اهداءات ٢٠٠٢

حرم أ.د/محسن خليل

الأسكندرية

محمد مصطفى شلبي
أستاذ الشريعة
كلية الحقوق — جامعة الإسكندرية

أحكام الوصايا والأوقاف

المعمول بها في الجمهورية العربية المتحدة

١٣٨١ - ١٩٦٢

حق الطبع محفوظ للمؤلف

مطبعة دار التأليف
٨ شارع يعقوب بالمالية بمصر تليفون: ٢٦٨٢٥

بسم الله الرحمن الرحيم

نحمدك اللهم على نعمائك ، ونصلى ونسلم على جميع رسلك وأنبيائك ، ونسألك المزيد من الهداية والتوفيق « ربنا آتنا من لدنك رحمة وهيىء لنا من أمرنا رشداً » .

وبعد . فهـذا كتابنا فى « أحكام الوصايا والأوقاف » شرحنا فيه قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ م ، والقوانين التى صدرت بشأن الأوقاف . ما تعلق منها بإنشاء الوقف على الخيرات ، وتنظيم مصارفه والولاية عليه ، واستبدال الأراضى الزراعية منه ، وما تعلق بإنهاء غير الخيرى منه وتصفيته ، وما تبع ذلك من طريقة قسمة الأعيان التى انتهى فيها الوقف ، وتسليمها إلى مستحقيها ، أو بيعها وتوزيع ما بقى من ثمنها عليهم .

شرحنا ذلك كله مع عرض آراء الفقهاء فى المسائل التى أخذت من أقوالهم ، والموازنة بينها ليتبين للقارىء راجحها من مرجوحها ، وليقف على سند القانون منها .

ولم نأل جهداً فى توجيه النقد البرىء لما ظهر من مواطن الضعف فى التشريع ، وطلبنا فى غير موضع إعادة النظر لتعديل ما يحتاج إلى التعديل ، وإكمال النقص فيما هو فى حاجة إلى تكميل .

فانقسم الكتاب إلى قسمين .

القسم الأول : فى الوصايا ، والقسم الثانى : فى الأوقاف .

وها هو ذا نقدمه للراغبين فى الفقه والتشريع ليكون عوناً للطلاب فى استذكار دروسهم ، ومرجعاً سهلا لمن سواهم .

والله أسأل أن يجعله خالصاً لوجهه ، محققاً للغاية المقصودة منه إنه أكرم مسئول وهو نعم المولى ونعم النصير .

حدائق شبرا فى { رجب سنة ١٣٨١ / يناير سنة ١٩٦٢ }

المؤلف

القسم الأول

فى الوصـــايا

وقد رتبته على مقدمة وثلاثة أبواب وخاتمة:

أما المقدمة ففى كلمة تاريخية عن تشريع الوصية فى الإسلام ، والتعريف بقانونها رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ م .

وأما الأبواب الثلاثة فأولها : فى إنشاء الوصية « تعريفها ، وركنها ، وبم تتحقق؟ وما شرطه القانون لسماع الدعوى بها ، ومركز القبول فيها وحقيقته ، ووقت ثبوت الملكية بها » .

وثانيها : فى بيان شروطها وأنواعها .

وثالثها : فى حكمها ومبطلاتها وما يتبع ذلك من الزيادة فى الموصى به .

وأما الخاتمة ففى تزاحم الوصايا .

المقدمة

بين الإنسان والمال صلة قديمة نشأت معه منذ وجوده . فهو يسعى جاهداً إلى تحقيقها بشتى الطرق والوسائل . تطورت هذه الصلة مع الزمن حتى عرفت بالملكية حاولت الشرائع تنظيمها وتبيان أسبابها إلى أن جاء الإسلام فوضع لها نظاما شاملا ، أقر فيه أحسن ما قبله ورتبه ، ثم أكمل مابه من نقص ، فجعل لهـا أسبابا منشئة ، وأخرى ناقلة فى حياة الشخص وبعد وفاته ، وهـذه الأسباب منها الاختيارى الذى يصدر عن إرادة ورغبة ، وغير الاختيارى الذى يثبت بأمر الشارع من غير أن يكون للشخص دخل فيه .

والوصية من أسباب نقل الملكية فى الإسلام . جاء نظامها مرتبطا بنظام المواريث فيه حيث إن كلا منهما يرد على مال الشخص بعد وفاته . فكل منهما خلافة يخلف فيه الوارث مورثه فى تركته ، والموصى له الموصى فيما أوصى به ، وإن كانت أولاهما إجبارية بحكم الشارع لادخل للمورث ولا للوارث فيها فتثبت جبراً عنهما ، والثانية اختيارية تثبت بإرادة الموصى ومشيئته إذا قبلها الموصى له .

ومن هنا قسم الشارع مال الشخص إلى قسمين . قسم تولى سبحانه تقسيمه بين مستحقيه وهو الميراث ، وقسم آخر وكله إلى صاحب المال يضعه حيث يشاء بطريق الوصيـة ، وجعل تنفيذها مقدما على الميراث حتى لايطغى أحدهما على الآخر .

وفى هذين التشريعين راعى الشارع الحكيم جانب المالك وجانب ورثته فى وقت واحد . فلم يطلق له العنان كما كان فى الجاهلية ليعطى من يشاء ويحرم من يشاء حسب هواه ، كما لم يقيده ويحجر عليه فى تصرفاته فى اللحظات الأخيرة من عمره ، بل فتح

له بابا يتدارك به مافاته من فعل الخير فى حياته الأولى ، وليعوض من عاونه فى جمع ماله من غير قرابته .

ولقد جاء الإسلام والعرب يتوارثون ، ويوصى بعضهم إلى بعض ، ولكن على على طريقة مجافية للعدل ، بعيدة عن الإنصاف ، فالميراث ينزل حيث توجد القوة والشجاعة فى الأفراد ، فجعلوه للرجال المحاربين دون النساء والصغار ، والوصية تسير مع ماجبلوا عليه من الفخر والمباهاة ، فكان الرجل يوصى بكل ماله لمن لا تربطه به رابطة من قرابة أو نسب بينما يذر ذوى قرابته فى ساحة العوز والفاقة عالة يتكففون الناس .

نظام فاسد لايتفق مع ناموس الحياة الصحيحة فكان لابد من تشريع نظام جديد يحقق العدالة ويتفق مع ماجاءت به هذه الشريعة من مبادىء سامية وأغراض نبيلة .

وكان من حكمة الشارع التى لازمته فى جميع تشريعاته أن يأخذهم بالمهادنة ، ويسير بهم فى طريق الإصلاح بخطوات وئيدة ثابتة حتى تزول من نفوسهم شوائب الماضى ورواسبه بالتدريج ، فأنزل أول ما أنزل قوله تعالى[1] « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين » . ففى هذه الآية أوجب الوصية للوالدين والأقربين ، ولم يحدد مقدارها إلا أن تكون بالمعروف ، وفى آخرها يخبر أنه حق على المتقين ؛ ثم حذر من من تغيير الوصية بقوله « فمن بدله بعد ماسمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه إن الله سميع عليم . فمن خاف[2] من موص جنفاً أو إثما فأصلح بينهم فلا إثم عليه إن الله

(١) البقرة ـ ١٨٠ ، ١٨١ ، ١٨٢ .

(٢) لما حذر من تبديل الوصية وتوعد عليه بالعقاب بين أن التبديل إذا كان

غفور رحيم » : « خاف : علم جنفاً . ميلا عن الحق » .

ومن هنا عرفوا أن للأقرباء حقا فى مالهم وكل تقديره إليهم حتى إذا ما ألفت نفوسهم هذا التشريع الجديد أنزل الله أحكام المواريث ، وتولى بنفسه تقسيم التركة فى 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 » (١) . وهـــذا إجمال لم ينس معه الأقرباء غير الوارثين . بل حث على إعطائهم وتطييب خاطرهم بقوله « وإذا حضر القسمة أولوا القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه وقولوا لهم قولا معروفا » .

ثم بين الأنصباء بعد ذلك بقوله « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » إلى أن قال « من بعد وصية يوصى بها أو دين آباؤكم وأبناؤكم لا تدرون أيهم أقرب لكم نفعا فريضة من الله إن الله كان عليما حكيما » .

وفى نهاية الآيات وعدهم بالنعيم على الطاعة . وحذرهم من المخالفة ، وتوعدهم عليها بقوله « تلك حدود الله ومن يطع الله ورسوله يدخله جنات تجرى من تحتها الأنهار خالدين فيها وذلك الفوز العظيم ، ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله ناراً خالداً فيها وله عذاب مهين »

= لمصلحة لا إثم عليه وذلك عندما يجد الشخص من الموصى ميلا عن الحق خطأ أو عمداً بأن يوصى للأجنبي وقريبه محتاج ، أو يوصى بأكثر من الثلث ، أو يوصى بطريق ملتوية لترجع الوصية إلى من لا تجوز له الوصية . كأن يوصى لابن ابنه لتعود إلى ابنه وهو وارث ، أو إلى زوج ابنته لتعود إلى ابنته كذلك . كما يذهب جمهور الفقهاء أن الوصية للوارث موقوفة على إجازة باقى الورثة .

(١) سورة النساء آية ٧ وما بعدها .

وبعد أن حدد أنصباء الوارثين منع الوصية [١] لهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن الله قد أعطى كل ذى حق حقه فلا وصيه لوارث ، رواه الإمام أحمد والنسائى والترمذى وابن ماجه وصححه الترمذى ، ويميل الإمام الشافعى فى كتابه الأم إلى تواتره [٢] .

وفى رواية أخرى رواها الدارقطنى عن ابن عباس عن رسول الله « لا تجوز وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة [٣] » وبهذا ظلت الوصية مشروعة بجانب الميراث من غير أن يحدد لها مقدار خاص من المال ، بل كانت متروكة إلى للموصى نفسه يوصى بما يشاء ما دام فى دائرة المعروف . حتى كان ما رواه أصحاب السنن عن سعد ابن أبى وقاص قال : جاءنى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودنى عام حجة الوداع من وجع اشتد بى فقلت يا رسول الله : قد بلغ بى من الوجع ما ترى ، وأنا ذو مال ولا يرثنى إلا ابنة [٤] أفأتصدق بثلثى مالى ؟ قال «لا» قلت: فبالشطر يارسول الله ؟

---

(١) وعلى هذا استقر رأى الفقهاء ولم يخالف فى ذلك إلا فقهاء الزيدية من الشيعة حيث أجازوا الوصية للوارث بدون توقف على إجازة باقى الورثة ، : وقالوا : إن المنسوخ فى آية البقرة هو وجوب الوصية ، ونسخ الوجوب لايستلزم نسخ الجواز وبهذا أخذ قانون الوصية فى المادة ٣٧ .

(٢) نيل الأوطار للشوكانى جـ ٦ ص ٣٤ ،

(٣) وفى الموطأ . قال يحيى سمعت مالكا يقول . السنة الثابتة عندنا التى لا اختلاف فيها أنه لا يجوز وصية لوارث إلا أن يجيز ذلك ورثة الميت وأنه إن أجاز له بعضهم وأبى بعضهم جاز له فى حق من أجاز منهم ، ومن أبى أخذ حقه من ذلك . المنتقى شرح الموطأ جـ ٦ ص ١٧٩ .

(٤) يريد بذلك أنه لا يرثه من الأولاد إلا ابنة وإلا فهو من بنى زهرة وهم عصبته وقد كان ذلك قبل أن يولد له من الأولاد غيرها . ثم ولد له بعد ذلك من الذكور أربعة ومن البنات عدد كثير قيل ثنتا عشرة .

قال « لا » . قلت : فبالثلث ؟ . قال : « الثلث والثلث كثير ، إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس » (١) .

وفى حديث آخر أخرجه الدارقطنى بسند عن أبى الدرداء أن رسول الله قال : « إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة فى أعمالكم فضعوه حيث شئتم » .

وعلى هذا الوضع استقر أمر الوصية ، وتوفى رسول الله وهى مشروعة بكتاب الله وسنة رسوله ، ثم أجمع العلماء على شرعيتها فى كل العصور لم يخالف أحد فى كونها مشروعة ، نقل ذلك الإجماع نقلا مستفيضاً حتى لا يكاد يخلو كتاب من كتب الفقه قديمها وحديثها من ذكره ، لكنهم اختلفوا فى صفتها . أهى واجبة كما كانت فى أول شرعيتها ، أم نسخ ذلك الوجوب وصارت مندوبة ؟

فذهب الجماهير من الفقهاء إلى أنها مندوبة ، ولا يجب على الإنسان أن يوصى بجزء من ماله لغيره ، لأن وجوبها نسخ بآيات المواريث ، وبقيت شرعيتها لا على وجه الوجوب إلا إذا كان الشخص مديناً بدين غير مكتوب ، أو عنده أمانة لم يؤدها إلى صاحبها . أو عليه حق شرعى مالى فيجب عليه أن يوصى بأداء هذا الحق ، لأن الوصية تعينت طريقاً لأدائه .

وذهبت طائفة من الفقهاء منهم داود الظاهرى ، وابن جرير الطبرى ، وجماعة

---

(١) راجع نيل الأوطار ج ٦ ص ٣٢ ، سبل السلام ج ٣ ص ١٣٧ ، المغنى لابن قدامة ج٦ ص ١ ، وقوله فى الحديث عالة أى فقراء جمع عائل وهو الفقير ، والفعل منه عال يعيل إذا افتقر « يتكففون الناس » أى يسألونهم بأكفهم . يقال تكفف الناس واستكف إذا بسط كفه للسؤال ، أو سال ما يكف عنه الجوع ، أو سأل كفافاً من طعام .

من التابعين كالضحاك وطاوس والحسن إلى أن الوجوب نسخ فى حق الوالدين والأقربين الوارثين ، ولم ينسخ فى حق من لا يرث منهم كأبوين لا يرثان لاختلاف الدين مثلا ، وقريب غير وارث أصلا ، أو محجوب بغيره فيجب على الشخص أن يوصى لهؤلاء . .

وذهب البعض إلى أن الوصية واجبة لبعض من لا يرث وليست واجبة لجميعهم .

وإلى هذا الرأى استند قانون الوصية فى تشريع الوصية الواجبة «وسيأتى بيانها».

من هذا العرض الموجز يظهر لنا فى وضوح أن الوصية مشروعة بالقرآن والسنة والإجماع ، كما يظهر لنا الحكمة فى مشروعيتها . وهى حاجة الناس إليها ليتدارك بها الإنسان ما فاته فى حياته من واجبات ، وليكافىء من قدم له يد العون فى جمع ثروته وليصل بها رحمه وذوى قرباه ممن لا يكون لهم حظ من ماله بالميراث .

وفى هذا يقول بعض(١) فقهاء الحنفية « إن الوصية شرعت لحاجة الناس إليها لأن الإنسان مغرور بأمله ، مقصر فى عمله ، فإذا عرض له عارض وخاف الهلاك يحتاج إلى تلافى ما فاته من التقصير بما له على وجه لو تحقق ما كان يخافه يحصل مقصوده المآلى ، ولو اتسع الوقت وأحوجه إلى الانتفاع به صرفه إلى حاجته ؛ فشرعها الشارع تمكيناً منه جل وعلا من العمل الصالح ، وقضاء لحاجته عند احتياجه إلى تحصيل المصالح » .

وقول رسول الله لسعد « الثلث والثلث كثير إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس » يبين لنا بوضوح الحكمة فى تحديد مقدار الوصية بالثلث ، وعدم إطلاق يد الموصى فى كل المال .

---

(١) الزيلعى فى تبيين الحقائق جـ ٦ ص ١٨٢ .

التعريف بقانون الوصية

هذا القانون كان نتيجة من نتائج استجابة أولى الأمر لشكايات الشاكين وضيحات الإصلاح التى ارتفعت فى أواخر القرن الماضى وأوائل هذا القرن .

فقد كان المطبق فى مصر عندما كانت ولاية تابعة للدولة العثمانية هو المذهب الحنفى واستمر العمل به كذلك حتى أنشئت المحاكم الأهلية عام ١٨٨٢ ووضعت لها القوانين واللوائح فاقتطعت أكبر جزء من المنازعات التى كان يفصل فيها بأحكام الفقه الإسلامى وأخضعت للقوانين الوضعية الأجنبية ، ولم يبق خاضعاً للتشريع الإسلامى إلا مسائل المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية ، فاتجهت النية إلى تقنين هذه الأحوال ، ووجدت عدة محاولات لتقنينها تقنيناً كلياً كان من آخرها ما حدث فى سنة ١٩٣٦ حيث وافق مجلس الوزراء فى ٩ ديسمبر على تشكيل لجنة لوضع القانون الشامل لتلك الأحوال .

وفى أكتوبر سنة ١٩٣٨ تكونت من بين أعضاء هذه اللجنة لجنة تحضيرية مهمتها تحضير القوانين وصياغتها ، فأخرجت مشروعات قوانين ثلاثة . قانون الميراث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ ، وقانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ ، وقانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ .غير أن اللجنة كانت مقيدة بالنسبة لقانون الوصية بأن تجعل أساسه كتاب الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية لقدرى باشا كما تقضى بذلك مذكرة وزارة العدل ، فعدلت ما احتاج منه إلى تعديل ، وأكملت ما فيه من نقص واقتصرت اللجنة فيه على أحكام التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت دون أحكام تصرفات المرضى الناجزة التى أعطيت حكم الوصية ، والتى تكفل القانون المدنى بالنص على حكمها فى مواده — ٩١٥ ، ٩١٦ ، ٩١٧ .

ثم أحال مشروع القانون ومذكرته التفسيرية أحكام المسائل التى لم ينص عليها فيه على الراجح من المذهب الحنفى .

وقد صدر هذا القانون فى ٢٤ رجب سنة ١٣٦٥هـ الموافق ٢٤ يونية سنة ١٩٤٦ على أن يعمل به بعد شهر من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية ، ولما نشر فى أول يوليه سنة ١٩٤٦ بالعدد رقم ٦٥ أصبح تنفيذه واجباً من أول أغسطس من نفس السنة .

والقوانين حين صدورها لا تطبق إلا على الحوادث المستقبلة فلا يكون لها أثر رجعى إلا إذا نص فيها على ذلك كما هو صريح الدستور .

وهو من القوانين العامة التى تطبق على جميع المصريين مسلمين وغير مسلمين مقيمين فى مصر أو فى غيرها من البلدان ، عرضت منازعاته على محاكم مصرية أو غير مصرية كما تقضى بذلك المعاهدات وقواعد القانون الدولى الخاص .

وأما بالنسبة للأجانب المقيمين بمصر ولهم جنسيات غير مصرية فيطبق على وصاياهم قوانين بلد الموصى كما تنص المادة ٢٣ من لائحة التنظيم القضائى « اتفاقية منترو » ، والمادة — ١٧ — من القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ بإصدار القانون المدنى الجديد حيث تقول :

(١) يسرى على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته .

(٢) ومع ذلك يسرى على شكل الوصية قانون الموصى وقت الإيصاء أو قانون البلد الذى تمت فيه الوصية وكذلك الحكم فى شكل سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت .

ولقد عرض هذا القانون للوصية بعد ذلك فى ثلاث مواد — ٩١٥ ، ٩١٦ ، ٩١٧ وإليك نصوصها .

مادة ٩١٥

« تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها »

مادة ٩١٦

(١) كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف .

(٢) وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً .

(٣) وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم فى مرض الموت اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك . كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه .

مادة ٩١٧

« إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها ، وبحقة فى الانتفاع مدى حياته اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية ما لم يقم دليل يخالف ذلك .

وجاء بمذكرته التفسيرية بشأن الوصية ما يلى :

« لم يعرض التقنين الحالي « المدني القديم » للوصية إلا فى نص واحد

(م ٥٥[١]) أحال فيه على قانون الأحوال الشخصية فيما يتعلق بأهلية الموصى وصيغة الوصية ، أما المشروع فقد أحال على الشريعة الإسلامية كل الأحكام الموضوعية للوصية .

وقد أصبحت الشريعة الإسلامية بذلك هى التى تنطبق من حيث الموضوع على وصايا المصريين مسلمين كانوا أو غير مسلمين . إلخ

ثم إن هذا القانون جاء محققاً لرغبات طالما ترددت فى النفوس .

فمن الناس من كان يبغى إباحة الوصية للوارث قانوناً من غير توقف على إجازة الورثة كما تباح للأجنبى ، وقد كان المذهب الحنفى يمنع من ذلك حتى اضطروا إلى التحايل على الوصول لمأربهم بطريق البيع الصورى مما جعل رجال القانون ينادون بالبحث عن مخلص لذلك من أقوال الفقهاء أنفسهم .

فالدكتور السنهورى فى مقال له — بمجلة القانون والاقتصاد فى سنتها السادسة عام ١٩٣٦ — عن وجوب تنقيح القانون المدنى يطالب بالبحث فى الشريعة عن حكم يجيز الوصية للوارث ، لأن الناس إزاء منع الشريعة لهذه الوصية تحايلوا بشتى الطرق على تنفيذ رغباتهم بصورة عقد بيع مثلا وهو فى حقيقة الأمر وصية ، وأن المحاكم فى كل يوم تواجه أشكالا من هذه العقود التى تحف بها قرائن قاطعة تدل على أن أصحابها أرادوا بها الوصية لا البيع ، لجئوا إلى البيع لما ضاقت بهم أحكام الوصية ، وقد توجد لديهم أسباب قوية تدعوهم إلى إيثار بعض الورثة بشىء من أموالهم ، وقد وقفت المحاكم الأهلية أمام هذه العقود وقفة المتردد ، فهى تارة تقرها

---

(١) ونصها « وكذلك تراعى فى أهلية الموصى لعمل الوصية وفى صيغتها الأحكام المقررة لذلك فى الأحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها الموصى » .

على أساس أنها بيع صحيح إذا وجد ما يبررها من ظروف أسرة الموصى مكتفية بالشكل دون الموضوع ، وطوراً تبطلها باعتبار أنها وصايا صادرة لبعض الورثة .

وهذا مما يدعو إلى التفكير عند تقنين أحكام الوصية فى بحث أحكام الشريعة فى هذا الموضوع ، فهل يجد الباحث فيها شيئاً يعين على مجاراة مثل هذه الظروف العملية ، فتباح الوصية للوارث ولو فى حدود ضيقة :

وقد استجاب المشرع لهذا الرجاء فأباح الوصية للوارث وغير الوارث على السواء فى المادة — ٣٧ — استناداً لمذهب الشيعة الزيدية .

كما خلق رغبة أخرى وهى إنشاء وصية واجبة بحكم القانون تشبه الميراث إلى حد بعيد تكون عوضاً عنه وجعلها للحفدة الذين حرموا من الميراث بسبب وفاة أصولهم قبل صاحب التركة وهى مسألة طالما تطلع الناس إليها .

كما أجاز للشخص أن يوصى بتقسيم تركته على ورثته وتعيين نصيب كل واحد منهم بحيث تصبح لازمة بمجرد موته إذا لم تزد الأنصباء أو بعضها على نصيب أصحابها فإذا مات عرف كل وارث نصيبه دون أن ينازعه أحد فيه .

وغير ذلك كثير مما عدل القانون فيه عن مذهب الحنفية .

وها نحن الآن فى انتظار صدور التشريع الشامل لجميع أحكام الأحوال الشخصية

ينظم أحكام الأسرة من زواج وطلاق وما يتبعهما من نفقة وعدة وثبوت نسب ، وأحكام الأهلية وما يتفرع عنها من نيابة وولاية وقوامة ووصاية ، وأحكام الميراث والوصية .

قانون ينظم ذلك ويعالج المشكلات التى تثار من حين لآخر ، وهو أمر لابد منه ليتم تقنين جميع الأحوال عينية وشخصية وبخاصة بعد توحيد القضاء وإحالة اختصاصات المحاكم الشرعية إلى المحاكم الوطنية .

الباب الأول

فى تكوين الوصية وإنشائها :

وفيه مباحث :

المبحث الأول

فى

التعريف بالوصية

الوصية فى اللغة تطلق على فعل الموصى ، وعلى ما يوصى به من مال أو تصرف .

وهى 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 الوصيه اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم .. الآية[2] »

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

فمن يوصى لغيره بمال تبرعاً يكون قد وصل القربة الواقعة بعد الموت بالقربات

---

(١) جاء فى أساس البلاغة للزمخشرى فى مادة « و ص ى » وصى الشيء بالشيء وصله به ووصى النبت اتصل وكثر ، وواصى البلد البلد واصله ، وأوصيت إلى زيد بكذا ولعمرو . ووصيت وهذا وصي وهذه وصيتي ووصاتى .. ومن المجاز : أوصيك بتقوى الله « ووصى بها إبراهيم بنيه » ووصيتك بفلان أن تبره ، واستوص بفلان خيراً .

(٢) المائدة الآية : ١٠٦

المنجزة حال حياته ، وكذلك من يعهد بشئون أولاده إلى غيره بعد وفاته يكون قد وصل ما بعد الموت بما قبله فى نفوذ التصرف .

وهى بالمعنى الثانى 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 الوصل والإيصال لا فرق بين الفعل المتعدى بنفسه أو باللام أو بإلى (١) .

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

هذا ما عليه الجماهير منهم وإن كان بعضهم(٢) 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 فى المال .

والتعريفات عند الفقهاء ضوابط للأحكام التى استنبطها أئمتهم ، فهى تختلف تبعاً لاختلاف الأحكام المقررة فى كل مذهب ، ومع ذلك فقد تأتى بعض التعريفات

---

(١) يقول ابن عابدين فى رد المحتار ج ٥ ص ٦٣٥ بعد أن حكى عبارات كتب اللغة « وبه ظهر أنه لا فرق فى اللغة بين المتعدى بنفسة أو باللام أو بإلى فى أن كلا منها يستعمل بمعنى جعلته وصياً ، وأن المتعدى بإلى يستعمل بمعنى تمليك المال ، وأن كلا من الوصية والإيصاء يأتى لهما ؛ وأن التفرقة بين المتعدى باللام والمتعدى بإلى إصطلاحية شرعية » .

(٢) فالنفراوى فى شرح الرسالة ج٣ ص ٢ يقول « إن الوصية عند الفقهاء تتنوع إلى وصية نيابة عن الموصى كالإيصاء على الأطفال وعلى قبض الديون ، وتفرقة التركة والنوع الثانى أن يوصى بثلث ماله للفقراء أو يعتق عبده أو قضاء دينه ، وأما عند الفراض « علماء الفرائض » فهى قاصرة على النوع الثانى . . . وتعرف عند الفقهاء بأنها « عقد يوجب حقاً فى ثلث مال عاقده يلزم بموته أو يوجب نيابة عنه بعد موته » .

معيبة من ناحية قصورها أو زيادتها قيوداً لا حاجة إليها ، ولذا كانت موضع جدل ونقاش كبير بين الفقهاء وعباراتهم فى تعريف الوصية كثيرة[1] ومنوعة . تختلف فى وضوحها وخفائها ، ووقائها وقصورها .

فبينما يعرفها أحدهم بأنها « تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع » .

إذ يعرفها آخر بأنها « ما أوجبه الموصى فى 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 يجىء 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 ما جاء 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 شاملا لكل أنواع الوصايا فعرفها فى مادته الأولى بأنها « تصرف فى التركة مضاف إلى ما بعد الموت » .

---

(١) راجع بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٢٨٩ ، وشرح الرسالة للنفراوى 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 للزيلعى ج ٦ ص ١٨١ ، ورد المحتار لابن عابدين ج٥ص ٦٣٥ ، ومن كتب فقه السنة نيل الأوطار للشوكانى ج ٦ ص ٢٨ .