إقيلم كوردستان- العراق
مجلس القضاء

فكرة الوصية الواجبة

بين تأصيلها الشرعي و تطورها التشريعي

دراسة تحليلية مقارنة

بحث مقدم الى مجلس القضاء من قبل الباحث القاضي (طالب مجيد شريف) كجزء من متطلبات الترقية من النصف الثالث الى الصنف الثاني من أصناف القضاة

باشراف
القاضي / محمد مصطفى رسول

٢٠٢٤م ٢٧٢٤ك ١٤٤٦هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ

سورة البقرة: اية ١٨٠

الاهداء

الى: كل من كان له الفضل في تعليمي، ومد يد العون لي، ومساندتي... أقدم ثمرة جهدي المتواضع هذا....

القاضي

طالب مجيد شريف

توصية المشرف

أؤيد بأن هذا البحث الموسوم ب(**فكرة الوصية الواجبة بين تأصيلها الشرعي و تطورها التشريعي**) للقاضي (طالب مجيد شريف) قد تم تحت اشرافي، وهو جزء من متطلبات الترقية من الصنف الثالث الى الصنف الثاني من اصناف القضاة وهو جدير بالقبول.

التوقيع

المشرف : محمد مصطفى رسول

التأريخ : / / ٢٠٢٤

ت	الموضوع	الصفحة
١	المقدمة	١-٣
٢	المبحث الاول مفهوم الوصية والوصية الواجبة	٤-١١
٣	المطلب الاول : الوصية لغة وفقهاً و قانوناً	٤-٧
٤	المطلب الثاني : الوصية الواجبة فقهاً و قانوناً	٧- ٩
٥	المطلب الثالث / أوجه التشابه والاختلاف بين الوصية والوصية الواجبة	٩-١١
٦	المبحث الثاني: التأصيل الشرعي للوصية الواجبة و تطورها التشريعي.	١٢-٢٥
٧	المطلب الاول : التأصيل الشرعي للوصية الواجبة	١٢- ١٧
٨	المطلب الثاني : التطور التشريعي للوصية الواجبة	١٨-٢١
٩	المطلب الثالث/ الوصية الواجبة في قانون الاحوال الشخصية العراقي وتعديله في اقليم كوردستان – العراق	٢١- ٢٥
١٠	الاستنتاجات والاقتراحات	٢٦-٢٧
١١	قائمة المراجع والمصادر	٢٨-٣٠

المقدمة

الحمد لله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الذي خلق الانسان وعلمه البيان وعلمه ما لم يعلم. والصلاة والسلام على رسول الله المبعوث رحمة للعلمين.

أما بعد فإن الله سبحانه وتعالى لم يخلق الانسان عبثاً ولم يترك عباده مهملين ينظمون حياتهم بأنفسهم على أفكارهم ونظريات عقولهم فحسب، لان تلك الافكار والنظريات في كثير من الاحيان ما يلتبس عليها الحق بالباطل وذلك نتيجة لضعفها وجهلها وتأثرها بالميول و الرغبات والاهواء تحت تأثير عوامل مختلفة منها مستوى وعي اصحابها حسب مراحل الحياة و الظروف البيئية والاجتماعية التى يعيشها الانسان. بل شرع لهم دستوراً ومنهجاً شاملا و متكاملاً حيث قال سبحانه وتعالى {الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِيناً}.[1] وامرهم ان يسيروا عليه ويلتزموا به في معاملاتهم وجميع شؤون حياتهم. فما من مجتمع يتخذه منهجاً في حياته ويطبقه في معاملاته إلا كانت له العزة والقوة مع السعادة والنجاح في الدنيا والاخرة.

وان الوصية هي احدى المسائل التى نظمها الاسلام بطريقة مختلفة ومتميزة ، ولو ان جذور الوصية تعود الى العصور القديمة وكانت موجودة عند الامم السالفة واقرها الشرائع القديمة.

وكان العرب في الجاهلية يوصون للاجانب تفاخراً ومباهاةً ويتركون الاقارب في العوز والحاجة.[2] ولكن جاء الاسلام اقر بالوصية ونظم احكامها بشكل مغاير لما كان عليها في الجاهلية فوضع لها قواعد وشروط مبنية على اسس من العدل وصلة الرحم وأخذ بنظر الاعتبار التوازن بين حق المورث من التصرف بماله الذي جمعه وذلك بهدف ان يعوض عما فاته من اعمال الخير والاحسان ، وعدم الاجحاف بحق الورثة والاضرار بهم نتيجة تصرفات المورث بماله بقصد الاضرار بالورثة . فكانت الوصية واجبة في بداية الاسلام بجميع المال للوالدين والاقربين ولا خلاف في ذلك بين الفقهاء، الى نزول آيات المواريث في سورة النساء. ووقع الخلاف بين الفقهاء في نظرهم الى وجوب الوصية بعد نزول آية المواريث هل بقيت الوصية واجبة كما كانت أم نسختها آية المواريث، وذهب جمهور الفقهاء الى نسخها. مع رأي مخالف قائل بعدم نسخها.

ولكن بعد ما جاءت القوانين الحديثة في مجال الاحوال الشخصية باقرار مبدأ الوصية الواجبة ثار الجدل حول تأصيل الوصية الواجبة الشرعي كون مبادئ واحكام قوانين الاحوال الشخصية في كثير من الدول الاسلامية

---

[1] - سورة المائدة : الاية (٣)

[2] - د. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، ط٤، دار الفكر، سورية، دمشق، ١٩٧٧، ج ١٠، ص٧٤٣٨.

مأخوذة من الشريعة الاسلامية والفقه الاسلامي. ونحن نسلط الضوء في بحثنا هذا على الوصية الواجبة من حيث تأصيلها الشرعي، ثم نتناول التطور التشريعي لمبدأ الوصية الواجبة في التشريعات الحديثة، ونسلط الضوء على قوانين بعض الدول الاخذة بهذا المبدأ، ونرجو من الله سبحانه التوفيق.

اهمية البحث

تتمثل اهمية موضوع البحث في اهمية الوصية الواجبة في تحقيق العدالة الاجتماعية، والانصاف بحق بعض الاقارب الذين يحرمون من الميراث بسبب عدم توفر شرط من شروط الميراث فيهم الا وهو تحقق حياة الوارث قبل موت المورث. أو بسبب تطبيق قاعدة الحجب (القريب يحجب البعيد). أو لوجود مانع يحول دون توريثهم. وتبنى المشرع في مجال الاحوال الشخصية مبدأ الوصية الواجبة ليدفع الاجحاف بحق هولاء الاقرباء و نظم احكامها في قوانين الاحوال الشخصية، استئناساً بمقاصد الشريعة في تحقيق العدالة واحقاق الحق واقتداءً بالاتجاه الفقهي الذي يرى ان الوصية للوالدين والاقربين غير الوارثين واجبة . هذا ما يجعل توضيح المقصود بالوصية الواجبة، و تأصيلها الشرعي، وكيفية التنظيم القانوني لها ، والفئات المشمولة بها ضرورية، ومن اجل ذلك اخترنا هذا العنوان (فكرة الوصية الواجبة بين تأصيلها الشرعي و تطورها التشريعي) لتناولها بالبحث والتحليل.

مشكلة البحث

تكمن مشكلة البحث في الاجابة على السؤال الجوهري المثار بشأن الوصية الواجبة هل هي مصدرها الشريعة الاسلامية ام لا وما هو سندها الشرعي، والبحث عن كيفية تنظيمها القانوني و تطبيقاتها في التشريعات الحديثة .

منهج البحث

اتبعنا في هذا البحث المنهج التحليلي المقارن حيث قمنا بسرد الاراء الفقهية ومناقشة الادلة التي بنيت عليها مبدأ الوصية الواجبة، ثم استعرضنا الاحكام القانونية المتعلقة بها في قوانين بعض الدول العربية والعراق واقليم كوردستان مع شرح ومناقشة تلك الاحكام.

خطة البحث

للضرورة العلمية وتسهيلاً للقاريء قمنا بتقسيم هذا البحث الى مبحثين حيث خصصنا المبحث الاول لتوضيح مفهوم الوصية والوصية الواجبة وبحثنا ضمن هذا المبحث و ضمن ثلاثة مطالب : حيث تناولنا في المطلب الاول مفهوم الوصية لغة وفقهاً و قانوناً ثم بيَّننا مشروعية الوصية، وأوضحنا في المطلب الثاني مدلول الوصية الواجبة فقهاً و قانوناً وبحثنا في المطلب الثالث أوجه التشابه و الاختلاف بين الوصية الاختيارية والوصية الواجبة. وتناولنا في المبحث الثاني مسألة التأصيل الشرعي لفكرة الوصية الواجبة وتطورها الشريعي حيث قسمناه الى ثلاثة مطالب خصصنا المطلب الاول للبحث عن حكم الوصية الواجبة وتأصيلها الشرعي. وفي المطلب الثاني تناولنا التطور التشريعى لفكرة الوصية الواجبة في قوانين بعض الدول الاخذة بها . وخصصنا المطلب الثالث لقراءة احكام الوصية الواجبة في قانون الاحوال الشخصية العراقي وتعديله بالقانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٨ في اقليم كوردستان- العراق.

المبحث الاول

مفهوم الوصية والوصية الواجبة

يتطلب بيان مفهوم الوصية الواجبة التطرق الى مدلول الوصية بشكل عام من الناحية اللغوية والفقهية والقانونية، و بيان مشرعيتها اولاً، ثم التطرق الى توضيح مفهوم الوصية الواجبة بشكل خاص، وعلى هذا الاساس قمنا بتقسيم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب حيث خصصنا المطلب الاول لبيان معنى الوصية لغة وفقها وقانونا واوردنا دليل مشروعيتها. وفي المطلب الثاني أوضحنا مفهوم الوصية الواجبة من ناحيتي الفقهية والقانونية. وناقشنا في المطلب الثالث اوجه التشابه والاختلاف بين الوصية والوصية الواجبة.

المطلب الاول

مفهوم الوصية لغة وفقها وقانوناً ودليل مشروعيتها

تناولنا في هذا المطلب مفهوم الوصية ومعناها في اللغة اولا ثم بيان مفهومها في المجال الفقهي ثم اوضحنا مفهومها من الناحية القانونية وبيّننا مشروعيتها اخيراً، ضمن اربعة عناوين رئيسية:-

اولا:- **الوصية لغة:** كلمة الوصية اخذت من فعل وصى ولها عدة معاني في اللغة منها :-

ا- وصل و اتصل: مثلا يقال وصى النبت اذا اتصل وكثر . وصى الارض وَصياً و وُصيا: اي اتصل نباتها. وصى الشيء بشيء وصله به.[٣]

٢- العهد الى الغير :- كأن يقال وصى توصية فلانا بكذا اي عهد اليه فيه.[٤]

٣- امره به وفرض عليه:- مثلا يقال وصى الله الناس بكذا وكذا.[٥]

وكلمة الوصية والايصاء تأتي بنفس المعنى من حيث اللغة، اما الفقهاء فرقوا بين اللفظين وخصوا اوصيت اليه بالوصاية والايصاء وهي تعنى العهد الى شخص بالاشراف على شؤون ما ، وخصوا أوصيت له

---

[٣]- ابراهيم مصطفى والاخرون، المعجم الوسيط ،ط٦، مؤسسة الصادق للطباعة والنشر ، ايران، طهران، ١٤٢٩هـ، ص١٠٣٨

[٤] - لويس معلوف، المنجد في اللغة، ط٣٧ ، دار الفقه للطباعة والنشر، ايران، ١٤٢١هـ، ص٩٠٤.

[٥] - ابراهيم مصطفى والاخرون، المعجم الوسيط، المصدر السابق، ص١٠٣٨.

بالوصية ؛ اي تبرعت له وملكته مالا وغيره.[٦] والتي نحن بصددها في هذا البحث هي الوصية اي التي تدل على التبرع والتمليك.

ثانيا: مفهوم الوصية فقها:

بالرجوع الى الكتب الفقهية يتبين لنا ان الفقهاء عرفوا الوصية بصيغ مختلفة حسب المذاهب الفقية المختلفة عليه اخذنا من كل مذهب من المذاهب الاربعة تعريفاً لها: -

حيث عرف ابو محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي الوصية بأنها (هي التبرع بعد الموت).[٧]

وعرفها الكاساني من الفقهاء الحنفية بأنها (تمليك مضاف الى ما بعد الموت).[٨]

وعرفها الشربيني من الفقهاء الشافعية،بأنها (تبرع بحق مضاف ولو تقديرا لما بعد الموت).[٩]

وعند المالكية الوصية هي (عقد يوجب حقا في ثلث مال عاقده، يلزم بموته أو نيابة عنه بعده).[١٠]

من خلال النظر في التعاريف السالفة نرى ان جميعها تؤكد على ان الوصية تصرف شخص في ماله ولكن مضاف الى ما بعد موته وبذلك تختلف عن الهبة حيث لاتنفذ الا بعد موت الموصي .

ثالثا: الوصية قانونا:

ان قوانين الاحوال الشخصية في الدول العربية جاءت بتعريف الوصية متأثرة برأي الفقهاء الشرعيين في هذا المجال ونحن نقتبس بعض من هذه التعاريف:

ان المشرع العراقي عرف الوصية في المادة (٦٤) من قانون الاحوال الشخصية بأنها (تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت مقتضاه التمليك بلا عوض).[١١] وعرفها قانون الوصية المصري بانها (تصرف

---

[٦] - الدكتور مصطفى الخن و الاخران ، الفقه المنهجي، على مذهب الامام الشافعي، ط ٦، دار القلم، سوريا، الدمشق، ٢٠٠٥م، ج ٢، ص٢٤٣.

[٧] - ابو محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي، الكافي في فقه الامام احمد بن حنبل، ط١، دار الخلفاء الراشدين، مصر ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤م، ج٢،ص ٣٣١.

[٨] - -علاءالدين ابو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط٢. دار الكتب العلمية ، لبنان، بيروت، ١٩٨٦م، ج٧، ص٣٣٠

[٩] - شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغنى المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج، ط١، دار المعرفة ، لبنان، بيروت، ١٩٩٧، ج٣. ص٥٢.

[١٠] - شمس الدين محمد عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لابي البركات سيدى احمد الدردير، بهامشه الشيخ المذكور مع تقريرات محمد عليش، بدون طبعة، دار احياء الكتب العربية، بدون مكان و سنة الطبع، ج٤ ص٤٢٢.

في التركة مضاف الى ما بعد الموت). [١٢] واخذ المشرع السوري نفس التعريف حيث نص في المادة (٢٠٧) من قانون الاحوال الخصية السوري ونص فان :(الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت).[١٣]

وعند التأمل في النصوص اعلاه يتبين لنا ان التعريفات القانونية مأخوذة من التعريفات الفقهية مع اعادة صياغتها ليجعلها جامعاً لكل انواع الوصية سواء كانت الوصية بالمال او بالمنفعة ومانعاً من دخول التمليكات المنجزة الاخرى من البيع والهبة والابراء من الديون في مدلول الوصية.

رابعاً: دليل مشروعية الوصية :

من خلال دراسة الكتب الفقهية نجد ان الفقهاء استدلوا على مشروعية الوصية بالكتاب و السنة والاجماع والمعقول وفق التفاصيل الاتية :-

أ- دليل مشروعية الوصية في القرآن

ان دليل مشروعية الوصية في القرآن هو الآيات التي تتضمنها فمثلا :-

قال تعالى : { كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ }.[١٤]

وقال سبحانه وتعالى :{وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ ۚ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ ۚ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ۚ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ ۚ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم ۚ مِّن بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ۗ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ ۚ فَإِن كَانُوا أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ۚ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ ۚ وَصِيَّةً مِّنَ اللَّهِ ۗ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ}.[١٥]

ويقول عز وجل { يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُم مُّصِيبَةُ الْمَوْتِ ۚ تَحْبِسُونَهُمَا مِن بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنِ ارْتَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ ۙ وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذًا لَّمِنَ الْآثِمِينَ}.[١٦]

---

[١١] - قانون الاحوال الشخصية العراقي ، رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩، المادة (٦٤)
[١٢] - قانون الوصية المصري رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦، المادة (١)
[١٣] قانون الاحوال الشخصية في الجمهورية العربية السورية رقم (٥٩) لسنة ١٩٥٣، المادة (٢٠٧).
[١٤] - سورة البقرة: الاية (١٨٠)
[١٥]- سورة النساء : الاية (١٢)
[١٦]- سورة المائدة: الاية (١٠٦)

ب- مشروعية الوصية في السنة

هناك مجموعة من الاحاديث جاءت في كتب الاحاديث والسنن والمساند التى تتناول موضوع الوصية وتؤكد على مشروعيتها ومنها:

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:- {ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه؛ يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده}.[١٧] وجاء في حديث آخر روي عن سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه قال : { جاءَ النَّبيُّ صَلَّى اللهُ عليه وسلَّمَ يَعُودُنِي وأنا بمَكَّةَ، وهو يَكْرَهُ أنْ يَمُوتَ بالأرْضِ الَّتي هاجَرَ مِنْها، قالَ: يَرْحَمُ اللَّهُ ابْنَ عَفْراءَ، قُلتُ: يا رَسولَ اللَّهِ، أُوصِي بمالِي كُلِّهِ؟ قالَ: لا، قُلتُ: فالشَّطْرُ؟ قالَ: لا، قُلتُ: الثُّلُثُ؟ قالَ: فالثُّلُثُ، والثُّلُثُ كَثِيرٌ؛ إنَّكَ أنْ تَدَعَ ورَثَتَكَ أغْنِياءَ خَيْرٌ مِن أنْ تَدَعَهُمْ عالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ في أيْدِيهِمْ، وإنَّكَ مَهْما أنْفَقْتَ مِن نَفَقَةٍ، فإنَّها صَدَقَةٌ، حتَّى اللُّقْمَةُ الَّتي تَرْفَعُها إلى فِي امْرَأَتِكَ، وعَسَى اللَّهُ أنْ يَرْفَعَكَ، فَيَنْتَفِعَ بكَ ناسٌ ويُضَرَّ بكَ آخَرُونَ. ولَمْ يَكُنْ له يَومَئِذٍ إلَّا ابْنَةٌ}.[١٨]

ت- مشروعية الوصية في الإجماع: قد أجمعت الأمة على مشروعية الوصية.[١٩]

ث-مشروعية الوصية في المعقول:

فهو حاجة الانسان الى الوصية زيادة في الحسنات والقربات ، تداركا لما فاته الانسان في حياته من اعمال الخير.[٢٠]

---

[١٧] - صحيح البخاري ، ابو عبدالله محمد بن اسماعيل البخاري ، ترقيم وترتيب الشيخ محمد فؤاد عبدالباقي، ط١، دار ابن حزم ، مصر، قاهرة، ٢٠١٠، كتاب الوصاية ، ص٣٣٢، رقم الحديث ٢٧٣٨. و صحيح مسلم، ابو حسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، ترقيم وترتيب الشيخ محمد فؤاد عبدالباقي، ط١، دار ابن حزم ، مصر، القاهرة، ٢٠١٠م ، كتاب الوصاية ، ص٤٧٠، رقم الحديث ١٦٢٧.

[١٨] - صحيح البخاري ، ابو عبدالله محمد بن اسماعيل البخاري ، المصدر السابق، ص٣٣٢، رقم الحديث ٢٧٤٢.

[١٩] - د. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، المصدر السابق، ٧٤٤٢. . و السيد سابق، فقه السنة، ط٤، دار الفكر، لبنان، بيروت، ١٩٨٤م، ج٣،ص٤١٥. و الدكتور مصطفى الخن و الاخران ، المصدر السابق، ص٢٤٥. و علاءالدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المصدر السابق، ص ٣٣٠.

[٢٠] - د. وهبة الزحيلي، المصدر السابق، ص٧٤٤٢. و ابو محمد محمود بن احمد العيني، البناية في شرح الهداية، ط١، دار الفكر ، لبنان، بيروت، ١٩٨٠م، ج١٢، ص ٤٨٦.

المطب الثاني

مفهوم الوصية الواجبة فقها وقانوناً

في هذا المطلب سنوضح مفهوم الوصية الواجبة من الناحيتين الفقهية والقانونية كالاتي :

اولا: الوصية الواجبة فقها :-

ان الوصية الواجبة بالكيفية التي نصت عليها التشريعات الحديثة لم تكن موجدة عند الفقهاء القدامى، ولو ان الفكرة لها سند شرعي ومأخوذة من الاراء الفقهية، لان الفقهاء لم يقسموا الوصية الى الاختيارية والاجبارية، كما فعله المشرع القانوني. بل ان رؤيتهم منصبة على حكم الوصية هل هي واجبة بذاتها أم لا(ونحن بدورنا سنبين هذه المسألة عند تناولنا للتأصيل الشرعي لفكرة الوصية الواجبة) ، عليه فإن الكتب الفقهية القديمة خالية من تعريف مستقل للوصية الواجبة. ولكن يمكن تخليص مدلول الوصية الواجبة فقهاً بما يلى (انها وصية واجبة ديانة وقضاء للوالدين والاقربين الذين لايرثون لحجبهم عن الميراث أو لمانع يمنعهم من الارث كاختلاف الدين، فإذا لم يوص الميت للاقارب بشيء وجب على ورثته أو على الوصي أخراج شيء غير محدد المقدار من مال الميت واعطاءه للوالدين والاقربين غير الوارثين.[٢١]

و بالرجوع الى المصادر الشرعية و القانونية الحديثة يتبين ان الفقهاء والشراح في هذين المجالين عرفوا الوصية الواجبة بطرق مختلفة ،حيث عرفها الدكتور احمد على الخطيب بأنها :(هي التي تجب وتنفذ بحكم القانون دون دخل لارادة المورث، لاولاد الابناء و البنات الذين يتوفى اصلهم قبل اصله).[٢٢]

كما عرفت بأن (الوصية الواجبة هي اللازمة من تركة المتوفي ، من غير ارادة صادرة عنه، ولا عبارة منشئة لها من المتوفي، ومن دون توقف على إجازة الورثة، فهي إذن واجبة بمقتضى الايجاب القانوني الذي ينفذ جبراً بإعطاء الاحفاد الذين يموت أبوهم أو امهم في حياة جدهم أو جدتهم ويكونون محرومين بمقتضى قواعد الارث).[٢٣]

---

[٢١] - ابو محمد على بن احمد بن سعيد بن حزم. المحلى، ط ١، ادراة الطباعة المنيرية، مصر ، القاهرة ، ١٣٥٢هـ ، ج ٩، ص٣١٤.

[٢٢] - الدكتور احمد على الخطيب، شرح قانون الاحوال الشخصية، القسم الاول في احكام الميراث، بدون طبعة، دار الكتب، العراق، جامعة الموصل، ١٩٨٢م، ص٧٩.

[٢٣] - القاضي محمد حسن كشكول و القاضي عباس السعدي، شرح قانون الاحوال الشخصية، بدون طبعة، المكتبة القانونية ، العراق، بغداد، بدون سنة طبع، ص٢٩٠. و المحامي هادي عزيز على و القاضي عباس السعدي، المبسوط في احتساب المسألة الارثية، بدون طبعة، مطبعة الزمان، العراق، بغداد، ٢٠٠٢م ،ص١١١.

وعرفها الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي: (أنها الوصية للوالدين واالاقربين الذين لا يرثون لمانع أو لحاجب).[٢٤] والتعريف الراجح عندنا من بين التعريفات السابقة هو تعريف المرحوم الدكتور مصطفى الزلمي : (أنها الوصية للوالدين واالاقربين الذين لا يرثون لمانع أو لحاجب) لانه اكثر انسجاما مع الاحكام القانونية التي تتضمنها القوانين الحديثة لشموله المحرومين من الميراث بسبب الحجب و المنع معا وكذلك انه لم يحصر الوصية الواجبة في طبقة معينة من الاحفاد كالتعريفات الاخرى .

ويكمن تعريف الوصية الواجبة ، بأنها عبارة عن اعطاء مقدار معين من التركة لصنف معين من الأقارب الذين حرموا من الميراث لوجود مانع من توريثهم أو حاجب لهم، بشروط معينة، تنشأ وتنفذ بحكم القانون.

و من خلال النظر الى التعريفات السابقة يتبين ان جميعها وان كانت مختلفة من حيث الصيغة الا انها مشتركة في النقاط التالية :-

١- ان الوصية الواجبة تنشأ وتنفذ بحكم القانون.
٢- انها تأخذ في حدود معلومة من التركة .
٣- انها قررت لمصحلة الورثة الذين حرموا من الميراث لعدم توفر شروط الميراث فيهم.

المطلب الثالث

أوجه التشابه والاختلاف بين الوصية الاختيارية والوصية الواجبة

هناك تشابه واختلاف بين الوصيتين الاختيارية والواجبة ونوضح في هذا المطلب ابرز أوجه التشابه والاختلاف بينهما:-

أولاً: اوجه التشابه والاتفاق بين الوصية الاختيارية والوصية الواجبة :-

هناك تشابه واتفاق بين الوصية الاختيارية والوصية الواجبة حيث يمكننا ان نلخص ابرز اوجه التشابه بينهما كالآتي :-

[٢٤] - الدكتور مصطفى ابراهيم زلمي ، أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال، بدون طبعة ، بدون مطبعة ، وبدون مكان الطبع. بدون سنة الطبع، ص١٧٧.

١- لاتنفذ الوصيتين الاختيارية والواجبة الا في حدود ثلث التركة، مالم يجيزها الورثة.
٢- كل من الوصية الواجبة والاختيارية مضاف الى ما بعد الموت، اي لا تنفذ الا ما بعد موت الموصي .

وعموماً يمكن القول بان أوجه التشابه بين الوصيتين أقل من اوجه الاختلاف بينهما وان الوصية الواجبة تشبه بالميراث اكثر من تشبهها بالوصية الاختيارية.

ثانياً: أوجه الاختلاف بين الوصية الاختيارية والوصية الواجبة :

ان الوصيتين الاختيارية والواجبة تختلفان في مجموعة من النواحي وبأمكاننا ان نستخلص ابرز أوجه الاختلاف بينهما في النقاط التالية:-

١- من حيث الموصي: في الوصية الاختيارية يجب ان يكون الموصي اهلاً للتبرع[٢٥]. بأن يكون كامل الاهلية، كون الوصية تصرف ارادي. اما في الوصية الواجبة اهلية الموصي لاتؤخذ بنظر الاعتبار لانها مصدرها القانون ولا دخل لارادة الموصي فيها.
٢- من حيث استحقاق الأشخاص للوصية: الوصية الاختيارية حق للوصي تجاه من يشاء سواء كان الشخص حقيقي او معنوي. اما الوصية الواجبة فهي لاتجوز الا للاقرباء الذين يربطهم بالمتوفي سبب من اسباب الميراث، النسب (في جميع الشريعات التى اخذت بفكرة الوصية الوجبة) النسب و المصاهرة (في القانون المرقم ١٥ لسنة ٢٠٠٨ لاقليم كوردستان).
٣- من حيث الانعقاد أو الصيغة : تنعقد الوصية الاختيارية شرعاً بأحد الطرق الثلاثة : العبارة او الكتابة، أو الاشارة .[٢٦] اما الوصية الواجبة تنعقد بحكم القانون ولا يحتاج الى اتخاذ الموصي طريقة معينة لانعقادها .
٤- من حيث امكانية الابطال والرجوع عنها: قد اتفق الفقهاء على ان الايجاب من الموصي لم يكن واجباً عليه أن يمضي فيه، بل له حق الرجوع عنه وبرجوعه تبطل الوصية .[٢٧] وكذلك تبطل الوصية بوفاة الموصى له. بينما الوصية االواجبة مفروضة بإرادة القانون ولا إرادة للشخص فيها فلا يمكنه العدول عنها أو تجاوزها.

---

[٢٥] - السيد سابق، المصدر السابق، ص٤١٩.
[٢٦] - د. وهبة الزحيلي، المصدر السابق، ص ٧٤٤٨.
[٢٧] - د. أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، بدون طبعة، شركة العاتك ، مصر، القاهرة، ٢٠٠٩م، ج٢، ص٤٣.

٥- من حيث التقديم : في حالة إجتماع الوصية الواجبة مع غيرها من الوصايا الاختيارية ، سواء أكانت الوصايا الاختيارية بحق من حقوق الله أو بحق من حقوف العباد أو كانت مشتركة بين الحقين، فإن القوانين التي اخذت بفكرة الوصية الواجبة نصت على تقديم الوصية الواجبة قانوناً على غيرها من الوصاية الاختيارية. [٢٨] حيث نص قانون الوصية المصري على ان (الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا).[٢٩] ونص المشرع الاردني :(هذه الوصية مقدمة على الوصايا الاختيارية في الاستيفاء من ثلث التركة).[٣٠] واستعمل المشرع السوري نفس العبارة حول تقديم الوصية الواجبة على الوصايا الاختيارية.[٣١] ونص المشرع العراقي في الفقرة الثانية من المادة (٧٤) من قانون الاحوال الشخصية، وبعد ذكره لمستحقي الوصية الواجبة في الفقرة الاولى، على (تقديم الوصية الواجبة بموجب الفقرة (١) من هذه المادة على غيرها من الوصايا الاخرى في الاستيفاء من ثلث التركة).[٣٢]

٦- من حيث الاثبات: ان الوصية الاختيارية بأعتبارها تصرف ارادي في حالة النزاع تحتاج الى الاثبات. و تثبت الوصية الاختيارية شرعاً بالبينة كتابية كانت أم شخصية كما تثبت بالاقرار.[٣٣] اما قانوناً الاصل انها تثبت بدليل كتابي واستثناءً يجوز إثباتها بالشهادة وذلك في حالة وجود مانع مادي يحول دون الحصول على دليل كتابي.[٣٤] ولكن الوصية الواجبة لا تحتاج الى الاثبات لان مصدرها القانون.

٧- الوصية الواجبة قد تنشأ بعد الموت في حالة إذا مات الجد أو الجدة ولم يوجب لمستحقيها عند توافر شروطها، فهنا تنشأ بحكم القانون، بينما الوصية االختيارية تنشأ في حياة الموصي، أما بعد الموت فيستحيل وجودها، وذلك لزوال ملكه بالوفاة.

---

[٢٨]- د. وهبة الزحيلي، المصدر السابق ، ص٧٥٦٧.
[٢٩] - قانون الوصية المصري رقم (٧١) لسنة ١٩٤٦. المادة (٧٨)
[٣٠] - قانون الاحوال الشخصية الاردني المرقم (٦١) لسنة ١٩٧٦، المادة ١٨٢. والمادة (٢٧٨/ هـ) من قانون الاحوال الشخصية الاردني الجديد رقم (١٥) لسنة ٢٠١٩
[٣١] - قانون الاحوال الشخصية في الجمهورية العربية السورية رقم (٥٩) لسنة ١٩٥٣، المادة (٢/٢٥٧).
[٣٢] - قانون الاحوال الشخصية العراقي المرقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩. المادة (٢/٧٤).
[٣٣] - القاضي محمد حسن كشكول و القاضي عباس السعدي ، المصدر السابق، ص ٢٧٨.
[٣٤] - انظر المادة (٦٥) من قانون الاحوال الشخصية العراقي.

المبحث الثاني

التأصيل الشرعي للوصية الواجبة وتطورها الشريعي

نتناول في هذا المبحث ضمن ثلاثة مطالب موضوع التأصيل الشرعي للوصية الواجبة وتطورها التشريعي، حيث خصصنا المطلب الاول للبحث عن حكم الوصية الواجبة وتأصيلها الشرعي. والثاني لتناول التطور التشريعى لفكرة الوصية الواجبة في قوانين بعض الدول خلال استعراض الاحكام والمواد القانونية للقوانيين الآخذة بها. وفي المطلب الثالث قمنا بقراءة احكام الوصية الواجبة في قانون الاحوال الشخصية العراقي وتعديله بقانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٨ في اقليم كوردستان- العراق

المطلب الاول

حكم الوصية الواجبة وتأصيلها الشرعي

ان البحث عن حكم الوصية الواجبة وتأصيلها الشرعي يقتضي الوقوف على حكم االشرعي للوصية أولاً، لان فكرة الوصية الواجبة مبنية بالاساس على رؤية بعض الفقهاء الى حكم الوصية في الاسلام، ونتناول في هذا المطلب حكم الوصية عند الفقهاء أولا ثم نقوم ببيان ما بنيت عليها فكرة الوصية الواجبة والتأصيل الشرعي للوصية الواجبة ثانياً .

ثانياً : حكم ا الوصية :

الحكم عند الاصوليين هو خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين، على وجه الاقتضاء أو التخيير أو الوضع.[٣٥] والحكم اما الوضعي أو التكليفي . والذي نحن نقصده هنا هو الحكم التكليفي، حيث ينقسم الى خمسة اقسام وهي : الوجوب و الندب و الحرمة و الكراهية و الاباحة[٣٦].

وانقسم اراء الفقهاء حول حكم الوصية عموماً الى القسمين :-

الرأي الاول :

وهو راي جمهور الفقهاء، حيث يرون ان الوصية مندوبة.[٣٧] في الاصل، وليست واجبة لانها عطية لاتجب في الحياة ، فلا تجب بعد الوفاة.[٣٨] ولكن قد يختلف حكمها بإختلاف الاحوال شأنها كشأن الاحكام التكليفية الاخرى فتكون واجبة أو مستحبة، أو مكروهة ، أو مباحة، وقد تكون محرمة. [٣٩] فمثلاً :-

---

[٣٥] - أ.د حمد عبيد الكبيسي، أصول الاحكام وطرق الاستنباط في التشريع الاسلامي، ط١، دار السلام، سورية ، دمشق، ٢٠٠٩، ص١٩٥ .

[٣٦] - الدكتور عبدالكريم زيدان، الوجيز في اصول الفقه، ط١٥، مؤسسة الرسالة، لبنان بيروت، ٢٠٠٦م، ص٢٩. و أ.د حمد عبيد الكبيسي، المصدر اسابق، ص٢٠٤.

١- الوصية في نظرهم تكون واجبة :- اذا كان على الانسان حق شرعي يخشى ضياعه ان لم يوص به، كالوصية برد الودائع و الديون سواء كان دين لله مثل اداء الواجبات التي شغلت بها الذمة كالزكاة ، والحج، والكفارات وفدية الصيام، أو دين لآدمي كأن يكون عليه دين لا مستند له، أو وديعة بدون اشهاد أو عنده امانة تجب عليه أن يخرج منها.[٤٠]

٢- الوصية مندوبة أو مستحبة : اذا كان في القربات او للاقرباء غير الوارثين أو للفقراء.[٤١]

٣- تكون الوصية محرمة : إذا كان بها إضرار بالورثة ، وتحرم كذلك إذا أوصى بخمر أو ببناء دار للهو.[٤٢]

٤- تكون الوصية مكروهة: وتكره إذا كان الموصي قليل المال وله وارث أو ورثة يحتاجون إليه، كما تكره لأهل الفسق متى علم أو غلب على ظنه أنهم سيستعينون بها على الفسق والفجور.[٤٣]

٥- وتكون الوصية مباحة: إذا كان الشخص غنياً سواء أكان الموصى له قريباً أم بعيداً.[٤٤]

الرأي الثاني :

وهذا الراي ينقسم الى اتجاهين : اتجاه يري ان الوصية واجبة لذاتها على كل من ترك مالاً، سواء أكان المال قليلاً ام كثيراً، واتجاه يرى ان الوصية ليست واجبة على كل من ترك مالاً بل انها تجب فقط للوالدين والاقربين الذين لايرثون الميت. وقال بهذا الرأي الزهري وأبو مجلز ، كما هو رأي ابن حزم، وروي عن ابن عمر وطلحة والزبير وعبدالله بن ابي أوفى وطلحة بن مطروف وطاوس والشعبي. ورأي الطبري و وابو بكر بن عبدالعزيز من الحنابلة. [٤٥]

ومن خلال النظر الى الرأيين السابقين يتبين ان الاصل في الوصية ندباً وليس فرضاً عند جمهور الفقهاء، ولكن هناك حالات قد تغير حكم الوصية فتجعلها واجباً او مباحاً أو مكروهاً او محرماً. وعلى عكس ذلك ان

---

[٣٧] - محمد بن اسماعيل الامير اليمني الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع ادلة الاحكام، ط٢، دار الفجر للتراث، مصر، القاهرة، ٢٠١٣م ، ج٣، ص١٣٢. و ابو محمد محمود بن احمد العيني، المصدر السابق، ص٤٨٥.

[٣٨] - ابو محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي، المصدر السابق، ص٣٣١.

[٣٩]- الشيخ أحمد الصاوي، بلغة السالك لاقرب المسالك على شرح الصغير للقطب سيدي احمد الدردير، ضبطه وصححه محمد عبدالسلام شاهين، ط١، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ١٩٩٥م، ج٤ ، ص ٣١٦. و د. وهبة الزحيلي، المصدر السابق،ص٧٤٤٤- ٧٤٤٥. و و السيد سابق، المصدر السابق ،ص٤١٦- ٤١٧. الدكتور مصطفى الخن واالاخران، المصدر السابق ، ص ٢٤٨.

[٤٠] - د. وهبة الزحيلي، المصدر السابق، ص٧٤٤٤. و السيد سابق، المصدر السابق ،ص٤١٧.

[٤١] - د. وهبة الزحيلي، المصدر السابق، ص٧٤٤٤. و السيد سابق، المصدر السابق ،ص٤١٧.

[٤٢] - عبدالرحمن بن محمد بن قاسم العاصي النجدي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع، ط١، بدون مطبعة ، بدون مكان طبع ، ١٣٩٧هـ، ج ٦، ص٤٤. الدكتور مصطفى الخن والاخران، المصدر السابق ، ص ٢٤٨. د. وهبة الزحيلي، المصدر السابق، ص٧٤٤٥. و السيد سابق، المصدر السابق ،ص٤١٧- ٤١٨.

[٤٣] - عبدالرحمن بن محمد بن قاسم العاصي النجدي، المصدر السابق ، ص٤٧. و السيد سابق، المصدر السابق ،ص٤١٨.

[٤٤] - - د. وهبة الزحيلي، المصدر السابق، ص٧٤٤٥. و السيد سابق، المصدر السابق ،ص٤٤١٨.

[٤٥] - ابو محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم. المحلى، المصدر السابق، ص ٣١٢. و محمد على الياس. والاخران، تفسير ايات الاحكام،ط٦، دار ابن كثير، سوريا ، دمشق، ٢٠٠٩م، ج ١-٢، ص١٤٠. و د. وهبة الزحيلي، المصدر السابق، ص ٧٥٦٤، و السيد سابق، المصدر السابق ،ص٤١٦ -٤١٧.

اصحاب الرأي الثاني يرون ان حكم الوصية هو الوجوب شرعاً. ولكل الفريقين حجته وسنده يعتمد عليه. ونحن نستعرض ادلة وحجج الفريقين وسبب اختلافهم حسب التفاصيل الآتية:

ادلة الرأي الاول :

ان دليل عدم وجوب الوصية في نظر اصحاب الرأي الاول هو :-

١- ان اكثر الصحابة لم ينقل عنهم وصية و لان الوصية تبرع أو عطية لاتجب في حال الحياة ، فلا تجب بعد الممات[٤٦] .

٢- قال ابن عباس ان الاية الكريمة {كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ } نسختها آية المواريث {لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ ۚ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا}.[٤٧] ويرون ان الوصية وإن كانت واجبة قبل فرض المواريث اما بعد نزول اية المواريث نسخ حكم وجوب الوصية واصبحت الوصية مندوبة في حق غير الوارثين من الاقرباء و غيرهم. وهو قول اكثر المفسرين والفقهاء.[٤٨]

٣- الحديث الذي يرويه عبدالله بن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: {ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه؛ يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده } . يرى الشافعي انه ليس للوجوب بل انه يدل على الحزم والاحتياط للمسلم الا ان تكون وصيته مكتوبة عنده فقد يفاجئة الموت وعليه ان يستعد له.[٤٩]

٤- الحديث السابق جاء بلفظ آخر، عن نافع عن ابن عمر {ما حق امرئ مسلم له شيء يريد ان يوصي فيه؛ يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده }. [٥٠] وجه الدلالة ان قوله (صلى الله عليه وسلم): { يريد ان يوصى فيه } يدل على عدم وجوب الوصية لأنها لو كانت واجبة لما علقها على ارادة الموصي ، لان الواجب لا يتعلق بإرادة من وجب عليه)[٥١].

٥- وكذلك يستدلون بأن الرسول (صلى الله عليه وسلم) لم يوص، وان ابن عمر وهو راوي الخبر لم يوص ايضاً.[٥٢]

---

[٤٦] - د. وهبة الزحيلي، المصدر السابق، ص٧٤٤٣.

[٤٧] - سورة النساء، الاية(٧).

[٤٨] - عماد الدين ابو الفداء اسماعيل بن عمر بن كثير البصروي الدمشقي، تفسير القرأن العظيم، ط٦، دار صادر، لبنان، بيروت، ٢٠١٥م، ج١، ص١٩٠.

[٤٩] - محمد بن اسماعيل الامير اليمني الصنعاني، المصدر السابق، ص١٤١.

[٥٠] - صحيح مسلم، ابو حسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ، المصدر السابق، ص٤٧٠، رقم الحديث١٦٢٧/ج.

[٥١] - محمد بن اسماعيل الامير اليمني الصنعاني، المصدر السابق، ص١٤٢. ابو محمد على بن احمد بن سعيد بن حزم. المصدر السابق، ص ٣١٢. و علاءالدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المصدر السابق،ص ٣٣٠. احمد بن على بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ط١، دار السلام ، السعودية ، رياض، ٢٠٠٠م، ج ٥، ص٤٤٠.

[٥٢] - محمد بن اسماعيل الامير اليمني الصنعاني، المصدر السابق، ص١٤٢.

ادلة الرأي الثاني

أما اصحاب الرأي الثاني قد استدلوا على وجوب الوصية بالادلة الآتية :-

١- استدلوا بظاهر.[٥٣] قوله سبحانه وتعالى {كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ }[٥٤]. (كتب عليكم : فرض عليكم . الخير : المال . المعروف ضد المنكر).[٥٥]

وجه الدلالة :

ان ظاهر الاية يفيد وجوب الوصية للوالدين والاقربين، لانه عبر عن شرعية الوصية في قوله تعالى ب{ كتب}وهي تدل على الفرض، كما انتهى الاية بقوله { حقاُ على المتقين } .

وجاء في تفسير الطبري يعني بقول جلّ ثناؤه { كتب عليكم }: فرض عليكم ايها المؤمنون الوصية، { إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ } والخير المال { لْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ } الذين لايرثوه، { بِالْمَعْرُوفِ } وهو ما أُذن اللهُ فيه وأجازه في الوصية، مما لم يجاوز الثلث، ولم يتعمد الموصي ظلم ورثته { حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ } يعني بذلك : فرض عليكم هذا وأوجبه، وجعله حقاً واجباً على من اتقي الله فأطاعه وان يعمل به.[٥٦]

٢- الحديث الذي رواه ابن عمر { ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه؛ يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده }. وقال عبدالله بن عمر ما مرت علي ليلة منذ سمعت رسول الله قال ذلك الا وعندي وصيتي.[٥٧]

وجه الدلالة فيه :

دل الحديث على انه لايحل لمسلم يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنه، لانه لايدري متى يأتي الموت فيحول بينه وبين وصيته.

قال ابن حزم الظاهري : (الوصية فرض على كل من ترك مالاً، لقول رسوال الله صلى الله عليه وسلم { ما حق امرئ مسلم له شيء....} فمن مات ولم يوص ففرض ان يتصدق عنه بما يتيسر ولابد لان فرض الوصية واجب).[٥٨]

٣- واجابوا على اصحاب الرأي الاول قولهم بأن الرسول لم يوص. وقالوا ان الرسول وصى بجميع ما ترك بقوله صلى الله عليه وسلم { انا معشر الانبياء لا نورث ماتركنا صدقة }. وبالنسبة لابن عمر

---

[٥٣] - احمد بن على بن حجر العسقلاني، المصدر السابق، ص٤٣٩-٤٤٠. وعبداللطيف السبكي و محمد ابراهيم محمد كرسون ، المصدر السابق، ص ١٤٠

[٥٤] - سورة البقرة : الآية (١٨٠)

[٥٥] - وعبداللطيف السبكي و محمد ابراهيم محمد كرسون، المصدر السابق،ص ١٣٩

[٥٦] - ابو جعفر محمد بن جرير الطبري، تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل آى القرأن ، تحقيق الدكتور عبالله بن عبدالمحسن التركي، ط١، دار هجر، مصر ، جيزة، ج٣، ص١٢٤.

[٥٧] - صحيح مسلم، ابو حسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ، المصدر السابق، ص٤٧٠، رقم الحديث١٦٢٧/ج-٤.

[٥٨] - ابو محمد على بن احمد بن سعيد بن حزم، المصدر السابق، ص٣١٢.

انه ثابت عنه انه لم يبت ليلته منذ سمع هذا الخبر من التبي صلى الله عليه وسلم الا وصيته عنده مكتوبة.[٥٩]

وعند التأمل في ادلة الفريقين نرى ان كل فريق من الفريقين قد استند في رأيه الى قوله سبحانه وتعالى : { كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ } وليس هناك خلاف بين الفريقين في كون الوصية واجبة ابتداءً وقبل نزول اية المواريث. ولكن الخلاف وقع بينهما في رؤيتهما الى حكم الآية المذكورة بعد نزول آية المواريث اهي منسوخة أم محكمة لم تنسخ. وانقسم اراء الفقهاء بخصوص هذه المسألة الى ثلاثة اراء:-

١- : ذهب جمهور العلماء الى انها منسوخة[٦٠] ونسخت بآية المواريث وكذلك نسخ حكم وجوب الوصية، وبقي الاقارب الذين لاميراث لهم يستحب له ان يوصى لهم من الثلث التركة استئناساً بآية الوصية وشمولها.[٦١] { لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ ۚ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا } .٦٢

٢- ورأي يرى ان الاية محكمة غير منسوخة [٦٣]، وذهب الى هذا الرأي ابو مسلم الاصفهاني. [٦٤] وبرر رأيه :-

أ- ان آية الوصية ليست مخالفة لآية المواريث، بل هي مقررة لها اي :كتب ما أوصى الله من توريث الوالدين والاقربين في قوله { يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ }.[٦٥] اذاً كتب على المحتضر ان يوصى للوالدين والاقربين بما اوصي الله به لهم.

ب- لا منافاة بين ثبوت الوصية للاقرباء وثبوت الميراث ، فالوصية عطية من المحتضر والميراث عطية من الله، فالوارث جمع له بين الوصية والميراث بحكم الايتين.

ت- لو سلمنا بحصول المنافاة بين آية الميراث و آية الوصية ؛ فيمكن جعل آية الميراث مخصصة لآية الوصية. لأن هذه الآية تفهم بعمومها أن الوصية واجبة لكل قريب، وآية المواريث أُخرجت

---

[٥٩] - ابو محمد على بن احمد بن سعيد بن حزم، المصدر السابق، ص٣١٢.

[٦٠] - عبداللطيف السبكي و محمد ابراهيم محمد كرسون، المصدر السابق، ١٤٠. و علاءالدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المصدر السابق، ص ٣٣١. ابو محمد محمود بن احمد العيني، المصدر السابق، ص ٤٨٥. و ابو جعفر محمد بن جرير الطبري، المصدر السابق، ص ١٢٤.

[٦١] عماد الدين ابي الفداء اسماعيل بن عمر بن كثير البصروي الدمشقي ، المصدر السابق، ص ١٩٠.

[٦٢] - سورة النساء: الآية (٧).

[٦٣] - ابو جعفر محمد بن جرير الطبري، المصدر السابق، ص ١٢٧.و ابو محمد محمود بن احمد العيني، المصدر السابق، ص ٤٨.

[٦٤] - عبداللطيف السبكي و محمد ابراهيم محمد كرسون، المصدر السابق، ١٤١. عماد الدين ابي الفداء اسماعيل بن عمر بن كثير البصروي الدمشقي ، المصدر السابق، ص ١٩٠.

[٦٥] - سورة النساء: الاية (١١).

القريب الوارث، فبقيت آية الوصية مراداً بها القريب الذي لايرث ، اما لمانع من الارث ككفر ورق ، إما لانه محجوب بأقرب منه، وإما لانه من ذوي الارحام.[٦٦]

٣- هناك من يري ان الاية منسوخة نسخاً جزئياً عليه فالوجوب نسخ نسخاً جزئياً بالنسبة للوالدين والاقربين الوارثين وبقيت للقرابة غير الوارثين. وذهب الى هذا الرأي ابن عباس والحسن ومسروق و طاوس و الضحاك و ومسلم وبن يسار والعلاء بن زياد، وبه قال سعيد بن جبير والربيع بن انس و قتادة و مقاتل بن حبان . وفي نظرهم ان آية المواريث رفعت حكم بعض أفراد مادل عليه عموم آية الوصية لان الاقربين اعم ممن يرث ومن لايرث، فرفع حكم من يرث بما عين له، و بقي الاخر على ما دلت عليه الآية الاولى (آية الوصية).[٦٧]

ويرى الباحث ان الرأي الراجح بخصوص حكم آية الوصية هو الرأي القائل بعدم نسخ حكم الاية كلياً واذا سلمنا بمسألة النسخ نرى ان الاية منسوخة نسخاً جزئياً بالنسبة للاقربين الوارثين الوارد ذكرهم في آيات المواريث وبقي حكم وجوب الوصية بالنسبة للوالدين والاقربين غير الوارثين . وذلك لان الاصل في الاحكام الشرعية هو الاعمال وان النسخ والاهمال خلاف الاصل . ومادام يمكن الجمع بين حكم الآيتين (آية الوصية و آية المواريث) بطريق الجمع والتوفيق بينهما لانه لايصار الى النسخ الا عند تحقيق بعض الشروط الضرورية (بحثها الاصولين بالتفصل عند تناولهم موضوع النسخ) وهذه الشروط لا تتحقق بالنسبة لنسخ اية الوصية، كي نستسلم بنسخ آية الوصية كلياً .

حيث ان شرط من شروط النسخ عند الاصوليين هو ان يكون هناك تعارض بين الدليلين الشرعيين بحيث لايمكن الجمع بينهما فإن امكن الجمع بأي وجه من الوجوه لايصار الى النسخ لان النسخ انهاء الحكم وعدم إعمال للنص وهذا لا يصار اليه الا عند تعذر الجمع والتوفيق.[٦٨]

بهذا الخصوص أورد الدكتور عبدالكريم زيدان في كتاب الوجيز في اصوال الفقه آيتي (الوصية والمواريث) كمثال للجمع والتوفيق وقال (أوجب الاية الاولى الوصية للوالدين والاقربين بالمعروف، وأفادت الاية الثانية : ان الله سبحانه و تعالى عين نصيب الوالدين والاولاد والاقربين ولم يترك ذلك لمشيئة المورث. فالآيتان متعارضتان، ولكن يمكن التوفيق بينهما بأن تحمل الآية الاولى على وجوب الوصية للوالدين و الاقربين اللذين لايرثون لمانع كاختلاف الدين وتحمل الآية الثانية على الوارثين المذكورين فيها).[٦٩]

---

[٦٦] - عبداللطيف السبكي و محمد ابراهيم محمد كرسون، المصدر السابق، ص١٤١.

[٦٧] - عماد الدين ابي الفداء اسماعيل بن عمر بن كثير البصروي الدمشقي ، المصدر السابق، ص ١٩٠.

[٦٨] - الدكتور عبدالكريم زيدان، المصدر السابق، ص٣٩٦. و الدكتور حمد عبيد الكبيسى، المصدر السابق، ص ٤٣٠.

[٦٩] - الدكتور عبدالكريم زيدان،المصدر السابق، ص ٣٩٧.

المطلب الثاني
التطور التشريعي للوصية الواجبة

نتناول في هذا المطلب التطور التشريعي لاحكام الوصية الواجبة في القوانين الحديثة من خلال استعراض الاحكام والمواد القانونية التي تحتويها قوانين بعض الدول العربية التي أخذت بمبدأ الوصية الواجبة ثم نناقش و نعلق عليها .

اولا: احكام الوصية الواجبة في تشريعات الدول:

نستعرض هنا الاحكام الواردة بشأن الوصية الواجبة في قوانين الدول الاخذة بها حيث اخذنا قانون كل من مصر، سوريا و الاردن و الكويت، نموذجاً:-

١- احكام الوصية الواجبة في قانون الوصية المصري:

ان قانون الوصية المصري رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ هو اول ما نص على احكام الوصية الواجبة وخصص ثلاث مواد لتنظيمها كالآتي:-

مادة ٧٦- إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذي مات في حياته أو مات معه ولو حكماً بمثل ماكان يستحقه هذا الولد ميراثاً في تركته أوكان حياً عند موته وجبت للفرع في التركة وصية بقدر هذا النصيب في حدود الثلث بشرط أن يكون غير وارث والا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض عن طريق تصرف آخر قدر ما يجب له وإن كان ما اعطاه اقل منه وجبت له وصية بقدر ما يكمله.

وتكون هذه الوصية لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات ولأولاد الابناء من اولاد الظهور وان نزلوا على ما يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره وان يقسم نصيب كل أصل على فرعه وان نزل قسمة الميراث كما لوكان أصله أو أصوله الذين يدل بهم الى الميت ماتوا بعده وكان موتهم مرتباً كترتيب الطبقات.

مادة ٧٧- إذا أوصى الميت لمن وجبت له الوصية بأكثر من نصيبه كانت الزيادة وصية إختيارية إن أوصى له بأقل من نصيبه وجب له مايكمله.

وإن أوصى لبعض من وجبت لهم الوصية دون البعض الآخر وجب لمن لم يوص له قدر نصيبه. ويؤخذ نصيب من لم يوص له ويوفي نصيب من أوصى له بأقل مما وجب من باقي الثلث فإن ضاق عن ذلك فمنه ومما هو مشغول بالوصية الاختيارية.

مادة ٧٨- الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا. فاذا لم يوص الميت لمن وجبت لهم الوصية وأوصى لغيرهم استحق كل من وجبت له الوصية قدر نصيبه من باقي ثلث التركة إن وفى والا فمنه ومما أوصى به لغيرهم.

٢- احكام الوصية الواجبة في قانون الاحوال الشخصية في الجمهورية العربية السورية

اخذ المشرع السوري فكرة الوصية الواجبة من القانون المصري ونظم احكامها في المادة (٢٥٧) ضمن قانون الاحوال الشخصية في الجمهورية العربية السورية رقم ٥٩لسنة ١٩٥٣ حيث جاء:-

المادة ٢٥٧-١ من توفي وله أولاد ابن وقد مات ذلك الابن قبله أو معه وجب لأحفاده هولاء في ثلث تركته وصية بالمقدار والشرائط الآتية:-

أ- الوصية الواجبة لهولاء الاحفاد تكون بمقدار حصتهم مما يرثه أبوهم عن أصله المتوفي على فرض موت أبيهم أثر وفاة أصله المذكور على أن لايتجاوز ذلك ثلث التركة.

ب- لايستحق هولاء الأحفاد وصية إن كانوا وارثين لأصل أبيهم جداً كان أو جدة ، أو كان قد أوصى لهم أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحقون بهذه الوصية الواجبة، فإن أوصى بأقل من ذلك وجبت تكملته وإن أوصى بأكثر كان الزائد وصية إختيارية، وإن أوصى لبعضهم فقط وجبت الوصية للآخر بقدر نصيبه.

ج - تكون الوصية لإولاد الابن ولأولاد ابن الابن، وإن نزل واحداً كانوا أو أكثر للذكر مثل حظ الانثيين، يحجب فيها كل أصل فرعه دون فرع غيره ويأخذ كل فرع نصيب أصله فقط.

٢ - هذه الوصية الواجبة مقدمة على الوصايا الاختيارية في الاستيفاء من ثلث التركة.

٣- احكام الوصية الواجبة في قانون الاحوال الشخصية الاردني :

نص قانون الاردني لسنة ١٩٧٦ لاول مرة على فكرة الوصية الواجبة والذي نصت المادة (١٨٢) منه على احكامها وقد جاء فيها : - إذا توفي جد له اولاد ابن وقد مات ذلك الابن قبله أو معه وجب لأحفاده هولاء في ثلث تركته وصية بالمقدار والشرائط الآتية :-

أ- الوصية الواجبة لهولاء الاحفاد تكون بمقدار حصة ابيهم من الميراث فيما لوكان حياً على ان لايتجاوز ذلك ثلث التركة.

ب- لايستحق هولاء الاحفاد وصية أن كانوا وارثين لأصل ابيهم جداً كان أو جدة أو كان قد أوصى أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحقونه بهذه الوصية الواجبة، فإذا أوصى لهم بأقل من ذلك وجبت تكملته وإن أوصى لهم بأكثر كان الزائد وصية إختيارية وإن أوصى لبعضهم فقد وجب للاخر بقد نصيبه.

ج- تكون الوصية لاولاد الابن ولاولاد ابن الابن وإن نزل واحداً كانوا أو أكثر للذكر مثل حظ الانثيين يحجب كل اصل فرعه دون فرع غيره وياخذ كل فرع نصيب أصله فقط.

د- هذه الوصية مقدمة على الوصيا الاختيارية في الاستيفاء من ثلث التركة.

واكد قانون الاحوال الشخصية الاردني الجديد رقم (١٥) لسنة (٢٠١٩) في المادة ٢٧٩ على نفس المباديء الواردة في قانون الاحوال الشخصية لسنة (١٩٧٦) مع تغيير بعض الكلمات دون تغيير المحتوى.

٤- الوصية الواجبة في قانون الاحوال الشخصية الكويتي:-

فكرة الوصية الواجبة لم تكن موجودة في قانون الاحوال الشخصية الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠، حتى جاء بها تعديل القانون المذكور و اضيف المادة (٢٨٧ مكرر) بموجب قانون رقم (٦٦) لسنة ٢٠٠٧، حيث تضمنت احكام الوصية الواجبة وجاء فيها:-

إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذي مات في حياته أو مات معه – ولو حكما – بمقدار حصته مما كان يرثه أصله في تركته لو كان حيا عند موته، وجبت للفرع في التركة وصية بمقدار هذه الحصة في حدود الثلث، بشرط أن يكون غير وارث وألا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض عن طريق تصرف آخر قدر ما يجب له، وإن كان ما أعطاه أقل منه، وجبت له وصية بمقدار ما يملكه.

وتكون هذه الوصية لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات ولأولاده الأبناء من أولاد الظهور وإن نزلوا على أن يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره، وأن يقسم نصيب كل أصل على فرعه وإن نزل، قسمة الميراث كما لو كان أصله أو أصوله الذين يدلى بهم إلى الميت ماتو بعده، وكان موتهم مرتبا كترتيب الطبقات.

المادة ٢٨٧ مكررا (أ) إذا أوصى الميت لمن وجبت له الوصية بأكثر من نصيبه، كانت الزيادة وصية اختيارية، وإن أوصى له بأقل من نصيبه وجب له ما يكمله.

وإن أوصى لبعض من وجبت لهم الوصية دون البعض الآخر وجب لمن لم يوص له قدر نصيبه.

ويؤخذ نصيب من لم يوص له ويوفي نصيب من أوصى له بأقل مما وجب من باقي الثلث، فإن ضاق على ذلك فمنه ومما هو مشغول بالوصية الاختيارية.

المادة ٢٨٧ مكرراً (ب) الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا.

فإذا لم يوص الميت لمن وجبت لهم الوصية وأوصى لغيرهم، استحق كل من وجبت لهم الوصية قدر نصيبه من باقي ثلث التركة أن وفي وإلا فمنه ومما أوصى به لغيرهم.

ثانيا: قراءة و مناقشة أحكام الوصية الواجبة الواردة في القوانين المشار اليها اعلاه :

ومن خلال النظر الى الاحكام الواردة في التشريعات السابقة نرى ان المشرع المصري هو أول من أخذ بفكرة الوصية الواجبة وفضل احياء الفكرة التي كانت موجودة في الكتب الفقهية يعود له ومنه أخذ قوانين الدول العربية وان التشريعات المذكورة مشتركة في بعض المباديء منها :-

١- انها خصت الوصية الواجبة بالاحفاد (مع اختلافها في شمول أولاد الابناء و اولاد البنات بها) دون سائر الاقارب.

٢- يجب ان يكون الفرع الذي مات اصله في حياة المورث غير وارث من صاحب التركة فإن كان وارثاً - ولو مقداراً قليلاً – لايستحق وصية واجبة لانها وجبت عوضاً عن الميراث.
٣- الا يكون المورث قد اعطى ذلك الفرع بغير عوض ما يساوي مقدار الوصية الواجبة .
٤- لاتزيد الوصية الواجبة على ثلث التركة وإن تعدد الاولاد المتوفون.
٥- يستحق الفرع ما يستحق اصله مثلما كان حياً عند موت المورث.
٦- في حالة تزاحم الوصايا فإن الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا الاختيارية.

ونلاحظ ان المشرع المصري لم يكن موفقاً في تحقيق العدالة المنشودة من فكرة الوصية الواجبة حيث ميز بين (الاحفاد والاسباط) وأوجب الوصية الواجبة لفرع الولد المتوفي في حياة اصله مهما نزل مادام من أولاد الظهور، أما اذا كان من أولاد البطون فإن الطبقة الاولى فقط يستحقونها.
والمشرع الكويتي اخذ بنفس المباديء الواردة في قانون الوصية المصري ويؤخذ عليه ما يؤخذ على المشرع المصري لتمييزه بين اولاد الظهور و اولاد البطون وعدم شموله منهم بالوصية الواجبة الا الطبقة الاولى من أولاد البنات .
أما بالنسبة للمشرع السوري والاردني مع انهما اخذا الفكرة من المشرع المصري ومن المفروض عليهما تلافي الانتقادات الموجهة الى التشريع المصري من حيث الاجحاف بحق اولاد البطون وتمييزه بين اولاد البطوم والظهور الا أن الوضع في القانون الوصية المصري احسن بكثيرمن قانوني السوري والاردني لانهما قد حصرا الوصية الواجبة في اولاد الابن فقط دون أولاد البنت و حرما الاسباط من التركة كلياً وبذلك ابتعدا عن تحقيق العدالة المطلوبة من وراء فكرة الوصية الواجبة.

المطلب الثالث

الوصية الواجبة في قانون الاحوال الشخصية العراقي

نبحث في هذا المطلب احكام الوصية الواجبة في قانون الاحوال الشخصية العراقي وتعديله في اقليم كوردستان- العراق.

اولاً: احكام الوصية الواجبة في قانون الاحوال الشخصية العراقي

قد كان قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ قبل تعديل رقم (٧٢) لسنة ١٩٧٩ لم يأخذ بمبدء الوصية الواجبة، وفي حالة عدم وجود النص في القانو، فإن المادة الاولى من القانون المذكر تقتضي الرجوع الى مباديء الشريعة الاسلامية. عليه كان القضاء العراقي يأخذ برأي جمهور الفقهاء وبصورة خاصة المذهب الحنفي في الفقه السنى ومذهب الجعفري في الفقه الشيعي، فيقضي بحرمان الاحفاد الذين يموت أباؤهم أو امهاتهم في حياة ابيهم أو امهم أو يموتون معهم في حادثة واحدة كما في حوادث السيارات و تحطم الطائرات ... الخ تطبيقاً لشرط من شروط الميراث الذي يقتضي تحقيق حياة الوارث بعد موت

المورث.[٧٠] أو طبقاً لقاعدة الحجب (القريب يحجب البعيد). وبالاضافة الى ذلك فأن التعديل الثاني لقانون الاحوال الشخصية رقم (٢١) لسنة ١٩٧٨ قد اعتبر بنت المتوفي بمثابة الابن في الميراث حيث اضافت المادة الثامنة من قانون رقم ٢١لسنة ١٩٧٨، التعديل الثاني لقانون الاحوال الشخصية الفقرة (٢) للمادة الحادية والتسعون ونصت (تستحق البنت أو البنات في حالة عدم وجود ابن للمتوفي ما تبقى من التركة، بعد اخذ الابوين والزوج الاخر فروضهم منها. وتستحق جميع التركة في حالة عدم وجود اي منهم)[٧١]. وقد ادى ذلك الى حرمان الاحفاد ذكورا كانوا أو إناثاً من ميراث جدهم أو جدتهم عندما يكون للمتوفي بنت أو بنات في حين كان هولاء الاحفاد يرثون الباقي بعد فرض البنت قبل التعديل المذكور.

ولكن المشرع بموجب التعديل الثالث لقانون الاحوال الشخصية قد اقر لاول مرة بمبدأ الوصية الواجبة في المادة الرابعة والسبعون انصافاً بحق هؤلاء الاحفاد. وقد سبقه في ذلك تشريعات بعض الدول العربية منها المصر والسورية، كما اشرنا ليه سابقاً

وجاء في المادة المذكورة :-

١- إذا مات الولد ذكراً كان ام الانثى ، قبل وفاة أبيه أو أمه، فإنه يعتبر بحكم الحي عند وفاة أي منهما وينتقل إستحقاقه من الارث الى أولاده ذكوراً أم إناثاً حسب الاحكام الشرعية، بإعتبار وصية واجبة، على ان لاتتجاوز ثلث التركة. ٢- تقدم الوصية الواجبة، بموجب الفقرة (١) من هذه المادة على غيرها من الوصايا الاخرى في الاستفاء من ثلث التركة .

وعند قراءة نص المادة اعلاه يتبين بأن المشمولين بالوصية الواجبة وفق قانون الاحوال الشخصية العراقي هم طبقة الاولى من الاحفاد دون التمييز بين اولاد الابناء والبنات في استحقاق حصة مورثهم ، مع توزيع حصة الميراث بين الاحفاد وفق الاحكام الشرعية اي للذكر مثل حظ الانثيين كما هو في الميراث. وتقديم الوصية الواجبة على غيرها من الوصايا الاختيارية أسوة بقوانين البلدان العربية.

ومع ان بعض التشريعات قد سبقت قانون الاحوال الشخصية العراقي في الاخذ بمبدأ الوصية الواجبة وفي تنظيم أحكامها ، كان من المنتظر ان ينظم المشرع العراقي احكام الوصية الواجبة بشكل احسن بحيث يعالج الانتقادات الموجه الى تلك التشريعات وتلافي القصور والنواقص الموجدة فيها ولكنه لم يكن موفقاً في ذلك وان تنظيمها لاحكام الوصية الواجبة منتقد من عدة وجوه :-

١- ان نص المادة (٧٤) لم يعالج بعض المسائل الجوهرية التي جاءت بها التشريعات الاخرى منها حالة ما أوصى المورث لمن يشمله الوصية الواجبة بجزء من التركة أو اذا أوصى لبعضهم دون البعض الاخر أو اذا أوصى لهم بما يزيد عن حصتهم أو اذا كانوا الاحفاد وارثين لاصل ابيهم أو امهم.

---

[٧٠] - انظرشروط الميراث في المادة (٨٦) من قانون الاحوال الشخصية العراقي.

[٧١] من قانون الاحوال الشخصية العراقي، المادة (الحادية والتسعون /٢).

٢- ان المشرع العراقي لم يتطرق الى حالات الموت الجماعي كحوادث السيارات أو تحطم الطائرات أو الموت الجماعي في الكوراث الطبيعية والحروب وغيرها من الحالات الموت الجماعي، لان من المعلوم ان شروط الميراث تستوجب موت المورث قبل الوارث لاستحقاق الارث فمثلاً لو مات شخص وولده في آن واحد فان اولاد الولد لايرثون من جدهم أو جدتهم حسب قواعد الميراث لانه لايمكن تحديد من سبق وفاته.

٣- ان المشرع قصر المشمولين بالوصية الواجبة في الطبقة الاولى من الاحفاد دون سائر الاقارب في حين، ان الاسباب والمبررات الاخذ بالوصية الواجبة متحققة في الطبقات الاخرى من الاحفاد. وان عبارة الاقربين الوارد ذكره في قوله تعالى { الوالدين والاقربين } اعم واشمل من حصره في الاحفاد فقط . كما ان النص لم يحسب اي حساب للوالدين والاقارب اذا لم يكن وارثين.

٤- لم يعالج المشرع حرمان بعض الورثة لوجود المانع من الميراث كاختلاف الدين مثلاً بين الوارث والمورث.

وجدير بالذكر ان محكمة التمييز العراقية تؤكد في قراراتها ما نص عليها قانون الاحوال الشخصية من الاحكام والمباديء المتعلقة بالوصية الواجبة منها: ان احكام الوصية الواجبة لاتسري على الوفيات التي سبقت صدور القانون رقم ٧٢لسنة ١٩٧٩ كما جاء في القرار المرقم (٤٥٠/ شخصية/ ١٩٩٣) الصادر في١٩٩٣/٦/١٠ (ان اولاد الابن لا يستحقون الارث وفق الوصية الواجبة اذا حصلت الوفاة قبل القانون رقم ٧٢لسنة ١٩٧٩).[٧٢] واكدت على حصر المشمولين بالوصية الواجبة في الاحفاد حيث جاء في القرار التمييزى المرقم (١٣١٣/ شخصية/٨٧/١٩٨٨ (لا يستحق أولاد الاخ المتوفي قبل وفاة شقيقه الميراث بوصية واجبة وفقاً للتعديل الثالث لقانون الاحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم ٧٢ لسنة ١٩٧٩ النافذ في ١٨/ ٦/ ١٩٧٩ لان القانون المذكور يسري على الاجداد والجدات فقط ولايشمل الاخوة والاخوات أو بقية الاقارب)[٧٣]. وكذلك جاء في قرارها المرقم (٦٥٨/ شخصية /١٩٨٣/٨٢ الصادر في ١١/١٧/ ١٩٨٣ : (يستفيد من الوصية الواجبة أولاد الابن المتوفي قبل وفاة أبيه دون أمهم زوجة الابن المذكور)[٧٤]. واكدت المحكمة المذكور على وجوب عدم تجاوز الوصية الواجبة ثلث التركة حيث جاء في القرار المرقم (٣٢٥٩/شخصية /١٩٩٠) الصادر في ٨/١١/ ١٩٩٠ (ان التعديل الثالث لقانون الاحوال الشخصية بالقانون رقم ٧٢لسنة ١٩٧٩ أعطى الفرع استحقاق مورثه واعتبرها وصية واجبة لذلك ينبغي ان لايزيد على الثلث التركة عملاً بالمادة ٧٤ من القانون وفي حالة تزاحم الوصايا الواجبة لانها تدمج جميعها وتنفذ

---

[٧٢] - القاضي عبدالحسين صباح صيوان الحسون، أحكام ميراث البنت في الشريعة الاسلامية والقانون، ط١، المكتبة القانونية، العراق، بغداد، ٢٠١٣م، ص١١١.

[٧٣] - المصدر السابق، ص ١١٢.

[٧٤] - المحامي هادي عزيز على و القاضي عباس السعدي، المصدر السابق ،ص١١١.

بالثلث فقط اسوة بالوصايا الاعتيادية التي توصي لأكثر من وارث واحد فإنها تجمع وتحصر بثلث التركة).[٧٥]

ثانياً / الوصية الواجبة في إقليم كوردستان في ظل تعديل قانون تعديل تطبيق قانون الاحوال الشخصية المرقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل في ا قليم كوردستان- العراق.

نظراً للانتقادات الموجهة الى كيفية تنظيم احكام الوصية الواجبة في القانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ ولتلافي النواقص الموجودة فيها ان تدخل المشرع قد كان ضرورياً، وحسناً ما فعل المشرع الكوردستاني تعديله لنص المادة (الرابعة والسبعون) بموجب المادة (الرابعة والعشرون) من قانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٨ حيث نص على انه :
يوقف العمل بالمادة الرابعة والسبعين من القانون ويحل محلها ما يلي:

١- اذا اجتمع اولاد الاولاد مع الاولاد او اولاد اولاد الاولاد وان نزلوا يحلون محل والدهم المتوفي او والدتهم المتوفاة وينتقل اليهم ما يستحقه من الميراث لو كان على قيد الحياة على ان لا يزيد عن ثلث التركة اذا لم يرثوا ولم يعطهم الجد او الجدة ما يساوي استحقاقهم واذا اعطاهم الاقل يكمل من الوصية الواجبة.
٢- تسري احكام الوصية الواجبة على اولاد الاخوة والاخوات ذكوراً كانوا او اناثاً وان نزلوا وعلى الزوجين اذا كانت الزوجة من اهل الكتاب.
٣- للمورث حال حياته توزيع ماله على الورثة ذكوراً كانوا او اناثاً بالمساواة او ان يوصي بذلك على ان لا يزيد على ثلث التركة وباجازة البقية فيما زاد على الثلث.
٤- للمورث ان يوصي لوارثه بما لا يزيد على ثلث تركته.
٥- اذا تزاحمت الوصية الواجبة مع الوصية الاختيارية تقدم الاولى على الثانية.

ومن خلال قراءة نص المادة اعلاه يتبين لنا ان التعديل الذي جاء به المشرع الكوردستاني كان في محله وهو اعدل من بين القوانين التي اخذت بمبدأ الوصية الواجبة واكثر انسجاماً مع روح الشريعة الاسلامية وفلسفة الميراث في الاسلام التي تهدف الى توزيع العادل للتركة واشراك اكبر قدر ممكن من اقرباء الميت بل اشراك بعض المساكين و الفقراء الذين لايربطم بالمتوفي رابط كما قال سبحانه وتعالى { وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا }.[٧٦] وموافق لنظام الاقتصاد الاسلامي الذي يؤكد على عدم تجمع المال بيد مجموعة من الاغنياء وحرمان الفقراء منه، ويقول الله جل وعلا { كي لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنكُمْ}.[٧٧]

---

[٧٥]- القاضي عبدالحسين صباح صيوان الحسون، المصدر السابق، ص ١١٢.
[٧٦] - سورة النساء : الاية (٨).
[٧٧] - سورة الاحشر : الاية (٧).

ويمكن القول ان ما توصل اليه المشرع الكوردستاني هو ضروة ما توصلت اليه القوانين الحديثة في تنظيم احكام الوصية الواجبة في بعض الجوانب وهي :-

١- ان المشرع الكوردستاني قد اوسع من نطاق المشمولين بالوصية الواجبة مقارنة بالمشرع العراقي ومشرعي البلدان العربية موضوع بحثنا لانه لم يحصر المشمولين بالوصية الواجبة في الطبقة الاولى من الاحفاد كما فعل المشرع العراقي بل شمل الطبقات الاخرى من الاحفاد والاسباط مهما نزلوا وحسناً ما فعل ذلك لان الحكمة التي شرعت من اجلها الوصية الواجبة ومبررات اقرارها متحققة في الطبقات الاخرى من الاحفاد مثلما متحققة في البطقة الاولى .

٢- ان التعديل المذكور لم يميز بين اولاد الابناء واولاد البنات (اولاد الظهور والبطون) كما فعل مشرعوا الدول الاخرى التى ذكرناها.

٣- لم يقتصر التعديل على الوصية الواجبة في الاحفاد فقط بل شمل اولاد الاخوة والاخوات ذكورا واناثا مهما نزلوا، واضافة الى ذلك شمل الزوجين اذا كانت الزوجة من اهل الكتاب. وهذا الاتجاه يتفق مع الدليل الذي أخذ منه حكم الوصية الواجبة في قوله تعالى { كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ **وَالْأَقْرَبِينَ** بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ } . لان لفظ الاقربين اعم واشمل من الاحفاد.

وهذه النقاط الثلاثة في قوانين الدول الآخذة بمبدأ الوصية الواجبة هي موضع الانتقادات دائماً.

ومن جانب اخر يتضح لنا ان المشرع الكوردستاني قد تلافى بعض النواقص الموجودة في المادة (الرابعة والسبعون) والتي اشرنا اليها عند تناول أحكام الوصية الواجبة في قانون الاحوال الشخصية العراقي.

ومع ذلك ان المشرع الكوردستاني لم يكن موفقا في صياغته للمادة المذكورة كما يقال وكان مسهبا اكثر من اللازم واتى بتفصيل غير مبرر في الفقرة (١) حيث نصت (اذا اجتمع اولاد الاولاد مع اولاد أولاد الاولاد وإن نزلوا) فكان بأمكانه الاكتفاء بالعبارة التالية (اذا اجتمع أولاد الاولاد مع الاولاد وإن نزلوا ....)

وكذلك يؤخذ عليه انه ادرج بعض الامور ضمن احكام الوصية الواجبة في فقرتي (٣ و ٤) ليست لها العلاقة بالوصية الواجبة.

الاستنتاج

من خلال هذا البحث توصلنا الى هذه النتائج :-

١- ان الوصية موضع إهتمام الاسلام وشرعها سبحانه وتعالى رحمة بالانسان (كي يعوضه عما فاته من اعمال البر والاحسان ويستفاد من ماله الذي كابد وعانى من اجله)

٢- ان الوصية مشروعة كتابا و سنة و اجماعا و معقولا.

٣- ان الوصية في ذاتها ليست واجبة عند جمهور الفقهاء شأنها شأن الاحكام التكليفية الاخرى فيكون واجبة في بعض الاحيان .

٤- اختلاف الفقهاء حول وجوب الوصية للوالدين والاقربين غير الوارثين من عدمه جاء نتيجة نظرتهم لحكم آية الوصية هل هي محكمة أم منسوخة .

٥- الرأي القائل بعدم نسخ حكم وجوب الوصية بالنسبة للوالدين والاقربين غير الوارثين افقه وارجح لقوة ادلتهم و حججهم.

٦- بعد ثبوت عدم نسخ اية الوصية كليا يتبين لنا ان مبدأ الوصية الواجبة لها تأصيل شرعي معتبر ، وتبناه مجموعة كبيرة من الصحابة والتابعين والفقهاء.

٧- ان القانون المصري هو اول ما أخذ بمبدأ الوصية الواجبة والفضل في احياء فكرة الوصية الواجبة يعود اليه ، ولكنه منتقد من بعض الجوانب كونه حصر المشمولين بالوصية الواجبة في الاحفاد وميز بين اولاد الظهور والبطون في شموله للوصية الواجبة.

٨- ان القوانين التي اخذت المبدأ من قانون المصري لم تتجاوز موقف المشرع المصري من شموله الاحفاد فقط بالوصية الواجبة بل تراجعت بعضها مثل قانون السوري والكويتي وانحصر المشمولين بالوصية الواجبة في اولاد الابناء فقط دون اولاد البنات. او حصر المشمولين بالطبقة الاولى من الاحفاد كما فعل المشرع العراقي.

٩- ماتوصل اليه المشرع الكوردستان في تعديله لقانون لتطبيق قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ العراقي بموجب قانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٨ هو اعدل من بين كافة القوانين التي أخذت بمبدأ الوصية الواجبة وهو اكثر انسجاماً مع روح الشريعة الاسلامية في تحقيق العدل والانصاف بحق المحرومين من الميراث لوجود حاجب لهم أو مانع يمنعهم من الارث.

١٠- موقف المشرع الكوردستاني منتقد من حيث الصياغة في تنظيمه لاحكام الوصية الواجبة وكذلك لاختلاطه بعض المواضيع بالوصية الواجبة التي ليست لها علاقة بها.

الاقتراحات

نقترح تعديل المادة (الربعة واسبعون) المعدل في اقليم كوردستان بموجب المادة (الرابعة والعشرون) من قانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٨ وصياغتها بشكل افضل من عدة وجوه :- أ- الابتعاد عن التفصيل غير المبرر الوارد في الفقرة (١،٢) و اعادة صياغة الفقرتين كما يلى (١- اذا اجتمع أولاد الاولاد مع الاولاد وان نزلوا. ٢- اذا اجتمع أولاد الإخوة والاخوات مع أعمامهم أو عماتهم وإن نزلوا). ب- حذف الفقر (٣،٤) من المادة المذكورة لان ليس لهما العلاقة باحكام الوصية الواجبة. ج- توسيع نطاق المشمولين بالوصية الواجبة في حالة اختلاف الدين ليشمل الوالدين والاخوة والاخوات ، إضافة الى الزوج والزوجة .

قائمة المصادر والمراجع الاولية للبحث

❖ القرآن الكريم.

❖ كتب الحديث :

- ابو حسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، ترقيم وترتيب الشيخ محمد فؤاد عبدالباقي، ط١، دار ابن حزم ، مصر، القاهرة، ٢٠١٠م ١٦٢٧.
- ابو عبدالله محمد بن اسماعيل البخاري ، صحيح البخاري ، ترقيم وترتيب الشيخ محمد فؤاد عبدالباقي، ط١، دار ابن حزم ، مصر، قاهرة، ٢٠١٠.

❖ الكتب الفقيه والقانونية

١- أ.د حمد عبيد الكبيسي، أصول الاحكام وطرق الاستنباط في التشريع الاسلامي، ط١، دار السلام، سورية ، دمشق، ٢٠٠٩.

٢- ابراهيم مصطفى واخرون، المعجم الوسيط ،ط٦، مؤسسة الصادق للطباعة والنشر ، ايران، طهران، ١٤٢٩هـ.

٣- ابو جعفر محمد بن جرير الطبري، تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل آى القرأن ، تحقيق الدكتور عبالله بن عبدالمحسن التركي، ط١، دار، مصر ، جيزة، ج٣.

٤- ابو محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي، الكافي في فقه الامام احمد بن حنبل، بدون طبعة، دار الخلفاء الراشدين، مصر ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤م، ج٢.

٥- ابو محمد على بن احمد بن سعيد بن حزم. المحلى، ط ١، ادراة الطباعة المنيرية، مصر ، القاهرة ، ١٣٥٢هـ ، ج ٩.

٦- ابو محمد محمود بن احمد العيني، البناية في شرح الهداية، ط١، دار الفكر ، لبنان، بيروت، ١٩٨٠م، ج١٢.

٧- احمد بن على بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ط١، دار السلام ، السعودية ، رياض، ٢٠٠٠م، ج ٥.

٨- د. أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، بدون طبعة، شركة العاتك ، مصر، القاهرة، ٢٠٠٩م، ج٢.

٩- د. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، ط٤، دار الفكر، سورية، دمشق، ١٩٧٧، ج ١٠.

١٠- الدكتور احمد على الخطيب، شرح قانون الاحوال الشخصية، القسم الاول في احكام الميراث، بدون طبعة، دار الكتب، العراق، جامعة الموصل، ١٩٨٢م.
١١- الدكتور مصطفى ابراهيم زلمي ، أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال، بدون طبعة ، بدون مطبعة ، وبدون مكان الطبع. بدون سنة الطبع.
١٢- الدكتور مصطفى الخن و الدكتور مصطفى البغا و على الشريحي، الفقه المنهجي، على مذهب الامام الشافعي، ط ٦، دار القلم، سوريا، الدمشق، ٢٠٠٥م، ج ٢.
١٣- السيد سابق، فقه السنة، ط٤، دار الفكر، لبنان، بيروت، ١٩٨٤م، ج٣.
١٤- شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغنى المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج، ط١، دار المعرفة ، لبنان، بيروت، ١٩٩٧، ج٣.
١٥- شمس الدين محمد عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لابي البركات سيدى احمد الدردير، بهامشه الشيخ المذكور مع تقريرات محمد عليش، بدون طبعة، داراحياء الكتب العربية، بدون مكان و سنة الطبع، ج٤ .
١٦- الشيخ أحمد الصاوي ، بلغة السالك لأقرب المسالك على شرح الصغير للقطب سيدي احمد الدردير، ظبطه وصححه محمد عبدالسلام شاهين، ط١، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ١٩٩٥م، ج٤.
١٧- عبدالرحمن بن محمد بن قاسم العاصي النجدي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع، ط١، بدون مطبعة ، بدون مكان طبع ، ١٣٩٧هـ، ج ٦.
١٨- علاءالدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بدون طبعة دار الكتب العلمية ، لبنان، بيروت، ١٩٨٦م، ج٧.
١٩- عماد الدين ابي الفداء اسماعيل بن عمر بن كثير البصروي الدمشقي، تفسير القرأن العظيم، ط٦، دار صادر، لبنان، بيروت، ٢٠١٥م، ج١.
٢٠- عماد الدين ابي الفداء اسماعيل بن عمر بن كثير البصروي الدمشقي، تفسير القرأن العظيم، ط٦، دار صادر، لبنان، بيروت، ٢٠١٥م، ج١،
٢١- القاضي عبدالحسين صباح صيوان الحسون، أحكام ميراث البنت في الشريعة الاسلامية والقانون، ط١، المكتبة القانونية، العراق، بغداد، ٢٠١٣م.
٢٢- القاضي محمد حسن كشكول و القاضي عباس السعدي، شرح قانون الاحوال الشخصية، بدون طبعة، المكتبة القانونية ، العراق، بغداد، بدون سنة طبع.

٢٣- لويس معلوف، المنجد في اللغة، ط٣٧ ، دار الفقه للطباعة والنشر، ايران، ١٤٢١هـ،
٢٤- المحامي هادي عزيز على و القاضي عباس السعدي، المبسوط في احتساب المسألة الارثية، بدون طبعة، مطبعة الزمان، العراق، بغداد، ٢٠٠٢م.
٢٥- محمد بن اسماعيل الامير اليمني الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع ادلة الاحكام، ط٢، دار الفجر للتراث، مصر، القاهرة، ٢٠١٣م ، ج٣،
٢٦- محمد على الياس وعبداللطيف السبكي و محمد ابراهيم محمد كرسون، تفسير ايات الاحكام، ط٦، دار ابن كثير، سوريا ، دمشق، ٢٠٠٩م، ج ١-٢.

❖ القوانين :-

١- قانون الاحوال الشخصية في الجمهورية العربية السورية رقم (٥٩).
٢- قانون الاحوال الشخصية الاردني الجديد رقم (١٥) لسنة ٢٠١٩.
٣- قانون الاحوال الشخصية الاردني المرقم (٦١) لسنة ١٩٧٦، المادة ١٨٢.
٤- قانون الاحوال الشخصية العراقي ، رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩،
٥- قانون الاحوال الشخصية الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠ المعدل
٦- قانون الوصية المصري رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦.
٧- قانون تعديل تطبيق قانون الاحوال الشخصية مرقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل في ا قليم كوردستان-العراق، رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٨.