن تكون
أسماء بنت وهب أرضعت عمر فيكون عثمان بن حكيم أخاه أيضا من
الرضاعة كما هو أخو أخيه زيد من أمه . ينظر : المصدر نفسه .

(١) انظر : صحيح البخارى بشرحه فتح البارى ٥ / ٢٣٣ ، من كتاب اللباس .

(٢) اختلف في تفسيره ، فقيل راغبة في شيء تأخذه من بنتها وهي على شركها
وقيل راغبة في الاسلام ، لكن تعقب بأن الرغبة لو كانت في الاسلام لم
يحتج الى الاستئذان ، وقيل معناه راغبة عن ديني ، وقيل راغبة نفس
القرب مني ، ومجاورتي ، ووقع في رواية لأبي داود " راغبه " بالميم :
أى كارهة للاسلام ، ولم تقدم مهاجرة ، كما أنه قد ورد عدة روايات فمنها :
هذه الرواية التي وردت عن هشام عن ابيه ، ومنها ما ورد في رواية حاتم
" فقالت يارسول الله ان أمي قدمت علي وهي راغبة ، ولمسلم من طريق
عبد الله بن ادريس عن هشام " راغبه أو راهبه " بالشك ، وللطبراني من
طريق عبد الله بن ادريس المذكور " راغبة وراهبة " ، وهذه الرواية يؤيدها
ما ورد في حديث عائشة عند ابن حبان " جئتني راغبة وراهبة " والمعني
أنها قدمت طالبة في برايتها لها خائفة من ردها اياها خائفة ، وقد
فسر ذلك بهذا المعني الجمهور . ينظر : فتح البارى ٥ / ٢٣٤ ، ونيسل
الأوطار ٥ / ٦

(٣) قال الخطابي : " فيه أن الرحم الكافر توصل من المال ونحوه كما توصل

فهذان الحديثان قد دلا على جواز صلة أهل الحرب وبرهم

والاحسان اليهم .

ثم ان البر والصلة والاحسان لا يستلزم التحابب والتوادد ^(١)المنهي عنه
فى قوله تعالى : " لا تجد قوما يؤمنون بالله واليوم الآخر
يوادون من حاد الله ورسوله ^(٢) " الآية ، فانها عامة فى حق من قاتل
ومن لم يقاتل .

وبهذا العرض لأقوال الفقهاء ، وأدلتهم ، يتضح لنا رجحان القول
بصحّة الوصية للحربي بدار الحرب اذا لم يكن مقاتلا ولم تكن
بنحو سلاح ، لقوة ما استدلووا به ، ومناقشة ما استدل به الحنفية .

== المسلمة . ينظر : فتح البارى ٥/٢٣٤ ، كما أن قوله : " صلي أسك "
يدل على موادة أهل الحرب ومعاملتهم وقت الهدنة .
المصدر السابق .

(١) انظر : المغني والشرح الكبير ٦/٥٣١ ، والمصدرين السابقين .

(٢) سورة المجادلة : آية " ٢٢ " .

مسلك قانون الوصية المصري :

لم يشترط قانون الوصية المصري لصحة الوصية اتحاد الديـن
ولذلك فانه جاء في المادة التاسعة^(١) منه ما يفيد الحكم بصحة
الوصية للحربي مع اختلاف الدارين الا اذا كان الموصي تابعا لبلد
اسلامي ، وكان الموصى له اجنبيا غير مسلم تابعا لبلد غير اسلامي
تنع شريعته من الوصية لمثل الموصي ففي هذه الحالة لاتصح
الوصية ، لأن تحقيق المساواة والمعاملة بالمثل اقتضيا عدم صحة
الوصية مع اختلاف الدار ، وقالت المذكرة التفسيرية بأن هذه الحالة
التي استثناها القانون مأخوذة مما روى عن أبي حنيفة وأبي يوسف
كما قالت بأن دور الاسلام كلها واحدة ، ليس بين تابعيها اختلاف
دار ، كما قالت ان المراد بالبلد الاسلامي ، ما كان تحت حكم المسلمين
أو كان تحت حكم غيرهم ، وكانت شعائر الاسلام كلها أو غالبها
مقاسة فيه ، ولو أن المذكرة التفسيرية " بنت صحة الوصية مع
اختلاف الدارين على رأى من لا يراه مانعا من الارث ، أو على رأى بعض
الأئمة الذين يجيزون الوصية للحربي ، وبنت عدم صحة الوصية في
الحالة المستثناة على مبدأ تحقيق المساواة والمعاملة بالمثل لكان ذلك
أحسن (٢) .

... ..

(١) ونصها : " تصح الوصية مع اختلاف الدين والملة وتصح مع اختلاف
الدارين ما لم يكن الموصي تابعا لبلد اسلامي ، والموصى له غير مسلم تابع
لبلد غير اسلامي تنع شريعته من الوصية لمثل الموصي " انظر : شرح

قانون الوصية ص ٢٧٤ .

(٢) انظر : عقد الوصية ٦٨ .

المبحث العاشر

أن يكون الموصى له أهلا للتملك والاستحقاق

يشترط الحنفية لصحة الوصية كون الموصى له أهلا للتملك، وعلى
هذا قالوا لو أوصى بهذا التبن لدواب فلان، فإن هذه الوصية
غير صحيحة، لأن هذه الصيغة تفيد أنه جعل الموصى به ملكا للدواب
وهي ليست من أهل الملك، نظرا إلى لفظ الموصى لا إلى قصده،^(١)
بخلاف ما لو قال: "أوصيت بهذا التبن ليحلف به دواب فلان،
فانه يجوز، وكذا يجوز لو قال أوصيت بهذا التبن ينفق على فرس
فلان، كل شهر كذا، وتكون وصية لصاحب الفرس والدواب".^(٢)

والتفريق بين الصورتين غير وجيه، وذلك لأن القرينة في الصورة
الأولى قاطعة بأنه يريد من الوصية بالتبن للدواب علفها، فكان ذلك
مثل تصريحه في الصورة الثانية تصحيحا لكلامه، ورعاية لقصده الذي قام
عليه الدليل^(٣). مما ينبغي معه تصحيح الوصية في الصورتين كليهما.

وقد وافق الحنفية في ذلك أيضا الشافعية فقالوا: "يشترط في
الموصى له أن يكون ممن يتأتى له الملك بنفسه ان كان مكلفا، وأولويه
ان كان صبيا أو مجنونا ونحوهما، وينا" على ذلك قالوا ان الوصية
للميت حال موته غير صحيحه، وذلك لأنه لا يتأتى له الملك، ولذلك

(١) انظر: كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ٣/٤٣٦، ٤٣٧، وانظر: رد

المحتار ٦/٦٦٣.

(٢) المصدران السابقان.

(٣) انظر: عقد الوصية ٦٥، وانظر: رد المحتار ٦/٦٦٣.

قالوا الوصية للدابة لا تجوز ، لأنها غير أهل للملك الا اذا كان الغرض صاحبها ، أو علفها ، فان كانت لعلفها اعتبرت الوصية لجهة بر ، لأن اطعام الحيوان والرفق به من جهات البر ، غير أنهم اشتروا لصحة الوصية ، أن يقبلها مالك الدابة ، لأنه المقصود بالوصية في هذه الحالة ، ولكن لا يسلم علفها لمالك الدابة ، بل يصرفه للموصي ان وجد ، فان لم يكن يسلم للقاضي أو نائبه ، واذا باعها بمسدد موت الموصي ، انتقلت الوصية للمشتري على المعتمد (١) .

أما الحنابلة ، فقد خالفوا الحنفية والشافعية ، وقالوا^(٢) بصحة الوصية لفرس فلان أو دابته وان لم يقبل فلان الوصية ، ويصرف الموصي به في علفه رعاية لقصد الموصي ويتولي الانفاق عليه الوصي أو القاضي لا صاحب الفرس ، فقد ورد في كشف القناع^(٣) : " وتصح الوصية لفرس زبيد ولو لم يقبل زيد الموصى به ، ويصرف للموصى به للفرس في علفه رعاية لقصد الموصي . . . ويتولي الوصي أو الحاكم الانفاق عليه لا المالك % وهذا الرأي أولى بالقبول لما فيه من مراعاة الحيوان والرفق به واعتباره كأنه جهة من جهات البر . (٤)

-
- (١) انظر: قلموبى وعميره ٣/١٥٨، ١٥٩، وشرح روض الطالب ٣/٣٤ .
وفتح الوهاب ٢٠/١٣، وكتاب الفقه على المذاهب الأربعة ٣/٤٤٣، ٤٤٤
(٢) انظر : كشف القناع ٤/٣٦٥، ومطالب أولي النهي ٤/٤٧٥، والانصاف ٢٤٦/٧ « كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ٣/٤٤٧ .
(٣) انظر : كشف القناع عن متن الاتناع ٤/٣٦٥، ومطالب أولي النهي ٤/٤٧٥ - بتصرف .
(٤) انظر : عقد الوصية . ص ٦٦ .

وقد ذهب الى جواز الوصية للدابة ايضا المالكية بناء على قولهم بجواز الوصية للمعدوم ، فقد جاء في جواهر الاكليل : ^(١) " ولا فرق فيما يصح تملكه بين كونه عاما كالمساكين ، أو خاصا كزيد ، ولا بين من يملك حقيقة أو حكما كمسجد ورباط وقنطرة وخيل جهاد ، ونعم محبس لنسله ، ولا فرق بين كون المحبس عليه بالفا أو صبيا عاتلا أو مجنونا مسلما أو كافرا أو غير موجود كمن سيكون من حمل ثابت أو سيوجه " .

أما قانون الوصية المصري : فقد بنى حكمه على ما استقاء من مذهب المالكية وهو مبدأ جواز الوصية للمعدوم ، فصح الوصية لجهة معينة من جهات البرستوجد مستقبلا ، كالوصية للمستشفى الذي سيوجد في الحي الغلاني ، الا أنه قضي ببطلان الوصية عند تعذر وجود تلك الجهة ، وذلك لانعدام ما كان محلا لها ، وللوقوف على رغبة الموصي ، فلا يصرف ماله الى مالم يأذن بصرفه فيه ، جاء ذلك واضحا في مادته الثامنة ونصها ^(٢) : " تصح الوصية لجهة معينة من جهات البرستوجد مستقبلا ، فان تعذر وجودها بطلت الوصية " .

والواقع : أن القول بعدم صحة مثل تلك الوصية وعدم صرفها لجهة أخرى من جهات البرمماثلة لها عند تعذر الجهة التي عينها الموصي غير سديد طالما أن الوصية قد روعي فيها جانب التوسعة ، وأجيز فيها مالم يجز في غيرها . عند عامة الفقهاء ^(٣) .

(١) جواهر الاكليل ٣١٧/٢ . (٢) عقد الوصية ص ٦٦ .

(٣) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابوزهرة ص ٢٧٤ .

(٤) انظر المصدر السابق ص ٨٤ ، وعقد الوصية ص ٦٦ .

الفصل الرابع

شروط الوصي به

وفيه مباحث :

- المبحث الأول : ألا يكون الوصي به زاعدا عن ثلث مال
الوصي في الوصية للأجنبي .
- المبحث الثاني : الوصية بالدمن
- المبحث الثالث : الوصية بالحمل والصوف واللبن
- المبحث الرابع : الوصية بالفلة ، والثمرة
- المبحث الخامس : الوصية بالمجهول والمعدوم
- المبحث السادس : الوصية بمثل نصيب احد ورثته
- المبحث السابع : الوصية بنصيب وارث
- المبحث الثامن : الوصية بالمعدوم
- المبحث التاسع : الوصية بأكثر من الثلث .. وفيه أربعة مطالب :
- المطلب الأول : مقدار الوصية شرعا .
- المطلب الثاني : اجازة الورثة ، ومتى تعتبر ؟
- المطلب الثالث : جهة التملك عند الاجازة .
- المطلب الرابع : وقت تقدير الثلث .

الفصل الرابع

شروط الوصي به

وفيه مباحث : المبحث الأول

أن لا يكون الوصي به زائدا عن ثلث مال
الوصي في الوصية للأجنبي

إذا أوصى لأجنبي ولم يتجاوز في وصيته الثلث نفذت وإن لم تجز
الورثة ، إلا إذا كان هناك مانع من نفاذها من قتل أو استغراق دين^(١)
وقد بينا حكم ذلك في مواضعه من هذه الرسالة .

أما إن تجاوز في الوصية لأجنبي بأكثر من الثلث وكان^(٢) ثمة
وارث فإن الوصية لا تنفذ فيما زاد عن الثلث إلا بإجازة الورثة ، فإن
ردوها بطلت في الزائد ، وإن أجازوها نفذت ، وذلك لأن المنع كان
لحقهم فأسقطوه فيزول المانع وإن أجاز بعضهم دون بعض ، نفذت
في حصة المجيز فقط ، وبطلت في حصة غيره ، وبذلك تكون الوصية في

(١) انظر : رد المحتار ٦ / ٦٥٠ .

(٢) فأما من لا وارث له ، ففيه رأيان ، أحدهما : أن وصيته تجوز بكل ماله
وقد قال بذلك أحمد في إحدى الروايتين عنه ، وابن مسعود وعبيد ،
السلماني ومسروق وإسحاق وأهل العراق ، والثاني وهي الرواية الأخرى
عن أحمد ، أن الوصية بما زاد عن الثلث باطلة ، وبه قال مالك والأوزاعي
وابن شبرمه والشافعي ، وذلك لأن له من يعقل عنه فلم تنفذ وصيته في
أكثر من الثلث كما لو ترك وارثا ، ولأن المسلمين يرثونه وهو بيت المال .
واجيب عن ذلك بأن النهي عن الزيادة عن الثلث كان لتعلق حق
الورثة بدليل قوله - صلى الله عليه وسلم - لسعد : " إنك إن تبيد ع

حق الذي أجاز ، كأن كل الورثة أجازوها ، وفي حق الذي لم يجز
كانهم جميعا لم يجزوها^(١) .

فاذا مات رجل وترك ابنين ، وأوصى لرجل أجنبي بنصف ماله ،
فان أجازت الورثة ذلك ، فالمال بينهم أرباعا ، للموصى له ربعان
وهو نصف المال ، وربعان لابنين ، لكل واحد منهما ربع المال ، فان
لم تجز الورثة ، فللموصى له ثلث المال ، والثلثان الباقيان لابنين
لكل واحد منهما ثلث المال ، ولو أجاز واحد ولم يجز الآخر ، جاز
في حق الذي أجاز كأنهما أجازا ويعطى له ربع المال وفي حقه
الذي لم يجز كأنهما لم يجزا يعطى له ثلث المال ، والباقي بعد ذلك
يكون للموصى له ، فيجعل المال على اثني عشر ، للحاجة الى الثلث
والربع ، يأخذ المجيز الربع ثلاثة أسهم ، ويأخذ الذي لم يجز الثلث
أربعة أسهم ، والباقي خمسة يأخذه الموصى له^(٢) .

والقول بأن الوصية تلزم في الثلث من غير اجازة الورثة ، وما زاد
عن الثلث ، يقف على اجازتهم ، فان أجازوه جاز ، وان ردوه بطل ،
قال عنه ابن قدامة في المغني^(٣) بأنه قول جميع الفقهاء .

= وورثك اغنياً خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس ، وههنا لا وارث لسه
يتعلق حقه بماله فانفق المنع لانتفاؤه ، والقول بأن بيت المال يرثه غير
مسلم ان أن بيت المال مرجع الأموال التي لا مالك لها ، وههنا له مالك وهو
صاحبه . انظر : الكافي ٤٧٦ / ٢ ، والمغني مع الشرح ٤٢٩ / ٦ وعقد الوصية ٨٤ .

(١) انظر : تبين الحقائق ١٨٢ / ٦ ، ١٨٣ ، وانظر : المغني مع الشرح الكبير

٤٢٧ / ٦

(٢) انظر : حاشية الشلبي على الزيلعي ١٨٣ / ٦

(٣) انظر : المغني والشرح الكبير ٤٢٧ / ٦

* فقد ورد^(١) عنه : " وجملة ذلك أن الوصية لغير الوارث تلزم نفي الثلث من غير اجازة ، وما زاد على الثلث يقف على اجازتهم ، فإن أجازوه جاز ، وإن رده بطل في قول جميع العلماء : " وورد نفي الكافي^(٢) توضيحا لمذهب الحنابلة : " ولا يجوز لمن له وارث الوصية بزيادة على الثلث لأجنبي فإن فعل ، وقف الزائد على الثلث على اجازة الورثة ، فإن أجازوه جاز ، وإن رده بطل بغير خلاف .

* وورد^(٣) في كشف القناع مثل ذلك " ويقول الشلبي في حاشيته سبينا مذهب الحنفية : " ... لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث إلا أن تجيز ورثة الميت بعد موته ... " .

* وورد في جواهر الأكليل عند المالكية : " الوصية بما زاد عن الثلث باطله .. " .

(٦)

* كما ورد في حاشيتي قليوبي وعميرة في مذهب الشافعية : " والأحسن أن ينقص من الثلث شيئا ، فإن زاد الموصي على الثلث شيئا ورد الوارث بطلت في الزائد ، لأنه حقه ، وإن أجازها ، فاجازته

-
- (١) انظر : المغني والشرح الكبير ٤٢٧/٦ .
 - (٢) انظر : الكافي ٤٧٥/٢ - بتصرف -
 - (٣) انظر : كشف القناع ٣٤٠/٤ ، وانظر : مطالب أولي النهى ٤٤٩/٤ .
 - (٤) انظر : حاشية الشلبي على الزيلعي ١٨٢/٦ .
 - (٥) وتامه : " وإن أجز ما أوصي به زائد عن الثلث لغيره ، فيعتبر عطية من المجيز الرشيد .. " بتصرف ٣١٨/٢ .
 - (٦) انظر : قليوبي وعميرة ١٦١/٣ .

تنفيذ للوصية بالزائد^(١)، وفي قول عطية مبتدأه منه، والوصية بالزيادة لغو... " .

وقد استدل الفقهاء لعدم جواز الوصية فيما زاد على الثلث الا باجازة الورثة بقول النبي^(٢) - عليه الصلاة والسلام - لسعد بن - قال أوصي بمالي كله ؟ قال : " لا " قال : " فبالثلثين " قال . لا قال : " فبالنصف " قال : " لا " قال : " فبالثلث " قال : " الثلث، والثلث كثير " . وقوله^(٣) : " صلى الله عليه وسلم : " ان الله تصدق عليكم بثقل أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم " فاقصره على الثلث

(١) هذا الخلاف مبني على أن الوصية به أو العطية له في مرض الموت المخوف هل هي صحيحة موقوفة على الاجازة أو باطلة، فقيل انها صحيحة، وأن الاجازة تنفيذ مجرد يكفي فيه قول المجيز أجزت ذلك أو انفذته أو نحوه من الكلام، ولا يفترق فيها الى شروط الهبة وقيل هي باطلة، وتعتبر الاجازة عطية مبتدأه، وينتج على هذا الخلاف أنه لو أعتق عبد الا مال له سواء في مرضه، أو أوصى باعتاقه فاعتقه بوصيته فعلى القول بصحة الوصية مع وقفها على اجازة الورثة، فان العتق ينفذ في ثلثه، ويوقف عتق باقيه على اجازة الورثة، فان أجازوه عتق جميعه، واختص عصبات الميت بولائه كله، وعلى القول بأنها باطلة، والاجازة عطية مبتدأه، فان عصبات الميت تختص بثلث ولائه، ويكون ثلثاه لجميع الورثة بينهم على قدر ميراثهم، لأنهم باشره بالأعتاق انظر : المغني والشرح الكبير ٤٢٧/٦ ، قلموبى وعصرة ١٦١/٦ .

(٢) سبق تخريجه .

(٣) سبق تخريجه .

يدل على أنه لاشيء له في الزائد عليه ، فان فعل وقف الزائد على الثلث على اجازة الورثة^(١) ، وحدث عمران بن حصين^(٢) : " أن رجلا^(٣) أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم ، فدعا بهم النبي - صلى الله عليه وسلم - ، فجزأهم^(٤) أثلاثا ، ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة وقال له قولاً شديداً^(٥) . فقد دل على

-
- (١) انظر : المغني والشرح الكبير ٦/٤٢٧ ، وانظر : الكافي ٤/٤٧٥ .
- (٢) هو أبو نجيد عمران بن حصين الأسلمي الخزاعي ، وجهه عمر رضي الله عنه الى البصرة ، ليعلم الناس ، قال يحيى بن سعيد القطان : " ما قدم علينا بالبصرة من أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أقسول بالحق من أبي بكره ، ولا أفضل فضلا من عمران بن حصين ، تسلم عليه الملائكة من جوانب بيته . انظر : طبقات الفقهاء ص ٥١ .
- (٣) رواء الجماعة الا البخاري ، بهذا اللفظ ، ورواه احمد بلفظ : " أن رجلا أعتق عند موته ستة " رجليه له ، = بسكون الجيم جمع رجل = فجا^٤ ورثته من الأعراب فأخبروا رسول الله صلى الله عليه وسلم بما صنع ، قال : أو فعل ذلك ؟ لو علمنا - ان شاء الله - ما صلينا عليه ، فأقرع بينهم ، فأعتق منهم اثنين ، وأرق أربعة " . انظر : منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٦/٤٨ .
- (٤) فجزأهم " بتشديد الزاي وتخفيفها لفتان مشهورتان ، أى قسمهم وظاهره أنه اعتبر عدد اشخاصهم ون قيمتهم ، وانما فعل ذلك لتساويهم في القيمة والعدد ، لأنه لو اختلفت قيمتهم لم يكن بد من تعديلهم بالقيمة مخافة أن يكون ثلثهم في العدد أكثر من ثلث الميت في القيمة ، المصدر السابق .
- (٥) فسّر هذا القول الشديد بما جاء في رواية احمد وأبي داود عن أبي زيد الانصاري . وهو قوله - صلى الله عليه وسلم - : " لو شهدت قبل أن يدفن لم يدفن في مقابر المسلمين ، ويقوله صلى الله عليه وسلم في رواية احمد : " لو علمنا ان شاء الله ما صلينا عليه " . المصدر السابق .

أنه لا يصح تصرفه فيما عدا الثلث إذا لم يجز الوثبة ، ويجوز باجازتهم ، لأن الحق لهم ، والقول في الوصية بالزائد على الثلث كالقول في الوصية للوارث ^(١) ، وقد بينا الكلام فيه ، فهناك ^(٢) من يقول الوصية بأكثر من الثلث لا تجوز مطلقا ، سواء كان له وارث أو لا وارث له ، أجاز الوثبة أو لم يجيزوا ^(٣) .

كما استدل الحنفية أيضا لعدم جواز الوصية فيما زاد على الثلث إلا باجازة الوثبة مع ما تقدم من الأدلة ، بأن الشارع حينما لم يجز للمورث أن يوصي بأكثر من الثلث إنما قصد بذلك مراعاة ورثته من بعده ، وذلك لتعلق حقهم بماله ، لانعقاد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال ^(٤) ، إلا أن الشرع لم يظهره في حق الأجنبي بقدر الثلث ، ليتدارك تقصيره ، وأظهره في حق الوثبة ، لأن الظاهر أنه لا يتصدق به عليهم تحريزا عما يتفق لهم من التأدي بالأيثار ^(٥) لاسيما

(١) انظر المفتي مع الشرح ٤٢٧/٦ .

(٢) انظر : المحلي ٣٨٧/٩ .

(٣) استأذنا على حديث سعد ، فقد نهاه - صلى الله عليه وسلم - والنهبي يقتضي التحريم ، إذا كان مطلقا فتكون وصيته باطلا .

(٤) وهذا التعليل يتفق مع وصيته إذا وقعت حال مرضه ، لأنها إذا وقعت حال صحته ، إذ لا ينعقد سبب الزوال اليهم لعدم استغناؤه عن ماله في حال صحته فلا توجب وصيته في تلك الحال تعلقهم به . أما التعليل الذي يتفق مع حال صحته فهو كما قال الكاساني : " ولأن الوصية بالمال ايجاب الملك عند الموت ، وعند الموت حق الوثبة متعلق بماله إلا في قدر الثلث ، فالوصية بالزيادة على الثلث تتضمن ابطال حقهم ، وذلك لا يجوز من غير اجازتهم ، وسواء كانت وصيته في المرض أو في الصحة ، لأن الوصية ايجاب مضاف الى زمان الموت فيعتبر وقت الموت لا وقت وجود الكلام :

انظر : تكملة فتح القدير ١٠/٤٦٧ ، ٤٧ . (٥) انظر : تبين الحقائق ٨٢/١

وأنه قد جاء في الحديث^(١) : " الحيف في الوصية من أكبر الكبائر " وفسروه بالزيادة على الثلث ، وبالوصية للوارث .

مسلك قانون الوصية المصري :

وافق قانون الوصية المصري ما ذهب اليه الفقهاء من القول بجعل الزائد على الثلث موقوفا على اجازة الورثة ، كما أنه وافق ما ذهب اليه الحنفية والحنابلة من القول بجواز وصية من لا وارث له ولا دين عليه = بجميع ماله أو بعضه من غير توقف على اجازة الورثة = .

جاء ذلك واضحا في المادة^(٢) (٣٧) في فقرته الثانية والأخيرة : " وتصح بما زاد على الثلث ، ولا تسفد في الزيادة الا اذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكانوا عالمين بما يميزونه ، وتتفقد وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه من غير توقف على اجازة الورثة " .

... ..

(١) انظر : نصب الرأية للزيلعي ٤/٤٠١ .

وانظر : تبين الحقائق ٦/١٨٢ .

(٢) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابوزهرة ص ٢٨٠ .

المبحث الثاني

الوصية بالدين

إذا أوصى بدين ، فاما أن يكون لمن عليه دين ، واما أن يكون لغير من عليه دين .

فان كانت وصيته بالدين لمن عليه الدين ، فهي جائزة ، ذلك أنها تملك للدين من الموصي عند الوفاة للموصي له ، وذلك في معنى الوصية ببرائة الموصى له من الدين ، وهي جائزة ^(١) .

فقد ورد في حاشية ابن عابدين : ^(٢) " اذا علق الابراء بشرط كائن - أى موجود حالة الابراء - كقوله لديونه : { ان كان لي عليك دين فقد أبرأتك منه ، فانه يصح ، وكذا قوله : " ان مت بضم التاء فأنت برئ منه أو في حل جاز وكان وصيه = وان كان تعليقا = لأنها تحتل التعليق .

وهذا باتفاق عند فقهاء المذاهب الأربعة ، كما حكاه ابن هبيرة في الافصاح ^(٣) ، ومن ثم فقد دل على ما دل عليه النص الأول .

(١) انظر : الوصية ص ٧٥ .

(٢) انظر : رد المحتار ٦/٦٦٦ و ٥٢٠/٥ ، طبعة دار احياء التراث

المعربي - بتصرف - .

(٣) انظر : الافصاح لابن هبيرة ٦١/٢ .

وان كانت الوصية لغير من عليه الدين ، فتجوز استثناء^(١) ، لأن الأصل^(٢) " أن تملك الدين لايحوز ، واستثنى من هذا الأصل حوالة الدين والوصية به لغير من عليه الدين فانها جائزة " .

* وقد ذكر صاحب البحر الزخار أن ذلك محل اتفاق بين الفقهاء ، ولذلك قال :^(٣) " الوصية بما في ذمة الغير تصح اتفاقا ، اذ مافى ذمة الغير كالموجود ، لوجود سببه " ، وهذا الاطلاق يفيد صحة الوصية بالدين لمن عليه الدين ، وغير من عليه الدين ، وهو ما أخذ به تانون الوصية المصرى ، فقد صحح الوصية بالدين لمن عليه الدين ، ولغير من هو عليه .^(٥)

... ..

-
- (١) انظر : الوصية ص ٧٥ .
 - (٢) انظر : الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي ٥٢٠ .
 - (٣) انظر : الوصية للبرديسي ^{من} لا فقد اقتبسه .
 - (٤) انظر : المصدر السابق .
 - (٥) انظر : المصدر نفسه .

المبحث الثالث

الوصية بالحمل والصوف والسبن

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على صحة الوصية بالحمل بشرط وجوده في بطن أمه ،

وقد استدلوا على ذلك ، بأنه يجري فيه الإرث فتجرى فيه الوصية ايضاً لأنها أخته^(١) ، ولأن الخطر والفرد لا يمنع صحة الوصية فجرى مجرى اعتاق الحمل ، ولأن الوصية بالمعدوم^(٢) صحيحة فهذا أولي^(٣) .

وانما حصل الخلاف بينهم في الوقت المعتبر لصحة الإيجاب في الوصية به .

* فالذي ذهب اليه الحنابلة والشافعية ، هو صحة الوصية بالحمل اذا انفصل حياً . وعلما بوجوده حال الوصية ، أو حكمنا بوجوده^(٤) أما اذا انفصل ميتا فتبطل الوصية^(٥) ولا فرق بين أن يكون حمل

(١) انظر : تبين الحقائق ١٨٦/٦ .

(٢) لأن المعدوم يجوز أن يملك بالسلم والمساقاة ، فجاز أن يملك بالوصية

انظر : العدة ليهاء الدين عبد الرحمن المقدسي ٢٩٣/٢ .

وانظر : الكافي ٤٨١/٢ .

(٣) انظر : المصادر السابقة ، وانظر : مطالب أولي النهي ٤٩٠/٤ ، وانظر :

المغني مع الشرح ٤٧٤/٦ ، والمتن وحاشيته ٣٧٥/٢ ، وانظر : نهاية

المحتاج ٥٠/٦ .

(٤) المصادر السابقة .

(٥) اذا كان حمل بهيمة سواً كان بجنابة أم لا ، وكذا حمل الأمة اذا انفصل

بلا جنابة ، أما اذا انفصل بجنابة فتتخذ في بدله ، انظر : السراج الوهاج

أمة ، أو حمل بهيمة مملوكة ، فإن كان حمل أمة فيعتبر وجوده
بما يعتبر به ، وجود الحمل الموصى له ، وإن كان حمل بهيمة فيعتبر
وجوده بما يثبت به وجوده في سائر الأحكام^(١) .

ولا يختلف مذهب المالكية عن مذهب الحنابلة ، والشافعية نسي

القول بصحة الوصية بالحمل إذا كان موجودا في بطن أمه وقت الوصية
فقد ورد في جواهر الاكلیل^(٢) : " وإن أوصى بأولاد أمته ، وهى حامل
يوم ابصائه دخل الحمل في ابصائه بالولد ، فإن لم تكن حاملا
يوم أوصى ، فلا يدخل ما حدث بعد ذلك " .

* وفي مواهب الجليل^(٣) : " تصح الوصية بالحمل ... فإذا قال
: " أوصيت لفلان بما ولدت جاريتي هذه أبدا " ان كانت يوم أوصى
حاملا فهو له " .

* أما الحنفية^(٥) وهم قد اتفقوا مع غيرهم من الفقهاء في القول = بصحة
الوصية بالحمل بشرط وجوده في بطن أمه = الا أنهم قد خالفوهم

(١) أنظر : المفني مع الشرح ٤٧٤/٦ .

(٢) أنظر : جواهر الاكلیل ٣٢٠/٢ .

(٣) أنظر : مواهب الجليل ٣٧٤/٦ - بتصريف - .

(٤) التقييد بحمارة (أبدا) فيه إشارة الى أنه لا بد أن يأتي مع اللفظ

الماضي بقرينه تدل على قصد الاستقبال مثل أن يقول بما ولدت جاريتي

أبدا " والا لم يدخل في لفظ الماضي الا ما ولدته قبل الوصية أ . هـ .

انظر : حاشية الدسوقي ٣٨٦/٤ .

(٥) فقد ورد في تبیین الحقائق : " وتصح الوصية للحمل وبه ان ولدت لاقل

مدة من وقت الوصية " أنظر : تبیین الحقائق ١٨٦/٦ .

في الوقت المعتبر لصحة الايجاب بل انهم قد اختلفوا في ذلك على رأيين :

فمنهم من يرى أن وقت الايجاب المعتبر لصحة الوصية بالحمل^(١) من وقت الوصية ، وذلك بأن تجيء به لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية ذكر ذلك الطحاوي ، وصححه الأسيجاوي في شرح الكافي ، واختاره المرغيناني شارح الهداية^(٢) .

في حين يرى فريق آخر بأن وقت الايجاب المعتبر لصحة الوصية بالحمل من وقت موت الموصي ، وذلك بأن تجيء به لأقل من ستة أشهر من موته ، وقد ذكره الفقيه ابو الليث^(٣) .

ولكن الوقت الذي أرى أنه هو المعتبر لصحة الايجاب هو وقت الوصية ووقت موت الموصي معا ، وهو الذي اعتمده الكمال بن الهمام^(٤)

-
- (١) لافرق في صحة الوصية للحمل وبه بين الآدمي وغيره من الحيوانات ، فلو أوصى لما في بطن دابة فلان لينفق عليه صح . انظر: رد المحتاب/٦٥٤
- (٢) انظر : تكملة فتح القدير ١٠/٤٣٢ - ٤٣٣ ، وانظر: تبين الحقائق ١٨٦/٦ ، ففيه " وتصح الوصية للحمل وبه ان ولدت لأقل مدته من وقت الوصية " ففيه نص على هذا الرأي .
- (٣) انظر : بدائع الصنائع ١٠/٤٨٩١ ، ففيه : " وتصح الوصية بما في بطن جاريته أو دابته ، ثم قال : " وكذلك الوصية بما في البطن والضرع ، حتى لو مات الموصي بطلت الوصية اذا لم يكن ذلك موجودا وقت موته ففيه نص على ان الايجاب يعتبر بموت الموصي .
- (٤) هو كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد الشهير بابن الهمام السيواسي ، ثم الاسكندري ، أصله من سيواس ، ولد بالأسكندرية سنة ٧٩٠ هـ ، ويعتبر من أكابر علماء الحنفية ، عالما بالتفسير والفرائض

الحنفي وأبيده .

ولذلك نجد أنه يقول^(١) = بعد أن بين بأن المعتبر لصحة الايجاب
في أكثر أقسام الوصايا وجود الموصى به وقت الوصية لا وقت الموت
فقط = تأييدا للقول بأن المعتبر لصحة الايجاب وقت الوصية ووقت
موت الموصي يقول : " فلا معنى لقول بعض المتأخرين لاتفاق مشايخنا
على أن الشرط لصحتها وجودهما : أى وجود الموصي له ، وبسببه
وقت الموت فقط لا وقت الوصية ايضا ، ثم انتقد ما علل به بعض
المتأخرين - اتفاق المشايخ فقال : " وقوله في تعليل ذلك ، لأنها
تمليك بعد الموت ، فلا بد من وجودهما اذ ذاك دون وقت الايجاب
ليس بتام ، لأن سبب الاستحقاق هو الوصية ، فيجوز أن يعتد به
وجودهما وقت وجود ذلك السبب ، كما يجوز أن يعتبر وقت تحقق
الحكم وهو الملك ... " .

هذا وقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة ايضا على أن الوصية
باللبن في الضرع والوصف صحيحة لأنهما ما يورث^(٢) ، فتصح الوصية بهما ، بناء
على أن الوصية يجرى فيها الارث^(٣)

== والأصول والفقه ، وكان قد أقام بحلب ، ثم جاور الحرمين ، له تصانيف
كثيرة منها : فتح القدير شرح الهداية ، والتحرير في أصول الفقه ، توفي
بالقاهرة سنة ٨٦١ هـ . انظر : الفوائد البهية ص ١٨٠ / ١٨١ ، الاعلام
١٣٥ / ١٣٤ / ٧ .

(١) انظر : تكملة فتح القدير ١٠ / ٤٣٢ - ٤٣٣ .

(٢) ولأنهما ما يثبت فيه الاختصاص والهيئة ، فالتصرف في مثل ذلك بمعنى

نقل اليد ، قليوبي وعميرة ٣ / ١٦٠ .

(٣) انظر : نيل المآرب ٢ / ١٨ ، وبدائع الصنائع ١٠ / ٤٨٩١ ، ==

هذا وان تانون الوصية المصرى لم يتعرض للوصية بالحمل
والصوف ، واللبن ، فكان مذهب الحنفية هو المذهب الذى يجسب
تطبيقه .^(١)

... ..

== ونهاية المحتاج ٥٠ / ٦ ، وجواهر الاكليل ٣١٧ / ٢ ، وانظر : قليوبيسي
وعمره ١٦٠ / ٣ .
(١) انظر : الوصية ٧٦ .

المبحث الرابع

الوصية بالغلة والثمرة

أجاز فقهاء المذاهب الأربعة الحنفية، والمالكية، والشافعية والحنابلة، الوصية بما تحمل به الأشجار من الثمار، وما ينتجه البستان من الغلة، وذلك لثبوت الاختصاص في مثل هذه الأشياء، كالوصية باللبن في الضرع، والصوف على الظهر، ولأنها ما يورث ويوهب، ولأنها تستحق بغير الوصية من العقود الأخرى كالمزارعة والمعاملة فاستحقاقها بمقتضى الوصية أولى، لأنها أوسع بابا من غيرها^(٢).

وانما حصل الخلاف في هل هناك فرق في الوصية بالغلة والثمرة، أو أنهما في الوصية شيء واحد ؟

فالذي ذهب إليه علماء^(٣) الحنفية هو التفرقة في الوصية بين الغلة والثمرة، فقالوا إذا أوصى بثمرة بستانه، فإن أطلق في وصيته، ولم ينص على التأبيد، لم يستحق الموصى له من الثمر إلا ما كان موجودا وقت وفاة الموصي، دون غيره ما يحدث بعد وفاته، فإن نص على التأبيد، بأن قال: ثمرة بستاني أبدا، فإن الموصى له يستحق الثمرة الموجودة وقت وفاة الموصي وما يحدث بعد وفاته، مادام حيا، ومثل

(١) انظر: قلهوبي وعميرة ١٦١/٣ .

(٢) انظر: تبين الحقائق ٢٠٤/٦ .

(٣) انظر: المصدر السابق، وانظر: تكملة فتح القدير ٤٩١/١٠ .

ذلك ما لو أوصى له بثمره بستانه ، ولم يكن فيه ثمرة حين وفاته ، فانه يتناول الثمرة المعدومة مدة حياة الموصي له ^(١) ، لأن في ذلك قرينة على أنه يريد ما سيحدث بعد وفاته ، وقد كان القياس بطلان مثل هذه الوصية لانعدام الموصى به وقت وفاته ، ولكن استحسن ^(٢) ألا تبطل ، ويراد ما سيحدث ، قياسا على ما لو ذكر الأبد في وصيته .

أما اذا أوصى بخلة بستانه ، فان الموصى له يستحق ما كان موجودا منها وقت وفاة الموصي ، وما سيحدث بعد وفاته سواء أطلق في وصيته أم ذكر الأبد ^(٣) .

(١) ففي رد المحتار على الدر المختار ورد " وان أوصى له بثمره بستانه بلا زيادة لفظ أبدا ، فمات ولم يكن فيه حين الوفاة ثمرة ، كان ذلك كالوصية بالخلة ، في تناولها الثمرة المعدومة ما عاش الموصى له ، وانما كان كذلك ، لأن الثمرة اسم للموجود حقيقة ، ولا يتناول المعدوم الا مجازا ، فاذا كان فيه ثمرة عند الموت صار مستعملا في حقيقته فلا يتناول المجاز ، واذا لم يكن فيه ثمرة تناول المجاز ، ولا يجوز الجمع بينهما الا أنه اذا ذكر لفظ الأبد تناولها بعموم المجاز لا جمعا بين الحقيقة ، والمجاز - بتصرف - .

انظر : ٦٩٥/٦ ، وتبيين الحقائق ٢٠٤/٦ .

(٢) وجه القياس أن الثمرة في الموجود حقيقة ، وليست بمعدومة ، فتبطل ، ووجه الاستحسان ، حمل كلام الموصي على المجاز ^{عند} انتفاء الحقيقة صوتا لكلامه عن الالغاء . انظر : تكملة فتح القدير ٤٩١/١٠ .

(٣) المصادر السابقة .

* وفيما ذكرنا يقول الزيلعي^(١) : " فحاصله أنه اذا أوصى بالغلظة استحقه دائما وبالثمره لا يستحق الا القاسم الا اذا زاد أبدا، فحينئذ يصير كالغلة ، فيستحقه دائما، وهو العراد بقوله : " وان زاد أبدا له هذه الثمرة وما يستقبل كغلة بستانه " أى اذا زاد فى الثمرة لفظه أبدا ، صار كما اذا أوصى بغلظة بستانه من غير زيادة شيء حتى يستحق الموجود ، وما سيوجد فيهما ، فيحتاج الى الفرق بينهما " .

* أما المالكية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤) فقد ذهبوا الى أنه ليس هناك فرق فى الوصية بين الثمرة والغلة لا من حيث المعنى ولا من حيث الدلالة ، فاذا أوصى بثمره بستانه أو غلظته ، فان الموصى له يستحق ما كان موجودا بعد وفاة الموصى ، وما سيحدث بعد وفاته سواء أطلق فى وصيته أم نص على التأبيد ، مالم توجد قرينة تدل على ارادة غير ذلك ، كأن يوصى له بثمره بستانه مدة سنة بعينها فلم تحمل تلك السنة ، فلا شيء له ، أو يقول له : " لك ثمرتها أول عام تثمر ، فانه يستحق ثمرتها من أول عام تثمر فيه . * وفى ذلك يقول ابن قدامة : " وان وصى بثمره شجرة أو بستان

(١) انظر : تبين الحقائق ٢٠٣/٦ .

(٢) فقد ورد فى الخرشي على مختصر خليل : " والغلظة شاملة لنسل الحيوان وغلظة الشارطة العقار . . . " ١٦٩/٨ .

(٣) انظر : نهاية المحتاج ٥٠/٦ ، وقلوبى وعيره ١٦٠/٣ ، واسنى المطالب ٣٥/٣ .

(٤) انظر : المغنى مع الشرح الكبير ٤٧٧/٦ .

(٥) انظر : المصدر السابق .

أو غلة دار ... صح سوا، وصى بذلك في مدة معلومة، أو بجميع
الشرية والمنفعة في الزمان كله ..

* هذا قول الجمهور ومضم : مالك، والثوري^(١)، والشافعي^(٢) واسحاق

(١) هو ابو عبد الله سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري . ولد في خلافة
سليمان بن عبد الملك سنة ٩٦ هـ ، وقيل سبع . ومات سنة احدى
وستين ومائة في خلافة المهدي .
قال عنه سفيان بن عيينه : " ما رأيت رجلا أعلم بالحلال والحرام
من سفيان الثوري " .
* انظر : طبقات الفقهاء ص ٨٤ .

(٢) اسحاق هو أبو يعقوب اسحاق بن أبي الحسن ابراهيم بن مخلد
الحنظلي التميمي المروزي ، المعروف بابن راهوية .
* ولد سنة ١٦١ هـ وقيل غير ذلك . عالم خراسان في عصره ، وهو
أحد كبار الحفاظ . طاف البلاد لجمع الحديث ، وأخذ عنه العلم
كثير من الأئمة والفقهاء ، منهم : الامام احمد بن حنبل ، والبخاري
ومسلم وغيرهم .
* قال فيه الامام احمد بن حنبل : اسحاق عندنا امام من أئمة
المسلمين ، وما عبر الجسر أفقه من اسحاق .
* وقال فيه الخطيب البغدادي : " اجتمع له الحديث والفقه والحفظ
والصدق ، والورع ، والزهد ،
* له تصانيف كثيرة ، استوطن نيسابور ، وتوفي بها سنة ٢٣٨ هـ .
انظر : وفيات الاعيان ١/١٧٩ - ١٨٠ ، والأعلام ١/٢٨٤ ، وطبقات
الفقهاء ٩٤ .

وأبو ثور^(١)، وأصحاب^(٢) الرأي .

* وورد في نهج المآرب^(٣) : " وتصح الوصية بالشئ المعدوم كوصيته بما تحمل أمته أبدا أو مدة معلومة ، أو بما تحمل شجرته أبدا أو مدة معلومة كسنة وستين ونحو ذلك .. " .

* وورد في مذهب الشافعية ما يدل على أن الوصية بالثرة صحيحة وأن الموصى له يستحقها على الدوام مالم يعين الموصي مدة^(٤) " على نحو ما ذكرناه في مذهب الحنابلة ، كما ورد في استي المطالب : " وتجاوز الوصية بثرة .. ستحدث كالحمل .

على أنه بعرض رأى الحنفية وغيرهم من الفقهاء يتضح لنا أن ما قال به الحنفية من التفريق في الوصية بين الغلة والثرة ، هو الأترب للصواب والأرجح للعمل به .

(١) ابو ثور هو أھيم بن خالد بن أبي اليمان ، الكلبي ، الفقيه ، الشافعي البغدادي ، جمع في كتبه بين الفقه والحديث ، قال فيه احمد بن حنبل : " هو عدى في سلاح سفیان الثوري ، أعرفه بالسنة منذ خمسين سنة " والمسلاخ الالهاب ، بمعنى أنه نظيره وعلى طريقته .
توفي في بغداد سنة ٢٤٦ ، انظر : وفيات الأعيان ٥٧/١ ، وتذكرة الحفاظ ٥١٢/١ ، ٥١٣ ، الأعلام ٣٠/١ .

(٢) المراد بهم الحنفية ، وذكرهم هنا ، لأنه كان يتكلم ايضا على الوصية بالمنفعة ، ومعلوم - كما سيأتي لنا بيانه ان شاء الله - أن الحنفية من قال بجوازها ، وأنه لم يخالف في ذلك الا ابن أبي ليلى ، والا فان رأيهم في هذه المسألة أعني مسألة الوصية بالغلة والثرة ، وقد عرفنا أنه يختلف عما ذهب اليه غيرهم من الفقهاء .

انظر : الوغني مع الشرح الكبير ٤٧٧/٦ ، ٤٧٩ .

(٣) انظر : نهج المآرب بشرح دليل الطالب ١٨/٢ .

(٤) انظر : قلموبي وصيرة ١٦١/٣ .

وذلك ^(١) أن الشرة اسم للموجود عرفا ، فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زائدة مثل التصيص على الأبد ، ان لا يتأبد الا بتناول المعدوم ، والمعدوم مذكور وان لم يكن شيئا .

أما الغلة فتتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد أخرى عرفا فيقال : فلان يأكل من غلة بستانه ، ومن غلة أرضه وداره ، فاذا أطلقت تناولت الموجود والمعدوم من غير توقف على دلالة أخرى .
وأما الشرة اذا أطلقت فيراد بها الموجود ، ولا تتناول المعدوم ، الا بدليل زائد عليه .

مسلك قانون الوصية المصرية :

أخذ قانون الوصية المصري بمذهب الحنابلة ومن وافقهم بعدم التفرقة في الوصية بين الغلة والشرة ، فقد جاء ذلك واضحا فسي مادته ^(٢) (٥٥) : " اذا كانت الوصية بالغلة أو الشرة فللموصى لـه الغلة أو الشرة القائمة وقت موت الموصي وما يستجد منها مستقبلا ما لم تدل قرينة على خلاف ذلك " .

.....

(١) انظر : تبين الحقائق ٦/٢٠٤ ، وانظر : نتائج الأفكار في كشف الرموز

والأسرار ١٠/٤٩١ .

(٢) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابو زهرة ٢٨٤ .

المبحث الخامس

الوصية بالمجهول^(١)

الوصية بالمجهول : -

تبين لنا فيما سبق أن الحكمة في مشروعية الوصية هي التوسعة على الموصى ، وذلك حتى يتدارك ما عساه يكون قد فاتته من واجبات أو ليكافئ من يكون أسدى إليه معروفًا ، أو ليقدم الي من كان في حاجة الى العون والمساعدة من أقاربه غير الوارثين ، ما يسد حاجته وما أن الوصية في أغلب الأحوال تكون في وقت لا يتسع للتوضيح وبما الغرض كاملا ، لما كان الأمر كذلك ، فان الفقهاء توسعوا في أحكامها فأعطوا هذا التصرف مالم يعط غيره من العقود الأخرى - من وسائل التيسير ، فأجازوا فيه مالم يجيزوا في غيره ، تسهلا علي الموصي في وقت هو بحاجة فيه الي ذلك .

ومن أجل ذلك ، فانهم أجازوا الوصية بالمجهول^(٢) ، وذلك مالم يسوفوه في عقد من العقود الأخرى ، وذلك أن محل العقد لا بد أن يكون معلوما ، والا أدت الجهالة فيه الي المنازعة .

ولأن احتمال وقوع النزاع وقت تنفيذ الوصية ، انما هو وقت

(١) الجهل ضد العلم ، وجهلت الشيء جهلا ، وجهالة خلاف علمته وجهل من باب فهم ، وسلم ، والتجهيل النسبة الي الجهل ، والمجهلة بوزن مرحله ، الأمر الذي يحمل على الجهل

انظر: مختار الصحاح ص ١١٥ ، وانظر: المصباح المنير ١ / ١١٣ .

(٢) وهذا بلا نزاع كما صرح به صاحب حاشية المتنع . انظر : ٢ / ٣٧٧ .

الموت وهذا وقت بعيد ، فقد أصفوا الوصية من هذا الشرط، وفوق ذلك فان الجهالة المغتفرة في عقد الوصية لم يتركها الشارع، بدون بيان ، بل جعل بيان ذلك الى الورثة ، لأنهم خلفاء مورثهم يقومون مقامه فيما فاتته من بيان ، أو قصر عنه من إيضاح ، فهم أعرف بمقاصده ، وغاياته ، ولذلك فان البيان موكول اليهم^(١) ، فاذا قال الموصي ، أوصيت لفلان بجزء من مالي أو بشيء منه ، كان للورثة أن يعطوه أي قدر شاءوا ، ولما يحتله اللفظ .

* وفي ذلك يقول الزيلعي^(٢) : " اذا أوصى بسهم ، أو بجزء من ماله ، كان بيان ذلك الى الورثة ، فيقال لهم أعطوه ما شئتم ، لأنه

(١) فان لم يكن له وارث ، فان البيان لولي الأمر ، باعتبار أن التركة ستؤول الى بيت المال ، ولأنه ولي من لا ولي له ، فيتولاها بماله من هذه الولاية العامة التي تجعله ذا صلة بكل انسان .

انظر: شرح قانون الوصية للشيخ ابو زهرة ١٢٢ - بتصرف .

(٢) انظر : المصدر السابق . وانظر: تبين الحقائق ١٨٩/٦ .

(٣) وفي ذلك يقول الزيلعي : " سوى هنا بين السهم والجزء وهو اختيار

بعض المشايخ ، والمروى عن أبي حنيفة أن السهم عبارة عن السدس . نقل ذلك عن ابن سعد - رضي الله عنه - وعن اياس بن معاوية ، وقال في الجامع الصغير ، له أخس سهام الورثة ، الا أن يكون أقل من السدس ، فحينئذ يعطى له السدس ، وقال في الأصل ، له أخس سهام الورثة الا أن يكون أكثر من السدس فلا يزداد عليه ، فعلى رواية الجامع الصغير جوز أبو حنيفة الزيادة على السدس ، ولم يجوز التقصان عنه ، وعلى رواية الأصل جوز أبو حنيفة التقصان عن السدس ، ولم يجوز الزيادة عليه .

- بتصرف - .

* ينظر : تبين الحقائق ١٨٨/٦ .

مجهول ، يتناول القليل والكثير ، والوصية لاتنح بالجهالة ، والورثة قاعون مقام الموصي ، فكان اليهم بيانه " .

* وورد في أسني المطالب ^(١) : " وتصح بالمجهول ، كعبد وشوب "

* وفي نهاية المحتاج ^(٢) : " وتصح .. بكل مجهول " .

* وورد في المقنع ^(٣) : " وتصح الوصية بالمجهول ، كعبد وشاة

ويعطي ما يقع عليه الاسم ^(٤) " .

* وورد في مغني المحتاج ^(٥) : " وتصح الوصية بالمجهول ، كالحمل

الموجود في البطن منفردا عن أمه أو معها ، وعبد من عبده

وبما لا يقدر على تسليمه كالطير الطائر ، والعبد الاتق " .

وقد استدلوا مع ما سبق ذكره من العلة لاغتفار الجهالة في

الوصية ، بأن الله تعالى قد أعطي عبده ثلث ماله في آخر عمره ، وقد

(١) أنظر : أسني المطالب ٣٥/٣ .

(٢) انظر : نهاية المحتاج ٥٠/٦ .

(٣) انظر : المقنع مع حاشيته ٣٧٧/٢ . وانظر : الكافي : ٤٨١/٢ .

(٤) فان اختلف الاسم بالحقيقة والعرف ، كالشاة في العرف للأنثى والبعير ،

والثور في العرف للذكر وحده ، وفي الحقيقة للذكر والأنثى ، فقليل يغلب

العرف لأنه المتبادر الى الفهم ، ولكن المرجح تغليب الحقيقة على العرف

لأن الحقيقة هي الأصل ، ولهذا يحمل عليه كلام الله سبحانه ، وكلام

رسوله - صلى الله عليه وسلم - ، فعلى هذا اذا أوصى بشاة ، تتناول

الذكر والأنثى ، والضأن والمعز والكبير والصغير ، لأن اسم الشاة

يتناول ذلك كله بدليل قوله صلى الله عليه وسلم : " في أربعين شاة

شاة " .

* انظر : كشف القناع ٣٦٩/٤ ، والمقنع مع حاشيته ٣٧٧/٢ .

(٥) انظر : مغني المحتاج ٤٤/٣ .

لا يعرف حينئذ ثلث ماله ، اما لكثرته ، أو لغيبته ، أو غيرها ، فدعت الحاجة الى تجويز الوصية بالمجهول ^(١) ، ولأن الموصى له يخلف الميت في ثلثه ، كما يخلفه الوارث في ثلثه ، فلما جاز أن يخلف الوارث الميت في هذه الأشياء ، جاز أن يخلفه الموصى له ^(٢) .

مسلك قانون الوصية المصرية في الوصية بالمجهول :

لم يرد عن قانون الوصية المصرية ما يدل صراحة على جواز الوصية بالمجهول ، ولكن الذي ورد عنه هو ذكره لبيان بعض أحكام الوصية بالمجهول التي اقترنت بما يشير الى البيان ، وان لم يكن قاطعاً ولا راجحاً ، بل كان احتمالاً قريباً ، على أنه لم يسر على ما ذكرناه سابقاً من جعل بيان الموصي به المجهول للورثة ، بل تولي هو بيان الحكم ، وكان له اعتماد من الفقه ، فقد ذكر أحكام الوصية بمثل نصيب أحد ورثته ، أو بنصيب وارث ، ذكر ذلك ^(٣) في مسواده ٤٠ ، ٤١ ، كما يتضح لنا ذلك في المبحثين التاليين السادس والسابع

(١) أنظر : اسنى المطالب شرح روض الطالب ٣/٣٥٠ .

(٢) انظر : معنى المحتاج ٣/٤٤٠ .

(٣) نص هذه المواد : المادة (٤٠) : " اذا كانت الوصية بمثل نصيب وارث معين من ورثة الموصي استحق الموصي له قدر نصيب هذا الوارث زائداً على الفريضة " .

المادة (٤١) : " اذا كانت الوصية بنصيب وارث غير معين من ورثة الموصي ، أو بمثل نصيبه ، استحق الموصي له نصيب أحد هم زائداً على الفريضة ان كان الورثة متساويين في الميراث ، وقد ر نصيب أقلهم ميراثاً زائداً على الفريضة الشرعية ان كانوا متفاضلين " .

انظر : شرح قانون : الوصية للشيخ محمد ابو زهرة ١٢٣٠ .

المبحث السادس

الوصية بمثل نصيب أحد ورثته

إذا أوصى شخص لآخر بمثل نصيب أحد ورثته .
فاما أن يكون ذلك الوارث معيناً أولاً ؟
فان كان معيناً ، فقد اختلف الفقهاء في القدر الذي يستحقه
الموصى له بمثل نصيب ذلك الوارث .

* فالذي ذهب اليه جمهور الفقهاء أن الموصى له يستحق مثل
نصيب ذلك الوارث ، مزاداً علي الفريضة ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي
* في حين ذهب مالك ، وابن أبي ليلى وزفرود^(٤) ، الى أن الموصى

-
- (١) انظر : المغني مع الشرح ٤٤٨/٦ ، والمقنع مع الحاشية ٣٨٦/٢ ، فقد
ورد فيه : " اذا أوصى له بمثل نصيب وارث معين ، فله مثل نصيبه
مضموماً الى المسئلة ، فاذا أوصى له بمثل نصيب ابنه وله ابنان ، فله
الثلث ، وان كانوا ثلاثة فله الربع . . . " .
وانظر : المجموع التكملة الثانية ١١٥/١٥ .
- (٢) انظر : بدائع الصنائع ٤٩٠١/١٠ .
- (٣) انظر : المغني مع الشرح ٤٤٨/٦ .
- (٤) هو أبو سليمان داود بن علي بن خلف الأصفهاني ، ولد سنة ٢٠٢ هـ ،
بالكوفة ، أخذ العلم عن اسحاق بن راهويه وأبي ثور ، وكان زاهداً مستقلاً
قال ابو العباس احمد بن يحيى بن ثعلب : " كان داود عقلاً أكثر من
علمه " ، وقيل انه كان في مجلسه أربعمائه صاحب طيلسان أخضر ، وكان
من المتعصبين للشافعي ، انتهت اليه رئاسة العلم في بغداد .
توفي بها سنة ٢٧٠ هـ .
انظر : طبقات الفقهاء ص ٩٢ .

له يعطى مثل نصيب ذلك الوارث المعين ، أو مثل نصيب أحد الورثة ، من أصل المال غير مزيد في حالة ما اذا كانوا فسي الميراث سوا ، ثم يقسم الباقي بينهم .

أما في حالة ما اذا كانوا يتفاضلون ، فقد قال مالك ينظر الى عدد رؤسهم ، ويعطى الموصى له سهما من عددهم ^(١) ، فان كان عدد رؤس ورثته ثلاثة فله الثلث ، أو أربعة فله الربع ، أو خمسة فله الخمس ، وهكذا .

الأدلة والمناقشة :

استدل مالك ومن معه لاعطاء الموصى له مثل نصيب الوارث المعين ، من أصل المال من غير زيادة ، وقسمة الباقي بين الورثة فسي حالة تساويهم . بأن نصيب الوارث قبل الوصية من أصل المال ، فلو وصى بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد ، فالوصية ^(٢) بجميع المال وان كان له ابنان فالوصية بالنصف ، وان كانوا ثلاثة فالوصية بالثلث .

ونوقش هذا الجزء من الدليل : بأنه لو كان نصيب ذلك الوارث المعين من أصل المال ، ما أعطى الموصى له ، مثل نصيبه ، ولا حصلت له التسوية ، والعبارة تقتضي التسوية ، وانما جعل له مثل أقلهم

(١) ففي المدونة : " وسئل عن رجل يقول عند موته لفلان مثل نصيب أحد ورثتي ويترك رجالا ونساء (قال) قال مالك : أرى أن يقسم ماله على عدد من ترك من الورثة الرجال والنساء ، لا فضل بينهم ، الذكور والنسي فيه سوا ، ثم يؤخذ حظ واحد منهم ، ثم يدفع الى الذي أوصى له به ، ثم يرجع من بقي من الورثة ، فيجمعون ما ترك الميت بعد الذي أخذ الموصى له فيقسمون ذلك على فرائض الله عز وجل للذكر مثل حظ الأنثيين ، (قال) فأرى أن يكون للموصى له الثلث في مسألتك وهو رأيي " أنظر : المدونة ٧١٠ ، ٧٠٠ / ١٥ .

نصيبها ، لأنه المتيقن ، وما زاد فمشكوك فيه ^(١) فلا يثبت مع الشك ، وفي ذلك يقول ^(٢) ابن قدامة : " ومتى أعطى من أصل المال ، فما أعطى مثل نصيبه ولا حصلت له التسوية ، والمبارة تقتضي التسوية ، وإنما جعل له مثل أقلهم نصيباً لأنه المتيقن ، وما زاد فمشكوك فيه ، فلا يثبت مع الشك " .

واستدل مالك لاعطاء الموصى له بمثل نصيب ذلك الوارث المعين سهما من عدد الورثة ، في حالة تفاضلهم ، بأنه في هذه الحالة لا يمكن اعتبار أنصباهم ، لتفاضلهم ، فاعتبر عدد رؤسهم ^(٣) .

ونوقش هذا الجزء من الدليل : بأن قوله ^(٤) : " يعطى سهما من عدد هم خلاف ما يقتضيه لفظ الموصى ، فان هذا ليس بنصيب لأحد ورثته ، ولفظه إنما اقتضى نصيب أحدهم ، وتفاضلهم لا يمنع كون نصيب الأقل نصيب أحدهم ، فيصرفه الى الوصي ، لقول الموصي ، وعسلاً بمقتضى وصيته وذلك أولى من اختراع شيء لا يقتضيه قول الموصي أصلاً "

(١) فلو خلف ابنا وأربع زوجات ، صحت المسألة من اثنين وثلاثين سهما لكل امرأة سهم وللوصى له سهم ، يزداد عليها فتصير من ثلاثة وثلاثين سهما ، وللوصى له سهم ، ولكل امرأة سهم ، وما بقي فهو للابن ، وإنما جعل له أقل أنصباهم ، لأنه المتمين ، وما زاد مشكوك فيه . . .

انظر: العدة شرح الممدد ص ٢٩٣ ، وانظر: المغنى مع الشرح ٤٤٩/٦

(٢) انظر : المغني مع الشرح ٤٤٨/٦ .

(٣) انظر : المرجع السابق ، وانظر: الكافي ١٠٣٩/٢

(٤) انظر : المغنى مع الشرح ٤٤٨/٦ .

* أما الجمهور فقد استدلوا لاعطاء الموصى له بمثل نصيب ذلك الوارث المعين ،مزادا على الفريضة ،بأن الموصى قد جعل وارثه أصلا وقاعدة حمل عليه نصيب الموصى له ،وجعله مثلا له ،وهذا يقتضى أن لايزاد أحدهما على صاحبه ،ومتى أعطى من أصل المال فما أعطى مثل نصيبه ولا حصلت التسوية به ،وعبارة الموصى تقتضى ذلك (١) .

فاذا أوصى لشخص بمثل نصيب ابن معين ،وتوفي الموصى عن ثلاثة أبناء كان معنى ذلك ،أن يكون الموصى به ساويا لنصيب هذا الوارث المعين ،ولا يتحقق ذلك الا بقسمة المال على أربعة أسهم بزيادة سهم للموصى له على أسهم البنين الثلاثة ،ولو أعطى ثلث التركة كما ذهب الى ذلك مالك ،لكان في ذلك تغيير للوصية ،ان لم تكن حينئذ بمثل ما أعطى لهذا الوارث ،بل أكثر منه ،ولذلك يقول (٢) الشيخ على الخفيف بعد أن ذكر هذا المثال لتوضيح وجهة الرأيين :
" ويرى مالك أن هذه العبارة ،لا تقتضى المساواة فى الاعطاء ،وانما تقتضى المساواة فى القدر بين مال للوارث ،فى أصل التركة بحسب الميراث ،وما للموصى له بالوصية " .

وبالموازنة بين الرأيين ،ودليليهما ، يتضح لنا رجحان ما ذهب اليه الجمهور وهو ما أخذ به قانون الوصية المصرى فى مادته (٤٠) (٣) فقد جاء فيها : " اذا كانت الوصية بمثل نصيب وارث معين من ورثة

(١) المفتى مع الشرح ٤٤٩/٦ .

(٢) احكام الوصية للشيخ على الخفيف ،ص ٣٩٦ .

(٣) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد أبوزهرة ص ٢٨١ .

الموصى ، استحق الموصى له قدر نصيب هذا الوارث زائدا على الفريضة .^١

مثال ذلك لو قال " أوصيت لابن بنتى بمثل نصيب بنت ابني وكان الورثة بنتا وبنت ابن واختا شقيقة ، فان الموصى له يأخذ مثل نصيب بنت الابن ، وهو سدس التركة ، ومثال^(٢) ذلك ايضا لو أوصى بمثل نصيب ابنه لأخيه الشقيق ، وكان يرشه مع ابنه بنتان ، فيكون للذكر مثل حظ الانثيين ، ويكون للأبْن النصف ، ولكل بنت الربع فتكون السهام أربعة يكون للابن سهمان ، ولكل بنت سهم ، ثم يعطى الموصى له سهمين ، مثل نصيب الابن ، فاذا كانت التركة ١٢٠ جنيتها تقسم المسألة على ستة ، فيكون للموصى له أربعون جنيتها ، وللأبْن أربعون جنيتها ، ولكل بنت عشرون جنيتها " على أن يلاحظ عند القسمة ما إذا كان نصيب الوارث الموصى له بمثل نصيبه زائدا على الثلث فان كان كذلك ، فان الموصى له يأخذ الثلث ، وما زاد يوقف نفاذ . على اجازة الورثة ، وذلك فيما لو أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد ، فان الموصى له يعطى نصف المال لابنه النصف ، لأنه جعل له مثل نصيبه غير ان الزيادة ههنا على الثلث تنفذ على اجازة الابن ، فان اجاز جازت الزيادة والا فلا تنفذ . ويأخذ الابن الثلثين .

(١) انظر : الوصية للاستاذ البرديسي ٨٢ .

(٢) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابو زهرة ص ١٢٤ .

(٣) انظر : بدائع الصنائع ١/١٠ ، ٤٩٠ ، وانظر : المغني مع الشرح ٦/٤٥٣

وقد قال بذلك الحنفية^(١) والشافعية^(٢) والحنابلة^(٣)، في حين ذهب^(٤) مالك الى أن الموصى له يعطى في حال الاجازة جميع المال، مستدلا على ذلك بأن نصيب ابنه اذا لم يكن له غيره هو جميع المال، فاقترضى أن تكون الوصية بمثل نصيبه وصية بجميع المال، ولأنه لو كان وصى له بمثل ما كان نصيب ابنه، كانت وصية بجميع المال اجمعا، فوجب اذا وصى له بمثل نصيب ابنه أن تكون وصيته بجميع المال .

وأجيب عن ذلك من ثلاثة أوجه^(٥):

أحدها : أن نصيب الابن أصل والوصية بمثله فرع، فلم يجز أن يكون الفرع رافعا لحكم الأصل .

الثاني : أنه لو جعلت الوصية بكل المال لخرج أن يكون للابن نصيب، واذا لم يكن للابن نصيب، بطلت الوصية التي هي مثله .

الثالث : أن الوصية بمثل نصيب ابنه توجب التسوية، بين الموصى له وبين ابنه، فاذا وجب ذلك، كانا نصفين، وفي اعطائه للجميع ابطال للتسوية بينهما .

وأما قولهم ان نصيب الابن، كل المال، فالجواب : أن له الجميع مع عدم الوصية، وأما الوصية فلا يستحق الجميع .

(١) انظر : بدائع الصنائع ١٠/٤٩٠٠ .

(٢) انظر : المجموع : ١١٥/١٥ .

(٣) انظر : المغني مع الشرح ٦/٤٥٣ .

(٤) انظر : جواهر الاكليل ٢/٣٢٣ .

(٥) انظر : المجموع ١١٥/١٥ .

هذا بالنسبة اذا كان الموصى له بمثل نصيبه معنا ، فأما ان كان غير معين ، فينظر : فان كان ورثة الموصي يتساوون في ميراثهم كما لو كانوا أبناء ، مثلا ، أعطي الموصى له قدر ميراث أحد هم زائدا على الفريضة كواحد منهم زاد فيهم .

وان كان ورثة الموصي مختلفين في ميراثهم ، أعطي الموصى له مثل نصيب أقلهم ميراثا ، زائدا على فريضتهم ، كما لو كان يرث الموصي بنون وبنات ، فيستحق الموصى له مثل نصيب بنت .

* وفيما ذكرنا يقول ابن قدامة^(١) : "وجملة ذلك : أنه اذا أوصى بمثل نصيب أحد ورثته غير مسمى ، فان كان الورثة يتساوون في الميراث كالبنين ، فله مثل نصيب أحد هم مزادا على الفريضة ، ويجعل كواحد منهم زاد فيهم ، وان كانوا يتفاضلون كمسئلة الخرقى^(٢) ، فله مثل نصيب

(١) انظر : المغني مع الشرح ٤٤٨/٦ .

(٢) ومسئلة الخرقى هي : " وانذا أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته ولم يسمه ، كان له مثل ما لأقلهم نصيبا ، كأن أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته وهم ابن وأربع زوجات ، فتكون صحيحة من اثنين وثلاثين سهما للزوجات الثمن وهو أربعة وما بقي فللابن فزد في سهام الفريضة مثل حظ امرأة من نسائه ، فتصير الفريضة من ثلاثة وثلاثين سهما ، للموصى له سهم ، ولكل امرأة سهم ، وما بقي فللابن " .

انظر : المصدر نفسه ، انظر : المجموع التكملة الثانية ١١٥/١٥ .

(٣) الخرقى هو أبو القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن احمد الخرقى له مصنغات كثيرة في المذهب الحنبلي ، الا أنه لم ينتشر منها الا المختصر في الفقه ، وذلك لأنه خرج عن مدينة السلام ، حينما ظهر فيها سب الصحابة - رضي الله عنهم - ، وأودع كتبه في دار سليمان =

أقلهم ميراثا يزداد على فريضتهم * .

وبهذا أخذ قانون الوصية المصرى جا* ذلك واضحا في مادته^(١)
(٤١) ونصها : * اذا كانت الوصية بنصيب وارث غير معين من ورثة
الموصي أو بمثل نصيبه ، استحق الموصي له نصيب أحدهم زائدا على
الفريضة ، ان كان الورثة متساوين في الميراث ، وقدر نصيب أقلهم
ميراثا زائدا على الفريضة ان كانوا متفاضلين * .

وفي هذه الحالة - أعني حالة ما اذا أوصي بمثل نصيب أحد
ورثته من غير تعيين ذلك الورث - يقول الشيخ محمد أبوزهرة^(٢) :
* الحال الثانية : * أن يوصي بمثل نصيب أحد ورثته ولا يعينه
ويندرج في هذه الحال صورتان - احدهما - أن يكون الورثة جميعا
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 سهاما ، وفي الحالتين تقسم المسألة
بالسهام ، ويزاد على مجموعها مقدار سهام أحد الورثة في حال

= = فاحترقت الدار ، التي كانت فيها ، وقد شرح مختصره في الفقه جماعة من
الحنابلة المتقدمين ، والمتأخرين ، كالقاضي أبي يعلى ، وكان آخر من
شرحه موفق الدين أبو محمد بن قدامة في كتابه : المغني ، المشهور ،
الذي لم يسبق الي مثله ، توفي الخرقى سنة ٣٣٤ هـ ، ودفن بدمشق
انظر : طبقات الحنابلة ٢/٧٥ - ١١٨ ، المطلاع ص ٤٤٥ - ٤٤٦ .

(١) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد أبوزهرة ص ٢٨١ .

(٢) انظر : المصدر نفسه ص ١٢٤ .

التساوى ، ومقدار أقلهم سهاما فى حال عدم التساوى
ولنضرب على ذلك أمثلة للايضاح :

أولا : مثال ما اذا أوصى بمثل نصيب أحد ورثته لأخر ، وهـم
متساوون فى الميراث ، كأن يوصى ^(١) بمثل نصيب أحد ورثته لابن أخيه
الشقيق ، ثم يموت عن ثلاث زوجات ، وثمانى أخوان شقيقات ، وأخ
لأب ، ويخلف تركة ، قدرها ١٣٠ جنيتها ، فتقسم المسألة فى هذه
الحال بالسهم ، فيكون لثلاث الزوجات الربع ، ولثمانى الأخوات
الشقيقات الثلثان ، وللأخ الباقى ، ويكون أصل المسألة اثنى عشر ،
يكون للزوجات الربع ثلاثة سهام ، لكل واحدة سهم ، وللشقيقات
الثلثان ثمانى سهام ، لكل واحدة سهم ، ويكون للأخ للأب سهم
واحد هو الباقى ، فهنا يتساوى الورثة ، فيأخذ الموصى له بمثل
نصيب أحد الورثة بمقدار سهم واحد ، ويضاف على الأصل سهم
وتقسم التركة على ثلاثة عشر ، يخص كل واحد عشرة جنيهات .

ثانيا : مثال ما اذا أوصى بمثل نصيب أحد ورثته لأخر ، وهـم
متفاضلون فى الميراث ، كأن يوصى لابن أخيه الشقيق بمثل نصيب
أحد ورثته ، ويموت عن ثلاث زوجات ، وبنيتين ، وابن ابن ، ويخلف
تركة مائة جنيهه ، فتقسم المسألة بين الورثة بالسهم ، فيكون
لثلاث الزوجات الثمن ، وللبنيتين الثلثان ، ولابن الأبن الباقى ، ويكون

(١) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابوزهرة ص ١٢٤ .

(٢) انظر : المرجع السابق نفسه .

أصل المسألة من ٢٤ ، لثلاث الزوجات الثمن ثلاثة ، لكل واحدة سهم ، وللبننتين ستة عشر سهما ، لكل واحدة ثمانية أسهم ، ولأبن الابن الباقي ، وقدره خمسة أسهم ، ويعطى الموصى له أقل قدر في الميراث ، وأقل نصيب في الميراث الزوجات ، فيكون له مثل نصيب احداهن ، ويضاف الى أصل المسألة ، ويكون مجموع السهام بعد ضم سهم الموصى له ، خمسة وعشرين ، تقسم المئة جنيه عليها ، فيخص كل زوجة أربعة جنيهات ، والموصى له ، أربعة جنيهات ، وتعطى كل بنت اثنين وثلاثين جنيهما ، ولأبن الابن الباقي ، وقدره عشرون جنيهما .^(١)

... ..

(١) انظر : المرجع السابق .

المبحث السابع

الوصية بنصيب وارث

إذا أوصى شخص لآخر بنصيب ابنه أو ابنته ، وكان الموصى بنصيبه غير موجود وقت الوصية ، فإن وصيته صحيحة^(١) ، في أقوال فقهاء المذاهب الأربعة ، ذلك أن مثل هذه الوصية لم يترتب عليها تحويل نصيب ثابت إلى آخر ، فكان كما لو أوصى بمثل^(٢) نصيب ابنه أو ابنته .

ولكن حصل الخلاف فيما لو أوصى بنصيب ابنه أو ابنته ، وكان الموصى بنصيبه موجودا وقت الوصية = من حيث الصحة والعدم على قولين :

القول الأول :

أن الوصية بنصيب ابنه أو ابنته ، باطلة ، وقد قال بذلك أبو حنيفة^(٣) ، وصاحبه ، وبعض أصحاب الشافعي^(٤) ، وقد

(١) ولكن بشرط أن يقول في وصيته : بنصيب أو مثل نصيب ابني لو كان موجودا ، ففي حاشية الدسوقي : " فخرج بالموجود وصيته بنصيب أو مثل نصيب ابنه ولا ابن له فتبطل إلا أن يقول لو كان موجودا . . . بتصرف ٤/٣٩٧ ، وورد في المفتي لابن قدامة : " ولو أوصى بمثل نصيب وارث ، لو كان ، فقد ر الوارث موجودا ، وانظر ما للموصى له مع وجوده فهو له مع عدمه . . . " ٦/٤٥٢ ، وفي بدائع الصنائع : " ولو أوصى له بنصيب ابن لو كان ، فهو كما لو أوصى بمثل نصيب ابنه ، وله نصف المال إن أجازت الورثة . . . " ١٠/٤٩٠ ، وورد في المجموع مثل ذلك ١٥/١١٥ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ١٠/٤٩٠٠ ، ١٠/٤٩٠١ .

(٣) انظر : تبين الحقائق ٦/١٨٨ .

ذكره القاضي وجها عند الحنابلة (١) .

القول الثاني :

أن الوصية بنصيب ابنه أو ابنته صحيحة ، وهي كالوصية بمثل
نصيب ابنه أو ابنته ، وقد قال بذلك زفر (٢) ، ومالك (٣) ، وأهل
المدينة ، واللؤلؤي (٤) ، وأهل البصرة

(١) إلا أن الحارثي ذكر بأن القاضي رجع عن هذا الوجه ، وأنه جزم بصحة
وصية من أوصى بنصيب ابنه ، ويعطي الموصى له بنصيب وارث كما يعطي
من وصى له بمثل نصيب وارث ، كما جزم به ، الشريف وأبو الخطاب
والشيرازي ، ومال إليه المصنف والمجد . . . وقال الحارثي : " هو
الصحيح عند هم - انظر : الانصاف ٣٧٥/٧ ، وانظر : المغنى مع
الشرح الكبير ٤٥٠/٦ .

(٢) انظر : تبیین الحقائق ١٨٨/٦ .

(٣) لا يختلف الحال عند مالك في الوصية بنصيب وارث أو مثل نصيبه ، فقد
ورد في الكافي : " ولا فرق عند مالك بين أن يوصى بنصيب ابنه أو بمثل
نصيب ابنه ، أو أحد بنيه . . . انظر : الكافي ١٠٣٩/٢ ، وورد في
جواهر الاكلیل مثل ذلك بعبارة : " وان أوصى لشخص بنصيب ابنه أو
أوصى له بمثله ، أي مثل نصيب ابنه وله ابن واحد ، وأجاز الوصية فتتخذ
الوصية في الصورتين للموصى له بجميع مال الموصي . . . جواهر الاكلیل
٣٢٣/٢ .

(٤) هو الحسن بن زياد اللؤلؤي ، مات سنة ٢٠٤ هـ ، قال عنه يحيى بن

آدم : " ما رأيت أفتقه من الحسن بن زياد " .

وولي القضاء ثم استعفى منه .

انظر : طبقات الفقهاء ص ١٣٦ .

وابن أبي ليلي^(١)، وقد قال به بعض أصحاب الشافعي، وهو الوجه الآخر عند الحنابلة .

الأدلة والمناقشة :

أولاً : استدلال من قال بصحة وصية من أوصى بنصيب ابنه الموجود وقت الوصية بدليلين : -

الأول : أن الجميع ماله في الحال، وذكر الابن للتقدير به^(٢).

ونوقش هذا الدليل : بأن نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت، فكانت الوصية به، وصية بمال الغير، بخلاف ما اذا أوصى بمثل نصيب ابنه لأن مثل الشيء غيره، لا عينه^(٤)، فلا يترتب على هذه الوصية تحويل

(١) هو محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلي، قاضي الكوفة، ولد سنة ٧٤ هـ، ومات سنة ١٤٨، وهو ابن اثنتين وسبعين سنة، وتفقّه على الشعبي والحكم بن عتيبة، وأخذ عنه الفقه سفيان بن سعيد الثوري، والحسن ابن صالح بن حي، وقال عنه سفيان الثوري : " فقهائنا ابن أبي ليلي وابن شبرمه . . . انظر : طبقات الفقهاء ص ٨٤ .

(٢) انظر : المجموع التكملة الثانية ١٥ / ١١١، ففيه : " ومن أصحابنا من قال : " يصح ويجعل المال بينهما، كما لو أوصى بمثل نصيب ابنه " .

(٣) انظر : تبیین الحقائق ٦ / ١٨٨ .

(٤) انظر : المصدر السابق، ومثل ذلك من لم يكن له ابن ولا ابنة فأوصى فان وصيته صحيحة، لأنها لم تتضمن تحويل نصيب ثابت، فكانت كالوصية بمثل نصيب ابنه أو ابنته

انظر : المصدر السابق .

نصيب ثابت الى الموصى له ، بل يبقى نصيبه ويزاد عليه ^(١) .

الثاني : أنه يجوز حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه
فقوله : " أوصيت بنصيب ابني أى مثل نصيبه ، ومثله سافغ لفسه
ومن ذلك قوله تعالى : " وأسأل القرينة ^(٢) أى أهلها ، وبذلك
فانه يمكن تصحيح وصيته بحمل لفظه على مجاز ^(٣) .

ونقش هذا الدليل : بأن حذف المضاف انما يجوز ، اذا وجد
ما يدل على اقامة المضاف اليه مقامه ، كما فى الآية ، وذلك لأن
السؤال يدل على المسؤل وهم الأهل .

وهنا لم يوجد ما يدل على حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه
اذ أن قوله : " أوصيت بنصيب ابني " لا يدل على أنه تصد
الوصية بمثل نصيب ابنه ، ان لا قرينة تنبئ عن ذلك ، ولا يترك
المعنى الظاهر الى غيره الا بوجود قرينة تدل على ذلك الترك ^(٤) .

ثانيا : واستدل من قال ببطلان وصية من أوصى بنصيب ابنه ، بأن
نصيب ابنه ثبت بنهى قاطع ، لا يحتمل التحويل الى غيره بالوصية
فاذا أوصى به لرجل آخر ، فقد أوصى بما هو حق ثابت لأبنه ، وفى
الوصية به تغيير لما فرضه الله ، وصار كما لو أوصى له بمال ابنه
من غير الميراث ، كما لو قال : " بدار ابني أو بما يأخذه ابني ، فلا
تصح الوصية به . كما أنه لا يلتفت فى ذلك الى اجازة الورثة ، لأن

(١) المصدر نفسه . وينظر : بدائع الصنائع ١٠ / ٤٩٠ ، ٤٩١ .

(٢) سورة يوسف آية ٨٢ .

(٣) انظر : تبیین الحقائق ٦ / ١٨٨ ، والمغني على الشرح الكبير ٦ / ٤٥ .

(٤) انظر : تبیین الحقائق ٦ / ١٨٨ ، وانظر : شرح قانون الوصية للشيخ

محمد ابوزهرة ص ١٣٢ .

الوصية لم تقع في ملكه ، وإنما أضافها الى ملك غيره ، فصار كمن
أوصى لرجل بملك زيد ، ثم مات فأجازته زيد ، فإن ذلك لا يجوز^(١)
وبالموازنة بين هذين الرأيين ودليلهما ، ومناقشة ما استدل به
مالك ومن معه للقول بعدم وجود فرق في عبارة الموصي فـسـى
وصيته " ينصيب ابنه أو بمثل نصيبه ، وأن وصيته بنصيب ابنه
تصح ، كما لو وصى بمثل نصيبه .

يتضح لنا رجحان قول أبي حنيفة وصاحبيه - كما هو قول بعض
أصحاب الشافعي ، والوجه الثاني عند الحنابلة - بوجود الفرق
في عبارة الموصي في وصيته بمثل نصيب ابنه ، أو وصيته بنصيبه
وأنها تصح بقوله : " أوصيت بمثل نصيب ابني دون قوله : " أوصيت
بنصيب ابني " فلا تصح ، وذلك لأن الوصية تملك مضاف الـسـى
ما بعد الموت ، فإذا قال : " أوصيت بنصيب ابني " فكأن معناها
الظاهر الذي لا يوجد غيره " أوصيت بما يملك ابني عند وفاتي " ^(٢)
فصارت وصيته بمدلول هذه العبارة ، وصية بملك الغير ، فهي باطلة .

-
- (١) انظر : تبیین الحقائق ١٨٨/٦ ، وانظر : بدائع الصنائع ٤٩٠٠/١٠ ،
٤٩٠١ ، وانظر : حاشية بن عابدین ٦٦٩/٦ ، وانظر : المجموع التکملة
الثانية ١١١/١٥ ، وانظر : المغني مع الشرح ٤٥٠/٦ .
(٢) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ أبوزهرة ص ١٣٢ .

مسلك قانون الوصية المصري :

أخذ قانون الوصية المصري بمذهب مالك ومن وافقه ، لأنه وان اقتصر في مادته (٤٠) ^(١) على ذكر الوصية بمثل نصيب وارث معين دون ذكر الوصية بنصيبه ، لأنه جرى على ما نصت عليه المذكرة التفسيرية من أن ^(٢) : " الوصية بنصيب وارث معين تكون في حكمها كالوصية بمثل نصيبه على سواه " . . .

فكانت عبارته صادقة بالأمرين ، بدليل أنه في المادة (٤١) ^(٣) ، ذكر: " أن الوصية بنصيب وارث غير معين من ورثة الموصي أو بمثل نصيبه في معنى واحد " . وقد جاء في المذكرة الايضاحية أن الايضاح بنصيب الابن أو بمثل نصيبه صحيح ، يترتب عليه أن يزداد مثل سهمه في الحاليين على سهام فريضة التركة ، ليكون للموصي له ، ويكون الباقي للورثة ^(٤) .

(١) ونصها : " اذا كانت الوصية بمثل نصيب وارث معين من ورثة الموصي استحق الموصي له قدر نصيب هذا الوارث زائدا على الفريضة .

انظر : المصدر السابق ص ٢٨١ .

(٢) انظر : شرح قانون الوصية ١٣٢ .

(٣) ونصها : " اذا كانت الوصية بنصيب وارث غير معين من ورثة الموصي

أو بمثل نصيبه استحق الموصي له نصيب أحد هم زائدا على الفريضة ان

كان الورثة متساوين في الميراث ، وقد نصيب أقلهم ميراثا زائدا على الفريضة

ان كانوا متفاضلين " . المرجع السابق ٢٨١ .

(٤) انظر : الوصية للأستاذ البرديسي ص ٨١ .

المبحث الثامن

الوصية بالمعدوم

ذهب فقهاء المذاهب الثلاثة المالكية^(١) والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣) الحى صحة الوصية بالشيء المعدوم، كوصيته بما تحمل أمته، أبدا أو مدة معلومة، أو بما تحمل شجرته أبدا أو مدة معلومة .

أما علماء الحنفية فقد فترتوا^(٤) في الوصية بالشيء المعدوم، يبين أن يوصي لآخر بثمره بستانه القائمة، أو ما تثمره في المستقبل، ويبين

(١) انظر: جواهر الاكليل ٢/٣١٧، ٣٢٣ .

(٢) فقد ورد في السراج الوهاج: " وكذا تصح الوصية بثمره أو حمله سيدحان في الأوصح فتصح بالمعدوم، ص ٣٣٧، وفي أسني المطالب: " ولو أوصى بحمل ولو غير موجود جاز، لأن الوصية إنما جوزت رفقا بالناس وتوسعة عليهم، فاحتمل فيها وجوه من الفرر، فتصح بالمعدوم، كما تصح بالمجهول . . . " ٣/٣٥، وهناك رأيان أحدهما يقول بعدم صحة الوصية بالمعدوم، لأن التصرف يستدعي متصرفا فيه ولم يوجد والأخر يقول تصح بالثمره دون الحمل، لأنها تحدث من غير أحداث أمر في أصلها بخلاف الولد . . . " نهاية المحتاج ٦/٥٠ .

(٣) فقد ورد في المفتي والشرح الكبير: " وتصح الوصية بالمعدوم، فلو قال: " أوصيت لك بما تحمل جرتي هذه أو ناقتي هذه أو نخلتي هذه صح، لأنها تصح مع الفرر، سواء أوصى به أبدا أو مدة معلومه بعينها ٣/٥٢٦ انظر ٥٢٦ وانظر: نيل المآرب ٢/١٨، وانظر: الكافي ٢/٤٨١ .
والمقنع مع حاشيته ٢/٣٧٥ .

(٤) انظر: شرح تكملة فتح القدير ١٠/٤٩١، وانظر: حاشية ابن عابدين

أن يوصي لآخر بما تلد أغنامه ، أو بما تحمل به جاريته مستقبلا ، فأجازوه في الأول ، ومنعوه في الثاني ، وقد قال به بعض الشافعية ^(١) .

وفي الحقيقة أن ما ذهب إليه فقهاء الحنفية من القول بجواز الوصية بما تحمل به أشجاره من ثمرة هذا العام أو مستقبلا ، دون الوصية بما تلد أغنامه أو تحمل به جاريته ، هو الأرجح في نظري .

ولا يقدح في صحة هذه التفرقة = اتفاقهم على أن الوصية شرعت في الأصل رفقا بالناس ، وتوسعة عليهم ، فاحتمل فيها وجوه الفسور ، فصحت بالشيء المعدوم = .

ذلك أنه يشترط لصحة تملك الشيء المعدوم عند الوصية به ، تبوله للتمليك حال حياة الموصي بعقد من العقود ، لأن ما لا يقبل التملك بأباه القياس .

ووصيته بما تلد أغنامه أو تحمل به جاريته ، لا يقبل التملك حال حياة الموصي ، فكان ما بأباه القياس ، ولذلك فإنه لا يجوز إيراد العقد عليه أصلا ، ولا يستحق بعقد من العقود ، فذلك لا يدخل تحت الوصية ، بخلاف الموجود منه ، فإنه يجوز استحقاؤه بعقد البيع تبعاً ^(٢) وبعقد الخلع مقصودا ، فكذلك يجوز استحقاؤه

(١) انظر: نهاية المحتاج ٦/٥٠، ٥١، وقد ذكرنا نص قولهم في

في هامش (٢)

(٢) صورته أن تقول المرأة لزوجها خالعتني على ما في بطن جاريته ، أو غمي صح ، وله ما في بطنها ، وإن لم يكن في البطن شيء ، فلا شيء له وما حدث بعد ذلك فللمرأة ، لأن ما في البطن قد يكون متقوما ، وإن لم يكن فلم يضره ، حتى لو قالت على حمل جاريته وليس لها حمل تسرد المهر . انظر : شرح تكملة فتح القدير ١٠/٤٩١ .

بعقد الوصية^(١) .

أما وصيته - بغلة بستانه ، أو شجرة نخيله العام أو أبدا فانها تجوز ، وان كان الموصى به معدوما ، لأنه ما يقبل التملك في حياة الموصي ، ولهذا فانه يجوز أن يملك بالسلم والمساقاة والاجساره فجاوز امتلاكه بعقد الوصية من باب أولى ، لأن بابها أوسع فان حصل منه شيء ، والا بطلت وصيته ، لأن الموصى به عدم ، فبطلت الوصية به^(٢) كالموهوب اذا عدم ، لأن الوصية كالهبة .

* وفي ذلك يقول صاحب النهاية^(٣) : " ولهذا قلنا : " بأن الوصية بما تشر نخيله العام أو أبدا تجوز ، وان كان الموصى به معدوما ، لأنه يقبل التملك حال حياة الموصي ، بعقد المعامله ، وقلنا بأن وصيته بما تلد أغنامه لاتجوز استحسانا ، لأنه لايقبل التملك حال حياة الموصي بعقد من العقود " .

(١) انظر : شرح تكملة فتح القدير ٤٩١/١٠ .

(٢) انظر : المصدر السابق .

(٣) انظر : كشف القناع ٣٦٨/٤ .

(٤) يستثنى من البطلان حمل الأمه ، فانه يعطى مالك الأمة قيمته لحرمة التفريق ، فان وطئت بشبهة فعلى الواطئ قيمة الولد لو وصى له به ، وان لم تحمل حتى صارت حرة بطلت الوصية ، ينظر : المصدر السابق

(٥) انظر : حاشية ابن عابدين ٦٤٩/٦ .

مسلك قانون الوصية المصرى في الوصية بالمعدوم

لم يتعرض قانون الوصية المصرى للوصية بالشئ المعدوم الا فى حالة ما اذا كانت الوصية بخلة أرضه أو شجرة بيستانه ، وقد عرفنا أنه أخذ في هذا النوع من الوصية برأى المالكية والشافعية والحنابلة وهو عدم التفرة في الوصية بين الخلة والشجرة وأن الموصى له يستحق ما كان موجودا منها وقت وفاة الموصي ، وما يستجد منها ، مستقبلا ، ما لم تكن هناك قرينة تدل على غير ذلك ، فتتصرف اليه الوصية ، بأن عدل القرينة على أنه أراد في وصيته الخلة القائمة ، المعنية ، وقت وفاته فقط فان الوصية تتصرف اليه ، فان كانت الخلة موجودة وقت وفاته والا بطلت وصيته .^(١)

وبناءً على ذلك يكون الحكم المتعين تطبيقه فيما يتعلق بوصيته بماتلد أغامه أو تحمل جاريته ، هو ما ذهب اليه الحنفية ، وهو عدم صحة الوصية بذلك وهو ما رجحناه .

(١) هذا الحكم هو ما اشتملت عليه المادة (٥٥) والتي نصت على أنه : " اذا كانت الوصية بالخلة أو الشجرة ، فللموصى له الخلة ، أو الشجرة القائمة وقت موت الموصي ، وما يستجد منها مستقبلا ما لم تدل قرينه على خلاف ذلك " انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد أبوزهرة ١١٢ ، ٢٨٤ .

المبحث التاسع

الوصية بأكثر من الثلث

ويشتمل على أربعة مطالب : -

المطلب الأول : مقدار الوصية شرعا

المطلب الثاني : اجازة الورثة ، ومتى تعتبر ؟

المطلب الثالث : جهة التعليك عند الاجازة

المطلب الرابع : وقت مقدار الثلث .

المبحث التاسع

الوصية بأكثر من الثلث

ويشتمل على أربعة مطالب :

المطلب الأول

مقدار الوصية شرعا

من المتفق عليه بين فقهاء المذاهب أن وصية الشخص في حدود ثلث تركته صحيحة نافذة ، سواء كان له وارث أولا ، لأنها وإن كانت قد وردت مطلقة في قوله تعالى : " من بعد وصية يوصى بها أو دين " (١) إلا أنها قد قيدت بالثلث (٢) في قوله - صلى الله عليه وسلم - لسعد حين قال : " أوصي بمالي كله ؟ قال (لا) . قال فبالثلثين قال (لا) . قال (فبالنصف) قال (لا) . قال (فبالثلث) قال (الثلث والثلث كثير) " (٣)

وإنه بناءً على ذلك ، فإن الوصية إذا وقعت في حدود ثلث المال ، فإنها تنفذ بعد سداد ديون الموصي وتجهيزه من غير توقف على اجازة الورثة ، لأنها بهذا المقدار تصرف في حق خالصه ، لا يشاركه فيه أحد من الورثة حتى تتوقف على رضاه لقوله - صلى الله عليه وسلم - : " إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم " (٤) .

(١) سورة النساء آية ١٢٠ .

(٢) انظر : فتح الباري ٥ / ٣٦٨ ، وستقي الأخبار مع نيل الأوطار ٦ / ٤٤٤ ، ٤٥٠

(٣) و(٤) سبق تخريجه .

وأما اذا كانت وصيته بأكثر من ثلث تركته ، وكان ثمة ^(١) وارث ، فإن وصيته لا تلزم الا في الثلث ، وما زاد على الثلث يقف على اجازة ورثته فان ردها بطلت في الزائد ، وان اجازوها نفذت ، وذلك لأن المنع كان لحقهم ، فأسقطوه بأنفسهم ، فيزول المانع ، وان اجاز بعضهم دون بعض ، نفذت في حصة المجيز فقط ، وبطلت في حصة غيره ^(٢) ، وهذا قول جميع الفقهاء ، كما قرره ابن قدامة في المغني ^(٣) . وقد بينا ذلك في المبحث الأول من هذا الفصل كما بينا فيه مسلك القانون .

.....

(١) فان لم يكن له وارث خاص ففيه رأيان :

أحد هما يقول ليس له أن يوصي بأكثر من الثلث حكمه في ذلك حكم من له وارث .

والثاني يقول له أن يوصي بما يزيد على الثلث بل له أن يوصي بجميع ماله اذا لم يكن عليه دين ، وقد أشرنا فيما سبق الى ذلك عند الكلام على الموصي به اذا كان أكثر من الثلث في الوصية للأجنبي . وقد رجحنا القول بأن له أن يوصي بجميع ماله ، وذلك لأن العلة في عدم تجاوز الثلث مراعاة حق الورثة ، حتى يفنيهم عن السؤال ، فاذا لم يكن له وارث أول لم يكن عليه دين . فقد انتفت العلة ، فله أن يوصي بجميع ماله بعد التجهيز واخراج الدين ان وجد ، ولأنه لما لم يكن له وارث ، فقد اختص بماله لنفسه ، فله أن يضعه حيث شاء بدون توقف على اجازة أحد . لأنه أولى به .

(٢) انظر : تبیین الحقائق ١٨٢/٦ .

(٣) انظر : المغني مع الشرح ٤٢٧/٦ .

المطلب الثاني

اجازة الورثة ، ومتى تعتبر ؟

قلنا فيما سبق أن الشخص اذا كانت وصيته في حدود ثلث التركة فانها تعتبر صحيحة نافذة في قول جميع الفقهاء .

أما اذا كانت وصيته بأكثر من الثلث ، فان نفاذها في الزائد عليه يتوقف على اجازة الورثة اذا كان ثمة وارث ، وهو قول جمهور الفقهاء غير أنه لا اعتبار لهذه الاجازة الا اذا وجدت الشروط التالية :

الشرط الأول :

أن يكون المميز من أهل التبرع ، بأن يكون بالغا عاقلاً ، فلا تصح من الصبي والمجنون ، والمحجور عليه لسفه أو غفلة أو عته ، لأن الوصية تبرع بالمال ، فلم تصح منهم كالهبة^(١) ، كذلك لا تصح من

(١) انظر : تبیین الحقائق ١٨٣/٦ .

(٢) ويدخل في حكم المحجور عليه ، المريض مرض الموت فانه اذا أجاز وصيته في حال مرضه وكان المجاز له وارثا له ، فانها لا تنفذ الا باجازة ورثته وان كان المجاز قليلا ، وان كان المجاز له غير وارث له ، فان اجازته تعتبر في حدود ثلث التركة ، ولذا ننظر في القدر الذي يؤخذ من استحقاقه في التركة بسبب اجازته ، فان كان لا يتجاوز ثلث ماله صحت اجازته ، وان لم تجزها الورثة ، وان تجاوز الثلث ، فان الزائد عليه موتوف على اجازتهم ينظر عند الوصية ٧٠ .

(٣) انظر : المفتي مع الشرح ٤٢٩/٦ ، وانظر : بدائع الصنائع

أوليائهم^(١)، بل يوقف الأمر حتى التأهيل^(٢) .

الشرط الثاني :

أن يكون المجيز عالماً بما أوصى به الموصي أما إذا علم الورثة أنه أوصى بوصايا ولا يعلمون ما أوصى به ، فقالوا أجزنا ذلك ، فإن أجازتهم لا تصح^(٣) .

الشرط الثالث :

أن تكون الإجازة في وقتها المعتبر، وقد اختلف الفقهاء في الوقت المعتبر لإجازة الورثة الوصية بالزائد على الثلث سواء كانت لسوارث أو لأجنبي .

فالذي ذهب إليه أبو حنيفة^(٤)، وأصحابه الثلاثة محمد ، وأبو يوسف ، وزفر أن الوقت المعتبر للإجازة ما بعد موت الموصي ، فلو أجاز الورثة الوصية حال حياته ثم ردوها ، أو أدنوا في حياته ثم بدا لهم فردوا بعد وفاته ، فلهم الرد سواء كانت الإجازة في صحة الموصي أو مرضه * وهذا الرأي مروى عن عبد الله بن مسعود^(٥) .

(١) وذلك لأن تصرفاتهم إنما تصح إذا كانت متضمنة مصلحة من في ولايتهم

ولا مصلحة في الوصية . انظر الوصية ٦٦ .

(٢) انظر : قليوبي وعميرة ٣ / ١٥٩ .

(٣) انظر : رد المحتار ٦ / ٦٥٠ ، وانظر تعيين الحقائق ٦ / ١٨٣ .

(٤) انظر : المصدر نفسه ، وانظر : أحكام القرآن للجصاص (١ / ١٦٨ ، ١٦٩ .

(٥) هو أبو عبد الرحمن عبد الله بن مسعود الهذلي ، صحابي جليل . مات

بالمدينة سنة ٣٢ هـ ، وهو ابن بضع وستين سنة . قال فيه الرسول ، صلى

الله عليه وسلم : " رضيت لأمتي ما رضي لها ابن أم عبد "

وشريح^(١)، وقال به الشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) .

* وذهب الامام مالك الى التفصيل^(٤) في وقت الاجازة ، فقــــــد
روى ابن القاسم عنه^(٥) : " اذا استأذن الموصي ورثته حال حياته

== كان عالما فاضلا أخذ العلم عنه خلق كثير، منهم علقمة والأسود ، وشريح
قال فيه الشعبي : " ما كان من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم أفقه
صاحباً من عبد الله بن مسعود " انظر: طبقات الفقهاء ص ٤٣ ، ٤٤ .

(١) شريح هو أبو أمية شريح بن الحارث القاضي ، روى أن علياً رضي الله عنه قال
: " اجمعوا لي القراء ، فاجتمعوا في رحبة المسجد ، وأخذ يسألهم ماتقولون

في كذا ، ما تقولون في كذا ، وبقي شريح فجعل يسأله ، فلما فرغ ، قال
ان ذهب فأنت من أفضل الناس أو من أفضل العرب ، استقضاه عمر على القضاء
بالكوفة ، وبقي في القضاء خمسا وسبعين سنة . ثم استعفى الحجاج فأعفاه
توفي سنة ٨٢ هـ ، وهو ابن ١٢٠ سنة . انظر: طبقات الفقهاء ص ٨٠ .

(٢) انظر : اسني المطالب ٣ / ٣٣ ، وانظر: قليوبي وعميرة ٣ / ١٥٩ ، وانظر :

السراج الوهاج فغيه : " ولا عبرة برد هم واجازتهم في حياة الموصي " ص ٣٣٧
(٣) انظر: المفتي مع الشرح ٦ / ٤٢٨ ، فغيه : " ولا يعتبر الرد والاجازة

الا بعد موت الموصي ، فلو أجازوا قبل ذلك ثم ردوا ، أو أننوا لمورثهم
في حياته بالوصية . . . ثم بدا لهم فردوا بعد وفاته ، فلهم الرد ، سواء

كانت الاجازة في صحة الموصي ، أو مرضه نص عليه احمد في رواية أبي طالب
وروى ذلك عن ابن مسعود وهو قول شريح ، وطاوس والحكم والشورى

والحسن بن صالح ، والشافعي وأبي ثور وابن المنذر رواي حنيفة وأصحابه . . .
(٤) وقد لخص ابن رشد وقت الاجازة في مذهب مالك فقال : " أنه اذا أذن ،

الورثة للميت: هل لهم أن يرجعوا في ذلك بعد موته ؟ فقيل لهم ، وقيل
ليس لهم ، وقيل بالفرق بين أن يكون الورثة في عيال الميت أولا ويكونوا

فان كانوا في عياله كان لهم الرجوع وثلاثة الأقوال في المذهب المالكي .
انظر : بداية المجتهد ٢ / ٣٢٩ .

(٥) ابن القاسم هو عبد الرحمن بن القاسم العتقي ، عالم فاضل ، جمع بين

الزهد والعلم . ولد سنة ١٣٢ هـ ، وأخذ العلم عن الامام مالك ، ونظرائه

فأذنوا ، فكل وارث بائن عن الميت . . أى ليس في عياله ، ليس له أن يرجع في اجازته - وأما امرأته وبناته اللاتي لم يبين منه ، وكل من في عياله - فلهم الرجوع عنها ، وكذا كل من خاف منهم - ان لم يجرز - لحوق ضرره من قطع النفقة ان صح له الرجوع ^(١) .

ومن هذا النص ^(٢) يتضح أن مالكا يرى صحة الاجازة ولزومها حال الحياة متى ثبت أنها صدرت من الوارث عن اختيار سليم ، ورضا صحيح أما اذا وقعت الاجازة تحت تأثير خشية الضرر ، وخوف الأذى ، فانها لا تعتبر ، وللوارث الرجوع فيها .

* وروى ابن وهب عن مالك تفصيلا آخر وهو ^(٤) : " أن الموصي اذا استأذن ورثته في حال مرضه ، فأذنوا له بالوصية ، فانه يعتبر

== وصحب مالكا سنة ، وعاش بعد اثنتي عشرة سنة ، ومات سنة ١٩١ هـ بمصر

انظر : طبقات الفقهاء ص ١٥٠ .

(١) انظر : المدونة ٧٥/١٥ ، بتصرف .

(٢) انظر : عقد الوصية ٧١ .

(٣) ابن وهب هو ابو محمد عبد الله بن وهب ، عالم فاضل ، تفقه بمالك

وعبد العزيز بن أبي حازم ، وابن دينار ، والمغيرة ، والليث بن سعد

وصنف الموطأ الكبير ، والموطأ الصغير . وكان مالك يكتب اليه : الى ابي

محمد المفتي ، وقال مالك عنه : عبد الله بن وهب امام ، صحب مالكا

عشرين سنة ، وكان أسن من ابن القاسم بثلاث سنين ، وعاش بعد خمس

سنين ، انظر : طبقات الفقهاء ص ١٥٠ .

(٤) انظر : المدونة ٧٦/١٥ ، وانظر : احكام القرآن للجصاص ١٦٩/١ .

وانظر : المغنى مع الشرح ٤٢٨/٦ .

صحيحاً غير قابل للرجوع عنه ، أما إذا استأذنتهم في حال الصحة
فلهم أن يرجعوا ان شاءوا ، وإنما جاز اذنتهم في حال المرض ،
لتعلق حقيهم به ، ولا كذلك في حال الصحة .
* وذهب الأوزاعي^(١) ، وابن أبي ليلى والحسن^(٢) ، وعطاء^(٣) ،

(١) الأوزاعي هو أبو عمرو عبد الرحمن بن عمرو بن يحمى الأوزاعي ، ولد سنة
٨٨ هـ ، وكان من سبي اليمن ، ولم يكن من الأوزاع ، عالم فذ ، متمكن في
الفقه منذ صغره ، فقد سئل وهو ابن ثلاثة عشر سنة . ثنا عليه الفقهاء
قال عبد الرحمن بن مهدي : ما كان أحد بالشام أعلم بالسنة من
الأوزاعي . وقال : هقل بن زياد : أجاب الأوزاعي في سبعين ألف
مسألة ، بل كانت له مكانة عالية ، وشأن عظيم في النفوس .
فقد روى أن سفيمان الثوري لما علم بمقدم الأوزاعي خرج حتى لقيه بذي
طوى ، فحل رأس البعير عن القطار ، ووضع على رقبته ، فكان إذا مر
بجماعة قال : الطريق للشيخ * . وقد أخذ عنه العلم جماعة من
العلماء منهم : أبو اسحاق الفزاري ، وعبد الله بن المبارك ، وهقل بن
زياد ، وأبو العباس الوليد ابن مسلم ، والوليد بن مزيد وعمر بن عبد الواحد
وعمر بن أبي سلمة ، وعقبة بن علقمة ، ومحمد بن يوسف الفريابي .
توفي سنة ١٥٧ هـ .

انظر : طبقات الفقهاء ص ٧٦

(٢) الحسن هو أبو محمد الحسن بن محمد بن الحنفية ، توفي في عهد عمر
ابن عبد العزيز ، قال عمرو بن دينار : ما رأيت أحد أعلم بما
اختلف فيه من الحسن بن محمد ، ما كان زهريكم هذا الا غلاماً
من غلمانة يعني ابن شهاب .
انظر : طبقات الفقهاء ص ٦٣ .

وحامد بن أبي سليمان^(١)، وعبد الملك بن يعلي، والزهري^(٢)، وربيعة^(٣) السبي
جواز اجازة الورثة في حياة الموصي^(٤).

(١) حماد بن أبي سليمان . هو أبو اسماعيل حماد بن أبي سليمان مولي
ابراهيم بن أبي موسى الأشعري ، تفقه بإبراهيم ، قال عبد الملك بن
إياس : قيل لابراهيم : من لنا بعدك ؟ قال : حماد .
مات سنة ٦٢٠ هـ . انظر : طبقات الفقهاء ص ٦٣ .

(٢) الزهري : هو أبو بكر محمد بن مسلم بن عبيد الله بن شهاب الزهري
قال عمر بن عبد العزيز : لا أعلم أحدا أعلم بسنة ماضيه منه أي الزهري
وقال أيوب : ما رأيت أحدا أعلم من الزهري ، فقال له صخر بن جويرية :
ولا الحسن ؟ قال : ما رأيت أعلم من الزهري .
وقيل لمكحول : من أعلم من رأيت ؟ قال : ابن شهاب ، قيل له : ثم من
قال : ابن شهاب قيل له : ثم من ؟ قال : ابن شهاب ، وسئل ابن
عيينة أيهما أفقه أو أعلم : ابراهيم النخعي أو الزهري ؟ قال :
لا أبالك ، الزهري .

توفي في شهر رمضان سنة ١٢٤ هـ ، وهو ابن ٧٢ سنة .
انظر : المصدر السابق ص ٦٣ / ٦٤ .

(٣) ربيعة : هو أبو عثمان ربيعة بن أبي عبد الرحمن ، وأبو عبد الرحمن اسمه
فروخ ، وهو مولي تميم بن مره ، ويعرف بريعة الرأي ، أدرك من الصحابة
أثنى بن مالك ، والسائب بن يزيد ، وعامة التابعين ، وكان يحضر في مجلسه
أربعون معتما ، وعنه أخذ مالك ، روى أن رجلا وقع فيه عند ابن شهاب
فقال ابن شهاب : لا تقل هذا لربيعة فإنه من خير هذه الأمة .

توفي سنة ١٣٦ هـ ، المصدر السابق ص ٦٥ .

(٤) انظر : المغني مع الشرح الكبير ٦ / ٤٢٨ .

الأدلة والمناقشة :

أولا : استدل الأوزاعي ومن معه لجواز الاجازة في حياة الموصى ، بأن الحق للورثة ، فاذا رضوا بتركه سقط حقهم ، كما لورثي المشتري بالمعيب .

ونوقش هذا الدليل : بأن الورثة اسقطوا حقوقهم في شيء لم يملكوه فلم يلزمهم ، كالمراة اذا أسقطت صداقتها قبل النكاح ، أو اسقاط الشفيع حقه من الشفعة قبل البيع .^(١)

ثانيا : أما ما ذهب اليه مالك من التفصيل في وقت الاجازة فيما رواه عنه ابن القاسم ، فهذا يريد عليه بأنه قد أناط صحة الرجوع في الاجازة بعد الموت بخوف لحوق الضرر ، وخوف الأذى ، وهذا قد يكون محل خلاف بين الورثة ، فضلا عن أنه قد يتعذر اثباته .^(٢)

وأما ما ذهب اليه مالك فيما رواه عنه ابن وهب من اعتبار اذن الورثة للموصي بالوصية = اذا استأذنهم في حال مرضه = اعتبا ذلك صحيحا غير قابل للرجوع عنه ، وتعليله ذلك بتعلق حقهم بماله فسي هذه الحال

فهذا يجاب عليه من ناحيتين : -^(٣)

١ - فمن ناحية كون اذن الورثة للموصي في حال مرضه صحيحا غير قابل للرجوع ، فهذا يريد عليه ، بأنه لما كان للميت ابطال الوصية في حال

(١) انظر : المغني مع الشرح ٤٢٨/٦

(٢) انظر : عقد الوصية ص ٧٢ .

(٣) انظر : أحكام القرآن للجصاص ١٦٩/١ .

حياته مع أنه هو الذي أوجبها ، فالورثة أخرى بجواز الرجوع
عما أجازوه ، وإذا جاز لهم الرجوع ، علم أن الاجازة حال الحياة
غير ملزمة .

٢ - ومن ناحية ما عكس به لجواز انهم للموصي في حال مرضه
- إذا استأذنتهم - بتعلق حقهم بماله ، فهذا يرد عليه ، بأن
الورثة لا يملكون مال الموصي في حال الحياة لأنهم ليسوا بورثة
حال الحياة ، وإنما يعتبرون ورثة على الحقيقة بعد موته
لا قبله فاجازتهم حال الحياة باطلة .

ثالثاً : واستدل الحنفية ، والشافعية والحنابلة على أن المعترف نسي
وقت الاجازة ما بعد موت الموصي ، بأن الحق للورثة لا يثبت الا بموت
الموصي ، وفي حصول الاجازة في حال الحياة تعجل على حرق
لم يثبت لهم ، فكان لهم أن يرجعوا عن الاجازة بعد موت الموصي
فيردوها ، لأنها وقعت ساقطة لعدم مطابقتها المحل ، وكل ساقط نسي
نفسه مضمحل ، فكان لهم أن يردوها بعد موت المورث ،^(١) ولذلك يقول صاحب
اسنى المطالب^(٢) : " ولا أثر للاجازة والرد من الورثة للوصية قبل موته
أي الموصي ، فلو أجازوا قبله ، فلهم الرد بعده ، وبالعكس ان
لا حق قبله لهم ، ولا للموصي له ، فلا أثر للاجازة الا بعد موته ولو قبل
القصة " .

ونوقش هذا الدليل من ناحية القول بسقوط الاجازة في حال حياة الموصي
مع أن حق الورثة في ماله ثابت من أول ما مرض المرض الموت بدليل منع

(١) انظر : تبين الحقائق ١٨٣/٦ .

(٢) انظر : اسنى المطالب ٣٣/٣ .

(٣) انظر : تبين الحقائق ١٨٣/٦ .

من التصرف في ماله بأكثر من الثلث ، فإذا مات ظهر أن حقهم كان ثابتا من أول المرض ، وأن الاجازة صادفت محلها ، لاستناد حقهم الى أول المرض ، فصارت كاجازتهم بعد موته .

أجيب ^(١) عن ذلك بأن الاستناد انما يظهر في حق القائم كما في العتود الموقوفه ، واجازة الورثة حين وقعت في حياة الموصي وقعت باطله وما وقع باطلا لا يكون قائما بنفسه ، فلا يظهر في حقه الاستناد ، ولأن حقيقة الملك للورثة تثبت عند الموت ، وقبله يثبت لهم مجرد الحق ، فلو استند ملكهم من كل وجه الى أول المرض ، لانقلب الحق حقيقة قبل موته ، وهذا لا يتصور لوجود المانع ، وهو ملك المورث حقيقة ، واذالم يتصور بقي حقا على حاله ، لاحقيقة ، والرضا ببطلان ذلك الحق = وذلك بقبول اجازتهم حال الحياة = لا يكون رضا بحقيقة الملك الذي يحدث لهم بعد موته ، لأن الرضا ببطلانها ، يستلزم وجودها ولا وجود لها قبل السبب ، بخلاف ما اذا اجازوها بعد موته ، لأنها وقعت بعد ثبوت الملك حقيقة ، فلا يكون لهم الرجوع عنها فتلزم .

واستدلوا ايضا بأن الوصية انما تقع للموصي له بعد الموت ، لا قبله فكذلك الاجازة لا تعتبر الا في حال وقوع الوصية ، ولا تعمل قبل وقوعها وبأن الاجازة تبرع ^(٢) بحق ، والتبرع لا يكون الا بعد ثبوت الحق

(١) المصدر السابق ، وانظر : شرح تكملة فتح القدير ١٧/١٠ وما بعدها .

(٢) انظر : أحكام القرآن للحصاص ١٦٨/١ ، وقد حكى ابن هبيرة في الافصاح

اجماع العلماء على ذلك ٧٠/٢ .

(٣) ووجه كون الاجازة تبرعا ، أنها اسقاط لحق كان يترتب على التمسك به

امتلاك ، فباسقاطه زال امتلاك المجيز . انظر : شرح قانون الوصية

للشيخ محمد ابوزهرة ص ١٩٤ .

والحق المتبرع به انما يثبت بعد الموت ، لا قبله (١) .

وبالموازنة بين أقوال الفقهاء ، وأدلتهم ، فاننا نختار ما ذهب اليه الحنفية وسن وافقهم ، لانضباطه ، وارتباطه بوقت معلوم ، وهو موت الموصي ، مما لا يترتب معه حصول نزاع ، ولقوة ما استدلوا به لذلك ، وساقشة ما استدل به مخالفوهم على ما ذهبوا اليه .

مسلك قانون الوصية المصري :

جا^(٢) قانون الوصية المصري في بعض ما اشتملت عليه المادة (٣٧) منه موافقاً لما ذهب اليه الحنفية ومن وافقهم ، في وقت اعتبار اجازة الورثة فقد نصت على : أن الوصية بما زاد على الثلث لا تنفذ الا اذا اجازها الورثة بعد وفاة الموصي ، وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه .

... ..

-
- (١) انظر : شرح قانون الوصية ص ١٩٢ .
(٢) انظر : شرح قانون الوصية ص ٢٨٠ .

المطلب الثالث

جهة التملك عند الاجازة

اذا صحت اجازة الورثة للوصية بعد موت الموصي ، سواء كانت لوارث أو لأجنبي فيما زاد على الثلث ، فهل يملك المجاز له ما أجزى من قبل الموصي ، أم من قبل المجيز - الورثة - ؟ .

فالذي ذهب إليه علماء الحنفية ^(١) أن الموصى له يملك الموصى به من قبل الموصي ، وقد قال بذلك الشافعية في القول الأظهر عندهم ، وفي قول آخر أن الاجازة تعتبر ابتداءً عطية . .

* ففي أسني المطالب ^(٢) : " فان أجازوا ، فلا رجوع لهم ، ولو قبل القبض ، بناءً على الأصح من أن اجازتهم تنفيذ للوصية لا ابتداءً عطية منهم " .

* وقال صاحب الانصاف مبيناً مذهب الحنابلة ، ان اجازة الورثة تنفيذ للوصية في الصحيح من المذهب ، أما المالكية فقالوا ايضاً بقولين : أظهرهما أن اجازة الورثة ابتداءً ^(٣) عطية وهو المشهور عندهم وهو مذهب المدونة . والقول الثاني عندهم مثل قول الحنفية .

(١) انظر : تبين الحقائق ١٨٣/٦ .

(٢) انظر : أسني المطالب ٣٣/٣ .

(٣) وذكر قولاً آخر وهو أن اجازة الورثة ابتداءً عطية ، كالذي عند الشافعية وهذا بناءً على القول ببطلان الوصية بالزائد على الثلث ، وذكر أن هذا الرأي اختار بعض الأصحاب . انظر ١٩٤/٧ .

(٤) ففي حاشية الدسوقي : " وان أجزى ما أوصى به للوارث ، أو الزائد علي الثلث ، فهو ابتداءً عطية لا تنفيذ لوصية الموصي ، وهذا هو المشهور ، ثم يذكر الرأي الآخر ، فيقول : " وذهب ابن القصار وابن العطار السني إلى

وقد احتج من قال بأنه يمتلكها من قبل المميز - الورثة - بأن الميت لاحق له في الوصية للوارث أصلاً ولا للأجنبي الا في الثلث، ولهذا لا تتفد وصيته للأول مطلقاً، ولا للثاني بما زاد على الثلث الا باجازه الورثة، ويمكن للوارث أن يبطلها، فتكون التركة كلها في الحالة الأولى والزائد على الثلث في الحالة الثانية ملكاً للوارث حقيقة، لأن الميراث يثبت بغير قبوله، ولا يرتد بركه، فاذا أجاز صارت ملكية الموصي له للمجاز من جهته ضرورة، وهو تملك بغير عوض فيكون هبة .

الا أن قاضي زاده صاحب تكملة فتح القدير لم يرتض هذا التعليل ورأى أن التعليل المناسب هو أن يقال بأن الشارع أبطل الوصية بما زاد على الثلث، وللوارث، والاجازة لا تعمل في الباطل، فتكون هبة مبتدأة، لأنها تملك بلا عوض .^(١)

ولكن ما رواه صاحب التكملة انما يقبل على أحد قولين في مذهب الشافعية - أما على القول الآخر القاضي بصحة الوصية للوارث مع توقف نفاذها على الاجازة فانه غير سليم .^(٢)

ونوتش: بأننا لانسلم كون الاجازة هبة، لأنها ليست بسبب للخروج عن الملك، عن الموصي، بل هي رفع المانع، كالمرتهن اذا أجاز بيع الراهن، فان ملكية المشتري تثبت من قبل الراهن، لصدور السبب منه

== اجازة الورثة ليست ابتداءً عليه، وانما هي تنفيذ لفعل الموصي . *

بتصرف ٣٨٠/٤ .

(١) انظر: تبين الحقائق ١٨٣/٦، وانظر: شرح تكملة فتح القدير ١٠/٤٢٠،

٤٢١، وعقد الوصية ٨٢ .

(٢) عقد الوصية ص ٨٢ .

واجازة المرتهن انما هي رفع للمانع فقط ^(١) .

واحتج من قال بأن الموصى له يمتلك الموصي به ، بالا جازة من قبل الموصي لا من قبل المجيز ، بأن الوصية صدرت من الموصي ، وصادفت ملكه حالا ومآلا ، لأن جميع ماله ملوك له وقت الوصية ، وبعد الموت هو باق على حكم ملكه ، ولهذا يبدأ بحوائجه ، ولا يملك الوارث الا ما فضل عن حاجته كتجهيزه وقضاء ديونه ، ولا يملك ما كان مشغولا بحاجته من ماله ، فاذا أوصى صار مشغولا بها ، غير أن للورثة حق نقضها اذا كانت لوارث ، وما زاد على الثلث ان كانت لأجنبي ، لما فيه من ابطال حقهم ، فاذا أجازوا الوصية ظهر أن المجاز لم يكن منتقلا الى ملكهم ، وسقط حقهم ونفذ العقد السابق ، كالمرتهن اذا أجاز بيع الرهن ^(٢) .

ونوقش هذا الدليل ^(٣) : " بأن الوراثة لو أجاز الوصية في مرض موته

اعتبرت إجازته من ثلثه فثبت أن التملك منه ٢ .

واجيب عن ذلك : بأن اجازته في مرض موته ، انما اعتبرت من ثلثه لا لكون الاجازة منه تملكا وايجابا للملك ، لأن الاجازة لاتنبي عن التملك بل هي ازالة للمانع عن وقوع التصرف تملكا باسقاط الحق عن مال التصرف وهو متبرع في هذا الاسقاط ، فاعتبر تبرعه من الثلث ، كاجازته المعتق والبيع الذي فيه محاباة ، وليس بتملك من جهته ، فكذا ^(٤) هـ

(١) انظر : المصادر السابقة .

(٢) انظر : تبين الحقائق ١٨٣/٦ .

(٣) انظر : المصدر نفسه ، وانظر : بدائع الصنائع ١٠/٤٩٢٧ .

(٤) انظر : بدائع الصنائع ١٠/٤٩٢٧ ، وتبين الحقائق ١٨٣/٦ .

وشرة^(١) الخلاف بين القولين تظهر في عدة أحكام :

أ - منها (أن الوارث المميز يجبر على تسليم ما أجازته عند الحنفية ، ولا يجبر على التسليم في المذاهب الأخرى ، لأن التملك من قبيل المميز ، وهو هبة ، لا تتم الا بالقبض ، فلا يجبر على التسليم .

ب - ومنها : أن الموصى له يتلك الموصى به قبل القبض عند الحنفية وعند غيرهم لا يملكه قبله .

فإذا كان المجاز مشاعاً يحتمل القسمة ، فإن الاجازة صحيحة عند الحنفية ، لأن التملك من جهة الموصي ، فلا يعتبر هبة عندهم ، لأن الهبة عند الحنفية لا تصح في مشاع يحتمل القسمة الا بالإفراز والتسليم .

وبالموازنة بين هذه الأدلة يتضح لنا رجحان رأي من يقول بأن التملك عند الاجازة انما هو من قبل الموصي لا من قبل المميز ، وذلك لأن الموصي هو الذي أنشأ الوصية فهما يملكه وقت انشائها ، وتوقفها على اجازة الورثة انما كان لتعلق حقهم بها ، دفعا للحيث والضرر ، فإذا أسقطوا حقهم بالاجازة كانت الملكية من قبل الموصي لا من قبلهم ، ولأن هذه الوصية عند الأكثر صحيحة في ذاتها ، وان توقفت على اجازة الورثة ، فان نفذت باجازتهم كان التملك من أنشائها^(٢) .

(١) انظر : تبين الحقائق ٦/١٨٣ ، وعقد الوصية ٨٣ .

(٢) انظر : عقد الوصية ٨٣ .

مسلك قانون الوصية المصرى :

لم يعتبر قانون الوصية المصرى الوصية بأكثر من الثلث باطلية، بل اعتبرها صحيحة، وجعل نفاذها موقوفا على اجازة الورثة^(١)، موافقا بذلك ما ذهب اليه الحنفية ومن وافقهم .

وبذلك يكون القانون قد اعتبر انشاء ملكية مازاد على الثلث من جهة الوصية ذاتها ، وليس من انشاء الوارث باجازته ، كما يكون القانون بذلك ايضا قد اعتبر تملك الموصى له للموصى به من جهة الموصى ، وليس من جهة الوارث على سبيل الهبة المبتدأه ، لأنه لو اعتبر ذلك على جهة الهبة لاحتاج الى عقد رسمي فيما اذا كان الموصى به عقارا ، أو قبض فيما اذا كان الموصى به منقولا ، كما اشترط القانون المدني وجود ذلك في الملك بالهبة .

وبذلك يكون القانون قد أخذ برأى من يقول بأن تملك الموصى له من قبل الموصى وليس من قبل المجيز .

... ..

(١) نصت على ذلك المادة (٣٧) منه بقولها : " وتصح بما زاد على الثلث ولا تتغذ في الزيادة الا اذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه .. " .
انظر : شرح قانون الوصية للشیخ محمد أبوزهرة ص ١٩١ - ١٩٤ .

المطلب الرابع

وقت تسديد مير الثلث

عرفنا فيما تقدم أن الوصية اذا كانت في حدود ثلث التركة، فانها تنفذ من غير توقف على اجازة أحد من الورثة، بعد تجهيز الميت وسواء ديونه، وقد اختلف الفقهاء في الوقت الذي يقدر فيه الثلث على ثلاثة آراء : -

الرأى الأول :

أنه يقدر يوم الوصية، فلا عبرة بما يحدث بعدها من زيادة أو نقصان وهو رأى لبعض الشافعية (١).

الرأى الثاني :

أنه يقدر يوم الوفاة، سواء قسمت التركة، وفرزت الأنصبا، في هذا الوقت أو لا، وهذا الرأى هو المشهور عن الشافعية والحنابلة (٢).

الرأى الثالث :

أنه يقدر يوم القسمة وفرز الأنصبا وهو مذهب الحنفية والمالكية (٤).

(١) انظر : نهاية المحتاج ٥٤/٦، ففيه: "وقيل يوم الوصية، فلا عبرة بما حدث بعدها .."

(٢) انظر : المصدر السابق ففيه : "ويعتبر المال حتى يعلم قدر الثلث منه يوم الموت .."

(٣) انظر : الكافي ٤٧٧/٣، فقد ورد فيه : "ويعتبر خروجه من الثلث بعد الموت .."، وكذلك ورد في كشف القناع: "وأما اعتبار قيمة الموصى به عند تقويمه، فتعتبر يوم الموت .." ٣٤٨/٦ .

(٤) انظر : المصادر السابقه .

الأدلة والمناقشة :

وقد استدل أصحاب الرأي الأول على اعتبار تقدير الثلث بيوم الوصية بدليلين (١) :-

الأول : أن الوصية عقد ، والمعقود تعتبر بأولها .
ونوقش هذا الدليل : بأن الوصية ليست عقدا من كل وجه ، ولذلك لا تعتبر فيها الفورية ، ولا القبول في غالب صورها .

الثاني : وبأن الوصية كالنذر في التصديق بثلاث المال ، فكما يعتبر حال النذر اتفاقا ، فكذلك يعتبر حال الوصية .

ونوقش هذا الدليل : بأن قياس الوصية على النذر ، قياس مع الفارق حيث يصح رجوع الموصي في وصيته ، بخلاف النذر ، فإنه عقد لازم ، لا يصح الرجوع فيه ، وفي ذلك يقول (٢) صاحب نهاية المحتاج في الرد على قياس الوصية على النذر : " ورد بأنه وقت اللزوم فهو نظير يوم الموت هنا . . . " .

ولذلك فهذا الرأي ليس له وجاهة في نظري ، لما عرفنا من أن التعليل بالوصية إنما يكون بعد الموت لا قبله ، وعلاوة على ذلك فإنه يترتب على هذا الرأي حرمان الورثة من الميراث (٣) ، ويبرز ذلك فيما إذا أوصى شخص بخمسين ريالاً ، يوم أن كان يملك خمسمائة ريال ، ثم نقص ماله حتى لم يبق عند وفاته إلا هذه الخمسون فبناءً على هذا الرأي ، يأخذ الموصى له الخمسين ، ولا يبقى شيء

(١) الوصية ص ٦٧ ، والمجموع التكملة الثانية ١٥ / ٤٨ ، ٧٤ .

(٢) انظر : نهاية المحتاج ٦ / ٥٤ .

(٣) انظر : المصادر السابقة .

للورثة ، وهذا فيه ضرر عظيم على الورثة ، والشريعة الاسلامية تأبي الضرر .

وأستدل أصحاب الرأي الثاني : علي اعتبار تقدير الثلث بيوم الوفاة بأن هذا الوقت^(١) هو وقت تملك الوصية ، وبأنه وقت لزوم الوصية من جانب الموصي ، وفيه يثبت الملك للموصى له غير أنه يتوقف على قبوله والفرق بين هذا الرأي والذي قبله أنه لو وصى بثلث ماله ، ثم باع جميعه تعلقت الوصية بالثمن على هذا الرأي ، ولو كان الاعتبار بحسب الوصية ، كما ذهب اليه أصحاب الرأي الأول ، لم تتعلق الوصية بالثمن لأنه لم يكن حال الوصية ، ولذلك فانه لو وصى بثلث ماله ، وبالمه ألف ، فصار الفين ، لزمّت الوصية في ثلث الألفين^(٢) ، ولو وصى بثلث ماله ، ولا مال له ، ثم أفاد مالا ، فعلى الرأي الأول ، تكون الوصية باطله ، اعتبارا بحال الوصية .

وعلى الرأي الثاني ، تكون الوصية جائزة ، اعتبارا بحال الموت^(٣) .

وأستدل أصحاب الرأي الثالث: على اعتبار تقدير الثلث بيوم القسمة وخرز الأنصاء ، بأنه وقت تنفيذ الوصية ، وفيه يثبت الملك ، * ففي جواهر الاكليل^(٤) : " وتمتبر الزيادة على الثلث يوم التنفيذ للوصية لا يوم الموت " .

(١) انظر : المصادر السابقة ، وانظر : كشاف القناع ٦ / ٣٤٨ ، وانظر : الكافي

٢ / ٤٧٧ ، وانظر : المجموع التكملة الثانية ١٥ / ٤٨ ، ٤٩ .

(٢) انظر : المجموع التكملة الثانية ١ / ٤٩ .

(٣) انظر : المصدر نفسه .

(٤) انظر : جواهر الاكليل ٢ / ٣١٨ .

* وفي الشرح الكبير: ^(١) " ويعتبر الزائد يوم التنفيذ ، لا يوم الموت ، فإذا أوصى له بمائة وهي ثلث ماله يوم الموت ، وكان ماله يوم التنفيذ مائة وخمسين ، أعطى خمسين ، وكذا لو قال : أوصيت له بثلاث مائتي ، فالعبرة بماله يوم التنفيذ " . على أن من صرح من المالكية بأن المعتبر في تقدير الثلث يوم الوفاة ، قيده بوجود مراعاة يوم التنفيذ فقد ورد في شرح الرسالة للنفراوي: ^(٢) "المعتبر ثلث المال يوم الموت ، لأن الموصى له ، لا يملك الموصى به الا بعد موت الموصي ، لكن لا بد من مراعاة يوم التنفيذ ، فإذا كان المال كثيرا يوم الموت بحيث يعمل ثلثه المال الموصى به ، وطراً عليه بعد الموت وقبل التنفيذ نحو جاشحة حتى قل ، فلا يلزم الا ثلث الباقي ، و "

* وفي المبسوط للسرخسي: ^(٣) ورد قوله: " وإذا كان للرجل ثلاث جوارى قيمة كل واحدة منهن ثلثمائة ، فأوصى لرجل بجارية منهن بعينها ثم مات ، فلم يقسم الورثة والموصى له حتى زادت تلك الجارية فصارت ستمائة ، أو ولدت ولدا يساوي مائة . . . فهذا كله من مال الميت ، لأن التركة بعد وقبل القسمة سبقاً على حكم ملك الميت ، فهذه الزيادة تجل على حكم ملكه ايضاً ، ويكون حصولها قبل الموت ، وحصولها بعد الموت سواء . . . ، حتى قال : " والمقصود ها هنا بيان أنه يعتبر مال الميت حتى تقع القسمة لا حين يوصي ، ولا حين يموت . . . " .

(١) انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤ / ٣٨٠ .

(٢) انظر : شرح الرسالة للنفراوي ٤ / ٣

(٣) انظر : المبسوط للسرخسي ٢٩ / ١٣ / ١٤ .

وتظهر ثمرة الخلاف فيما اذا طرأ زيادة أو نقصان في التركة .
فمثلا لو أوصى شخص بثلث ماله لآخر ، وكانت قيمة المال عند الوفاة
٣٠٠ جنيهه ، وعند القسمة ١٥٠ جنبيها ، أعطى الموصى له ٥٠ جنبيها
بناءً على الرأي القائل العبارة في تقدير الثلث بيوم القسمة ، وأعطى
١٠٠ جنيهه بناءً على الرأي القائل العبارة في تقدير الثلث بهيـوم
الوفاة .

ولو كانت قيمة المال عند الوفاة في هذه الصورة ١٥٠ جنبيها
وعند القسمة ٣٠٠ جنيهه ، أعطى الموصى له ١٠٠ جنيهه بناءً على الرأي
القائل العبارة بيوم القسمة ، وأعطى ٥٠ جنيهه بناءً على رأى من يتسول
العبارة بيوم الوفاة .

ومثال آخر فيما اذا أوصى بثلث ماله ، وكانت قيمة المال عند الوفاة
٩٠٠ جنيهه ، وعند القسمة ٦٠٠ جنيهه ، أعطى الموصى له ٣٠٠ جنيهه بناءً
على رأى من يقول العبارة في تقدير الثلث بيوم الوفاة ، وأعطى ٢٠٠ جنيهه
بناءً على رأى من يقول العبارة بيوم القسمة .

ولو كانت قيمة المال عند الوفاة في هذه الصورة ٦٠٠ جنيهه ، وعند
القسمة ٩٠٠ جنيهه ، أعطى الموصى له ٢٠٠ جنيهه ، اعتباراً بيوم الوفاة
وأعطى ٣٠٠ جنيهه اعتباراً بيوم القسمة وفرز الأنصاء .

هذا اذا كانت الوصية بسهم شائع كنصف أو ثلث مثلا .
فان كانت الوصية بعين معينة ، أو بمال مثلي ثم زادت زيادة متصلة
أو منفصلة من وقت الموت الى وقت القسمة .

فعلى الرأي القائل ان المعتبر في تقدير الثلث يوم الوفاة ، تكون
هذه الزيادة للموصى له ، وتكون نماءً ملكه ، ولا تدخل في الحساب عند

تقدير الثلث .

وعلى الرأى القائل بأن المعتبر في تقدير الثلث يوم القسمة ، تكون العين موصى بها أصالة ، والزيادة موصى بها تبعاً ، فيحسبان جميعاً في تقدير الثلث .

فمثلاً لو أوصى لرجل بشاة ، وكانت قيمتها يوم الوفاة ٢٠ جنيهاً ، وقيمة التركة ٦٠ جنيهاً ، ثم نقصت قيمة التركة الى ٤٠ جنيهاً ، أو ولدت الشاة حتى أصبحت قيمتها ٣٠ جنيهاً .

فبناءً على الرأى القائل ان العبرة في تقدير الثلث بيوم الوفاة ، تكون الشاة وولدها للموصى له ، سواء زاد المال أو نقص .

وبناءً على رأى من يقول ان العبرة في تقدير الثلث بيوم القسمة وفرز الأنصبا ، تقوم الشاة وحدها أو هي وولدها عند القسمة فان خرجت تلك القيمة من ثلث التركة في هذا الوقت نفذت الوصية ، وان زادت ، نفذت في مقدار الثلث ، وتوقفت الوصية في الزائد على الثلث ^(١) .

وبالموازنة بين هذين الرأيين ، يتضح لنا رجحان الرأى القائل بأن المعتبر في تقدير الثلث يوم القسمة ، لانضباطه ، ولاحتوائه لما عساه قد يطرأ على التركة من زيادة أو نقص ، ولأن حق الموصى له في الثلث بمنزلة حق الورثة في الثلثين ، وسلامة حق الورثة في الثلثين انما تتم عند وقوع القسمة ، فكذلك سلامة حق الموصى له في الثلث ، يدل لذلك أنه لو ظهر دين على الموصى قبل قسمة التركة ، وجب تنفيذه من الأصل والزيادة جميعاً ^(٢) .

(١) انظر أحكام الوصايا للأستاذ محمد شلبي ١٤٤ ، وانظر الوصية ص ٦٨ .

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي ١٤ / ٢٩ .

مسلك قانون الوصية المصري :

اتجه قانون الوصية المصري الى الأخذ بالرأى المشهور عند الشافعية القائل بأن الوقت المعتبر في تقدير الثلث يوم الوفاة ، جاء ذلك واضحا في المادة (٢٥)^(١) منه والتي نصت على أنه : " اذا كان الموصى له موجودا عند موت الموصي ، استحق الموصى به من حين الموت مالم يفقد نص الوصية ثبوت الاستحقاق في وقت معين بعد الموت ، وتكون زوائد الموصى به من حين الملك الى القبول للموصى له ولا تعتبر وصيه ، وعلى الموصى له نفقة الموصى به في تلك المدة " .

... ..

(١) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابوزهرة ص ٢٢٧ .

البَابُ الرَّابِعُ

الباب الرابع

في أنواع الوصية

وفيه فصلان : الفصل الأول

الوصية بالمال

وفيه مباحث : المبحث الأول : طريقة تنفيذ الوصية بالمال اذا كان في التركة

دين أو مال غائب .

المبحث الثاني : الوصية بالمال ، وفي التركة دين على أحد

الورثة .

المبحث الثالث : الوصية بالمال عند حدوث زيادة في العين

الموصى بها .

الفصل الثاني

الوصية بالمنافع

وفيه مباحث : المبحث الأول : الوصية بالمنافع . وفيه مطالب :

المطلب الأول : في مدلول كلمة " المنافع "

المطلب الثاني : حكم الوصية بالمنافع

المطلب الثالث : تقدير المنفعة الموصى بها

المطلب الرابع : نفقات العين الموصى بمنفعتها

المطلب الخامس : بيع مالك الرقبة للعين الموصى بمنفعتها

المبحث الثاني : الوصية بالحقوق ، وفيه مطالب :

المطلب الأول : تقدير قيمة الحق

المطلب الثاني : الوصية بالخلو

المطلب الثالث : الوصية بحق من حقوق الارتفاق

المبحث الثالث : الوصية بالمرتبات . وفيه مطالب :

المطلب الأول : الوصية بمرتب من رأس المال والمدة معينة

المطلب الثاني : الوصية بمرتب من الغلة والمدة معلومة

المطلب الثالث : الوصية بمرتب من رأس المال أو من الغلة

لطبقات مدى الحياة .

المطلب الرابع : الوصية بمرتب لمعين طول حياة الموصى له من مال

التركة أو غلتها

الباب الرابع

في انواع الوصية

وفيه فصلان : الفصل الأول

الوصية بالمال

وفيه مباحث : المبحث الأول

طريقة تنفيذ الوصية بالمال اذا كان في التركة

دين او مال غائب

اذا كانت التركة كلها مالا حاضرا ^(١) أخذ أصحاب الوصية نصيبهم كله من غير تأخير ، واذا كانت كلها مالا غائبا ^(٢) أو يونا ^(٣) ، فان تنفيذ

-
- (١) المال الحاضر : هو ما كان تحت تصرف الموصى له ، أو الورثة ، كالودائع في المصارف ، والمال في أيدي الوكلاء ، والمقارنات التي في أيدي الورثة
- (٢) المال الغائب : ما كان خارجا عن تصرف الورثة والموصى له ، أو كان في مكان غير مأمن عليه فيه ، كمال في سفينة أو في بركة ، أو كان في يد غاصب ولا حجة لاثباته ، ولا قدرة تحمله على التسليم قبل استهلاكه وان الاعتبار للغيب هو وقت الوفاة ، وهو الرأي المتفق مع أحكام القانون ، لأنه الوقت الذي تقدر فيه التركة ، ثم يستمر غيبه الى وقت القسمة .

انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابو زهرة ص ٢٥٤ و ٢٥٨ .

- (٣) الدين هو ما كان في ذمة الغير ولم يستوف الى وقت القسمة ، أما ما استوفى بعد الموت وقبل القسمة فهو مال حاضر أحكام الوصايا للاستاذ محمد شلبي ١٦٩ . وانظر : المرجع السابق .

الوصية يؤخر حتى يحضر المال الغائب، أو تستوفي الديون، فكلما حضر شبيء تسم بين الموصي لهم والورثة بنسبة أنصباهم .

أما إذا كان في التركة مال حاضر، وآخر غائب أو دين، أو كانت خليطا من الأنواع الثلاثة، فإن اتفق الموصي له مع الورثة على طريقة لأخذ حقه وجب اتباع ما اتفقوا عليه، لأن الاتفاق مفصل الحقوق، وشريعة المتفقين مالم يحرم حلالا، أو يحلل حراما^(١).

وان لم يتفقوا على شيء فإن الطريقة لاتباع أخذه تختلف باختلاف الموصي به، أو لاختلاف من عليه دين .

ذلك أن الموصي به قد يكون نقودا^(٢)، وقد يكون عيناً^(٣) من الأعيان، وقد يكون بسهم شائع في كل المال أو في نوع منه، والدين قد يكون على أجنبي، وقد يكون على أحد الورثة حل وقت أدائه عند تسمة التركة، أو لم يحل بعده، فيندرج تحت ذلك خمس حالات^(٤) :

الحالة الأولى :

أن يوصي لشخص بألف جنيه، والتركة فيها مال غائب، أو دين في حين أن المال الحاضر ثلاث آلاف جنيه، فإن الموصي له يأخذ الألف كلها، حيث خرج الموصي به من ثلث الحاضر من التركة .

-
- (١) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابوزهرة ص ٢٥٤ .
 - (٢) النقود المرسله : هي التي لم تعين بذاتها ولم تكن من نوع معين من ماله، كالوصية بمائة جنيه مثلا . انظر : المصدر السابق .
 - (٣) المقصود بالعين : ما يشمل النقود المعينة كالوصية بوديعة بعينها وعروض التجارة، وكل معين من العقارات والمنقولات . انظر في ذلك المصدر السابق .

ويرجع أخذ الموصى له حقه كاملاً في هذه الحالة ،أي حالة خروج الموصى به من ثلث الحاضر ،الى أن الوصية مقدمة فسي التنفيذ على الميراث ،ولأن الموصي جعل للموصى له قدراً معلوماً في التركة ،فإذا أخذ حقه كاملاً فإنه لا يلحق الورثة ضرراً على ذلك إذ سيبقى لهم ضعف ما أخذه الموصى له على فرض عدم استيفاء الدين أو هلاك المال الغائب .

فإن لم يخرج الموصي به من ثلث الحاضر ،فإن الموصى له يأخذ ثلث الحاضر ،وكلما حضر شيء من المال الغائب أو الديون ،أخذ منه بقدر ثلثه حتى يستوفي وصيته ،فلو أوصى شخص بألف جنيهه والحاضر ١٥٠٠ جنيه ،والتركة مدينة بألفي جنيه ،فإن الموصى له يأخذ من الحاضر ثلثه ،وهو خمسمائة جنيه ،وكلما حضر شيء من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفي الموصي به له وهو الألف

وأخذ الموصى له الثلث من الحاضر ،وانتظاره استيفاء ما بقي من حقه الموصى به له ما سيحضر من الدين أو المال الغائب وعدم اعطاع الموصى به كله ،مراعاً فيه حق الورثة ،لأنه لو أخذ حقه كاملاً ،لتضرر الورثة ،لاحتمال ألا يجيء من الدين أو المال الغائب شيء ،مراعاة لحق الجميع أعطي الموصى له ثلث الحاضر وانتظر في الباقي مجيء المال الغائب ،أو تحصيل الدين فيشاركهم فيه بمقدار الثلث حتى يستكمل حقه كله .

وقد جاء حكم هذه الحالة في المادة^(١) (٤٣) من قانون الوصية
المصرى موافقا لما ذهب اليه الحنفية^(٢) .

الحالة الثانية :

أن يوصي بعين من أعيان التركة وفيها مال غائب أو يوصي
على أجنبي ، كأن يوصي مثلا لشخص بدار من تركته أو يوصي له
بما في محل تجارته من بضاعة ، أو بنقود مودعة عند فلان من
الناس ، فالحكم في هذه الحالة أن ننظر للعين الموصى بها مع
الحاضر من التركة ، فان كانت العين تخرج من ثلث الحاضر
استحقها الموصى له ، لانقضاء الضرر على الورثة .

أما اذا كانت لا تخرج من ثلث المال الحاضر ، فان الموصى له
يستحق ما يعادل الثلث ، ويكون الباقي من العين ملكا للورثة ، فاذا
حضر شيء من المال الغائب ، أو حصل استيفاء بعض الدين ، فإن
الموصى له يأخذ منه ثلثه ، حتى يتم استيفاءه لباقي الوصية ، وفي
هذه الحال يأخذ بعض الموصى به بعينه وبعضه بتميمته^(٣) ، فلو أوصى

(١) ونصها : " اذا كانت الوصية بقدر محدود من النقود أو بعين وكان فسي
التركة دين أو مال غائب فان خرج الموصى به من ثلث الحاضر من التركة
استحقه الموصى له والا استحق منه بقدر هذا الثلث ، وكان الباقي للورثة
وكلما حضر شيء استحق الموصى له ثلثه حتى يستوفي حقه " انظر : شرح
قانون الوصية للشيخ محمد ابوزهرة ص ٢٨١ ، وانظر : الوصية للبرد يسي
ص ٩٦/٩٥ ، والوصايا للاستاذ شلبي ص ١٢٠ .

(٢) انظر : تبين الحقائق ١٩٠/٦ ، وانظر : شرح قانون الوصية للشيخ
محمد ابوزهرة ص ٢٥٠ .

(٣) انظر : المغنى مع الشرح ٥٨٩/٦ ، وانظر أحكام الوصايا والأوقاف للأستاذ
شلبي ١٢١ .

لشخص بقطعة أرض تساوى الف جنيه ، والتركة ثلاثة آلاف جنيه ، فسي
جبن أن الحاضر منها يعادل ألفاً وخمسمائة جنيه ، وفيها ديون
تعادل ألفاً جنيه ، فإن الموصى له لا يستحق من الأرض إلا ما يساوى
فى قيمته خمسمائة ، أى نصف الأرض ، وهو ثلث الحاضر ، والنصف
الأخرى يملكه الورثة ، والخمسمائة الأخرى التى هى نصف استحقاق
الموصى له فى الوصية يستوفىها من ثلث ما يحضر من الدين أو المال
الفائب .

وقد جاء حكم هذه الحالة فى المادة (٤٣) من قانون الوصية
المصرى وقد أشارت المذكرة التفسيرية الى أن هذا الرأى الذى أخذ
به القانون هو رأى الباجي^(١) من فقهاء المالكية .

وان اختيار القانون لهذا الرأى له مزية لاتخفى ، إذ فى العمل
به تعجيل بقسمة الأعيان الحاضرة ، حتى يعرف كل ذى حق حقه
وفى ذلك استقرار وثبات وعدم ترك جزء من المال متردداً من
غير مالك معين مدة قد تطول الى سنين ، كما هو مذهب الحنفية
حيث قرروا أن العين الموصى بها اذا لم تخرج من ثلث الحاضر ،
فان الموصى له يأخذ منها ما يعادل ثلثه ، وما بقي منها يترك
موقوفاً من غير مالك ، وكلما حضر شيء من المال الفائب ، أو استحصل^(٢)
قدراً من الدين ، فان الموصى له يأخذ من باقى العين ما يساوى
ثلث المال حتى يستوفى حقه كاملاً ، فان لم يحضر شيء من الدين

(١) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابوزهرة ص ٢٥١

(٢) فى حين أن المنصوص فى كتب المالكية يدل على خلاف ما ذهب اليه
الباجي والحنفية ، فقد قالوا اذا كانت العين الموصى بها لاتخرج من
ثلث المال الحاضر ، وقتت ان كان يرجى اجتماع المال لأشهر يسيره ،

أو المال الغائب ووقع اليأس من حضوره ، كان باقياً العين للورثة وهذا وإن كان فيه محافظة على غرض الموصي من كل وجه بتفويض الوصية فيما عينه بذاته إلا أنه يلحق الضرر بالورثة بتأخير القسمة . لهذا كان القانون موفقاً عندما اختار رأي الباجي لما ذكرناه^(١) .

الحالة الثالثة :

إذا كانت الوصية سهم شائع في التركة ، كأن يوصي لآخر بخمس ماله ، والحاضر من التركة ألف ، والغائب منها ألف ، فإن الموصي له ، يستحق مائتين من المال الحاضر ، وهو الألف ، وكلما حضر شيء من الغائب ، أو استوفى قدره من الدين أخذ خمسه ، حتى ينتهي الاستيفاء ، وذلك لأن ، الموصي أراد بوصيته أن يشرك الموصي له مع الورثة ، والشركة تقتضي التسوية في الاستحقاق ، ولهذا حمل قوله تعالى : " فهم شركاء " في الثلث^(٢) على المساواة ولا فرق في ذلك

== فإن اجتمع اعطى منه ثلثه كاملاً والا أعطى بقدر ثلثه من المال الحاضر جاء ذلك في مسألة من أوصى بعتق عبد معين ، فقد ورد في جواهر الاكليل : " وإن أوصى بعتق عبد معين وله مال حاضر ومال غائب ولا يخرج العبد المعين الموصى بعتقه من ثلث المال الحاضر لزيادة قيمته عليه ويخرج من ثلث الجميع الحاضر والغائب وقف العبد عن العتق إن كان يرجى اجتماع المال لأشهر يسيره ، فإن اجتمع المال وحمل ثلثه العبد عتق جميعه ، وإن لم يرج اجتماع المال إلا بعد أشهر كثيرة = وحدها ابن المواز بسنه = يحمل عتق جزء من العبد بقدر ثلث المال الحاضر ثم عتقه ، من المال الغائب إذا حضر ، فكلما حضر شيء من الغائب يعتق من العبد بقدر ثلثه ، وهكذا حتى يتم عتقه " انظر: جواهر الاكليل ٣٢١/٢ ومواهب الجليل ٦/٣٧٥ .

(١) انظر: أحكام الوصايا للإستان شلبي ص ١٧٢ . (٢) النساء آية : ١٢

بين الحاضر والغائب ، والدين والعين ، وهذا الحكم ما اتفق عليه فقهاء^(١) المذاهب الأربعة ، وقد أخذ به قانون الوصية المصرى فى مادته (٤٤) والتي نصت على^(٢) " أن الوصية اذا كانت بسهم شائع فى التركة وكان فيها دين أو مال غائب استحق الموصى له سهمه فى الحاضر منها وكلما حضر شيء استحق سهمه فيه " .

الحالة الرابعة :

أن تكون الوصية بسهم شائع فى نوع من أنواع المال ، وفى هذه الحالة ننظر : وذلك ، لأن الموصى به ، اما أن يكون كله حاضرا واما أن يكون كله غائبا أو دينا ، واما أن يكون بعضه حاضرا وبعضه غائبا .

ففى الحالة الأولى : يأخذ الموصى له سهمه الموصى به ، اذا كان يخرج من ثلث الحاضر من التركة ، فان كان لا يخرج منه ، فان الموصى له يأخذ ثلث الحاضر ، ويأخذ الورثة الباقي ، وكلما حضر شيء من المال الغائب أو حصل استيفاؤه شيء من الدين ، فان الموصى له يستحق فى النوع الموصى بسهم منه بمقدار ثلث الذى حضر من الدين أو المال الغائب الى أن يستوفى وصيته .

مثال ذلك . أوصى شخص لآخر ، بنصف أرضه الزراعية البالغ قدرها ثمانون فدانا ، وهى من ضمن ما تركه من تركته ، كما تتضمن تركته

(١) انظر : المغنى مع الشرح ٤٥٢/٦ ، وانظر : جواهر الاكليل ٣٢٢/٢ ،

وانظر : حاشية ابن عابدين ٦٧٥/٦ ، وانظر : تبين الحقائق ١٩١/٦ .

(٢) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابوزهرة ص ٢٨١ .

ايضا مالا غائبا بقيمة هذه الأرض ، ففي هذه الحالة يأخذ الموصى له ثلث الأرض وقدره ٢٦ فدانا ، ويأخذ الورثة الباقي مقدار ٤٥ فدانا وكلما حضر شيء من المال الغائب ، أخذ الموصى له من الأرض التي في أيدي الورثة بمقدار ثلث الذي حضر من المال الغائب حتى يستكمل نصف الموصى به من الأرض الزراعية البالغ قدره .٤ فدانا وهو مقدار الموصى به .

وأما في الحالة الثانية : وهي ما اذا كان النوع الموصى بسهم منه كله غائبا أو دينا ، فان الموصى له لا يأخذ شيئا من المال الحاضر ولكن يأخذ ثلث ما يحضر من النوع الموصى له بسهم منه .

مثال ذلك : لو أوصى شخص لآخر بثلث ديونه على التجار ، وترك بضاعة وتقودا حاضرة ، فان الموصى له لا يأخذ شيئا من الحاضر ، ولكن كلما حضر شيء من الديون أخذ منها بمقدار ثلثه حتى يستوفي جميع الديون .

وأما في الحالة الثالثة : وهي ما اذا كان ذلك النوع الموصى بسهم منه حاضرا ، وبعضه غائبا ، فان الموصى له يأخذ من الحاضر مقدار سهمه ، ويأخذ الورثة الباقي ، على أنه كلما حضر شيء من الغائب أخذ الموصى له ما يساوي سهمه الى أن يحضر كله .

وقد جاء حكم هذه الحالة ^(١) - أعنى الحالة الرابعة وما أدرج تحتها من صور - في المادة (٤٥) من قانون الوصية المصري ، موافقا لما ذهب

(١) انظر : الوصية للبرد يسي ٦٧ / ٦٨ ، وانظر شرح قانون الوصية للشيخ

محمد ابوزهرة (٢٨١ و ٢٨٢ ، والمفتي مع الشرح الكبير ٦ / ٥٨٩ .

اليه الحنابلة ، ونصها : " اذا كانت الوصية بسهم شائع في نوع من التركة وكان فيها دين أو مال غائب استحق الموصى له سهمه في الحاضر من هذا النوع ان 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 بسهم فيه ، على ألا يضر ذلك بالورثة فان كان يضر بهم أخذ الموصى له تيمه ما بقي من سهمه في النوع الموصى به ، من ثلث ما يحضر حتى يستوفي حقه " ونلاحظ فسي هذه المادة أن القانون قد رأى أن الموصى له له أن يشترط ما أخذه الورثة متى حضر المال الغائب ، اذا لم يكن في هذا الاسترداد ضررا على الورثة فان تضرروا منه ، أخذ حقه ما يحضر من المال الغائب .

مثال ذلك : لو كان الموصى بسهم منه أرضا معدة للبناء فقسمت بين الموصى له والورثة ، الا أن الموصى له لم يأخذ كل نصيبه لعدم خروجه من ثلث الحاضر ، فان الورثة يملكون ما أخذه بهذه القسمة ، ويجوز لهم التصرف في هذا الملك ، فاذا بنوا فيه أو غرسوا أو أحدثوا فيه تحسنا بحيث يضرهم أخذه ترك معهم ، وأخذ الموصى له باقي حقه ما يحضر من المال الغائب .

والقانون بهذا الحكم في هذه الحالة قد خالف ما قرره فسي الحالة الثانية ، وكان الواجب عليه التسوية بين الوصية بمعين والوصية بسهم في نوع ، وذلك لكي تتم القسمة ، وتستقر الحقوق ولا تضطرب ، أما أن يقسم النوع المعين ثم تنقض القسمة اذا لم يكن ضرر بالورثة

ولا تنقض ان يكن ضرر ، فهذا لا يجعل الحقوق متقرره وثابته ،
ولا يجعل القانون سائرا في طريق معتدل ومتحد (١) .

.....

(١) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابو زهرة ص ٢٥٣ ، وأحكام الوصايا
والاوقاف للدكتور بدران ص ١٥٣ .

المبحث الثاني

الوصية بالمال وفي التركة دين على أحد الورثة

تبين لنا فيما سبق حكم ما اذا كان الدين على أجنبي لافرق بين الدين المستحق أدائه عند القسمة والذي لم يحل أداءه سواء كان من جنس الحاضر من التركة أو من غير جنسه ، لأن هذا الدين يخشى عليه من التوى ، ولا يوجد مال يعتبر ضمانا له حتى يؤمن ضياعه ، فلا يأخذ الموصي له الا نصيبه من المال الحاضر فقط ، ويؤخر باقيه حتى يستكمل الدين .

وقد تبين لنا ذلك في الحالات الأربع السابق ذكرها . وهناك حالة خامسة وهى ما اذا كان الدين على أحد الورثه ، وبما أن الأمر في هذه الحالة يختلف عن سابقه ، فقد رأيت مسن الأحسن جعلها في مبحث مستقل على هذا النحو ، وذلك أن الدين اذا كان على أحد الورثة فانه لا يكون عرضه للتوى في كل صوره ، بل قد يكون مضمونا بنصيبه من المال الحاضر ، فيكون كأنه مال حاضر وقد يكون عرضه للتوى فيأخذ حكم المال الغائب ، ومن هنا كان للدين على الوارث حالتان : -

الحالة الاولى :

أن يكون الدين لم يحن بعد وقت أدائه عند قسمة التركة ، فبسي هذه الحالة يأخذ الموصي له من وصيته ما يساوى ثلث المال الحاضر فقط ، ثم يأخذ باقيها عند استكمال الدين كما لو كان الدين على أجنبي .

وذلك أن الدين اذا لم يحن موعد سداده يكون غير مستحق الأداء قبل حلول موعده ، ولذلك لا يمكن جبر صاحبه باستيفائه منه بأخذه من نصيبه في المال الحاضر ، فيعتبر بذلك في حكم المال الغائب المعرض للضياع .

الحالة الثانية : أن يكون الدين قد حان موعد سداده عند تسمية التركة ، فيكون مضمونا بنصيب الوارث المدين ، فيعتبر كالمال الحاضر فيما سواى ذلك النصيب .

وفى هذه الحالة فالدين اما أن يكون أقل من نصيب الوارث المدين فى المال الحاضر ، واما أن يكون مساويا له ، واما أن يكون أكثر منه .

فان كان الدين أقل من نصيب الوارث فى المال الحاضر ، أو مساويا له ، فان الموصى له يأخذ نصيبه كاملا من المال الحاضر ، مادام يخرج من ثلث التركة ، ولا يؤجل منه شيء سوا كان الدين من جنس المال الحاضر ، أو لم يكن من جنسه الا أنه اذا كان من جنس الحاضر من التركة كلها أو بعضها وقعت المقاصة بينه وبين سهام الوارث المدين .

واذا لم يكن من جنسه ، كان نصيب ذلك الوارث بمنزلة الرهن بما عليه من الدين عند الموصى له ، وبقيّة الورثة لا يأخذها الا اذا أدى ما عليه . فان لم يؤده باع القاضى منه مقدار ما يوفى بالدين .

فاذا أوصى شخص لآخر بمائتى جنيه وخلف ولدين أحدهما مدين بمائتى جنيه حل وقت أدائها ، وترك أربعمائة جنيه نقدا ، فان التركة تقسم على ثلاثة أسهم ، للموصى له سهم ، ولكل ابن سهم ، ويعتبر الدين

مالا حاضرا، وتقع المقاصة بينه وبين أسهم الابن المدين، فلا يأخذ شيئا من النقد الموجود، بل يقسم بين الموصي له والابن الآخر فيأخذ كل واحد مائتين^(١)، وبهذا يكون الموصى له أخذ وصيته من المال الحاضر كاملة .

ولو كان الدين لم يحن أجله، أو كان على أجنبي لم يأخذ الموصى له غير ثلث الأربعمائة فقط، ثم يأخذ باقي حقه عند استيفاء الدين .

وإذا كان الدين في الصورة السابقة مائة، والنقد خمسمائة، فإن المدين يأخذ منها مائة، وتقع المقاصة بين ما عليه من الدين وبما بقي سهمه .

وإذا أوصى لشخص بثلث ماله، وخلف ولدان أحدهما مدين بمائتي جنيه، وترك مع هذا الدين عقارا قيمته أربعمائة جنيه .

ففي هذا المثال الدين ليس من جنس المال الحاضر، فيقسم الحاضر على الولدين والموصى له، وكذلك الدين، فيكون لكل ثلث العقار، وثلث الدين ثم يسلم العقار كله للموصى له والابن غير المدين، ويكون نصيب الابن المدين فيه بمنزلة الرهن عندهما نظير حقهما في الدين الذي عليه، فإن أدى المدين اليهما ثلثي ما عنده

(١) وعلى طريقة اسقاط اسهم المدين نقول: ان السهام ثلاثة يسقط منها واحد نصيب الابن المدين ويقسم المال الحاضر على الموصى له والابن الآخر فيكون لكل منهما مائتان وبذلك يتبين ان الابن المدين قد استوفى مائتين مثل نصيب أخيه فيكون المال الحاضر ٤٠٠ + ٢٠٠ + ٦٠٠، وعلى هذا يكون الموصى له أخذ ثلث المال الحاضر .
انظر: أحكام الوصايا للأستاذ شلبي ص ١٧٧ .

من الدين اقتسامه وسلما له نصيبه في العتار وهو الثلث، وان لم يفعل رفعا أمرهما الى القاضي ليبيع حصته في العتار لا يفا ما عليه من الدين، واذ كان الدين أكثر من نصيب الوارث المدين اعتبر منه مالا حاضرا مقدارا ما يساوي نصيبه في الحاضر، وكانت الزيادة كالدين على الأجنبي، فيأخذ الموصى له من وصيته ما يعادل ثلث المال الحاضر مضافا اليه من الدين مقدار نصيب الوارث المدين .

مثال ذلك : أوصى شخص لآخر بربع تركته، وخلف إبنين أحدهما مدين بمائة جنيه، وترك مائة نقدا، فالمسألة من أربعة، للموصى له سهم والثلاثة الباقية لا تنقسم على الابنين فتصح المسألة الى ثمانية يكون للموصى له سهمان، ولكل ابن ثلاثة أسهم تسقط منها سهام الابن المدين، ويقسم النقد على خمسة أسهم، للموصى له أربعون وللابن غير المدين ستون، واذ أخذ ستين تبين أن المدين صار مستوفيا مثلها، فتكون التركة الحاضرة مائة وستين، وباقى الدين، وهو أربعون يعتبر مالا غائبا .

وعلى هذا، تكون الوصية نافذة في ربع الحاضر، والباقي من الدين يكون بين الثلاثة، فاذا حضر حجز المدين منه باقى نصيبه وهو خمسة عشر، وأعطى الموصى له والابن الآخر خمسة وعشرين يأخذ الموصى له منها عشرة، والابن خمسة عشر، وحينئذ يكون الموصى له أخذ تمام حقه وتقدره خمسون، وكل ابن استوفى خمسة وسبعين .

وقد جاء حكم هذه الحالة في المادة السادسة والأربعين من قانون الوصية المصرى موافقا لما ذهب اليه الحنفية ونصها : " في جميع الأحوال المبينة في المواد السابقة اذا اشتملت التركة على دين

مستحق الأداة على أحد الورثة ، وكان هذا الدين من جنس الحاضر من التركة كلها أو بعضها وتمت المقاصة فيه بقدر نصيب الوارث فيما هو من جنسه واعتبر بذلك مالا حاضرا .

وإذا كان الدين المستحق الأداة على الوارث من غير جنس الحاضر فلا تقع المقاصة ، ويعتبر هذا الدين مالا حاضرا ان كان مساويا لنصيب الوارث في الحاضر من التركة أو أقل ، فان كان أكثر منه اعتبر ما يساوي هذا النصيب مالا حاضرا ، وفي هذه الحالة لا يستولي الوارث على نصيبه في المال الحاضر الا اذا أدى ما عليه من الدين فان لم يؤده باعه القاضي ووفى الدين من ثمنه " غير أنه يلاحظ أنه اعتبر جميع أنواع النقد وأوراقه جنسا واحدا ، فقد نص على ذلك في الفقرة الثانية^(١) من هذه المادة بقوله : " وتعتبر أنواع النقد وأوراقه جنسا واحدا " .

هذا ولعله من المفيد أن ننقل ما أورده المذكرة التفسيرية فسي تنفيذ الوصية اذا كان في التركة دين أو مال غائب وهذا نصها : -
١ - وإذا كان في التركة دين أجنبي أو مال غائب .

١ - فان كانت الوصية بنقود موسلة وكانت تخرج من ثلث الحاضر من التركة استحق الموصى له كل وصيته نقدا ، ان كان في الحاضر نقود تفي بها ، والا بيع له منها بقدر ما يفي بها .

(١) أنظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابوزهرة ص ٢٥٥ ، وما بعد ها وانظر : أحكام الوصايا للأستاذ محمد شلبي ص ١٧٥ ، وانظر : المبسوط

(٢) شرح قانون الوصية ص ٢٥٨ وما بعد ها - بتصرف - .

وان كانت لاتخرج من ثلث الحاضر استحق منها نقدا بقدر ثلث الحاضر ، وكلما حضر شيء من الدين أو المال الغائب أخذ منه بقدر ثلثه نقدا ، حتى يستوفي وصيته ، وفي جميع الأحوال يجوز للموصى له أن يأخذ من أعيان التركة ما تساوى قيمة الوصية بالاتفاق مع الورثة .

مثال ذلك : اذا أوصي بمائة وخلف ابنين أحدهما مدين بمائة وترك مائتين نقدا ، كانت الفريضة من ثلاثة ، لأن الوصية بالدرهم المرسله تنفذ من الثلث مقدما على حق الوارث ، وفريضة الثلث ثلاثة ، فيكون للموصى له سهم ، ولكل ابن سهم ، والابن المدين مستوف حقه ما عليه فلا يزاحم 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 ، واذا أخذ مائة تبين أن الابن المدين مستوف مثل ذلك ، لأن حق الاثنين في التركة سواء ، فتكون التركة حينئذ ثلثمائة كلها مال حاضرا ولو كان الدين أكثر من مائة فالحكم لا يتغير في اعتبار الثلثمائة تركة حاضرة ، ولكن كلما استخلص من الابن المدين أخذه الابن الثاني من ماله حتى يستوفي حقه ، ولو كان الدين أقل من مائة اعتبر مالا حاضرا ، وأخذ الموصى له وصيته على وفقه ، والباقي يكون بين الابنين مع المقاصة فيها عند الدين ، وان كانت الوصية بأقل من مائة أخذها الموصى له من سهم الثلث والباقي من النقد مع الدين تركة بين الابنين مع المقاصة في الدين .

٢ - وان كانت الوصية بمعين ، وكان يخرج من ثلث الحاضر من التركة استحقه الموصى له كله . وان كان لا يخرج من ثلث الحاضر من التركة ، استحق منه بقدر ثلث الحاضر من التركة ، والباقي للورثة وكلما حضر شيء من الدين أو المال الغائب استحق منه ثلثه ، حتى يستوفي وصيته مادة (٤٣) .

والأحكام في هذه المادة من مذهب الحنفية ، الا في حالة الموصى به المعين ، فان الحكم فيه يؤخذ مما ذكره الباجي في مذهب المالكية .

٣ - وان 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) .

مثال ذلك : اذا أوصى بربع تركته ، 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 ، وللابن غير المدين ستون ، وان أخذ ستين تبين أن المدين صار مستوفياً مثلها ، فتكون التركة الحاضرة مائة وستين ، نفذت الوصية في ربحها ، التي أن يتيسر باقي الدين فيمسك المدين تمام حقه وهو خمسة وسبعون ، ويؤدى خمسة وعشرين للموصى له والابن غير المدين تقسم بينهما بنسبة سهامها ، وبذلك للموصى له خمسون تمام وصيته وللابن خمسة وسبعون تمام حقه ، وباقي الأمثلة يمكن تخريجها قياساً على ما سبق .

٤ - وان كانت الوصية بسهم شائع في نوع من المال كالوصية بربيع
أطيانه أو منازلها التي بالجبهة الفلانية أو ببيع أمواله في التجارة،
أو ديونه التي على التجار أو غير ذلك، فإذا كان هذا النوع
كله حاضرا أخذ الموصى له سهمه فيه، وان كان غائبا أو دينيا
أخذ سهمه مما يحضر منه، وان كان بعضه حاضرا وبعضه غائبا
أو دينيا أخذ سهمه في الحاضر، وكلما حضر شيء من الغائب
أو الدين أخذ سهمه فيه ولكنه في جميع هذه الصور لا يستحق
شيئا مما ذكر الا اذا كان يخرج من ثلث الحاضر من التركة
والا أخذ بقدر الثلث فقط، وكلما حضر شيء منها أخذ بقدر
ثلثه من النوع الموصى له فيه بقدر ثلث ما يحضر من التركة، حتى
يستوفي سهمه منه (أخذا من مذهب الحنابلة) ، واذا كان
الباقى من النوع قد قسم على الورثة، وكان في رد بعضه للموصى
له ضرر لهم بأن كانوا قد تصرفوا فيه أو أحدثوا فيه تحسينا
أو زيادة فانه لا يرد منه شيء ويستوفي الموصى له باقي وصيته
ما يحضر من دين التركة أو الغائب منها أخذا من مذهب
الحنفية والقاعدة التي ذكروها "الضرير زال" (مادة ٤٥) .
مثال ذلك : ترك مائة نقدا وعقارا قيمته مائة، ومائة على أحد
الابنين وأوصى لآخر بثلاثة أرباع النقد، فالوصية هنا لا يخرج
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، وللابن غير المدين ثلاثة
وثلاثون وثلث، وبهذا يتبين أن المدين استوفي مثل ذلك لعدم

التفاضل بين الابنين ، وما جعل مستوفيا له يعتبر تركة حاضرة ، فتصير به التركة الحاضرة مائتين وثلاثة وثلاثين وثلاثا ، للموصى له خمسة وسبعون كمال وصيته لأنها تخرج من ثلث الحاضر ، وللابن غير المدين خمسة وعشرون ونصف العقار ، ويمسك النصف الاخر وهو حصة المدين ، حتى يؤدي ما عليه له في الدين ، وهو سبعة وثلاثون ونصف .

ب - وانا كان في التركة دين على وارث .

١ - فان كان مؤجلا كان حكمه حكم الدين الذي على الأجنبي فسي جميع الأحوال المار ذكرها .

٢ - وان كان حالا ، وكان من جنس الحاضر من التركة أو بعضها ففي جميع الأحوال المارة أيضا تقع المقاصة في الدين بقدر سهام المدين ، ويعتبر ما يقابل سهامه من الدين مالا حاضرا ، وطريقة الحساب في هذا نصح الفريضة على وجه تخرج منه الوصية وسهام التركة ، ثم تسقط سهام الوارث المدين ، ونقسم ما كان من جنس الدين في التركة على سهام الموصى له ، والوارث غير المدين ، والمدين يستوفي سهامه ما عليه من الدين ان كان دينه مثل سهامه أو أكثر ، ويعتبر ما استوفاه مالا حاضرا ، وان كان دينه أقل اعتبر مالا حاضرا يضم على جنسه في التركة وتستخرج الوصية على حسابه .

وان 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 حاضرا ان كان قدر حصص المدين أو أقل ، وان كان أكثر كان الزائد كالدين على الأجنبي ، وتكون الوصية على حساب الحاضر من التركة والدين ولا تسلم حصص المدين في الحاضر حتى يؤدي قدرها من الدين فان لم يؤدي باعها القاضي ، ووفى الدين منها ، فاذا خلف ابنين وله على أحدهما الف ، وترك عقارا قيمته ألفان ، وأوصى لشخص بثلث ماله كان العقار بين الموصي له والابنين أثلاثا ولكن نصيب الابن المدين يوقف في يد الموصى له والابن غير المدين ، بمنزلة المرهون في يد المرتهن لما لهما عليه من الدين ، فاذا أدى اليهما ثلثي ما عنده من الدين اقتسماه وسلم له ثلث العقار الموقوف ، والا رفع الأمر الى القاضي ليبيع حصته في العقار لايفاء ما عليه من الدين ماده (٤٦) ،
(١)

وجميع الأحكام في هذه المادة مأخوذة من مذهب الحنفية .

.....

(١) المصدر السابق .

المبحث الثالث

الوصية بالمال عند حدوث تغيير

أو زيادة في العين الموصى بها

إذا أحدث الموصي تغييرا في العين الموصى بها أو زيادة فيها فقد يترتب على ذلك اشتراك الورثة مع الموصى له في الموصى به بعد الزيادة ، وقد لا يترتب عليه اشتراكه معهم ولكن تلحق الزيادة بالموصى به ، كما أنه قد يترتب على ذلك أن يتسلم الموصى له الموصى به ، وأن يتسلم الورثة ما زاد على الموصى به ، وبيان ذلك في الأحوال الآتية :

الحالة الأولى : تغيير العين الموصى بها والزيادة فيها .

إذا قام الموصي بتغيير معالم العين الموصى بها ، كأن تكون دارا فقام بهدم بعض حوائطها التي بين حجراتها لتكون أوسع أو قام بزيادة في حجراتها بقسمة حجرة كبيرة إلى حجرتين مثلا أو فتح فيها أبوابا ونوافذ جديدة ، فإن العين في هذه الحالة التي آلت إليها بعد التغيير تخص الموصى له وحده ولا يشاركه أحد من الورثة ،

كذلك يختص الموصى له بهذه العين الموصى بها له فيما لو قام الموصي بزيادة عمارة شيء فيها مما لا يمكن تسليمها بدونه بحيث لو انفصل عنها لم يكن له قيمة تذكر كالمرمة والتجهيز والطلاء ، والزخرفة وكشق المراوى والمصارف في الأراضي الزراعية ، فإن العين بما لحقها من زيادة تكون للموصى له وحده وليس للورثة أن يطالبوه

بنفقات ما أحدث فيها الموصي من زيادة ، وذلك لأنه في حالتي التغيير والزيادة - وان كان من الممكن أن تزيد قيمة العين الموصي بها الا أن ماجرى عليها من تغيير أو زيادة لم يقصد به سوى تحسين وصيانة لها ، وزيادة في الانتفاع بها ، وعلاوة على ذلك فإنه ليس في شيء من هذا تغيير جوهرى بالعين ، فهي لم تنزل على حالها التي هي عليها ، لم يلحقها تغيير ، وفوق ذلك فإن الزيادة التي لا تستقل بنفسها لا يتصور أن يكون لها مالك آخر غير مالك العين ، وبذلك لا يكون هناك وجه لاشتراك الورثة مع الموصي له في العين بقيمة هذه الزيادة ، وتــــــ أشارت الى ذلك الفقرة الأولى من المادة (٧١) من قانون الوصية المصرى بقولها^(١) : " اذا غير الموصي معالم العين الموصي بها أو زاد في عمارتها شيئاً مما لا يستقل بنفسه كالمرمــــة والتجصيص كانت العين كلها وصيه " .

أما ان كانت زيادة الموصي في العين الموصي بها لها صفة مستقلة ولها قيمة لو انفصلت من العين ، فاما أن يمكن تسليم العين بدونها ، أولاً يمكن تسليم العين الا بها ، فان كان يمكن تسليم العين بدونها . كآلات الزراعة والرى والحرث ، والحصاد فان الموصي له ينفرد بالعين وحدها وتكون هذه الزيادة ملكاً للورثة تسلم اليهم .

(١) انظر : شرح قانون الوصية ص ٢٨٧ ، وأحكام الوصايا للدكتور بد ران ص ٢٢١ وما بعد ها ، والوصية للأستاذ البرد يسي ص ١٠٢ وما بعد ها .

وان كان لا يمكن تسليم الموصى به بدونها كالغراس والبنساء،
كأن يبنى طابقا فوق الطابق الموجود، أو يزرع فيها أشجارا ونحیلا
فالحكم فى هذه الزيادة أنها لا تدخل ضمن الوصية ولكن تكون
ملكا للورثة، ولا يصح تكليفهم بنزعها تغريفا لملك الموصى له،
وذلك أن التكليف بالهدم والقلع إنما هو جزءا* العدوان واحداث
الزيادة لم يكن عدوانا بل هو تصرف من الموصى الذى هو
المالك فيما يملكه .

ومن أجل ذلك فان الورثة تشارك الموصى له فى كل العين
بقيمة الزيادة قائمة، وتكون معرفة قيمتها بتقديم العين خالية
منها، وتقويمها بها، ثم ما يكون من فرق بين القيمتين فهو
قيمة الزيادة قائمة، وكما يشارك الورثة الموصى له فى العين كلها،
بقيمة الزيادة، فانهم يشتركون فى القلة بنسبة نصيبهم، والسوى
ذلك فقد أشارت المادة (٧١)^(١) من قانون الوصية المصرى بقولها :
" اذا غير الموصى معالم العين الموصى بها أو زاد فى عمارتها
شيئا ما لا يستقل بنفسه كالمرمة والتجصيص كانت العين كلها
وصيه، وان كانت الزيادة ما يستقل بنفسه كالغراس والبناء* شارك
الورثة الموصى له فى كل العين بقيمة هذه الزيادة قائمة .

(١) المصادر السابقه .

الحالة الثانية : هدم بناء العين الموصى بها ، ثم إعادة بنائها .
إذا قام الموصى بهدم الدار الموصى بها مثلا ثم قام بإعادة بنائها ، ففي هذه الحالة ننظر ، فإن أعاد بنائها على نفس ما كانت عليه من المساحة والهيئة العامة التي كانت عليها قبل الهدم ، كانت العين ببنائها الجديد وصية يمتلكها الموصى له وحده سواء كانت باقية على معالمها عند تجديدها أم كانت قد تغيرت معالمها ، كأن بناها بالحجر بعد أن كانت مبنية بالاجر ، أو بناها بالسلح بعد أن كانت مبنية بالحجر ، أو زاد في عدد حجراتها أو نقص منها ، وذلك لأن عمل الموصى هذا يعد في العرف إعادة لما هدم وتجديدا له ، فهو كالمرة سواء سواء .

أما إذا أعاد بناء الدار على كيفية أخرى غير التي كانت عليه في السابق قبل الهدم ، بأن كانت العين الموصى بها سكنا خاصا فهدمها وأقام مكانها مصنعا ، أو عمارة سكنية ، فإن هذا البناء الجديد يعد شيئا آخر غير الذي أوصى به فلا وجه لادخاله في الوصية ، بل يكون ملكا للورثة ، وأما الأرض فتبقي في ملك الموصى له ، لكنه نظرا لعدم إمكان فصل البناء عن الأرض بدون حدوث تغيير في هيئته وقيمه ، كان لابد من اشتراك الورثة بقيمته مع الموصى له في العين كلها ، والقيمة التي يشتركون بها هي قيمة البناء قائما لا قيمته مهدوما ، إذ هم غير مكلفين بالهدم لعدم عدوانهم .

أما إذا هدم الموصى الدار الموصى بها ثم أعاد بنائها على مساحة أكبر ، بأن ضم إليها أرضا أخرى ، وبني عليها جميعها ،

ففي هذه الحالة ، ينحصر حق الموصى له في المساحة الأولى فقط ، وما حدث من بناء فلا يدخل في الوصية ، بل يكون ملكا للورثة ، ولأنه لما لم يمكن فصله بدون أضرار تعود على الورثة نتيجة لذلك ، فإن الموصى له يشترك مع الورثة في ملكية العين كلها بقيمة الأرض الأولى التي هي حقه ، فيشتركون في غلة العين بنسبة حصة كل منهم ، وقد جاء حكم ذلك في المادتين " ٧٢ " و " ٧٣ " من قانون الوصية المصري .

فقد نصت المادة (٧٢)^(١) منه على أنه : " إذا هدم الموصى العين الموصى بها وأعاد بناءها على حالتها الأولى ، ولومع تغيير معالمها كانت العين بحالتها الجديدة وصيه .

وان أعاد البناء على وجه آخر اشترك الورثة بقيمته مع الموصى له في جميع العين " كما نصت المادة (٧٣)^(٢) منه على أنه : " إذا هدم الموصى العين الموصى بها وضم الأرض إلى أرض مملوكة له وبني فيها اشترك الموصى له مع الورثة في جميع الأرض والبناء بقيمة أرضه " .

الحالة الثالثة : الزيادة المتسامح فيها وغير المتسامح فيها : -

تبين لنا فيما تقدم أن الموصى إذا زاد في العين الموصى بها زيادة تستقل بنفسها كالبناء والفراس فانها لا تدخل في الوصية ، وانما يشارك الورثة الموصى له في كل العين بقيمة الزيادة

(١) المصادر السابقة .

(٢) الوصية : للأستاذ البرديسي ص ١٨٥ ، وشرح قانون الوصية ص ٢٨٧ .

قائمة " كما ورد بيان ذلك في المادة (٧١) من القانون غير أنه استثنى من ذلك ما اذا كانت هذه الزيادة ما يتسامح فيها عادة كبناء مكان للسيارة في فناء المنزل ، أو غرس أشجار قليلة في حديقة المنزل مثلا ، فقد قرر أن مثل هذه الزيادة في العين الموصى بها تدخل في الوصية ، وتكون العين كلها للموصي له ، كما استثنى أيضا من أحكام الهدم الواردة في المادتين (٧٢، ٧٣) ما اذا كان تغيير هيئة البناء ما يتسامح فيه عادة ، كما لو أعاد بناء الدار بشرفات بعد أن لم تكن موجودة ، أو كانت الأرض التي ضمها الى الأرض الأولى ما يتسامح فيه عادة ، كما لو زاد في مساحة الأرض مترا أو مترين ، وقد كانت قبل خمسين مترا ، أو زاد فيها ثلاثين مترا وكانت قبل ذلك سبعين مترا ، فان العين كلها بما لحق بها من زيادة تكون وصيه .

ولو كانت الزيادة في الحالات السابقة ما لا يتسامح فيه عادة لكن وجد ما يدل على أن الموصي قصد الحاقها بها ، فانها تدخل تحت الوصية كذلك .

فلو أوصى لأحد أولاده بدار من طابقين ، فشرع الموصى له في الزواج فأقام أبوه طابقا ثالثا ، فهذا يدل على أنه قصد الحاقه بالوصية ، ليسكن فيه مع زوجته .

وقد أوردت هذه الاستثناءات المادة (٧٤) من القانون بقولها^(١) " استثناء من أحكام المواد (٧١) فقرة ثانية ، و (٧٢) فقرة ثانية

(١) انظر : المصادر السابقة . وانظر : الوصية للبرديسي ص ١٨٥

و (٧٣) اذا كان مادفعه الموصي أو زاده في العين يتسامح في مثله عادة ألحقت الزيادة بالوصية وكذلك تلحق الزيادة التي لا يتسامح فيها اذا وجد ما يدل على أن الموصي قصد الحاقها بها .

الحالة الرابعة : ادماج بناء العين الموصي بها مع بناء آخر :

(١) نصت المادة (٧٥) من قانون الوصية المصرى على أنه : " اذا جعل الموصي من بناء العين الموصي بها ومن بناء عين مملوكة له وحدة لا يمكن معها تسليم الموصي به منفردا اشترك الموصى له مع الورثة بقدر قيمة وصيته . "

وقد أورد القانون هذه الحالة في المادة السابقة ، لأنها ليست في الحقيقة من حالات الزيادة في الموصي به ، ولكنها شبيهة بها في الصورة والحكم .

(٢) وصورتها : أن يكون لشخص داران متجاورتان كل منهما شقة واحدة ، فيوصي باحدهما لأحد أولاده ، وبعد الوصية يتقوم باحدهما معا وجعلهما دارا واحده ذات شقتين ، ويقوم بسداد البابين ، ويجعل للدار باها واحدا ، فعند وفاته ليس من حق الموصي له إعادة الحال الى ماكانت عليه ، بحجة أن حقه في البناء الأول على الاستقلال ، لأنه لا يستحق بمقتضى الوصية الا حصة شائعة في العين كلها تساوي قيمة العين التي كان قد أوصى له بها .

(١) المصادر السابقة ، وانظر: احكام الوصايا والأوقاف للدكتور بدران ص

٢٢٦ . (٢) المصادر نفسها .

الفصل الثامن

الوصية بالمنافع

وفيه مباحث : المبحث الأول

الوصية بالمنافع^(١)

وفيه مطالب : المطلب الأول

في مدلول كلمة " المنافع "

كلمة المنافع يختلف مدلولها عند الفقهاء ..

* فمنهم من يرى أنها لاتدل عند الاطلاق الا على الأعراض التي تقسم بالأعيان كسكنى الدار، وركوب الدابة، والخدمة ونحو ذلك، وان اطلاقها على غيرها من ثمرات الأعيان انما هو بطريق المجاز متى وجد قرينة تدل على ذلك وذلك كالزرع والأجرة والشمر والكسب، وقد قال بذلك الشافعية في القول المعتمد عندهم^(٢).

* ومنهم من يرى أنها تطلق على ثمرات الأعيان، سواء أكانت أعراضاً^(٣)

-
- (١) النفع كالمنع، والاسم المنفعة والنفع والنفعية " والنفع الخير، وهو: " ما يتوصل به الانسان الى مطلوبه، يقال ينفعي نفعاً وبنفعة فهو نافع وانتفعت بالشئ وبنفعي الله به. انظر: القاموس المحيط مادة (النفع) في ٣/ ٨٩، وانظر: المصباح المنير ٢/ ٦١٨ مادة (النفع) .
- (٢) انظر: نهاية المحتاج ٦/ ٨٣، ٥٠، وانظر: مفنى المحتاج ٣/ ٤٥، ٤٥ . وانظر: أحكام الوصايا للاستاذ شلبي ص ١٢٩، ١٨٠ .
- (٣) انظر: المصادر السابقة، وانظر: المغني مع الشرح ٦/ ٤٧٧، وانظر: المدونة ١٥ في مواضع متفرقة من الوصايا . وانظر: رد المحتار ٦/ ٦٩٢ وما بعدها . وانظر: الكافي ٢/ ٤٨١ .

أم أعيانا متولدة منها كالشمر والزرع ، أو غير متولدة منها كأجرة الأرض وكسب الانسان مثلا ، وهو قول لبعض الشافعية ، كما هو مذهب الحنفية ، فقد دأبت كتبهم على التمثيل للمنافع بالخدمة والسكنى والغلة ، وهى كل ما يحصل من ربيع الأرض وكرائها ، وأجرة الفلام ونحو ذلك ، فيدخل ثمن الشجر غير الشمر ، كالحور والصفصاف * كما يقول صاحب الدر المختار ، وقد قال بذلك أيضا المالكية والحنابلة ، وقد اختار قانون الوصية المصري من هذين الرأيين الرأى الثاني .

* كما صرحت بذلك مذكرته^(١) التفسيرية : حيث نصت على أن المراد بالمنافع : " ما يشمل المنافع المحضة للمعين كسكنى الدار وزرع الأرض ، أو بدلها كأجرة الدار والأرض ، أو ما يخرج منها كثمرة البستان والشجر وهو رأى فقهاء الحنابلة في المنفعة " .

الا أنها لم تقف بالمنافع عند هذا المعنى الواسع ، بل تجاوزته فجعلت الوصية بالمنافع شاملة للوصية بحقوق الارتفاق ، وحق التعليق والوصية بقدر من المال يدفع شهريا مثلا من غلة أرضه ، والوصية بأن تباع أرضه لشخص مسعى بشمن معين ، أو بالتأجير له كذلك ، أو بالاقتراض أو بقسمة التركة على وجه معين " .

وهذا التعميم الأخير من القانون فيه نظر ، ولذلك لم يسلم من توجيه الانتقاد اليه ، فقد قال فيه الشيخ أبو زهرة ، بعد أن ذكره : " وفى جعل هذين - أى الوصية ببيع عين ، والوصية بتقسيم التركة - من المنافع ، نظر ، ولذلك جعلنا كل واحد منهما تسما

(١) انظر : أحكام الوصايا للاستاذ شلبى ص ١٨٠ .

(٢) انظر : شرح قانون الوصية ص ١٤٢ .

بذاته ، ولم نجعله من المنافع ، ويقول الاستاذ^(١) محمد شلبي فسى
نقده لهذا التعميم : " وهذا التعميم الأخير ليس كما ينبغي ، لأنه
ان أريد به أن هذه الأشياء الموصى بها داخلة فى حد المنافع
فغير مسلم ، لأن منها أشياء ليست ثمرة للمال كبيع هذه المـ
أو تأجيرها لفلان ، أو قسمة التركة ، وان أريد به أن هذه الوصايا
هى منافع للموصى لهم فلا وجه لقصرها على هذه الأشياء ، بـ
ان الوصية بالأعيان فيها منافع للموصى لهم ، ثم يضى فى نقده
ليبين أن هذا الشمول فى مسلك القانون نفسه غير مسلم به ، فيقول
: " ومع هذا ، فان هذا الشمول غير مسلم حتى فى مسلك القانون
نفسه ، لأنه جعل للوصية بالمنافع فصلا ، وللوصية بالمرتبات فصلا آخر
وللوصية بالحقوق والاقتراض وتقسيم أعيان التركة مواد أخرى ، وهى
المواد ١١ ، ١٢ ، ١٣ ، ولم يذكر فى فصل الوصية بالمنافع غير الوصية
ببيع عين من التركة أو تأجيرها جاء حكمها بالمادة ٥٦ " .

وأرى أن التصريف الشامل الذى أختاره تعريفاً لمدلول كلمة المنافع
ويتفق مع ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثانى ، من غير أن يتوجه اليه
مثلاً توجه الى تعريف المذكرة التفسيرية للقانون لما يراد بالمنافع من
انتقاد هو ما ذكره الاستاذ المرحوم الشيخ احمد ابراهيم بك ، فقد
عرف المنافع تعريفاً حسناً هذا نصه^(٢) : " المراد بالمنافع ثمرات الأعيان
المالية ، وما يستفاد منها بحسب ما هي مهياة له خلقاً أو وضماً أو حبلاً
سواء أكانت تلك الثمرات أعياناً مادية متولدة من الأصل ، أم غير

(١) انظر : أحكام الوصايا ص ١٨٠ ، ١٨١ .

(٢) انظر : شرح قانون الوصية ص ١٤٢ .

متولدة ، أم كانت أعراضاً قائمة بتلك الأعيان ، والشمرات المتولدة تشمل الأشجار على اختلاف أنواعها ، والمحصولات الزراعية ، وغير المتولدة تشمل الأجور التي تعطي في مقابلة الانتفاع بتلك الأعيان ، واستعمالها كأجرة الأرض الزراعية ، والدور ، والعراد بالأعراض الصفات اللازمة للأعيان التي تكون بها صالحة للانتفاع ، كصلاحية الدواب للركوب والحمل ، والجبر ، والدور للسكنى .

... ..

المطلب الثاني

حكم الوصية بالمنافع

الوصية بالمنافع جائزة باتفاق الأئمة الأربعة^(١)، ومعهم جمهور فقهاء المسلمين، ولم يعرف في هذا مخالف إلا ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأهل الظاهر، وفي ذلك يقول ابن رشد^(٢) : " واختلفوا في المنافع فقال جمهور فقهاء الأمصار ذلك جائز، وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة^(٣) وأهل الظاهر الوصية بالمنافع باطلة " .

الأدلة والناقشة :

أولا : استدل المانعون من الوصية بالمنافع بدليلين : -

الأول : أن في الوصية بالمنافع وصية بمال الوارث، وذلك لأن

نفاذ الوصية إنما يعتبر بعد موت الموصي، فتحدث المنافع على ملك الورثة، لأن الرقبة ملكهم وملك المنافع تابع لملك الرقبة

(١) انظر: المغني مع الشرح ٤٧٧/٦، وانظر المبسوط ١٨١/٢٧ .

وانظر : الفتاوى الهندية ١٠٧/٦ .

(٢) انظر : بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٣٢٩/٢ .

(٣) هو أبو شبرمة عبد الله بن شبرمة . تابعي . من فقهاء الكوفة . ولد سنة

٧٢ هـ، وأخذ عن الشعبي، قال حماد بن زيد : " مارأيت كوفيا أفقه

من ابن شبرمة، وقال ابن شبرمة عن نفسه : " إذا اجتمعت أنا

والحارث يعني العكلي على مسألة لم نبال من خالفنا " .

توفي سنة ١٤٤ هـ . طبقات الفقهاء ص ٨٤ .

(٤) انظر: المصادر السابقة، وانظر: المحلى لابن حزم ٣٩٣/٩ وما

بعدها .

فكان في الوصية به وصية بمال الورثة ، فلا يصح ^(١) .
ونوتش هذا الدليل ^(٢) : بأن الموصي لما أفرد ملك المنفعة
بالوصية ، فقد جعله مقصودا بالتملك ، ومن ثم فقد أصبح غير
تابع لملك الرقبة ، فلا يكون في الوصية به وصية بمال الوارث ،
على أنه يلاحظ بأن الشارع قد أبقى ما يحتاج إليه الموصي
بعد موته ، على ملكه حتى تقضى حاجته ، كما في الدين
فانه يبقى من ماله على ملكه مقدار ما يوفي ديونه .

الثاني : أن الوصية بالمنافع في معنى الاعارة ، إذ الاعارة تملك
المنفعة بغير عوض ، وكذلك الوصية بالمنفعة ، والعارية تبطل
بموت المعير ، فلما كان للموت أثر في بطلان العقد على
المنفعة بعد صحته ، فلأن يكون مانعا من الصحة عند انشائه
من باب أولي ، لأن النفع أسهل من الرفع ^(٣) .
ونوتش هذا الدليل : بأن قياس الوصية على الاعارة في
الابطال بالموت قياس مع الفارق ، وذلك أن المعير جعل
ملك المنفعة مقصودا بالتملك ، في الحال لا بعد الموت ، لأنه
انما يعار الشيء للانتفاع به في حال الحياة عادة ، لا بعد
الموت ، فينتفي العقد بالموت .

وأما الموصي ، فانه قد جعل ملك المنفعة مقصودا بعد الموت ،
فلا تبطل به ، ونظير ذلك ، التوكيل حال الحياة والتوكيل بعد
الوفاة بطريق الإحصاء ، فان كلا منهما إنابة للخير ، إلا أن الأول

(١) انظر : المصادر السابقة .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ١٠ / ٤٨٨٢ .

(٣) انظر : المصدر نفسه .

انابة حال الحياة فينتهي بموت الموكل ، والايضا ، توكيل
وانابة بعد الوفاة ، فلا يعزل الوصي بموت الموصي (١) .

ثانيا : واستدل الجمهور على صحة الوصية بالمنافع ، بأن الوصية
يتوسع فيها مالا يتوسع في غيرها من العقود ، وقد جازت الاعارة
في الحياة ، فتجوز الوصية وتنفذ بعد الوفاة ، وبأن ملك المنفعة
وملك العين ليست الملازمة بينهما تامة بحيث لا تقبل الافتراق ،
ان لا دليل على هذه الملازمة ، فان العين عندما ملكها الوارث قد
ورثها ، وقد تعلق بها حق الموصى له في الانتفاع ، فكلاهما
قد تلقى الملك فيما خصص له بالخلافة ، فالوارث بالخلافة
الأصلية الاجبارية ، والموصى له بالخلافة الاختيارية وقتها واحد
ولا مرجح لأحدهما على الآخر ، مادام الموصى لم يتجاوز
ما حد له الشارع وهو الثلث .

كما أن الموصى له الحرية فيما ملكه حال الحياة ، وفيما جعله
له الشارع بعد الوفاة ، وقد جعل له حق التصرف بعد الوفاة
في ثلث ماله ، فيجوز له أن يملك المنفعة ، لأن من ملك الأكثر
ملك الأقل ، وله الولاية في الثلث كامله ، كما له الولاية في حال
الحياة كاملة ، وقد جازت منه الاعارة حال الحياة ، فتجوز منه
الوصية بعد الوفاة (٢) .

(١) انظر : المراجع السابقة ، وانظر : أحكام الوصايا للاستاذ شلبي ١٨٢

(٢) المصادر السابقة ، وانظر : شرح قانون الوصية ١٤٤/١٤٣ .

وبالموازنة بين هذين الرأيين ودليليهما ، فإنه يترجح لنا القول بصحة الوصية بالمنافع ، وهو ما سار عليه قانون الوصية المصرى ، فقد صحح الوصية بمنافع العين كلها أو بعضها ، كما قال بصحتها سواء كانت من مالك العين ، ومنفعتها معا ، أو كانت من مالك المنفعة فقط ، كالمستأجر الذى يوصي بمنفعة العين التى يملك منفعتها مدة الاجارة ^(١) .

... ..

(١) انظر: شرح قانون الوصية ص ١٤٢ / ١٤٣ .

المطلب الثالث

تقدير المنفعة الموصى بها

• اختلف الفقهاء في تقدير المنفعة الموصى بها .

فالذي ذهب اليه فقهاء الحنفية أن تقدير المنفعة الموصى بها يكون بتقدير العين المنتفع بها نفسها ، فان خرجت العين من ثلث التركة نفذت ، وان لم تخرج من ثلث التركة ، توقف نفاذ ما زاد على الثلث على اجازة الورثة ، من غير فرق عندهم في كون الوصية مؤبدة أو مؤقتة بمدته ، طال الوقت أم قصر .

وقد عللوا ذلك بأن الوصية بالمنافع لشخص حبس لها عن الورثة مدة انتفاع الموصى له بها ، لأن المقصود من الأعيان منافعها ، والموصى لا يملك حبس الأعيان عن ورثته الا في حدود ثلث التركة ، فاذا صارت العين لشخص والمنفعة مستحقة لآخر ، أصبحت العين بالنسبة لمالكها بمنزلة العين التي لا فائدة فيها ، فصارت الوصية بالمنفعة كأنها وصية بالعين ذاتها ، فتقدر المنفعة بها ^(١) .

وهذا التعليل غير مسلم به على اطلاقه ، لأنه ان سلم لهم فسي حالة ما اذا كانت الوصية مؤبدة أو مطلقة ، فلا يسلم لهم به فسي حالة ما اذا كانت محددة بمدة معلومة ، خصوصا وأن دعوى تليك المنفعة عاما أو عامين يجعل العين لاقيمة لها دعوى ليس لها قائل .

(١) انظر : بدائع الصنائع ١٠/٤٨٨٨ ، وانظر: رد المحتار ٦/٦٩٢ ، وانظر : أحكام الوصايا للأستاذ شلبي ص ١٩٥ ، وانظر: الفتاوى الهندية ٦/١٢٢ .

ولذلك نجد أن الاستاذ شلبي بعدما ساق هذه المناقشة رأى أن التعليل الذى يتفق مع رأيهم هذا هو أن يقال : " بأن المنافع ليست أموالا فلا تقوم الا في ضمن عقد معاوضة كعقد الاجارة، والوصية ليست عقد معاوضة حتى تقوم فيها المنافع وحدها ، لو قالوا ذلك لاستقام مع أصلهم في المنافع وان لم يسلم لهم هناك (١) .

أما الحنابلة (٢) فقد فرتوا بين الوصية بمدة مقدرة معلومة ، وبين التى لم تعلم مدتها ، فجعلوا التقدير في الأولى للمنفعة فقط، وذلك بأن تقوم العين بمنفعتها في تلك المدة ، ثم تقوم وحدها بدون المنفعة فيها والفرق بينهما هو قيمة المنفعة ، وهو مقدار الوصية .

أما الوصية التى لم تعلم مدتها سواء كانت مؤبدة أم مطلقة أم مقيدة بمدة مجهولة كحياة الموصي له مثلا ، ففي تقديرها وجهان : أحدهما : أنها تقدر بجموع الرتبة والمنفعة ، لأن تملك المنفعة على هذه الصورة يجعل العين لاقية لها في نظر الناس غالبا ، ولأن تقدير المنفعة وحدها حينئذ متعذر .

وثانيهما : أنها تقدر بقيمة المنفعة وحدها ، بأن تقوم العين بمنفعتها ثم تقوم العين سلوية المنفعة كما جاء بالوصية ، والفرق بينهما هو قيمة الوصية ، فاذا قومت العين بمنفعتها بمائة وبدون المنفعة بعشرة ، تكون قيمة المنفعة تسعين . وفى ذلك يقول ابن قدامة (٣) فى المغني : " اذا ثبت هذا فمتى أريد

(١) أنظر : أحكام الوصايا للأستاذ شلبي ص ١٩٥ .

(٢) انظر : المصدر نفسه ، وانظر : المغني مع الشرح ٦/٤٧٧ ، ٤٧٨ .

(٣) انظر : المغني مع الشرح ٦/٤٧٨ .

تقييمها ، فان كانت الوصية متيدة بمدة ، تقوم الموصى بمنفعته مسلوب المنفعة تلك المدّة ، ثم تقوم المنفعة في تلك المدّة فينظر كم قيمتها ، وان كانت الوصية مطلقة في الزمان كله ، فقد قيل تقوم الرقبة بمنفعتها جميعا ، ويعتبر خروجها من الثلث ، لأن عبدا لا ضفعة له ، وشجرا لا ثمر له ، لا قيمة له غالبا ، وقيل تقوم الرقبة على الورثة ، والمنفعة على الموصى له ، وصفة ذلك أن يقوم العبد بمنفعته فاذا قيل قيمته مائة قيل كم قيمته لا ضفعة فيه ؟ فاذا قيل عشرة علمنا أن قيمة المنفعة تسعون "

وقد وافق فقهاء الشافعية فقهاء الحنابلة في هذا التفصيل فسي حالة ما اذا كانت الوصية بمنافع العين كلها كخلة الأرض والدار ، أو منافعها ، فقد ورد في نهاية المحتاج ^(١) : " والأصح أنه تعتبر قيمة العبد كلها أي مع منفعته من الثلث ان أوصى بمنفعته أبدا أو مدة مجهولة . . . وان أوصى بها مدة معلومة تقوم بمنفعته ثم تقوم مسلوبها تلك المدّة . . . " .

وخالفهم في حالة ما اذا كان الموصى به بعض منافع العين ، كما لو أوصى لشخص بالبيان بقرة مثلا ، فانه في هذه الحالة تقدر المنفعة وحدها ، بأن تقوم الأعيان بمنافعها كلها ، ثم تقوم بغير المنفعة الموصى بها ، والفرق بينهما هو قيمة الوصية سواء كانت مؤبدة أو مطلقة ، أو محددة المدّة معلومة كانت أو مجهولة . وفي ذلك فقد جاء في نهاية المحتاج ^(٢) : " والكلام في الوصية بجميع المنافع ، فلو أوصى لـ

(١) انظر : نهاية المحتاج ٨٩/٦ .

(٢) انظر : احكام الوصايا للاستاذ شلبي ص ١٩٦ ، فقد اقتبس .

ببعضها كلبن الشاة مثلا تومت بلبنها ، ثم خلية عنه أبدا
أو الى المدة المعلومة ان ذكرها ، ونظر في التفاوت أيسمه الثلث
أم لا " .

وقال الامام مالك ، اذا أوصى بخدمة عبده سنة فلم يخرج من
الثلث ، فالورثة بالخيار بين تسليم خدمته سنة وبين تسليم ثلث
المال ، وكذلك لو أوصى بسكنى داره سنة .

* فقد ورد في المدونة^(١) للامام مالك ما نصه : " رأيت اذا أوصى
رجل لرجل بخدمة عبده سنة وليس له مال غيره ، أو له مال لا يخرج
العبد من ثلثه (قال) قال مالك الورثة بالخيار ان أحبوا أن
يسلموا خدمته سنة ثم يدفع اليهم العبد بعد السنة والا أسلموا
اليه ثلث مال الميت بثلا (قال) وكذلك لو أوصى لرجل بسكنى داره
سنة (قال) وهذا وخدمة العبد سواء وكذلك قال مالك اما أسلموا
اليه سكنى داره سنة ، واما اقطعوا له بثلث الميت . . . " .

وقد ناقش ابن قدامة^(٢) ما ذهب اليه مالك بأن الوصية صدرت
صحيحة فيجب تنفيذها على صفتها ان خرجت من الثلث أو بقدر
ما يخرج من الثلث منها كسائر الوصايا أو كالأعيان .

أما قانون الوصية المصري فلم يلتزم مذهبا معينا فقد أخذ بمذهب
الحنفية في حالة ما اذا كانت الوصية بكل منافع العين أو ببعضها
مؤبدة أو مطلقة ، أو بمدة حياة الموصي له ، أو بمدة معلومة تزيد
على عشر سنوات ، حيث اعتبر تقدير الوصية بقيمة العين نفسها ، فإذا

(١) انظر : المدونة ٤٦/١٥ .

(٢) انظر : المغنى مع الشرح ٤٧٨/٦ .

أوصى بالمنفعة عقار مطلقاً أو على التأبيد أو لمدة إحدى عشرة سنة
قدرت المنفعة بقيمة العين نفسها ، وذلك لأن احتمال تحقق أصل
الورثة في الانتفاع بها بأنفسهم احتمال بعيد ، فكان الورثة بأنفسهم
قد نقص منهم ذلك القدر من العين التي أوصى بالمنفعة في الوقت
الذي يجب أن يتوافر لهم من التركة ثلثها على وجه اليقين ، وذلك
لأن حق الموصي في الوصايا لا يتجاوز الثلث بيقين ، وحيث إن ذلك
لا يتم بغرض تنفيذ الوصية بالمنفعة ، إلا إذا تأكدنا من خروج العين
من الثلث ، كان النظر عند تقدير المنفعة بقيمة العين نفسها ليكون
للورثة ضمان الثلثين لهم ينتفعون بها في الحياة .

واخذ في الجملة بمذهب الشافعية والحنابلة في حالة ما إذا كانت
الوصية بالمنفعة لمدة عشر سنين أو أقل ، حيث اعتبر التقدير
بقيمة المنفعة الموصى بها في هذه المدة ، = أي تقدير المنفعة
بأجرة المثل للعين = وذلك لأن أصل الورثة في رجوع العين إليهم
في هذه المدة متيقن^(١) ، وقد جاء بيان تلك الحالتين في المادة (٦٢)^(٢)
من قانون الوصية ونصها : " إذا كانت الوصية بكل منافع العين
أو ببعضها ، وكانت مؤبدة ، أو مطلقة ، أو لمدة حياة الموصى له
أو لمدة تزيد على عشر سنين قدرت بقيمة العين الموصى بكل منافعها
أو بعضها .

-
- (١) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ ابو زهرة ص ١٥٨ ، وما بعدها .
وانظر : الوصية للجرديسي ص ١١٥ / ١١٦ .
(٢) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ ابو زهرة ص ٢٨٥ .

فاذا كانت الوصية لمدة لا تزيد على عشر سنين قدرت بقيمة^(١)
المنفعة الموصي بها في هذه المدة " .

... ..

(١) تقدير المدة بعشر سنين ، انما هو اجتهاد قانوني ، والا فانه
ليس موجودا في هذين المذهبين ، انظر: أحكام الوصايا للاستاذ
شليى ص ١٩٧ .

المطلب الرابع

نفقات العين الموصى بمنفعتها

تقدم لنا عند الكلام على شروط الموصى به أن الوصية بما يجرى فيه الارث، أو بما يصح أن يكون محلاً للتعاقد حال الحياة جائز عند الفقهاء .

وقد ذكروا أن ما يجرى فيه الأثر الوصية بالعين رتبة أو منفعة أو رتبة فقط، وأن ما يصح أن يكون محلاً لتعاقد الموصى حال حياته الوصية بالمنفعة وحدها . دون الرتبة .

فلو وصى لشخص برتبة عين، ولاخر بمنفعتها، فالوصيتان صحيحتان^(١) لكن على من تجب النفقة حال نفاذ الوصية أعلى صاحب الرتبة، أم على صاحب المنفعة في المسألة ثلاثة آراء^(٢) :-

الرأى الأول :-

أنها تجب على صاحب المنفعة، وقد قال بذلك الحنفية ومالك والاصطرخي، وهو الذى رجحه ابن قدامة في المغني .^(٣)

(١) انظر الاشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي ص ٣٥١، وشرح قانون الوصية

١٦١، وانظر: السراج الوهاج ص ٣٣٧، وانظر: مغني المحتاج ٣/٤٥٠ .

(٢) انظر : المغني مع الشرح ٦/٤٧٩، ٤٨٠، وانظر : المدونة للامام

مالك ١٥/٣٢ فقد جاء فيها : " رأيت نفقة العبد على من هو أعلى المخدم أم على الموصى له برتبة العبد . . . قال أى " مالك " على الذى أخدم، وانظر : المجموع ١٥/١٣٠ .

(٣) هو أبو سعيد الحسن بن احمد الاصطرخي، ولد سنة ٢٧٤ هـ، وكان

ورعاً متقلاً، ولي قضاء قم، كما تولى الحسبة في بغداد، صنف كتاباً
==

الرأى الثاني :

أنها تجب على صاحب الرقبة ، وقد ذكر الشريف أبو جعفر أنه مذهب أحمد ، كما أنه قول أبي ثور ، وظاهر مذهب^(١) الشافعى .

الرأى الثالث :

أنها تجب في كسبه .

الأدلة والمناقشة :

أولا : استدل من قال بوجود النفقة على صاحب الرقبة بأن النفقة على الرقبة ، فكانت على صاحبها كالعبد المستأجر ، وكما لو لم يكن له منفعة^(٢) .

ونوقش هذا الدليل : أولا من ناحية القياس على العبد المستأجر بأنه قياس مع الفارق ، ذلك أن نفع المستأجر يعود في الحقيقة على المؤجر ، لأنه هو الذى يأخذ الأجر عوضا عن منافعه .
وأما من ناحية القياس على حالة من لم يكن له منفعة فهذا يرد به بأن في ايجاب النفقة على من لانفع له ، ضرر محض فيصير معنى الوصية أوصيت لفلان بنفع هذا العبد مثلا وأبنت ضرره على ورثتى ، أو أوصيت بضرره لفلان ، وهذا غير جائز شرعا .

= = حسنا فى أدب القضاء . توفي سنة ٣٢٨ هـ . انظر : طبقات الفقهاء ص ١١١ .

(١) انظر : تحفة المحتاج ٦٤/٧ ، ونهاية المحتاج ٦٨/٦ .

(٢) انظر : المغني مع الشرح ٤٧٩/٦ ، ٤٨٠ .

ولذلك جعل الخراج بالضمان ليكون ضرره على من له نفعه^(١) .
ونوقش الرأي القائل بوجوب النفقة في الكسب . بأن الكسب يعتبر من المنافع ، فكان في هذا رجوع الى ايجابها على صاحب المنفعة ، فاذا صرف في نفقته ، فقد صرف المنفعة الموصى بها الى النفقة ، فصار كما لو صرف اليه شيء من ماله سواء^(٢) .
وقد استدل من قال بوجوب النفقة على صاحب المنفعة ، وهو الرأي الذي رجحه ابن قدامة وهو الذي اختاره ، استدلال ذلك بأن صاحب المنفعة هو المالك لها على التأبيد ، فكانت النفقة عليه كالزوج ، وبأن النفع له ، فكان عليه ضرره ، كالمالك لهما جميعا ، والفرم بالغم^(٣) .
وفي ذلك يقول الشيخ محمد ابوزهرة : " وقد تبين من هذا أن فقهاء أهل الرأي هم الذين يرون أن نفقات الميــــن وضرائبها على المنتفع ، وتبين أنه رأي في مذهب أحمد ، وأنه الأصح ، ووجهه - ابن قدامة - أحسن توجيهه " .
وبما أننا انتهينا الى القول بترجيح النفقة على صاحب المنفعة لأنه هو المنتفع بها ، والفرم بالغم ، فإنه لا يفوتنا أن نشير مع ذلك الى أن الفقهاء قد ذكروا بأن وجوب نفقات المعين الموصى بها = سواء كانت فيما يتعلق بحفظها وصيانتها

-
- (١) انظر : المغنى مع الشرح ٤٧٩/٦ / ٤٨٠ .
(٢) انظر : المغنى مع الشرح ٤٧٩/ ٦ .
(٣) انظر : المصدر نفسه .
(٤) انظر : شرح قانون الوصية ص ١٦٤ - بتصرف -

وبقائها ، أو كانت ما يتوقف عليه استيفاؤها أو ما يفرض عليها من ضرائب = قد ذكروا بأن وجوب ذلك على صاحب المنفعة إنما يكون في حالة ما إذا كانت العين سالحة للانتفاع ، وتكمن صاحب المنفعة من ذلك صدة انتفاعه بها ، أثمرت العين أولم تثمر وسواء كان ذلك بسبب منه ، أو بسبب خارج عن إرادته .

وقد رتبوا بناءً على ذلك بأنه في حالة إهماله أو امتناعه عن الانتفاع عليها أو عن دفع ما عليها من ضرائب مستحقة ، وتقيام صاحب الرقبة بذلك ، فإنه يصير له الحق في غلة العين ، ويستوفيه منها من قبل صاحب الموصى له بالمنفعة .

أما إذا كانت العين غير سالحة للانتفاع ، كما لو كانت أرضاً بوراً ، فإن نفقات إصلاحها في هذه الحالة ، وما يفرض عليها من ضرائب تكون على صاحب الرقبة ، لأن صاحب المنفعة لا غم له فيها حتى يلتزم بغير ما تحتاجه من نفقات ، وفيما ذكرنا يقول ^(١) السرخسي : " وإذا أوصى بخلعة نخلة أبداً لرجل ولاخر برقبته ، ولم تدرك ولم تحمل فالنقطة في سقيها والقيام عليها على صاحب الرقبة ، لأن بهذه النقطة ينمو ملكه ولا ينتفع صاحب الغلة بذلك فليس عليه شيء من هذه النقطة ، فإذا أثمرت فالنقطة على صاحب الغلة ، لأن منفعة ذلك ترجع إليه فان حملت عاماً ثم أحالت فلم تحمل شيئاً فالنقطة على صاحب الغلة ، لأن منفعة ذلك لصاحب الغلة فالأشجار التي من عاداتها أن تحمل في سنة ولا تحمل في سنة

(١) انظر : المبسوط للسرخسي ٤/٣/٢٨ ، وانظر : الفتاوى الهندية

تكون شمارها في السنة التي تحمل فيها وجود وأكثر منها اذا كانت تحمل في كل عام وهو نظير الموصى بخدمته ، فانها على الموصى له بالخدمة بالليل والنهار جميعا وان كان هو ينام بالليل ولا يخدم فان لم ينفق صاحب الغلة وانفق صاحب الرقبة عليها حتى تحمل ، فانه يستوفي نفقته من ذلك ، لانه كان محتاجا الى الانفاق لكيلا يتلف ملكه فلا يكون متبرعا فيه ، ولكنه يستوفي النفقة من الشار وما يبقى من ذلك فهو لصاحب الغلة " .

... ..

مسلك قانون الوصية المصري :

أخذ قانون الوصية المصري برأي الحنفية وهو الرأي الذي رجحه ابن قدامة في المغني ، والذي يقضى بجعل نفقات العين الموصى بها على صاحب المنفعة مع ملاحظة كون العين صالحة للانتفاع أو غير صالحة للانتفاع، فقد قرر ذلك في مادته (٥٨) والتي نصت على أنه : " إذا كانت الوصية لمعين بالمنفعة ولاخر بالرقبة فان ما يفرض على العيين من الضرائب وما يلزم لاستيفاء منفعتها يكون على الموصى له بالمنفعة "

فقد جاءت تلك المادة بتنظيم العلاقة بين الموصى له بالمنفعة والموصى له بالرقبة ، مبينة أن النفقات اللازمة لاستيفاء المنفعة كتسييد الأرض ورعيها ، ورعاية الدابة وعلفها تكون على الموصى له بالمنفعة ، وذلك أن الملك وان كان ثابتا في الأصل للموصى له بالرقبة وهذا يقتضى وجوب النفقة عليه الا أنه لما كان ممنوعا من الانتفاع بما يملك مدة الوصية بالمنفعة ، وكان المنتفع هو الموصى له بالمنفعة فان النفقة اللازمة لاستيفاء المنافع تجب عليه دون الموصى له بالرقبة ليكون الغرم بالغنم ، ولذلك تقدر بنسبة ما تفله العين .^(٢)

وقد أشارت المذكرة التفسيرية لقانون الوصية أن ذلك في حالة^(٣)

ما اذا كانت العين صالحة للانتفاع حيث نصت على أنه :
" اذا أهمل صاحب المنفعة القيام بما يلزم لبقاء العين صالحة للانتفاع بها ، أو لم يدفع ما عليها من الضرائب فأنفق صاحب الرقبة

(١) انظر : شرح قانون الوصية ص ٢٨٤ .

(٢) انظر : أحكام الوصايا للدكتور بدران ص ١٩٢ .

(٣) انظر : شرح قانون الوصية ص ١٦٢ .

فيما تحتاج اليه العين من الاصلاح لبقائها عامرة أو دفع ما عليها من الضرائب كان ما دفعه حقا في غلة العين يستوفيه منها تبـلـ الموصي له بالمنفعة " ، ولا يؤثر في وجوب نفقات الاصلاح على الموصي له بالمنفعة عدم انتفاعه بالعين فسترة تقع خلال مدة الانتفاع اما لامتناعه عنه رعاية لمصلحته ، كما لو كان يزرع الأرض سنة ويتركها سنة أخرى ليزيد ذلك من محصولها ، أو لسبب خارجي منعه منه ، فما دامت العين سلمت اليه صالحة للانتفاع وحازها هو فـاـ أن ينتفع بها ويدفع النفقات اللازمة لها ، أو يردها الى مالك الرقبة .

أما اذا كانت العين غير صالحة للانتفاع بها أصلا كأن كانت أرضا بورا ، فنفقات اصلاحها تكون على مالك الرقبة ، وهذا ما أشارت اليه المذكرة التفسيرية لقانون الوصية بقولها : " اذا كانت العين غير صالحة للانتفاع بها ، كأن كانت أرضا بورا ، فإن نفقة اصلاحها ، وما يفرض عليها من الضرائب يكون على الموصي له بالرقبة " .

... ..

(١) انظر المصدر نفسه .

المطلب الخامس

بيع مالك الرقبة للعين الموصى بمنفعتها

إذا باع مالك الرقبة العين الموصى بمنفعتها ، فاما أن يبيعها للموصى له بالمنفعة أو لغيره .

فان باعها للموصى له بالمنفعة صح البيع ونفذ ، وبطلت الوصية بالاتفاق ، وذلك لأن المشتري ملك المنفعة بملك الرقبة ، فلا معنى لبقاء الوصية^(١) .

وانما حصل الخلاف فيما اذا باعها لغير الموصى له بالمنفعة .

* فالذي ذهب اليه الحنفية هو جعل البيع متوقفا على اجازة صاحب المنفعة ، فان اجازته نفذ وبطلت الوصية ، وذلك لتعلق حقه بهذه العين فيتوقف التصرف فيها على اجازته ، فاذا اجاز فقط أسقط حقه^(٢) .

في حين يرى غيرهم^(٣) من الفقهاء أن هذا البيع لا يتوقف نفاذه على

(١) انظر : الفتاوى الهندية ٣٠٩/٦ ، وانظر : الوصية ص ١٢١ .

(٢) انظر : المصدر نفسه .

(٣) ذكر ابن قدامة في المغني أن بيع العين الموصى بمنفعتها فيه مذاهب حيث قال : " فقل لا يجوز بيعه من مالك منفعته دون غيره لأن مالا منفعة فيه لا يصح بيعه كالحشرات والميتات ، وقيل يصح بيعه من مالك منفعته دون غيره لأنه يجتمع له ملك المنفعة وملك الرقبة فينتفع بذلك بخلاف غيره ، وقيل يصح له ولغيره وقال بذلك الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي . انظر : المغني مع الشرح ٤٨٠/٦ ، وفي تحفة المحتاج ٦٥/٧ ، يصح البيع مطلقا اذا لم تؤيد الوصية ، فكان أبدت صح له ولغيره .

اجازة الموصى له بالمنفعة ، بل ينفذ وينتقل الملك الى المـشـترى الجديد مع بقاء حق الموصى له في المنفعة حتى ينتهي حقه ، ثم تعود المنفعة الى مالك الرقبة فيتم ملكه ، وذلك لأن ملك هذه العين ينتقل الى ورثة المالك بعد وفاته ولا يتوقف على رضا الموصى له ، لأن حقه لا يتأثر بهذا الانتقال ، فكذاك الشأن في البيع .

وهو ما نرجحه ، وذلك أنه ليس هناك حاجة تدعو الى أخذ اجازته طالما حقه في الانتفاع باق حتى تنتهي مدته أو الى آخر حياته ، ولأن العين أصل ، لكونها قائمة بذاتها دون المنفعة ، فمالك الرقبة مالك للأصل - سواء كان الموصى له أو الورثة - له حق التصرف فيه بكل التصرفات الجائزة شرعا حتى أنه يجوز له أن يقوم وبدون انذنه بما فيه رعاية العين وحفظها ونموها ، وان كان ذلك في مدة انتفاعه بها ، واحتساب نفقات ذلك على ما تغله مقدما على حق المنتفع بها ، وقد أخذ قانون الوصية المصري بالرأي الثاني فقد نص في مادته (١) الستين على أنه : " يجوز لورثة الموصي بيع نصيبهم في العين الموصى بمنفعتها بغير حاجة الى اجازة الموصى له " .

ومقتضى هذه المادة أن مالك الرقبة له الحق في بيع العين ، لأن ملكيته لها تنتقل بالميراث ، وليست مؤقتة بحياته ، فليست خاصة بشخص ، فيجوز له التصرف فيها بكل التصرفات الجائزة شرعا ، سواء كان ذلك ببيعها كلها أو ببعضها ، للموصى له بالمنفعة أو لغيره فان وقع البيع للموصى له سقطت الوصية بالمنفعة ، وانتهت ، وقد نصت على ذلك المادة (٥٩) من قانون الوصية المصري

(١) انظر : شرح قانون الوصية ص ٢٨٤ .

(١) في الفقرة الثانية بقولها : " تسقط الوصية بالمنفعة بشراء الموصي له العين التي أوصى له بمنفعتها .. " وذلك لاجتماع الحثمين (ملك المنفعة ، وملك الرقبة) في ذمة الموصى له ، وبه يصير مالكا ملكا تاما ، فيكون له بمقتضى ذلك التصرف بالانتفاع أو بغيره .
وإذا وقع البيع لغير الموصى له انتقلت العين الى ملك المشتري بجميع حقوقها عدا حق الموصى له فإنه يبقى ، ويستوفيه على ملك المشتري ، أي أن العين تنتقل محملة بحق الانتفاع الثابت بمقتضى الوصية للموصى له .

هذا ولا يفوتنا أن نشير الى أن الموصى له بالرقبة يجوز له بيع حصته دون توقف على اجازة الموصى له بالمنفعة حكمه في ذلك حكيمه ، لأن أيما منهما يملك الرقبة من وقت وفاة الموصي ، ويسؤول اليه ملك المنفعة معها عند انتهاء مدة الوصية بالمنفعة .

والقانون وان كان لم ينص على ذلك ، فلأنه قد لاحظ اتحادهما في الحكم لما ذكرنا ، مما جعل واضح القانون يكتفي بالنص على الحكم في جانب الوارث ، باعتبار أن ملك الرقبة يكون له بحسب الفالب عن النص عليه في جانب الموصى له بالرقبة (٢) .

... ..

(١) انظر : شرح قانون الوصية ص ٢٨٤ ، وانظر : أحكام الوصايا للدكتور

بدران ١٩٤٠ .

(٢) المصدران السابقان .

المبحث الثاني

الوصية بالحقوق

وفيه مطالب : المطلب الأول

تقدير قيمة الحق (١)

إذا صدرت وصية بحق من الحقوق التي تصح الوصية بها ، فإن تقدير الحق الموصى به يكون بتقويم العين محملة بهذا الحق ، ثم تقويمها مجردة عنه ، ويكون الفرق بين القيمتين هو قيمة الحق وهو مقدار الوصية ، فقيمة الحق كحق الشرب ^(٢) مثلا تقدر بالفرق بين قيمة العقار محملا بهذا الحق ، وقيمته غير محمل به ، فإذا كان الفرق عشرين جنيتها مثلا ، كان هذا الفرق هو قيمة حق الشرب الموصى به وبذلك تكون نسبته الى قيمة التركة عامة ، وعند تراحم الوصايا يقدر بهذا القدر عند المحاصة فيها ، من غير فرق بين أن تكون الوصية مؤقتة بسدة أو مطلقة ، غاية الأمر أنها إن كانت مؤقتة بسدة قدرت العين محملة بالحقوق في هذه المدة ، وإن كانت مطلقة قدرت العين محملة بالحق تحميلا مطلقا عن المدة ^(٣) .

-
- (١) الحق في اللغة : " خلاف الباطل وهو مصدر (حق) الشيء من بابي ضرب وقتل إذا وجب وثبت . . " انظر : المصباح المنير ١/١٤٣ مادة (الحق) وانظر : مختار الصحاح ص ١٤٦ .
- (٢) هو النصيب من الماء لسقي المزارع والدواب ، انظر : المصباح المنير ١/٣٠٨ ، مادة (الشرب) بالكسر .
- (٣) انظر : الوصية للأستاذ البرديسي ص ١٢٦ / وانظر : شرح قانسون الوصية ص ١٥٨ .

وقد جاء قانون الوصية المصرى موافقا لما ذكرناه فقد صرحت
المادة (٦٣)^(١) منه بأن الوصية اذا كانت بحق من الحقوق قسرت
بالفرق بين قيمة العين محملة بالحق الموصى به وقيمتها بدونه .

... ..

(١) انظر : المصدرين السابقين .

المطلب الثاني

الوصية بالخلو

صرح قانون الوصية المصرى بصحة الوصية بالخلو، فقد نصت المادة (١١) منه على أنه :^(١) " تصح الوصية بالخلو " .

وقد اعتمد القانون في صحة هذا الحق كما تقول المذكرة التفسيرية على ما ورد عن بعض متأخري علماء المالكية ، ومنهم ناصر الدين اللقائسي الذى ذكر الخلو وأفتى بصحته .

ومعنى الخلو في هذا المذهب : أن يكون الوقف محتاجا لعمارة أو نحوها فيتقدم شخص بعاله لبيدله في هذا السبيل ، وصرفه على جهة الوقف في المصارف الضرورية اللازمة لبقائه وعمارته على أن يكون له حق البقاء دائما "

وقد ذكروا للخلو ثلاث صور^(٢) :-

الصورة الأولى : أن يحتاج الوقف الى عمارة ، ولا مال يعمره ، فيتقدم شخص لعمارته ، ويقدم للناظر من المال ما يعمره ، فيكون بهذا المال الذى قدمه صاحب خلو ، ويستحق به حقا ثابتا ، سواء أكانت هذه العمارة منشأة بعد أن لم تكن ، أم اصلاحا لمتخرب ، أم كانت اقامة بناء مقام المنهدم ، أم كانت تكميلا لعين ناقصة ، وحق هذا الشخص الثابت في بقاءه فيها بأجرة تسمى عندهم " حكرا " وان تركها واستأجرها غيره ، كان له بهذه العمارة حق في أجرة العامين

(١) أنظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد أبوزهرة ص ٢٧٥ .

(٢) انظر : المصدر نفسه .

(٣) انظر : المصدر نفسه .

الموقوفة يكفي ما أنفق .

الصورة الثانية^(١) : أن تكون جهة الوقف محتاجة الى المال ، كأن يكون

العقار موقوفا على مسجد ، ويحتاج المسجد الى اقامة بناائه
أو الى مصابيح أو الى أجرة لاقامة الشمائر فيه ، فيتقدم من يقوم
بذلك على أن يكون له الأولوية في اجارة العين الموقوفة عليه
ولا يتجاوز ذلك .

والفرق بين هذه الصورة والتي قبلها ، أن المال الذي أنفق نسي
الأولي 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 اجرتها بذلك الاعتبار .

أما في هذه الصورة ، فالاصلاح كان في غير العين المستأجرة ، وهي
المسجد ، فلم يكن له في العين المستأجرة جزءٌ يعتبر ملكا له ، ولذا
لم يثبت له الا حق الأولوية في الاجارة .

الصورة الثالثة^(٢) : أن يدفع شخص مالا للواقف ، على أن يكون له حق

الاختصاص بمنفعة العقار الموقوف ، بحيث لا يكون لغيره حق الانتفاع
الا عن طريقه ، ويدفع صاحب الخلو أجرة معينة ، وهذه الصورة
لا تكون الا مع الواقف قبل انشاء الوقف كما يفهم من أقوال الفقهاء
فقد قالوا في تصويرها ، ان الواقف اذا أراد أن يبيح محلا للوقف
حانوتا ، أو نحوه ، يأتي له اناس يدفعون له نقودا ، على أن يكون
لكل شخص مكان من ذلك المحل ، الذي يريد الواقف بناءه ، فإذا
قبل منهم تلك النقود كانوا أولي باجارتها ، وصار لهم حق الخلو فيها

(١) المصدر السابق .

(٢) “ “

وذلك لأنه يكون كأنه باعهم بعض تلك الحصّة بما دفعوه
له ، وكأنه لم يقف جزءاً من تلك الحصّة التي اختص بها
المستأجر بما دفعه من النقود أولاً .

... ..

المطلب الثالث

الوصية بحق من حقوق الارتفاق

صرح قانون الوصية المصري بصحة الوصية بحق من حقوق الارتفاق فقد نصت المادة (١١) ^(١) منه المشار إليها سابقا على صحة الوصية بالحقوق التي تنتقل بالارث " ، وقد بينت المذكرة التفسيرية للقانون المراد من الحقوق التي تنتقل بالارث فقالت : " ان المراد بالحقوق التي تنتقل بالارث حقوق الارتفاق حق الشرب والمجرى والمسيل ونحوها " .

وقد اعتمد القانون في صحة الوصية بحقوق الارتفاق على ما ورد في مذهب الحنفية ، كما صرحت بذلك مذكرته التفسيرية ، وذلك لأنه مما يجرى فيها الارث فتجرى فيها الوصية ، لأنها أخت الميراث ، وقد تستقي أحكامها منه ، فلو أوصى لرجل أن يسقى أرضه مدة معلومة من شربه ، جازت الوصية من الثلث ، لأن الوصية تليك بعد الموت بدليل أن الموصى له لا يطعك الموصى به في حال الحياة ، وإنما يملكه بعد الموت ، فأشبه الميراث .

وتصحیح الحنفية تلك حقوق الارتفاق ارثا ووصية راجع لأمرين ^(٣) :
الأول : أن الارث غير موقوف على الملك لامحاله ، بل يثبت في حق الملك كما يثبت في الملك كخيار العيب .

(١) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد أبو زهرة ص ٢٧٥ .

(٢) انظر : المصدر نفسه ص ١٠٧ .

(٣) انظر : المصدر نفسه ، وانظر : أحكام الوصايا للدكتور بدران ص ٨١ .

الثاني : ولأن الملك بالارث يقع تبعا لاقصدا .

وأما جواز الوصية بها ، فلأنها تشبه الارث ، فما يجرى فيه الارث تجرى فيه الوصية .

هذا ولا يفوتنا أن نشير الى أن القانون قد نص على أن الوصية بهذه الحقوق لا تجوز الا تبعا للأرض الموصى بها أو لمالك أرض ينتفع بها ، وقد بينت ذلك المذكرة التفسيرية للقانون فقالت : " وجواز الوصية بحق الشرب والمسيل يؤخذ من مذهب الحنفية ، ولكن لا تجوز الوصية بهذه الحقوق الا تبعا للأرض الموصى بها ، أو لمالك أرض ينتفع بها " .

ومن هذا البيان يتضح أن الوصية بحقوق العقار تكون تابعة للوصية بالعقار نفسه ، أو وصية لصاحب عقار آخر يمكنه أن ينتفع بذلك الارتفاق ، غير أنه في الصورة الأولى لا تعتبر الوصية وصية بالارتفاق وإنما تعتبر وصية بالعقار نفسه ، 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 .

ولهذا فان الذي يفرد بالذكر هو الوصية بالارتفاق نفسه مجردا عن العقار التابع له ، وفي هذه الحال تكون الوصية بانتفاع لصاحب العقار الذي ينتفع به ، وهل يكون له ذلك الارتفاق مادام حيا ، ولا يكون تابعا لعقاره ، كسائر الوصية بالمنافع .^(١)

هذا ما صرح به الكاساني بقوله :^(٢) " . . . وإذا مات الموصى له

(١) شرح قانون الوصية ص ١٠٧

(٢) انظر : المصدر السابق نفسه للشيخ محمد ابوزهرة ، فقد اقتبسه ص ١٠٤

تبطل الوصية ، حتى لا تصير ميراثا لورثة الموصى له ، لأن الشرب ليس بيمين مال ، بل حق مالي ، وشبه الخدمة ، ثم الوصية بالخدمة تبطل بموت الموصى له ، ولا تصير ميراثا ، فكذلك الوصية بالشرب ..."

فمن هذا النص يتضح لنا أن الوصية بحقوق الارتفاق عند الكاساني ، من قبيل الوصية بالمنفعة ، ولذلك تنتهي الوصية بها بموت الموصى له ، كما تنتهي الوصية بالمنفعة لشخص بموته ، وهو ما اختاره الشيخ محمد ابو زهرة ، حيث قال :

" وعلى هذا التخرج لا يحد في نظري ما يملكه الموصى له من الانتفاع بحق الشرب أو المسيل مثلا بهذه الوصية من قبيل الارتفاق ، بل من قبيل ملك المنفعة الخالص ، وذلك أن ما يملكه ليس حقا مقرا ، لعقاره على العقار الآخر ، بحيث ينتقل مع العقار اذا باعه ، أو وهبه ، أو نحو ذلك بل هو حق شخصي له ينتهي بموته ، ولا ينتقل الى غيره " .

ولعل هذا القول على هذا التخرج كما يقول الشيخ أبو زهرة مبنى على ما قرره بعض الفقهاء بناء على القول بأنه لا يجوز التصرف في حقوق الارتفاق منفردة عن العقار ، وإنما جازت الوصية بالانتفاع بها ، على أنه من قبيل تملك المنفعة ، وإن كان^(١) يوجد هناك من الفقهاء من يقول بجواز بيع حقوق الارتفاق منفردة ، بناء على العرف ، والعرف يميز مخالفة القواعد الفقهية ، وعن هذا الرأي يقول الشيخ أبو زهرة : " ولهذا الرأي معتمد من أصل المذهب ، فهناك رواية تجيز ذلك البيع "

(١) المصدر السابق .

المبحث الثالث

(١) الوصية بالمرتبات

وفيه مطالب : المطلب الأول

الوصية بمرتب من رأس المال واللمدة معينة

نصت المادة (٦٤)^(٢) على صحة الوصية بالمرتبات فقالت : " تصح الوصية بالمرتبات من رأس المال لمدة معينة ، ويوقف من مال الموصي ما يضمن تنفيذ الوصية على وجه لا يضر بالورثة ، فإذا زاد ما أوقف لضمان تنفيذ الوصية على ثلث التركة ، ولم يجز الورثة الزيادة يوقف

- (١) تعتبر الوصية بالمرتبات في أكثر الأحوال اخلتة في عموم الوصية بالمنافع وفي بعض الأحوال تكون الوصية بالمرتب وصية ببعض التركة ، فمن الأول ما اذا كانت الوصية بالمرتب من الغلة ، فانها جزء من غلات بعض الأعيان منتظم ومرتب التوزيع على أوقات الزمان شهرا بعد شهر ، أو سنة بعد سنة على حسب نجوم المربط وأزمانه . ومن الثاني ما اذا كانت الوصية بالمرتب من رأس مال التركة ، لا من غلة بعضها ، ففي هذه الحال تكون الوصية من قبيل الوصية بالأعيان لا من قبيل المنافع ، وهذا في القليل لا في الكثير .
- والمرتب ، والراتب قدر من المال يعطي في أوقات دورية متساوية نسي الزمن كشهرا أو سنة وكالوصية برطل من الزيت للمسجد الفلاني لأجل اضاءته كل ليلة ، أو بمائة رغيف لفقرا ، ملجأ معين كل يوم ، ونحو ذلك .
- وقد تكون الوصية بالمرتبات لمدة معلومة ، أو مدى الحياة ، أو على التأبيد لجهة لا يظن انقطاعها كألقي جنيه للحرمين الشريفين ، وقد يكون المربط لمعينين ، أو معرفين بالوصف محصورين أو لغير محصورين ، يظن انقطاعهم أو لا يظن . انظر شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابوزهرة ص ١٧٢ والوصية بالمرتبات جائزة بوجه عام عند جمهور الفقهاء . المصدر السابق .
- (٢) المصدر نفسه .

منه بقدر الثلث ، وتنفذ الوصية فيه ، وفي غلته الى أن يستوفي الموصي له قيمة ثلث التركة حين الوفاة ، أو الي أن تنتهي المدة أو يموت الموصى له " .

فهذه المادة قد دلت على أن الوصية بالمراتب اذا كانت من رأس مال التركة ، بأن أضيفت اليه ، ولم تضاف الى الغلة أو الربح وكانت المدة طويلة أو قصيرة ، فانه في هذه الحالة تعتبر قيمة الموصى به فيها مساوية لمجموع المراتب في المدة كلها .

فلو أوصى بأن يصرف من ماله عشرة جنيهات كل شهر لمدة عشر سنوات لشخص عينه ، أو أوصى بصرفها لأولاد أخيه فلان ، فالموصى به يساوي ٢٠٠ جنيه ، وبذلك فليس هناك ما يدعو لتعلق الوصية بجميع التركة بحيث يوقف ثلثها عند عدم اجازة الورثة للوصية ، بل يكفي أن يوقف من أعيانها ما يضمن تنفيذها في المدة ، ولو قلت قيمة الموصى به عن الثلث .

على أن القانون قد قرر مراعاة عدم الاضرار بالورثة ، عند اختيار المعين التي توقف لضمان تنفيذ الوصية ، وذلك تطبيقاً لقاعدة الضرر يزال " .

وقد فسرت المذكرة التفسيرية لقانون الوصية المصري عدم الاضرار (١) : " بأنه اذا كانت المدة قصيرة كعشر سنين أو أقل ، فانه ينبغي أن تكون قيمة المعين مساوية للمرتب في المدة الموصى فيها ، لتكون ضامناً لاستيفاء المرتب منها اذا كان الايراد لا يكفي ، ولم يكن في ايقافها

(١) انظر : شرح قانون الوصية ص ١٧٣ .

وكف يد الورثة عنها اضرار بالورثة لتصر المدة ، ورجاء عودتها اليهم سالمة عند نهاية المدة ، أما اذا كانت المدة طويلة وهي ما كانت أكثر من عشرين فانها ليس من اللازم أن تكون العين المخصصة للتنفيذ مساوية في قيمتها لمجموع المرتبات في المدة ، بل يكفي أن يكون ايرادها كافيا لتنفيذ الوصية منه حسب تقدير الخبراء ، ولو كانت قيمتها أقل من المرتب في المدة ، وذلك أن وقف عين من التركة قيمتها مساوية للمرتب زما طويلا ، يعود بالضرر على الورثة في بعض الأحوال ، كما اذا كانت غلة العين الموقوفة أضعاف المرتب الموصى به ، أو كان للورثة مصلحة خاصة في هذه العين مع وجود عين أخرى ، أقل قيمة ذات ايراد يسع المرتب .

ثم انه اذا زاد على الثلث ما أوقف لضمان تنفيذ الوصية على النحو الذى قدمنا ، واجاز الورثة تلك الزيادة ، أوقف كله ، وان لم يجز الورثة ذلك لم يوقف كله ، ولكن يوقف منه ما يعادل ثلث التركة فلو كانت العين التى تضمن تنفيذ الوصية تساوى ستمائة جنيه ، والتركة كلها لا تساوى الا ألفا وخمسمائة جنيه ، فان العين في هذه الحال تكون زائدة عن ثلث التركة بما يوازي سدسها ، فان لم يجز الورثة هذه الزيادة ، فانه يوقف منها خمسة أسداسها .

وفي جميع الحالات يستوفي المرتب من غلة ما أوقف ، أو منة ذاته ان لم يكن استيفاؤها من الغلة ، وذلك الى أن يستوفي الموصى له قيمة ثلث التركة عند الوفاة فان تم استيفاؤه قبل مضي المدة ، فلا يكون للموصى له حق في باقيها ، أو الى أن تنتهي المدة ان لم يكن الثلث قد

تم استيفاءه حتى نهايتها فلا يكون للموصى له حق بعدها، أو السى أن يموت الموصى له ان كان معنا ،ومات قبل نهاية المدة ،أو قبل استيفاء الثلث ،لأن الوصية بالمرتب في حكم الوصية بالمنفعة تتقيد بحياة الموصى له ،ولا تنتقل من بعده الى ورثته ،وما يبقى من المرتبات الموصى بها بعد وفاته يرد الى ورثة الموصي ،فترد العين المخصصة للتعفيذ ذاتها .

هذا اذا كان ما وقف يزيد على ثلث التركة ،فان كان ما وقف أقل من ثلث التركة ،واستوفى منه المرتب حتى نفذ قبل مضي المدة انتهت الوصية لزوال ما تعلقت به .

ومن هذا البيان يتضح أنه لو كانت الوصية بالمرتبات لمدة معينة من رأس المال تزيد في مجموعها على ثلث التركة عند الوفاة ،ولم يجز الورثة الزيادة ،فان هذا لا يترتب عليه انقاص المرتب بنسبة الزيادة بل يصرف المرتب كاملا كما نص عليه ،ويكتفي برعاية الثلث فيما يوقف لضمان تعفيذ الوصية ،وفي مجموع المرتب الذي يستوفى (١) .

... ..

(١) انظر: المصدر السابق، وأنظر: أحكام الوصايا للدكتور بدران ص ٢٠٢ وما بعدها . وانظر: الوصية للأستاذ الجرد يسي ص ١٣٣ .

المطلب الثاني

الوصية بمرتب من الغلة والمدة معلومة

إذا قال شخص أوصيت من غلة تركتي أو من غلة هذه الدار لمحمود بمبلغ خمسة جنيهاً تدفع له كل شهر لمدة خمس سنوات، أو قال أوصيت من غلة تركتي أو من غلة هذه الدار لأولاد محمد بعشرة جنيهاً تدفع له كل شهر لمدة سبع سنوات، أو قال أوصيت من غلة تركتي أو من غلة هذه الدار للمستشفى الفلاني بمبلغ عشرة جنيهاً تدفع له شهرياً لمدة عشرين سنة .

فهذه الوصايا قد أجازها قانون الوصية المصري وبين طريقته تقديرها في مادته (٦٥) والتي نصت على أنه: " 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 بثلث، وكان الزائد من المرتب وما يقابله من التركة أو العين لورثة الموصي " .

ولبيان ذلك نقول: " أن الوصية بالمرتب من الغلة ولمدة معينة لا تخلو أن تكون من غلة التركة كلها وذلك بضمها إلى غلتها أو بإضافتها إلى غلة المال، أو تكون من غلة عين منها .

فإن كانت الوصية بالمرتب من غلة التركة لمعين أو لجماعة محصورة أو غير محصورة أو لجهة من جهات البر، فطريق تقدير الوصية، لمعرفة ما إذا كانت في حدود الثلث من التركة أو أكثر، هو أن يقوم أهل

(١) انظر: شرح قانون الوصية ص ٢٨٥ .

الخبرة التركة كلها خالية من المرتب الذى تحمله بمقتضى الوصية ثم تقوم وقد تعلق بها حق الموصى له بالمرتب المحدود فى الزمن المعلوم ، ويكون الفرق بين القيمتين هو الموصى به .

ثم ان كان هذا الفرق فى حدود ثلث التركة كلها غير محملة بالوصية ، نفذت بتمامها ، على أن يخص من التركة عين من أعيانها تفي غلاتها بضمان تنفيذ الوصية على أنه من غير اللازم أن تكون قيمة هذه العين فى حدود ثلث التركة ، بل توقف ولو تجاوزت قيمتها الثلث لأن التنفيذ لا يكون منها بذاتها بل من غلتها ، كما أنه عند نهاية الوصية ستسلم للورثة ، ولأن فى قصر العين الموقوفة على قيمة الثلث ضرر على الموصى له ، وذلك فيما اذا كانت لاتفل المرتب ، لأنه يترتب على هذه الحال ، عدم التمكن من اتمام المرتب له من العين الموقوفة ، كالحال فى الوصية بمرتب من رأس المال ، ومثل ذلك فى الحكم ما لو تجاوزت قيمة الوصية الثلث وأجازها الورثة .

أما اذا لم يجز الورثة الزيادة ، فانه لا ينقص من المدة بنسبة ما زاد عن الثلث ، بل تصرف فى المدة كلها ، وانما ينقص من المرتب الشهرى أو السنوى بنسبة ما يتجاوز من مجموع المرتبات ثلث التركة وتنفذ الوصية فى الثلث .

ولقد ضربت المذكرة التفسيرية لذلك مثلا فقالت : " اذا كانت الوصية بمرتب خمسة جنيهات كل شهر من غلة التركة مدة عشر سنوات ، وقدر الخبراء الفرق بين القيمتين بستائة جنيه ، وكانت قيمة التركة خمسمائة وألف جنيه ، فان الوصية ترد الى خمسمائة جنيه ، ويكون المرتب أربعة جنيهات وسدس جنيهه " .

وترى من هذا أن المرتب قد نقص منه بنسبة ما نقص من مجموع الموصى به ، ان نزل من ستائة الى خمسائة .

وإذا كانت الوصية بمرتب من غلة عين معينة من التركة لمدة معينة فان طريقة تقديرها تكون بقيمة الفرق بين قيمة العين محملة بالوصية وغير محملة بها ، ويكون الفرق بين القيمتين هو مقدار الموصى به فان كان يخرج من الثلث نفذت الوصية ، ووقفت العين بتمامها وكذلك لو كان أكثر من الثلث وأجاز الورثة الزيادة ، فان لم يجيزوها ، فانه ينقص من المرتب الشهري أو السنوي بنسبة ما ينقص من مجموع المرتبات فسي المدة ، ليكون في دائرة الثلث ، وينقص كذلك من العين بنسبة ما نقص من المرتب ، فإذا كانت قيمة المرتب في مجموع المدة . . . جنيه ، وثالث التركة يساوي أربعمائة جنيه ، فانه ينقص من المرتب الشهري خمسة ، فإذا كان عشرة جنيهات كل شهر نزلت الى ثانيه ، وإذا كانت العين الموصى بالمرتب من غلتها عشرة أقدسة استولي الورثة على اثنين منها ، ان ينقص منها أيضا خمسها ، وهو فدانان .

على أن للورثة في جميع حالات الوصية بمرتب من غلة معينة أن يوقفوا عينا أخرى تغل المرتب اذا تضرروا من وقف العين التي ذكرها الموصي ، كما لو كانت غلة العين المنصوص عليها تغل أكثر من المرتب بكثير ، وهذا وان كان لم يرد ذكره في القانون ، لكن ورد ذكره في المذكرة التفسيرية للقانون ، ويتفق مع القاعدة العامة في ازالة الضرر .

كما أن المذكرة التفسيرية قد أشارت الى أن الوصية بمرتب من غلة التركة ، أو من غلة عين منها لمدة معينة تنتهي بانتهاء المدة ، أو بوفاة

الموصي له قبل مضيها ، وهذا كما في الوصية بالمرتب مــــن
رأس المال^(١)، التي تقدم ذكرها .

... ..

-
- (١) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد أبوزهرة ص ١٢٩ / ١٨٠ .
وانظر : أحكام الوصايا للدكتور بدران ص ٢٠٥ ، وما بعدها .

المطلب الثالث

الوصية بمرتب من رأس المال

أو من القلة لطبقات مدى الحياة

إذا أوصى شخص بمرتب من رأس المال أو من القلة للطبقات مدى الحياة مطلقة كانت أو مؤبده ، فإن هذه الوصية تعتبر صحيحة ويجب تنفيذها للموجودين من الطبقتين الأولى ولبيين ، وقت وفاة الموصي فقط ، ومن يجيء من الطبقة الثالثة ، أو من كان غير موجود ولو كان من الطبقة الثانية .

فلو أوصى شخص لفلان بمرتب عشرين جنهما ثم لمن بعده من ذريته يصرف لهم كل شهر أبدا ، فهذه الوصية صحيحة لفلان ، حيث أنه من يعتبر الطبقة الأولى ، إذا كان موجودا عند وفاة الموصي ، كما أنها تصح للموجود من أولاده عند وفاة الموصي ، ولكنها غير صحيحة بالنسبة لأولاد أولاده ، حيث أنهم يعتبرون من الطبقة الثالثة ، كما أنها لا تصح إذا لم يكن له أولاد وقت وفاة الموصي ثم وجدوا بعد ذلك ، لعدم تحقق الشرط .

ويلاحظ أن هذه الوصية قد خالفت غيرها من الوصايا لأنه على مذهب المالكية لا يشترط في الموصى له غير المعين أن يكون موجودا عند انشاء الوصية ولا عند وفاة الموصي ^(١) ، وإنما يشترط إمكان وجوده فقط ، فلواستحال

(١) أما الجمهور فقد عرفنا عند الكلام على شروط الموصى له ، أنهم يشترطون وجوده عند وفاة الموصي ، وذلك أن الوصية تملك ، والتملك للمعدوم لا يجوز بدليل أن الميراث لا يثبت إلا لمن كان موجودا عند وفاة المورث =

وجسوده بطلت الوصية .

وقد علق الأستاذ شلبي على هذه المخالفة^(١) فقال : " ولعل ملحظ القانون في هذه المخالفة أن تقدير الوصية في هذه الصورة ستوقف علي بيان مدتها بتقدير أهل الخبرة لحياة الموصى لهم ، وهذا التقدير لا يكون الا للموجود ، فلو جعلنا هذه الوصية للموجود والمعدوم منهم لتعذر تقديرها ، ومن ثم يتمذر تنفيذها بخلاف غيرها من الوصايا بالأعيان أو المنافع أو الحقوق ، لأن تقديرها هناك ممكن ولا يتوقف على تقدير حياة الموصى لهم ، فصحت هناك للموجود والمعدوم .

ثم انه يتبع في تقدير قيمة الوصية واخراجها من الثلث، وكذلك بالنسبة لحبس عين تفي غلتها بالمرتب الموصى به ما قلناه في الصور التي تبليها ، كما يتبع في تقدير حياة الموجودين الموصى لهم مدى الحياة ما ذكرناه من قبل من تفويضه الى أهل الخبرة من الأطباء ، لأنهم هم الذين يقدرون حياة الموجودين ، غير أنه ان وجد فيهم جنين قدرت حياته بستين سنة أخذنا بما قرره متأخروا فقهاء الحنفية .

فان اختلفت أعمار الموصى لهم قدرت الوصية بأطولهم عمرا .
فلو أوصى لشخص بمرتب ثم من بعده لأولاده ، وكان له عند وفاة الموصى ولدان ، فقدروا الأطباء حياة الأب بعشرين سنة ، وحياة ولديه بثلاثين سنة وأربعين سنة ، فان تقدير مدة الوصية يكون بأربعين سنة .
فياخذ الأب وصيته من غلة العين ان كان المرتب من الغلة ، أو يأخذ من الغلة والعين جميعا ان كانت الوصية من رأس المال ، يأخذ ذلك الى

== دون المعدوم ، والوصية كذلك ، لأنها أخت الميراث ، انظر : أحكام

الوصايا للأستاذ شلبي ص ٢٢٦ .

(١) أحكام الوصايا والأوتاف ص ٢٢٦ .

أن يموت، أو تنتهي المدة المحددة لحياته .
فإن مات قبل انتهاء مدة وصيته المحددة لحياته ، فإن حقه من
الوصية ينتقل الى من بعده من أولاده ، ولكن بشرط ألا يمضى على وفاة الموصي عند
وفاة الموصى له ثلاث وثلاثون سنة شمسية ، وتنتهي الوصية في حقهما بموتهما
أو بانتهاء مدة الوصية ، أو باستيفاء ثلث التركة ، أو بنفاذ العيــــــــن
المخصصة للاستيفاء ، في حالة ما اذا كانت الوصية من رأس المال .

هذا بالنسبة لحالة ما اذا مات الأب قبل انتهاء وصيته .
أما اذا انتهت مدته قبل موته ، فإن حقه في غلة العين الموقوفة
لا ينتقل الى أولاده الموصى لهم من بعده من الطبقة الثانية ، وذلك
أن استحقاقهم لا يكون الا بعد وفاة الأب لدلالة عبارة الموصى على ذلك
وتكون الغلة من انتهاء المدة المحددة حتى وقت وفاة الموصى لـــــــــه
الأول " الطبقة الاولى " لورثة الموصي .

وقد جاء بيان حكم هذه الصورة في المادة السبعين^(١) ونصها :
" لا تصح الوصية بالمرتبات من رأس المال أو من الغلة لغير الموجودين
من الطبقتين الأوليين من الموصى لهم وقت موت الموصي ويقدر الأطباء
حياة الموجودين ، وتنفذ الوصايا بمرعاة الأحكام المبينة في الوصايا
للمعينين " .

.....

(١) انظر: شرح قانون الوصية للشيخ محمد أبو زهرة ص ١٨٦/١٨٧، ٢٨٦
وانظر : أحكام الوصايا للأستاذ شلبي ص ٢٢٦، ٢٢٧، وانظر: الوصية
للبرديسي ص ١٣٧، ١٣٨ .

التركة الى الأحكام السابقة في الوصية بالمرتب ، فان كان المرتب من رأس المال فانه يخص من التركة ما ينفذ الوصية ، ولكن بشرط ألا يزيد المخصص على الثلث، فان تجاوز الثلث احتجنا الى اجازة الورثة ، وتنفذ الوصية من غلة العين المخصصة ، فان لم تغل الغلة يبيع من العين ، ان لم يسد الورثة النقص ، فان نفذت العين انتهت الوصية .

وان كانت الوصية بمرتب من الغلات ، قدرت قيمة الموصى به بعد معرفة مدى الحياة ، وذلك عن طريق تقدير أهل الخبرة للعين محملة بالمرتب ، وغير محملة به ، ويكون الفرق هو قيمة الموصى به .
واذا مات الموصى له المعين قبل المدة التي قدرها الأطباء كانت الغلات والعين المخصصة لها للورثة ، أو كانت الوصية لمن بعده ان كان هناك موصى له من بعده ، وذلك لأن تقدير الأطباء تقريبي فاذا جاء الواقع خلافه ، فان الواقع ينفذ حكمه ، واذا عاش الموصى له أكثر من المدة التي قررها الأطباء انتهت الوصية لأن الوصية قدرت كذلك ، فتنفذ على أساس هذا التقدير .

وقد ذكرت المذكرة التفسيرية للقانون^(١) أن تقدير الحياة بمعرفة الأطباء أو أهل الخبرة بذلك منهم مأخوذ مما ورد في مذهب مالك وما ورد عن أبي يوسف .

ولقد قرر هذان الامامان أن تقدير الحياة يكون بما يتوهم أن يعيشه في العادة ، ورأى القانون أن يكون تقدير الحياة بحدس أهل الخبرة

(١) انظر : شرح قانون الوصية ص ١٨٤ .

الذين يبنى تقديرهم على أسس علمية ، وان كانت ظنية مقربة ، لا قطعية معينة .

هذا ولا يفوتنا أن نشير الى أنه لم يذكر عن مالك ، ولا عن أبي يوسف الحكم فيما اذا مضت المدة ولم يمت ، ولعله لم يذكر ذلك ، لأن فرضه غريب بعيد ، ان قدروا المدة على ما يصل اليه الوهم متيدا بالعادة ، فهو تقدير يعد أقصى تقدير ، ولذلك لم يفرضوا انتهاء المدة قبل وفاة الموصى له ، لأنها حد أقصى للتقدير ، ولكن ذكر عن ابن القاسم من المالكية حكم ذلك الفرض ، وهو أنه إن عاش بعد انتهاء المدة لا يحق له أن يرجع بشيء على الورثة ، أى تنتهي الوصية بذلك التقدير ، ولم ينقل عن أبي يوسف فيه شيء^(١) .

... ..

(١) انظر : المصدر نفسه .

الباب الثاني

الباب الخامس

حكم الوصية ، وسبطلاتها ، وفيه فصلان :

الفصل الأول : حكم الوصية ، وفيه مبحثان :

المبحث الأول : حكم الوصية ، بمعنى صفتها الشرعية

وبيان الوصية الواجبة .

المبحث الثاني : حكم الوصية بمعنى الأثر المترتب

عليها -

الفصل الثاني : في مبطلات الوصية

وفيه مباحث :

المبحث الأول : فيما يبطل الوصية من جهة الموصي

المبحث الثاني : فيما يبطل الوصية من جهة الموصى له

المبحث الثالث : فيما يبطل الوصية من جهة الموصى به

الباب الخامس

حكم الوصية وبطلانها

وفيه فصلان : الفصل الأول

حكم الوصية

وفيه مبحثان : المبحث الأول

حكم الوصية بمعنى صفتها الشرعية

وبيان الوصية الواجبة

حكم الوصية بهذا المعنى وهو الوصف الشرعي لها من حيث كونها مطلوبة الفعل أو الترك وهو الحكم التكليفي ، فهذا محل اختلاف بين الفقهاء .

* فالذي ذهب إليه جمهور الفقهاء ، ومنهم الأئمة^(١) الأربعة أن الوصية مستحبة ، يرغب الشارع في فعلها في سبيل البر ، ولم يقصد بها القرينة فيما يعتبر قرينة شرعا من بقرئب ، أو اعانة محتاج ، وقد قال بذلك ايضا _____ الشعبي^(٢)

(١) انظر : المغني مع الشرح ٤١٤/٦ ، وانظر : نهاية المحتاج ٤٠/٦ .
وانظر تبين الحقائق ١٨٢/٦ ، وانظر : بدائع الصنائع ٣٣١/٧ ، وانظر مواهب الجليل ٣٦٤/٦ .

(٢) هو أبو عمرو عامر بن شراحبيل بن عبد الشعبي بن همدان ، ولد لست سنين خلت من خلافة عثمان ، روى أن بن عمر مر به وهو يحدث بالمغازي فقال : شهدت القوم ، وأنه أعلم بها مني ، وقال ابن سيرين لأبي بكر الهذلي : الزم الشعبي ، فلقد رأيتك يستفتي وأصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم -

والنخعي (١) والثوري .

وخصوصاً وجوبها بمن تعلق بذمته حقوق ، سواء كانت للعباد كدين أو ربيعة ، ونحو ذلك أو لله كزكاة وحج وفدية صيام وكفارات وصلاة فوط فيها ، على أن وجوبها فيما ذكر ليس لذاتها ، وإنما لكونها هي الطريق للخروج من عهدة ما تعلق بذمته من هذه الحقوق الواجب عليه أدائها ، فتكون واجبة عليه لهذا السبب (٢) .

== الله عليه وسلم - بالكوفة ، وقال أبو حصين : ما رأيت أعلم من الشعبي ، قلت ولا شريح ؟ قال تريد أن أكذب ؟ ما رأيت أعلم من الشعبي ، وقال مكحول : ما رأيت أحدا أعلم بسنة ماضيه من عامر الشعبي ، وقال الزهري : العلماء أربعة ، وعد منهم عامر الشعبي - بتصرف - وقال أشعث بن سوار : نعى إلينا الحسن البصري الشعبي فقال : كان والله فيما علمت كثير العلم عظيم العلم ، قد يتم السلم من الاسلام بمكان .

توفي سنة ١٠٤ هـ ، وقيل سنة ١٠٧ هـ ، انظر : طبقات الفقهاء ص ٨١ .

(١) هو أبو عمران ابراهيم بن يزيد بن الأسود بن عمرو بن ربيعة النخعي قال أحمد : مات سنة ست وتسعين ، وقال الشعبي حين بلغه موت ابراهيم : أهلك الرجل ؟ قيل نعم ، قال : لو قلت أنعى العلم ما خلف بعده مثله ، والمعجب له حين يفضل ابن جبير على نفسه وسأخبركم عن ذلك : انه نشأ في أهل بيت فقه ، فأخذ فقههم ، ثم جالسنا فأخذ صفو حد يشنا إلى فقه أهل بيته فمن كان مثله .

المصدر السابق ص ٨٢ .

(٢) انظر : المفتي مع الشرح ٦ / ٤١٤ .

* ولذلك يقول ابن حجر :^(١) " وحاصله يرجع الى قول الجمهور
أن الوصية غير واجبة بعينها ، وإنما الواجب بعينه الخروج من الحقوق
الواجبة للغير سواء كانت تتجيز أو وصية " ، ثم يقول : " ومحل وجوب
الوصية إنما هو إذا كان عاجزا عن تجيزه ولم يعلم بذلك غيره ممن
يثبت الحق بشهادته ، فأما إذا كان قادرا أو علم بها غيره فلا وجوب " .
* ويقول أبو ثور :^(٢) " ليست الوصية واجبة الا على رجل عليه دين
أو عنده مال لقوم ، . . . فأما من لا دين عليه ولا وديعة فليست
بواجبة عليه الا أن يشاء " .

ومع أن الأصل عندهم في الوصية ما ذكر ، الا أنها قد تتصف بصفة
أخرى غير تلك فقد تكون مكروهة اذا كانت لأهل الفسق والفجور ،
وقلب على ظنه صرفها في الفسق ، والفجور ، أو كانت لمن يعلم أنه
مفسد ومبذر للمال .

وقد تكون محرمة اذا كانت بما لا يجوز شرعا من كل ما هو محرم
أو معصية ، كالوصية بطعام تجتمع له النائحات بعد موته ، والوصية
بخر أو بناء كنيسة ، ودار لهو ، أو كان القصد منها الاضرار بالورثة
كما ثبت عن ابن عباس - رضي الله عنهما - " الاضرار في الوصية من
الكبائر " .

(١) انظر : فتح الباري ٣٥٩/٥ .

(٢) انظر : الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢٥٩/٢ .

(٣) انظر : نيل الأوطار مع منتقى الأخبار ٦٠/٤٠ ، فقد رواه سعيد بسنن

منصور موقوفا باسناد صحيح ، ورواه النسائي مرفوعا ورجاله ثقات .

وقد تكون مباحة اذا كانت لغني ، ولم يصاحبها قربة ، ولا ما هو
منهى عنه .

* وفي ذلك يقول الشوكاني ^(١) : " وعرف من مجموع ما ذكرنا أن الوصية
قد تكون واجبة ، وقد تكون مندوبة فيمن رجا منها كثرة الأجر
ومكروهة في عكسه ، ومباحة فيمن استوى فيه الأمران ، ومحرمة اذا كان
فيها اضرار ، وساق الحديث المذكور عن ابن عباس - رضي الله عنهما ^(٢)
وبنا* على ما ذكرنا ، فان وصية الانسان بجزء من ماله غير واجبة
في قول الجمهور ^(٣) .

وذ هب جماعة من السلف منهم عطاء* والزهرى وابو مجاز

(١) هو محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني ، فقيه مجتهد من
كبار علماء اليمن ، ولد بهجرة شوكان (من بلاد خولان باليمن) سنة
١١٧٣ هـ ، ونشأ بصنعاء ، وولى قضاها سنة ١٢٢٩ هـ .
له تصانيف كثيرة منها : نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار ، والبدر
الطالع بحاسن من بعد القرن السابع ، وفتح القدير في التفسير
وارشاد الفحول في أصول الفقه ، توفي بصنعاء حاكما بها سنة ١٢٥٠ هـ
انظر : البدر الطالع ٢ / ٢١٤ ، ٢٢٥ ، جلاء المئين ص ٤٦ - ٤٨ ،
التاج المكلل ص ٤٤٣ - ٤٥٨ ، المدخل الى مذهب احمد ص ٢٤٢ ،
٢٤٣ ، الرسالة المستطرفة ص ١٥٢ ، الأعلام ٧ / ١٩٠ ، ١٩١ ، الفتح
المبين ص ١٤٤ - ١٤٥ .

(٢) انظر : نيل الأوطار مع منتقى الأخبار ٦ / ٤٠ .

(٣) انظر : المغنى مع الشرح ٦ / ٤١٤ .

وظلحة بن مصرف وسعيد بن المسيب^(١) والحسن البصرى^(٢) ، وطاوس السى وجوب الوصية على من ترك مالا ، وقد حكاه البيهقي عن الشافعي فى

(١) سعيد بن المسيب هو أبو محمد سعيد بن المسيب بن حزن بن أبى وهب المخزومي ، ولد لسنتين مضتا من خلافة عمر ، عالم جليل ، فقيه تابعي ، قال ابن عمر لرجل سأله عن مسألة : " ايت ذاك فسله ، يعنى سعيدا ، ثم ارجع الي وأخبرني ، ففعل ذلك فأخبره ، فقال : " ألم أخبرك أنه أحد العلماء ، وقال فيه أيضا : " لورأى رسول الله صلى الله عليه وسلم لسره ، بل قال سعيد عن نفسه : " ما بقي أحد أعلم بكل قضاة قضاة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ، وكل قضاة قضاه أبو بكر ، وكل قضاة قضاة عمر . . . منى " وقد أخذ علمه عن زيد بن ثابت وجالسين بن عباس وابن عمر وسعد بن أبى وقاص ، ودخل على أزواج النبي صلى الله عليه وسلم : عائشة وأم سلمة ، وسمع من عثمان وعلي وصهيب ، وسعد بن مسلمة . . توفي بالمدينة ، وقد اختلف فى تاريخ وفاته ، فقيل : سنة ٩١ هـ ، وقيل ٩٢ هـ ، وقيل سنة ٩٤ هـ وكان يقال لهذه السنة ، سنة الفقهاء لكثرة من مات فيها ، وقد أرخها المدائني ، ويحيى بن معين بسنة ١٠٥ هـ : أنظر : طبقات الفقهاء ص ٥٧ .

(٢) الحسن البصرى هو أبو سعيد الحسن بن أبى الحسن البصرى ، واسم أبى الحسن يسار ، مولى الأنصار ، ولد الحسن لسنتين بقتا من خلافة عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - فقيه ، وعالم فاضل من فقهاء البصرة فقد روى أن أمه كانت خادمة لأم سلمة زوج رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ولعلها بعثتها فى حاجة ، فبكي الحسن ، فناولته ثديها فكانت تلك الحكم التى رزق بها الحسن من بركات ذلك وقد دعا له عمر - رضي الله عنه - فقال : " اللهم فقه فى الدين وحببه للناس ، وعن علي بن علقمة شأنه ومكانته العلمية والفقهي . =

التقديم ، وبه قال اسحق وداود وأبو عوانة الإسفراييني وابن جرير^(١)
وأخيرا قال به ابن حزم^(٢) ، فقد ورد في المحلى : " والوصية فرض على
كل من ترك مالا . . . " ولذلك نجد أن ابن قدامة^(٣) بعد ما ذكر
أن الوصية بجزء من المال ليست واجبة في قول الجمهور عقب بمعد
ذلك بقوله : " الا طائفة شذت فأوجبتها ، ثم ذكر ما روى عن الزهري
من أنه قال : " جعل الله الوصية حقا ما قل أو كثر . "

== قال عنه أنس بن مالك عند ما سئل عن مسألة قال :
سلمولانا الحسن ، فانه سمع وسمعنا فحفظ ونسنا ، وقال ابو قتادة :
الزموا هذا الشيخ - يعني الحسن - فما رأيت أحدا أشبه رأيا
بعمر بن الخطاب منه ، وقد قال فيه بلال ابن أبي بردة : " سمعت
أبي يقول ، والله لقد أدركت أصحاب محمد - صلى الله عليه وسلم - فما
رأيت أحدا أشبه بأصحاب محمد - صلى الله عليه وسلم - من هذا الشيخ
مات بالبصرة سنة ١١٠ هـ ، وهو ابن ثمان وثمانين سنة .
انظر : طبقات الفقهاء ص ٨٧ .

(١) ابن جرير : هو أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد الطبري ، نزل
بغداد ، ومات بها سنة ٣١٠ هـ ، وهو صاحب التاريخ والمصنفات
الكثيرة . منها :

جامع البيان عن تأويل آي القرآن .

انظر : المصدر السابق : ص ٩٣ .

(٢) انظر : المحلى ٣٨١/٩ ، وانظر : نيل الأوطار ٣٩٦/٦ .

(٣) انظر : المغني مع الشرح ٤١٤/٦ .

الأدلة والناقشة :

أولا : استدلال ابن حزم ومن وافقه على وجوب الوصية بدليلين :-

١ - بقوله تعالى : " من بعد وصية يوصي بها أولادهم ^(١) .

فأوجب ^(٢) سبحانه الميراث في كل ما علم من ماله وما لم يعلم ،

وأوجب الوصية والدين مقدمين كذلك على الميراث .

وتوثق هذا الدليل : بأن الآية لا تدل على وجوب الوصية ، وإنما

تدل على فرضية الميراث ، وأنه يخرج بعد اخراج الدين من المال

وبعد اخراج الوصية اذا وقع الايصاء بها ، وقد استوفت

أركانها وشروطها ، وفرضية الميراث لا تدل على فرضية الوصية

قبل وقوعها ^(٣) .

٢ - واستدلوا بما رواه الجماعة ^(٤) عن ابن عمر - رضي الله عنهما

أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال : " ما حق امرئ

مسلم يبيت ليلتين وله شيء يريد أن يوصي فيه الا ووصيته مكتوبة

عند رأسه " . ورواه ^(٥) ابن عبد البر والطحاوي بلفظ : " لا يحل لامرئ

مسلم له مال " .

فقد دل على وجوب الوصية والمبادرة التي فعلها ، يؤيده أنه

روى عن ابن عمر راوي الحديث أنه قال : " لم أبت ليلة منذ سمعت

(١) سورة النساء : آية (١١) .

(٢) انظر : التركة للكشكبي ص ١٥٠ .

(٣) المصدر السابق .

(٤) انظر : نيل الأوطار مع منتقى الأخبار ٦ / ٣٨ .

(٥) انظر : المصدر نفسه .

رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول ذلك الا ووصيتي عندي (١) .
ونوقش هذا الدليل : بأنه لا يدل على وجوب الوصية ، لأنها لو كانت
واجبة لم يفوض الأمر فيها الى ارادة الموصي ، ولكان ذلك لازماً
على كل حال ، ولكن المقصود من الحديث الحث على المبادرة بكتابة
الوصية ، لأن معناه ما الحزم والاحتياط أن يمر على الانسان زمن
يملك فيه مالا يوصي به ولا يكتب وصيته ، فقد يفجؤه الموت وهو
على غير وصيه .

ثم انه لو سلم أنه أريد به بيان وجوب الوصية ، فانه يحصل
على من كانت عليه حقوق للناس يخاف ضياعها عليهم ، أو كانت
له حقوق عند الناس يخاف تلفها على الورثة ، فهذا يجبه عليه
الوصية به من غير خلاف ، لأن الله فرض أمانة الأمانات التي
أهلها ، ومن لاحق عليه ولا أمانة قبله ، فليس بواجب عليه
أن يوصي (٢) .

ثم انه روى ابن عمر راوي الحديث لم يوصي ، وعمل الرواية
بخلاف مرويه ، ينزل منزلة روايته للناسخ ، أو يضعف مرويه على
الأقل (٣) .

وأما رواية ابن عبد البر والطحان : " لا يحل لامرئ مسلم له مال "

-
- (١) انظر : المصدر نفسه ، والجامع لأحكام القرآن ٢٦٠/٢ .
(٢) انظر : المصدرين السابقين ، وانظر : شرح الموطأ للزرقاني ٢٢٩/٣ .
(٣) انظر : التركة للكشكبي ص ١٥٣ .
(٤) انظر : نهج الأوطار ٣٨/٦ .

فقد قيل ان راويها ذكرها بالمعنى ، وأراد بنفي الحل ثبوت الجواز بالمعنى الأعم الذى يدخل تحته الواجب والمندوب والمباح .^(١)

ثانيا : واستدل الجمهور على عدم وجوب الوصية على من ترك مالا

بما يلي : -

أولا : بأن النبى - صلى الله عليه وسلم - مات ولم يوص ، ولو كانت فرضا ما تركها ، فقد^(٢) روى البخارى عن عائشة^(٣) رضي الله عنها

(١) انظر : نيل الأوطار ٣٩ / ٦ .

(٢) انظر : نيل الأوطار ٤٠ / ٦ .

(٣) هي أم المؤمنين عائشة بنت أبى بكر الصديق عبد الله بن عثمان من قريش ولدت بعد البعثة بأربع سنين أو خمس ، أفقه نساء المسلمين وأعلمهن بالدين والأدب ، والفرائض ، تكنى بأُم عبد الله ، تزوجها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وهي بنت ست ، وقيل سبع ، ودخل بها وهى بنت تسع ، وكانت أحب نساءه اليه ، وأكثرهن رواية للحديث ، وكان لها مواقف ، ولم يكن يحدث لها أمر الا أنشدت فيه شعرا ، يقول علي بن ابي طالب - كرم الله وجهه - فيما يروى عنه : " لو كانت امرأة تكون خليفة لكانت عائشة خليفة " ، بل كان أكابر الصحابة يسألونها عما أشكل عليهم ، فتجيبهم . يقول ابو موسى الأشعري ما أشكل على أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - شي فسالنا عنه عائشة الا وجدنا عندها منه علما ، ولما أجابت في الغسل من الاكسال = وهو جماعة الرجل دون أن ينزل = .

قال أبو موسى : لا أسأل عنه أحدا بعد هذا اليوم ، وقال عسمر رضي الله عنه فى ذلك : من خالف بعد هذا جعلته نكالا ، وقال تميم بن زهير : كان عروة بن الزبير يغلبنا بدخوله على عائشة ، وكانت عائشة أعلم الناس ، يسألها الأكابر من أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وقال عروة : كانت عائشة أعلم الناس بالحديث وأعلم عليه وسلم - وقال عروة : كانت عائشة أعلم الناس بالحديث وأعلم =

أنها أنكرت أن يكون رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قد
أوصى، وقالت: متى أوصى وقد مات بين سحري ونحري^(١)؟^(٢)
وبما ثبت عن ابن أبي أوفى^(٣) أنه قال^(٤): لم يوص رسول الله

== وأعلم الناس بالقرآن، وأعلم الناس بالشعر، ولقد قلت قبل أن تموت
بأربع سنين: لو ماتت عائشة ما ندمت على شيء إلا كنت سألتها
عنه، وقال مسروق، وقد سئل عائشة، هل كانت تحسن الفرائض؟
فقال: لقد رأيت أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم -
يسألونها عن الفرائض، ماتت بالمدينة سنة ٥٨ هـ، وقيل سنة ٥٧ هـ
ودفنت بالقيع. انظر: طبقات الفقهاء ص ٤٧، ٤٨، وانظر:
الاستيعاب ٤/٣٥٦، ٣٦١، الإصابة ٤/٣٥٩، ٣٦١، تذكرة الحفاظ
١/٢٧، ٢٩، الأعلام ٤/٤ - ٥ .

(١) (السحر) بالضم الرثه، والجمع أسحار، كبير وأبراد، وقيل السحر
ما لصق بالحلوق والمرئ من أعلى البطن، وقيل هو كل ما تعلق
بالحلوق من قلب وكبد ورثه، وفيه ثلاث لغات، وزان فليس، وسبب،
وقفل، فيقال: سحري، وسحري، وسحوى: "انظر: المصباح
المنير ١/٢٦٧، مادة السحر، وانظر: مختار الصحاح ص ٢٨٨ .

(٢) يقال نحرت البهيمة نحرا من باب نفع، ومنه عهد النحر (والمحسر)
موضع النحر من الحلق، أما (النحر) فهو موضع القلادة من الصدر
والجمع نحور مثل: فليس وفلوس، وتطلق النحور على الصدور .
انظر: المصباح المنير ٢/٥٩٥، مادة "نحرت"

(٣) هو عبد الله بن أبي أوفى الأسلمي صحابي جليل، توفي بالكوفة سنة ٨٦
وهو أهر من مات من الصحابة بالكوفة كما قال بذلك الواقدي .
انظر: طبقات الفقهاء ص ٥٢ - ٥٣ .

(٤) انظر: نهج الأوطار ٦/٤٠ .

- صلى الله عليه وسلم - " وكذلك ما أخرجه احمد وابن ماجه ^(١)
عن ابن عباس أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - مات
ولم ييوس ."

ثانيا : وبأن أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لم ينقل
عنهم وصية ، ولم ينقل لذلك تكبير ، ولو كانت واجبة لم نخلوا
بذلك ، ولنقل عنهم نقلا ظاهرا ، لتوافر أسباب نقله ، ولأنه
ما تعم به البلوى .

ثالثا : وبأن الوصية عطية لاتجب في الحياة ، فلا تجب بعد الموت
كعطية الأجنب .^(٢)

رابعا : وبأن الحكمة في مشروعية الوصية هي تمكين الانسان لـ
قد يفوته من أعمال البر والرحمة ، بدليل قوله - صلى الله عليه وسلم
: " ان الله عز وجل قد تصدق عليكم بثلاث أسواقكم عند وفاتكم
زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم " .^(٣)

(١) انظر : المصدر نفسه .

(٢) ابن ماجه هو أبو عبد الله ، محمد بن يزيد بن ماجه ، الربيعي بالولاء ،
القزويني الحافظ المشهور ، ولد سنة ٢٠٩ هـ ، وكان اماما في الحديث
عارفا بعلمه ، ارتحل في سبيل طلب الحديث ، الى البصرة والكوفة
وبغداد ، ومكة والشام ، ومصر والرى ، له مصنفات قيمة ، منها كتابه
" السنن في الحديث " ، وتفسير القرآن الكريم " و " تاريخ تزويج
" وكتابه في الحديث أحد الصحاح الستة . توفي سنة ٢٧٣ هـ .
انظر : وفيات الأعيان ٣/٤٠٧ ، ٤٠٨ ، تهذيب التهذيب ٩/٥٢٠ ،
٥٣٢ ، تذكرة الحفاظ ٢/٦٣٦ ، ٦٣٧ ، الاعلام ٨/١٥٠ .

(٣) انظر : المغني مع الشرح ٦/٤١٤ .

(٤) رواه الدارقطني بسند ، عن معاذ بن جبل رضي الله عنه . انظر : سننه ١٥٠/٤

فقد تفضل سبحانه علينا بهذه الصدقة ، لكي نتدارك ما يفوتنا من الخير وأعمال البر أو الصلة بما تعطيه منها ، والمشروع لنا لا يكون فرضا علينا ولا واجبا ، ولكن يكون كالتوافل من العبادات عدا الواجبات المتعلقة بذمة الانسان ، فقد عرفنا أن الوصية واجبة فيها باتفاق الجميع .^(١)

وبالموازنة بين هذين الرأيين ولعليهما يتضح لنا قوة رأي الجمهور والذي هو رأى الأئمة الأربعة أبو حنيفة ، ومالك والشافعي وأحمد . والله أعلم .

الوصية الواجبة في قانون الوصية المصري :

تبين لنا فيما تقدم أن الوصية غير واجبة في رأي جمهور الفقهاء إلا في حالة واحدة ، وهى ما اذا كان قبل الموصي ودائع ، أو عليه ديون ، إلا أن قانون الوصية المصري نص على وصية واجبة مفروضة أوردتها في مواد ٧٦ ، ٧٧ ، ٧٨ ، ٧٩ .

وهذه الوصية القانونية تجب لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات وأولاد الأبناء من أولاد الظهور وان نزلت طبقاتهم وصية بمثل ما كان يستحقه أبوهم ميراثا في تركة أبيه لو كان حيا عند موت الجد ففى حدود الثلث بشرط أن يكون الحفيد غير وارث ، وألا يكون الجد الميت قد أعطاه بغير عوض عن طريق تصرف آخر قدر ما يجب له ، وقد نطقت بذلك المادة (٧٦)^(٢) والتي نصت على أنه : " اذا لم يوص الميت لفرع

(١) انظر : أحكام الوصية للشيخ علي الخفيف ص ٢٩٨ .

(٢) انظر : شرح قانون الوصية ص ٢٨٨ .

ولده الذى مات في حياته أو مات معه ولو حكما بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثا في تركته لو كان حيا عند موته وجبت للفرع نفسى التركة وصية بقدر هذا النصيب في حدود الثلث بشرط أن يكون غير وارث والأى يكون الميت قد أعطاه بغير عوض من طريق تصرف آخر قدر ما يجب له وان 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 وان نزلوا على أن يجب كل أصل فرعه ، دون فرع غيره وأن يتسم نصيب كل أصل على فرعه وان نزل ، تسمة الميراث كما لو كان أصله أو أصوله الذين يدلي بهم الى الميت ماتوا بعده وكان موتهم مرتبا كترتيب الطبقات .

وقد بينت المذكرة^(١) التفسيرية لقانون الوصية أن الأحكام التى تضمنتها المادة المذكورة ترجع الى الأمور الآتية : -

أولا : أن المادة وضعت لتلاني حالة كثر منها الشكوى ، وهي حالة الإحفاد الذين يموت اباؤهم في حياة أبهم أو أمهم ، أو يموتون معهم ولو حكما كالغرقى والحرقى ، فان هؤلاء قلما يرثون بعد موت جد هم أو جدتهم لوجود من يحجبهم من الميراث مع أن اباؤهم قد يكونون ممن شاركوا في بناء الثروة التى تركها الميت ، وقد يكونون فى عماله يعملهم ، وأحب شئ الى نفسه أن يوصي لهم بشئ من ماله ، ولكن المنية عاجلته فلم يفعل شيئا أو حالت بينه وبين ذلك مؤثرات وقتية .

(١) انظر : أحكام الوصايا والأوقاف للدكتور بدران ص ١٠٧ وما بعد ها .

وند أوجبها القانون لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات ، ولأولاد الأبناء من أولاد الظهر وان نزلت طبقاتهم ، فلا يدخل فسي قسمة التركة أولاد الميت الذين ماتوا في حياته ولم يعقبوا أو أعقبوا من لا يستحق في الوصية .

فلو خلف الميت ابنا ، وبنتا ، وبنتي بنت ماتت في حياته ، وابن ابن مات أبوه وجده في حياته أيضا مرتبين ، وكان له ابن مات في حياته ولم يعقب ، أو أعقب أولاد بنت قسمت ، التركة بينهم أولاد الميت الأحياء والأموات الذين لهم من يستحق الوصية وهنا نصيب الابن والبنت الميتين أكثر من الثلث ، فيكون لهما الثلث ، يقسم بينهم قسمة الميراث للبنت ثلثه يعطى لبنتيهما بالتساوي ، وثلثاه للابن يعطى لفرعه ، ولو أن أباه مات قبل جده .

ثانيا : أن وجوب الوصية للأقربين غير الوارثين مروى عن جمع عظيم من فقهاء التابعين ومن بعدهم .

ثالثا : أن اعطاء جزء من مال المتوفي للأقربين غير الوارثين ، على أنه وصية واجبة في ماله - إذا لم يوص لهم - مذهب ابن حزم ، ورواية عن الامام أحمد .

رابعا : قصر الأتارب غير الوارثين على الأحفاد بالترتيب المبين فسي المادة مبني على مذهب بن حزم الذي يجيز أن تكون الوصية لبعض الأقربين دون بعض .

فلولي الأمر أن يتدخل ويحدد الأقربين بأولاد الأولاد على الترتيب الوارد في المادة (٧٦) .

خامسا : أن تحديد الواجب لهم يمثل نصيب أبيهم أو أمهم في حدود الثلث مع تقسيمه بينهم تسمية الميراث مبنى أيضا على مذهب ابن حزم ، وعلى القاعدة الشرعية وهي " أن لولسى الأمر أن يأمر بالمباح لما يراه من المصلحة العامة " ومتى أمر به وجبت طاعته " وقالت المذكرة التفسيرية : أن الجزء الواجب اخراجه يجوز في - مذهب ابن حزم - أن يحدد الموصي أو الورثة بمثل نصيب الأب ، كما يجوز تحديده بأقل أو أكثر وعلى هذا يجوز لولي الأمر أن يأمر باعطاء الأحفاد في الوصية الواجبة جزءا من التركة هو مثل نصيب أصلهم في حدود الثلث لأن هذا هو العدل الذي لا وكس فيه ولا شطط .

هل الوصية الواجبة وصية حقيقية أم هي ميراث ؟

ليست هذه الوصية وصية بالمعنى الخالص للوصية ، كما أنها لها شبه بالميراث ، وليست ميراثا خالصا^(١) .

فهي تشبه الوصية في أنها تجب في حدود الثلث ، وفي أنها مقدمة على الميراث وسائر الوصايا الاختيارية عند تنفيذها ، فإذا مات عن تجب لهم الوصية من غير ايصال ، وأوصي لغيرهم ، فإن أصحاب الوصية الواجبة يأخذون نصيبهم من الثلث ان وفي ، فان لم يف أخذوا الثلث ، فان بقي من الثلث شي بعد الوصية الواجبة ، صرف للوصية الاختيارية ان كانت واحدة ، وان تعددت قسم بينهما بالمحاصة ، وقد جاء ذلك واضحا في المادة^(٢) (٧٨) ، (٧٩) من قانون الوصية المصري ،

(١) انظر : احكام الوصايا للدكتور بد ران ص ١١٠ ، وانظر : التركة للكشكي ص ٢٠٢

(٢) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابو زهرة ص ٢٨٨ .

فقد نصت المادة (٧٨) منه على أن : " الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا ، فإذا لم يوص الميت لمن وجبت لهم الوصية ، وأوصى لغيرهم استحق كل من وجبت له الوصية قدر نصيبه من باقي ثلث التركة ان وني والا فعنه وما أوصى به لغيرهم ، كما نصت المادة (٧٩) على أنه : " في جميع الأحوال المبنية في المادتين السابقتين يقسم ما يبقي من الوصية الاختيارية بين مستحقيها بالحصاة مع مراعاة أحكام الوصية الاختيارية .

وهي تشبه الميراث في أنها لا تحتاج الى قبول من يستحقها، ولا ترد بالرد ، وأنها توجد وان لم يوجد لها الميت ، وأنها تقسم تسمية الميراث ، ان لم يقسمها المتوفي ، وحتى ولو شرط الموصي تقسيمها على غير هذا الوجه ، اللهم الا اذا كان ما شرطه لكل واحد يوفى بنصيبه من الوصية الواجبة .

لكنها تخالف الميراث في أن كل أصل يحجب فرعه ، دون فرع غيره ، أما في الميراث فكما يحجب الأصل فرعه يحجب فرع غيره ممن هو أبعد منه .

وتختلف عنه أيضا في أن الجد اذا تبرع باعطاء الحفيد جزاء من المال بغير عوض بقدر الوصية أغنى ذلك عنها ، في حين أن الميراث لا يخني عنه مثل هذا التصرف .

كما تختلف عنه أيضا في أنها وجبت لهم عوضا عما فاتهم من ميراث أصلهم بموته قبل أن يرث من أصله ، والميراث ثبت ابتداء من غير أن يكون عوضا عن حق ضائع .

طريقة استخراج الوصية الواجبة :

لم يبين القانون طريقة استخراج الوصية الواجبة ، بالطريقة الحسابية
إذا اجتمعت مع الورثة .

على أنه قد حدد مقدار الوصية الواجبة بالثلث ، فإن كان أكثر
من ذلك لم تتفقد الا باجازة الورثة ، كما اذا مات شخص من غير ابناء
عن بنت ، وابن ، وأولاد ابن مات في حياة أبيه ، فإن الابن المتوفى
كان يستحق خمس التركة لو كان حيا ، وحينئذ فلا يستحق أولاده الا
الثلث ، اذا لم تجز الورثة ، ويقسم هذا الثلث بينهم قسمة الميراث
للذكر مثل حظ الأنثيين ، أما الثلثان الباقيان ، فانهما يقسمان على
البنت والابن الموجودين القسمة الشرعية الواجبة بالميراث .

فان كان ما يستحقه الفرع المتوفى في حياة أحد أبويه لا يتجاوز
الثلث ان كان حيا ، فلنكن نستخرج مقدار وصيته الواجبة له نسله واحدا
من ثلاثة حلول :-

الحل الأول :-

وهو الذي أفتي به مفتي الديار المصرية ، أن الوصية الواجبة
هي وصيته بمثل نصيب أحد الورثة ، فان كان الموجود فرع ابن توفى
في حياة أحد أبويه . قدرت الوصية الواجبة له كأنها بمثل نصيب
الابن ، واذا كان الموجود فرع بنت توفيت في حياة أبيها ، قدرت
الوصية الواجبة كأنها بمثل نصيب البنت ، فلا يفرض الولد المتوفى حيا ،

(١) انظر : شرح قانون الوصية ص ٢٠٨ ، وانظر : أحكام الوصايا للدكتور

بدران ص ١١٨ ، وبها بعدها .

على هذا الحل ، بل تحل المسألة بين الورثة والأحياء ، ثم يضاف الى أصل المسألة مثل سهام الولد المتوفي في حياة أبيه أو أمه .

فاذا توفيت امرأة عن : زوج ، و بنت ، وابن ، و بنت ابن توفسي أبوها في حياة المورث ، وتركت ١٨٠ سهما ، فان أصل المسألة يكون من أربعة ، للزوج منها سهم ، وللبنات سهم ، وللابن سهمان ، ثم يزداد على أصل المسألة مثل سهام الابن ، أى يزداد سهمان ، فيصير أصل المسألة ستة ، وتقسم التركة كذلك ، فيخص بنت الابن وصية واجبة ٦٠ سهما ، وللزوج ٣٠ سهما ، وللبنات ٣٠ سهما ، وللابن الذى علسى قيد الحياة ٦٠ سهما .

الحل الثانى :

أن يفرض الفرع المتوفى حيا ، وتقسم التركة على فرض وجـود .
ويعطى أولاده نصيبه على ذلك .

فلو توفي رجل عن زوجته ، وأمّه ، وأبيه ، و بنت ، وابن ، و بنت ابن توفي أبوها في حياة المورث ، وترك ذلك المورث تركة قدرها ٣٦٠ فدانا .

فنفرض الابن المتوفى حيا ، وتقسم التركة فيخص الزوجة الثمن ٥٠ فدانا ويخص الأم السدس ٦٠ فدانا ، والأب السدس ٦٠ فدانا ، والباقي يقسم بين البنت والابن اللذين على قيد الحياة ، والابن المتوفى الذى يفرض حيا ، فيخص البنت ٣٩ فدانا ، والابن الحي ٧٨ فدانا ، والابن المفروض ٧٨ فدانا ، تعطاء ابنته .

وهذا الحل غير مقبول ، ان يترتب عليه حجب وارث أعطاه الشرع

من أجل فرض وارث آخر ، كأن يكون توفي عن زوجة وأربع بنات وأخت شقيقه ، و بنت ابن توفي في حياة أبيه ، فانه على هذا الحل تأخذ البنات بالتعصيب مع الابن ، وتحجب الأخت الشقيقة .

والحل الثالث :

أن يفرض الذي توفي في حياة أبيه حيا ويقدر نصيبه بالسهم ويستخرج نصيبه من التركة على هذا الأساس ، ثم يقسم ما بقي من التركة بتوزيع جديد على الورثة الموجودين فعلا من غير نظر إلى الولد الذي فرض حيا ، فاذا توفيت زوجة عن زوج وابن ، وبنت ، وبنت ابن توفي أبوها في حياة المورث ، وتركت ١٨٠ سهما ، فانه يفرض وجود الابن المتوفى - حيا - فتكون الورثة زوجا ، وبنت وابنان : للزوج ربع التركة فرضا ، وقدره ٤٥ سهما * والباقي وقدره (١٣٥ سهما) يقسم بين البنت والابن ، للبنت خمس الباقي ، وقدره (٢٧ سهما) ولكل ابن خمسان أي (٥٤ سهما) فتعطي بنت الابن نصيب أبيها وصية واجبة مقدار (٤٥ سهما) .

وهذا الحل هو المختار إذ أنه يتفق مع منطوق المادة (٧٦) السابق ذكرها ، ولأنه لا يعطي فرع الولد في بعض الأحيان أكثر مما يأخذه الولد نفسه لو كان حيا ، وان كان الحل الأول يجعل التماثل قائما بين فرع الولد الذي توفي في حياة المورث ، وبين من يستحق من الأولاد الموجودين فعلا ، إلا أن القانون لم يشترط هذا التماثل^(١) .

(١) المصدران السابقان .

ما قد يرد على هذه الوصية :

ورد على هذه الوصية الملاحظات التالية^(١) :

١ - اقتصر هذه الوصية في المادة (٧٦) على حالة الأحفاد الذين يموت آباؤهم في حياة أبيهم أو أمهم الخ ، وقالت المذكرة التفسيرية في تعليلها لذلك انها شرعت لتلاني حالة كثر منها الشكوى ، في حين أن هناك حالات أخرى ، كانت جديرة بالملاحظة والعناية . بل هي أولى بأن يفرض فيها وصية واجبة .

فمن ذلك ، اذا لم يوص الميت للقريب غير الوارث ، وترك أمًا ، واخوة لأم ، وأم أب ، فان الجدة أم الأب في هذا المثال محجوبة بالأم ، وقد تكون فقيرة محرومة ولا عائل لها ، وشمل ذلك ما اذا مات شخص دون أن يوصي ، وترك أمًا لترثه أو أبًا له لا يرثه لمانع من موانع الارث ، وقد يكون كل منهما محتاجا الى صلته وبره ، أو مات شخص عن زوجة ، وأخ شقيق ، وأبي أم والأخير ذوى الأرحام ، وهو لا يرث في هذه الحال وكذلك اذا مات شخص ولم يوصي ، ولم يترك أصولا ولا فروعًا ولكنه ترك عمًا شقيقًا وعمة شقيقة ، أو ترك أخًا شقيقًا وابن أخ شقيق آخر مات في حياة أخيه المتوفى ، فان العمه لا تستحق شيئًا في المثال الأول ، وكذلك لا يستحق ابن الأخ شيئًا في المثال الثاني .

(١) أنظر : أحكام الوصايا والأوقاف للدكتور بدران ص ١١١ وما بعد ها .

ومن غير شك أن أمثال هؤلاء بحاجة ملحة للعلاج من واضعسي تلك المادة ما كان ينبغي زعمه - على القول بوجود الوصية - عدم قصر الوصية الواجبة على الأحماد ، وملاحظة أقارب آخرين محتاجين وغير وارثين ، متى وجدوا وذلك بفرض وصية لهم فى مال المتوفى اذا لم يوص لهم ، وكان ذلك فى حالة عدم وجود أحماد . لاسيما وأن الحجة التى استندوا اليها لوجوب الوصية للأقربين غير الوارثين شاملة للأحماد وغيرهم .

اذن فما ذكره لتبرير قصر الأقربين على الأحماد دون غيرهم من الأقارب غير الوارثين غير مسلم ، فضلا عن أنه لا يوجد دليل على تخصيص الأقربين غير الوارثين بالأحماد ، وخاصة وان نسي القول بقصرها عليهم نفي لوجوب الوصية للوالدين اذا كانا غير وارثين - على قول من يرى وجوبها لهم - مع أنها قد ذكرا نسا فى آية الوصية ، التى جعلتها المذكورة التفسيرية أصلا فى وجوب الوصية للأقربين غير الوارثين .

٢ - ما ورد بالمذكورة التفسيرية لقانون الوصية من أن قصر الأقارب غير الوارثين على الأحماد بالترتيب المبين فى المادة (٧٦) هو مبني على مذهب ابن حزم ، فيه نظر : ان أنه لا يسوغ قبوله الا فى حالة ما اذا ترك الميت أحمادا وأقارب آخرين غير وارثين .

أما اذا مات الشخص ولم يوص ولم يترك أحمادا ، ولكنه ترك أقارب غير وارثين فان ابن حزم هنا يفرض لهم وصية واجبة - نسي حين أن قانون الوصية لا يرى وجوبها لغير الأحماد ، فكيف تتول المذكورة التفسيرية أن قصر الأقارب غير الوارثين على الأحماد

مبنى على مذهب ابن حزم ؟

لذا ، فالقول بتخصيص الأتارب بالأحفاد ، حكم لا يستند السى دليل لامن نقل ولا مصلحة راجحة ، مما كان يتعين معه فسي أن القول يقصر الوصية الواجبة على المحتاجين من الأتارب غير الوارثين . كما ذهب اليه بعض العلماء هو الأولى . وذلك أن الوصية لاتخرج عن كونها من صلاة البر ، والمحتاجون أحق بذلك وأولى .

٣ - ما ذهب اليه القانون من تحديد الواجب بمثل نصيب الأصل فسي حدود الثلث قالت عنه المذكرة التفسيرية : " ان الجزء الواجب اخراجه يجوز - في مذهب ابن حزم - أن يحدده الموصي أو الورثة بمثل نصيب الأب ، كما يجوز تحديده بأقل أو بأكثر وعلى هذا يجوز لولي الأمر أن يأمر باعطاء الأحفاد في الوصية الواجبة جزءا من التركة هو مثل نصيب أصلهم في حدود الثلث ، لأن هذا هو العدل الذى لاوكس فيه ولا شطط " ، وهذا غير مسلم ، لأن رأي ابن حزم ليس فيه تحديد للقدر الموصى به في الوصية الواجبة بنصيب معين ، وانما اكتفى مذهبه بما تطيب به نفس الموصي ، أو بما يراه الورثة أو الوصي مما لا اجحاف فيه بالورثة ، فكان الواجب أن يكون الأساس الذى يراعى فسي تقدير الوصية الواجبة اذا مات الموصي من غير تقدير ، أن تكون بقدر ما تطيب به نفوس الورثة ، ولا يجحف بحقوقهم ، وعلاوة على ذلك ، فان هذه الوصية ، وان كانت واجبة كما سماها القانون ، فانها لاتخرج عن كونها صلة للقريب غير الوارث ، الأسر

الذى يتعين معه ألا يربط تحديد تدار الوصية الواجبة بنصيب أصل أو غيره ، ولكن يكون مرتبطا بنسب تختلف باختلاف التركة تلة وكثره ، حتى ولو انتهت هذه النسبة الى حد أقصى هو الخمس ، فلا بأس ، فقد قال قتادة^(١) : " أوصى أبو بكر بالخمس وأوصى عمر بالربع ، والخمس أحب اليّ " لكن ينبغي أن يقيد مقدار الوصية الواجبة بحيث لا يأخذ صاحبها أكثر ما يرثه من هو أقرب منه الى الميت ، وذلك حتى تزول بعض الحالات الشاذة الموجودة في تطبيق القانون ، إذ قد تأخذ بنت البنت أكثر ما ترثه بنت الابن ، وذلك فيما اذا توفي شخص عن بنت وبنت بنت وبنت ابن ، وترك (٣٠ فدانا) ، فان مقدار الوصية الواجبة هنا ثلث التركة ، وهو (١٠ أفدنة) تأخذها بنت البنت ، وتأخذ البنت وبنت الابن الباقي فرضا ودا بنسبة ٣ : ١ ، بمعنى أنه يكون نصيب بنت الابن في هذه الحالة ربع الباقي وهو خمسة أفدنة أى نصف ما أخذت بنت البنت .

ومن الحالات الشاذة الموجودة في القانون عند تطبيقه هو أن بنت البنت تأخذ أكثر من ابن الابن ، وذلك فيما اذا مات شخص عن بنت ، وبنت ابن ، وابن ابن آخر ، وبنت بنت ، وترك (٩٠) فدانا ، فاذا فرض وجود البنت الأخرى يكون الورثة : بنتين ، وبنت ابن ، وبنت بنت ، فيكون نصيب البنت الثلث تأخذه بنتها وهو (٣٠) فدانا ، والباقي (٦٠) فدانا ، تأخذ البنت نصفه وهو (٣٠) فدانا ، والباقي يكون لابن الابن ، وبنت الابن يتسم بينهما تعصيا وقدره (٣٠) فدانا ، يأخذ ابن الابن

(١) المصدر السابق .

(٢٠ فدانا) ، وتأخذ بنت الابن عشرة أفدنة ، أى ثلث ما أخذت بنت البنت .

ومن الحالات الشاذة أيضا أن تأخذ بنت الابن أكثر من البنت وذلك فيما اذا مات شخص عن بنتين ، وبنت ابن ، واخوت شقيقه ، وترك (١٨) فدانا ، فان مقدار الوصية لبنت الابن ثلث التركة وهو (٦) أفدنة ، وصية واجبة ، أما الباقي فيقسم بين البنتين والاخت الشقيقة ، فتأخذ البنتان الثلثان (٨) ، لكل واحدة منهما (٤) أفدنة ، وتأخذ الاخت الباقي وهو (٤) أفدنة^(١)

... ..

(١) أحكام الوصايا والأوقاف للدكتور بدران الصفحات نفسها .

المبحث الثاني

حكم الوصية بمعنى الأثر المترتب عليها

وحكم الوصية بهذا المعنى هو ثبوت الملك للموصى له في الموصي به ، متى تمت الوصية ، وتماسها .

اما يقبول الموصى له الوصية ، أو قبول وليه ان كان غير رشيد ، لأن القبول اما ركن كما عند الحنفية ، أو شرط كما هو رأى غيرهم من الفقهاء ، على ما سبق تفصيله في موضعه^(١) ، غير أن القول بأن القبول ركن أو شرط راجع الى حالة ما اذا كان الموصى له معنا ، ومن أهل التملك كمحمد مثلا ، والموصى به عينا ، فاذا كان الأمر كذلك ، وقبل الموصى له أو وليه الوصية بعد وفاة الموصي ، ولم يتم مانع يمنع من نفاذها ، فانه يملك الموصى به ملكا تاما من جميع الوجوه ، من غير أن يتوقف على قبضه ، لأن الوصية ليست هبة من كل وجه ، حتى يتوقف الملك فيها على القبض ، ويورث عنه كسائر أمواله بعد وفاته .

واما بمجرد موت الموصي ، بدون توقف على قبول من أحد ، وذلك فيما اذا كان الموصى له ليس من أهل التملك معنا^(٢) كان كالجامع

(١) وقد رجحنا القول بأن القبول شرط ، لاركن ، وبيننا وجه الترجيح

كما قدمنا في هذا الموضع أيضا رأى زفر القائل ، بتام الملكية بدون حاجة الى القبول ، معللا ذلك بأن الوصية خلافه ، والخلافة لا يحتاج فيها الى القبول كالميراث ، وقد ناقشنا هذا الرأى ، في محله .

(٢) خالف الشافعية فيما اذا كانت الوصية لمعين وهو غير أهل

للملك ، حيث اشترطوا لتامها أن يقبل عنه ناظره ، أو من يلي أسرته ، وقد ذكرنا ذلك ايضا في موضعه من هذه الرسالة ، اثناء الكلام على

الوصية للجهاث ، وناقشناه .

الأزهر مثلا في القاهرة ، أو غير معين كالمساجد ، والمدارس ونحو ذلك من جهات البر والخير^(١) ، أو كان من أهل التملك ولكنه غير معين كالفقراء أو طلبمة العلم مثلا .

فلزوم الوصية بدون توقف على قبول أحد ، وقد توفرت شروطها وأركانها ، وزالت موانعها ، لزمها بالنسبة لمن هو غير أهل للتمليك ، كالجهاز الخيرية كما ذكرنا ، راجع الى أن في الوصية لهذه الجهات اتفاق للمال في سبيل النفع العام ، وهو مرغّب فيه شرعا ، وتحسن المبادرة الى فعله من غير أن يتوقف على قبول أحد ، وقد ذكرنا ذلك في موضعه أثناء الكلام على الوصية للجهات .

وأما لزوم الوصية لمن هو غير معين من أهل التملك ، كالفقراء مثلا أو قبيلة بنى فلان ، وقد توافرت أركانها وشروطها ايضا ، ولم يوجد ما يمنع من نفاذها - لزمها بوفاء الموصي مصرا عليها ودخول الموصي به في ملك الموصي له ، من غير توقف على قبول أحد ، فذلك راجع الى أن القبول في هذه الحالة متعذر اشتراطه والحصول عليه

(١) وكالوصية التي أوجبها القانون .

(٢) تكلمنا على هذا النوع ، أثناء الكلام على الوصية لغير المحصورين ، وقلنا ان الفقهاء قد اتفقوا على جواز الوصية لهم ، وقلنا بأن هذا الجواز مطلق عند بعضهم ، ومتقيد عند البعض الآخر بما يدل على أن الوصية لهذا النوع قريبة ، كالوصية لفقراء مكة ، مثلا أو لفقراء المسلمين كما أشرنا في هذا الموضوع الى أن الحنفية قالوا بعدم صحة الوصية لغير المحصورين ما لم يقتصر باللفظ ما يدل على الحاجة كأن يقول : " أوصيت لفقراء طلبية معهد كذا مثلا . وقد ناقشنا ما استدلوا به لذلك ، ورجعنا القول بجواز الوصية لغير المحصورين ذكر تيميد الحاجة أو لم يذكر .

من الموصى لهم ، = فلم يكن شرطا ولا ركنا عند الجميع = ان أنه ليس من الممكن جمعهم أو عرض الوصية عليهم ، حتى يتبين قبولهم أو رفضهم ، وليس من بينهم من تعين لها حتى يعتد بقوله رفضا أو قبولا ، ولذا فان ثبوت الملك لهم يتوقف على قبض كل واحد منهم

وإذا كان الموصى به منفعة ، فان الأثر الذي يترتب على الوصية بها ، بعد تمامها مستوفية لشروطها هو الملك للموصى له ، غير أنه ملك ناقص له أن يستوفيه على الوجه الوارد في الوصية طول المدة المحددة لها ، سواء كانت سنوات معدودة أم مدة حياة الموصى له ، على أنه ليس لأحد من الورثة أو من غيرهم أن يملك منع هذا الاستيفاء ، ولكن اذا انتهت المدة عادت العين الى ملك الورثة وبذلك يكمل ملكهم .^(١)

.....

(١) أنظر : المفتي مع الشرح ٦ / ٤٤٠ ، ٤٤١ ، وانظر : شرح قانسون الوصية ص ٢٨ ، وانظر : التركة ص ١٥٦ ، وما بعد ها . وانظر : أحكام الوصايا للأستاذ شلبي ص ٢٣٣ .

الفصل الثاني

مبطلات الوصية ، وفيه مباحث : -

- المبحث الأول : فيما يبطل الوصية من جهة الموصي
المبحث الثاني : فيما يبطل الوصية من جهة الموصى له
المبحث الثالث : فيما يبطل الوصية من جهة الموصى به

الفصل الثاني

في مبطلات الوصية ، وفيه مباحث :-

يحسن بنا قبل أن نتكلم على مباحث هذا الفصل أن نشير إلى أننا قد بينا فيما تقدم أن الوصية إذا وقعت مستكلمة لشروطها وأركانها ، صارت صحيحة غير لازمة = ما لم تكن واجبة = ، والا فإنه يجوز لمنشئها الرجوع عنها في أي وقت شاء ، فإن مات مصرا عليها ولم يوجد ما يبطلها ، وقبلها الموصى له بعد وفاة الموصي ، فإنها تنفذ وترتب عليها آثارها .

غير أنه قد يحدث لها ما يؤثر في نفاذها ، ومن ثم يكون سببا في الفائها ، وهذا ما سماه الفقهاء بمبطلات الوصية .

وبما أن ما يبطل الوصية قد يأتي من جهة الموصي أحيانا ، وقد يأتي من جهة الموصى له أحيانا أخرى ، كما قد يأتي من جهة الموصي به نفسه .

لذا ، فقد عقدت لكل مبطل مبحثا مستقلا جعلته على النحو التالي :

المبحث الأول

فيما يبطل الوصية من جهة الموصي

تبطل الوصية من جهة الموصي بالأمر التالية : -

الأمر الأول :

زوال أهليته بالجنون المطبق اذا اتصل بالموت ، وذلك أن الوصية عقد غير لازم يجوز لمنشئها الرجوع عنها في أى وقت شاء ، ومن زالمت أهليته بطلت وصيته مراعاة لحقه ، لأنه لو لم يصب بهذا الجنون الذى اتصل بموته ، لكان بإمكانه الرجوع في وصيته ، ولأن شرط بقاء وصيته صحيحة في حقه موته مصرا عليها ، الا أن موته على هذه الحالة ، لا يحقق اصراره عليها حتى الموت ، فتكون باطلّة وقد أخذ قاننون الوصية بذلك في مادته (١٤) .

فان كان الجنون غير مطبق ، أو كان مطبقا لكنه لم يتصل بالموت ، فان الوصية صحيحة .

وقد سبق الكلام على هذه المسألة بصورة مفصلة عند الكلام على المبحث الأول في شروط الموصي .

الأمر الثانى : رده عن الاسلام .

وقد فصلنا القول في ذلك عند الكلام على وصية المرتد ، واخترنا بعد عرض أقوال الفقهاء في ذلك ، القول ببطلان الوصية اللاحقة على الردة فيما اذا كان المرتد فظريا ، وأما اذا كان المرتد مليا ، فقد قلنا ان من الملائم اعتبار صحة وصيته مع وقف نفاذها حتى نتبين ما سيؤول اليه أسره ، فان رجع الى الاسلام اعتبرناها

نافذة ، والا فتبطل ، وقلنا انه بهذا الحكم تشترك المرتدة مع المرتد العلي سواء كانت مرتدة عن فطرة أو عن مله .

الأسر الثالث : رجوعه عن وصيته

من المتفق عليه بين جمهور الفقهاء^(١) أن الوصية تصرف غير لازم في حياة الموصي ، وبناءً على ذلك ، فإنه لو رجع عن وصيته كلها أو بعضها كان ذلك منه جائزاً ، وذلك لأنها تصرف مضاف لما بعد الموت ، فلم يتعلق بها حق الموصي له في حال الحياة ولذا فإن رجوعه عنها في حياته لا يترتب عليه الحاق ضرر بأحد .

هل هناك صيغة خاصة للرجوع عن الوصية ؟

ليس هناك صيغة خاصة للرجوع عن الوصية ، بل انه يتحقق بكل ما يدل على اعراض الموصي عن وصيته سواء كان ذلك بطريق النص والتصريح ، أو كان ذلك بطريق الدلالة ، حسبما دلت عليه القرائن أو تعارف عليه الناس .
ولهذا ، فإن رجوع الموصي عن وصيته قد يكون تارة صريحا وأخرى غير صريح .

فالتصريح : ما ورد بلفظ يدل على ذلك وضعا ، كقوله : " عدلت عن وصيتي ، أو فسختها ، أو أبطلتها ، أو رغبت عنها ، أو تركتها ، أو ما أوصيت به لفلان فهو لفلان ، أو لورثتي ، فهذا يعد منه رجوعا صريحا عن وصيته .

(١) انظر : المغني مع الشرح ، فقد ذكر ابن قدامة اجماع الفقهاء على جواز رجوع الموصي عن وصيته كلها أو بعضها ثم قال الا الاعتاق ، ولكن أكثر الفقهاء قال بجواز الرجوع في الوصية به . انظر : ٤٨٥ / ٦ ، وانظر : تحفة المحتاج ٧ / ٧٦ .

وغير الصريح : مادل على ذلك بطريق الدلالة واللزوم ، سواء كان ذلك بقول من الموصي ، كقوله : " وهبت هذا الشيء الموصي به ، أو تصدقت به ، أو اني راغب في بيع ما أوصيت به أو بفعل منه كأن يوصي لآخر بشاة فيذبحها ، أو يوصي بقطعة من القطن ثم يقوم بنسجها ، أو بقطعة من الذهب أو الفضة فيصوغها حلياً ، فهذا كله يدل بطريق اللزوم على رجوعه عن وصيته .

وقد أشار الكاساني^(١) الى هذا التقسيم فقال : " ثم الرجوع قد يكون نصاً ، وقد يكون دلالة ، وقد يكون ضرورة ، أما النص ، فهو أن يقول الموصي رجعت ، أما الدلالة ، فقد تكون فعلاً ، وقد تكون توكلاً ، وهو أن يفعل في الموصي به فعلاً يستدل به على الرجوع أو يتكلم بكلام يستدل به على الرجوع ، ثم قال : " وبيان هذه الجملة أنه اذا فعل في الموصي به فعلاً لوفعله في المنصوب لانقطع به ملك المالك كان رجوعاً كما اذا أوصى بثوب ثم قطعه وخاطه قميصاً أو ثياباً أو بقطن ثم غزله أو لم يغزله ثم نسجه ، أو بحديدة ثم صنع منها اناة أو سيفاً أو سكيناً ، أو بفضة ثم صاغ منها حلياً ، ونحو ذلك لأن هذه الأفعال لما أوجبت بطلان حكم ثابت في المحل وهو الملك ، فلأن توجب بطلان مجرد كلام من غير حكم أولى . . . " .

ثم ان الفقهاء مع اتفاقهم على تقسيم الرجوع الى صريح وغير صريح فقد اختلفوا ، فيما يتحقق به الرجوع بطريق الدلالة من الأفعال والتصرفات . فالذي ذهب اليه فقهاء الحنفية^(٢) هو التوسع في دائرة ما يتحقق به

(١) انظر : بدائع الصنائع ٣٧٨ / ٧ .

(٢) انظر : المصدر السابق ، وانظر : رد المحتار الى الدر المختار ==

الرجوع من هذه الأفعال دلالة حيث قالوا : انه يتحقق بكل تصرف يزهد ملك الموصي عن الموصي به ، كطحن البر وفزل القطن أو يكون استهلاكاً له كأن يكون الموصى به حيواناً فيفترقه ، أو آنية فيكسرها ، أو يحدث فيه زيادة لا يمكن تسليمه بدونها ، كما اذا أوصى بقطعة أرض فبناها منزلاً ، أو زرع فيها بستاناً ، أو أوصى بدقيق فلتته بسمن ^(١) ، أو يكون خلطاً للموصى به بغيره بحيث يكون تمييزه متعذراً ^(٢) ، كأن يكون الموصى به برا فيخلطه بشعير ، كما يتحقق بتغيير الموصى به حتى يزول اسمه ، ومعظم صفاته سواء كان هذا التغيير يفعل الموصى أو بلا بفعل من أحد ^(٣) .

-
- == ٦/٦٥٨ ، وانظر : تبين الحقائق ٦/١٨٦ ، وانظر : الفتاوى الهندية ٦/٩٢ ، ٩٣ ، وانظر : المفتي مع الشرح ٦/٨٥ ، وما بعد ها (١) وذلك لأن اقدامه على مثل هذه الزيادة بالموصى به ، تعتبر زيادة لازمة ومستقره ، يختص بها في حياته ، وتنتقل بعد وفاته الى ورثته ، فسدل ذلك على احتفاظه بمحلها لنفسه ، حيث لا يمكن تسليمه بدونها ، وذلك يعد رجوعاً منه عن وصيته . أما ان كانت هذه الزيادة ما يكسب فضلها ، فانها لا تؤثر في الموصى به ، وكذلك اذا كانت زيادة في التابع ، كتخصيص الدار ، لأنها تعد تصرفاً في التابع ، كهدم بنسب الدار الموصى بها وغسل الثوب الموصى به ، فهذا كله لا يعد رجوعاً في الوصية . انظر : المصادر السابقة
- (٢) لأنه بذلك يتمتع تسليمه ، فصار في حكم الاستهلاك ، بخلاف ما لو خلطه بجنسه وكان الموصى به مثله في الجوده ، أو أجود منه ، فهذا لا يعد منه رجوعاً . . . ينظر : المصادر السابقة .
- (٣) التغيير بلا فعل من أحد هو الذي قال عنه الكاساني انه رجوع بطريق الضرورة ، ومثل له ، بما اذا أوصى بهذا العنب فصار زيبياً ، أو بهذا السنبل فصار حنطة ، وقد علل ذلك بأن هذا التغيير الحاد في نسي
- ==

وقد وافق الحنفية فيما ذهبوا اليه الشافعية^(١) والحنابلة ، بل انهم قد توسعوا أكثر من الحنفية فيما يتحقق به الرجوع من هذه الأفعال دلالة ، حيث اعتبروا بعض التصرفات التي تصدر من الموصي رجوعاً عن وصيته ، في حين لم ينص فقهاء الحنفية عليها ، ومن هـذـه التصرفات أن الموصي اذا عرض الموصى به للبيع ، أو أوصى ببيعه ولم يبيع ، أو أوصى بهبته أو رهنه ولم يرهن ولم يوهب أو وكل شخصاً بشيء منها ، لا يعتبر ذلك منه رجوعاً عن وصيته .

وأما المالكية فقد خالفوا غيرهم من الفقهاء ازا ما يعتبر من الأفعال التي يتحقق بها رجوع الموصي عن وصيته ، دلالة ، اذ لم يتوسعوا فيها ، بل ضيقوا دائرتها لتقتصر على فعل الموصي الذي يكون فيه استهلاكاً للموصى به ، أو تغييره تغييراً تاماً ، أو اخراجه عن ملكه بشرط عدم رجوعه اليه سرّة أخـ.....رى ،

== حياة الموصي يجعل الموصى به شيئاً آخر غير ما أوصى به ما يتعذر معه تنفيذ الوصية فيثبت الرجوع ضرورة فتبطل الوصية ، قال ذلك بعد أن قسم الرجوع الى ثلاثة أقسام : (١- رجوع قولي صريح ٢٠ - رجوع فعلي أو دلالة ، ٣ - رجوع ثابت بطريق الضرورة ، وقد وافق الحنفية في الحكم ببطلان الوصية بهذا التغيير الحنابلة ، فقد ورد في المغنسي : " واذا حدث بالموصى به ما يزيل اسمه من غير فعل الموصي مثل أن سقط الحب في الأرض فصار زرعاً أو انهدمت الدار فصارت فضاءً في حياة الموصي بطلت الوصية بها ، لأن الباقي لا يتناول الاسم وان كان انهدام الدار لا يزيل اسمها سلمت اليه دون ما انفصل منها ، لأن الاسم حين الاستحقاق يقع على المتصل دون المنفصل ، ويتبع الدار في الوصية ما يتبعها في البيع " انظر : بدائع الصنائع ٧ / ٣٨٤ ، ٣٨٥ ، وانظر : المغنسي^{مع الشرح} ٦ / ٤٨٢ ، وانظر أحكام الوصايا للأستاذ شلبي ص ٢٧٧ .

(١) انظر : المصادر السابقة ، وانظر : تحفة المحتاج ٧ / ٧٦ وما بعد ها .

ولو بسبب جديد^(١)، ولم يعتبروا ما سوى ذلك من الأفعال التي تصدر من الموصي رجوعا عن وصيته، بل تبقى وصيته صحيحة إذا فعلها، كأن يقوم بخلط الموصى به بغيره على أى وجه، أو يقوم بفعل يوجب الزيادة فيه، بل لو لم يتم بشئ من ذلك، وتغير الموصى به بنفسه من غير صنع أحد، فإن الوصية به تبقى صحيحة عندهم، وإلى هذه التفرة أشار الاستاذ^(٢) شلبي قائلا: " فهم يفرقون بين تغير الموصى به حتى يزول اسمه إذا كان بفعل الموصي، وبين ما إذا كان بدون فعله فيجعلون الأول رجوعا دون الثاني بدليل تشليلهم لما يكون رجوعا بما إذا أوصى بفضة فصاغها، أو بقماش ففصله ثوبا ولبسه، أو بفزل فنسجه أو بزراع فحصده ودرسه وصفاه " .

ثم حاول أن يلتصق توجيهها لمسلكهم هذا فقال: " ولعل تضيق المالكية هذا راجع الى أنهم توسعوا أكثر من غيرهم في طريقة انشاء التبرعات ومنها الوصية، فجوزوها بالمعدوم والمعدوم مطلقا، ولم يشترطوا في صحتها القدرة على تسليم محل العقد، كما جعلوا الأصل في تلك التبرعات عدم جواز الرجوع فيها، ولما اضطروا الى تجويزه في الوصية لم ينسوا أصولهم السابقة، فاعتبروا الوصية بعد وجودها صحيحة قائمة حتى يوجد ما يدل على بطلانها دلالة قوية من قول صريح، أو عرف صحيح، أو قرينة واضحة " .

-
- (١) وفي ذلك فقد ورد في الشرح الكبير ٤/٣٨٢، ٣٨٣، أن بيع الموصي به يبطل الوصية، وفيه إذا أوصى بشئ معين فباعه ثم اشتراه أو ملكه ولو بارت له فلا تبطل وأخذ الموصى له " .
- (٢) انظر: المرجع السابق، وانظر: أحكام الوصايا للاستاذ شلبي ص ٢٧٨
- (٣) المصدر السابق .

مسلك قانون الوصية المصرى في الرجوع عن الوصية :

وافق قانون الوصية المصرى جمهور الفقهاء فيما ذهبوا اليه من القول بجواز رجوع الموصي عن وصيته كلها أو بعضها ، حال الحياة لكونها عقد غير لازم ، وأن هذا الرجوع كما يكون بلفظ صريح يكون بما يدل على معناه ، وأنه متى رجع الموصي عن وصيته صراحة أو دلالة ، كان ذلك مبطلا لها ، جاء ذلك واضحا في مادته (١٨) ، والتي نصت على أنه : " يجوز للموصي الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها صراحة أو دلالة ويعتبر رجوعا عن الوصية كل فعل أو تصرف يدل بقرينة أو عرف على الرجوع عنها ، ومن الرجوع دلالة كل تصرف يزيل ملك الموصي عن الموصى به " .

ولبيان ما اشتملت عليه هذه المادة نقول : -

أما الفقرة الأولى ، فقد قررت كما ذكرنا ما اتفق عليه جمهور الفقهاء من أنه يجوز للموصي الرجوع عن وصيته كلها أو بعضها حال الحياة سواء كان رجوعه صريحا ، كقوله : " رجعت عن وصيتي أو عدلت عنها ، أو كل وصية أوصيت بها فهي باطلة ، أو يقول الذى أوصيت به لعمرى فهو لزيد ، لأن اللفظ يدل على قطع الشركة ، أو كان ذلك دلالة ، وهذا يتناول ما يصدر من الموصي من أقوال عدل بطريق اللزوم على رجوعه عن وصيته ، كساومته في بيع الوصية ، أو توكيله في بيعها ، أو إخراجها عن ملكه ببيع أو هبه ، ونحو ذلك ، كما يتناول ما يأتيه الموصي بنفسه من فعل في الموصى به يدل على رجوعه ، كذبحه إن كان حيوانا ، واتخاذ ثوبا إن كان قماشيا ، وجعله خبزا

(١) انظر : شرح قانون الوصية ص ٢٧٥ .

ان كان دقيقا ،واقدامه على اتلافه ان كان آنية ،أو تمامه بخلط
الموصي به بغيره بحيث يتعذر تمييزه كبر بمثله ،أو لم يتممذر
تمييزه،ولكن بعسر كشمير ببر ،لأنه بذلك يكون مستهلكا له .

أما الفقرة الثانية ،فقد قررت أن كل فعل أو تصرف يصدر من الموصي
يدل على أنه قد رجع عن وصيته بقرينة أو عرف ،فان ذلك يعد
رجوعا تبطل به الوصية ،وهذا لاينفي أن من أفعال الموصي ما يدل
بذاته على ذلك ،كاستهلاكه الموصي به ،فان دلالة على الرجوع
أقوى من دلالة غيره بعرف أو قرينة ،في حين أنه يوجد من الأفعال
ما قد يعرئ عن قرينة ،أو عرف تجعله دالا على رجوع الموصي عن
وصيته ،ثم هو بنفسه لا يدل على ذلك ،وذلك كتخصيص السداد
الموصي بها ،وسكنى الموصي بها وهو في حاجة الى ذلك ،ومثل
هذا النوع من الأفعال لا يعد رجوعا في نظر الفقهاء اتفاقا .

أما الفقرة الثالثة ،فقد قررت بأن من التصرفات ما يعد رجوعا بذاته
عن الوصية ،ومن غير حاجة الى الاستعانة في ذلك بقرينة ،أو عرف
وذلك كل تصرف يزيل ملك الموصي عن الموصي به .

فانما قام الموصي ببيع العين الموصي بها أو هبتها ،فان ذلك يعتبر
رجوعا عن الوصية ،فتبطل به لزوال ملك الموصي عنها ،حتى لوملكها
بعد ذلك بالشراء أو بالرجوع عن الهبة ،فان العين الموصي بها
لا تعود وصية الا بانشاء جديد ،أما اذا كان لا يترتب على هذا
التصرف زوال الملكية كالأجارة والاعارة فلا يعتبر رجوعاً^(١) .

(١) انظر : احكام الوصية للشيخ علي الخفيف ص ٢٢٢ ، وما بعدها .

وانظر : احكام الوصايا للدكتور بدران ص ٩٣ .

ومن هذا البيان لتلك يتضح أنها قد اعتمدت في أحكامها على ما ذهب إليه الحنفية ومن وافقهم من الفقهاء .

الأمر الرابع : جحود الوصية^(١)

من بين الأفعال التي اختلف فيها نظر الفقهاء من حيث كونها تدل على الرجوع أو لا تدل عليه ، " جحود الوصية " .
فحين يذهب فريق من الفقهاء الى اعتبار جحود الوصية رجوعا عنها يذهب فريق آخر الى عدم اعتباره كذلك^(٢) .
ولكي نستوضح هذا الخلاف نقول ما المراد بهذا الجحود ؟ وجوابا عن ذلك نقول : -

جحود الوصية يتناول أحد معنيين ، اما نفيها في الحال ، واما نفيها في الماضي والذي يقرر ذلك عبارة الموصي نفسه ، فاذا قال : " ليس لي في ذلك وصية منذ الآن " كان ذلك نفيًا للوصية في الحال ، وهذا القول من الموصي وما شابهه يعد رجوعا عن وصيته ، لأن فيه نفيًا لبقاء الوصية في المستقبل ، ونفي البقاء والاستمرار هو الرجوع بعينه فكان رجوعا .

وأما اذا قال : " لا أعرف هذه الوصية ، أو قال : " أنا لم أوصي بشيء أو قال أمام الشهود " اشهد وا أنني لم أوص لفلان لا بقليل ولا بكثير "

(١) الجحود لغة معناه الإنكار مع العلم ، يقال جحد جحده وحقه وبعثه جحدا وجحودا ، أنكره ، وبابه تطع وخضع ، والجحد قلة الخير .

انظر : مختار الصحاح ص ٩٣ هـ ، مادة (الجحود) وانظر : المصباح المنير ١/ ٩١ هـ ، مادة (جحد) .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ٧/ ٣٨٠ ، وانظر : تبين الحقائق ٦/ ١٨٦ ، وانظر : المغني مع الشرح ٦/ ٤٨٨ .

فهذا القول منه يعتبر نفياً للوصية في الماضي ، وهو ما اختلف فيه الفقهاء من حيث اعتبار هدره من الموصي رجوعاً في وصيته ، أو عدم اعتباره رجوعاً فيها .

فذهب فريق من الفقهاء الى اعتبار هذا القول من الموصي رجوعاً منه في وصيته ، وذلك أن معنى الرجوع عن الوصية هو فسخها وابطالها ، وفسخ العقد كلام يدل على عدم الرضا بالعقد السابق ، وبشروط حكمه ، والجهود في معناه ، إذ أنه يدل على عدم الرضا بالوصية لأن الجاحد لتصرف من التصرفات غير راض به ، وبشروط حكمه ، فيتحقق فيه معنى الفسخ ، وإذا اتحد المقصد فيهما ، فلا بد من اتحاد المعنى ، فيكون الجهود رجوعاً ، ولأن الجهود نفي لوجود الوصية في الماضي والحاضر ، فكان في دلالة على عدم وجود الوصية أقوى من الرجوع لأن الرجوع نفي لوجود الوصية في الحاضر فقط ، فكان أولى أن يكون رجوعاً ، لأنه أبلغ في نفي الوجود ، يؤيد هذا المعنى أن انكار الموكل للوكالة يعد عذراً للوكيل ، وانكار المتبايعين للبيع يعد اقالة ، وكذلك انكار الوصية يعد رجوعاً عنها .

وذهب فريق آخر من الفقهاء الى عدم اعتبار جحد الوصية بمعنى نفيها في الماضي رجوعاً عنها ، وذلك أن الرجوع عن الوصية يستدعي سبق وجودها ، وفي الجهود انكار لوجودها في الماضي ويلزم منه انكارها في الحال والمستقبل ، ولأن انكار الوصية بعدم وجودها في الماضي كذب محض ، فكان باطلاً لا يتعلق به حكم

ولذا فان الوصية تبقى صحيحة كما هي (١) .

وبالموازنة بين أدلة الفريقين ، فانه يترجح القول الأول لأن انكسار الموصي لوجود الوصية مطلقا يدل على أنه لا يريد تنفيذها ومن ثم فانه لا يرغب في ابطال الموصى به الى الموصى له ، فعبّر عن قصدّه بأبلغ تعبير (٢) .

(١) هذان الرأيان منصوص عليهما في مذهبي الحنفية والحنابلة ، فقد ورد في كتب الحنفية اذا جحد الموصي وصيته كان ذلك منه رجوعا عنها وهكذا ذكر في الأصل دون اشارة الى خلاف في ذلك ، وورد في الجامع : اذا أوصى بثلاث ماله لرجل ، ثم قال بعد ذلك : " اشهدوا اني لم أوص لفلان بقليل ولا بكثير - لم يكن هذا رجوعا منه عن وصية فلان ، ولم يشر الى وجود خلاف في ذلك ، وذكر المعلي في نوادره : قال أبو يوسف في رجل أوصى بوصية ، ثم عرض عليه من الغد فقال لا أعرف هذه الوصية ، قال هذا رجوع منه ، وكذلك اذا قال : لم أوصى بهذه الوصية قال : وسألت محمدا عن ذلك ، فقال : لا يكون الجحد رجوعا ، ثم أشار بعد ذلك الى مسألة الجامع السابقة .

وذكر صاحب المبسوط : أن الأصح أن الجحد يعد رجوعا عند ابي يوسف ، ولا يعد رجوعا عند محمد ، وعبرة الأصح تدل على وجود خلاف في ذلك ، انظر : المصادر السابقة ، وانظر : المبسوط ١٣٣/٢٧ والفتاوى الهندية ٩٣/٦ .

وورد في المغني لابن قدامة : " ان جحد الوصية لم يكن رجوعا فسي أحد الوجهين وهو قول أبي حنيفة في احدى الروايتين ، لأنه عقود فلا يبطل بالجحد كسائر العقود .

والثاني : يكون رجوعا ، لأنه يدل على أنه لا يريد اصاله الى الموصى له . انظر : المغني مع الشرح ٤٨٨/٦ .

(٢) المغني مع الشرح الكبير الجزء والصفحة نفساهما .

مسلك قانون الوصية المصرى :

أخذ قانون الوصية المصرى بالرأى الذى لا يعتبر الجحود رجوعا عن الوصية ، الا أنه قيد به بما اذا دلت قرينة أو عرف على أن الموصي قد تعمد هذا الجحود ، قاصدا به الرجوع عن وصيته .
وبذلك يكون قد وقف موقفا وسطا بين الرأيين ، وقد جاء ذلك صريحا في مادته (١٩) والتي نصت ^(١) على أنه : " لا يعتبر رجوعا عن الوصية جحودها ... الا اذا دلت قرينة أو عرف على أن الموصي يتصد بذلك الرجوع عن الوصية " .

... ..

(١) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابو زهرة ص ٢٣٢ ، ٢٧٦ .

المبحث الثاني

فيما يبطل الوصية من جهة الموصي له

تبطل الوصية من جهة الموصي له بالأمر التالية :-

١ - موته قبل موت الموصي ، وهذا هو رأى جمهور الفقهاء^(١) ، فقد روى ابن قدامة القول^(٢) به عن علي^(٣) - رضي الله عنه - وبه قال

(١) انظر: المغني مع الشرح ٤٣٥/٦ ، وانظر: تبين الحقائق ١٨٤/٦ ، وانظر: مواهب الجليل فقد جاء فيه : " أن وفاة الموصي له تبطل الوصية له علم الموصي بموته أم لم يعلم ، ٣٦٧/٦ ، وانظر: السراج الوهاج ص ٣٤٠ ، فقد جاء فيه : " فان مات الموصي له قبل الموصي بطلت . . . "

(٢) وقال الحسن " تكون لولد الموصي له ، وقال عطاء " اذا علم الموصي بموت الموصي له ولم يحدث فيما أوصى به شيئاً فهو لوارث الموصي له لأنه مات قبل عقد الوصية ، فيقوم الوارث مقامه ، كما لو مات بعد موت الموصي وقبل القبول " ويمكن مناقشة ذلك بأن يقال ان مثل ما قال به عطاء والحسن لا يتفق مع واقع الوصية عند انشائها للموصي له لا لولده ولا لورثته ، وقد كان هذا هو الفرض الظاهر للموصي فيجب مراعاته انظر: المغني مع الشرح ٤٣٥/٦ ، وأحكام الوصية للشيخ على الخفيف ص ٢٥٣ .

(٣) هو أبو الحسن علي بن أبي طالب بن عبد المطلب الهاشمي القرشي أمير المؤمنين ، ورابع الخلفاء الراشدين ، وأحد العشرة المبشرين بالجنة ، وابن عم رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وصهره . * ولد بمكة سنة ٢٣ قبل الهجرة ، ويعتبر على - رضي الله عنه - من أكابر الخطباء والملصاء ، ومن أجلاء فقهاء الصحابة ، كما أنه أول الناس اسلاماً في قول كثير من أهل العلم ، فقد روى عنه أنه قال ==

الزهري وحماد بن أبي سليمان وربيعة ومالك والشافعي والحنفية .
وذلك لأقربها عطية صادفت المعطي ميتا ، والميت غير أهـل
للتعليق ، فلا يصح صرفها إليه ، كما لو وهب ميتا ، وكذلك تبطل
لو مات قبل القبول ، لكونها تصرف مضاف لما بعد الموت^(١) وان قيل
بصحتها في هذه الحالة - كما هو رأى الحنفية^(٢) - فلأنها
عطية صادفت حيا ، فلم تكن مثل ما اذا مات الموصي له
قبل موت الموصي^(٣) .

==
بعثني رسول الله - صلى الله عليه وسلم - الى اليمن ، فقلت يا رسول
الله أتبعثني وأنا شاب وهم كهول ولا علم لي بالقضا ، قال : انطلق
فان الله - عز وجل - سيهدى قلبك ويثبت لسانك ، قال علي : فوالله
ما تعاييت في شيء بعد ، وروى ابن عباس - رضي الله عنهما - قال :
خطبنا عمر رضي الله عنه فقال : علي أفضانا . . .
وروى عن الحسن أنه قال : جمع عمر - رضي الله عنه - أصحاب النبي
- صلى الله عليه وسلم - ليستشيرهم وفيهم علي فقال : قل فأنت
أعلمهم وأفضلهم " ، وقد ولي الخلافة بعد مقتل عثمان - رضي الله
عنه - سنة ٣٥ هـ ، وأقام بالكوفة دار خلافته الى أن قتله عبد الرحمن
ابن ملجم المرادي غيلة صبيحة ليلة الجمعة ١٧ رمضان سنة
٤٠ هـ ، وهو ابن ثمان وخمسين سنة ، وقيل ابن ثلاث وستين سنة
وكانت خلافته أربع سنين وتسعة أشهر وأياما .

* انظر : طبقات الفقهاء ص ٤١ ، ٤٢ وانظر : الاستيعاب ٣/ ٢٦ ،
٦٨ ، وانظر : الاصابة ٢/ ٥٠٧ ، ٥١٠ ، الأعلام ٥/ ١٠٢ ، ١٠٨ .

(١) انظر : المغني مع الشرح ٦/ ٤٣٥ .

(٢) انظر : الفتاوى الهندية ٦/ ٩٠ .

(٣) انظر : المغني مع الشرح ٦/ ٤٣٥ .

وبما ذهب اليه الجمهور ، أخذ به قانون الوصية المصري ،
فقد قرر في مادته (١٤) ^(١) " بأن الوصية تبطل بالنسبة للموصي
له اذا مات قبل الموصي " .

٢ - تعذر وجود الموصى له فيما اذا كانت الوصية لجهة غير موجودة
ولكنها ستوجد في المستقبل ، وقد قلنا فيما سبق ان ذلك هو
مذهب مالك ، الذي يجيز الوصية للمعدوم الذي يمكن تحقق
وجوده في المستقبل ، وأن قانون الوصية المصري قد أخذ به
في مادته الثامنة ^(٢) ، والتي نصت على أنها : " تصح الوصية
لجهة معينة من جهات البر ستوجد مستقبلا ، فان تعذر
وجودها بطلت الوصية " .

ولذلك فقد علق الشيخ علي الخفيف على امكان اعتباره هذا
السبب مبطلا للوصية ، أو عدم امكان اعتباره كذلك بقوله :
وهذا السبب انما يظهر مبطلا للوصية على القول بصحة الوصية
للمعدوم ، وهو مذهب مالك الذي أخذ به القانون ، أما على
رأى من يرى أن الوصية للمعدوم باطلة ، فلا يكون لهذا السبب
محل ، لأن الوصية له قد نشأت باطلة ابتداء ، وبنائنا على ذلك
اذا أوصى شخص لجهة معينة من جهات البر التي ستوجد مستقبلا
صحت الوصية ، فاذا تعذر وجودها بعد وفاة الموصي بطلت
الوصية ، كما قضت بذلك المادة الثامنة من القانون " .

(١) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد أبو زهرة ص ٢٧٥ .

(٢) المصدر السابق ص ٢٧٤ .

(٣) انظر : أحكام الوصية ص ٢٥٤ .

٣ - قتل الموصى له الموصي ، وقد فصلنا القول في ذلك عند الكلام على الوصية للقاتل ، واخترنا بعد عرض أقوال الفقهاء ، وأدلتهم ، الرأي الذي يقول باعتبار القتل بعد صدور الوصية مؤثرا فيها فيبطلها ، وعدم اعتباره مؤثرا قبلها ، فتبقي صحيحة عندما كان ذلك أو خطأ .
وبينا وجهة هذا الرأي ، كما بينا ما أخذ به قانون الوصية المصري من هذه الأقوال .

٤ - رد الموصى له الوصية كلها أو بعضها قبل قبوله وبعد موت الموصي فهذا يبطل لها باتفاق جمهور الفقهاء ، وأما رده للوصية بعد قبوله فقد قلنا ان فيه رأيان : -

الرأي الأول : يفرق بين أن يكون الرد حصل بعد القبول والقبض أو يكون حصل بعد القبول وقبل القبض ، فان كان الرد حدث بعد القبول وبعد القبض ، فلا يصح ، وان كان الرد حصل بعد القبول وقبل القبض ، فعند بعض الفقهاء يصح الرد ان كان الموصى به مكيفا أو موزونا ، ولا يصح ان كان الموصى به غير مكيل ولا موزون ، في حين يرى فريق آخر من هؤلاء أن في ذلك وجهان :

احدهما : عدم صحة الرد على الأصح عندهم .

والثاني : صحة الرد من غير تفرقة بين مكيل أو موزون وغيرهما .
أما الرأي الثاني : فيقول بصحة الرد من الموصى له للوصية بعد قبولها سواء كان ذلك قبل القبض أو بعده ، وسواء كان الموصى به مالا مثليا أو تيميا ، ويعتبر أن هذا الرد من الموصى له فسخا للوصية ، ولكن بشرط أن يقبل منه الورثة ذلك كلهم أو بعضهم

وقد انتهينا بعد عرض هذه الأتوال وأدلتها ومناقشتها، السى
ترجيح الرأى القائل بعدم صحة الرد بعد القبول، وان لسم
يوجد قبض، كل ذلك تقدم موضحا عند الكلام على رد الوصية
من الموصى له " في المبحث الرابع من الفصل الأول من الباب
الثاني .

هذا بالنسبة للرد بعد موت الموصى ، وأما رده للوصية قبل موته
فقد قلنا انه لا عبرة به عند جمهور الفقهاء* ، فله أن يقبلها بعد
وفاته ، وقد بينا بعد ذلك موافقة قانون الوصية المصرى ،
لما ذهب اليه الجمهور من عدم العبرة برد الوصية في حياة
الموصى ، وأخذه بما ذهب اليه من يقول بصحة رد الموصى لسه
للوصية بعد قبولها ، كل ذلك جاء صريحا فى مادته (٢٤) ، وقد
سبق ايرادها .

... ..

المبحث الثالث

فيما يبطل الوصية من جهة الموصي به

(١) تبطل الوصية من جهة الموصي به بأسريين :

الأول : بهلاك الموصي به كله أو بجزء شائع منه قبل قبول الموصي لــــه
إذا كان معنا بالذات أو بالنوع ، وذلك لزوال محل الوصية ، اذ لا بقاء
لوصية في شيء قد انعدم .

الثاني : باستحقاق الموصي به كله أو بجزء منه ولو بعد تلك الموصي لــــه
للموصي به ، لأن الأمرتين بعد الاستحقاق أن الموصي قد أوصى
بما ليس في ملكه ، ووصية الانسان بما لا يملك باطله .
ونشير هنا الى أن هلاك الموصي به أو استحقاقه كله أو بعضه له صور
أوردها قانون الوصية المصري في مواد ٤٧ ، ٤٨ ، ٤٩ ، نيينها على
الوجه الآتي : -

الصورة الأولى : أن يوصي بجزء شائع في كل ماله ، كأن يوصي مشكلاً
بثلث ماله أو ربعه ، فان الوصية في هذه الحال تتعلق بماله الموجود
وقت وفاته ، لا وقت انشاء وصيته ، فلا أثر للهلاك الذي يصيب المال
كما لا أثر للاستحقاق الذي يتعلق ببعضه في الوصية قبل الوفاة ،
فلو كان ماله وقت انشاء الوصية قيمته ٩٠٠٠ دينار ، فلا يكون الثلث
الموصي به والواجب تنفيذ هو ثلاثة آلاف دينار ، ولكن ننظر الى
أموال الموصي وقت وفاته ، فيأخذ الموصي له ثلثها ، سواء زادت
أو نقصت ، فان زادت أمواله الى خمسة عشر ألف ، فان الموصي له
يستحق خمسة آلاف دينار ، وان نقصت أمواله الى ستة آلاف دينار ،

(١) انظر : الوصية للاستاذ البرديسي ١٥٤/٩٠ .

استحق ثلثها الفي دينار .

لكن لو هلك كل مال الموصي الموجود وقت انشاء الوصية ، أو استحق ولم يستفد غيره قبل الوفاة ، بطلت الوصية ، لفوات محلها ، فإن استفاد غيره قبل وفاته ، تعلقت به الوصية .^(١)

الصورة الثانية : إذا كان الموصى به سهما شائعا في نوع معين ، كأن يوصي بثلث غنمه ، وكان يوجد عنده وقت انشاء الوصية غنم كثيره فان الوصية في هذه الحالة تتعلق بهذه الغنم جميعها ، فلو هلكت جميعها بطلت الوصية ، ولا عبرة لما يملكه من غنم غيرها وان هلك بعضها كان للموصى له ثلث الباقي مادام يخرج من ثلث التركة ، والا أخذ منه مقدار ما يخرج من الثلث ، وإذا لم يكن عند الموصي شيء من هذا النوع حين الوصية ، كان للموصى له ثلث الموجود في ملك الموصي عند الوفاة .

وهذا ما ذهب اليه زفر من الحنفية ، وهو الذي أخذ به القانون . في حين ذهب أبو حنيفة ، وصاحبا الى أن الموصى له يأخذ كل وصيته من الباقي ، متى كانت تخرج من ثلث التركة ، فلو أوصى له بثلث غنمه ، فهلك ثلثاها ، كان للموصى له الباقي عندهم ، وعند زفر يأخذ ثلث الثلث ، لأنه يرى أن النوع الموصى بسهم منه مشترك بين الموصى له وبين الورثة ، فما هلك يهلك على الكل ، والباقي يكون بينهم مشتركا ايضا .

ويرى الامام أبو حنيفة ، وصاحبا أن الهلاك في المال المشترك يلحق الكل اذا استوت حقوق الشركاء ، والحقوق هنا متفاوتة ، فحق الموصى

(١) انظر : المصدر السابق ، وانظر : أحكام الوصايا للأستاذ شلبي ص ١٦٦

وتبيين الحقائق ١٨٩/٦ .

له مقدم على حق الورثة ، لأن الوصية مقدمة على الميراث ، فيصرف الهالك الى الحق المتأخر ، وهو حق الورثة ، ويأخذ الموصى لسه حقه كاملا ، وصار كمن أوصى بعشر من الغنم ، فهلكت الغنم كلها ، ولم يبق منها الا عشر ، فان الموصى له يأخذها اذا خرجت من الثلث .

وهذا الخلاف فيما اذا كان النوع الموصى بسهم منه مثلها ، أما اذا كان قيميا ، فانه لاخلاف بينهم ، بل انهم متفقون على أن الموصى له يستحق حصته من الباقي^(١) .

الصورة الثالثة : اذا أوصى بعدد محدد من نوع معين من ماله ، فقد اعتبر القانون الوصية في مثل هذه الحالة كالوصية بسهم شائع في النوع بمعنى أنه اذا هلك النوع كله بطلت الوصية ، واذا هلك بعضه فقط ، كان له سهمه في الباقي .

وهذا الرأي الذي أخذ به قانون الوصية المصري مستمد من رأى ابن الماجشون من فقهاء المالكية ، كما ذكرت ذلك المذكرة التفسيرية وقد عللت ذلك بأنه أيسر وأعدل ، ولم يأخذ في هذه الحالة بمذهب الحنفية الذي يجعل للموصى له العدد الموصى به ، أو ما يفتي اذا كان الباقي أقل منه ، فلو أوصى بعشر من غنمه ، وكان له وقتئذ انشاء الوصية مائة شاة ، فانه على رأى ابن الماجشون ، والذي أخذ به القانون ، يكون للموصى له عشر الغنم ، ولو هلك منها خمسون كان له عشر الباقي وهو خمسة ، وأما على رأى الحنفية ، وهو ما لم يأخذ به القانون ، يكون للموصى له عشر من الخمسين التي بقيت من أصل مائة رأس ، حتى لو هلكت كلها ، ولم يبق منها الا عشر

(١) المصادر السابقة .

أو أقل أخذها مادامت تخرج من ثلث التركة ، وذلك لأن في تحديد الموصي للموصي به بعدد ما يدل على قصد تملك الموصي له ذلك العدد دون ملاحظة ، للنسبة ، والالتقال نصف غني أو خسها .^(١) وفي ذلك تحقيق لغرض الموصي ، حيث كان يقصد الوصية بهذا العدد ولو كان يريد الوصية بسهم من هذا النوع لقال : " أوصيت بعشر هذا النوع لوضوح دلالة^(٢) على غرضه .

الصورة الرابعة : اذا أوصى بنوع من أمواله ، كأن يوصي بغمسه أو خيله ، فان الوصية تتعلق بالموصي به من هذا النوع ان كان موجودا عنده وقت انشاء الوصية حتى أنه لو هلك ما عنده ، أو استحق بطلت الوصية لزوال محلها ، واذا هلك بعضه أو استحق ، فان الوصية تبطل في القدر الهالك أو المستحق ، وتصح في الباقي جميعه اذا خرج من الثلث والا فبقدره .^(٣)

الصورة الخامسة : اذا كان الموصى به عينا بذاتها ، كأن يوصي رجل لآخر بهذه الدار ، فان الوصية في هذه الحالة تتعلق بهذه الدار ، بحيث لا يمكن صرفها الى غيرها ، فتبقي الوصية ما بقيت العين الموصى بها ، فان هلكت كلها بطلت الوصية ، لفوات محلها أما ان هلك بعضها ، بطلت الوصية فيما هلك ، ونفذت الوصية للموصى له في الباقي ان كان يخرج من ثلث التركة ، ومثل ذلك ما لو ظهر أن العين الموصى بها مستحقة كلها فان الوصية تبطل ، لأنه تبين أنه أوصى بما ليس في ملكه ، فتعود العين الى ملك صاحبها

(١) انظر : المصادر السابقة .

(٢) انظر : احكام الوصايا للاستاذ شلبي ص ١٦٢ .

(٣) انظر : المصدر نفسه .

فحقه مقدم على حق الموصى له ، ولا فرق بينهما الا فسى
أن الهلاك مبطل لها اذا حدث قبل القبول والقبض ، وأما
الاستحقاق فانه مبطل لها مطلقا سواء كان قبل القبول والقبض
أو بعدهما^(١) .

الصورة السادسة اذا كان الموصى به سهما شائعا في معين
كنصف دار معينة ، فان الوصية تتعلق بنصف غير معين ، فاذا
هلكت العين الموصى بها كلها أو استحققت كلها ، بطلت الوصية
وذلك لفوات محلها ، فان هلك بعضها أو استحق ، فان الموصى
له يأخذ حقه من البعض الباقي ان وفي به ، وان لم يفأخذ كل
الباقي ، اذا كان ما يأخذه يخرج من الثلث .

وبقاء الوصية صحيحة مع هلاك بعضها ، راجع الى أن فوات محلها
لم يتيقن ، حيث لم يتعين لها جزء خاص ، ولذا فان ما يبقى من
العين يكون مصروفا الى الوصية ، وذلك لأنها مقدمة على الميراث
ولا ضرر يلحق الورثة حيث يسلم لهم ثلثا التركة^(٢) .

هذا ، وان قانون الوصية المصرى قد أورد أحكام هذه الصور فسى
مواده ٤٧ ، ٤٨ ، ٤٩ ، كما ذكرنا من قبل ، فقد نص فى مادته
(٤٧)^(٣) على أن الوصية : " اذا كانت بعين من التركة أو نوع من
أنواعها فهلك الموصى به أو استحق فلاشي للموصى له ، واذا هلك
بعضه أو استحق أخذ الموصى له ما بقي منه اذا كان يخرج
من ثلث التركة ، والا كان له فيه بقدر الثلث " .

(١) انظر: المصدرين السابقين ، وانظر : شرح قانون الوصية ص ١١٢ ، ١١٣

(٢) انظر : المصادر السابقة .

(٣) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابو زهرة ص ٢٨٢ . بتصرف

الخاتمة

الختامة

في تزاحم الوصايا

معني تزاحم الوصايا أن تتعدد ، ولا يتسع الثلث لها كلها ، ان لم يجز الورثة ، أو أجازوا وكانت التركة لا تتسع لها جميعها ، فحينئذ يكون التزاحم ، ان لا يمكن تنفيذها كلها ، أما اذا كان الثلث يسعها أو كانت التركة تسعها وقد أجازها الورثة ، أو لم يكن ورثة قط ، فان الوصايا كلها تنفذ أيضا ولا تزاحم .

والقاعدة أنه عند التزاحم يقدم حق أصحاب الوصية الواجبة ، سواء كان المتوفي قد أوصى لهم فعلا بحقهم ، أم لم يوص واستحقوها بحكم القانون ، فانهم يأخذونها ، فاذا كانت تساوى الثلث ، ولم يجز الورثة سواء ، فانهم يستبدون بالثلث ، وليس لأحد قبلهم شيء وان كانوا يأخذون أقل من الثلث ، فانهم يأخذون حصتهم كاملة ، والباقي من الثلث يتزاحم فيه أصحاب الوصايا الاختيارية ^(١) .

وأما اذا كانت الوصايا كلها اختيارية ، فلا تخلو من ثلاث حالات : -

الحالة الأولى :-

أن تكون الوصايا كلها للعباد ، كأن يوصي لكل من أحمد ومحمد وعلى وصية مستقلة بسهم من التركة ، أو بمبلغ من المال ، أو بعين منها

(١) زحمته زحما من باب نفع د فعمته ، وزاحمته مزاحمة وزحاما وزحم القسوم بعضهم بعضا تضايقوا في المجالس ، وازدحموا تضايقوا أى موضع كان ومنه قيل على الاستعارة (ازدحم) الغرما على المال . انظر : المصباح المنير ، ٢٥٢/١ مادة (زحمته) .

(٢) انظر : شرح قانون الوصية للشيخ محمد ابوزهرة ص ٢٦٣ .

لا يتسع لها ثلث التركة أو كلها .

الحالة الثانية : -

أن تكون الوصايا كلها للقربات ، كأن يوصي لكل من المسجد والملجأ أو فقراً بلده ، والحج عنه ، وما عليه من زكاة ببعض ماله ، سواء عين لكل قرية منها مقدارا معيناً أو سهماً شائعاً ، أو لم يعين شيئاً من ذلك .

الحالة الثالثة : -

أن يكون بعضها للعباد ، وبعضها للقربات ، كأن يوصي بمقدار من المال للمسجد والحج عنه ، وما عليه من كفارات ، ولأولاد أخيه .

فإن كانت الوصايا المتزاحمة كلها للعباد ، فإن كان التزام في ثلث التركة ، فإنه يقسم ذلك الثلث بين أرباب الوصايا ، بالمحاصة بنسبة سهام وصاياهم ، فلو تزاحم في الثلث وصية بربع ماله ، وأخرى بثلثه ، وثالثه بنصفه ، فإننا نقسم ثلث التركة بينها بالمحاصة بنسبة هذه السهام فنستخرج المضاعف البسيط لمقام هذه الكسور ، وهو في هذا المثال ١٢ ، ربعها ٣ ، وثلثها ٤ ، ونصفها ٦ ، فيكون مجموع سهام الوصايا $٣ + ٤ + ٦ = ١٣$ تقسم ثلث التركة .

وان كان التزام في التركة كلها ، فإن التركة تقسم بينهم أيضاً بنسبة سهامهم ، سواء أكانت السهام معلومة من أصل الوصايا ، كما لو أوصى لواحد بثلث ماله ، ولاخر بنصفه ، ولثالث بثلثيه ، أم كانت غير معلومة ، كما لو أوصى لواحد بمائتي جنيه ، ولاخر بدار معينه ، ولثالث بمرتب خمسة جنيهات كل شهر مدى حياته ، ولرابع بالانتفاع بأرض معينه

مدة خمسين عاما ، وذلك لأنها اذا لم تكن سهامها معلومة ، فانها تقدر بالطرق التي ذكرناها في تقدير الوصايا بالأعيان والمنافع والمرتبات ، وبعد هذا التقدير تنسب كل وصية على حدة الى التركة لتعرف نسبتها اليها ، ومن ثم فانها تؤول في نهايتها الى وصايا بسهام مقدرة من التركة .

هذا وما هو جدير بالاعتبار هو أنه اذا كانت احدى هذه الوصايا بعين معينة ، فان الموصى له بها يأخذ سهمه منها لا من غيرها لأن الموصي عين حقه من تلك العين ، فلا تتجاوزها ، تنفيذ الارادة^(١) وقد جاء ذلك واضحا بالمادة^(٢) (٨٠) ، والتي نصت على أن الوصايا اذا زادت عن ثلث التركة وأجازها الورثة ، وكانت التركة لاتفي بالوصايا أو لم يجيزوها وكان الثلث لايفي بها قسمت التركة أو الثلث على حسب الأحوال بين الوصايا بالمحاصة ، وذلك مع مراعاة ألا يستوفي الموصى له بعين الا من هذه العين ، كما يلاحظ أيضا أنه اذا وجد بين الوصايا المتزاحمة وصية مؤتمته بمرتب لشخص أو لجهة ، ثم مات الشخص الموصى له ، فان نصيبه يكون لورثة الموصي ، لأن الوصية بالمرتب تنتهي بموت صاحبها فينتقل ما بقي منها الى ورثة الموصي ومثل ذلك ما لو كانت الوصية بمرتب لجهة من جهات المير ، ثم انقطعت تلك الجهة قبل انتهاء مدة الوصية وقد جاء ذلك واضحا

-
- (١) انظر: شرح قانون الوصية ص ٢٦٣ ومابعدها ، وانظر : التركة للكشكسي ص ٢٨٢ ، وانظر : أحكام الوصايا للاستاذ شلبي ص ٢٩٣ ، ومابعدها وانظر : بدائع الصنائع ٧ / ٣٧١ .
- (٢) انظر : شرح قانون الوصية ص ٢٨٩ . - بتصرف -

في المادة (٨٢) من قانون الوصية المصري والتي نصت على أن الوصايا بالمرتببات اذا تزااحت ، ومات بعض الموصى لهم أو انقطعت جهة من الجهات الموصى لها بالمرتبات كان نصيبها لورثة الموصى .
وأخيرا فانه لا يفوتنا أن نذكر أن الحكم بتقسيم الوصايا عند التزامم بالمحاصة بنسبة سهام وصاياهم هو حكم متفق عليه بين جمهور الفقهاء سوى صورة واحدة ، وهي ما اذا كان التزامم في الثلث وكان بعض الوصايا بمفردها أكثر من الثلث ، ولم تكن بشيء معين . ولا ينقود مرسله ، وامتنع الورثة عن اجازتها أيضا ، فان أبا حنيفة قد خالف فيها فقال : " ان الوصية التي تزيد على الثلث تنقص الى الثلث ، وتصير كأنها وردت كذلك من أول أمرها ، ثم يقع التزامم والتقسيم بين الوصايا على هذا الاساس .

فلو أوصى لشخص بكل المال ، ولاخر بنصفه ، ولثالث بثلثه ، ولم يجز الورثة الزيادة فان الثلث يقسم بين هؤلاء الثلاثة مثالثة ، فيأخذ كل واحد منه ثلثه ، لأن الموصى له بالكل جعل كأنه موصى له بالثلث ، وألغيت الزيادة ، وكذلك الموصى له بالنصف ، ولو أوصى لواحد بنصف المال ولاخر بسدسه ، ولم يجز الورثة ذلك ، فان الثلث يقسم بينهما بنسبة الثلث الى السدس ، أى بنسبة ٢ : ١ ، فيأخذ الموصى له بالنصف ثلثي الثلث ، ويأخذ الموصى له بالسدس ثلثه ، وحجة الامام أبي حنيفة في ذلك ، أن الوصية بما زاد على الثلث عند عدم اجازة الورثة

(١) انظر : شرح قانون الوصية ص ٢٨٩ ، بتصريف ، وانظر ص ٢٦٤ —

المصدر نفسه .

(٢) انظر : المصدر السابق ، وانظر : أحكام الوصايا للأستاذ شلبي ص ٢٩

تقع باطلية ، لعدم امكان تنفيذها بحال من الأحوال سواءً أكانت وحدها أم مع غيرها .

فى حين ذهب صاحبا أبو يوسف ومحمد ومعهم جمهور الفقهاء الى أن تلك الوصية صدرت بإرادة الموصى ، وتصد بها أمرين : -
الأول : استحقاق الموصى لهم جزءاً من حق الورثة ، وهو ما زاد على الثلث .

الثاني : التفضيل بين الموصى لهم ، فإذا تعذر تحقيق الفرض الأول لعدم اجازة الورثة ، فلا أقل من أن نعمل على تحقيقه فى الشرط الثاني ، وهو التفضيل بين الموصى لهم ، وهذا بلا شك أقرب الى العدل من الأول .

وقانون الوصية المصرى عدل عن رأى أبي حنيفة ، وأخذ برأى صاحبيه ومن وافقهم ، لوضوحه وسهولة تطبيقه ، كما قالت بذلك المذكرة التفسيرية^(١) .

وإذا كانت الوصايا المتزامنة كلها للقربات فلا يخلو ، أما أن تكون كلها من نوع واحد ، أو تكون من أنواع مختلفة .
فان كانت من نوع واحد كالوصايا بالفرائض من الحج والزكاة وصدية الصوم ، أو بالواجبات كالأضحية وصدقة الفطر والندور ، أو التطوع كالوصية بإنشاء المساجد ، أو الملاجئ ، أو التصديق على الفقراء ، فانه فى هذه الحالة ، يقسم الثلث أو التركة كلها بين الوصايا

(١) انظر : أحكام الوصايا للأستاذ شلبي ص ٢٩٥/٢٩٦ ، وانظر: شرح قانون الوصية ص ٢٦٥ .

بالمحاصة بنسبة السهام اذا عين سهاما ، كالثلث والرابع لكل جهة ، أو عين مقدارا من المال لكل منها .

فانما لم يعين سهاما ولا مقادير ، فانه يتسم بينها بالتساوي عملا برأى زفر من الحنفية كما قالت بذلك المذكرة التفسيرية ، لاستواء تلك الجهات في درجاتها ، وسبب استحقاقها ، وعدم وجود ما يدل على تفضيل بعضها على البعض الآخر^(١) .

وهناك رأيان آخران : أحدهما : يرى أنه يقدم في التنفيذ^(٢) ما بدأ به الموصي في كلامه ، فان فضل منه شيء صرف لما بعده ، وهكذا حتى ينتهي المقدار المخصص لتنفيذ الوصية وهو رواية عن الامام وصاحبيه .

والرأي الثاني : أنه يقدم الأتوى في القرية أو الثبوت ، وهو رواية أخرى عند الحنفية ، كما أنه هو الرأي المشهور في مذهب مالك فقد جاء^(٣) في مواهب الجليل : " وذكر الباجي أنه لا ينظر الى ما تقدمه الميت بالذكر في كتاب وصيته وانما يبدأ بالأوكد الا أن يكون قال ابداً وكذا فيبدأ ما هو أوكد منه . . " .

وأخذ القانون برأى زفر يرجع الى سهولة تطبيقه ، ولأنه أقرب الى تحقيق غرض الموصي الذي لو قصد تقديما أو تفضيلا لبينه .

فمثلا لو أوصى بنصف ماله للحج عنه وما عليه من زكاة ولم يجز الورثة ما زاد على الثلث ، فان الثلث يقسم بين الحج والزكاة على النصف بينهما ، فيصرف نصفه للحج عنه ، ويصرف النصف الآخر لما عليه من زكاة .

(١) انظر : المصدر السابق

(٢) انظر : المصدر السابق ، وانظر : بدائع الصنائع ٢/٣٧١ .

(٣) انظر : مواهب الجليل ٦/٣٧٨ ، وانظر أحكام الوصايا ، للأستاذ شلبي ص ٢٩٦ .

هذا اذا كانت الوصايا المتزاحمة متحدة النوع ، فأما ان كانت مختلفة درجاتها ، بأن كان بعضها فرائض ^(١) ، وبعضها واجبات ، وبعضها تبرع ، ووافق ما تنفذ فيه الوصايا عن الوفاء بالجميع ، ولم يكن الموصي قد رتب بينها ، فانه في هذه الحالة تقدم الفرائض في التنفيذ على الواجبات ، ثم يليها بعد ذلك التسريع حيث يقسم المال بينها بالتساوى اذا لم يكن الموصي قد حدد لكل جهة سهما خاصا أو مقدارا معيننا ، والا اتبع ما نص عليه ، فاذا استنفذت الفرائض المقدار كله بطلت الوصايا الأخرى ، وان بقي من الفرائض شيء صرف لما بعده .

وقد بين القانون ذلك في مادته ^(٢) (٨١) ، والتي نصت على : " أن الوصية اذا كانت بالقربات ولم يف بها ما تنفذ فيه الوصية فان كانت متحدة الدرجات كانت متساوية في الاستحقاق وان اختلفت درجاتها قدمت الفرائض على الواجبات والواجبات على النوافل " . هذا اذا كانت الوصايا كلها للقربات ، أما ان كانت خليطا من الوصايا بالقربات ، والوصايا للعباد ، فان عين سهام هذه الوصايا أو مقدارها ، فانه يقسم المال المخصص لتنفيذها بالمحاصة ، وذلك بنسبة هذه السهام ، وان لم يعين سهامها ، قسم المال بينهم بالتساوى .

وبعد التقسيم يصرف ما يخص وصايا العباد من المعينين لهم واحدا كان أو أكثر .

(١) انظر: أحكام الوصايا للأستاذ شلبي ص ٢٩٧ .

(٢) انظر: شرح قانون الوصية ص ٢٨٩ .

وكذلك ما يخص الوصايا بالتقريب ، فإنه يجمع ويصرف بينها بمثل ما صرف ما خصص لها قبلها .

أى أنه إذا اختلفت هذه الجهات ، بأن كان بعضها فرضاً ، وبعضها واجباً ، أو تبرعاً ، فإنها تصرف للأقوى ثم الذى يليه .

فلو أوصى بنصف ماله للحج والزكاة وصدقة الفطر والتصدق على المحتاجين وشخص معين ، ولم يجز الورثة ما زاد على الثلث ، فإنه يقسم الثلث بين هذه الوصايا أخماساً فيما أخذ الشخص المعين نصيبه ، ثم تجمع أربعه الأقسام التى جعلت للتقريب ، فيصرف منها أولاً للفرائض ، فإن بقي شيء ، فإنه يصرف لها دونها من الواجبات ، فإن لم يف ذلك المقدار بتنفيذ الفرائض ، قسم بينها بالتساوى ، كما تبين لنا من قبل ^(١) . والله أعلم .

هذا وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين على ما يسره لنا من القيام بأعداد هذه الرسالة راجين منه - عز وجل - أن يجعله عملاً خالصاً لوجهه الكريم ، وأن ينفعنا بما علمنا ، فهو وحده القادر على كل شيء ، واليه المصير ، إنه نعم المولى ونعم النصير .

وصلى الله وسلم على سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

(١) المصدران السابقان .

الفزائرس

فہرست المصنّاور

- ١ - القرآن الكريم
- ٢ - أحكام القرآن
لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، تحقيق على محمد
البحاوى . الطبعة الاولى .
الناشر : دار احياء الكتب العربية .
- ٣ - أحكام القرآن
للإمام حجة الاسلام أبي بكر أحمد بن علي الرازى الجصاص، الحنفى
المتوفى سنة ٣٧٠ هـ .
طبعة مصوره عن الطبعة الاولى .
طبع بمطبعة الأوقاف الاسلامية في دار الخلفاء العلوية
الناشر : دار الكتاب العربي - بيروت - لبنان
- ٤ - أحكام الوصايا والأوقاف
للدكتور بدران ابي العينين بدران
استاذ ورئيس قسم الشريعة الاسلامية بكلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية
سابقا ، وأستاذ ورئيس قسم الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء .
الناشر : مؤسسة شباب الجامعة .
- ٥ - أحكام الوصايا والأوقاف
للاستاذ محمد مصطفى شلبي
رئيس قسم الشريعة الاسلامية ، بكلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية .
مطبعة دار التأليف ، الطبعة الثالثة .

- ٦ - أحكام الوصية ، بحوث مقارنة
للشيخ علي الخفيف ، رقم ١٩٦٢
- ٧ - الاختيارات الفقهية
من فتاوى شيخ الاسلام ابن تيمية
اخترها العلامة الشيخ علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد
ابن عباس البعلبي الدمشقي ، المتوفي سنة ٨٠٣ هـ .
الناشر : مكتبة الرياض الحديثة .
- ٨ - الأسئلة والأجوبة الفقهية المقرونة بالأدلة الشرعية .
للشيخ عبدالعزيز بن محمد السلمان
طبعت بمطبعة المدينة - الرياض ، شارع الملك فيصل - رحمه الله .
- ٩ - أساس البلاغة .
لجار الله أبي القاسم محمود بن عمر الزمخشري
المتوفي سنة ٥٣٨ هـ .
تحقيق عبد الرحيم محمود .
طبع بمطبعة أولاد أورفان بالقاهرة .
الطبعة الاولى سنة ١٣٧٢ هـ
- ١٠ - الاستيعاب في أسماء الأصحاب " بهامش الاصابة "
للحافظ المحدث أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر
القرطبي المالكي - المتوفي سنة ٤٦٣ هـ .
مطبعة السعادة بمصر .
الناشر : مؤسسة الحلبي وشركاه بمصر

- ١١ - الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان .
للشيخ زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم .
حققه وعلق عليه ، عبد العزيز محمد الوكيل .
الناشر : مؤسسة الحلبي وشركاه للنشر والتوزيع .
طبع بمطابع سجل العرب * وتراجع طبعة دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان * .
- ١٢ - الاصابة في تمييز أسماء الصحابة
للحافظ شهاب الدين أبي الفضل ، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني .
المتوفي سنة ٨٥٢ هـ .
الناشر : مؤسسة الحلبي وشركاه بمصر .
- ١٣ - أصول الفقه .
لأبي الحسن علي بن محمد بن الحسين الجزدوى .
المتوفي سنة ٤٨٢ هـ .
طبع في المكتب الصنائع بتصحيح أحمد رامر ، ومعرفة حسن حلمسي
الرويزي سنة ١٣٥٧ هـ .
- ١٤ - أصول الفقه .
تأليف الاستاذ الدكتور محمد أبي النور زهير .
طبع بمصر ، دار الاتحاد العربي للطباعة .
- ١٥ - اصول الفقه .
تأليف الاستاذ الدكتور عباس متولي حماده
مطبعة دار التأليف بمصر ، الطبعة الثانية سنة ١٣٨٨ هـ .
الناشر : دار النهضة العربية

١٦ - أصول الفقه الاسلامي .

تأليف الاستاذ شاكربن راغب الحنبلي . المتوفى سنة ١٣٧٨ هـ
طبع بمطبعة الجامعة السورية ، الطبعة الأولى سنة ١٣٦٨ هـ

١٧ - أصول الفقه الاسلامي .

تأليف الاستاذ الدكتور زكي الدين شعبان .
مطابع دار الكتب ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية سنة ١٩٧١ م ،
منشورات الجامعة اللبنانية ، كلية الحقوق .

١٨ - اعلام الموقعين عن رب العالمين .

تأليف شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم
الجوزية المتوفى سنة ٧٥١ هـ .
حققه ، وفصله ، وضبط فرائبه ، وعلق حواشيه محمد محيي الدين
عبد الحميد ، طبع مرتين . الطبعة الأولى ١٣٧٤ هـ ، والطبعة
الثانية ١٣٩٧ هـ .
الناشر : دار الفكر ، بيروت ، لبنان

١٩ - الأعلام .

" قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب ، والمستعربين
والمستشرقين " .

تأليف خير الدين الزركلي ، الطبعة الثالثة سنة ١٣٨٩ هـ

٢٠ - الأُم

تأليف : الامام أبي عبد الله محمد بن ادريس الشافعي - رضي الله عنه -
وبهاشيه : مختصر الامام الجليل أبي ابراهيم اسماعيل بن يحيى المزني

- الشافعي ، المتوفي سنة ٢٦٤ هـ .
الناشر : كتاب الشعب * وتراجع طبعة دار الفكر للطباعة والنشر
والتوزيع * بيروت . لبنان ، نسخة مصوره عن الطبعة الأولى
سنة ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م .
- ٢١ - الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام الميجل
احمد بن حنبل .
تأليف : شيخ الاسلام العلامة الفقيه المحقق علاء الدين
أبي الحسن علي بن سليمان المرادوي الحنبلي - رحمه الله - .
صححه وحققه محمد حامد الفقي .
الطبعة الأولى على نسخة بخط المؤلف .
مطبعة السنة المحمدية ، القاهرة . مصر .
- ٢٢ - الانوار لأعمال الأبرار ، في فقه الامام الشافعي .
تأليف العلامة الفاضل ، والامام الكامل يوسف الأردبيلي ، ومعه
حاشية الكثرى .
مطبعة : مصطفى محمد .
الناشر : المكتبة التجارية الكبرى .
- ٢٣ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع .
للعلامة الفقيه علاء الدين أبي بكر بن سمعود الكاساني الحنفي . الملقب
بملك العلماء . المتوفي سنة ٥٨٧ هـ .
الناشر : زكريا علي يوسف ، مطبعة الامام .
وتراجع طبعة دار الكتاب العربي - بيروت - لبنان .

- ٢٤ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد .
للشيخ الامام الحافظ الناقد أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد
ابن رشد القرطبي - رحمه الله - .
طبع بمطبعة الاستقامة . القاهرة .
الناشر : المكتبة التجارية الكبرى .
٢٥ - البحر الرائق شرح كنز الدقائق .
للعلمة زين الدين ابن نجيم الحنفي - رحمه الله .
الناشر : دار المعرفة للطباعة والنشر ، الطبعة الثانية ، بيروت
لبنان .
٢٦ - البدور الطالع بحاسن من بعد القرن السابع .
للشيخ محمد بن علي الشوكاني ، المتوفي سنة ١٢٥٠ هـ .
مطبعة السعادة - القاهرة . مصر . الطبعة الاولى سنة ١٣٤٨ هـ .
٢٧ - بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة .
للحافظ جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ، المتوفى
سنة ٩١١ هـ .
الناشر : دار المعرفة . بيروت . لبنان .
٢٨ - تاج التراجم في طبقات الحنفية .
لأبي العدل زين الدين قاسم بن قطلوبغا ، المتوفى سنة ٨٧٩ هـ .
مطبعة العاني . بغداد .
٢٩ - التاج المكلل من جواهر مآثر الطراز الاخر والاول .
للسيد أبي الطيب صديق بن حسن بن علي المعروف بصديق حسن

خان بهادار . المتوفى سنة ١٣٠٧ هـ .

المطبعة الهندية العربية سنة ١٣٨٢ هـ

صححه ، وعلق عليه الدكتور عبد الحكيم شرف الدين

٣٠ - تاريخ بغداد .

للحافظ أبي بكر أحمد بن علي الخطيب البغدادي ، المتوفى سنة

٤٦٣ هـ .

الناشر : دار الكتاب العربي - بيروت - لبنان .

٣١ - تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق .

تأليف : العلامة فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي - رحمه

الله -

الناشر : دار المعرفة للطباعة والنشر . بيروت . لبنان .

٣٢ - تذكرة الحفاظ .

للحافظ أبي عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي

المتوفى سنة ٧٤٨ هـ .

مطبعة دائرة المعارف العثمانية بحيدرآباد ، الهند ، الطبعة الثالثة

سنة ١٣٧٧ هـ .

الناشر : دار احياء التراث العربي ، بيروت . لبنان .

٣٣ - الترغيب والترهيب من الحديث الشريف .

تأليف : الامام الحافظ زكي الدين عبد العظيم بن عبد القوي المنذرى

المتوفى سنة ٦٥٦ هـ - رحمه الله - .

ضبط أحاديثه وعلق عليه مصطفى محمد عماره ، الطبعة الثانية .

الناشر : شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر

٣٤ - التركة وما يتعلق بها من الحقوق .

للشيخ محمد عبدالرحيم الكشكي ، الأستاذ بمعهد الدراسات

الاسلامية العليا بجامعة بغداد .

طبع بمطبعة دار الخدير للطباعة والنشر .

٣٥ - تفسير ابي السعود المسمى ارشاد العقل السليم الى مزايا القرآن

الكريم .

لخاتمة المحققين ، وامام المدققين قاضي القضاة ابي السعود محمد

ابن محمد العمادى ، المتوفى سنة ٩٥١ هـ .

الناشر : مكتبة ومطبعة محمد على صبيح وأولاده ميدان الأزهر .

٣٦ - تفسير القرآن العظيم .

للامام الجليل الحافظ عماد الدين ابي الفداء اسماعيل بن كثير

القرشى دمشقي . المتوفى سنة ٧٧٤ هـ .

مطبعة دار احياء الكتب العربية . عيسى البابي الحلبي وشركاه .

الناشر : مكتبة الجمهورية العربية لصاحبها عبدالفتاح مراد .

٣٧ - التفسير الكبير .

للامام الفخر الرازى

طبع بالمطبعة البهيمية المصرية .

الناشر : عبدالرحمن محمد

٣٨ - التلويح الى كشف حقائق التنقيح .

لسعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني .

طبع بمطبعة دار الكتب العربية الكبرى سنة ١٣٢٧ هـ . بمصر

٣٩ - توسير الحوالمك شرح موطأ مالك للإمام مالك .

- شرح الامام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي الشافعي .
توزيع : دار الباز للنشر والتوزيع . مكة المكرمة .
الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان .
٤٠ - تهذيب الأسماء واللغات .

للقه الحافظ أبي زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي . المتوفى
سنة ٦٧٦ هـ ، المطبعة المنيرية بمصر .

٤١ - تهذيب التهذيب .

للإمام الحافظ شهاب الدين أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني
مطبعة مجلس دائرة المعارف النظامية في الهند .
الناشر : دار صادر . بيروت . نسخة مصورة عن الطبعة الأولى
سنة ١٣٢٥ هـ .

٤٢ - تهذيب الفروق ، والقواعد السنية في الاسرار الفقهية .

للشيخ محمد علي بن حسين المالكي ، المتوفى سنة ١٣٦٧ هـ
مطبعة دار احياء الكتب العربية ، الطبعة الأولى سنة ١٣٤٤ هـ .

٤٣ - تيسير التحرير وهو شرح للتحرير في أصول الفقه للكمال بن الهمام
الحنفي .

تأليف : محمد أمين المعروف بأمر بادشاه . المتوفى سنة ٩٨٧ هـ .
صححه الشيخ محمد بخيت المطيعي سنة ١٣٥٢ هـ .
طبع بمطبعة محمد علي صبيح وأولاده بمصر .

٤٤ - جامع البيان عن تأويل القرآن .

لأبي جعفر محمد بن جرير بن يزيد الطبري ، حققه وعلق على حواشيه

محمود محمد شاکر ، وراجعہ وخرج أحاديثہ احمد محمد شاکر .
الناشر : دار المعارف بمصر .

٤٥ - الجامع الصغير في أحاديث البشير النذير

تأليف : الامام الحافظ خادم السنه وقامع البدعه جلال الدين
عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي . المتوفي سنة ٩١١ هـ ، وبهامشه "
كنوز الحقائق في حديث خير الخلائق ، للامام عبد الرؤوف المناوي .
الطبعة الرابعة .

الناشر : دار الكتب العلمية .

٤٦ - جلاء العينين في محاكمة الأحمدين .

للسيد نعمان خير الدين الشهير بابن الألويسي البغدادي .
المتوفي سنة ١٣١٧ هـ .

مطبعة المدني ، بمصر ، الطبعة الأولى سنة ١٣٨١ هـ .

٤٧ - جامع الفصولين .

للإمام المحقق والهام المدقق الشيخ محمود بن اسماعيل الشهير
بأبن قاضي سماوه الحنفي .

المطبعة الأزهرية . الطبعة الأولى سنة ١٣٠٠ هـ .

٤٨ - الجامع لأحكام القرآن .

لأبي عبد الله محمد بن احمد الأنصاري القرطبي .

طبع دار الكتب المصرية . الطبعة الثالثة .

الناشر : دار الكاتب العربي للطباعة والنشر سنة ١٣٨٧ هـ - ١٩٦٧ م

٤٩ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير .

للعالم العلامة شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقي على
الشرح الكبير لأبي البركات أحمد الدردير ، وبهامشه الشرح المذكور
مع تقريرات للعلامة المحقق الشيخ محمد عليش شيخ الساد ، المالكية
- رحمه الله - .

طبع بدار احيا' الكتب العربية ، عيسى البابي الحلبي وشركاه .

٥٠ - حاشية رد المحتار على الدر المختار : شرح تنوير الأبصار في فقه

مذهب الامام أبي حنيفة النعمان .

لخاتمة المحققين محمد أمين الشهر " بابن عابدين " .

الطبعة الثالثة : مصطفى البابي الحلبي " وتراجع طبعة دار احيا' "

التراث العربي - بيروت - لبنان - الجزء الرابع ، آخر باب الهيمنة

تحت مسائل متفرقة .

٥١ - حاشية العلامة الشيخ ابراهيم الباجوري على شرح ابن قاسم الغزي .

الناشر : دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت - لبنان .

٥٢ - حواشي العلامتين الفهامتين والامامين القديتين العلامة العارف

بالله الشيخ عبدالحميد الشرواني نزيل مكة المكرمة .

والامام المحقق والعلامة المدقق الشيخ احمد بن قاسم العبادي على

تحفة المحتاج بشرح المنهاج . للامام العالم خاتمة المحققين شهاب

الدين أحمد بن حجر الهيتمي الشافعي نزيل مكة المكرمة .

وبهامشه تحفة المحتاج بشرح المنهاج .

الناشر : دار صادر بيروت .

- ٥٣ - الخرشي على مختصر خليل . وبهامشه * حاشية الشيخ علي العدوي .
الناشر : دار صادر . بيروت
- ٥٤ - الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب .
لقاضي القضاة برهان الدين ابراهيم بن علي بن محمد بن فرحسون
اليعمري المدني المالكي ، المتوفي سنة ٧٩٩ هـ .
مطبعة المعاهد - مصر - الطبعة الأولى سنة ١٣٥١ هـ .
- ٥٥ - الذيل على طبقات الحنابلة .
للحافظ الفقيه زين الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين
احمد بن رجب البغدادي ، ثم الدمشقي الحنبلي المتوفي سنة
٧٩٥ هـ ، تصحيح محمد حامد الفقي .
مطبعة السنة المحمدية سنة ١٣٧٢ هـ .
- ٥٦ - الرسالة المستطرفة لبيان مشهور كتب السنة المشرفة .
للسيد الشريف محمد بن جعفر الكتاني ، المتوفي سنة ١٣٤٥ هـ وقد
كتب مقدماتها وصنع فهرسها محمد المنتصر الكتاني .
مطبعة دار الفكر ، بدمشق سنة ١٣٨٣ هـ . الطبعة الثالثة .
- ٥٧ - روائع البيان * تفسير آيات الأحكام من القرآن * .
تفسير خاص لآيات الأحكام مستمد من أوثق مصادر التفسير القديمة
والحديثة بأسلوب مبتكر ، وطريقة جديدة ، مع عرض شامل لأدلة
الفقهاء وبيان الحكمة التشريعية .
تأليف الاستاذ محمد علي الصابوني ، الاستاذ بكلية الشريعة
والدراسات الاسلامية بمكة المكرمة . طبع طبعتان .

الاولى سنة ١٣٩١ هـ - (١٩٧١ م ، الثانية ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٢ م
منشورات : مكتبة الغزالي ، دمشق - سوريا .

٥٨ - روضة الطالبين .

للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي - رحمه الله - .
الناشر : المكتب الاسلامي للطباعة والنشر .

٥٩ - روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد
ابن حنبل .

تأليف أبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي
المتوفي سنة ٦٢٠ هـ .

الناشر : المطبعة السلفية بالقاهرة سنة ١٣٧٨ هـ .

٦٠ - رياض الصالحين .

تأليف : الإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي .
الناشر : مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر ، بيروت - لبنان

٦١ - زاد المعاد في هدى خير العباد .

للإمام الحافظ أبي عبد الله بن القيم الجوزي ، المتوفي سنة ٧٥١ هـ
المطبعة المصرية ، الطبعة الثانية .

٦٢ - الزواج والطلاق في الاسلام . " فقه مقارن بين المذاهب الأربعة
السنية والمذهب الجعفري والقانون " .

للدكتور بدوان أبي العيين بدوان أستاذ ورئيس قسم الشريعة
الاسلامية بكلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية ، والاستاذ بالمعهد
العالي للقضاء ، جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية .

الناشر : مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر . الاسكندرية .

٦٣ - السبب عند الأصوليين .

تأليف الدكتور عبد العزيز بن عبد الرحمن بن علي الربيعية ، الاستاذ المشارك ، ورئيس قسم أصول الفقه بكلية الشريعة بالرياض ، جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية * أصل هذا الكتاب رسالته تقدم بها صاحبها لنيل درجة العالمية " الدكتوراه " ففسي أصول الفقه الاسلامي من كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر وقد نال بها صاحبها مرتبة الشرف الأولى ، مع الايضاء بطبعها بنفقة الجامعة ، وقد طبعت على نفقتها سنة ١٣٩٩ هـ - ١٩٨٠ م .

٦٤ - السراج الوهاج .

للعلامة الفاضل الشيخ محمد الزهري الغمراوي ، على متن الضهاج لشرف الدين يحيى النووي - رحمه الله -
الناشر : دار المعرفة للطباعة والنشر . بيروت . لبنان .
توزيع دار الباز للنشر والتوزيع . مكة المكرمة .

٦٥ - سنن الدارمي .

للإمام الكبير عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بهرام بن عبد الرحمن التميمي السمرقندي الدارمي المتوفى سنة ٢٥٥ هـ .
الناشر : دار احياء السنة النبوية .

٦٦ - سنن الدارقطني .

تأليف شيخ الاسلام حافظ عصره ، الفذ في علم الحديث ، ومعرفة علله ورجاله ، الامام الكبير علي بن عمر الدارقطني ، المتوفى سنة ٣٨٥ هـ

عني بتصحيحه وتنسيقه وترقيمه وتحقيقه محب السنة النبويه وخادمها
السيد عبد الله هاشم يماني المدني ، المدينة المنورة ١٣٨٦ - ١٩٦٦ م
وبذيله .

التعليق المغني على الدارقطني تأليف المحدث العلامة أبي الطيب
محمد شمس الحق العظيم آبادي .

طبع بدار المحاسن للطباعة - القاهرة ، ملتمزم طبعه ونشره
السيد عبد الله هاشم يماني المدني . المدينة المنورة - الحجاز
المملكة العربية السعودية .

٦٧ - شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول .

تأليف شهاب الدين أبي العباس أحمد بن ادريس المشهور بالقرافي

(المتوفى سنة ٦٨٤ هـ) .

تحقيق : عبد الرؤف سعد .

طبع بمطبعة الشركة الفنية المتحدة . القاهرة .

الناشر : مكتبة الكليات الأزهرية ، ودار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع

الطبعة الأولى سنة ١٣٩٣ هـ .

٦٨ - شرح خاتمة المحققين ، وإمام العارفين العلامة محمد الزرقاني على

صحيح الموطأ لإمام الأئمة ، وعالم المدينة مالك بن أنس .

وبهامشه سنن المصطفى صلى الله عليه وسلم ، جمع إمام المحدثين

الإمام أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني - رحمه الله - .

المطبعة الخيرية . القاهرة .

الناشر : مكتبة الكليات الأزهرية . القاهرة .

٦٩ - شرح روض الطالب من أسنى المطالب .

- لامام أهل زمانه بلا نزاع ، وقدوة عصره .
خاتمة الأئمة المحققين ونخبة الفضلاء المدققين شيخ الاسلام
أبي يحيى زكريا الأنصارى الشافعي .
وبهامشه حاشية شيخ الشيوخ ، وخاتمة أهل الرسوخ الشهاب أبي
العباس احمد الرملي الكبير الانصارى
تجريد الأستاذ الشيخ محمد بن احمد الشوبري .
الناشر : المكتبة الاسلامية .

٧٠ - شرح قانون الوصية .

- " دراسة مقارنة لمسائله ، وبيان لمصادره الفقهية "
- للاستاذ الشيخ محمد أبي زهرة ، الأستاذ بكلية الحقوق جامعة القاهرة
طبع بمطبعة أحمد مخيمر ، رقم ٤٧١٩٣٠ .
الناشر : مكتبة الأنجلو المصرية ، القاهرة .

٧١ - شرح المنار في أصول الفقه .

- تأليف عبد اللطيف بن عبد العزيز بن ملك ، المتوفى سنة ٨٨٥ هـ .
المطبعة العثمانية سنة ١٣١٩ هـ .

٧٢ - صحيح مسلم .

- للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري .
وقف على طبعه ، وتحقيق نصوصه ، وتصحيحه ، وترقيمه ، وعد كتبه وأبوابه
وأحاديثه وعلق عليه ملخص شرح الامام النووي مع زيادات عن أئمة
اللغة خادم الكتاب والسنة ، محمد فؤاد عبد الباقي .

- نشر وتوزيع رئاسة ادارات البحوث العلمية والافتاء والدعوة والارشاد
الرياض . المملكة العربية السعودية .
- ٧٣ - صحيح مسلم بشرح النووي . المطبعة المصرية ومكتبتها .
- ٧٤ - الصله في تاريخ أئمة الأندلس وعلمائهم ومحدثيهم وفقهائهم
وأدبائهم .
- لأبي القاسم خلف بن عبد الملك المعروف بابن بشكوال ، المتوفي سنة
٥٢٨ هـ .
- الناشر : مكتب نشر الثقافة الاسلامية سنة ١٣٧٤ هـ .
- ٧٥ - الضوء اللامع لأهل القرن التاسع .
- للمحافظ المؤرخ شمس الدين أبي الخير محمد بن عبد الرحمن السخاوي
المتوفي سنة ٩٠٢ هـ .
- الناشر : دار مكتبة الحياة ، بيروت - لبنان .
- ٧٦ - طبقات الحنابلة .
- للقاضي أبي الحسين محمد بن القاضي أبي يعلى محمد بن الحسين
ابن الفراء . المتوفي سنة ٢٦٥ هـ .
- مطبعة السنة المحمدية - القاهرة .
- ٧٧ - طبقات الشافعية الكبرى .
- تأليف تاج الدين أبي نصر عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي
المتوفي سنة ٧٧١ هـ .
- وهي نسختان ، احدهما مطبوعة بالمطبعة الحسينية . الطبعة الأولى
بمصر .
- والنسخة الثانية ، تحقيق محمود محمد الطناحي ، وعبد الفتاح الحلوي
ومطبوعة بمطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاء ، بمصر ، الطبعة الأولى

سنة ١٣٨٣ هـ - ١٣٨٤ هـ .

٧٨ - طبقات الفقهاء .

للمحافظ أبي اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي الشافعي

المولود سنة ٣٩٣ هـ ، والمتوفي سنة ٤٧٦ هـ .

حقيقه وقدم له الدكتور احسان عباس .

الطبعة الثانية .

الناشر : دار الرائد العربي . بيروت . لبنان .

٧٩ - العمد شرح العمد في فقه امام السنة أحمد بن حنبل الشيبانسي

- رضي الله عنه - تأليف بهاء الدين عبد الرحمن بن ابراهيم المقدسي

الناشر : مكتبة الرياض الحديثة - الرياض .

٨٠ - عقد الوصية " محاضرات في الوصية " .

لفضيلة الاستاذ الدكتور بدران ابي العينين بدران .

طبعت بالمعهد العالي للقضاء بالرياض ١٣٩٦ هـ - ١٩٧٦ م .

٨١ - الفتاوى العالمية المعروفة بالفتاوى الهندية . في مذهب الامام

الأعظم أبي حنيفة النعمان .

تأليف العلامة الهمام مولانا الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام

" وبهامشه : الجزء الثاني من الفتاوى اليزازية " وهي السمة بالجامع

الوجيه للشيخ الامام حافظ الدين محمد بن محمد بن شهاب المعروف

بالجزاز الكردى الحنفي المتوفي سنة ٨٢٧ هـ ، وهو كتاب جامع لخص

فيه زيادة مسائل الفتاوى والواقعات من الكتب المختلفة ، ورجح

ما ساعده الدليل ، وذكر الأئمة أن عليه التحويل ، فرغ من تأليفه

عام ٨١٢ هـ .

- الناشر : دار احياء التراث العربي . للنشر والتوزيع ، بيروت . لبنان
الطبعة الثالثة ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م (نسخة مصورة) .
- ٨٢ - فتح الباري بشرح صحيح الامام أبي عبد الله محمد بن اسماعيل
البخارى للامام الحافظ احمد بن علي بن حجر العسقلاني .
المطبعة السلفية ومكتبتها .
- ٨٣ - الفتح المبين في طبقات الأصوليين .
تأليف عبد الله مصطفى المراغي . الطبعة الثانية
الناشر : محمد أمين دمج وشركاه . بيروت . لبنان . سنة ١٣٩٤ هـ
- ٨٤ - فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب .
تأليف شيخ الاسلام أبي يحيى زكريا الأنصاري .
وبهامشه منهج الطلاب ، للمؤلف نفسه ، والرسائل الذهبية فـسـي
المسائل الدقيقة المنهجية للسيد مصطفى الذهبي الشافعي .
توزيع دار الباز للنشر والتوزيع - عباس احمد الباز ، مكة المكرمة .
الناشر : دار المعرفة للطباعة والنشر . بيروت . لبنان .
- ٨٥ - الفروق .
تأليف شهاب الدين أبي العباس أحمد بن ادريس بن عبد الرحمن
الضهاجي المشهور بالقرافي . المتوفي سنة ٦٨٤ هـ - رحمه الله -
طبع بمطبعة دار احياء الكتب العربية سنة ١٣٤٤ هـ بمصر .
الطبعة الأولى .
- ٨٦ - فصول البدايع في أصول الشرايع .
لشمس الدين محمد بن حمزة بن محمد الفناري ، المتوفي سنة ٨٣٤ هـ
مطبعة الشيخ يحيى افندي سنة ١٢٨٩ هـ .

- ٨٧ - فقه السنه .
لسيد سابق .
الطبعة الأولى سنة ١٣٩٧ هـ .
الناشر : دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع . بيروت - لبنان .
- ٨٨ - الفوائد البهية في تراجم الحنفية .
لابي الحسنات محمد عبد الحي اللكنوي الهندي ، المتوفي سنة ١٣٠٤ هـ
تصحيح وتعليق محمد بدر الدين النعساني ، مطبعة السعادة بمصر
الطبعة الأولى سنة ١٣٢٤ هـ .
- ٨٩ - فوات الوفيات " وهو زيد على كتاب وفيات الأعيان لابن خلكان " .
تأليف محمد بن شاکر ابن احمد الكتبي ، المتوفي سنة ٧٦٤ هـ .
تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد .
مطبعة السعادة بمصر .
الناشر : مكتبة النهضة المصرية .
- ٩٠ - الفواكه الدواني .
للشيخ احمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوى المالكي الأزهرى
وهي " شرح على رسالة " .
أبي محمد عبد الله بن أبي زيد عبد الرحمن القيرواني المالكي
الطبعة الثالثة .
الناشر : شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر .
وتراجع طبعة دار المعرفة - بيروت - لبنان .
- ٩١ - القاموس المحيط .
لمجد الدين الفيروز ابادى

مطبعة السعادة بمصر .

الناشر : المكتبة التجارية الكبرى .

٩٢ - قليوبي وعصيره .

حاشيتا الامامين المحققين المدققين .

الأولي للشيخ شهاب الدين احمد بن احمد بن سلامة القليوبي ،

المصرى . المتوفى سنة ١٠٦٩ هـ .

الثانية للشيخ شهاب الدين احمد البرلسي الملقب بعميرة المتوفى

سنة ٩٥٧ هـ .

على شرح جلال الدين محمد بن احمد المحلي المتوفى سنة ٨٦٤ هـ

على منهاج الطالبين

للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي المتوفى سنة ٦٧٦ هـ نسي

فقه الشافعية .

الناشر : دار الفكر .

٩٣ - القواعد في الفقه الاسلامي .

للحافظ الفقيه زين الدين ابي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي

المتوفى سنة ٧٩٥ هـ . راجعه ، وقدم له ، وعلق عليه طه عبد الرؤوف

سعد .

طبع بمؤسسة نبع الفكر العربي - دمشق - المطبعة الأولى سنة

١٣٩١ هـ - ١٩٧١ م .

الناشر : مكتبة الكليات الأزهرية ، حسين محمد أمبابي . مصر .

توزيع . دار الباز للنشر والتوزيع ، مكة المكرمة . عباس احمد الباز .

٩٤ - الكافي في فقه الامام الميجل أحمد بن حنبل

تأليف شيخ الاسلام أبي محمد موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي .

الطبعة الأولى .

الناشر : المكتب الاسلامي . دمشق .

٩٥ - كتاب الافصاح عن معاني الصحاح .

تأليف الوزير عون الدين أبي المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة الحنبلي

المتوفي سنة ٥٦٠ هـ - رحمه الله - .

مطابع الدجوى ، القاهرة - عابدين

ملتزم الطبع والنشر ، المؤسسة السعيدية ، الرياض

توزيع : مكتبة الحرمين - البطحاء - الرياض

٩٦ - كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، تسم المعاملات .

تأليف الشيخ عبد الرحمن الجزيري .

الناشر : المكتبة التجارية الكبرى بمصر .

٩٧ - كتاب الكافي في فقه أهل المدينة .

تأليف شيخ الاسلام العلامة العلم حافظ المغرب الناقد البصير ،

أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي .

حقيقه وتقدم له وعلق عليه الدكتور محمد أحمد ولد مادريك الموريتاني

الطبعة الأولى سنة ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٥ م .

٩٨ - كتاب المبسوط .

لأبي بكر شمعن الأئمة محمد بن أحمد بن سهل ، المتوفي سنة ٤٨٣ هـ

الطبعة الثالثة .

الناشر : دار المعرفة للطباعة والنشر .

٩٩ - كشاف القناع عن متن الاتقان .

للشيخ العلامة فقيه الحنابلة ، منصور بن يونس بن ادريس البهوتي

راجعته وعلق عليه ، الشيخ هلال مصيلحي مصطفى هلال أستاذ
الفقه والتوحيد بالأزهر الشريف .

الناشر : مكتبة النصر الحديثة ، بالرياض ، المملكة العربية السعودية
١٠٠ - كشف الأسرار على أصول فخر الاسلام البزوي .

تأليف علاء الدين عبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري . المتوفي
سنة ٧٣٠ هـ ، صححه أحمد رامر .
طبع في المكتب الصناعي سنة ١٣٠٧ هـ

١٠١ - كشف الأسرار : شرح النار .

تأليف حافظ الدين أبي البركات عبد الله بن احمد النسفي ، مصر
المطبعة الأميرية ، ببولاق ، الطبعة الأولى سنة ١٣١٦ - ١٣١٧ هـ .

١٠٢ - لسان العرب .

لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور ، المتوفي سنة ٧١١ هـ
المطبعة الكبرى ببولاق سنة ١٣٠٠ - ١٣٠١ هـ ، مصر .

١٠٣ - المجموع شرح المهبذب .

للأستاذ المحقق محمد نجيب المطيعي .

مطبعة الامام

الناشر : زكريا علي يوسف

١٠٤ - مجموع فتاوى شيخ الاسلام أبي العباس أحمد بن عبد الحلیم —

عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم النعمري الحراني ثم الدمشقي
تقي الدين ابن تيمية ، المتوفي سنة ٧٢٨ هـ طيب الله ثراه .

جمع وترتيب الفقير الى الله عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي

النجدي الحنبلي - رحمه الله - ، وساعده ابنه محمد .

- تصوير عن الطبعة الأولى سنة ١٣٩٨ هـ .
- توزيع : رئاسة ادارات البحوث العلمية والافتاء والدعوة والارشاد
الرياض . المملكة العربية السعودية
- ١٠٥ - المحرر في الفقه على مذهب الامام احمد بن حنبل ، ومعه (النكت
والفوائد السنية على مشكل المحرر لمجد الدين ابن تيمية .
تأليف شمس الدين ابن مفلح الحنبلي المقدسي
مطبعة السنة المحمدية .
- ١٠٦ - المحلى
للحافظ أبي محمد علي بن حزم الأندلسي الظاهري تصحيح خليل
هراس .
مطبعة الامام
وتراجع نسخة أخرى ، طبع ادارة الطباعة المنيرية .
تحقيق الشيخ محمد منير الدمشقي - رحمه الله - .
الناشر : مكتبة الجمهورية العربية ، لصاحبها عبد الفتاح مسراد
مصر .
- ١٠٧ - مختار الصحاح
للشيخ الامام محمد ابن أبي بكر بن عبد القادر الرازي - رحمه الله -
طبعة حديثة .
الناشر : دار القلم - بيروت - لبنان .
- ١٠٨ - مختصر طبقات الحنابلة .
تأليف شمس الدين أبي عبد الله محمد بن عبد القادر بن عثمان النابلسي
المتوفى سنة ٧٩٧ هـ .

- تصحيح وتعليق احمد عبيد .
مطبعة الاعتدال ، دمشق ، سنة ١٣٥٠ هـ .
- ١٠٩ - المدخل الى مذهب الامام احمد بن حنبل .
تأليف عبد القادر بن أحمد بن مصطفى المعروف بابن بدران .
المتوفى سنة ١٣٤٦ هـ .
المطبعة العنبرية .
- ١١٠ - المدونة الكبرى
لامام دار الهجرة الامام مالك بن أنس الأصبحي ، رواية الامام سحنون
ابن سعيد التنوخي عن الامام عبد الرحمن بن القاسم العتقي عن
الامام مالك بن أنس - رضي الله تعالى عنهم - .
مطبعة السعادة بجوار محافظة مصر سنة ١٣٢٣ هـ .
طبعة جديدة بالأوفست .
الناشر : مؤسسة الحلبي وشركاء للنشر والتوزيع . القاهرة .
- ١١١ - المستصفي من علم الأصول .
لأبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي . المتوفى سنة ٥٠٥ هـ .
مطبعة مصطفى محمد . الطبعة الأولى سنة ١٣٥٦ هـ .
- ١١٢ - مصادر التشريع الاسلامي ومناهج الاستنباط .
للدكتور محمد أديب صالح
المطبعة التعاونية سنة ١٣٨٧ هـ .
- ١١٣ - المصباح العنبري في غريب الشرح الكبير للرافعي .
تأليف العالم العلامة احمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي .
المتوفى سنة ٧٧٠ هـ .

الناشر : المكتبة العلمية - بيروت - لبنان .

١١٤ - مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهي .

تأليف الفقيه العلامة الشيخ مصطفى السيوطي الرحباني ، ومعه
تجريد زوائد الغاية والشرح

تأليف الفقيه العلامة الشيخ حسن الشطي

منشورات المكتب الاسلامي - دمشق .

١١٥ - المطلع على أبواب المقنع .

لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن أبي الفتح البعلبي الحنبلي .
المتوفى سنة ٧٠٩ هـ .

الناشر : المكتب الاسلامي للطباعة والنشر .

الطبعة الأولى سنة ١٣٨٥ هـ .

١١٦ - المعاملات الشرعية المالية .

للشيخ احمد ابراهيم ، استاذ الشريعة الاسلامية .
مطبعة : النصر .

١١٧ - المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم .

وضعه محمد فؤاد عبد الباتي . الطبعة الثانية .

الناشر : دار الفكر - بيروت - لبنان

١١٨ - معجم مقاييس اللغة .

لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا .

حققه ، وضبطه عبد السلام محمد هارون .

الطبعة الاولى .

الناشر : دار احيا الكتب العربية .

١١٩ - المغني

تأليف : الشيخ الامام العلامة موفق الدين أبي محمد عبد الله
ابن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٣٠ هـ .
على مختصر الامام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد
الخرفي . المتوفى سنة ٣٢٤ هـ .

ومعه :

الشرح الكبير على متن المقنع

للشيخ الامام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد
ابن احمد بن قدامة المقدسي . المتوفى سنة ٦٨٢ هـ .
طبعة جديدة بالأوفست، بعناية جماعة من العلماء سنة ١٣٩٢ هـ
١٩٧٢ م .

الناشر : دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع . بيروت . لبنان

١٢٠ - مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج

وهو شرح للامام الجليل عين أعيان الشافعية
الشيخ محمد الخطيب الشربيني على متن منهاج الطالبين للامام
أبي زكريا يحيى بن شرف النووي .
مطبعة الاستقامة . القاهرة .
الناشر : المكتبة التجارية الكبرى . مصر .

١٢١ - المقنع في فقه امام السنة احمد بن حنبل الشيباني - رضي الله عنه -

تأليف : الامام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي

—

حاشية منقولة من خط الشيخ سليمان بن الشيخ عبد الله بن الشيخ

- محمد بن عبد الوهاب .
- المطبعة السلفية ومكتبتها .

١٢٢ - الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية

للشيخ محمد أبي زهرة

- ملتزم الطبع والنشر : دار الفكر العربي .

١٢٣ - منتهي الارادات في جمع المقنع مع التتقيح وزيادات لتقي الدين

محمد بن أحمد الفتوحى ، الحنبلى المصرى الشهير بابن النجار .

- مطبعة دار الجيل للطباعة .

الناشر : مكتبة دار العروبة . القاهرة .

١٢٤ - الضهج الأحمدي في تراجم أصحاب الامام أحمد

لأبي اليمين مجير الدين عبد الرحمن بن محمد العليحي ، المتوفى سنة

٩٢٨ هـ .

- تحقيق محمد محيى الدين عبد الحميد .

• مطبعة المدني بصر سنة ١٣٨٣ هـ .

١٢٥ - الموافقات في أصول الشريعة

لأبي اسحاق ابراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي الشاطبي

المتوفى سنة ٥٩٠ هـ .

- مطبعة الشرق الأديني بالموسكي ، مصر . ومطبعة المكتبة التجارية .

١٢٦ - مواهب الجليل لشرح مختصر خليل

تأليف أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي

المعروف بالحطاب المتوفى سنة ٩٥٤ هـ .

- وبهامشه .

التاج والاكليل لمختصر خليل

لأبي عبد الله محمد بن يوسف العبدري الشهير بالمواع . المتوفى
سنة ٨٩٧ هـ .

ملتمز الطبع والنشر : مكتبة النجاح - طرابلس - ليبيا .

١٢٧ - الموطأ

لامام الأئمة وعالم المدينة مالك بن أنس الأصبحي - رضي الله عنه -
صححه ، وترجمه ، وخرج أحاديثه وعلق عليه محمد فؤاد عبد الباقي

١٢٨ - ميزان الاعتدال في نقد الرجال

للحافظ أبي عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي
المتوفى سنة ٧٤٨ هـ .

تحقيق محمد علي الجاوي .

الناشر : مطبعة دار احياء الكتب العربية ، الطبعة الأولى سنة ١٣٨٢ هـ

١٢٩ - نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار .

لشمس الدين أحمد بن تودر المعروف بقاضي زاد ، أفندي قاضي عسكري
روملي ، وهي تكملة فتح القدير للمحقق الكمال بن الهمام الحنفي
على الهداية : شرح بداية المبتدي لشيخ الاسلام برهان الدين
علي بن أبي بكر العرغيناني .

ومعه :

شرح العناية على الهداية

للإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابردي . المتوفى سنة ٧٨٦ هـ .

وحاشية المحقق سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدى حلبى

وبسعدى أفندى . المتوفى سنة ٩٢٥ هـ .

الناشر : مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي .

١٣٠ - النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة .

لجمال الدين أبي المحاسن يوسف بن تغرى بردى . المتوفى سنة

٨٧٤ هـ .

طبعة مصوره عن طبعة دار الكتب المصرية .

١٣١ - نصب الراية لأحاديث الهداية .

للإمام الحافظ العلامة جمال الدين أبي محمد عبد الله ابن يوسف

الحنفي الزيلعي المتوفى سنة ٧٦٢ هـ .

—

حاشيته بغية الألمي في تخريج الزيلعي .

تصحیح ادارة المجلس العلمي

طبع طبعتان :

الطبعة الأولى سنة ١٣٥٧ هـ دار المأمون - القاهرة . الطبعة

الثانية سنة ١٣٩٣ هـ مع زيادات في التحقيق والتنقيح والطبع .

توزيع المكتب الاسلامي - بيروت . مطبوعات المجلس العلمي

١٣٢ - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج :

تأليف : شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب

الدين الرطلي المنوفي المصري ، الانصارى الشهير بالشافعي الصفيير

المتوفى سنة ١٠٠٤ هـ .

وسعه

حاشية أبي الضياء نور الدين علي بن علي الشيرازي القاهري

المتوفى سنة ١٠٨٧ هـ .

وبهامشه :

حاشية أحمد بن عبد الرزاق بن محمد بن أحمد المعروف بالمفريسي

الرشدي . المتوفى سنة ١٠٩٦ هـ .

طبعة مصوره بدار احيا التراث العربي - بيروت - لبنان .

الناشر : المكتبة الاسلامية .

١٣٣ - نيل الابتهاج بتطريز الديباج .

للمحافظ أبي العباس سيدي احمد بن أحمد بن أحمد بن عمر بن محمد

ابن أميت عرف بابا التبتكتي .

مطبعة المعاهد . مصر . الطبعة الأولى سنة ١٣٥١ هـ

١٣٤ - نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار .

تأليف الشيخ الامام المجتهد محمد بن علي بن محمد الشوكاني .

ملتزم الطبع والنشر : شركة مكتبة وطبعة مصطفى البابي الحلبي

الطبعة الأخيرة .

١٣٥ - نيل المآرب بشرح دليل الطالب .

للشيخ الامام عبد القادر بن عمر الشيباني علي مذهب الامام المجلد

احمد بن حنبل - رضي الله عنه - .

صححه وأشرف على طبعة الشيخ رشدي السيد سليمان

مدرس الفقه الحنبلي بمعهد القاهرة بالأزهر الشريف .

الناشر : مكتبة الفلاح - الكويت .

١٣٦ - الوسيط في أصول الفقه الاسلامي .

تأليف : وهبه الزحيلي

المطبعة العلمية . دمشق . الطبعة الثانية سنة ١٣٨٨ هـ

١٣٧ - الوصية

- للأستاذ محمد زكريا البرديسي . رئيس قسم الشريعة - كلية الحقوق - جامعة عين شمس .
- الطبعة الأولى سنة ١٣٩١ هـ - ١٩٧١ .
- الناشر : دار النهضة العربية .
- ١٣٨ - الوصية وأحكامها في الفقه الاسلامي .
- " دراسة مقارنة على المذاهب السبعة "
- تأليف الشيخ محمد جعفر شمس الدين .
- الناشر : دار التراث الاسلامي للطباعة والنشر والتوزيع . بيروت . لبنان .
- ١٣٩ - وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان .
- لأبي العباس شمس الدين احمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان .
- المتوفى سنة ٦٨١ هـ .
- تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد .
- مطبعة السعادة . الطبعة الأولى .
- الناشر : مكتبة النهضة العربية المصرية .
- ١٤٠ - الهداية شرح بداية المبتدى .
- تأليف شيخ الاسلام برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني . المتوفى سنة ٥٩٣ هـ . في الفقه على مذهب الامام الأعظم أبي حنيفة النعمان .
- الطبعة الأخيرة .
- الناشر : المكتبة الاسلامية .

فہرست (۱) جلد ۲

(أ)

- ص
٨٤ أحمد (أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل)
إسحاق (أبو يعقوب إسحاق بن أبي الحسن إبراهيم
٣٤٦ ابن مخلد)
٤٤٠ الاضطراخي (أبو سعيد الحسن بن أحمد)
٣٢٩ الأوزاعي (أبو عمرو عبد الرحمن بن عمرو بن يحم)
٤٨٢ ابن أبي أوفى (عبد الله بن أبي أوفى الأسلمي)

(ب)

- ١٣٧ البخارى (أبو عبد الله محمد بن اسماعيل بن إبراهيم)
٢٨٦ البيهقي (أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي بن عبد الله)

(ت)

- ٤٥ الترمذى (أبو عيسى محمد بن عيسى بن سوره)
١٣٧ التفتازاني (مسعود بن عمران بن عبد الله)
١١٨ ابن تيمية (أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام)

(ث)

- ٣٤٦ الثورى (أبو عبد الله سفيان بن سعيد بن مسروق)
٣٤٧ ابو شور (أهيم بن خالد بن أبي اليمان)

(ج)

- ٤٧٨ ابن جرير (أبو جعفر محمد بن جرير)

(ح)

- ١٦٩ ابن حزم (أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد)

ص

- الحسن البصرى (أبو سعيد الحسن ابن أبي الحسن البصرى) ٤٧٧
الحسن (أبو محمد الحسن ابن محمد ابن الحنفية) ٣٧٩
حماد ابن أبي سليمان أبو اسماعيل حماد ابن أبي سليمان (٣٨٠
أبو حنيفة (النعمان ابن ثابت التميمي بالولاء) ٨٢

(خ)

- الخرقي (أبو القاسم عمر ابن الحسين ابن عبد الله) ٣٥٩
أبو الخطاب (محفوظ ابن أحمد ابن الحسن) ٣١

(د)

- الدارقطنى (أبو الحسن علي ابن عمر) ١٨
أبو داود (سليمان ابن الأشعث ابن اسحاق) ٤٥
داود (أبو سليمان داود ابن علي ابن خلف الأصفهاني) ٣٥٣
أبو الدرداء (عويمر ابن مالك) ٢٠

(ر)

- ربيعة (أبو عثمان ربيعة ابن أبي عبد الرحمن) ٣٨٠
ابن رشد (محمد ابن أحمد ابن محمد) ٣٤

(ز)

- زفر (أبو الهذيل ابن تيمس ابن سليم) ٧٧
الزمخشري (أبو القاسم جار الله محمود ابن عمر ابن محمد) ١٣٥
الزهري (أبو بكر محمد ابن مسلم ابن عبيد الله) ٣٨٠

(س)

- سحنون (أبو سعيد عبد السلام ابن سعيد ابن حبيب) ٩٤
السختياني (أبو بكر أيوب ابن أبي تيممه) ١٥٧

ص
سميد ابن المسيب (أبو محمد سعيد ابن المسيب ابن حزن) ٤٧٧

(ش)

الشاطبي (أبو اسحاق ابراهيم ابن موسى ابن محمد اللخمي) ١٤٣

الشافعي (أبو عبد الله محمد ابن ادريس ابن العباس) ٨٠

ابن شجرة (أبو شجرة عبد الله ابن شجرة) ٤٣٠

شريح (أبو أمية شريح ابن الحارث القاضي) ٣٧٧

الشمعي (أبو عمرو عامر ابن شراحيل ابن عبد) ٤٧٣

الشوكاني (محمد ابن علي ابن محمد الشوكاني) ٤٧٦

(ط)

طاووس (أبو عبد الرحمن ابن كيسان اليماني) ٣٠٠

الطحاوي (أبو جعفر أحمد ابن محمد ابن سلامه) ١٧٣

(ع)

عائشة (أم المؤمنين بنت أبي بكر الصديق) ٤٨١

ابن عباس (أبو العباس عبد الله ابن العباس) ١٨

عبد الله بن مسعود (أبو عبد الرحمن عبد الله ابن مسعود)

٣٧٦ الهذلي

عثمان (أبو عمرو أو أبو عبد الله عثمان ابن عفان ابن أبي العاص) ١٧٢

عطاء (أبو محمد عطاء ابن أبي رياح ابن أسلم) ٣١٤

علي ابن أبي طالب (أبو الحسن علي ابن أبي طالب بن

٥١٥ عبد المطلب)

٣٢١ عطارد (ابن حاجب ابن زراره)

- ص
٣٢٠ عمر ابن الخطاب (أبو حفص عمر ابن الخطاب ابن نفيل)
٤٤ ابن عمر (أبو عبد الرحمن عبد الله ابن عمر ابن الخطاب)
١٨٥ عمر ابن عبد العزيز (أبو حفص عمر ابن عبد العزيز ابن مروان)
٣٣٣ عمران ابن حصين (أبو نجيد عمران ابن حصين الأسلمي)

(غ)

- ١٤١ الغزالي (أبو حامد حجة الاسلام زين الدين محمد ابن محمد)
ابن محمد)

(ف)

- ٢٧ ابن فارس (أبو الحسين احمد ابن فارس ابن زكريا)
١٣٧ الفنارى (شمس الدين ابن محمد ابن حمزة ابن محمد)
٢٧ الفيروز ابادى (أبو طاهر مجد الدين محمد ابن يعقوب)

(ق)

- ٣٧٧ ابن القاسم (عبد الرحمن ابن القاسم المعتقي)
ابن قدامة (موفق الدين أبو محمد عبد الله ابن أحمد ابن محمد) ٥٣
١٤٤ القرافي (أحمد ابن ادريس ابن عبد الرحمن ابن عبد الله)
١٢٠ ابن القيم (شمس الدين أبو عبد الله محمد ابن أبي بكر)

(ك)

- ٣٥ الكرخي (أبو الحسن عبد الله ابن الحسين بن دلال)

(ل)

- ٣٦٤ اللؤلؤى (الحسن ابن زياد)
١٨٦ الليث ابن سعد (أبو الحارث الليث ابن سعد ابن عبد الرحمن)
٣٦٥ ابن أبي ليلى (محمد ابن عبد الرحمن ابن أبي ليلى)

(م)

- ص
٤٨٣ ابن ماجه (أبو عبد الله محمد ابن يزيد ابن ماجه)
٨٤ مالك (أبو عبد الله مالك ابن أنس ابن مالك الأصبحي)
٨٢ محمد (أبو عبد الله ابن محمد ابن الحسن ابن فرقد)
١٨٦ المزني (أبو ابراهيم اسماعيل ابن يحيى ابن اسماعيل)
١٦٠ مسلم (أبو الحسين مسلم ابن الحجاج ابن مسلم القشيري)
١٣٦ ابن منظور (أبو الفضل جمال الدين ابن محمد ابن مكرم)

(ن)

- ٤٧٤ النخعي (أبو عمران ابراهيم ابن يزيد ابن الأسود)
٥٠ - ٤٩ النسائي (أبو عبد الرحمن احمد ابن شعيب ابن علي)
١٤٢ النسفي (أبو البركات حافظ الدين عبد الله ابن احمد)

(و)

- ٣٧٨ ابن وهب (أبو محمد عبد الله ابن وهب)

(هـ)

- ٤٦ أبو هريرة (عبد الرحمن ابن عامر ابن ذى الشرى)
٣٤٠ ابن الهمام (كمال الدين ابن محمد ابن عبد الواحد ابن
عبد الحميد)

(ي)

- ١٨٦ يحيى ابن سعيد (أبو سعيد يحيى ابن سعيد ابن تميم)
٦٢ أبو يعلى (محمد ابن الحسين ابن محمد)
٨٢ أبو يوسف (يعقوب ابن ابراهيم ابن حبيب)

مَنْعُ اللَّيْلِ الْقُرْآنِيَّة

رقم الصفحة

٢١٥ " لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوك في الدين "

١٧ " للرجال نصيب مما ترك الوالدان . . "

(و)

١٧٤ " وابتلوا اليتامى "

٣٠٣ " واتقوا الله الذى تسألون به والأرحام . . . "

٢١٥ " وأتموا الحج والعمرة لله . . . "

١٧ " وإذا حضر القسمة ألو القربى . . . "

٣٦٦ " وأسأل القريسة . . . "

١٤٩ " وأن ليس للانسان الا ما سعى . . . "

٢٠٧ " ولا ترتدوا على آذانكم فتنقلبوا خاسرين . . . "

٢٨ " ووصينا الانسان بوالديه حسنا "

(ى)

١١٩ " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود . . . "

٤٤ - ٤٨ " يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت "

١٨٢ - ١٨٥ " يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى . . . "

٢٩٩ - ٣٠٨ " يوصيكم الله فى أولادكم . . . "

.....

فهرس الأسماء وبيت والذئاب

رابعاً : فهرس الأحاديث والآثار :

رقم الصفحة

(أ)

- " أبك جنسون ؟ .. "
- ١٨٣
- " اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم .. "
- ١٦٠ - ١٦١
- " أجاز وصية غلام .. "
- ١٧٢
- " اجعل الشلاشة للاربعمة ... "
- ٢٢٧
- " إذا ترك الشخص دون الألفلا تستحب له الوصية .. "
- ٢٢٧
- " أربح من كن فيه كان منافقا خالفا .. "
- ١١٩
- " استوصوا بالنساء خيرا ... "
- ٣٠
- " اشتكيت مع النبي - صلى الله عليه وسلم - في حجة الوداع .. "
- ٢٢٤
- " الاضرار في الوصية من الكبائر .. "
- ٥٠ - ١٦١ - ٧٥
- " أفا أتصدق بثلثي مالي ... "
- ٤٧
- " أفضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح .. "
- ٢٢٦ - ٢٢٧
- " أفعلت هذا بولدك كلهم ... "
- ١٦١
- " أكل ولدك نحلته مثل هذا ؟ ... "
- ١٦٠
- " إلا أن يشاء الورثة ... "
- ٣٠٣
- " أن تصدق وأنت شحيح ... "
- ٢٤
- " أن رجلا أعتق ستة مملوكين له عند موته ... "
- ٣٣٣
- " أن رجلا أعتق عبدا في مرضه وعليه دين ... "
- ٢١٦
- " إن الرجل ليحمل أو المرأة بطاعة الله ستين سنة ... "
- ٤٦
- " أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - مات ولم يوص ... "
- ٤٨٣
- " أن صفية أوصت لنسيب لها يهودى ... "
- ٣١٥

رقم الصفحة

- " إن الله أعطى كل ذي حق حقه إلا لأوصية لوارث ... " ٢٩٧
- " إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصيه لوارث... " ٢٩٥، ٢٩٤، ١٨ ، ٢٩٨، ٢٩٧
- " إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم ... " ١٩١، ٥٠، ٤٥، ٢٠ ، ٢٣٢، ٢٨١ ، ٤٨٣، ٢٧٣
- " إن لي مالا كثيرا ... " ١٩
- " إنني أريد أن أوصي ... " ٢٢٥
- " أوصى أبو بكر بالخمس، وأوصى عمر بالربع، والخمس أحب إلي .. " ٤٩٥
- (ب)
- " بقر حمزة خواصر شارفي ... " ١٨٣
- (ث)
- " الثلث، والثلث كثير ... " ٣٧٣ - ٣٢٢
- (ح)
- " الحيف في الوصية من أكبر الكبائر ... " ٣٣٥ - ٢٩٣
- (خ)
- " الخير الف وخمسائة ... " ٢٢٧
- " الخير ثمانون ديناراً ... " ٢٢٧
- " خير المال الف درهم فصاعداً ... " ٢٢٧
- " رأى عمر بن الخطاب حلة سيرا عند باب المسجد .. " ٣٢٠
- " رفع القلم عن ثلاثة ... " ١٧٦

رتب الصفحة

(ش)

٦٨ " الشهر هكذا ... "

(ط)

١٨٥ " طلاق السكران والمستكره ليس بجائز ... "

(ف)

١٨٦ " فاستحلفه بالله الذى لا اله الا هو ... "

١٧١ " فليوص لها ... "

(ق)

٢٢٦ - ٢٢٥ " قال لا لم تدع مالا فدع مالك لولدك .. "

" قدمت على أمي وهي مشرقة نبي عهد رسول الله

٢٢٢ - صلى الله عليه وسلم - ... "

٢١٤ " قضى أن الدين قبل الوصية ... "

٢٢٧ " القليل أن يصيب أقل الورثة سهما خمسون درهما .. "

(ك)

٢٩٨ " كان المال للولد ، وكانت الوصية للوالدين ... "

٢٢١ " كيف ألبسها وقد قلت فيها ما قلت ... "

(ل)

١٨ " لا تجوز وصية لوارث ... "

٢٩٤ " لا وصية لوارث الا أن يجيز الورثة ... "

٢٩٤ " لا تجوز الوصية لوارث الا أن يشاء الورثة ... "

رقم الصفحة

- ٢٢٥ " لا توص ، فانك لم تترك خيرا فتوصي ... "
- ٤٨٠ - ٤٧٩ " لا يحل لأمرئ مسلم له مال ... "
- ٤٨٠ - ٤٧٩ " لم أبت ليلة منذ سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول ذلك الا ووصيتي عندي .. "
- ٤٨٢ " لم يوص رسول الله - صلى الله عليه وسلم - .. "
- ٣٣٣ " لو شهدته قبل أن يدفن لم يدفن في مقابر المسلمين .. "
- ٢٨٠ ، ٢٨١ ، ٢٨٥ " ليس لقاتل وصيه ... "
- ١٨٥ " ليس لمجنون ولا لسكران طلاق ... "

(م)

- ٤٤ ، ٦٢ ، ٤٧٩ " ما حق امرئ مسلم يبني بيت ليلتين ... "
- " ما من مال أعظم أجرا من مال يتركه الرجل لولده .
- ٢٢٩ يخضعهم به عن الناس ... "
- ٤٨٢ " متى أوصى وقد مات بين سحري ونحري ... "
- ٢٢٧ " من ترك سبعائة درهم ليس عليه وصية ... "
- ٢٢٧ " من ترك ستين ديناراً ما ترك خيراً ... "

(و)

- ٢٢٨ " الوصية واجبة في قليل المال وكثيره ... "

المجستوى

<u>المحتوى</u>	<u>الموضوع</u>
١٠ - ١ <u>الافتتاحية</u>
٢ - ١ أهمية الوصايا
٢ سبب اختيار الوصايا موضوعا للبحث
٣ - ٢ شكر وتقدير
٨ - ٤ خطة البحث
١٠ - ٩ منهج البحث
٢٥ - ١١ <u>المقدمة</u>
١٥ - ١٢ أسباب الملكية في الشرع
٢٠ - ١٦ الوصية قبل الاسلام وبعده
٢٥ - ٢١ الفرق بين الوصية والمعيرات، والهبة
٢٥ الوصية عقد من عقود التبرعات
٢٦ <u>الباب التمهيدي</u>
٢٧ <u>الفصل الاول</u>
٢٧ تعريف الوصية في اللغة والاصطلاح
٣١ - ٢٧ تعريف الوصية في اللغة
٤١ - ٣١ تعريف الوصية في الاصطلاح
٤٢ <u>الفصل الثاني</u>
٤٨ - ٤٢ مشروعية الوصية ودليل ذلك
٤٤ - ٤٢ دليل مشروعيتها من الكتاب
٤٨ - ٤٤ دليل مشروعيتها من السنة
٤٨ دليل مشروعيتها من الاجماع

رتب الصفحة

٤٩	<u>الفصل الثالث</u>
٥١ - ٤٩	حكمة مشروعية الوصية
٥٢	<u>الفصل الرابع</u>
٥٤ - ٥٢	هل الوصية مشروعة على خلاف القياس ؟
٥٥	<u>الباب الثاني</u>
٥٥	تكوين الوصية ، وأركانها
٥٥	<u>الفصل الاول</u> ، صيغة الوصية وفيه مباحث
٥٦	<u>المبحث الاول</u>
٥٨ - ٥٦	ألفاظ الوصية
٥٩	<u>المبحث الثاني</u>
٥٩	الايجاب والقبول في الوصية ، وبم يتحقق كل منهما ؟
٥٩	ما يتحقق به الايجاب
٦٠ - ٥٩	انعقاد الايجاب في الوصية باللفظ
٦٦ - ٦٠	انعقاد الايجاب في الوصية بالكتابة
٧٥ - ٦٧	انعقاد الايجاب في الوصية بالاشارة
٧٨ - ٧٦	القبول في الوصية وبم يتحقق ؟
٨١ - ٧٨	الفورية والتراخي في القبول
٨٧ - ٨٢	حقيقة القبول المطلوب
٨٨	<u>المبحث الثالث</u>
١٠٠ - ٨٨	وقت ثبوت الملكية للموصى له ، وحكم زوائد الموصى به
١٠٠	<u>المبحث الرابع</u>
١٠٤ - ١٠٠	رد الوصية من الموصى له

رقم الصفحة	
١٠٥ <u>المبحث الخامس</u>
١٢٣-١٠٥	تعليق أو اقتران الوصية بالشرط
١٢٤ <u>المبحث السادس</u>
١٣٤-١٢٤ إضافة الوصية
١٣٥ الفصل الثاني في أركان الوصية وفيه مبحثان
١٣٥ <u>المبحث الأول</u>
١٣٥ معنى الركن والفرق بينه وبين الشرط
١٣٧-١٣٥ معنى الركن في اللغة
١٣٩-١٢٧ معنى الركن في الاصطلاح
١٤١-١٤٠ معنى الشرط في اللغة
١٤٥-١٤١ معنى الشرط في الاصطلاح
١٤٦ <u>المبحث الثاني</u>
١٤٨-١٤٦ الخلاف في أركان الوصية ، وبيان الراجح
١٥٢-١٤٨ الأدلة والمناقشة
١٥٣-١٥٢ ركن الوصية في قانون الوصية المصري
١٥٤ <u>الباب الثالث</u>
١٥٤ شروط الوصية ، وفيه فصول
١٥٤ <u>الفصل الأول</u>
١٦٠-١٥٤ شرط الباعث على الوصية
١٦١-١٦٠ وصية الضرار
١٦٢ <u>الفصل الثاني</u>
١٦٢ شروط الموصي ، وفيه مباحث
١٦٢ <u>المبحث الأول</u>

رقم الصفحة	
١٦٦ - ١٦٦	العقل ، وصية الصبي والسكران
١٦٦ - ١٦٨	مسلك قانون الوصية المصري
١٦٩	وصية الصبي
١٦٩	الخلاف في وصية الصبي المميز
١٧١ - ١٧٦	الأدلة والمناقشة
١٧٦ - ١٧٧	مسلك قانون الوصية المصري في وصية الصبي
١٧٨	وصية السكران
١٧٨ - ١٨٠	الخلاف في حكم وصية السكران حال سكره
١٨٠ - ١٨٨	الأدلة والمناقشة
١٨٩ <u>المبحث الثاني</u>
١٨٩	الرشد ، وصية السفه وذي الغفلة
١٨٩	معنى الرشد في اللغة
١٨٩ - ١٩٢	معنى الرشد في الاصطلاح
١٩٣ - ١٩٤	مسلك قانون الوصية المصري
١٩٥ <u>المبحث الثالث</u>
١٩٥ الاسلام ، وفيه مطالب
١٩٥	توطئة للدخول في هذا المبحث
١٩٥	هل الاسلام شرط لصحة الوصية أم لا ؟
١٩٦ <u>المطلب الأول</u>
١٩٦ - ٢٠١	وصية الذممي
٢٠٢ <u>المطلب الثاني</u>
٢٠٢ - ٢٠٣	وصية المستامن

رقم الصفحة	
٢٠٤	، <u>المطلب الثالث</u>
٢٠٦ - ٢٠٤	، وصية الحريرى
٢٠٧	، <u>المطلب الرابع</u>
٢٠٧	، وصية المرتد
٢٠٧	، المرتد لفئة
٢٠٧	، المرتد شرعاً
٢٠٧	، أقسام المرتد
	الإشارة الى أن بيان الحكم في وصية المرتد يعتمد على
٢٠٨	، بيان حكم تصرفاته في ملكه بعد رده
٢٠٨ - ٢١١	، أقوال الفقهاء في حكم تصرفات المرتد بعد رده
٢١١	، الرأى المختار من هذه الأقوال
٢١٢	، <u>المبحث الخامس</u>
٢١٣ - ٢١٢	، وصية المخطئ والهازل والمكروه
٢١٤	، <u>المبحث السادس</u>
٢٢٠ - ٢١٤	، وصية المدين
٢٢١ - ٢٢٠	، مسلك قانون الوصية المصرى في حكم وصية المدين
٢٢٢	، <u>المبحث السابع</u>
٢٢٩ - ٢٢٢	، وصية الفقير
٢٣٠	، <u>الفصل الثالث</u>
٢٣٠	، شروط الموصى له ، وفيه مباحث
٢٣٠	، <u>المبحث الأول</u>
٢٣٠	، وجود الموصى له عند الوصية ، وفيه مطلبان
٢٣٠	، <u>المطلب الأول</u>

رقم الصفحة	
٢٣٨ - ٢٣٠	، الوصية للحمل
٢٤١ - ٢٣٩	، مسلك قانون الوصية المصرى في الوصية للحمل ...
٢٤٢	، <u>المطلب الثاني</u>
٢٤٥ - ٢٤٢	، الوصية لمعين ولغير معين
٢٤٦	، <u>المبحث الثاني</u>
٢٤٦	، الوصية للمعدوم
٢٤٧ - ٢٤٦	، خلاف الفقهاء في حكم الوصية للمعدوم
٢٤٩ - ٢٤٧	، الأدلة والمناقشة
٢٥٠ - ٢٤٩	، مسلك قانون الوصية المصرى فى حكم الوصية للمعدوم ...
٢٥٢ - ٢٥٠	، الوصية للميت
٢٥٣	، <u>المبحث الثالث</u>
٢٥٣	، الوصية للمحصورين ولغير المحصورين
٢٥٣	، الوصية للمحصورين
	خلاف الفقهاء في وقت استحقاقهم للموصى به، أهو وقت
٢٥٥ - ٢٥٣	، صوت الموصى أو وقت الوصية ؟
٢٥٧ - ٢٥٥	، مسلك قانون الوصية المصرى فى الوصية للمحصورين ...
٢٥٨	، الوصية لغير المحصورين
	هل يشترط فى صحة الوصية لغير المحصورين أن يقترن
٢٦٠ - ٢٥٨	، باللفظ ما يدل على الحاجة ؟
٢٦٠ - ٢٥٨	، تحقيق خلاف الفقهاء فى هذه المسألة
٢٦٠	، خلاف فقهاء المذاهب فيمن يجزئ الدفع اليه منهم ؟
٢٦٢ - ٢٦٠	، الأدلة والمناقشة

رقم الصفحة	
٢٦٥ - ٢٦٢	مسلك قانون الوصية المصرى فى الوصية لمن لا يحصون ،،،،،
٢٦٦ <u>المبحث الرابع</u>
٢٧١ - ٢٦٦	الوصية للجهات ،،،،،
٢٧٤ - ٢٧١	مسلك قانون الوصية المصرى فى حكم الوصية للجهات ،،،،،
٢٧٥ <u>المبحث الخامس</u>
٢٧٩ - ٢٧٥	الوصية للأصناف المختلفة ،،،،،
٢٨٠ <u>المبحث السادس</u>
٢٨٠	ألا يكون الموصى له قاتلا للموصي ،،،،،
	خلاف الفقهاء فى اعتبار القتل مؤثرا فى الوصية فيبطلها
٢٨٠	أو عدم اعتباره غير مؤثر فيها فتبقي صحيحه ،،،،،
٢٨٦ - ٢٨٠	الأدلة والمناقشة ،،،،،
٢٨٩ - ٢٨٧	مسلك قانون الوصية المصرى فى حكم الوصية للقاتل ،،،،،
٢٩٠ <u>المبحث السابع</u>
	ألا يكون الموصى له وارثا للموصي ان كان ثمة وارث ولم
٢٩٠	يجز الوصية ،،،،،
٢٩٢ - ٢٩٠	خلاف الفقهاء فى حكم الوصية للوارث ،،،،،
٣٠٤ - ٢٩٢	الأدلة والمناقشة ،،،،،
٣١١ - ٣٠٤	مسلك قانون الوصية المصرى فى الوصية للوارث ،،،،،
٣١٢ <u>المبحث الثامن</u>
٣١٣ - ٣١٢	وقت اعتبار الموصى له وارثا ،،،،،
٣١٤ <u>المبحث التاسع</u>

رقم الصفحة	
٣١٤	، الوصية للذمي وللحرسي
٣١٦ - ٣١٤	، الوصية للذمي
٣١٧ - ٣١٦	، الوصية للمستأمن
٣١٧	، الوصية لغير المستأمن
٣١٩ - ٣١٧	، خلاف الفقهاء في حكم الوصية للحرسي غير المستأمن
٣٢٣ - ٣١٩	، الأدلة والمناقشة
٣٢٤	، مسلك قانون الوصية المصري
٣٢٥	، <u>المبحث العاشر</u>
٣٢٧ - ٣٢٥	، أن يكون الموصى له أهلا للتملك والاستحقاق
٣٢٨	، <u>الفصل الرابع</u>
٣٢٨	، شروط الموصى به .. وفيه مباحث
٣٢٩	، <u>المبحث الأول</u>
	أن لا يكون الموصى به زائدا عن ثلث مال الموصي فمضى
٣٣٥ - ٣٢٩	، الوصية للأجنبي
٣٣٥	، مسلك قانون الوصية المصري
٣٣٦	، <u>المبحث الثاني</u>
٣٣٧ - ٣٣٦	، الوصية بالدين
٣٣٨	، <u>المبحث الثالث</u>
٣٤٢ - ٣٣٨	، الوصية بالحمل والصوف واللبن
٣٤٣	، <u>المبحث الرابع</u>
٣٤٣	، الوصية بالغلة والثمرة

رقم الصفحة

هل هناك فرق في الوصية بالقلعة والثمرة أو أنهما في الوصية شيء واحد ؟

- تحقيق خلاف الفقهاء في هذه المسألة مع بيان الرأي الراجح ٣٤٣،٠٠ - ٣٤٨
- مسلك قانون الوصية المصرية في الوصية بالقلعة والثمرة ،..... ٣٤٨
- المبحث الخامس ٣٤٩
- الوصية بالمجهول ٣٤٩ - ٣٥٢
- المبحث السادس ٣٥٣
- الوصية بمثل نصيب أحد ورثته ٣٥٣
- خلاف الفقهاء ، فيما إذا أوصى بمثل نصيب أحد ورثته
- = وكان الموصى له معيناً = في القدر الذي يستحقه ٣٥٣ - ٣٥٤
- الأدلة والمناقشة ٣٥٤ - ٣٥٦
- مسلك قانون الوصية المصرية في الوصية ، بمثل نصيب أحد ورثته ،..... ٣٥٦ - ٣٥٩
- حكم ما إذا أوصى بمثل نصيب أحد ورثته ، وكان الموصى
- له غير معين ٣٥٩ - ٣٦٠
- المبحث السابع ٣٦٢
- الوصية بنصيب وارث ٣٦٢
- اتفاق فقهاء المذاهب الأربعة على صحة وصية الموصى لـ
- بنصيب وارث غير موجود وقت الوصية ٣٦٢
- خلاف الفقهاء في حكم ما إذا كان الموصى بنصيبه موجوداً وقت
- الوصية من حيث الصحة والعدم ٣٦٢ - ٣٦٥
- الأدلة والمناقشة ٣٦٥ - ٣٦٧
- القول المختار ٣٦٧

رقم الصفحة

	مسلك قانون الوصية المصرى فى حكم الوصية بنصيب وارث
٣٦٨	، موجود وقت الوصية
٣٦٩	، <u>المبحث الثامن</u>
٣٦٩	، الوصية بالمعدوم
	اتفاق فقهاء الأئمة الثلاثة المالكية ، والشافعية ، والحنابلة
٣٦٩	، على صحة الوصية بالشيء المعدوم
	تفرقة علماء الحنفية فى الوصية بالشيء المعدوم حيث
	صححوها فى حاله ، ومنعوها فى حالة أخرى ، وبينان
٣٦٩ - ٣٧١	، ما استندوا اليه فى هذه التفرقة
٣٧٠ - ٣٧١	، الرأى المختار ، وتوجيهه
٣٧٢	، مسلك قانون الوصية المصرى فى الوصية بالمعدوم
٣٧٣	، <u>المبحث التاسع</u>
٣٧٣	، الوصية بأكثر من الثلث
٣٧٣	، وفيه مطالب
٣٧٣	، <u>المطلب الأول</u>
٣٧٣	، مقدار الوصية شرعاً
	اتفاق فقهاء المذاهب على أن الوصية فى حدود ثلث التركة
٣٧٣ - ٣٧٤	، صحيحه نافذه
٣٧٥	، <u>المطلب الثانى</u>
٣٧٥	، اجازة الورثة ومتى تعتبر ؟

رقم الصفحة

٣٧٦ - ٣٧٥	،	شروط اعتبار هذه الاجازة
		خلاف الفقهاء في الوقت المعتبر لاجازة الورثة للوصية
٣٨٠ - ٣٧٦	،	بما زاد على الثلث
٣٨٤ - ٣٨١	،	الأدلة والمناقشة
٣٨٤	،	مسلك قانون الوصية المصرى في وقت اعتبار اجازة الورثة . . .
٣٨٥	، <u>المطلب الثالث</u>
٣٨٥	،	جهة التملك عند الاجازة
		خلاف الفقهاء في هل يتملك المجاز له (ما أجيز) من
٣٨٥	،	قبل الموصي ، أم من قبل المجيز - الورثة -
٣٨٨ - ٣٨٦	،	الأدلة والمناقشة
٣٨٩	،	مسلك قانون الوصية المصرى فى جهة تملك المجاز له
٣٩٠	، <u>المطلب الرابع</u>
٣٩٠	،	وقت تقدير الثلث
٣٩٠	،	خلاف الفقهاء في الوقت الذى يقدر فيه الثلث
٣٩٤ - ٣٩١	،	الأدلة والمناقشة
٣٩٥ - ٣٩٤	،	ثمره هذا الخلاف
٣٩٥	،	الرأى المختار
٣٩٦	،	مسلك قانون الوصية المصرى في الوقت المعتبر في تقدير الثلث . . .
٣٩٧	، <u>الباب الرابع</u>
٣٩٧	،	فى أنواع الوصية ، وفيه فصلان
٣٩٧	، <u>الفصل الأول</u>

رقم الصفحة

٣٩٧	، وفيه مباحث	الوصية بالمال
٣٩٧	، <u>المبحث الأول</u>	
	طريقة تنفيذ الوصية بالمال اذا كان في التركة دين	
٣٩٧	، <u>أومال غائب</u>	
٣٩٧	، <u>المراد بالمال الحاضر</u>	
٣٩٧	، <u>المراد بالمال الغائب</u>	
	اذا لم يتفق الورثة مع الموصى له على طريقة لأخذ الموصى به ،	
٤٠٠	، فان هناك خمس حالات تتبع لأخذ الموصى به	
٤٠٢-٤٠٠	، <u>الحالة الأولى</u>	
٤٠٤-٤٠٢	، <u>الحالة الثانية</u>	
٤٠٥-٤٠٤	، <u>الحالة الثالثة</u>	
٤٠٨-٤٠٥	، <u>الحالة الرابعة</u>	
٤٠٩	، <u>المبحث الثاني</u>	
٤٠٩	، الوصية بالمال، وفي التركة دين على أحد الورثة	
	الطريقة لأخذ الموصى له الموصى به ، اذا كان الدين على أحد	
	الورثة وهذه هي الحالة الخامسة ويدخل تحت هذه الحالة	
٤١٨-٤٠٩	، <u>حالتان</u>	
٤١٩	، <u>المبحث الثالث</u>	
	الوصية بالمال عند حدوث تفسير أو زيادة في العين الموصى	
٤١٩	، <u>الحالة الأولى</u>	
	بها ، ويندرج تحتها أربع حالات ، تفسير العين الموصى بها والزيادة	
٤٢٢-٤١٩	، فيها	

رقم الصفحة	
٤٢٣ - ٤٢٢	<u>الحالة الثانية</u> ، هدم بناء العين الموصى بها ، ثم إعادة بنائها ،
٤٢٥ - ٤٢٣	<u>الحالة الثالثة</u> ، الزيادة المتسامح فيها ، وغير المتسامح فيها .. ،
٤٢٥	<u>الحالة الرابعة</u> ، ادماج بناء العين الموصى بها مع بناء آخر .. ،
٤٢٦ <u>الفصل الثاني</u>
٤٢٦	الوصية بالمنافع ، وفيه مباحث
٤٢٦ <u>المبحث الأول</u>
٤٢٦	الوصية بالمنافع ، وفيه مطالب
٤٢٦ <u>المطلب الأول</u>
٤٢٦ - ٤٢٨	في مدلول كلمة " المنافع "
٤٢٩ - ٤٢٨	التعريف المختار لكلمة المنافع
٤٣٠ <u>المطلب الثاني</u>
٤٣٠	حكم الوصية بالمنافع
٤٣٠	اتفاق فقهاء المذاهب الأربعة ، ومعهم جمهور فقهاء المسلمين على جواز الوصية بالمنافع
٤٣٠	مخالفة ابن أبي ليلى ، وابن شبرمة ، وأهل الظاهر لما اتفق عليه الفقهاء
٤٣٣ - ٤٣٠ <u>الأدلة والمناقشة</u>
٤٣٤ <u>المطلب الثالث</u>
٤٣٤	تقدير المنفعة الموصى بها
٤٣٩ - ٤٣٤	خلاف الفقهاء في تقدير المنفعة الموصى بها
٤٤٠ <u>المطلب الرابع</u>
٤٤٠	نقبات العين الموصى بمنفعتها

رقم الصفحة

٤٦٢	،	<u>المطلب الثاني</u>
٤٦٥-٤٦٢	،	الوصية بمرتب من الغلة ، والدة معلومة
٤٦٦	،	<u>المطلب الثالث</u>
٤٦٨-٤٦٦	،	الوصية بمرتب من رأس المال ، أو من الغلة لطبقات تدى الحياة ،
٤٦٩	،	<u>المطلب الرابع</u>
			الوصية بمرتب لمعين طول حياة الموصى له من مال التركة
٤٧١-٤٦٩	،	أو غلتها
٤٧٢	،	<u>الباب الخامس</u>
٤٧٢	،	حكم الوصية وبطلانها ، وفيه فصلان
٤٧٢	،	<u>الفصل الأول</u>
٤٧٢	،	حكم الوصية ، وفيه مبحثان
٤٧٢	،	<u>المبحث الأول</u>
٤٧٣	،	حكم الوصية ، بمعنى صفتها الشرعية ، وبيان الوصية الواجبة ،
٤٧٨-٤٧٣	،	خلاف الفقهاء في حكم الوصية بهذا المعنى
٤٨٤-٤٧٩	،	الأدلة والمناقشة
٤٨٧-٤٧٩	،	الوصية الواجبة في قانون الوصية المصرى
٤٨٨-٤٨٧	،	هل الوصية الواجبة ، وصية حقيقيّة أم هي ميراث
٤٩١-٤٨٩	،	طريقة استخراج الوصية الواجبة
٤٩٦-٤٩٢	،	ما قد يرد على هذه الوصية
٤٩٧	،	<u>المبحث الثاني</u>
٤٩٩-٤٩٧	،	حكم الوصية بمعنى الأثر المترتب عليها
٥٠١	،	<u>الفصل الثاني</u>

<u>رتم الصفحة</u>	
٥٠١	في مبطلات الوصية ، وفيه مباحث
٥٠٢	توطئة للدخول في مباحث هذا الفصل
٥٠٢ <u>المبحث الأول</u>
٥٠٢	فيما يبطل الوصية من جهة الموصي
٥٠٢	تبطل الوصية من جهة الموصي بأمر
٥٠٢	<u>الأمر الأول</u> : زوال أهليته بالجنون المطبق
٥٠٢-٥٠٣	<u>الأمر الثاني</u> : رده عن الاسلام
٥٠٣	<u>الأمر الثالث</u> : رجوعه عن وصيته
٥٠٣-٥٠٤	هل هناك صيغة خاصة للرجوع عن الوصية ؟
	خلاف الفقهاء فيما يتحقق به الرجوع بطريق الدلالة من
٥٠٨-٥٠٤	الأفعال والتصرفات
٥٠٨-٥١٠	مسلك قانون الوصية المصري في الرجوع عن الوصية
	<u>الأمر الرابع</u> : جحود الوصية ، وهل يعتبر رجوعاً عن
٥١٠-٥١٢	الوصية
٥١٣	مسلك قانون الوصية المصري
٥١٤ <u>المبحث الثاني</u>
٥١٤	فيما يبطل الوصية من جهة الموصي له
٥١٤	تبطل الوصية من جهة الموصي له بأمر
٥١٤-٥١٦	<u>الأمر الأول</u> : موته قبل موت الموصي
	<u>الأمر الثاني</u> : تعذر وجود الموصي له فيما اذا كانت
٥١٦	الوصية لجهة غير موجوده

رقم الصفحة

- الأمر الثالث : قتل الموصى له الموصي ٥١٧
- الأمر الرابع : رد الموصى له الوصية كلها أو بعضها... ٥١٧ - ٥١٨
- المبحث الثالث ٥١٩
- فيما يبطل الوصية من جهة الموصى به ٥١٩
- تبطل الوصية من جهة الموصى به بأمرين ٥١٩
- الأمر الأول : بهلاك الموصى به كله أو بجزء شائع منه ... ٥١٩
- الأمر الثاني : باستحقاق الموصى به كله ، أو بجزء شائع منه ، ٥١٩
- صور هلاك الموصى به أو استحقاقه ٥١٩ - ٥٢٤
- الخاتمة ٥٢٥
- تزامن الوصايا ٥٢٥ ، ٥٢٢
- الفهارس ،
- فهرس المصادر ٥٢٣ - ٥٦٤
- فهرس الأعلام ٥٦٥ - ٥٦٩
- فهرس الآيات القرآنية ٥٧٠ - ٥٧١
- فهرس الأحاديث والآثار ٥٧٢ - ٥٧٥
- المحتوى ٥٧٦ - ٥٩٢