الباب الأول

في تكوين الوصية وإنشائها

وفيه مباحث:

المبحث الأول

في

التعريف بالوصية

والوصية في اللغة تطلق على فعل الموصى، وعلى ما يوصى به من مال أو تصرف.

وهي بالمعنى الأول مصدر أو اسم مصدر مأخوذ من وصيت الشيء بالشيء أصيه إذا وصلته به[1]. ومنه قوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم[2]﴾.

وسمى فعل الشخص هذا وصية، لأنه وصل به ما بعد موته بما كان في حياته، ولا فرق في هذا المعنى بين أن يكون الفعل تبرعاً بمال أو عهداً إلى الغير

---

(١) جاء في أساس البلاغة للزمخشري في مادة «و ص ي» وصى الشيء بالشيء وصله ووصى البنت اتصل وكثر، وواصى البلد البلد واصله. وأوصيت إلى زيد بكذا ولعمرو. ووصيت وهذا وصيي وهذه وصيتي ولاصاتي.. ومن المجاز: أوصيك بتقوى الله، ووصى بها إبراهيم بنيه، ووصيتك بفلان أن تبره، واستوص بفلان خيراً.

(٢) المائدة الآية ١٠٦.

بتصرف من التصرفات.

فمن يوصى لغيره بمال تبرعاً يكون قد وصل القربة الواقعة بعد الموت بالقربات المنجزة حال حياته، وكذلك من يعهد بشئون أولاده إلى غيره بعد وفاته يكون قد وصل ما بعد الموت بما قبله في نفوذ التصرف.

وهي بالمعنى الثاني اسم مفعول، ومنه قوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾.

ومن هذا ترى أن اللغة لا تفرق بين الوصية والإيصاء، وأن مادة وصى تدل على الوصول والإيصال لا فرق بين الفعل المتعدي بنفسه أو باللام أو بإلى[1].

والفقهاء يفرقون بينهما فيستعملون لفظ الوصية في التصرف في المال المضاف لما بعد الموت، والإيصاء في جعل الغير وصياً على أولاده بعد موته.

هذا ما عليه الجماهير منهم وإن كان بعضهم[2] يسير بهما على نهج آخر فيجعل الوصية شاملة للايصاء.

ومن هنا جاءت تعريفاتهم لها مختلفة، فمن يرى عمومها عرفها بما يشمل الإيصاء،ومن يرى خصوصها عرفها بما يجعلها قاصرة على التصرف في المال.

---

(١) يقول ابن عابدين في رد المحتار ج ٥ ص ٦٣٥ بعد أن حكي عبارات كتب اللغة: «وبه ظهر أنه لا فرق في اللغة بين المتعدي بنفسه أو باللام أو بإلى في أن كلا منها يستعمل بمعنى جعلته وصياً، وأن المتعدي بإلى يستعمل بمعنى تمليك المال، وأن كلا من الوصية والإيصاء يأتى لهما، وأن التفرقة بين المتعدي باللام والمتعدي بإلى إصطلاحية شرعية».

(٢) فالنفراوي في شرح الرسالة ج ٣ ص ٢ يقول «إن الوصية عند الفقهاء تتنوع إلى وصية نيابةعن الموصي كالايصاء على الأطفال وعلى قبض الديون، وتفرقة التركة،والنوع الثاني أن يوصي بثلث ماله للفقراء أو بعتق عبده أو قضاء دينه،: وأما عند الفراض «علماء الفرائض، فهي قاصرة على النوع الثاني... وتعرف عند الفقهاء بأنها عقد يوجب حقاً في ثلث مال عاقده يلزم بموته أو يجب نيابة عنه بعد موته».

والتعريفات عند الفقهاء ضوابط للأحكام التي استنبطها أئمتهم، فهي تختلف تبعا لاختلاف الأحكام المقررة في كل مذهب، ومع ذلك فقد تأتى بعض التعريفات معيبة من ناحية قصورها أو زيادتها قيوداً لا حاجة إليها، ولذا كانت موضع جدل ونقاش كبير بين الفقهاء، وعباراتهم في تعريف الوصية كثيرة[1]. ومنوعة. تختلف في وضوحها وخفائها ووفائها وقصورها.

فبينما يعرفها أحدهم بأنها: **تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع**». إذ يعرفها آخر بأنها: «**ما أوجبه الموصى في ماله بعد الموت**».

ويعرفها ثالث بقوله: «**إنها هبة الرجل ماله لشخص آخر أو لأشخاص بعد موته أو عتق غلامه سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح به**».

ثم يجيء رابع ويعرفها بقوله: «**إنها تبرع بحق مضاف ولو تقديراً لما بعد الموت**» وهكذا إلى غير ذلك من التعريفات...

ولكن قانون الوصية لم يرتض شيئاً من ذلك فعدل عن التعريفات الخاصة لقصورها وعدم شمولها لكل ماجاء به من أحكام، كما عدل عن التعريفات العامة لأنه لم يرد بيان أحكام الإيصاء. وهو إقامة الغير بدله لأن محلها قانون آخر وهو القانون الخاص بأحكام الولاية على المال.

ثم اختار تعريفاً آخر فيه من المرونة ما يجعله شاملاً لكل أنواع الوصايا فعرفها في مادته الأولى بأنها: «**تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت**».

---

(١) راجع بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٢٨٩، وشح الرسالة للنفراوي ج ٣ ص ٢ من كتب المالكية، ومن كتب الشافعية تحفة المحتاج بشرح المنهاج ج ٧ ص ٢، ومن كتب الحنابلة المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ١، ومن كتب الحنفية تبيين الحقائق للزيلعي ج ٦ ص ١٨١، ورد المحتار لابن عابدين ج ٥ ص ٦٣٥، ومن كتب فقه السنه نيل الأوطار للشوكاني ج ٦ ص ٢٨.

فهذا التعريف شامل لكل مسائل الوصية التي جاء بها القانون فيشمل ما إذا كان الموصى به مالا أو منفعة والموصى لـه مـن أهـل التملـك. كـالـوصيـة للأشخاص المعينين بالاسم أو بالصفة أو لم يكن من أهل التملك كالوصية للجهات الخيرية مثل المساجد والمصحات وغيرهما.

ويشمل ما إذا كان الموصى به إسقاطاً فيه معنى التمليك كالوصية بالإبراء من الدين، وما إذا كان الموصى به إسقاطاً محضاً كالوصية بإبراء الكفيل من الكفالة، وما إذا كان الموصى به حقاً من الحقوق التي ليست مالا ولا منفعة ولا إسقاطاً ولكنه حق مالي لتعلقه بالمال كالوصية بتأجيل الدين الحال[1]، والوصية بأن يباع ماله من فلان أو يؤجر له بأجر معين، وغير ذلك كالوصية بتقسيم التركة أو تخصيص بعض الورثة بعين منها.

وشمول هذا التعريف لكل هذه المسائل واضح لأنها كلها تصرفات في التركة مضافة إلى ما بعـد الموت، بعضهـا تمليكـات، وبعضهـا الآخـر ليس بتمليكات.

ولا يضر هذا التعريف عدم شموله التبرعات المنجزة في مرض الموت، لأنها وإن أخذت حكم الوصايا في نهايتها من أنها تنفذ في حدود ثلث التركة وما زاد يتوقف على إجازة الورثة إلا أنها تأخذ حكم الهبات في إنشائها من أنه يشترط في صحتها ما يشترط لصحة التبرعات، من كون محلها معلوماً عند غير المالكية، وأنه لا يصح تعليقها بالشرط، كما يشترط في ثبوت الملك بها القبض من المتملك، فلو مات المتبرع قبل أن يقبضها المتبرع له كان الخيار للورثة إن

---

(١) والقانون وإن لم يصرح بهذه الوصايا الثلاث وهي الأبراء من الدين والإبراء من الكفالة، وتأجيل الدين الحال إلا أنه يمكن اعتبارها من الوصية بالحقوق.

شاءوا . نفذوا العقد، وإن شاءوا منعوه بخلاف الوصية في كل ذلك[1] .

ولما كانت الوصية تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت اعتبر القانون المدني الجديد كل تصرف لا تظهر فائدته إلا بعد الموت تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت وأعطاه حكم الوصية، وبين ذلك في نوعين.

١ ـ كل عمل قانوني يصدر من الشخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع أيا كانت تسمية هذا التصرف.

٢ ـ تصرف الشخص لأحد ورثته بعين من الأعيان واحتفاظه بحيازة تلك العين بأي طريقة كانت، وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته.

فهذان النوعان يعتبران من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ويأخذان حكم الوصيةِ ما لم يظهر بالدليل أنه قصد بهما غير ذلك.

والمراد بالتركة كل ما يخلفه الميت من أموال أعياناً كانت أو منافع أو حقوقاً مالية تنتقل بالإرث. فتشمل الأعيان المالية بجميع أنواعها سواء تعلق بها حق للغير كحق المرتهن أو حق الزوجة في عين جعلت لها مهرا أو مات

---

(١) راجع البدائع ج ٧ ص ٣٢٣، وقد فصل ابن قدامة الحنبلي في كتابه المغنى ج ٦ ص ٧٢ وما بعدها أوجه الشبه والمخالفة بين هذه التصرفات وبين الوصية وتتلخص في أنها تشبه الوصايا في انها تأخذ حكمها من ناحية نفاذها من الثلث وتوقفها على إجازة الورثة فيما زاد، وأنها إذا كانت لوارث توقفت على إجازة الورثة: وأنها يزاحم بها الوصايا في الثلث.
وتخالفها في أن قبولها وردها يكون في حياة المتبرع بخلاف الوصية فإنه لا عبرة بقبولها أو ردها في حياة الموصي،ويتفرع على ذلك أنها متى تمت في حياته لا يملك الرجوع فيها بخلاف الوصية فإنه يملك الرجوع فيها مادام حياً، وأنه إذا مات المتبرع قبل أن يقبض المتبرع له موضوع التبرع كان ورثته بالخيار إن شاءوا نفذوا، وان شاءوا منعوا بخلاف الوصية، وأنه يشترط في محلها أن يكون معلوماً بخلاف الوصية، وأنه لا يصح تعليقها بالشرط إلا إذا كان عتقاً، وأنه لا يثبت ا لملك فيها إلا بالقبض بخلاف الوصية.

الزوج قبل أن تقبضها أو لم يتعلق بها حق لأحد، كما نشمل المنافع لأنها أموال على الرأي الراجح، والحقوق المتعلقة بالمال مثل حق التعلي وحقوق الارتفاق وحق خيار العيب، ويخرج عنها الحقوق التي لا تنتقل بالموت من المورث إلى الوارث سواء كانت حقوقاً متعلقة بالمال كحق التصرف في مال الغير بطريق الوكالة أو غير متعلقة به كحق الولاية على النفس وحق الحضانة وحق الوظيفة فإن شيئاً من ذلك لا يدخل في التركة[1] ومن ثم لا يكون التصرف فيها المضاف إلى ما بعد الموت وصية.

---

(١) كلمة التركة مصدر بمعنى المفعول لأنها متروكة، وهي في اللغة ما يتركه الإنسان ويبقيه من أولاد وأموال وحقوق وآثار حسنة كانت أو سيئة.

وفي الاصطلاح الشرعي مختلف فيها على آراء ثلاثة..

الأول: أنها تطلق على كل ما يخلفه الميت من أموال أعياناً كانت أو منافع أو حقوقاً مالية. سواء تعلق بأعيانها حقوق الغير أولا، كالعين التي رهنها المورث بدين عليه وسلمها للدائن قبل وفاته، فإن حق المرتهن تعلق بتلك العين في حالة حياة الراهن وكالعين التي جعلت مهراً للزوجة ولم تسلم إليها حتى مات الزوج. وكالعين التي اشتراها المورث قبل وفاته ولم يدفع ثمنها فحبسها البائع حتى يستوفي ثمنها فإن هذه الأعيان تعلق بها حق لغير الورثة.

وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء. وهو الذي سار عليه قانون الميراث حيث جاء في مادته الرابعة «يؤدي من التركة «أولاً» ما يكفي لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموت إلى الدفن «وثانياً» ديون الميت، الخ.

فأطلق في الديون فشملت ما تعلق بعين من الأعيان في حياة المورث وما تعلق بدفنه وتسمى الأولى بالديون العينية لأنها تعلقت بعين من أعيان التركة وتسمى الثانية بديون شخصية لتعلقها بذمة المدين كالقرض مثلاً، كما تسمى مرسلة لعدم تقيدها بعين بذاتها.

ومن هنا قالوا إن الحقوق المتعلقة بالتركة خمسة ١ حقوق عينية ـ ٢ ـ تجهيز الميت ـ ٣ ـ قضاء ديونه ـ ٤ ـ تنفذ وصاياه ـ ٥ ـ حق الورثة.

الثاني: أنها تطلق على ما يخلفه الميت من الأموال خالياً من تعلق حق للغير بعين منها فلا يدخل في التركة الأعيان التي تعلقت بها حقوق للغير كما مثلنا، وعلى هذا تكون الحقوق المتعلقة بالتركة أربعة ـ تجهيز الميت، وقضاء ديونه المرسلة، وتنفيذ وصاياه وحق الورثة. وهو المشهور عند الحنفية.